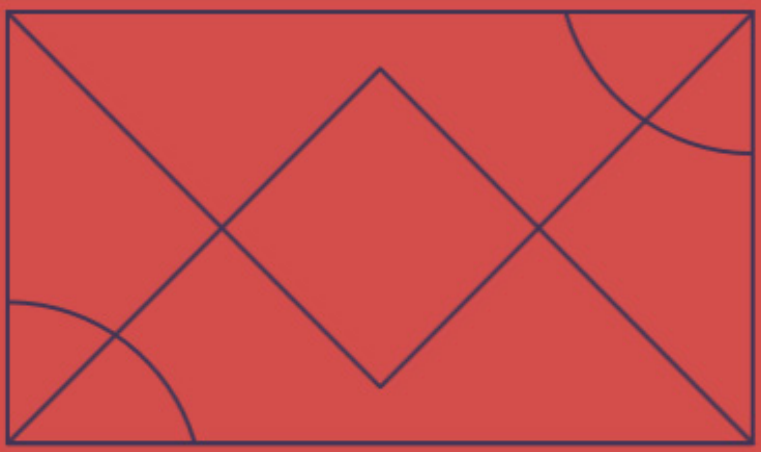
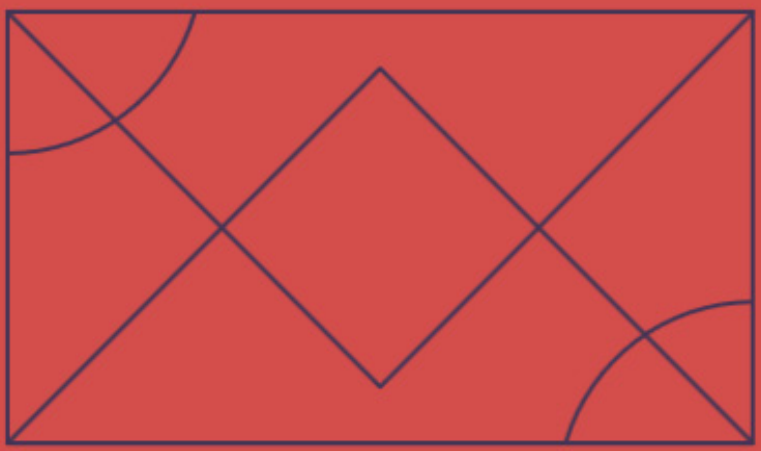
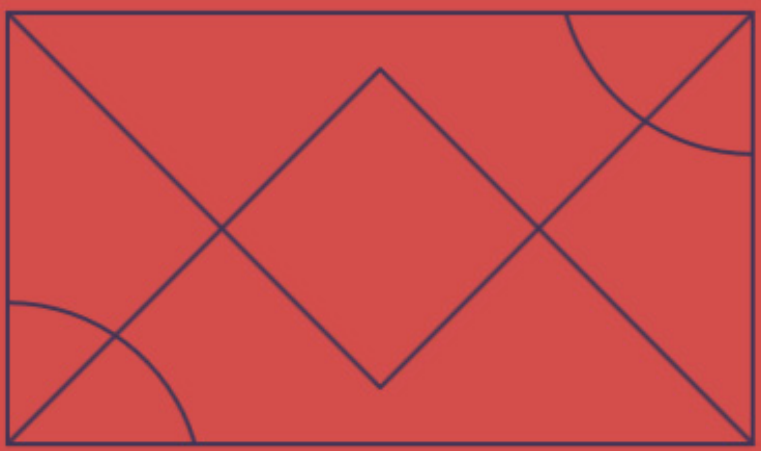
COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2







UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
Reitor
Getúlio Américo Moreira Lopes
Diretor Acadêmico
Carlos Alberto da Cruz

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
Coordenação
Dulce Donaire de Mello e Oliveira Furquim

ORGANIZAÇÃO
Ana Carolina Figueiró Longo
Viviani Gianine Nikitenko

CONSELHO EDITORIAL
1 Direito Constitucional
Hector Luis Cordeiro Vieira
Mariana Mirele Braga dos Santos
Natália Silva Cunha

2 Ciências Criminais
Iury Souza de Azevedo
Lara Helena Cardoso Costa da Silva
Laryssa Martins de Sá
Luiza Gil Barbosa de Aragão
Marlon Eduardo Barreto
Victor Minervino Quintiere

3 Direito Civil, Consumidor e Empresarial
Cecília Maia da Silva
Jamil Antonio Neto
Leonardo Gomes de Auino
Leonardo Henrique D'andrada Roscoe Bessa
Lindonjon Geronimo Bezerra dos Santos
Priscila Bittencourt de Carvalho Quintiere

4 Direito Processual Civil
Ricardo Rocha Leite
Thalyta Soares de Farias
Victoria de Andrade Eufrásio

5 Direito Público
André Pires Gontijo
Anna Luiza de Castro Gianasi
Bruno Lunardi Gonçalves
José Lucas C. de Castro
Mariana Barbosa Cirne

6 Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário
Daniella Cesar Torres
Gabriel Rigotti de Avila e Silva
Luisa Motta Matos
Luiz Emilio Pereira Garcia
Ricardo Vicente Correa de Oliveira

7 Outros Direitos
Ana Carolina Figueiró Longo
Iyaromi Ahualli
Nitish Monebhurrun

8 Relações Internacionais
Carolini Gonçalves Nascimento
Fernanda Maria Alves Gomes

EQUIPE TÉCNICA
Larissa Vargas de Souza Viana

Documento disponível no link
repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Compêndio FAJS / organizadores, Ana Carolina Figueiró Longo
Viviani Gianine Nikitenko – Brasília: UniCEUB : 2020.
5053 p. v.2.

ISBN 978-65-00-03076-1

1. Direito. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
SEPN 707/709 Campus do CEUB
Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

SUMÁRIO

A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE NA LEI MARIA DA PENHA E A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.....11

COLABORAÇÃO PREMIADA: OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO JUIZ CRIMINAL.....68

A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS ENTRE 2016 E 2017.....117

A VOLUNTARIEDADE DA DELAÇÃO PREMIADA DO PRESO PREVENTIVAMENTE.....145

COMPLIANCE EM ÂMBITO DE COMBATE À FRAUDE NO MERCADO SECURITÁRIO: OS MECANISMOS UTILIZADOS PELAS SEGURADORAS PARA COMBATER AS FRAUDES ATRAVÉS DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE*.....172

A RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO: ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO EM FACE DA LEI 12.850/2013.....214

A CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ COMO AMPARO LEGISLATIVO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA E SEUS REFLEXOS

DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO NA CRIAÇÃO DOS INSTITUTOS LEI MARIA DA PENHA E LEI DO FEMINICÍDIO.....270

A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE PERJÚRIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....363

A GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO COMO FUNDAMENTAÇÃO PARA DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÓTICA DA 5ª E 6ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).....415

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO FURTO QUALIFICADO: UMA ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS JULGADOS PELO STJ.....446

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO PRÁTICA ABUSIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....498

ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO.....579

A ANÁLISE CONCEITUAL DO CRIME DE TERRORISMO A LUZ DA LEI Nº 13.260/16.....630

PROPOSTAS LEGISLATIVAS DA SOCIEDADE CIVIL CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA: UMA ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL.....711

O PAPEL DO JUIZ CRIMINAL NOS ACORDOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE A PARTIR DA LEI Nº 12.850 DE 2013.....776

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI NA PRÁXIS: UM OLHAR SOBRE A TEORIA DO RISCO E A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL.....806

O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA DIANTE DA AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO.....835

NECESSIDADE OU NÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....891

RECUPERAÇÃO DE ATIVOS ENTRE BRASIL E SUÍÇA: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO.....933

RESSARCIMENTO À VÍTIMA: DESVIRTUALIZAÇÃO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA EM FAVOR DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA.....985

ESTUDO DA LEGALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA.....1012

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA JUSTIÇA DE PRINCÍPIOS FLEXIBILIZADOS.....1053

APLICAÇÃO DA LEI DO FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE TÉCNICA-JURÍDICA SOBRE UMA POSSÍVEL RESISTÊNCIA NA APLICAÇÃO DA LEI DO FEMINICÍDIO EM 03 (TRÊS) CASOS.....1097

A APLICAÇÃO DISTORCIDA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....1173

PROIBICIONISMO E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE A INEFICÁCIA DA ATUAL POLÍTICA E SUA REPERCUSSÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....1224

ABANDONO AFETIVO: OS FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PAI ABANDONANTE E A NORMATIZAÇÃO DA RELAÇÃO PARENTAL.....1321

GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO.....1423

A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NA LEI Nº11.101/2005.....1480

ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL.....1549

A DOUTRINA DO FORUM NON CONVENIENS COMO OBSTÁCULO À RESPONSABILIZAÇÃO DE TRANSNACIONAIS.....1604

O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE EM TEMPOS DE PLURISSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....1638

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA A DEFESA DO CONSUMIDOR.....1686

A REGULAÇÃO DO MERCADO DE ECONOMIA COMPARTILHADA..1708

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO INVERSO: O ESTUDO SOBRE A SUA DIRETA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE

FAMÍLIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....1753

DA IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PATENTE DE SEGUNDO USO PARA MEDICAMENTOS.....1823

A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....1877

OS EFEITOS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL.1932

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES.....1998

MULTIPARENTALIDADE: RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO.....2089

DISPERSÃO ACIONÁRIA: DA (IM)PRESCINDIBILIDADE DA OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE PODER DE CONTROLE MINORITÁRIO.....2164

SUPERENDIVIDAMENTO E INSOLVÊNCIA CIVIL: A DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR...2210

***PUNITIVE DAMAGES*: ANÁLISE SOBRE A VIABILIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DO INSTITUTO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....2258**

OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO BALIZADORES PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS ABUSIVIDADES DAS OPERADORES DE PLANOS DE SAÚDE..2316

A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO VIGENTE BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A LUZ DA DOUTRINA, LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA.....2356

A PATRIMONIALIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO E A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DO CONFLITO.....2441

O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E AS INOVAÇÕES DA LEI 13.509/2017: O PROGRAMA DE APADRINHAMENTO E A REVOGABILIDADE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO.....2488

A DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS DE PLATAFORMAS E A NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....2511

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO.....2567

CIDADANIA ESPECTRAL: UM ESTUDO DA CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA ATRAVÉS DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, BASEADO NA TEORIA ROUSSEAUNIANA, DE ACORDO COM A CLASSIFICAÇÃO DE THOMAS H. MARSHALL, DENTRO DA VISÃO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....2640

REMOÇÃO GLOBAL NA INTERNET E O INEXORÁVEL CONFLITO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A ALDEIA GLOBAL DE NAÇÕES

SOBERANAS E SUA INFLUÊNCIA NOS PRIMEIROS DEBATES SOBRE A PREVALÊNCIA DE DIREITOS NO MEIO DIGITAL.....2689

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA ADPF 347 EM FACE AO CAOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....2712

COMÉRCIO DE ANIMAIS SILVESTRES: O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A INDISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO FAUNÍSTICO.....2762

3 O MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....2809

O AFASTAMENTO DE PARLAMENTAR POR DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VIOLA A SEPARAÇÃO DOS PODERES?: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO DO SENADOR AÉCIO NEVES.....2830

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL DA PRÁTICA DE RELAÇÕES GOVERNAMENTAIS (*LOBBY*) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....2880

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL: UMA ABORDAGEM QUANTO À POSSIBILIDADE DO USO DA METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) NO DIAGNÓSTICO DO INSTITUTO.....2939

DIREITO AO ESQUECIMENTO: A EFETIVIDADE (OU NÃO) DA TUTELA À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....2998

O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DA REALIDADE DO DISTRITO FEDERAL.....3095

USO DO BANHEIRO POR TRANSEXUAL: E AS DECISÕES PROFERIDAS NA ADI Nº 4275 E RE Nº 670.422 PELO STF.....3120

O SISTEMA PENITENCIÁRIO CONTEMPORÂNEO: O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....3166

CRISE DO SISTEMA PROPORCIONAL DE LISTA ABERTA: O SISTEMA DISTRITAL PURO COMO ALTERNATIVA PARA O BRASIL.....3219

PODER DE POLÍCIA E A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL: RECURSO ESPECIAL 1.133.965/BA.....3266

O JULGAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE DOS MEIOS DE PROVAS UTILIZADOS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DE UMA CONDENAÇÃO.....3289

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 394-A DA CLT QUE PERMITE O TRABALHO DE GESTANTES E LACTANTES EM LOCAIS INSALUBRES.....3337

A PROTEÇÃO AOS ANIMAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....3417

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS ALIMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO.....3469

O DISCURSO DA PARENTALIDADE AFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....3521

HIPÓTESE (IN)CONSTITUCIONAL DE NACIONALIDADE BRASILEIRA.....3571

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS E O INSTRUMENTO DE TRABALHO: ANÁLISE DA EFICÁCIA DA GARANTIA.....3627

O CONTROLE EXTERNO NAS DESESTATIZAÇÕES DE BLOCOS DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9/1995.....3646

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE AO INSTITUTO E A SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.....3706

RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL ESTATAL EM FACE DO ERRO JUDICIÁRIO E DA PRISÃO INDEVIDA.....3740

O LICENCIAMENTO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIAS AMBIENTAIS: PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS NA REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADES POTENCIALMENTE POLUIDORAS.....3801

AUTONOMIA DO PACIENTE: O DIREITO DE ESCOLHA DE TRATAMENTO MÉDICO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE.....3844

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....3912

A IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA.....3957

PSICOPATAS: COMO RESPONSABILIZÁ-LOS PENALMENTE?.....4010

A NOVA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS E OS SEUS EFEITOS QUANTO À IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....4046

O ESPECISMO EM SUA REALIDADE PRÁTICA E MUDANÇAS PRAGMÁTICAS GERADAS PELA VALORAÇÃO À VIDA ANIMAL.....4105

O MODELO BRASILEIRO DE TRABALHO INTERMITENTE E A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SALÁRIO.....4167

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DO FUNCIONAMENTO DE APLICATIVOS DE TROCAS DE MENSAGENS *ONLINE*.....4253

O ENSINO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....4307

O DIREITO À LIBERDADE DE RELIGIÃO E CONVICÇÃO NA EDIFICAÇÃO DE UMA COMUNIDADE CONSTITUCIONAL INCLUSIVA.....4354

ENTRE A CASA E A JUSTIÇA: A APLICAÇÃO DO *SURSIS* PROCESSUAL NOS CASOS DA LEI MARIA DA PENHA.....4411

SOPESAMENTO ENTRE A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL: HIPÓTESE DE EXTRAFISCALIDADE.....4460

A TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS: SUA TRAJETÓRIA LEGAL E JURISPRUDENCIAL.....4509

ADOÇÃO HOMOPARENTAL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....4541

FLUXO MIGRATÓRIO DE FRONTEIRA: O CASO VENEZUELA ACO 4588

O DEPOIMENTO ESPECIAL E A ESCUTA ESPECIALIZADA DE CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....4611

A REALIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO NA UNIDADE DE SANTA MARIA (DF): UMA ANÁLISE À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....4634

ATIVISMO JUDICIAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....4659

O MÉTODO SOCRÁTICO NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO.....4719

O NOVO REGIME FISCAL E A REGRA DE OURO DAS FINANÇAS.....4740

A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA ÀS PESSOAS JURÍDICAS EM PROCESSO DE FALÊNCIA OU RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DO TJDFT.....4819

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: A ATUAL SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIOS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 13.463/2017.....4888

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA AS MULHERES NA NIGÉRIA: A ATUAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO CASO DE TERRORISMO SEXUAL DO GRUPO *BOKO HARAM*.....4946

CULTURA E NEGOCIAÇÃO: O CASO DE JERUSALÉM.....5020

INTRODUÇÃO

Esta é mais uma edição do Compêndio, obra coletiva composta pelos melhores TCCs produzidos pelos alunos da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB, no segundo semestre de 2018.

Esta obra contou com o apoio de um Conselho Editorial formado por professores e alunos, em pé de igualdade, que se empenharam análise dos textos que lhe foram submetidos, realizando uma análise primorosa.

O livro conta com trabalhos das diversas áreas do Direito e das Relações Internacionais e aborta questões muito atuais, como o Direito Econômico, Direitos fundamentais do preso, conflitos familiares, cooperação internacional, dentre diversos outros temas.

Importante destacar, também, que a publicação laureia o trabalho dos alunos da FAJS, que se esmeraram na construção de boas pesquisas e reflexões sobre a realidade que os cerca.

Aproveitem a leitura!

Ana Carolina F. Longo

Docente responsável pela editoração do Compêndio

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2

Ciências Criminais

UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

Ciências
Criminais

A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE NA LEI MARIA DA PENHA E A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Ana Vitória Borges Fonseca

RESUMO

A presente monografia aborda o tema da ação penal nos crimes ocorridos no âmbito da violência doméstica, em especial, o crime de lesão corporal de natureza leve, que possui natureza distinta da aplicada no âmbito comum. O trabalho trata da ação penal e as suas ramificações em ação penal pública e privada, a fim de esclarecer os princípios que são inerentes a cada tipo de ação e as peculiaridades de cada uma. Serão apresentadas as mudanças que ocorreram tanto no âmbito civil, quanto no penal, a partir da inovação trazida pela Lei 11.340/06, sendo elas a audiência para retratação e a vedação da aplicação da Lei 9.099/95. Será tratado o crime de lesão corporal de natureza leve e o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, a pesquisa traz dados estatísticos dos diversos juizados de violência doméstica e familiar do Distrito Federal e o papel da equipe multidisciplinar no combate da violência doméstica; em cooperação com o Núcleo Permanente Judiciário da Mulher e seus três: eixos judicial, policial e comunitário.

Palavras-chave: Ação Penal. Violência Doméstica. Natureza Jurídica. Suspensão do Processo.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia irá abordar o tema da violência doméstica e a inovação trazida pela Lei 11.340/06, que ensejou um novo viés de aplicação da pena para os acusados que nela se enquadram, de forma a obter uma sanção mais rigorosa, a fim de evitar que as agressões ocorressem novamente. Entretanto, resta o questionamento se a aplicação mais rígida da referida Lei, ensejaria uma mudança de

comportamento do agressor ou se o mesmo continuaria sendo mais violento, apresentando a hipótese da aplicação de medidas alternativas para trazer uma eficácia maior a Lei Maria da Penha.

No primeiro capítulo, iremos tratar do direito processual penal, mais especificamente do conceito de ação e de processo, sendo que o segundo seria o instrumento de efetivação do primeiro, além de tratar dos tipos de ação previstos no Código de Processo Penal. Iremos observar que a ação penal se divide em ação penal pública e ação penal privada.

Cumpre esclarecer que, em regra, a ação penal aplicada é a pública incondicionada, onde cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia, sem a necessidade de provocação e que em relação à Lei 11.340/06 teremos algumas mudanças na natureza da ação a ser aplicada a depender do crime.

O capítulo 2 irá relatar a história de Maria da Penha a fim de demostrar às lutas das mulheres para conseguir direitos iguais e para que a violência doméstica fosse penalizada, rompendo assim a subordinação da esposa ao marido.

Cumpre esclarecer que, no Brasil, durante os séculos passados, as mulheres eram subordinadas aos homens, sendo necessária a emissão de autorizações pelo chefe da família para que a mulher pudesse ter acesso a direitos civis, que atualmente são direitos disponíveis a elas, direitos advindos de lutas, lutas contra o preconceito devido ao gênero que possuíam, sendo que infelizmente, ainda hoje, temos casos de mulheres que possuem salários inferiores aos homens, mesmo possuindo cargos melhores.

Com intuito de romper essa subordinação feita pelo matrimônio ou laço familiar, a Lei 11.340/06 trouxe uma história recorrente e ao mesmo tempo peculiar, pois aborda a violência sofrida por muitas mulheres, entretanto conta a história de uma mulher que não resolveu deixar o seu caso de agressão entre as quatro paredes.

Maria decidiu recorrer ao judiciário e não obtendo uma solução ao seu sofrimento, acionou a esfera Federal, com apoio de grupo de mulheres que

combatiam esse tipo de violência, chegando a uma decisão da Corte de Direitos Humanos, para que fosse aplicada uma sanção ao companheiro que a agrediu e que fosse criado um sistema que condenasse qualquer tipo de violência contra a mulher.

Cabe elucidar que antes da Lei 11.340/06 não havia qualquer tipo de sanção aos agressores das mulheres que sofriam esse tipo de violência, pois o casamento era visto como algo sagrado, aonde cabia apenas aos nubentes decidir o modo de se relacionar em seus domicílios, logo a criação da Lei foi vista como uma inovação no Direito Penal e no Direito Civil, que era bastante patriarcal.

No referido capítulo, além da evolução dos direitos das mulheres no âmbito civil e penal, trataremos as formas de violência previstas na Lei 11.340/06 e da proibição da aplicação da Lei 9.099/95, prevista no art. 41 da Lei Maria da Penha, além de destacar como é feita a retratação nessa Lei, tendo em vista, que não será feita na delegacia, sendo necessário o comparecimento da vítima em uma audiência com presença do promotor e juiz, a fim de analisar o requerimento da vítima e se a mesma não está sendo coagida a desistir do processo, de acordo com art.16 da Lei 11.340/06.

Ao final do segundo capítulo, iniciaremos o questionamento sobre o entendimento jurisprudencial previsto na súmula 542 do STJ, que afirma que nos casos de lesão corporal de natureza leve a ação a ser aplicada será pública incondicionada, sob o fundamento de trazer mais rigidez a Lei e consequentemente a proteção à mulher, porém resta a dúvida se aplicação mais rigorosa de uma lei traz à correção e a mudança de comportamento do agressor.

O terceiro e último capítulo irá tratar da efetividade da Lei Maria da Penha no Distrito Federal, explicando sobre Núcleo Permanente Judiciário da Mulher, que engloba além do âmbito do judiciário, o âmbito psicológico e médico, a fim de ser um instrumento maior proteção à vítima e ao seu agressor, pois em relação à vítima existe o procedimento de tratamento para as agressões sofridas e o impacto que essas agressões ocasionaram no cotidiano e na relação com a família.

No caso do agressor, haverá atendimento para tentar esclarecer o motivo do comportamento violento, por meio do acompanhamento psicológico, para assim obter um comportamento melhor, fazendo cessar as agressões, para que a família volte a conviver em paz.

Serão apresentados alguns dados de como a violência tem sido tratada no Distrito Federal, gráficos que demostram quantos atendimentos foram feitos, a quantidade de sentenças proferidas, de autos arquivados, para corroborar com o entendimento que a aplicação processual mais rigorosa, muitas vezes, não traz a eficácia pretendida.

Por fim, iremos apresentar algumas soluções que poderão gerar uma aplicação de eficácia da Lei 11.340/06, para que a violência doméstica cesse, não apenas do Distrito Federal, mas em toda a nossa nação.

2 AÇÃO PENAL

O conceito de ação penal e processo são apresentados por Eugenio Pacelli, na qual ele diferencia os institutos:

> Sustentamos que a noção de ação deveria anteceder a de processo, até mesmo do ponto de vista lógico. Enquanto a ação qualificaria os meios de provocação da jurisdição, o processo seria o instrumento manejado para tal finalidade.[1]

Diante do exposto, observamos que a ação penal se apresenta de duas maneiras, sendo a primeira chamada de Estado acusação, que será feito pelo Ministério Público, lembrando que a atuação do *Parquet* vai além de fiscal da lei, visto que, também é membro da acusação e apresenta a peça acusatória no processo penal, a fim de provocar a jurisdição para que o acusado cumpra a penalidade conforme os limites da lei, respeitando sempre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

1 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. São Paulo. 18ª edição. Atlas, 2014. p.102

Além da provocação pelo Ministério Público, temos também a representação feita pelo ofendido, que vai até o *parquet* ou autoridade policial, com fulcro de penalizar o acusado pelo delito cometido. Essa representação do ofendido dependerá de prévia disposição no Código Penal.

Para que se concretize a prestação jurisdicional, se faz necessária a presença dos pressupostos de condição da ação, sendo o primeiro deles, a possibilidade jurídica do pedido, ou seja, que o delito cometido seja configurado como ato criminoso e para isso temos as premissas do Direito Penal que para ser caracterizado o crime necessita ser típico, ilícito/antijurídico e culpável [2].

Temos como segundo pressuposto o interesse de agir, sendo assim exigida a presença dos indícios de autoria e materialidade e que não tenha ocorrido a prescrição, para não ensejar a extinção da punibilidade, o que torna inviável a prestação jurisdicional.

E para concretizar essa tríade, temos a legitimidade da parte, ou seja, cada tipo de ação penal apresenta a parte legitima ou o titular responsável por acionar o judiciário, por exemplo, nas ações penais públicas temos o Ministério Público como o requerente, sendo que em algumas situações tem a dependência da representação do ofendido ou a requisição do

Ministro da Justiça, chamada de ação condicionada. Já nas ações privadas esta se dará somente pelo ofendido, sendo representado na figura de seu advogado instituído para que apresente a queixa.

Vale salientar que conforme o previsto no art. 100 do Código Penal[3], a ação penal pública é a regra, sendo a ação penal privada a exceção, logo em caso de omissão da titularidade da ação nos crimes previstos no Código Penal aplica-se a Ação penal Pública.

---

2 GONÇALVES, Victor. CEBRIAN, Alexandre. ed. Editora Saraiva,2016.p.75. Direito Processual Penal Esquematizado. São Paulo.5ª

3 BRASIL, Decreto –lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 de março de 2018.

Com a apresentação desses pressupostos torna-se viável a prestação jurisdicional e a partir daí temos uma série de princípios que deverão nortear todo o processo penal, a fim de garantir a legitimidade do processo. Vamos tratar dos princípios mais relevantes na Ação Penal.

Os Princípios da ampla defesa e do contraditório previstos de forma expressa no art. 5º,LV da Constituição Federal trata da paridade de tratamento que devem ser feita as partes no processo, tanto a defesa quando o contraditório devem possuir os seus direito assegurados com igualdade de condições.

O Princípio da intranscendência, previsto no art. 5º XLV, dispõe que a pena não pode passar da pessoa do condenado, o doutrinador Guilherme Nucci preceitua esse princípio abaixo:

> É Decorrência natural do princípio penal de que a responsabilidade é pessoal e individualizada, não podendo dar-se sem dolo ou sem culpa, motivo pelo qual a imputação da prática de um delito não pode ultrapassar a pessoa do agente, envolvendo terceiros, ainda que possam ser considerados civilmente responsáveis pelo delinquente.[4]

Conforme a explanação do ilustre doutrinador a qual comungo, há de se afirmar que, por mais que haja a imputação civil de responsabilidade, não podemos responsabilizar penalmente os sucessores do réu, salvo se eles contribuíram para delito como coautores ou participes da ação.

O Princípio da presunção de inocência, não culpabilidade, é apresentado pelo doutrinador Eugênio Pacelli, como sendo:

> O Estado de inocência impõe ao poder público a observância de suas regras especificas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova

4 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro. 11ª ed. Editora Forense.2014.p.54

> relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.[5]

Esse princípio está previsto na Carta Magna em seu *artigo 5ª,LVII.* Garantindo ao acusado a possibilidade jurídica de ser absolvido, permanecendo em liberdade, até que ocorra sua condenação, salvo os casos de aplicação das prisões cautelares que ocorrem antes da sua condenação. Cumpre salientar que essa seria a visão apresentada pela Constituição Federal, porém o Supremo vem adotando uma interpretação diversa da disposta na Carta Magna.

Conforme o entendimento do STF os doutrinadores têm chamado essa nova interpretação de "relativização do princípio da presunção de inocência", ocorre que até 2009, o STF aplicava o entendimento previsto no Código Penal de 1941, que possibilitava a prisão do acusado, com sua condenação em 1ª instância.

Entre 2009 a 2016, houve uma mudança de entendimento com o julgamento do HC 84.078[6], onde o acusado só poderia ser levado a prisão se todas as possibilidades de recurso fossem esgotadas, ou seja, só após o julgamento no STJ ou STF.

Em 2016, após o julgamento do HC 126.292[7], o supremo decidiu por possibilitar a prisão do acusado após a condenação em segunda instância, sendo o princípio da não culpabilidade aplicável apenas nos fatos ocorridos até a condenação em 2ª instância. O Ministro relator do Habeas Corpus, Teori Zavascki, afirmou que essa prisão não iria ferir o princípio da não culpabilidade, pois após a condenação em segunda instância, os recursos admitidos no STJ e STF, não iriam discutir os fatos ou provas, apenas as matérias de direito impugnadas[8].

5 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. São Paulo. 18ª edição. Atlas, 2014. P.48

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. HC nº 84.078Min. Eros Grau.DJU. Brasilia, 05 de fev. de 2009 -MG. Relator.

7 BRASIL. Supremo TrMin. Teori Zavascki.DJU. Brasilia, 17 de fev. de 2016.ibunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. HC nº 126.292 -SP. Relator.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292.Cumprimento de pena após segunda instância. Disponível em:< https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/305977377/pena-pode-ser-cumprida-apos-decisao-desegunda-instancia-decide-stf.> Acesso em: 09 de mai de2018.

Esse entendimento veio a ser discutido novamente esse ano, no julgamento do expresidente Luiz Inácio, porém houve permanência do entendimento anterior, mesmo ocorrendo a mudança de opinião entre alguns ministros que compõe o pleno. Cumpre salientar, que esse entendimento poderá sofrer alterações no decorrer dos anos, porém a aplicação nos dias atuais seria da prisão após a condenação em segunda instância.

O princípio da razoável duração do processo, conforme dispõe Victor Gonçalves em sua obra:

> Decorre da circunstância de que o processo é instrumento para a aplicação efetiva do direito material, razão pela qual sua existência não pode se eternizar ou ser demasiado longa, sob pena de esvaziamento de sua finalidade.[8]

Podemos observar que esse preceito da razoável duração vem influir de forma direta na aplicação das prisões cautelares, pois se as mesmas extrapolarem o prazo de cumprimento poderá ensejar a liberdade do acusado enquanto tramita seu processo.

2.1 Ação Penal Pública

Tendo em vista a apresentação dos pressupostos e de alguns princípios relativos ao processo penal podemos tratar mais especificamente de cada tipo de ação penal. Primeiramente, trataremos da ação penal pública, em regra a mais usada, que se subdivide em incondicionada e condicionada a representação, tendo como condição específica a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça.

Além dos princípios mais significativos do processo penal já explanados anteriormente, a ação penal pública é composta de 3 princípios mais específicos que serão tratados a seguir.

8 GONÇALVES, Victor. CEBRIAN, Alexandre. Direito Processual Penal Esquematizado. São Paulo.5ª ed. Editora Saraiva,2016.p.85

O Princípio da obrigatoriedade é aplicado ao Ministério Público com intuito de proceder com a persecução penal, caso entenda que estão presentes os indícios de autoria e materialidade, ou seja, o *parquet* é obrigado a oferecer a denúncia, não podendo escusar-se da obrigação. Cabe elucidar que o Ministério Público faz uma análise do caso antes de oferecer a denúncia, podendo ele, no caso de não considerar presentes os elementos que caracterizem a justa causa da ação, requerer o arquivamento, sendo que todo o procedimento será fiscalizado pelo magistrado que poderá arquivar ou remeter ao Procurador Geral, caso discorde do pedido do promotor, conforme o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Em relação ao princípio da indisponibilidade, temos a vedação feita ao Ministério Público em desistir da ação, logo no caso de existirem os requisitos mínimos cabe ao *parquet* oferecer a denúncia e dar procedibilidade ao processo não podendo este desistir da ação que ele propôs, conforme previsto no art. 42 do Código de Processo Penal.

Princípio da Oficialidade trata da titularidade que o Ministério Público possui em ser o legítimo para propor a ação penal pública, pois mesmo nos casos de representação do ofendido cabe ao membro do *parquet* propor a ação e dar continuidade e nos casos de ação penal subsidiária, mesmo sendo proposta por advogado instituído, cabe ao Ministério Público fazer a análise da queixa observando se os elementos essenciais estão presentes.

A peça utilizada pelo Ministério Público para promover a ação chama-se denúncia, sendo esta peça privativa do membro do *parquet*, gerando a partir dela a provocação ao judiciário, por meio do magistrado, para que analise o caso e decida-se por proceder com a persecução penal ou não.

Nas ações privadas utiliza-se outro tipo de peça, chamada queixa, sendo esta peça feita nos mesmos moldes da denúncia, porém nesse tipo de ação, o Ministério Público se apresenta apenas como fiscal da Lei, sem ser a parte acusatória, salvo nos casos de queixa subsidiária, onde cabe ao membro do *parquet* fazer a análise da

queixa e examinar se estão presentes os elementos para prosseguimento, pois neste caso o Ministério Público possui a titularidade da ação, mesmo estando inerte.

A ação penal pública possui subdivisões em incondicionada e condicionada a representação. Ambos institutos serão tratados a seguir.

2.1.1 Ação Penal Pública Incondicionada

Como já apresentado, via de regra, a ação Penal Incondicionada será a legitima quando não houver previsão no Código Penal. Como Salienta Eugênio Pacelli em sua obra Curso de Processo Penal:

> Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante do fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade... Estar obrigado á promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade.9

Conforme o apresentado acima, podemos concluir que vigora o princípio da obrigatoriedade, apresentado anteriormente, nas ações penais incondicionadas, pois o Ministério Público terá a incumbência de acionar o judiciário para analisar o crime ocorrido, não podendo deixar de promover a ação penal quando for de sua responsabilidade.

Entretanto existe uma exceção no caso em que o Ministério Público permaneça inerte, ou seja, tendo ocorrido o crime e iniciado o prazo decadencial de seis meses, se o membro *parquet* não oferecer a denúncia nesse prazo, o ofendido ou seu representante poderão acionar um advogado para que redija uma queixa subsidiária. Esse tipo de ação chama-se ação penal privada subsidiária da pública, que será tratada adiante.

9 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. São Paulo. 18ª edição. Atlas, 2014. p.126

Nos crimes contra a vida e nos crimes mais graves, via de regra, percebemos a presença marcante desse tipo de ação tendo em vista que, esses tipos de crime, tem como o bem jurídico o direito à vida que a Constituição Federal mais prioriza.

2.1.2 Ação Penal Pública Condicionada

O Doutrinador Fernando Capez, em sua obra intitulada Curso de Processo Penal, conceitua a ação pública condicionada como sendo:

> Aquela cujo exercício se subordina a uma condição. Essa condição tanto pode ser a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal (representação) como também a requisição do Ministro da Justiça... Mesmo nesses casos a ação continua sendo pública, exclusiva do Ministério Público, cuja atividade fica apenas subordinada a uma daquelas condições.[10]

Pode observar-se que a representação do ofendido ou a requisição do ministro da justiça são condições de procedibilidade que ensejam a provocação para que o membro do *parquet* ofereça a ação, sendo que essa representação poderá ser feita diante da autoridade policial, na delegacia ou no Ministério Público, dentro do prazo decadencial de 6 meses, contados a partir da ciência do autor do crime pelo ofendido ou seu representante conforme previsto no art.38 do Código de Processo Penal[11].

2.1.2.1 Condicionada à Representação

Os crimes em que ocorre a ação condicionada à representação estão apresentados de forma expressa no Código Penal e precisam da autorização do ofendido ou de seu representante para ser promovida. Nos casos em que o ofendido for menor de 18 anos ou tiver doença mental, ele deverá ser autorizado pelo representante legal e, caso não tenha, por um curador.

10 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2014.p.171

11 BRASIL. Decreto Lei nº3.689 de 3 de out de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>.Acesso em 17 de mar de 2018

Como já salientado, o prazo para representar é decadencial, não sujeito a suspensão ou prorrogação, começando a contar da data em que o ofendido teve a ciência do autor do crime, logo, a partir desse prazo, contam-se 6 meses para que o ofendido vá até o juiz, Ministério Público ou autoridade policial para que manifeste sua vontade e dê autorização para que o membro do *parquet* ofereça a denúncia ou que inicie a investigação

Ocorre que, caso o Ministério Público análise o requerimento do ofendido porem não encontre motivos que ensejem a propositura da ação, tais como a inexistência de provas que caracterizem o ocorrido ou a atipicidade do fato, este poderá requerer o seu arquivamento e ao ofendido não caberá a oposição na decisão.

No caso de retratação, temos a explicação de Eugênio Pacelli, ao afirmar:

> Tratando-se de simples autorização, deixada ao juízo de discricionariedade do ofendido ou seu representante legal, nada obsta que se altere a opção deste em relação à conveniência e à oportunidade de instauração da ação penal.[12]

Entende-se então que, após o oferecimento da denúncia, esta não poderá mais ocorrer, conforme o art. 25 do Código de Processo Penal, tendo em vista o princípio da indisponibilidade, já que quem possui a legitimidade ativa dessa ação é o membro do *parquet* e este não poderá desistir da incumbência da continuação da ação, salvo se o ofendido ou seu representante o fizerem antes do oferecimento da denúncia, o que poderá ocorrer apenas uma vez.

Nos casos dos crimes de lesão corporal de natureza leve entende-se que trata-se de ação pública condicionada a representação, entretanto na lesão corporal de natureza grave a ação penal torna-se incondicionada, porém em relação a lei Maria da Penha será apresentada a discussão gerada em torno da ação penal de natureza leve.

2.1.2.2 Ação Condicionada à requisição do Ministro da Justiça

12 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. São Paulo. 18ª edição. Atlas, 2014. p.138

Esse tipo de requisição tem um viés político que incide no âmbito penal, pois trata de crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro ou contra a honra do chefe de governo ou do Presidente da República. O prazo para o oferecimento da requisição não está previsto no Código de Processo Penal, visto que cabe ao Ministro da Justiça requisitar, porém há o entendimento que devem ser feitas enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade do agente, o que pode ensejar a aplicação subsidiária do prazo decadencial dos seis meses.[13]

A retratação, diferentemente nos casos de representação do ofendido, não ocorre na requisição do Ministro da Justiça, já que se trata de atos mais específicos e de grande seriedade, pois possuem cunho político, apresentado por Tourinho Filho em sua obra:

> Um ato administrativo, como é a requisição, partindo do governo por meio do Ministro da Justiça, há de ser, necessariamente, um ato que se reveste de seriedade. Dispondo de larga margem de tempo para encaminhá-la ao Ministério Público, decerto terá a oportunidade para julgar das suas vantagens ou desvantagens, da sua conveniência ou inconveniência. A revogação ou retratação demonstraria que a prematura requisição foi fruto de uma irreflexão, de uma leviana afoiteza, o que não se concebe, não só porque o ato proveio do governo, como também pelo dilatado espaço de tempo de que dispôs para expedi-lo.[14]

Em relação a escolha feita pelo Ministério Público em oferecer ou não a denúncia diante do requerimento do ofendido, ocorre da mesma forma na requisição do Ministro da Justiça, pela mesma vertente que o Ministério Público é o detentor da legitimidade ativa da ação, a ele incumbe a arbitrar sobre o oferecimento da denúncia.

2.2 Ação Penal Privada

Esse tipo de ação não abarca os princípios feitos na ação pública, pois a titularidade ativa da ação é incumbida ao próprio ofendido que por meio de seu

13 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2014.p.179

14 FILHO, Tourinho.Processo Penal.cit, 1997,v.1 p.361-2. In CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2014.p.181

advogado instituído propõe a queixa. Assim apresenta o doutrinador Fernando Capez ao tratar da ação penal privada:

> É aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal. A distinção básica que se faz entre ação penal privada e ação penal pública reside na legitimidade ativa.[15]

De acordo com o exposto pelo egrégio doutrinador a ação penal privada terá uma legitimidade ativa diferente da ação penal pública, onde a figura do ofendido ou representante torna-se principal por meio de advogado constituído, porém mesmo sendo legítimo, o Estado continua tendo titularidade na pretensão punitiva, logo cabe a ele por meio da provocação do advogado instituído dar o prosseguimento no processo.

A peça utilizada para esse tipo de ação chama-se queixa-crime e será oferecida pelo advogado constituído munido de procuração com poderes especiais. Esse tipo de ação se subdivide em exclusiva, personalíssima e subsidiária da pública.

2.2.1 Ação Penal Privada Exclusiva

A vítima figura como legitima para propor essa ação, mas em caso de incapaz, esta poderá ser apresentada pelo representante legal. No caso de falecimento da vítima, os seus sucessores necessários sendo eles o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, terão a legitimidade para propor a ação em face do *de cujus.*

Nessa ação vigora os princípios da disponibilidade, onde cabe ao ofendido prosseguir com a ação, podendo ele renunciar antes de instaurar a ação penal e depois de instaurada até o trânsito em julgado, pode desistir ou mostrar seu

15 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2014.p.171

desinteresse por meio do perdão ou da perempção, que automaticamente extinguirá a punibilidade do agente nos termos do artigo 107 do Código Penal[16].

Temos também presente nessa ação o princípio da indivisibilidade, que dispõe que o ofendido não poderá selecionar os ofensores que irá processar, ou seja, ele processa todos ou não processa nenhum, sendo que, esse princípio advém do entendimento de que se o ofendido opta por não processar um dos ofensores estará renunciando ao direito de queixa e este desejo se estenderia aos demais querelados, tendo assim a punibilidade extinta.

O princípio da intranscendência, já explanado anteriormente, também previsto nesse tipo de ação afirma que essa ação penal só terá como querelado o autor e o partícipe, não podendo estender para outras pessoas alheias ao crime caso o *de cujus* venha a falecer, estando esse princípio previsto na Constituição Federal no art. 5º, XLV.

2.2.2 Ação Penal Privada Personalíssima

Essa ação é utilizada apenas em um crime previsto no Código penal e está elucidada pelo ilustre doutrinador Fernando Capez:

> Sua titularidade é atribuída única e exclusivamente ao ofendido, sendo o seu exercício vedado até mesmo ao seu representante legal, inexistindo, ainda, sucessão por morte ou ausência. Assim, falecendo o ofendido, nada há que se fazer a não ser aguardar a extinção de punibilidade do agente[17]

Como preleciona o exímio jurista Fernando Capez, nesse tipo de ação a legitimidade para propor a queixa é intransmissível, sendo aplicada somente nos

16 BRASIL, Decreto –lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 19 de março de 2018.
17 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2014.p.190

crimes contra o casamento no caso de induzimento a erro previsto no art. 236, parágrafo único, do Código Penal[18].

2.2.3 Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

Como já apresentada anteriormente, essa subsidiariedade que é característica desse tipo de ação advém da inércia do Ministério Público nas Ações Públicas, ou seja, o titular do direito de provocar o judiciário não oferece a denúncia no prazo previsto no art. 46 do Código de Processo Penal[19] assim disposto:

> Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

Conforme o artigo apresentado, se o acusado se encontrar preso, o prazo será de 5 dias para o oferecimento da denúncia e no caso de estar solto, será de 15 dias, passado esse prazo aplica-se o art. 29 do Código de Processo Penal que apresenta uma exceção, a legitimidade do membro do *parquet* em oferecer a denúncia, que seria o oferecimento da queixa subsidiária por meio de ação privada, o ofendido ou seu representante poderá apresentar a queixa no prazo decadencial de 6 meses, após a constatação da inércia pelo *parquet*.

Esse tipo de ação não pode ser intentada no caso de arquivamento do inquérito, pois nesse caso o Ministério Público não permaneceu inerte, como preleciona Guilherme Nucci:

> Vale esclarecer ser inaceitável que o ofendido, porque o inquérito foi arquivado, a requerimento do Ministério Público, ingresse com ação penal privada subsidiária da pública. A titularidade da ação penal não é, nesse caso, da vítima e a ação

18 BRASIL, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretoDecreto –lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 de março de 2018..Disponível em:
19 BRASIL. Decreto Lei nº3.689 de 3 de out de 1941. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>.Acesso em 17 de mar de 2018

> privada, nos termos do art. 29, somente é admissível quando o órgão acusatório estatal deixa de intentar a ação penal, no prazo legal, mas não quando age, pedindo o arquivamento.[20]

Logo, como apresentado, não caberia o pedido de ação subsidiária, pois o *parquet* manifestou sua vontade por meio do pedido de arquivamento, ou seja, dando procedibilidades aos autos, optando por arquivá-lo.

O art. 29 do Código de Processo Penal também preceitua que oferecida a queixa subsidiária o Ministério Público poderá aditar a queixa, incluir novas diligências, pode repudiá-la, no caso de observar que esta se encontra inepta ou não carecer de algum pressuposto e assim oferecer denúncia substitutiva, continuando como legítimo para dar prosseguimento a ação[21].

Apresentado o instituto da ação penal, podemos tratar mais especificadamente sobre a Lei Maria da Penha.

3 LEI MARIA DA PENHA (11.340/06)

Neste capítulo iremos tratar, de forma mais específica, da Lei Maria da Penha. Serão apresentados os avanços que ocorreram para que a mulher também passasse a ser titular de direitos, sendo vedadas as práticas violentas, além de relatar o caso de Maria da Penha que ensejou o nome da Lei 11.340/06.

3.1 Aspectos Históricos

A submissão da mulher ao homem advém desde a Idade Média, onde a mulher era submetida a tratamentos cruéis e degradantes pelo seu companheiro, sendo vítima de flagelações e torturas.

Durante o período da revolução industrial, eram várias as agressões praticadas contra a mulher, tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional,

20 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro. 11ª ed. Editora Forense.2014.p.165

21 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro. 11ª ed. Editora Forense.2014.p.167

como afirmam Maria Amélia de Almeida e Monica de Melo: “No Brasil, até 1830, os homens podiam matar as mulheres adúlteras” [22].

As autoras também salientam: “Em algumas sociedades, apenas os homens tinham o direito de pedir o divórcio, as mulheres eram apontadas como seres perigosos, pois todas as partes de seu corpo podiam provocar a desgraça”[24].

No Brasil, durante os séculos XVIII e XIX, houve uma discussão sobre a dicotomia de tratamento da mulher, no âmbito penal e civil. Os papéis da mulher e do homem, dessa época, são apresentados por Marilia Montenegro: “O homem representava o papel de forte, racional, viril, provedor era o dono. Já a mulher assumia o papel de frágil, sensível, doméstica, impotente, era o objeto”. [23]

No caso do Direito ao voto, por exemplo, no ano de 1927, o Estado do Rio Grande do Norte foi o grande pioneiro que possibilitou a inclusão das mulheres no âmbito de eleição, onde elas poderiam votar e serem votadas.

Cumpre salientar que a Constituição de 1824 não impedia as mulheres de votarem, entretanto não era explícito na Carta Magna esse direito concedido à elas, apenas com o advento do Código eleitoral de 1932 que houve inclusão as mulheres no rol de eleitoras, possibilitando o direito de votarem e serem votadas.

A Constituição de 1934 inseriu o direito ao voto para as mulheres, porém limitou esse direito, sendo aplicados apenas as mulheres que tinham cargos remunerados. Na Constituição de 1946, em seu artigo 131, nesse artigo estava redigido que toda pessoa maior de 18 anos que se alistar na forma da lei tinha direito de votar, incluindo assim todas as mulheres sem distinção.[24]

22 TELES, Maria Amélia de Almeida; Monica de Melo. O que é violência contra a mulher? São Paulo: Brasiliense, 2002, p.33. 24Ibidem., p.32.
23 MONTENEGRO, Marilia. Lei Maria da Penha: uma análise criminológica crítica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p.34.
24 ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO TSE. Série inclusão: a conquista do voto feminino no Brasil. Disponível em :<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-a-conquista-dovoto-feminino-no-brasil>. Acesso em: 26 de jun de 2018.

Sobre esse tratamento diferenciado no âmbito civil e penal temos a explanação de Tobias Barreto:

> Insisto no meu argumento: a medida legal da capacidade feminina deve ser uma só. O direito civil e o direito criminal não são, por assim dizer, duas faces do mesmo espelho, uma de aumentar e outra de diminuir, de modo que a mulher se veja, por esta, com cara de criança, por aquela, com cara de homem.[25]

Essa crítica advém da aplicação isonômica dada à mulher no âmbito penal, porém, no âmbito civil, ela era tratada como incapaz em alguns direitos.

Em relação apenas ao âmbito penal, era apresentada uma preocupação da mulher, não como sujeito ativo, pois havia o mesmo tratamento para os homens, mas para o tratamento como sujeito passivo, como vítimas, por serem vistas como frágeis, puras e virgens.

No Código Penal de 1890 encontra-se uma série de crimes que eram advindos de violações que repercutissem o matrimônio, sendo o adultério e a infidelidade conjugal, como exemplo, além do mais, em alguns crimes apenas as mulheres eram figuradas como sujeito passivo e durante a vigência desse código, houve a inserção do homem no polo passivo.

O Código Penal de 1940, ainda fazia alusão à dicotomia entre a mulher honesta e aquela vista como meretriz, como intitula Cezar Roberto Bittencourt "o conceito de mulher honesta deve obedecer aos padrões ético-sociais vigentes na comunidade e revelados pelos costumes."[26], sendo que em 1984 sofreu algumas mudanças, porém o preconceito entre a mulher virgem e a corrompida ainda residia, essa diferenciação apenas foi suprimida com o advento da Lei 11.106/05.

Apenas com o advento da Constituição Federal em 1988, as mulheres passaram a ser titulares dos mesmos direitos que os homens, ocorrendo assim uma

25 BARRETO, Tobias. Estudos de direito II: edição comemorativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1991. p.57.
26 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.p.22.

evolução na legislação brasileira em busca da isonomia de tratamento entre os cônjuges, além de assegurar uma proteção maior à família.

A Constituição Federal em seu artigo 226, § 8º, assevera a proteção que o Estado deveria assegurar à família, com o seguinte texto: " O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."[29]

Essa dependência e submissão da mulher ao seu marido, apenas foi rompida com o passar dos anos, aos poucos a mulher começou a ter um papel de independência na sociedade e passou, também, a ser titular dos mesmos direitos dados aos homens.

No Código Civil de 2002 houve a consolidação da disposição trazida pela Constituição Federal de 1988, onde ocorreu a equiparação formal entre homens e mulheres. No âmbito penal, salienta Marilia Montenegro que, não houve muitas mudanças, pois não se auferia distinções entre os gêneros, porém a autora preleciona:

> No campo penal, nunca existiu diferença no tratamento dado ao homem e a mulher quando praticavam crimes, porém existia uma diferenciação entre as próprias mulheres quando essas fossem vítimas de crimes sexuais, a qual só foi superada, no plano legal, em 2005.[30]

Mesmo com esse tratamento isonômico de direitos entre homens e mulheres, a violência doméstica permaneceu constante, mesmo com o passar dos anos. Tendo um cenário de impunidade pela jurisdição brasileira que não tratava com a devida seriedade as inúmeras violências sofridas pelas mulheres, isso se deve à cultura machista que ainda permeia a nossa cultura, culminando com o medo que as vítimas possuíam em continuarem sendo maltratadas ou até mortas pelos seus companheiros, filhos e parentes.

3.2 Criação da Lei 11.340/06

A história que serviu de base para a criação da Lei Maria da Penha ocorreu em 1983. Maria da Penha era uma farmacêutica, formada em 1966, que, após concluir o curso, iniciou sua pós-graduação, onde conheceu seu futuro marido, Marco, que era colombiano, com quem teve 3 filhas.

No início do casamento, Marco era muito prestativo, porém, no decorrer do matrimônio, principalmente na finalização do processo de naturalização, o marido de Penha começou a ter comportamentos agressivos, culminando na tentativa de homicídio, ao atirar em sua esposa enquanto estava dormindo. Devido a essa tentativa, Penha passou por várias cirurgias e veio a tornar-se cadeirante.[27]

Logo após o ocorrido, Penha narra que também sofreu mais uma tentativa de homicídio por seu marido, que tentou eletrocutá-la no banheiro. Após as tentativas sofridas, que a tornaram cadeirante, Penha decidiu iniciar um processo contra o marido pelas agressões cometidas, para isso foi emitida uma ordem judicial para que ela saísse de casa e ficasse protegida das agressões.

Em 1991, Marco foi condenado, porém rapidamente conseguiu a liberdade, o que causou um grande transtorno a Penha, principalmente devido a demora do Estado em condenar seu marido que a havia tentado matar duas vezes.

A partir dessa aquiescência do Estado em permanecer inerte a condenação de Marco, Penha recorreu ao Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), e ao Comitê Latino Americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Ambos peticionaram perante Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) contra o Brasil, devido a essa omissão por parte do Estado Brasileiro em condenar Marco de forma justa[28].

27 BRASIL. História de Maria da Penha. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/quem-e-maria- da-penha-maia-fernandes>. Acesso em: 30 abr. 2018.
28 BRASIL. História de Maria da Penha. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/quem-e-maria- da-penha-maia-fernandes/>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Sobre a história da violência doméstica no âmbito internacional, temos a elucidação de Virginia Feix:

> O principal marco histórico para a promoção do paradigma feminista em relação aos Direitos Humanos foi a Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena em 1993; onde se afirma pela primeira vez que a violência contra a mulher é violação de Direitos Humanos. Contudo a mais importante conquista ocorre em 1994, com a primeira convenção especificamente voltada para o combate à violência em gênero, em nível regional, no âmbito da OEA. Conhecida como Convenção de Belém do Pará, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher estabelece mecanismos para a concreta proteção das mulheres perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.[29]

Após a Convenção de Belém do Pará, o Brasil passou a ter um cuidado maior com a violência doméstica, porém, mesmo com esse cenário, o caso de Maria da Penha continuava impune.

O caso Maria da Penha foi recepcionado pela Comissão, que em 2001, responsabilizou o Brasil, por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Em 2002, houve a condenação de Marco pelo ocorrido com Penha, porém seu marido chegou a cumprir apenas 1/3 da pena imposta.

Após o reconhecimento da negligência pelo Brasil, a violência doméstica começa a ser foco das mídias, que passaram a repercutir os vários casos que ocorreram na época. Vale salientar, que até o ano de 2004, não havia menção da violência doméstica na legislação penal, embora já houvesse tipificação de atos que se enquadravam como violência doméstica.

Os crimes análogos a violência doméstica eram tratados no âmbito do juizado especial criminal da Lei 9.099/95, e devido aos benefícios que essa lei trazia, a violência doméstica era vista de forma banal pela jurisdição brasileira, pois não revestia a mulher da proteção contra o agressor, como preleciona Leila Barsted:

29 FEIX, Víginia. IN: CAMPOS, Carmem Hein de. Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 202.

> Levando-se em considerações a natureza da violência doméstica e a relação de poder presente nesses crimes, a Lei 9.099/95, ao incluir as ameaças e as agressões físicas no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, acabou por estimular a desistência das mulheres, através das audiências de conciliação, de processar seus maridos ou companheiros agressores. Como isso reforçou a cultura da impunidade que leva os homens a agredirem as mulheres.[30]

Pode-se concluir que sendo vítima de uma violência, mesmo acionando a justiça, não havia respaldo ou efetividade em punir o agressor. Esse foi justamente o caso apresentado por Maria da Penha, que, para ser ouvida, teve que ingressar em âmbito internacional por meio do órgão de proteção à mulher, o CLADEM.

Após inúmeras críticas ao juizado especial criminal e a ampla divulgação na mídia de crimes de violência doméstica, houve a mobilização de mulheres pela Secretaria Especial de Políticas para Mulher – SPM –, que visa estabelecer condições necessárias a mulher para que exerça a sua cidadania, sendo criada a Lei 11.340/06.

Marilia Montenegro discorre sobre a Lei 11.340/06, como sendo:

> A lei, é verdade, foi muito além das medidas de caráter penal, pois apresentou várias medidas de proteção a mulher, todavia a projeção, tento no campo teórico, como prático, foi dada ás medidas repressivas de natureza penal, que tiveram, inclusive, uma grande repercussão na mídia.[31]

A criação da Lei 11.340/06, obteve caráter protetivo para a mulher, em busca de protegê-la das agressões de seu companheiro ou parente, e possibilitar que outras mulheres, que também estejam sofrendo violações domésticas, tenham coragem de acionar o judiciário com a garantia de proteção do Estado. Como assimila Paulo Marco:

> Verifica-se que o problema da violência doméstica saiu do âmbito familiar e passou a ser problema do Estado, a ofendida, portanto, não é só a vítima que é violentada, a reprodução da

30 BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo no enfrentamento da violência contra as mulheres. In: LEOCÁDIO, Elcylene. O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência. Brasília: Agende/SPM. 2006. p.78.

31 MONTENEGRO, Marilia. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico critica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p.106.

> violência sofrida passa de geração em geração, tornando-se então problema de todos.[32]

A princípio, a Lei Maria da Penha foi recepcionada com o viés de norma simbólica, pois afirmava que as violências ocorridas contra as mulheres eram violações de direitos humanos. O legislador pensou que fosse necessário ressaltar essa violação para dar uma força maior aos direitos tutelados pelas mulheres pela luta contra a violência doméstica. Esse viés simbólico também está previsto no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) e no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90).

Após a criação da Lei 11.340/06, houve alteração no Código penal no art. 129, nos crimes de lesão corporal, que já havia sido alterado em 2004, onde inclui-se a agravante prevista no § 9º e a causa de aumento prevista no § 10º do referido artigo, tratando assim da lesão corporal voltada para o âmbito de violência doméstica.

A mudança ocorrida em 2006 alterou a pena máxima e mínima do § 9º, onde diminuiu a pena mínima para 3 meses e aumentou a pena máxima para 3 anos, dando um tratamento mais rigoroso para a violência doméstica.

A definição de vítima está prevista no art. 5º, *caput*, da Lei 11.340/06: "Qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico de dano moral ou patrimonial." [33] A vítima será referida pelo seu gênero, o que distingue do sexo, que possuem conceitos diferentes. Sendo explicado por Marilia Montenegro[34]:

> O Conceito de gênero não se confunde com o conceito de sexo; enquanto este estabelece as diferenças biológicas e anatômicas entre homens e mulheres, aquele se ocupa em designar as diferenças sociais e culturais que definem os

32 LIMA, Paulo Marco Ferreira. Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p.62.
33 Lei Maria da Penha. 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006.
Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.
34 MONTENEGRO, Marilia. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico crítica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan,2015. p.114.

> papeis sexuais destinados aos homens e mulheres em cada sociedade[35]. Assim, na definição de gênero cabe a afirmação de Simone Beauvoir: "não se nasce mulher, torna-se". [36]

A partir do trecho apresentado, poderíamos colocar o gênero como algo inerente a cada indivíduo, pois cada pessoa nasce com um órgão genital que define o sexo, porém, a maneira como irá se comportar em sua vida humana poderá ser distinta do sexo que possui, tendo assim um gênero feminino e o sexo masculino.

Maria Berenice trata sobre essa extensão trazida pela Lei Maria da Penha:

> Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas como às travestis, as transexuais e os transgêneros do sexo feminino que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção.[37]

Essa discussão sobre o gênero serve para que possamos concluir que a Lei 11.340/06 também incide sobre as pessoas que possuem gênero feminino, mesmo tendo o sexo masculino.

Logo, não seria apenas violência doméstica praticada contra o sexo feminino e sim contra o gênero feminino. Os magistrados, em recentes decisões, estão afirmando que o gênero da vítima parte da liberdade de autodeterminação, logo, a Lei Maria da penha também incluiria as mulheres transexuais, mesmo sem a cirurgia.

Após o avanço do Código Civil, houve certos reflexos também na área criminal, logo, a afetividade passou a ser a regra para ser representada a família no âmbito civil, não importando os laços sanguíneos, mas, os laços de afeto assim sendo a Lei Maria da Penha deve recepcionar essas mudanças, a fim de dar proteção

35 IZUMINO, Wania Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*. 2ª ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004. p.83-93.
36 BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto alegre: Sulina, 1999. p.21.
37 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.35.

ao cônjuge mais frágil da relação, que muitas vezes não é somente do sexo feminino, mas do gênero feminino, devido a essa diversidade de uniões homoafetivas.[38]

A Extensão da Lei Maria da Penha torna-se de grande força ao ser integrado o gênero, pois, a partir desse momento, mais pessoas poderão ser protegidas ou tuteladas por essa lei.

Afirma Maria Berenice Dias que "A Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família alcançando as uniões homoafetivas." [39]

Cumpre salientar que, para estar configurada a aplicação da Lei Maria da Penha, o sujeito ativo poderá ser tanto um homem quanto uma mulher, porém, deve estar retratada uma situação de violência doméstica, onde haja ou tenha ocorrido, uma relação amorosa ou familiar entre os sujeitos. Nesse contexto enquadra-se também a figura da empregada doméstica, em alguns casos inclui-se a diarista, pois ela presta serviços habituais a uma família em ambiente doméstico sem residir no emprego.

Em relação ao sujeito passivo, cumpre salientar a explanação de Guilherme Nucci:

> A mulher agredida no âmbito da unidade doméstica deve fazer parte dessa relação doméstica. Não seria lógico que qualquer mulher, bastando estar na casa de alguém, onde há relação doméstica entre terceiros, se agredida fosse, gerasse a aplicação da agravante trazida pela Lei Maria da Penha. [40]

Logo, conforme a explicação acima, é necessário a configuração de uma relação habitual entre os sujeitos para que seja caracterizado a violência doméstica e ocorra a incidência da Lei Maria da Penha.

---

38 MARQUES, Marilia. Lei Maria da Penha também vale para vitima transexual. Globo G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/lei-maria-da-penha-tambem-vale-para-vitima-transexualdetermina-justica-do-df.ghtml>. Acesso em: 15 mai. 2018.

39 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.35.

40 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.864.

Após a apresentação dos sujeitos ativos e passivos, juntamente com a configuração do âmbito que incide a Lei 11.340/06, iremos tratar das formas de violência.

3.3 Formas de Violência

O Artigo 7º da Lei 11.340/06 apresenta um rol exemplificativo das formas de violência, apresentando ao final do artigo o trecho "entre outras" com fulcro de possibilitar a inserção de novos tipos de violência em seu rol, sendo estas as elencadas:

3.3.1 Violência Física

A violência física é toda a ofensa à integridade física e corporal empregada com força. Esse tipo de violência seria a mais praticada, de acordo com uma pesquisa feita em 2011, em 65% dos casos são aplicadas a violência física. Aplica-se nos diversos relatos em que o esposo vai ao bar, retornando tarde para casa, já embriagado, começa a desferir socos e chutes em sua esposa, mesmo sem motivos para tal ato.

Alice Bianchini, em sua obra, traz uma pesquisa que afirma:

> Da mesma forma, nos registros de recepções da Central de relacionamento de atendimento a mulher do ano de 2011, dentre os 58.512 relatos de violência a agressão física ficou em primeiro lugar (61,33%), seguida da psicológica (23,95%) e da moral (10,38%).[41]

Cumpre esclarecer, que a violência física não seria apenas a ofensa direta à integridade física, pode ocorrer violências psicológicas e morais habituais que ocasionem um distúrbio físico na mulher, como, por exemplo, uma dor de cabeça ou a paralisação de algum membro do corpo, ocasionado pela pressão e ameaça que a mulher está sendo submetida. Como preleciona Maria Berenice Dias:

41 BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei 11.340/06: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo, Saraiva, 2013. p.44.

> Não só a integridade física, mas também a saúde corporal são protegidas juridicamente pela lei penal. Deste modo, o estresse crônico gerado em razão da violência também pode desencadear sintomas físicos, como dores de cabeça, fadiga crônica, dores nas costas e até distúrbios do sono[42] [43]

Logo, podemos observar que a violência física poderá ser ocasionada por outros tipos de violência e pode ocorrer a incapacidade habitual, por mais de 30 dias, ou incapacidade permanente, configurando lesão corporal grave ou gravíssima conforme previsão no Código

Penal. Como corrobora Virgína Feix em sua obra:

> A violência física continuada, mesmo que mais sutilmente empregada (sem marcas), pode gerar transtornos psicológicos que promovem o aparecimento de enfermidades psicossomáticas e oportunistas decorrentes de baixas imunidades.[44]

Esse tipo de violência reside e se encobre nas diversas desculpas dadas pela mulher, ao chegar a ser indagada por uma pessoa sobre as marcas em seu corpo, o sentimento de desprezo e humilhação conseguem ser facilmente escondidos, mas as marcas de uma agressão habitual, nunca.

3.3.2 Violência Psicológica

Esse tipo de violência é ocasionado pela agressão emocional vivida habitualmente pela mulher. Ocorre a proteção da saúde psicológica e da autoestima da vítima. Esse conceito de violência psicológica não estava disposto no texto original da Lei 11.340/06, porém passou a integrar após a Convenção em Belém do Pará.

42 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.66.
43 ROVINSKI, Sonia Liane Reichert Rovinski. Dano psíquico em mulheres vítimas de violência. Rio de Janeiro: Editora Lumen. p.77.
44 FEIX, Víginia. IN: CAMPOS, Carmem Hein de. Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2011. p.204.

Configura-se pela prática de qualquer conduta, que cause a diminuição da autoestima ou algum dano emocional, sendo de humilhação ou ridicularização.[45]

Esse tipo de violência pode ser observada nos casos em que o marido não deixa a esposa sair com "certa vestimenta", quando a impede de trabalhar ou estudar, a proíbe de frequentar certos lugares ou fica humilhando quando está na presença dos amigos e familiares. Essas práticas feitas com frequência ocasionariam a violência psicológica, pois, de alguma forma, irá influenciar no comportamento da mulher, podendo levar à depressão.

3.3.3 Violência Sexual

Esse tipo de violência também foi inserido pela Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a Violência Doméstica, apesar de haver certa resistência em incluir a violência sexual como algo que merecesse sanção.

Isso se deve pelo fato de que, em nossa cultura, sempre houve a identificação da prática sexual como algo habitual em um matrimônio, visto até como "um dever do casamento", logo, o pensamento era que a mulher deveria satisfazer a lascívia de seu marido, mesmo contra a sua vontade. Como preleciona Maria Berenice Dias:

> Houve época, no entanto, em que em decorrência desse dever inerente ao casamento, sequer se reconhecia a pratica de estupro do marido com relação à mulher, sob o argumento de que se tratava do exercício regular de um direito inerente à condição de marido, por conta da relação civil entre eles. Assim, o adimplemento de tal obrigação poderia ser exigido inclusive sob violência. [46]

Com o passar do tempo, houve o reconhecimento que essas práticas contra a vontade de um dos cônjuges, mesmo estando casados ou em um relacionamento, configurariam um abuso sexual. Podemos observar que nos códigos penais anteriores, as sanções eram aplicadas as pessoas que "rompessem" com um vínculo

45 LIMA, Paulo Marco Ferreira. Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica.2ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p.67.

46 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.68.

conjugal, por exemplo, a figura do adúltero. Logo, após o reconhecimento das práticas abusivas ocorridas no casamento, os crimes que antes eram chamados "contra os costumes" passaram a ser chamados de "crimes contra a dignidade sexual."[47]

A partir da inclusão da violência sexual no rol da Lei 11.340/06, além das agravantes e das causas de aumento, previstas no Código penal, passamos a ter a punição pela lei. Porém, nos casos em que há reconhecimento apenas da violência sexual, ocorre seu enquadramento na Lei Maria da Penha, sem aplicação de outra agravante, com fulcro de não ocasionar o *bis in idem*. Com isso, a violência doméstica passou a receber a devida importância e com majoração da punibilidade desses crimes, houve uma coibição maior desses delitos.

3.3.4 Violência Patrimonial

A violência patrimonial encontra-se disposta no Código Penal nos delitos contra o patrimônio, porém nos arts. 181 e 182 do Código Penal têm a isenção de pena para quem é cônjuge, entretanto na Lei 11.340/06 não ocorre a aplicação dessa imunidade, estando disposto que qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalhos, documentos pessoais, seria violência patrimonial.[48]

Nos casos apresentados, configuraria esse tipo de violência o marido que pega dinheiro da esposa habitualmente para ir ao bar, ou, ao retornar do bar, acaba destruindo os objetos de trabalho de sua esposa.

Temos também o marido que, nos momentos de crises de ciúme, destrói os pertences de sua esposa. Existem várias ocasiões que podem configurar esse tipo de violência, no caso em questão teria que haver relação com algum objeto pertencente

47 Ibidem. p 69.
48 LIMA, Paulo Marco Ferreira. Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica.2 ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p.67.

à esposa, sendo ela a vítima "indireta" do acontecido. Cumpre destacar a crítica feita por Virginia Feix:

> É preciso aqui destacar que o empoderamento econômico das mulheres é um fenômeno recente, e que a retirada dos obstáculos legais, burocráticos e culturais para a livre disposição de seus bens, inclusive rendimentos ainda está sendo conquistada. Disso decorre que, em muitas situações, os homens permanecem na condição de chefia da família, administrando os bens e monopolizando o poder econômico da comunidade familiar, o que pode ser considerado moeda de troca ou vantagem na imposição de sua vontade e manutenção de relação desigual poder.[49]

Em relação ao pagamento de alimentos, também estaria previsto na conduta de violência patrimonial, pois cabe ao marido ajudar na subsistência do lar, estando ele omitindo esse tipo de prestação, restando configurado o abandono material. Para isso, não é necessário a sentença judicial para que sejam cobrados alimentos, esse tratamento se caracteriza pela sonegação em prover alimento para casa, quando sua esposa não pode prover.[50]

3.3.5 Violência Moral

Nesse tipo de violência temos a presença de três delitos contra honra, são eles: a calúnia, a injúria e a difamação. Esse tipo de violência, conforme prevista no referido artigo, sempre ocorre na forma verbal. Explicados por Maria Berenice Dias:

> São denominados delitos que protegem a honra, mas, quando cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência moral. Na Calúnia, o fato atribuído pelo ofensor à vítima é definido como crime. Na injúria, não há imputação de fato determinado, mas na difamação há atribuição de fato ofensivo à vítima.[51]

49 FEIX, Víginia. IN: CAMPOS, Carmem Hein de. Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2011. p.208.
50 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.72.
51 Ibidem, p.73.

Cumpre salientar, que a difamação e calúnia atingem a honra objetiva da vítima, que seria a "imagem" que ela passa para os outros que estão a sua volta, enquanto a injúria, atinge a honra subjetiva, ou seja, seu sentimento de humilhação.

Enfatiza Maria Berenice ao esclarecer sobre a visibilidade desse tipo de violência:

> A violência moral é sempre uma afronta à autoestima e ao reconhecimento social, apresentando-se na forma de desqualificação, inferiorização ou ridicularização. Diante das novas tecnologias de informação e redes na internet, a violência moral contra a mulher tem adquirido novas dimensões. São ofensas divulgadas em espaços virtuais massivamente e em rede, de forma instantânea e de difícil comprovação e combate.[52]

A propagação desse tipo de violência encontra-se de forma rápida com as inovações tecnológicas, tanto que de um dia para o outro você pode ter a divulgação de fotos íntimas que foram postadas pelo seu marido em um momento de discussão entre os dois. Esse tipo de violência torna-se mais difícil de ser esquecido, podendo ser o início para outras violências na qual, a mulher está submetida. Outra forma de reparação, fora a Lei Maria da Penha, seria a indenização moral e material, porém esse tipo de reparação nunca servirá para esquecer o ocorrido pela vítima.

Cumpre salientar, que o rol apresentado no artigo 7º da Lei 11.340/06, é um rol exemplificativo, admitindo a inserção de outros tipos de violência, como foi o caso da violência sexual e psicológica, que passou a fazer parte da Lei Maria da Penha após a Convenção Interamericana para punir, prevenir e erradicar a violência contra mulher, ocorrida em Belém do Pará.

3.4 Não Aplicação da Lei 9.099/95

Começaremos a tratar do afastamento da Lei 9.099/95 com a seguinte elucidação:

52 Ibidem, p. 73

> Os Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei 9.099/95, significaram uma conquista da sociedade para desafogar as diversas varas do Poder Judiciário e acelerar decisão sobre diversos delitos, mas não foram criados para tratar de crimes de violência contra a mulher. Não tem na sua abrangência legal, competência para tratar de questões que envolvam direito de família e, no âmbito criminal, trata especificamente de violações de menor potencial ofensivo.[53]

Cumpre esclarecer que, as violências previstas no artigo 7º da Lei 11.340/06, sujeitamse a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, *f*, do Código Penal, além de tramitar nas Varas Criminais ou nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, JCDFMs, mesmo que sejam crimes de menor potencial ofensivo, devido a inserção da violência doméstica, não tramitam nas Varas dos Juizados Especiais – JECrims –, pois não se sujeitam aos benefícios da Lei 9.099/95.

No artigo 41 da Lei Maria da Penha tem a previsão da não aplicação da Lei 9.099/95, logo, os crimes de violência doméstica não poderão ser considerados de menor potencial ofensivo, pois o juizado especial criminal é conhecido por ter uma "justiça negocial", ou seja, seria uma substituição da pena privativa de liberdade por outras sanções mais brandas.

Temos o instituto da Transação Penal, prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95, e da Suspensão Condicional do Processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95, que são benefícios proporcionados ao acusado, que visa a despenalização do acusado, ou seja, não inserção de passagem policial em seu boletim, caso cumpra os requisitos previstos pelo magistrado. Existe uma súmula, feita pelo Superior Tribunal de Justiça, que veda a aplicação desses institutos, a referida súmula n.536: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha"[54]

Como preleciona Marilia Montenegro em sua obra:

53 CHOUKR, Fauzi Hassan. IN: CAMPOS, Carmem Hein de. Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2011. p.372.

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 536. In: REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito Processual Penal Esquematizado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.592.

> No Juizado Especial Criminal, a mulher esperava que a justiça resolvesse seu problema, mas o Direito Penal não é capaz de resolver esse tipo de conflito. Muitas vezes, a "pena" desejada pela vítima ao seu "agressor" é que ocorra a separação entre eles e que cada um possa viver a sua vida daqui para frente. O Direito Penal só é capaz de encontrar um culpado, impondo-lhe uma pena, independentemente da vontade da vítima.[55]

Esses institutos não poderiam ser aplicados na Lei 11.340/06, pois não são considerados de menor potencial ofensivo, logo, a intenção da Lei seria uma punição especial ao acusado que pratica violência doméstica, se fosse aplicada a Lei de Juizado Especial Criminal não haveria esse tratamento mais rigoroso que a Lei Maria da Penha pretende.

Diante do artigo 41 da Lei 11.340/06, podemos concluir com a seguinte observação de Alexandre Cebrian "Sempre que seja cometido crime que envolva violência doméstica ou familiar contra a mulher, deverá ser instaurado inquérito policial (e não mero termo circunstanciado), ainda que a pena máxima prevista não supere 2 anos."[56] Podemos concluir que, mesmo que o crime tenha pena máxima inferior a 2 anos, ele não será do rito sumaríssimo, ou seja, não será aplicada a Lei 9.099/95 devido a vedação pelo artigo 41, será aplicado o rito sumário.

A partir da instauração do inquérito policial, a autoridade deverá seguir o rol do art. 12 da Lei Maria da Penha, para nos casos mais graves poder aplicar medidas protetivas de urgência a mulher.

Além da vedação da Lei 9.099/95, temos também a vedação da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme previsto no art. 44 do Código Penal. No artigo 17 da Lei 11.340/06, temos a vedação dessa conversão, ou seja, não poderá converter em entrega de cestas básicas, outras prestações pecuniárias ou aplicar, de forma isolada, a pena de multa.

---

55 MONTENEGRO, Marilia. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico critica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p.172.

56 REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito Processual Penal Esquematizado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 592.

Assevera Paulo Henrique Fuller, em sua obra, ao tratar sobre a aplicação das contravenções penais no âmbito da violência doméstica:

> A proibição da aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 (notadamente a transação penal e a suspensão condicional do processo) se restringe aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher e, por isso, não alcança quaisquer contravenções penais, ainda que sujeitas ao regime jurídico da Lei 11.340/06.[57]

Na Lei 9.099/95, os crimes de menor potencial ofensivo, destacados no artigo 61 da referida lei que, além de tratar dos crimes cuja pena máxima não exceda 2 anos, insere as contravenções penais, que também são julgadas no rito sumaríssimo. Entretanto, no caso das contravenções penais, temos a aplicabilidade da Lei 9.099/95, excetuando apenas a aplicação do art.17 da Lei 11.340/06.

Todo esse tratamento mais rigoroso na Lei 11.340/06 viabiliza uma proteção maior para que a mulher possa fazer a representação nos casos de violência doméstica e, ao recorrer à justiça, não se sinta desamparada pelo judiciário que irá garantir a devida cautela ao caso, por isso não se deve aplicar os benefícios da Lei 9.099/95.

3.5 A Retratação na Lei 11.340/06

No Código de Processo Penal, a retratação está prevista no artigo 25, onde afirma que, nas ações penais condicionadas à representação, essa representação seria retratável até o oferecimento da denúncia, ou seja, pode ocorrer a retirada dessa representação, impossibilitando, assim, o oferecimento da denúncia.

Existe um prazo decadencial de 6 meses para que a denúncia seja oferecida, sendo que dentro do período decadencial poderá ser admitida a retratação e caso a vítima opte por fazer a representação novamente, ocorrerá a chamada “retratação da retratação”, que possibilita o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

57 FULLER, Paulo Henrique Aranda. Aspectos polêmicos da Lei de Violência Doméstica ou Familiar contra a mulher. Lei 11.340/06. Boletim IBCCrim n.171, fev. 2007. p. 15.

Nos casos da Lei 11.340/06, nos crimes de ação pública condicionada a representação, poderá ocorrer a retratação, porém, ele terá um tratamento diverso do disposto no Código de

Processo Penal. Alexandre Cebrian relata o procedimento de retratação em sua obra:

> É comum, contudo, que a mulher, posteriormente, se arrependa e compareça ao distrito policial ou ao cartório judicial para se retratar. Em tais casos a autoridade policial ou o escrevente devem elaborar certidão dando conta do comparecimento da vítima e de sua intenção de se retratar. O juiz, então, à vista dessa manifestação de vontade, caso ainda não tenha recebido a denúncia, deve observar o que dispõe o artigo 16 da Lei Maria da Penha e designar audiência para a qual a vítima será notificada e na qual o Ministério Público deve estar presente. A única finalidade dessa audiência é questioná-la se ela realmente quer se retratar e se o faz de forma livre e espontânea.[58]

Na Lei Maria da Penha, a retratação deve ocorrer antes do recebimento da denúncia pelo magistrado e não do oferecimento pelo *parquet*, além do pedido de retratação feito em tempo hábil, deverá ocorrer uma audiência com a vítima, para que ela manifeste sua vontade perante o magistrado e o promotor. Cumpre esclarecer que, para o crime de ameaça incurso no art. 147 do Código Penal, é cabível o instituto da retratação, pois sua ação penal é de natureza pública condicionada à representação.

Quanto a esse procedimento adotado nos casos de retratação, temos a observação de Eduardo Luiz Santos Cabette:

> Esta parece ser "a melhor das piores opções". Nos casos de violência doméstica contra a mulher, derrogado art. 25, CPP, para alongar o tempo para a retratação, teria o legislador criado uma nova formalidade processual antes do recebimento da denúncia, qual seja, a oitiva da vítima para que se manifeste

58 REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito Processual Penal Esquematizado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

> quanto a eventual retratação da representação anteriormente ofertada.[59]

Ante o exposto, em audiência, o magistrado informará a vítima dos efeitos que ocorrerá caso ela decida pela retratação e que, não haverá "retratação da retratação" como ocorre nos crimes comuns e deverá analisar, também, se a vítima está sob algum estado de coação, ou seja, que alguém a induziu para que se retratasse, após a constatação que ela está sob livre manifestação de vontade, seu pedido será reduzido a termo, efetuando a renúncia a representação.[60]

3.6 A Ação Penal nos crimes de Violência Doméstica

Em regra, assim como é aplicado no Código de Processo Penal, aplica-se a ação penal pública incondicionada nos casos de violência doméstica. Entretanto, cada crime irá seguir a aplicação prevista no Código Penal, podendo ser de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, ou, de ação privada. Todavia, em relação aos crimes de lesão corporal leve, que em regra são de ação penal condicionada à representação, temos uma discussão jurisprudencial diversa, que conduz a ação penal incondicionada.

O Superior Tribunal de Justiça, antes de 2012, havia entendido que as lesões corporais de natureza leve qualificados pela violência doméstica eram de ação penal condicionada à representação, ou seja, tinha como pressuposto processual a apresentação da vítima na delegacia, conforme acórdão a seguir:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06)é compatível com o instituto da representação, peculiar às ações penais públicas condicionadas e, dessa forma, a não aplicação da Lei 9.099, prevista no art. 41 daquela lei, refere -se aos institutos despenalizadores nesta previstos, como a composição civil, a

59 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 19 abr. 2018.

60 REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.97.

> transação penal e a suspensão condicional do processo. 2. O princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao art. 41, na medida em que condutas idênticas praticadas por familiar e por terceiro, em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade. 3. A garantia de livre e espontânea manifestação conferida à mulher pelo art. 16, na hipótese de renúncia à representação, que deve ocorrer perante o magistrado e representante do Ministério Público, em audiência especialmente designada para esse fim, justifica uma interpretação restritiva do art. 41 da Lei 11.340/06. 4. O processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois a conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas, de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família. 5. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal 1.320/09 em curso na 2ª Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. (STJ - HC: 157416 MT 2009/0245373-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 15/04/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2010)[61]

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.424, em 9 de fevereiro de 2012, decidiu que os crimes de lesão corporal de natureza leve no âmbito da violência doméstica seriam de ação penal pública incondicionada, ou seja, independeriam da representação como pressuposto processual. Logo, diante da mudança de entendimento pelo

STF, o STJ modificou seu entendimento e editou a súmula nº 542: "A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada"[62]

Diante dessa mudança de entendimento, podemos observar que nos crimes de lesão corporal leve, não ocorreria a opção de retratação por parte da vítima, pois

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. HC nº157.416. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. 2ª Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 542. In: REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito Processual Penal Esquematizado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 98.

caberia ao Ministério Público a autoria da ação. Em relação a essa divergência de pensamento em relação a qual tipo de ação penal aplicar nos casos de lesão corporal leve, temos doutrinadores a favor da ação condicionada a representação, como por exemplo, o pensamento de Maria Lúcia Karam que afirma:

> Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado [63]

Várias críticas se fundamentam do sentido da falta de discricionariedade da mulher em escolher se irá fazer a ocorrência ou não, porém, ocorre que mesmo com a representação na delegacia, elas vão dias depois ao judiciário pleiteando a retratação, ocorrendo posteriormente o arquivamento dos autos pela retratação da vítima, logo, essa discricionariedade dada pela representação, acaba por tornar o acusado impune, tornando sem efeito o objetivo mais rigoroso da Lei 11.340/06.

4 APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NO DISTRITO FEDERAL

4.1 Núcleo Permanente Judiciário da Mulher-NJM

O Núcleo Judiciário de solução de conflitos e cidadania da mulher em situação de violência foi criado pela Resolução 13 do TJDFT, em setembro de 2012. Essa resolução advém da Resolução 128 do CNJ de 2011, que deu orientação aos tribunais estaduais e do Distrito Federal para que criassem coordenações da mulher, vítimas de violência doméstica.

63 KARAM, Maria Lúcia.Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Boletim IBCCRIM, nov. 2006. p. 6

Em setembro de 2017, por meio da Portaria Conjunta 81/2017, o CJM tornou-se o Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica-NJM.[64]

O Núcleo Permanente Judiciário da Mulher, mais conhecido como NJM, é um importante instrumento de amparo às mulheres em situação de violência doméstica, pois, além de prestar o suporte a vítima, coíbe o agressor de cometer mais agressões contra a mulher. O NJM se divide em três eixos: eixo judicial, eixo policial e eixo comunitário.

4.1.1 Eixo Judicial

O Eixo judicial visa aprimorar o atendimento no âmbito jurídico, com fulcro na celeridade e na qualidade do atendimento para as vítimas de violência doméstica e seus familiares.

Tendo em vista a peculiaridade de cada caso de violência ocorrido, esse eixo proporciona a aplicação de medidas que auxiliem na solução da violência, a fim de cessar as agressões, utilizando assim uma política de prevenção e repressão da violência.

Dentre as funções apresentadas no eixo judicial, estão presentes: a pesquisa de satisfação com usuários, o programa pró excelência, o apoio à formação de magistrados e servidores do TJDFT, a participação e apoio à jornada Lei Maria da Penha e ao FONAVID, a articulação com os JVDFM do DF e o levantamento de dados estatísticos.

Além dos apresentados anteriormente, destacamos como principais: a atuação da equipe multidisciplinar, o grupo de homens e as Medidas Protetivas de Urgência Eletrônica - MPUe.

64 TJDFT. *Relatório anual do Núcleo permanente Judiciário de solução de conflitos e cidadania da mulher em situação de violência doméstica*. NJM, 2017. p. 7.

A Equipe multidisciplinar foi criada para atender o disposto no Artigo 29 da Lei 11.340/06, o qual prevê:

> Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.[65]

Conforme apresentado, a equipe multidisciplinar é formada por especialistas em áreas além do âmbito jurídico, com fulcro de auxiliar as vítimas e seus familiares durante todo o processo. O estudo de cada vítima, torna-se de extrema importância, pois as situações de violência são inúmeras e para que ocorra uma efetiva atuação do processo, são necessários acompanhamentos psicológicos e médicos, para que a vítima seja protegida pelo Estado.

> O objetivo principal dos atendimentos realizados pela Equipe Multidisciplinar é oferecer espaço de acolhimento e escuta qualificada sem dano e sem revitimização da ofendida, avaliando e estimulando a reflexão da ofendida sobre os fatores de risco de reincidência da violência e os fatores de proteção existentes.[6667]

Cumpre esclarecer, que a equipe multidisciplinar atende com horário marcado as vítimas dos processos, mas também atende, de forma espontânea, as vítimas que comparecerem ao juizado. Aos que não comparecem aos atendimentos, as equipes procuram remarcar os atendimentos, pois estes são necessários para o efetivo cumprimento da atuação processual.

Atualmente, a equipe multidisciplinar encontra-se atuando na Circunscrição Judiciária do Núcleo Bandeirante, entretanto, ante a necessidade dessas equipes nas demais cidades do DF, o NJM juntamente com o Serviço de Assessoramento aos juízos criminais- SERAVelaboraram um documento que pretende capacitar novas equipes para que atuem em toda região do Distrito Federal.

---

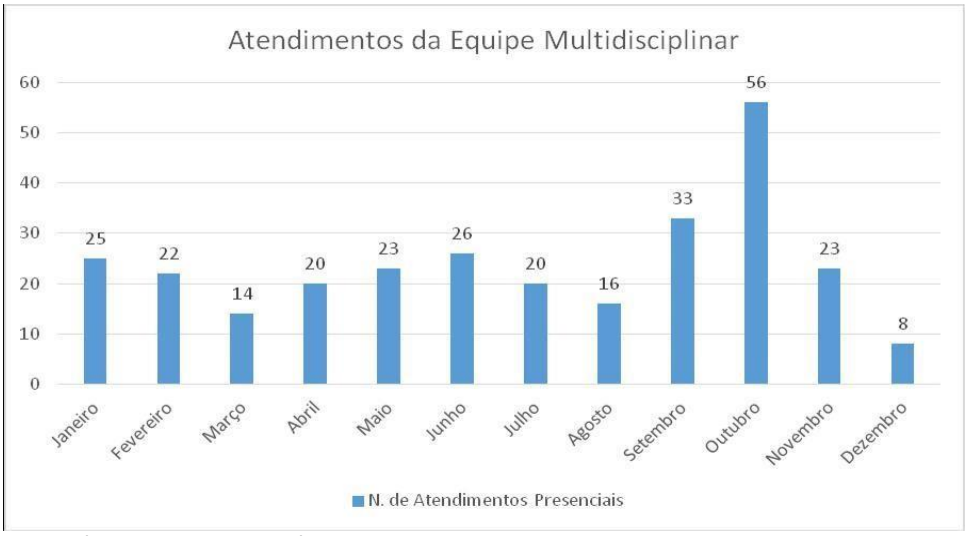
65 BRASIL, Lei 11.340/06, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 06 de ago. de 2018

66 TJDFT. Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM. 2017. p. 10.

67 Ibidem.p.14

Abaixo temos uma tabela de atendimentos das equipes multidisciplinares ocorridos no ano de 2017:

Figura 1



Fonte: Núcleo Permanente Judiciário da Mulher-NJM (2017)

Cumpre esclarecer que no gráfico acima apresentado não se incluem os atendimentos espontâneos, as orientações e os contatos por telefone.

4.1.1.1 Grupo Reflexivo de Homens

Em abril de 2016, o projeto do grupo de homens foi criado com o intuito de sensibilizar e mobilizar os homens, a fim de cessar todas as formas de violência doméstica, tanto nos relacionamentos atuais quanto nos futuros.

O grupo se reúne cinco vezes, uma vez em cada semana e cada encontro aborda temáticas diferentes, já preestabelecidas, sendo elas, a dependência afetiva, os mitos e verdades sobre a violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha e a autorresponsabilidade.

> Os magistrados que atuam na área poderão, a título de medida protetiva de urgência, determinar o comparecimento obrigatório do agressor para atendimento psicossocial e pedagógico, ou determinar o comparecimento voluntário, como prática de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.[68]

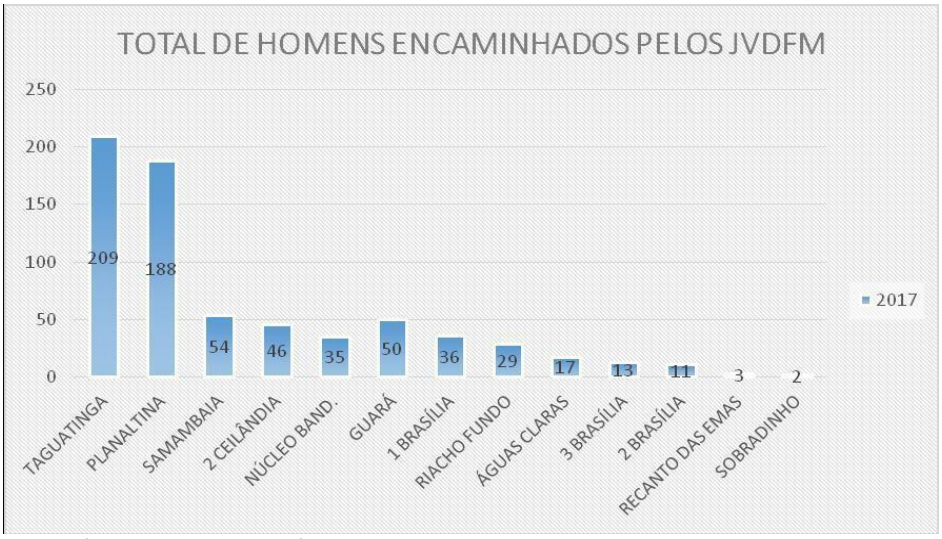
Ante o exposto, em alguns casos, os magistrados determinam que os acusados participem do grupo de homens como requisito necessário para que eles sejam reabilitados, tornando a presença no grupo como "obrigatória" para o cumprimento das medidas alternativas, sendo que, aqueles que participarem ativamente do grupo, indo a todas as reuniões, serão beneficiados, podendo até ser aplicada à suspensão da pena prevista no art. 77 do Código Penal.

Cumpre esclarecer que a atuação do grupo não se encontra em todos os juizados de violência doméstica do DF, porém existem polos de atuação em determinadas cidades, onde os homens são encaminhados para o grupo.

Em 2016, a quantidade de homens que frequentaram o grupo foi de 166 homens e, no ano de 2017, esse número teve um aumento significativo passando para um total de 705 homens encaminhados para as reuniões nos respectivos polos em todo DF, apresentados no gráfico abaixo:

Figura 2

68 TJDFT. Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM. 2016. p. 16.



Fonte: Núcleo Permanente Judiciário da Mulher-NJM (2017)

4.1.1.2 Medida Protetiva de Urgência Eletrônica- MPUe.

De forma experimental, em 2014, a MPUe foi implementada nas Circunscrições Judiciárias do Núcleo Bandeirante e Ceilândia, com objetivo de trazer mais celeridade na prestação jurisdicional às vítimas de violência doméstica. Graças ao êxito da proposta, em 22 de março de 2016, foi expedida a Portaria GC 44 que regulamentou essa proposta no TJDFT.

Essa medida visa tornar mais célere a aplicação de medidas protetivas às mulheres que comparecem a delegacia em situação de perigo. É um procedimento de requerimento de medidas protetivas feito na Delegacia da Mulher- DEAM aos Juizados de Violência Doméstica de forma eletrônica.[69]

A Comunicação do ocorrido e o envio da documentação são feitos por e-mail, pela DEAM, ao Juizado de Violência Doméstica, para que o magistrado analise prontamente e encaminhe a decisão da medida cabível para Delegacia da Mulher

69 TJDFT. Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM. 2016.

para que seja cumprida de forma imediata. Sendo as assinaturas e autenticações feitas por meio dos *tokens*, mais conhecidos como assinaturas digitais. A aplicação dessa medida encontra explicada a seguir:

> O artigo 12 da Lei Maria da Penha estabelece o prazo legal de 48 horas para a autoridade policial enviar o pedido de MPU para a Justiça, que tem o mesmo prazo para analisá-la e julgá-la (artigo 18 da Lei Maria da Penha), totalizando 96 horas entre o pedido da vítima e a resposta do Judiciário. Com o sistema proposto, o prazo entre o pedido de proteção e o deferimento da medida foi reduzido de forma considerável.[70]

A partir dessa medida, as mulheres que se encontram em situação de perigo, podem receber o amparo efetivo, a fim de serem protegidas e juntamente sua família, pois o risco se estende aos parentes da vítima que sofrem de forma indireta com a violência.

4.1.2 Eixo Policial

Nesse eixo temos a vinculação do Juizado de Violência Doméstica com as delegacias especializadas em todo o DF, ou seja, a integração do âmbito judiciário com os órgãos de segurança pública. Cumpre esclarecer que a MPUe fazia parte do eixo policial, entretanto, ano passado, integrou o eixo judicial.

Fazem parte desse eixo, o acordo de cooperação técnica com as instituições de ensino superior, ao qual o Uniceub, por meio da professora Camilla Magalhães, responsável pelo Projeto de extensão do PROVID, juntamente com os alunos do curso de direito e psicologia, auxiliam na prestação de assistência jurídica e psicológica às vítimas de violência doméstica na Delegacia da mulher- DEAM.

Também está previsto nesse eixo, o programa de segurança preventiva para ofendidas em medida protetiva de urgência e formações com a PCDF e PMDF. Sendo destacado, o acordo de cooperação técnica do PROVID com a PMDF, explanado a seguir.

70 TJDFT. Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM. 2016. p. 28.

4.1.2.1 Acordo de Cooperação Técnica do PROVID com a PMDF

A parceria entre o TJDFT e o Policiamento de Prevenção Orientada à Violência Doméstica- PROVID- teve início em 2014 e já perdura por 4 anos. Sendo, a cada ano, ampliado o policiamento nas cidades do DF, nos dias atuais o PROVID atua em 21 cidades no Distrito Federal.[71]

A ideia por trás dessa parceria é a colheita de informações atualizadas, feitas pelo TJDFT, acerca da vítima e seu agressor, para serem entregues aos policiais que irão visitar periodicamente a vítima, essas informações auxiliam os policiais a conhecer a história da pessoa que ele está visitando e observar se as medidas protetivas estão sendo efetivamente cumpridas.

É certo constar que o PROVID atua em casos específicos, onde o magistrado entende ser de extrema complexidade e gravidade. Logo, há necessidade de um amparo maior a essa vítima e aos seus familiares, pois a mesma poderá estar correndo risco de vida.

4.1.3 Eixo Comunitário

No eixo comunitário temos o trabalho de conscientização e sensibilização feito pelo juizado, para que as pessoas saibam o que é a violência doméstica e as formas de violência, como foi feita a Lei 11.340/06 e pra onde recorrer, caso se encontre em situação de violência ou tenha conhecimento que alguém está passando por ela.

> As atividades no eixo comunitário têm caráter preventivo, uma vez que são realizados seminários e palestras sobre a temática da violência doméstica, bem como interventivo, uma vez que, atualmente, o CJM procura desenvolver parcerias e estreitar o relacionamento com as instituições capazes de dar suporte à

71 TJDFT. Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM. Ano 2017.p.27

> mulher nas questões cíveis e no âmbito psicológico e da saúde.[72]

Os meios utilizados para essa conscientização são: a rede de proteção às mulheres do DF e Entorno, a Rede Brasil Mulher, as palestras e seminários para a rede e comunidade, as parcerias com lideranças religiosas, o acordo de cooperação técnica SPAE e a participação do grupo de trabalho sobre violência sexual. O Projeto Maria da Penha vai à escola e a Casa da Mulher Brasileira são as principais ações previstas no eixo comunitário, sendo tratadas a seguir.

4.1.3.1 Projeto Maria da Penha vai à escola

Em 2014, o NJM juntamente com as diretorias das regionais de ensino e os juizados de violência doméstica de Ceilândia e do Núcleo Bandeirante, deram início ao projeto Maria da Penha vai à escola, com intuito de orientar e conscientizar os alunos e professoras das instituições de ensino.

> Nas Coordenações Regionais de Ensino, o projeto é desenvolvido em 4 etapas de acordo com o público-alvo: 1) Formação dos orientadores educacionais e equipes de apoio; 2) Formação de gestores; 3) Formação de coordenadores pedagógicos, professores e monitores; 4) Sensibilização com estudantes. Os temas abordados nas formações são: Gênero e violência contra a mulher; Lei Maria da Penha; atendimento das situações de violência; violência sexual; papel da escola e dos profissionais de ensino no encaminhamento das situações identificadas; apresentação das instituições da rede e estudos de caso. As formações são realizadas em parceria com os juízes titulares dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, podendo contar ainda com a participação de promotores, defensores e delegados.[73]

Anos após, houve um crescimento significativo do projeto, sendo estendido para as demais cidades do DF. No ano de 2017, houve atuação do projeto em 11 cidades do DF, o objetivo será a implementação do projeto em todos os juizados de violência doméstica, a fim de prevenir que mais casos de violência ocorram no DF.

72 TJDFT. Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM. Ano 2017. p. 36.

73 TJDFT. Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM. Ano 2017.p.33

Esse trabalho de palestras e orientações nas escolas visa proteger e conscientizar a mulher em situação de violência, pois alguma aluna pode estar passando por uma situação de violência sem nem perceber, tendo em vista que a violência não é só física, pode ser tanto psicológica ou moral. Com esse trabalho, as pessoas se conscientizam que o Estado presta um apoio às vítimas, a fim de cessar a violência de todas as formas.

4.1.3.2 Casa da Mulher Brasileira

A Casa da Mulher Brasileira, CMB, é iniciativa da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República e faz parte do Programa Mulher: viver sem violência. Em 2015, foi inaugurada a primeira casa em Campo Grande, sendo que hoje temos nas cidades de Brasília, Curitiba, Fortaleza, São Luís, Roraima e São Paulo.

Em Brasília, a implementação ocorreu por intermédio do Juiz coordenador do NJM, Ben Hur, atualmente juiz da vara de violência doméstica do Núcleo Bandeirante, que foi nomeado executor de adesão da Casa Brasileira no DF.[74]

A CMB foi criada para dar todo o suporte para as mulheres vítima de violência doméstica, sendo que, em cada unidade temos uma defensoria pública especializada, um ministério público especializado, o juizado de violência doméstica (representantes do NJM), delegacia especializada (extensão da DEAM), assistência psicológica, triagem, acolhimento, para as mulheres em situação de risco, além de auxiliares da saúde.[75] Todo o amparo é prestado na CMB, entretanto, em Brasília a unidade encontra-se interditada pela Defesa Civil, devido ao risco de desabamento.[76]

74 Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher - NJM. Ano 2016.p.59.

75 LEILANE MENZES . Metrópoles. Casa da Mulher Brasileira: Investimento milionário e portas fechadas. Disponível em:<https://www.metropoles.com/brasil/casa-da-mulher-brasileira-investimentomilionario-e-portas-fechadas>. Acesso em: 08 de agos. de 2018

76 MANOELA ALCÂNTRA. Metrópoles. Risco de desabamento: Defesa Civil interdita Casa Da mulher Brasileira. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/risco-de-desabamento-defesa-civil- interdita-casa-da-mulher-brasileira>. Acesso em: 08 de agos. de 2018

3.2 Lei Maria da Penha nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar do DF

A discussão sobre o cumprimento da Lei 11.340/06 encontra respaldo na efetividade dos juizados de violência doméstica e a criação de políticas públicas que visam amparar à vítima e impedir que o agressor venha a repetir atos de violência contra a mesma.

Em 2017, no site do Tribunal de Justiça do DF, foram apresentadas as estatísticas sobre os casos de violência doméstica no DF, sendo apresentado um estudo relativo aos anos de 2013- 2017, a fim de apresentar os diversos seguimentos dos processos que adentram nos Juizados Especializados de Violência Doméstica e nos Juizados de Competência Geral e Violência Doméstica.

NJM-TJDFT- Estatísticas de Violência Doméstica 2013-2017 (Juizados Especializados)

		Processos	Processos		
	Período	Distribuídos	Arquivados	Sentenças	Audiências
Juizados Especializados	Total 2013	22.561	20.164	13.067	15.085
	Total 2014	20.607	21.855	8.277	14.073
	Total 2015	22.411	22.606	8.832	13.305
	Total 2016	27.266	28.621	13.064	17.887
	Total 2017	28.423	26.895	12.594	19.133

Fonte: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJDF (2018)[77]

77 TJDFT. NJM apresenta números da violência contra a mulher nos últimos cinco anos. 2018. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/fevereiro/njm-tjdft-

NJM-TJDFT- Estatísticas de Violência Doméstica 2013-2017 (Juizados de Competência Geral e Violência Doméstica)

		Processos	Processos		
	Período	Distribuídos	Arquivados	Sentenças	Audiências
Juizados Competência Mista	Total 2013	16.624	14.606	10.748	11.911
	Total 2014	14.922	14.258	10.417	11.392
	Total 2015	11.128	14.268	8.779	10.280
	Total 2016	6.805	6.155	3.352	4.615
	Total 2017	7.477	6.476	2.971	5.947

Fonte: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJDF (2018)[78]

Cumpre esclarecer que no ano de 2013, havia apenas 12 juizados especializados e 7 juizados de Competência Geral e Violência Doméstica em todo o DF. Em 2017, houve um aumento dos Juizados Especializados para 19 juizados e 3 Juizados de Competência Geral e Violência Doméstica. Devido a isso, os números de processos distribuídos, apresentados na tabela, referente aos juizados especiais aumentaram de 2013 a 2017 e em relação aos juizados de competência mista, houve uma diminuição nos processos distribuídos.

4.3 Medidas Efetivas de Amparo a Mulher

apresenta-numerosda-violencia-contra-mulher-nos-ultimos-cinco-anos>. Acesso em: 10 de ago. de 2018

78 Ibidem.

Diante do estudo sobre a violência doméstica e as ações penais cabíveis para cada crime praticado contra a mulher, entendo que a forma mais efetiva não seria a aplicação da Ação Penal Incondicionada, pelo que prevê os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, ao entender que a discricionariedade da vítima estaria extraindo o caráter mais "coercitivo" da pena, pois a mesma poderia optar por desistir da ação e no caso do entendimento do STJ, a incondicionalidade da ação proporcionaria um seguimento processual, a fim de "punir" o agressor pela prática da violência.

Entretanto, contrariando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conhecendo o funcionamento do Juizado de Violência Doméstica, juntamente com os dados estatísticos apresentados, creio que a aplicação da ação penal não interfere tanto no processo, pois a efetividade processual das vítima que sofre de violência doméstica se estende para além dos autos, pois as mesmas precisam de um amparo maior, se estendendo à assistência psicológica e médica, a fim de tratar os efeitos e impactos da violência na vítima e em seus familiares, além de conscientizar o agressor para que cesse com a violência.

A aplicação de medidas alternativas, por mais que contrárias ao texto da Lei 11.340/06, mostram-se mais efetivas para coibir a violência doméstica no DF.

O Grupo reflexivo de homens, apresentado no capítulo, possui uma importância crucial na vida do agressor, a fim de que ele pare com a violência e estabeleça uma relação melhor com as pessoas ao seu redor, pois esse tratamento poderá coibir violências futuras em outras relações que o acusado poderá ter.

Em relação às violências mais brandas, poderia ser cabível o *"Sursis"*, pois traria esse caráter punitivo da pena, sendo uma alternativa benéfica para que o acusado não fosse privado de sua liberdade.

Conforme apresentado nas estatísticas de violência doméstica no DF, quantidade de autos arquivados é muito alta e isso se deve à falta de continuidade dos autos pela desistência da ofendida ou pela falta de pressuposto para

prosseguimento do feito, sendo que o deferimento de medidas protetivas também são recorrentes no DF e possuem mais eficácia, tendo em vista que protegem a vítima de sofrer novas agressões.

Ante o exposto, acredito que a aplicação de medidas alternativas para crimes mais brandos no âmbito da violência doméstica teria mais eficácia para cessar esse tipo de violência, além da aplicação de medidas protetivas para proteger a vítima e seus familiares de sofrerem agressões.

A assistência psicológica torna-se crucial para esse acompanhamento, tendo em vista que o agressor pode sofrer de alguma doença psicológica ou patológica, além do acompanhamento da polícia para ver se as medidas estão sendo cumpridas.

O efetivo cumprimento e aplicação das políticas públicas apresentadas pelo NJM traria um impacto positivo e de prevenção à violência doméstica, cabendo ao Estado manter essas políticas, para que sejam reduzidos os casos de violência no DF.

5 CONCLUSÃO

O Processo penal visa trazer uma proporcionalidade entre a pena e o delito praticado, sendo o processo o instrumento utilizado para que a jurisdição seja provocada por meio da ação. A prestação jurisdicional tem como condição da ação a legitimidade da parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, configurando a tríade dos pressupostos de condição da ação.

A legitimidade depende da natureza da ação, podendo ser feita pelo membro do Ministério Público, pela representação do ofendido ou pelo Ministro da Justiça.

Em regra, a ação pública incondicionada é aplicada nos casos de omissão pelo Código Penal, esta não depende da provocação do ofendido, sendo necessária apenas a provocação pelo membro do Ministério Público que é obrigado a oferecer a denúncia se encontrado os pressupostos da ação.

Ante o exposto, cumpre salientar que o membro do Ministério Público tem a obrigatoriedade de dar continuidade à ação se previstos os requisitos, entretanto

mesmo diante desse princípio temos na prática a dificuldade encontrada no membro do *parquet* em dar prosseguimento a uma ação sem o auxílio e cooperação da vítima, principalmente no âmbito da violência doméstica, onde a mesma precisa relatar as agressões ocorridas, além dos outros tipos de violência vivenciados cotidianamente.

A Lei 11.340/06 inovou o ordenamento jurídico tanto na esfera penal quanto na civil, pois a possibilidade de punição de uma pessoa que convive com outra acaba desmoronando e quebrando as regras do casamento como algo pessoal e íntimo do casal, sendo que no passado, as pessoas não podiam intervir no casamento ou em uma família, pois era visto como algo particular, sendo que o papel do homem era de chefe e provedor da família, cabendo às mulheres as tarefas domésticas e os cuidados com os filhos.

As mulheres não tinham direitos civis, eram subordinadas ao interesse e anuência de seus maridos e aos poucos, diante das lutas feitas e com o decorrer do tempo, houve o rompimento da sociedade machista. Atualmente o machismo ainda existe, devido à criação dada pelos pais, porém os direitos civis foram estendidos às mulheres, no entanto ainda havia resquícios da cultura machista perpetrada nos anos passados, por isso o destaque dado à Lei 11.340/06, que tratou desse tipo de violência.

Além da previsão do rol de tipos de violência, a previsão no art.41 da Lei Maria da Penha, vedou a aplicação dos institutos previstos na Lei 9.099/95, por tratar de uma aplicação benéfica ao acusado. Entretanto, conforme os estudos apresentados no capítulo 3, a aplicação do *Sursis* Processual traz uma efetividade maior para coibir a violência do que o encarceramento do agressor dado pela pena privativa de liberdade.

Entretanto, ao levarmos em consideração o entendimento previsto na súmula 542 do STJ, que prevê aplicação da natureza incondicionada da ação para os crimes de lesão corporal leve, temos uma dicotomia ante a eficácia da referida Lei, pois a incondicionalidade da ação não irá trazer a mudança necessária para o agressor, poderá torna-lo mais violento do que era antes.

Ante o exposto, podemos concluir que o encarceramento do agressor, ocasionaria um comportamento mais violento do agressor. Logo, a atuação das equipes multidisciplinares feita no Núcleo Permanente Judiciário da Mulher, torna-se de extrema importância no combate à violência doméstica, pois não trabalha somente com a vítima e seus familiares, mas acompanha o agressor e o conduz a um tratamento psicológico a fim de estudar a causa que desencadeou o comportamento agressivo.

Essa união do judiciário com as instituições de psicologia e de saúde, tem se mostrado bastante efetiva no combate à violência doméstica e uma das ferramentas utilizadas, que acredito ser de extrema eficácia para cessar a violência no âmbito doméstico e o grupo reflexivo de homens, que em suas reuniões mostra a violência doméstica em suas formas e busca tratar as agressões a fim de cessar a violência com a vítima em seu relacionamento atual e prevenir que aconteça o mesmo nos relacionamentos futuros.

A aplicação feita pelos magistrados do instituto do *sursis* da pena, caso o acusado demostre bom comportamento no grupo reflexivo e se comprometa a fazer o acompanhamento psicológico, gera um efeito positivo naquele agressor que pretende mudar de vida, dando uma oportunidade para que o mesmo se arrependa e mude o comportamento, trazendo a união familiar ou uma separação mais pacífica entre o marido e mulher.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO TSE. *Série inclusão: a conquista do voto feminino no Brasil. Disponível* em :<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-aconquista-do-voto-feminino-no-brasil>.Acesso em: 26 de jun de 2018.

BARATTA, Alessandro. *O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana.* CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Criminologia e feminismo. Porto alegre: Sulina, 1999.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito II: edição comemorativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

BARSTED, Leila Linhares. *O avanço legislativo no enfrentamento da violência contra as mulheres*. In: LEOCÁDIO, Elcylene. O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência. Brasília: Agende/SPM.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei 11.340/06: *aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.* São Paulo, Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, Decreto –lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 de março de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988 . Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 04 de jul. de 2018.

BRASIL. Decreto Lei nº3.689 de 3 de out de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 17 de mar de 2018.

BRASI. *História de Maria da Penha.* Disponível em:<http://www.compromissoeatitude.org.br/quem-e-maria-da-penha-maia-fernandes/>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. LEI MARIA DA PENHA. 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. *HC nº157.416.* Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. 2ª Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292.Cumprimento de pena após segunda instância. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/305977377/pena-pode-sercumprida-apos-decisao-de-segunda-instancia-decide-stf. Acesso em: 09 de mai de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. HC nº 84.078MG. Relator. Min. Eros Grau.DJU. Brasilia, 05 de fev. de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. HC nº 126.292SP. Relator. Min. Teori Zavascki.DJU. Brasilia, 17 de fev. de 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>.Acesso em: 5 ago. 2018

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FEIX, Víginia. IN: CAMPOS, Carmem Hein de. *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico feminina.* Rio de Janeiro: Lumen Juris,2011.

FILHO, Tourinho.Processo Penal.cit, 1997,v.1 p.361-2. In CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2014.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Aspectos polêmicos da Lei de Violência Doméstica ou Familiar contra a mulher*. Lei 11.340/06. Boletim IBCCrim n.171, fev. 2007.

GONÇALVES, Victor. CEBRIAN, Alexandre. *Direito Processual Penal Esquematizado.* São Paulo.5ª ed. Editora Saraiva,2016.

IZUMINO, Wania Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*. 2ª ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim IBCCRIM, nº168, nov. 2006.

LEILANE MENZES . Metrópoles. *Casa da Mulher Brasileira: Investimento milionário e portas fechadas*. Disponível em:<https://www.metropoles.com/brasil/casa-da-mulherbrasileira-investimento-milionario-e-portas-fechadas>. Acesso em: 08 de agos. de 2018.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica*. 2 ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

MANOELA ALCÂNTRA. Metrópoles. *Risco de desabamento: Defesa Civil interdita Casa*

Da mulher Brasileira. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/risco-de- desabamento-defesa-civil-interdita-casa-da-mulher-brasileira>. Acesso em: 08 de ago. de 2018.

MARQUES, Marilia. *Lei Maria da Penha também vale para vitima transexual*. Globo G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/lei-maria-da-penha-tambemvale-para-vitima-transexual-determina-justica-do-df.ghtml>. Acesso em: 15 mai. 2018.

MONTENEGRO, Marilia. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológica crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro. 11ª ed. Editora Forense.2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo. 18ª edição. Atlas, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert Rovinski. *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen.

TJDFT. *NJM apresenta números da violência contra a mulher nos últimos cinco anos*. 2018. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/fevereiro/njmtjdft-apresenta-numeros-da-violencia-contra-mulher-nos-ultimos-cinco-anos>. Acesso em: 10 de ago. de 2018.

TELES, Maria Amélia de Almeida; Monica de Melo.*O que é violência contra a mulher?*.São Paulo: Brasiliense, 2002.

TJDFT. *Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM.* Ano 2017.

TJDFT. *Relatório Anual do Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica- NJM.* Ano 2016.

Ciências Criminais

COLABORAÇÃO PREMIADA: OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO JUIZ CRIMINAL

Andressa Viana Guimarães

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso, estruturado em formato de monografia, cujo objetivo é esclarecer o instituto do acordo de colaboração premiada, regulamente pela Lei n. 12.850/2013, conhecida como Lei de Organizações Criminosas. Serão abordados os princípios que norteiam a propositura e a realização do instituto, seus requisitos, os benefícios adquiridos pelos colaboradores, o alcance da realização do acordo, bem como os legitimados pela sua elaboração, formalização e homologação. Ao final, concluindo, será abordado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte de Justiça do Brasil, e, partindo de uma análise crítica, será esclarecida a problemática, o papel do juiz criminal e os seus limites de atuação no acordo de colaboração premiada.

Palavras-chave: Colaboração. Homologação. Atuação. Limites. Juiz.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de desmistificar o instituto da colaboração premiada no direito brasileiro, a partir de sua regulamentação na Lei n. 12.850/2013, que ganhou importante destaque nos últimos anos.

Inicialmente, será abordado os princípios constitucionais e processuais que envolvem o referido instituto, trazendo à baila todos os seus aspectos, inclusive os posicionamentos positivos e negativos acerca do negócio jurídico realizado. Assim, finalizaremos a exposição dos princípios explicitando-os favoravelmente à realização do acordo de colaboração premiada.

O objetivo geral é analisar o instituto à luz da Lei de Organizações Criminosas, esmiuçando os artigos referente a ele e detalhando quem são os legitimados a proporem o acordo; a sua efetiva aplicação, como um meio de obtenção de prova que possibilita acesso à efetiva justiça penal, bem como se o instituto possui legitimidade jurídica e adequação ao núcleo ético acolhido pela Constituição Federal de 1988; os requisitos para a sua homologação, as garantias, os benefícios e as abstenções que o réu ou investigado obterá ao aceitar o acordo e colaborar efetivamente com a investigação e com o esclarecimento dos fatos, bem como o alcance do acordo para as autoridades e os seus efeitos na persecução penal.

O objetivo específico é esclarecer a atuação de juiz criminal no acordo de colaboração premiada, inclusive, citando as discussões e os esclarecendo os diversos pontos de vista acerca dos limites nos quais o magistrado agirá, bem como exercerá o controle de legalidade pertinente ao instituto.

Destinou-se as pesquisas a elucidar a problemática sobre os limites da atuação do juiz, que deve se resguardar até a formalização do acordo e ao seu protocolo para, então, homologá-lo, limitando-se quanto ao previsto na Lei n. 12.850/2013 e à posição do Supremo Tribunal Federal – informativo n. 870 – STF.

Foi utilizado o método de pesquisa documental, para tanto, analisadas obras sobre Direito Constitucional, Processo Penal e a Lei n. 12.850/2013, Organização Criminosas e o instituto da Colaboração Premiada.

O primeiro capítulo analisa os princípios constitucionais e processuais que envolvem o instituto e seus conceitos à luz da matéria prática. São apresentados argumentos favoráveis e contrários à sua incidência ou não na colaboração premiada.

No segundo capítulo, é abordado o instituto de colaboração premiada nos termos da Lei n. 12.850/2013, indicando os legitimados a propor o acordo, os requisitos formais necessários para a sua homologação, o alcance da realização do

negócio jurídica pelas autoridades competentes e os benefícios recebidos pelos colaboradores.

Ao final, no capítulo que trata sobre a principal problemática do tema, encontra-se os pontos controversos acerca da atuação do juiz, baseada na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Ainda, conta com uma análise crítica desenvolvida descrevendo os limites de atuação do juiz criminal no acordo de colaboração premiada.

2 DOS PRINCÍPIOS

À luz do direito constitucional, os direitos e garantias individuais são irrenunciáveis, intransferíveis e indisponíveis, não podendo o autor do fato cedê-los, renunciá-los ou transferi-los, mas pode deixar de utilizá-lo. De tal forma, continua sendo o titular do direito, deixando apenas de exercê-lo.[1]

2.1 Do devido processo legal

Reza o artigo 5º, inciso LIV, da CF de 1988, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O artigo no qual se funda o referido princípio é auto-explicativo; ou seja, no âmbito penal, para que alguém seja punido, de qualquer forma, seja com a privação de sua liberdade ou a restrição de seus bens, deverá enfrentar um processo penal que, por sua vez, tem de seguir o princípio do devido processo legal.[2]

O princípio do devido processo legal engloba todos os demais princípios de um processo penal, bem como os direitos e garantias necessários para que o processo seja formal, legal e válido, tais como o direito contraditório, ampla defesa, acesso ao judiciário e juiz natural. Com efeito, somente cumprindo essas garantias, será

1 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método. 2014, p, 97.
2 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 187.

possível promover segurança jurídica; e, apenas assim, considera-se que o processo cumpriu o princípio do devido processo legal.[3]

É garantia ao indivíduo, que ele seja submetido a um processo formal, para a sua penalização. Todavia, apenas após findo o processo, respeitando todas as demais garantias conferidas ao acusado, é que haverá a sentença que o condene ou o absolva.[3]

Nesse sentido, consiste a grande crítica por parte da doutrina, a qual afirma que a realização do acordo de colaboração premiada, suprime a garantia constitucional de que o acusado ou investigado não seja condenado sem que tenha contra ele um processo formal, que garanta os princípios, já mencionados, e, consequentemente, uma sentença condenatória; considera-se que o, ainda suposto, autor do fato ilícito assuma uma sanção-pena, sem, sequer, ser processado e julgado.[4]

Assim, mantém-se firmes, afirmando que as sanções – aplicadas ao final da instrução processual, ao tempo da sentença – só podem ser aplicadas se respeitados os mencionados princípios. Para corroborar, na justiça negocial, o colaborador assume uma sanção, na modalidade imposta pelo acordo realizado com a instituição acusadora no ato da negociação penal, sem passar pelo crivo do devido processo legal, nem ter contra ele uma sentença condenatória. Concluem-se que, ao acordar pela colaboração premiada, o autor do fato dispõe de seus direitos e garantias individuais em troca de benefícios.[5]

Por ora, convém mencionar que o acordo de delação premiada deve ser feito voluntariamente e, desde que cumpra os requisitos legais previstos na Lei nº 12.850/13, deverá ser homologado. Após verificada a sua legalidade, servirá como meio de obtenção de provas a ser utilizado no processo penal. Portanto, observando a legalidade do acordo e a voluntariedade do colaborador, não há que se falar em

3 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 188.
4 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da Delação Premiada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 13, n. 159, 2006, p. 11.

supressão do princípio do devido processo legal, mesmo porque, qualquer indivíduo pode deixar de exercer um direito.[5]

2.2 Do juiz natural

O princípio do juiz natural deriva do disposto no artigo 5º, incisos XXXVII, da Constituição Federal, o qual prevê que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e visa garantir que a causa será discutida pelo juiz competente, previamente instituído.[6]

Juiz ou tribunal de exceção são aqueles criados com o objetivo específico de julgar determinado delito. Portanto, de acordo com o processo penal brasileiro, o órgão julgador deve existir anteriormente à existência do conflito, pois garante àquele que é submetido a um processo que o seu julgamento seja realizado por juiz ou tribunal, o qual já deve compor a estrutura judiciária estatal anteriormente à pratica do delito.[7]

Corroborando com a exigência de que o juízo seja previamente estipulado, no artigo 5º, inciso LIII, da CF, encontra-se previsto que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".[7]

O princípio assegura a atuação imparcial do Poder Judiciário perante o acusado, tendo em vista que a existência de um tribunal previamente instituído e estabelecido por lei, garante um julgamento imparcial, objetivo e independente.[8]

De toda sorte, percebe-se que a atribuição do juiz natural é constitucional, uma vez que a Constituição Federal é a responsável por atribuir competência aos órgãos e estabelecer a atribuição/competência judiciária. Ademais, o juiz nomeado também não pode escolher a sua causa, devendo julgar aquela que lhe seja conferida

5 NUCCI, Guilherme de Souza**. Organização criminosa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, São Paulo: Editora Método. 2017, p. 54.
6 LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2013, p. 35.
7 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 172.
8 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 35.

por distribuição, garantindo, assim, que sejam cumpridas as regras de competência nos tribunais e nos juízos constitucionalmente instituídos.[9]

Para tanto, no processo, o juiz é a terceira figura envolvida, dotado de imparcialidade e equidade, e tem a finalidade de evitar arbitrariedade ou casuísmo na decisão dos litígios; é o responsável, de acordo com seu livre convencimento, por absolver ou condenar o acusado; e, em caso de condenação, dispor sobre sua pena. No acordo de colaboração premiada, o juiz é responsável por homologar o acordo, não podendo se dispor sobre seus termos, a fim de garantir a sua imparcialidade e equidade.[10]

Como vimos, tal princípio garante que o juiz decida de acordo com o seu livre convencimento, após seguir um processo legal; ocorre que, na colaboração premiada, o juiz receberá o acordo para homologá-lo com uma verdade "preexistente", qual seja, o juiz receberá um acordo proposto pelo órgão da acusação com o depoimento do delator e, de sua análise, verificará como verdade real o acordo recebido. Portanto, acredita-se que o princípio em questão observará a imparcialidade requerida pelo nosso ordenamento ao homologar o acordo em questão, visto que o magistrado homologará a colaboração pensando no resultado do acordo processual, sem que sequer tenha sido submetido o colaborar a um processo legal.[11]

Ocorre que, o que já vimos aliado ao que veremos adiante, podemos observar que o juiz, ao homologar o acordo de colaboração e, aplicá-lo como meio de obtenção de provas, deverá agir conforme o princípio da legalidade, da motivação das decisões judiciais, da publicidade, ou seja, seguindo os princípios e nos limites da Lei de Colaborações Premiadas. Portanto, não há que se falar na imparcialidade do juiz ao celebrar o referido acordo.[12]

9 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 172.
10 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 132.
11 REZENDE, Silas. O Instituto da Delação Premiada e Seus Aspectos Jurídicos. JusBrasil, 2018.
12 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 132.

2.3 Do contraditório

O princípio do contraditório está dentre os quais complementam o devido processo legal; na falta dele, o processo não cumprirá os requisitos de formalidade e legalidade, uma vez que não haveria a plenitude de defesa.[13] Trata-se também de princípio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.[14]

O contraditório diz respeito ao direito de tomar conhecimento de todos os atos e decisões judiciais no decorrer do processo, bem como o direito de contestar, refutar e contrariar cada um deles. Ou seja, cabe a ambas as partes o direito de informação e de participação, em equilíbrio e paridade.[15]

Ao acusado, reflete o direito de ter conhecimento do ato, de receber a informação do procedimento e ter ciência do andamento processual. No que diz respeito à participação, é a oportunidade real e igualitária da defesa contraditar, de fato, qualquer ato produzido pela acusação; rebatê-lo; opor-se; contrarrazoar-se; apresentar a sua versão dos fatos; acrescentar atos novos ao processo. Ou seja, dá-se ao acusado a mesma oportunidade de manifestar-se – ou melhor, contraditar-se - no processo. E vice-versa.[16]

Em que pese o acusado/investigado possuir o direito de contraditar, não fica excluído o seu direito de permanecer em silêncio, cabendo a ele decidir o que lhe é mais benéfico. Ademais, no que se refere ao inquérito policial, não é garantido o contraditório, tendo em vista que a fase inquisitorial tem natureza investigativa, não cabendo ao investigado refutar ou debater atos e fatos em fase de investigação.[16]

Para Jacinto Coutinho, o instituto da colaboração premiada, além de ferir o princípio do devido processo legal, fere, ainda mais, o princípio do contraditório ao aplicar pena ao colaborar sem antes ter-lhe conferido o direito a se contraditar dos

13 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 190.
14 BRASIL**, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado. 1988.
15 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 13.
16 FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

atos estatais. Alegando que, para a realização do acordo, não existe um processo e, por óbvio, sem processo, não existe contraditório.[17]

Por isso, podemos afirmar que, como exemplificado acima, a respeito de provas solicitadas no decorrer do inquérito policial, na delação premiada persiste o respaldo do princípio do contraditório. A possibilidade de contraditar será resguardada no decorrer do processo.[18]

Ademais, em se tratando de colaboração premiada realizada em bojo de inquérito policial, não há que se falar em inobservância do contraditório nesta oportunidade, uma que vez, conforme acima afirmado, ao inquérito policial não se aplica contraditório; podendo ser revista tal situação ao longo da instrução processual.[18]

2.4 Da ampla defesa

O princípio da ampla defesa consiste no "direito de trazer ao processo todos os possíveis meios de provas e todas as maneiras lícitas de provar a verdade", previsto no artigo 5º, inciso LV, da CF.[19]

Confunde-se superficialmente com o contraditório, pois, é através dele que é dado todo o direito de defesa, porém a ampla defesa, mais que uma garantia processual, é um direito que, é de inteiro interesse acusado, já que é o meio pelo qual o acusado pode utilizar todos os recursos de defesa. No entanto, manifesta-se através da oportunidade do contraditório, por isso estão intimamente ligados; consubstancia-se na "reação" ao que é dito pela acusação e não na oportunidade de refutar o que foi por ela aduzido, sendo direito apenas do réu, enquanto o contraditório é cabível a ambas as partes.[20]

17 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 2006. Op. cit. p. 11.
18 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 2006. Op. cit. p. 12.
19 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 190.
20 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 16.

Explicitada a diferença entre ambos, a ampla defesa não é somente o direito que o réu tem de se "defender amplamente" contra todas as imputações, mas também de se autodefender, ter uma defesa digna, técnica, específica e processual.[19]

Sendo também um dos princípios que compõem o devido processo legal, o princípio da ampla defesa é necessário e irrenunciável. Não é válido processo penal com cerceamento de defesa. Garante, ainda, ao réu que possua uma defesa positiva, que refute os argumentos e, por meio de instrumentos processuais e materiais, convença o juiz; e negativa, que consista na não autoincriminação e construção de elementos probatórios que prejudiquem o réu.[21]

Não é considerado cerceamento de defesa a realização da colaboração premiada e o fato do colaborador não ter a chance de defender durante o acordo, visto que, no decorrer da ação penal, o réu terá a oportunidade de se valer do contraditório e da ampla defesa.[22]

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça considerou válida a condenação baseada nas provas colhidas com a colaboração premiada, mesmo que ela não seja homologada pelo juiz, principalmente, quando dela se comprovarem os depoimentos colhidos no decorrer da instrução processual. Na oportunidade, ainda, do réu se defender. Senão, veja-se:

> [...] Não se mostra pertinente a discussão em torno de delação premiada oferecida a Réus pelo Ministério Público, e homologada pelo respectivo Juízo, em outros autos. O que interessa para a ação penal em tela são seus efetivos depoimentos prestados, os quais foram cotejados com as demais provas pelo juiz da causa para formar sua convicção, sendo garantido ao ora Paciente o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Eventual nulidade desses acordos efetivados em outras ações penais – cuja discussão

21 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 18.

22 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

> refoge aos limites de cognição deste writ – não tem o condão de atingir os depoimentos tomados na presente ação penal.[23]

2.5 Princípio da Publicidade

Preconizado pelo Estado de Direito, adotante de uma postura democrática, deve assegurar transparência jurídica aos processos em curso, tanto para as partes envolvidas, como para toda a sociedade, notadamente àqueles processos que são de interesse da coletividade. Consiste na obrigação de garantia que o Estado tem de tornar público os seus atos, permitindo que o povo possa exercer o controle jurisdicional. Ademais, todos os interessados têm o direito de receber informações sobre atos e decisões do Estado, seja de interesse pessoal ou coletivo.[24]

Além de um direito, é uma garantia do cidadão. Para Luigi Ferrajoli é uma garantia das garantias, pois é por meio do princípio da publicidade que o cidadão poderá garantir que os seus demais direitos e garantias estão sendo cumpridos e respeitados.[25]

Amparado pelo Código de Processo Penal e pela Constituição Federal, o princípio da legalidade subdivide-se em publicidade ampla e publicidade restrita.

A publicidade restrita encontra amparo nos artigo 5º, inciso XXXIII, e artigo 93, IX, 1ª parte, ambos da CF, e artigo 792, caput, do Código de Processo Penal, se destaca nos artigos 201, § 6.º, e no artigo 792, § 1.º ambos do CPP, e previsão legal no artigo artigo 5.º, incisos X e LX, da CF. Nesse diapasão, verificamos que o princípio em questão não é absoluto, pois se restringe no momento que atinge o espaço de outrem, ou seja, o sigilo deverá assumir a posição dos atos quando violar direito ou preservação à intimidade, vida privada, honra, imagem (art 5, X, LX, XXXIII, CF), informação pessoal que viole direitos do interessado, segurança da sociedade e do Estado (art. 93, IX, 1 parte, cf), determinando, inclusive o segredo de

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Processual Penal. **Habeas Corpus n. HC 70.878/PR.** Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 2008.
24LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 28.
25 FERRAJOLI, Luigui. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 567.

justiça em relação ao processo, demais informações a seu respeito e realizando as audiências a portas fechadas (artigo 201, § 6.º, e artigo 792, § 1.º, ambos do CPP).[26]

Com escopo na publicidade restrita, especificamente no artigo 5º, inciso LX, da CF, o sigilo pertinente à realização da colaboração premiada encontra amparo constitucional; sempre que necessário à defesa da intimidade e ao interesse social, poderá ser restringida a publicidade dos atos processuais; e, no inciso XXXIII, encontra-se a possibilidade de opor sigilo às informações.[27]

Assim, verifica-se que não existe inconstitucionalidade no sigilo do acordo de colaboração premiada, uma vez que a doutrina, por óbvio, é contundente ao afirmar que o sigilo é necessário para a sua eficácia, bem como garantir a eficiências das investigações, evitando que seja descoberto o teor da colaboração e destruídas as provas e os vestígios, além de ser extremamente importante para a segurança do delator.[28]

2.6 Princípio da Motivação

O princípio da motivação das decisões judiciais determina que o juiz não pode decidir sem fundamentar, ou seja, todas as suas decisões ou sentenças devem ser motivadas. Expondo-se as razões de fato e de direito, pelo através do qual, o juiz explicitará como chegou a determinada conclusão, apontando a fundamentação, o meio legal, em que se baseou.[29] Está previsto no artigo 93, inciso IX, 1ª parte, da Constituição Federal.

Para Pacceli, esse princípio é atrelado ao princípio do livre convencimento motivado, o qual consiste na prerrogativa de que o juiz decidirá a causa através de seu convencimento construído no decorrer no processo e nas provas obtidas. Assim,

26 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 30.
27 PINTO, Antônio Luiz de Toledo (Colab.); WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos (Colab.); CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 9-10.
28 GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Delação Premiada**. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Limites constitucionais da investigação. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 179.
29 PATRIOTA, Caio César Soares Ribeiro Borges**. Princípio da Motivação**. JusBrasil, 2016.

esse "livre convencimento" deve estar presente nas decisões de forma fundamentada, em suas razões de fato e de direito, expressamente motivadas, nos termos legais. Nesse sentido:

> "A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua, explicitação. É dizer, embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas".[30]

Ademais, é um princípio que garante ao cidadão segurança jurídica, pois as partes observarão que a decisão será baseada nas leis vigentes em nosso ordenamento e, caso não concorde com a decisão, poderá confrontá-la com as bases argumentativas presentes na própria decisão. Com isso, a motivação das decisões garante às partes o dever que o juiz tem de aplicar as normas previstas, impedindo-o que tome decisões arbitrárias e subjetivas, além de garantir que a atuação do juiz seja vinculada à lei, imparcial e traga mais segurança jurídica às partes e ao judiciário.[31]

Confronta-se o princípio da motivação com o caráter sigiloso da colaboração premiada. Afinal, como será possível o juiz efetuar a homologação de um acordo sigiloso com a devida motivação de suas decisões, no qual, para ter eficácia, é necessário que seja garantido o seu sigilo?

Entende-se que a delação premiada foi instituída para atender o interesse da população, portanto, seu sigilo possui força suficiente para superar as demais garantir inerentes ao processo penal.[32] Corroborando com seu entendimento, o STF afastou, no caso concreto a seguir, garantia processual de publicidade que poderia prejudicar o delatado:

> EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO

30 OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de**. Curso de processo penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p. 286.
31 PATRIOTA, Caio César Soares Ribeiro Borges. 2016. Op. cit.
32 GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Delação Premiada**. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Limites constitucionais da investigação. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 179.

> PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA. I – HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito.[33]

Ademais, existirá um processo penal inteiro para que sejam confrontadas a motivação das decisões judiciais, para que todas as partes tenham acesso e verifique se as garantias estão, de fato, sendo cumpridas.

2.7 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade confere aos cidadãos uma garantia de limitação do poder estatal, pois prevê que o estado só pode agir conforme o disposto na legislação, seja por ato vinculado ou discricionário.[34]

No Estado Democrático, os agentes devem respeitar a lei e agir em seus termos, sendo a atuação amparada pelos limites legais, não existindo mais ato volitivo de chefe de estado, como nos primórdios. O Estado, por sua vez, não atua na ausência de uma lei, nem mesmo contrário à sua determinação, sob pena de abuso de poder; ou seja, deve atuar, nos termos da lei, empregando meios para agir exatamente nos termos exigidos e regidos pela lei.

Existem, para o cumprimento da norma pelo Estado, dois tipos de atos: (i) ato vinculado, que é aquele previsto em lei, no qual os agentes devem fazer estritamente o que a norma lhes confere; (ii) atos discricionários, esses também devem estar

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Processual Penal. **Habeas Corpus n. HC 90.688.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2008.
34 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 174.

previstos no ordenamento jurídico, contudo, será realizado de acordo com a oportunidade e a conveniência do Estado.[35]

É dividida, ainda, em: (i) sentido amplo, disposto no artigo 5º, II, da CF, preconiza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer ou deixar de fazer nenhuma coisa, senão em virtude de lei; (ii) sentido estrito, afirma que não há crime nem pena sem prévia cominação legal.[36]

Os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que, no que diz respeito aos particulares, somente a lei pode criar obrigações e a inexistência da lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida.[37]

Esse princípio, no direito processual penal, é influenciado pela expressão *nullum crimem, nulla poena sine praevia lege*, em latin, que significa: não há crime, nem pena sem prévia lei que o tipifique. Encontra previsão legal no artigo 5º, XXXIX, da CF.

Assim, entende-se que a conduta só pode ser considerada criminosa se previamente tipificada em lei penal incriminadora, bem como a ela só poderá ser aplicada pena estando previamente aplicada. Ademais, a tipificação da conduta como crime e a aplicação da sanção pena cabível só poderá ser aplicada após a publicação da lei sancionadora.[38]

Por outro lado, com o princípio da legalidade envolve-se o princípio da obrigatoriedade, no qual o MP, como titular da ação pública, não pode se obstar a apurar ou a oferecer denúncias, nos crimes de ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionado, quando, nesse caso, houver representação da vítima. No mesmo viés, a autoridade policial, por sua vez, possui obrigação, em nome da função que exerce, de instaurar inquérito para apurar fato criminoso que tenha conhecimento, bem como não pode deixar, por sua conta e risco, de

35 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 126.
36 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 126.
37 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 127.
38 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 174.

representar perante o juiz diligências necessárias para angariar maiores provas para os casos de sua competência.[38]

A grande crítica afirmando que o instituto da colaboração premiada viola este princípio é que uma pena é aplicada antes de sua imposição ao investigado/réu. Contudo, tal crítica não merece prosperar, pois os benefícios, vantagens e penas concebidas com a realização do acordo de colaboração premiada encontram-se previstas na Lei de Organizações Criminosas, seção I, do Capítulo II.[39]

2.8 Da vedação da autoincriminação

A vedação da autoincriminação deriva do princípio, em latim, *nemo tenetur se detegere*, conhecido como o direito de que "ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo". Cabe apenas a acusação provar a ocorrência do crime, o réu/investigado, em hipótese alguma, poderá ser compelido a confessar algo; prova disso é confissão ser tratada como atenuante no direito penal.[40]

Tornou-se uma garantia fundamental inerente a qualquer cidadão que sofra processo ou investigação, pelo qual o investigado, réu ou qualquer pessoa submetida a investigação de qualquer natureza, seja criminal, administrativa, policial ou parlamentar, tem o direito de não produzir prova contra si mesmo; direito de não se auto incriminar. Em qualquer dessas situações, se os dizeres de uma pessoa incriminá-la, ela terá o direito de não se manifestar. Abrange, ainda, o direito de ficar calado; direito de não ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal; inexigibilidade de não dizer a verdade; direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; e, direito de não produzir nenhuma prova invasiva.[41]

39 GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Delação Premiada**. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Limites constitucionais da investigação. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 179.
40 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 203.
41 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p.38-58.

Desse princípio, desdobra-se o direito de se manter em silêncio, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXII, no qual é sedimentado pelo STF, que o réu tem o direito de se manter em silêncio durante o seu interrogatório, bem como de ser informado a respeito desse direito, sob pena de nulidade absoluta do ato.[42]

Além disso, segundo os ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo, esse princípio:

> Objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações". É indubitável que, em razão dos abusos cometidos pelo Estado, em demais épocas, esse princípio ganhou notoriedade.[43]

Grande parte da doutrina afirma que a realização do acordo de colaboração premiada é uma violação ao princípio da não autoincriminação, sob a afirmativa de que é um meio de obtenção de provas utilizado somente por falha da prestação estatal, já que o ônus é do Estado de provar o crime.[44]

2.9 Do princípio da vedação da prova ilícita

O princípio da vedação da prova ilícita compreende a denominação doutrinária de provas ilegais, que se desdobram em provas ilícitas e provas ilegítimas. Provas ilegítimas são aquelas que ferem o direito processual, passíveis de anulação; já as provas ilícitas são aquelas que infringem o direito material, são provas nulas, portanto, não podem fundamentar nenhuma decisão processual.[45]

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Processual Penal. Habeas Corpus n. 80.949/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 2001.
43 QUEIJO, Maria Elizabeth**. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 55.
44 BALDAN, Edson Luis. **O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 13, n. 159, 2006, p. 4-6.
45 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2014. Op. cit. p. 194.

Trata-se de vedação constitucional, prevista no artigo 5º, LVI, CF, o qual prevê que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito", ou seja, essas provas não poderão ser utilizadas, em hipótese alguma, em qualquer processo.

Os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo exemplificam que uma prova obtida através de escuta telefônica clandestina ou a confissão obtida mediante tortura seriam ilícitas.[45]

Contudo, a simples presença da prova ilícita não invalida o processo por completo. A prova será considerada nula e qualquer outra prova que obtida por meio ou com o auxílio da prova ilícita também será considerada ilícita, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, de acordo com essa teoria, também denominada *fruits of the poisonous tree*, considera-se que a prova ilícita "contaminará" todas as demais provas advindas dela.[46]

Assim, todas as provas consideradas ilícitas originárias e derivadas deverão ser desentranhadas do processo e não poderão servir de prova para decisão processual.

Em relação à confissão, tem o interrogado o direito de ficar em silêncio e, qualquer meio que o estado utilize para que ele diga algo contra a sua vontade, poderá ser considerada uma prova ilícita, pois a confissão viciosa é um meio ilícito de provas. Nesse sentido, Edson Luís Baldan classifica a colaboração premiada como um meio de extorquir a prova do investigado mediante o seu sequestro, na qual o prêmio da liberdade é a delação, sendo a informação obtida do colaborador como uma prova negociável, barganhada.[47]

Por outro lado, desconstituindo a ideia de que a colaboração premiada fere o princípio em questão, a colaboração premiada é considerada um instituto eficaz, um meio de obtenção de provas válido, até mesmo porque um dos requisitos para a sua

46 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p.598.
47 BALDAN, Edson Luis. 2006. Op. cit. p.5.

validade é a voluntariedade do colaborador.[48] Afunilando ainda mais, existem doutrinas que classificam a confissão que "chama um corréu para a ação" como confissão delatória; ou seja, admite-se uma delação durante o ato confissão.[49]

2.10 Do modelo acusatório no processo penal: separação entre as funções de acusar e julgar; juiz não investiga

A partir de uma prática delituosa, tipificada no Código Penal, surge a necessidade de apuração do crime para que seja aplicada a pena ao agressor social. Para que a sanção seja imposta, deve ser o autor da ação acusado, processado e, consequentemente, julgado. Em todas as fases, deverão ser respeitados e seguidos os princípios já vistos.[49]

A investigação do fato deve ser feita pelos Delegados e por sua equipe, com a participação do Ministério Público, que inicia a sua atuação ainda no inquérito policial, de acordo com o artigo 129 da CF.

A atuação do Ministério Público é vinculada aos princípios que regem a ação penal, que, além de ser o titular da ação penal pública, é fiscal da lei; tem-se, com a função fiscalizadora, uma forma de promoção da lei.[50] É o órgão acusador quem deve provar a materialidade do fato criminoso e a sua autoria. Portanto, cabe a defesa provar a inexistência do crime, a não autoria do acusado ou empregar as teses de defesa que melhor caiba ao caso, de acordo com o nosso ordenamento jurídico.[51]

Para Vicente Greco, o membro do MP não pode, porém, perder a perspectiva acusatória, pois a sociedade exige a sua eficaz atuação na recomposição do equilíbrio social abalado pelo crime.[52]

48 PALITOT, Fauzer Carneiro Garrido. **A colaboração premiada como o instrumento jurídico mais eficaz para a obtenção de provas na operação Lava Jato**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. 2016.
49 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p.665.
50 FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p .293.
51 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p.1192.
52 Filho, Vicente Greco. 2015. Op. cit. p. 294.

A ação de julgar é de competência do Juiz Criminal, que deverá sempre seguir o princípio do juiz natural, dotado de imparcialidade e decidindo nos termos da lei. Ao juiz não cabe investigar os fatos. É de sua alçada verificar a veracidade e a legalidade das provas acondicionadas ao processo.[53]

Nesse sentido, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima afirma, com ênfase:

> Com o objetivo de preservar a sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que admita ao juiz poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes.[51]

Após a instrução processual, o juiz decidirá o processo de acordo com o seu livre convencimento.

A grande crítica da doutrina quanto à colaboração premiada é de que o colaborador terá decretada a sua pena sem que seja processado e julgado, desrespeitando os princípios constitucionais a serem seguidos pelos órgãos de acusação e julgadores.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

Trata-se de um instrumento investigativo há muitos anos introduzido no ordenamento jurídico brasileiro e, com o advento da Lei de Organizações Criminosas, aperfeiçoou-se, uma vez que esta é a responsável pela positivação mais recente e completa do instituto. Vejamos.

3.1 O instituto e suas características, especialmente no tocante à Lei n. 12.850, de 02.08.2013

A colaboração premiada está amparada e regulamentada pela Lei n. 12.850/13, na Seção I, "Da Colaboração Premiada", nos artigos 4º ao 7º.

53 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p.1173.

3.1.1 Dos requisitos

São requisitos objetivos para a validade do acordo a voluntariedade e a efetividade da colaboração, conforme previsto no artigo 4º da referida lei. É requisito indispensável que a colaboração seja prestada de forma voluntária, sem qualquer forma de coação, física, moral ou mental.[54]

O requisito da voluntariedade é eficaz e uma importante refuta a quem afirme que o instituto da colaboração premiada se trata de uma renúncia aos direitos do indivíduo investigado ou processado que se presta a colaborar, tendo em vista que é necessária a vontade dele de delatar os comparsas ou prestar informações acerca dos fatos. Desta feita, não há que se falar em renúncia de direitos fundamentais, pois, como vimos, trata-se de um direito e não um dever. Qualquer pessoa pode, perfeitamente, abrir mão de um direito.[55]

Ademais, o benefício dependerá da efetividade da colaboração, ou seja, de seu resultado. Os resultados pretendidos estão taxados nos incisos I a V do artigo 4º, da Lei n. 12.850/13. Pode ser a identificação de autores e partícipes da organização criminosa e dos crimes por eles praticados; a revelação da estrutura e da divisão de tarefas da organização criminosas; a prevenção de novos crimes decorrentes da atividade do grupo; a recuperação total ou parcial dos proveitos das infrações criminosas praticadas por eles; ou, eventualmente, a localização de vítima sua integridade física preservada.[56]

Ressalta-se que, alternativamente, qualquer dos resultados pretendidos reafirmam a efetividade das declarações, no entanto, os prêmios concedidos ao colaborador serão proporcionais à sua colaboração.

A propósito, apesar da lei estabelecer, em seu artigo 4º, que para a colaboração seja considerada efetiva deve ser realizada na investigação e na

54 PALITOT, Fauzer Carneiro Garrido. 2016. Op. cit.
55 NUCCI, Guilherme de Souza. 2017. Op. cit. p. 54.
56 QUEIJO, Maria Elizabeth. 2012. Op. cit. p. 215.

persecução penal. Entende-se que o colaborador pode, por bem, optar realizar o acordo durante a fase processual e, em sendo efetiva, ter a sua contribuição acolhida e concedido os benefícios.[57] Assim, a partir do momento em que o colaborador firmar o acordo, este deve, cooperar sempre que necessário com os anseios das autoridades.

Cabe ressaltar que, por óbvio, a colaboração deve ser referente aos fatos investigados no procedimento em questão. Nesse sentido, o STJ já se manifestou afirmando que as declarações acerca dos fatos ou dos sujeitos praticantes devem ser relacionadas com o grupo criminoso do qual participa ou participou. Não podendo, assim, ser concedidos benefícios em determinado procedimento por delações realizadas em prol de outros crimes.[58] Portanto, para que o colaborador possa ser beneficiado pelo instituto, deverá ele fazer parte, sem dúvidas, da organização criminosa a ser investigada.[59]

Cumulado aos requisitos objetivos, devem ser observados os requisitos subjetivos, expostos no §1 º do artigo 4º da referida lei. O dispositivo prevê:

> § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Serão verificadas, a respeito da personalidade do colaborador, a determinação de suas ações, seus atributos psíquicos, seu caráter, sua história, seu comportamento habitual, suas relações familiares e profissionais, seu estilo de vida e atitudes, ou seja, características que possam definir seu comportamento em sociedade.

Em relação à personalidade, existe divergência relacionada quanto a sua consideração para a celebração do acordo e quanto a gradação do benefício a ser

57HAYASHI, Francisco. **Entenda a Delação Premiada**. JusBrasil, 2014.
58NUCCI, Guilherme de Souza. 2017. Op. cit. p. 54.
59BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Processual Penal. **Habeas Corpus n. HC 123.380**. 5ª Turma, Relator: Ministro Félix Fisher. Brasília, DF, 2008.

concedido. Por óbvio, não há de se analisar a personalidade do colaborador levando em consideração a sua boa conduta perante a sociedade ou a sua primariedade, até mesmo porque, sendo excelente a sua conduta, não estaria envolvido em uma organização criminosa.[60] A prática reiterada de crimes também não é um atributo que desqualifique a colaboração, tendo em vista que o acordo será firmado para alcançar determinadas informações acerca da prática da infração penal e, não para reeducar ou medir a culpabilidade de um agressor social.

Analisando a partir deste ponto de vista, há quem defenda a validação da colaboração apenas com os requisitos objetivos e, por outro lado, há quem pondere que a análise da personalidade do colaborador poderá ser levada em consideração no momento da aplicação de seu benefício, exemplificando, em caso critérios negativos, o benefício não será tão amplo, em caso de critérios positivos, poderá ser dado maiores créditos a palavra do colaborador. Importante, ainda, a análise da personalidade do agente para aferir se convém ou não realizar um acordo de delação com aquele indivíduo.[61]

Outrossim, averígua-se a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato. A "natureza" da colaboração diz respeito à consequência do crime e não ao tipo penal em si; as "circunstâncias" se trata do modo pelo qual se deu o crime, os meios utilizado, o tempo e lugar, a intencionalidade, arrependimento ou insensibilidade do agente; por fim, a "gravidade e a repercussão social" importam na consequência que gerou o fato para a vítima e para a sociedade.[62]

Tais critérios podem embasar a realização ou não do acordo, a critério do propositor, o Promotor de Justiça ou o Delegado de Polícia, bem como, eventualmente, dar causa à rejeição da homologação pelo juiz.

60CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista**. Crime Organizado.** 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2016, p.42.
61BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 124-125.
62NUCCI, Guilherme de Souza. 2017. Op. cit. p. 52.

Além dos requisitos objetivos e subjetivos, o colaborador contará com assistência de defensor durante todo o procedimento de colaboração, conforme previsto expressamente no § 15, artigo 4º, da Lei n. 12850/13.[63]

É essencial que o colaborador esteja consciente das consequências jurídicas e fáticas que podem advir da colaboração.[64] Ademais, a participação de defensor é direito constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, e fundamental para o cumprimento do devido processo legal, não tendo o colaborador condições financeiras para constituir advogado, deverá ser acompanhado por defensor público.[65]

Ao defensor é garantido amplo acesso aos elementos necessários à defesa do colaborador, contudo, somente terá acesso aos documentos regularmente inseridos nos autos como meio de provas processuais após a homologação do acordo pelo juiz.[66] Por óbvio, ficam resguardadas as diligências em andamento em qualquer fase processual.

3.1.2 Do alcance

Para que a colaboração seja realmente efetiva, deve-se alcançar ao menos um dos resultados taxativamente previstos nos incisos do artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas:

> Art. 4º O juiz poderá (...) desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
>
> I - A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
>
> II - A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

63CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 46-50.
64Brasil, **Lei 12.850.** Brasília, DF: Senado, 2013.
65CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 76-77.
66CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 86.

> III - A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
>
> IV - A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
>
> V - A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Atingindo um dos objetivos taxados o colaborador já faz jus ao benefício, não é necessário a cumulação de requisitos.[67] Por óbvio, a cumulação não é prejudicial ao acordo e, sim, de grande valia, conveniente, ainda, para aumentar os benefícios concedidos ao colaborador. Vejamos.

Infere-se do inciso I que, para seu fiel cumprimento, não deve apenas ser identificado coautores e partícipes como, também, informar a infração penal por ele cometida.[68] Contudo, é compreensível que o colaborar não saiba com exatidão qual prática é dada a cada infrator, haja vista, principalmente, qual seja o vínculo do colaborador, com grandes ou pequenas peças do grupo, além de organizações criminosas com considerável número de participantes. Por isso, entende-se que o benefício poderá ser concedido proporcionalmente ao valor da colaboração, cabendo ao membro do Ministério Público ou ao Delegado valorar a informação e decidir o prêmio.[69]

Deve-se observar, ainda, a possibilidade do colaborador tentar beneficiar algum membro da organização, não o mencionando ou deixando de qualificar a conduta dele. Neste caso, também cabe ao juiz observar, no momento da homologação.

No tocante ao inciso II, deve-se revelar o "modus operandi" da organização, detalhando suas atividades e a sua estrutura hierárquica, física e procedimental. A problemática consistirá em detalhar o trabalho do grupo sem mencionar quem o faz. Desta maneira, o colaborador poderá encontrar dificuldade

67 NUCCI, Guilherme de Souza. 2017. Op. cit. p. 54.
68 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 127.
69 PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3ª edição. Editora Juruá. 2016. p. 132.

em cumprir o inciso II sem adentrar ao mérito do inciso I, deixando, assim, de cumular os requisitos, porém, este é um problema que cabe ao defensor lidar. Ao membro do Ministério Público e ao Delegado de Polícia qualquer informação aditiva será de bom agrado, até mesmo porque, em caso de colaboração amparada pelo inciso II, a mesma só será homologada se for eficaz e atingir o objetivo do inciso em questão.[70]

Em se tratando do inciso III, basta a conclusão de que as informações prestadas pelo colaborador evitaram a reiteração ou a práticas de novas infrações penais pela organização criminosa.

O previsto no inciso IV é um importante desfecho em um acordo de colaboração premiada, tendo em vista que a recuperação total ou parcial do produto do crime ou o seu proveito é o bem jurídico tutelado que, na maioria das vezes, é a grande preocupação da vítima. Nesse viés, conclui-se que o benefício será proporcional à restituição do produto ou proveito do crime.[71]

Por fim, o inciso V estipula como resultado a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, prevendo, assim, a proteção do maior bem jurídico existente, a vida.

Ademais, o resultado é claro em mencionar que a vítima deve estar com a sua integridade física resguardada. Em sendo encontrada a vítima fora do cativeiro, por razão que não seja a colaboração, ou encontrada morta, mesmo que o colaborador acreditasse que ela estivesse viva, não fará jus ao recebimento do prêmio, uma vez que não terá atingido o efetivo resultado.[72]

3.1.3 Dos benefícios

70 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 43-44.
71 NUCCI, Guilherme de Souza. 2017. Op. cit. p. 53.
72 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 45-46.

Conforme já abordado, o colaborador receberá um prêmio em troca de suas informações, voluntárias e efetivamente, prestadas. Mencionados no caput do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013, os benefícios consistem no (i) perdão judicial, (ii) redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços), e (iii) substituição de pena privativa por liberdade por restritiva de direito.

Outrossim, poderá, também, deixar de ser oferecida a denúncia em desfavor do colaborador, nos termos do artigo 4º, § 4º, do mesmo diploma legal.

Como em qualquer acordo, as partes que o celebrarão serão as responsáveis pelos seus ajustes, ou seja, cabe ao membro do Ministério Público ou ao Delegado de Polícia, a depender do caso, ofertar ao colaborador o benefício que julgar adequado e proporcional aos relatos dele.

Em sendo concedido o perdão judicial, extingue-se a punibilidade do agente com amparo no artigo 107 do Código Penal, e a sentença tem natureza declaratória, não produzindo, então, nenhum efeito condenatório. Nesse sentido, é do entendimento do STJ:

> A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório[73].

Assim, o colaborador não cumprirá pena, nem mesmo terá antecedentes criminais.

A segunda previsão mais benéfica é a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Até mesmo porque a lei prevê que a pena restritiva de direitos é mencionada no singular, desta forma, subentende-se que, independente do quantum de pena privativa de liberdade fixada, bastaria uma restritiva de direitos.[74] Por outro lado, há quem defenda que a quantidade de medidas

73 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Súmulas.** Súmula 18, 1990, p. 1.
74 NUCCI, Guilherme de Souza. 2017. Op. cit. p. 54.

restritivas deve ser realizada observando a pena aplicada, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal.[75]

Será aplicada uma das restrições previstas no artigo 43 do Código Penal.

> Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
>
> I - prestação pecuniária;
>
> II - perda de bens e valores;
>
> III - limitação de fim de semana.
>
> IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
>
> V - interdição temporária de direitos;
>
> VI - limitação de fim de semana.

A terceira previsão do caput é a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços. A lei não conta com um limite mínimo para fixação da pena, portanto, a sua redução fica a critério do magistrado no momento de realizar a dosimetria da pena, que deverá contar, sempre, com a proporcionalidade da colaboração. Por outro lado, a ausência de previsão mínima de dias pode ocasionar a aplicação de uma pena irrisória.[76]

Ademais, a aplicação dos benefícios de perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) e substituição de pena privativa por liberdade por restritiva de direito, será no momento de decretação da sentença, uma vez que o perdão judicial é acompanhado da extinção da punibilidade. Em se tratando de redução ou de substituição de penas, serão aplicadas na terceira fase de dosimetria, tendo em vista que são hipóteses de causas de diminuição de pena.[77] Cabe salientar que os benefícios não serão aplicados de forma cumulativa.[78]

Quanto ao não oferecimento da denúncia em desfavor do colaborador, a lei prevê que, além dos requisitos da voluntariedade e efetividade da colaboração, o

75 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 129.
76 NUCCI, Guilherme de Souza. 2017. Op. cit. p. 54.
77 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 128.
78 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 129.

colaborador deve (i) não ser o líder da organização; e, (ii) ser o primeiro a presta a efetiva colaboração quanto ao caso.[79]

A princípio, deixar de ter uma denúncia contra si pode parecer a melhor opção para o colaborador, contudo, tal situação não produzirá os mesmos efeitos que o perdão judicial oferecerá, tendo em vista que não terá concretude de uma sentença declaratória de extinção da punibilidade. Com o não oferecimento da denúncia, o inquérito será arquivado, podendo a qualquer, caso sobrevenha novos fatos, ser retomada a sua investigação. Situação que causará constante insegurança jurídica ao colaborador.[80]

Este deve, também, ser submetido a homologação do juiz, pois seria arbitrário o arquivamento apenas por decisão do membro do MP ou do Delegado. Além disso, apesar de não prescrito expressamente na lei, o acordo deve passar pelo controle judicial para garantir a homologação formal do acordo.

Existe, ainda, conforme já vimos, a possibilidade do acordo de colaboração ser celebrado na fase de execução penal. Neste caso, a previsão legal encontra no § 5º, do artigo 4º, da Lei de Organizações Criminosas, e os prêmios serão (i) redução da pena até a metade ou (ii) progressão de regime ante a inobservância dos requisitos objetivos, os quais estão previstos na Lei de Execução Penal.

> § 5° Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Nesta situação, a competência para homologar o acordo de colaboração premiada é do juiz da execução penal.[81]

Esta previsão gera muitas críticas no sentido de defender o não merecimento do colaborador por prêmios nesta fase, sob uma perspectiva de que ele estaria optando por colaborar apenas por não ter outra alternativa de ter sua

79 Brasil, **Lei 12.850.** Brasília, DF: Senado, 2013.
80 Filho, Vicente Greco. 2015. Op. cit. p. 42.
81 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 64.

pena abrandada, haja vista que a sentença já teria transitado em julgado e nada mais poderia ser feito.

De toda sorte, Cézar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, consideram inconstitucional tal previsão, sob a alegação que de o dispositivo fere a garantia fundamental da coisa julgada.[82]

Contudo, caso seja voluntaria, efetiva e obtenha os resultados arrolados no artigo 4º, pode ser de grande valia para as autoridades celebrarem o acordo a fim de que se alcance o resultado pretendido.

Além dos benefícios, os colaboradores, ao celebrarem o acordo de colaboração premiada, contam com alguns direitos, os quais estão previstos no artigo 5º, da referida lei, são eles: (i) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; (ii) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; (iii) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; (iv) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; (v) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; e, (vi) cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

O artigo é autoexplicativo em si, contudo, cabe acrescentar o previsto no inciso V, do artigo 6º, do mesmo diploma, o qual prevê que no termo de acordo da colaboração deverá constar "as especificações das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário". Ademais, observando a parte final do dispositivo, podemos perceber que as medidas de proteção serão aplicadas apenas quando necessário, ou seja, caso o colaborador e seus familiares corram algum risco.

O inciso I do artigo 5º aduz que as medidas de proteção estão previstas na legislação específica, qual seja, Capítulo II, da Lei n. 9.807/1999, que trata de

82 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 129.

"benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva". Garantindo a separação do colaborador dos demais presos, medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção e medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador. Além disso, o artigo 19-A atesta prioridade aos inquéritos e processos que envolvam um colaborador.[83]

Cabe ressaltar que restringir a publicidade dos atos que o colaborador participar também é medida de proteção ao seu nome.[84]

Por fim, resta esclarecer que todos os direitos dos colaboradores devem ser resguardados pelo Delegado de Polícia ou membro do Ministério Público, bem como pelo magistrado, pois visam a integridade física do colaborados e de seus familiares.

3.2 Do papel desempenhado pela Autoridade Policial

Na seção que aborda o instituto da colaboração premiada, Lei nº 12.50/2013, em seu artigo 4º, § 6º, está previsto, de forma resumida, clara e precisa, o que compete a cada um dos envolvidos durante a celebração e a formalização do acordo.

Em relação à celebração do acordo de colaboração premiada realizado entre Delegado de Polícia e investigado, existiu discussão, hoje já pacificada, acerca da legitimidade do Delegado para a sua realização. O argumento sustentado para a sua não participação no acordo era de que a legitimidade do acordo de colaboração premiada é do Ministério Público, uma vez que o acordo é firmado no âmbito de uma persecução penal e o seu titular da ação penal é o Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso I, da CF/88. Afirma-se que realização do acordo pode ocasionar o não exercício da ação penal por seu titular, como por exemplo o não oferecimento da denúncia – decisão essa que se afasta completamente do âmbito policial e diz respeito à análise judicial do membro do parquet, como sendo o titular da ação penal. Assim, delegado poderia sugerir a realização do acordo, contudo

83 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 78.
84 Filho, Vicente Greco. 2015. Op. cit. p. 45.

caberia ao membro do MP optar pela sua realização; que o delegado de polícia não possuiria capacidade postulatória para peticionar em juízo requerendo a homologação do acordo.[85]

Ademais, corroborando com a ilegitimidade do Delegado para a celebração do acordo, os doutrinadores e o Procurador Geral da República que sustentaram a impossibilidade da autoridade policial afirmam que, caso fosse possível, existiria a violação de princípios fundamentais que regem o sistema processual brasileiro, tais como "do devido processo legal, da moralidade, a titularidade da ação penal pública conferida ao MP pela Constituição, a exclusividade do exercício de funções do MP por membros legalmente investidos na carreira e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública."[86]

Por outro lado, extrai-se da redação literal da lei 12.850/13 que:

> Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador (...)"; e que "ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público.

Entretanto, pacificou-se que o acordo de colaboração premiada pode ser celebrado entre o Delegado de Polícia e o colaborador durante o inquérito policial, bastando que exista manifestação favorável do MP. Assim, cai por terra o argumento de que o delegado de polícia eventualmente concederá o perdão judicial ao colaborador sem autonomia para tanto, pois estará amparado por autorização do MP – titular da ação penal, que ao autorizar o referido acordo analisará a possibilidade de conceder, ou não, o perdão judicial ao investigado, manifestando sobre a colaboração premiada somente após verificar se cabe ou não a concessão do perdão ao investigador – concedendo o perdão, abrirá mão da titularidade da ação penal.[87]

85 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 123.
86 BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508 Distrito Federal.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 2016.
87 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 123.

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima entende que:

> (...) por mais que a autoridade policial possa sugerir ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimação ativa para firmar tais acordos com uma simples manifestação do Ministério Público. (...) Por consequência, se a autoridade policial é desprovida de capacidade postulatória e legitimação ativa, não se pode admitir que um acordo por ela celebrado com o acusado venha a impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, sob pena de se admitir que um dispositivo inserido na legislação ordinária possa se sobrepor ao disposto no art. 129, I, da Constituição Federal.[88]

Para o Ministro Marco Aurélio, tal questão deve ser interpretada conforme o § 2º da lei 12.850/13, ou seja, com a manifestação favorável e expressa do Ministério Público, poderá o delegado requerer o perdão judicial ao juiz em prol do colaborador. Nas palavras dele:

> Por entender que pode existir ferimento ao art. 129, inciso 1 da CF, nesse caso entendo que somente poderá ser homologado pelo juiz o oferecimento do acordo do delegado do perdão judicial, da possibilidade do perdão, se houver concordância do MP." (VOTO DO MINISTRO Marco Aurélio, NA ADIN 5.580/DF).[89]

Por fim, com o convencimento formado de que a celebração do acordo de colaboração premiada é um "meio de prova" fenomenal para o esclarecimento de determinados fatos e para a busca de elementos que auxiliam a busca da verdade, conclui-se que a*o* Delegado de Polícia cabe, na fase investigações, enquanto inquérito policial, com o anseio de angariar novas informações para elucidação do caso, negociar com o colaborador.[90]

De fato, o Delegado não possui, de ofício, o condão de realizar o acordo e, para tanto, deve representar, prévia e expressamente, ao Ministério Público

88 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 554-555.
89 BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508** Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 2016.
90 NUCCI, Guilherme de Souza. 2017. Op. cit. p. 56.

solicitando parecer favorável. Em caso de manifestação favorável do MP ao acordo de delação premiada, o delegado de polícia realizará o acordo com o investigado, acompanhado pelo defensor dele, e poderá contar com o auxílio do membro do *parquet*. Situação que reforça a titularidade do MP, bem como refuta que a inconstitucionalidade da medida.[91]

3.3. Do papel desempenhado pelo Ministério Público

O ministério público, conforme demonstrado, é o titular da ação penal, portanto é o responsável legal por realizar o acordo com a parte ré/investigado.

É importante frisar que a atuação do membro do Ministério Público é discricionária e encontra fundamento legal no artigo 4°, §1°, da Lei 12.850/2013, ao prever que "em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração", assim sendo, podemos considerar que o membro do MP ganha, aqui, total discricionariedade ao propor o acordo de colaboração. Já ao estipular seus termos, ficará vinculado à Lei de Organização Criminosa.[92]

Com efeito, os benefícios também são vinculados pelo legislador ao estabelecer os termos da Lei nº 12.850/13, ponderando e prevendo que, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, a supressão das garantias processuais e individuais será inferior, de menor valia, aos benefícios ao autor do fato e à justiça, em detrimento da necessidade de se alcançar uma prestação célere e eficiente do judiciário penal.

O MP, sendo parte do negócio jurídico processual e, com capacidade para optar ou não pela celebração do acordo, pode, ao invés de oferecer a denúncia, nos casos previstos em lei, apresentar qualquer dos demais benefícios em sua proposta, a

91 BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508** Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 2016.
92 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 50-53.

depender do grau de relevâncias das informações obtidas, vide hipóteses previstas – e já tratadas – no artigo 4º da Lei nº 12.850/13.[93]

Após o membro do MP chegar à conclusão de que é cabível um acordo de colaboração premiada, ele irá estipular, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, qual benefício será oferecido ao colaborador, como se pode observar o caput do artigo 4º. Com a redação do artigo 4º, §2°, fica muito claro que o benefício deverá ser proporcional ao caso, ao colaborador e também à sua contribuição na investigação e no processo.[94]

Por óbvio, caso o membro do MP opte pelo arquivamento, no âmbito do inquérito policial, não há previsibilidade de acordo, uma vez que os acordos são uma forma de negociação da justiça e só devem ser suscitados em caso de prosseguimento do inquérito policial, doravante suas diversas formas.[95]

Assim, firmado o acordo entre MP e investigado, ora colaborador, deverá ser protocolado em vara específica; em se tratando de ação penal, deverá ser distribuído os autos relativos ao acordo ao juiz responsável pelos autos principais.[96] Os autos do incidente do negócio jurídico penal serão sempre sigilosos, nos termos do artigo 7º da Lei de Organizações Criminosas.

Ao final, convém mencionar que, existe para qualquer das partes, Delegado de Polícia, membro do Ministério Público ou colaborador, a possibilidade de retratação do acordo de colaboração, previsto no artigo 4º, § 10º, da Lei n. 12.850/2013. A partes podem simplesmente desistir do acordo sem fundamentação para tanto.

Em caso de retratação, ficará vedada a utilização das informações para fundamentação da sentença, contudo, o membro do parquet e o delegado de polícia

93 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 103-105.
94 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 38-39.
95 LIMA, Renato Brasileiro de. 2013. Op. cit. p. 128.
96 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 85.

já terão elementos para embasar novas provas. Percebe-se, portanto, que a retratação traz inúmeros prejuízos ao colaborador.[97]

4 O JUIZ CRIMINAL E O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

4.1 Do âmbito da atuação do juiz criminal no acordo de colaboração premiada

Ao juiz criminal incumbe a responsabilidade de zelar e garantir os direitos do colaborador.[98]

Nos exatos termos da lei, o juiz criminal não participará das negociações entre as partes - MP ou Delegado e investigador – para a formalização do acordo. Apenas após a sua formalização, o termo de acordo será remetido ao juiz para verificação de cumprimento dos requisitos exigidos em lei, juntamente com as declarações do colaborador e cópia da investigação.[99]

Cabe ao juiz, no ato da homologação, apenas verificar seus requisitos formais, a regularidade, a voluntariedade e a legalidade, garantindo a liberdade de negociação entre as partes e, ao realizar o controle, garantir, também, o cumprimento de todos os princípios e garantias constitucionais e inerentes ao processo penal. O termo do acordo de colaboração premiada terá status probatório nos autos de inquérito policial ou de processo penal e o juiz terá o condão de apreciá-lo apenas na sentença final.[100]

Segundo o artigo 4º, § 8, da Lei 12.850/2013, o magistrado poderá (i) homologar o acordo de colaboração premiada, isto é, torna-lo válido; (ii) recusar homologar a proposta, caso não atender os requisitos legais; (iii) ou adequá-la ao caso concreto.

97 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 135.
98 JUNIOR, Américo Badê. **Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro.** Revista dos tribunais, rt vol. 969, julho 2016, p.6.
99 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 65-66.
100 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 86.

Durante a fase de negociação, o magistrado não possui autonomia para interferir na proposta do Ministério Público, tampouco para alterar alguma cláusula do acordo.

Paira-se a dúvida a respeito da previsão de adequação da proposta ao caso concreto. Se a norma será interpretada de forma com que possibilite ao juiz ampliar os benefícios do colaborador, ou se a adequação diz respeito apenas aos requisitos formais, sem referenciar-se a apreciação e a avaliação do acordo.

Há entendimento doutrinário de que o juiz, ao adequar os termos do acordo, poderá sugerir e fornecer benefício diverso daquele acordado ao colaborador, entretanto, para resguardar a segurança jurídica do acordo, tal adequação será possível apenas para ampliar os benefícios concedidos, nunca para diminui-los.[101]

O entendimento dos tribunais superiores é de que o colaborador possui direito subjetivo a receber o prêmio quando celebrar o acordo de colaboração, ou seja, não se trata de discricionariedade atribuída ao magistrado de conceder um prêmio de acordo com o seu juízo de oportunidade e conveniência. De toda sorte, o juiz é obrigado a aplicar a premiação.[102]

Por outro lado, conforme já exposto, também é pacificado a proibição do juiz em intervir no acordo de colaboração premiada. Portanto, deverá limitar-se o magistrado, apenas a manifestar sobre os requisitos formais e legais acerca dele. Qualquer benefício oferecido por um juiz criminal consiste em ultrapassar os limites de atuação do judiciário.

Em considerando a ausência dos requisitos necessários à validade da colaboração, o magistrado deverá recusar a homologação do acordo celebrado, uma vez que não tem legitimidade, nos termos do exposto, para firmá-lo. Do mesmo modo, também não a tem para conceder de ofício os benefícios ao colaborador, sendo, apenas o responsável por analisar se o oferecido está de acordo com o

101 JUNIOR, Américo Badê. 2016. Op. cit. p.5.
102 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 68.

previsto na lei, em fase de homologação, e de apreciá-lo, em fase de decretação de sentença.

Segundo o ministro Dias Toffoli, a decisão de homologação da colaboração possui natureza de "provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve questão incidente".[103]

A homologação é, tão somente, uma promessa de aplicação do benefício para o colaborador, a garantia que o acordo foi celebrado e o primeiro ato do juiz ante o procedimento.

Uma fase intermediária da participação do juiz surge após a homologação do acordo. Há a oportunidade de angariar novos elementos de prova que possam embasar e tornar concreta a informação pelo colaborador apresentadas.[104]

O momento da aplicação dos benefícios concedidos ao réu será a última participação do juiz em fase de conclusão processual. O Juiz titular apreciará o acordo e realizará a valoração das provas ao longo do processo, a fim de que forme sua livre convicção para a decretação da sentença e a aferição da eficácia da colaboração em relação aos fatos apurados.[105]

Pelo exposto, resta demonstrado que todo o conteúdo probatório colhido ao longo da instrução processual, deve servir como base para que o magistrado reconheça o benefício oferecido ao decretar a sentença. Desta feita, no caput do § 6º, do artigo 4º, da Lei n. 12.850/2013, foi estabelecido que o juiz deferirá os benefícios da colaboração premiada no que estiver disposto os requerimentos das partes.

Em relação ao acordo celebrado em fase de execução penal, a aplicação do benefício e o consequente computo da pena se dará nos termos da Lei de Execuções Penais.[105]

---

103 BRASIL, Supremo Tribunal Federal – (STF). **Habeas Corpus n. HC 127483/2015**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. 2015.

104 ANSELMO, Márcio Adriano. **Judiciário também cumpre papel de interprete da colaboração premiada**. Consultor jurídico. 2017.

105 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 64.

O artigo 7º da lei em comento prevê que o acordo de colaboração deverá ser distribuído sigilosamente e as informações pormenorizados do acordo serão prestadas apenas ao juiz competente.[106]

O sigilo do acordo de colaboração premiada cessará com o recebimento de denúncia. Contudo, em se tratando de um direito do colaborador, poderá ter ele suas informações pessoais preservadas, nos termos do artigo 5º do referido diploma legal.[107]

Cabe ao juiz, ainda, manifestar-se sobre a suspensão do prazo de oferecimento da denúncia ou lapso prescricional pelo prazo de 6 meses, prorrogáveis uma vez por igual período, para que seja efetivado as medidas de colaboração, bem como certificar-se de sua veracidade e de seu cumprimento. [108]

Tal previsão serve como garantia para as autoridades acerca da realização do acordo, pois não faria sentido o Estado perder o direito à pretensão punitiva em prol de um acordo de delação ineficaz ou fraudulento, não cumprido pelo colaborador.[109]

O juiz poderá, também, discordar do pedido de suspensão, em analogia ao artigo 28 do CPP.

4.2 Do controle legal do acordo de colaboração premiada.

No sistema judiciário brasileiro, o juiz é figura imparcial, por isso não será responsável por nenhum desfecho ou tratativa do acordo de colaboração. A sua função é realizar o controle de legalidade do negócio jurídico.

Nesse sentido, o § 6º do artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas, garante a imparcialidade do juiz colocando-o a salvo das negociações do acordo e

106 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 86.
107 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 86.
108 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 53.
109 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 57.

estabelecendo que as partes legítimas, para tanto, é o colaborador e o delegado de polícia ou membro do *parquet*, a depender da fase processual.[110]

Para efetividade do controle de legalidade praticado, o juiz terá acesso ao termo do acordo apenas quando este for reduzido a termo. Cabe ressaltar que, neste momento, acompanhados do termo, constarão as declarações do colaborador, a cópia das peças e atos processuais pertinentes à colaboração. Assim, estará pronto para a análise do juiz, acerca da homologação ou não do acordo.[111]

O juiz pode, caso não esteja convicto do cumprimento dos requisitos legais para o acordo, ouvir, sigilosamente, o colaborador, na presença de seu defensor, sem a participação dos proponentes.[111] Assim, surgirá a oportunidade para o juiz certificar-se da voluntariedade do colaborador.

A previsão legal dos prêmios limita os promotores e os delegados, impedindo a realização de barganhas. Situação positiva aos colaboradores. Em que pese o acordo seja celebrado entre colaborador e membro do MP ou delegado, cabe ao juiz a concessão dos benefícios no momento da sentença.[112]

Não estando comprovada a legalidade, regularidade e a voluntariedade do acordo, o juiz terá a opção de (i) rejeitar a homologação ou (ii) adequar a proposto ao acordo.

Conforme já mencionado, é pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal o direito subjetivo ao réu de receber o prêmio ao realizar o acordo de colaboração premiada, ou seja, é obrigatório ao juiz a concessão do prêmio, uma vez preenchidos os seus requisitos.[112]

Diferente de sua realização, que não é direito subjetivo do colaborador, cabe ao membro do parquet ou ao delegado de polícia decidir sobre fazê-lo ou não.[113] Em

110 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. 2014. Op. cit. p. 132.
111 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2016. Op. cit. p. 67-68.
112 BRASIL, Supremo Tribunal Federal – (STF). **Informativo STF n. 870**. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. 2017.
113 PACELLI, Eugenio; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 9ª edição. São Paulo. Editora: Atlas. 2017. p. 26.

optar por fazê-lo, o recebimento dos prêmios, sim, será direito subjetivo e o magistrado, por sua vez, terá que acatá-lo, não possuindo a prerrogativa de recusá-lo a seu bel prazer e, somente analisando o que a ele cabe: a legalidade, a regularidade e a voluntariedade.

Na sentença, o magistrado deverá, por fim, verificar a efetividade da colaboração ao tempo que em concederá os benefícios acordados ao colaborador.

Por outro viés, caso o colaborador descumpra com a sua palavra ou falte com a verdade ao prestar suas informações, pode, a qualquer tempo, ser revogado o acordo.

4.3 Do entendimento do STF

A respeito da insegurança jurídica anteriormente existente acerca da participação juiz nos termos do acordo de colaboração premiada, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se trazendo tranquilidade e segurança aos colaboradores.

Às autoridades competentes para a celebração do acordo, conforme já tratado, caberá exaurir todos os termos da negociação e, ao magistrado, respeitar tais termos.

Pacificou-se o entendimento exposto, acerca dos limites da atuação jurisdicional no instituto de colaboração premiada, através do Informativo 870 do Supremo Tribunal Federal.

Reforçou-se a natureza jurídica do instituto considerando-o um negócio jurídico processual e reafirma a necessidade de limites para os termos pactuados entre as partes.

Esclareceu-se que não cabe ao juízo interferir nos termos do acordo e, sim, somente, realizar sua função homologatória, verificando os requisitos de legalidade, regularidade e voluntariedade do colaborador em fase de homologação.

Deverá se manter em "postura equidistante", não podendo emitir juízo de valor em relação às declarações, reservando-se ao julgamento de valores no momento de julgar o processo e decretar a sentença.

Desta feita, apenas em decisão final de mérito, é que o juiz observará a incidência dos efeitos, o cumprimento dos termos e a eficácia do acordo celebrado.[114]

4.4 Análise crítica

Ao longo da pesquisa realizada acerca do acordo de colaboração premiada e dos limites de atuação do juiz criminal, pode-se concluir que o juiz criminal deve se manter equidistante das negociações entre os envolvidos, Promotor de Justiça ou Delegado de Polícia e colaborador, e limitar-se apenas à verificação dos termos do acordo, regularidade, voluntariedade e legalidade, para, assim, decidir sobre a questão incidente.

O juiz criminal terá o condão de homologar ou recusar o acordo e, eventualmente, adequá-lo.

Ao realizar a função homologatória, entende-se que o juiz pode, sim, observando o disposto na lei a respeito do alcance e da premiação, manifestar-se sobre o quesito legalidade, porém, tal manifestação não poderá conter juízo de valor.

Tendo em vista a restrição do juiz em intervir nas negociações, entende-se que, em caso de adequação, manifestar-se sobre o que compete a ele. Adequá-lo aos requisitos formais e legais a respeito da voluntariedade e regularidade do colaborador, bem como observância da legalidade de aplicação dos benefícios e do alcance do negócio jurídico celebrado.

114 BRASIL, Supremo Tribunal Federal – (STF). **Informativo STF n. 870**. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. 2017.

Vale ressaltar que, para verificação de tais pressupostos, o juiz poderá ouvir o colaborador, sigilosamente, distante da presença das autoridades policiais e ministeriais.

Cabe analisar a discussão existente acerca da voluntariedade do acordo celebrado por presos preventivos. A doutrina que defende os interesses dos réus, obviamente, critica a realização do acordo sob a justificativa de que a prisão é uma espécie de coação, tendo em vista que o preso opta por realizar o acordo apenas para ter direito à liberdade e não em razão de seu real arrependimento.

Tal situação, retiraria a legalidade do acordo, por não incidir um requisito fundamental: a voluntariedade.

O ministro Marco Aurélio de Melo afirma que celebrar um acordo de colaboração com um indivíduo preso é uma covardia, pois fragilizaria uma pessoa com intuito de obter a delação. Defende, ainda, que a colaboração deve ser realizada por alguém que se arrependeu do crime.[115]

Ora, o instituto que prevê premiação pelo arrependimento não se trata de uma colaboração premiada. Pelo exposto durante o trabalho, afere-se que o colaborador celebra o acordo justamente visando os benefícios que as informações lhe trarão, os quais estão taxativamente previstos no caput do artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas.

Ademais, a prisão não é decretada como um meio de coação e, sim, fundamentada nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o Procurador da República, posicionou-se alegando que, quando há uma prisão preventiva, a sua fundamentação deverá ser legítima, com a finalidade de cumprir o disposto no artigo de 312 do Código de Processo Penal. Salientou, ainda, que a alegação de que a prisão preventiva não se coaduna com a

115 RODAS, Sérgio. **Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio**. Consultor jurídico. 2016.

voluntariedade trata-se de uma tese de defesa para que a colaboração seja passível de nulidade.[116]

Outrossim, novamente, cabe ressaltar que o juiz não tem participação ativa na colaboração, portanto, a eventual prisão de uma pessoa não ensejará a realização de um acordo. Ainda, em caso de prisões, o juiz poderá verificar a voluntariedade do acordo pelo acusado, como se observa da parte final do § 7.º, do art. 4.º, da Lei 12.850/2013, sendo assim, não há que se falar em nulidade por inobservância do requisito em questão.

No que diz respeito aos princípios constitucionais e àqueles inerentes ao processo penal concernentes ao instituto, convém citar que o juiz criminal é o responsável por zelar e garantir os seus cumprimentos e, em caso de violação de algum preceito, deverá adotar as medidas cabíveis para a sua adequação ou recusar o acordo de homologação.

5 CONCLUSÃO

Ao juiz, como responsável por prover a regularidade do andamento do feito, compete, conforme demonstrado, respeitar os princípios processuais e constitucionais.

Por vezes, disseram que a celebração de um acordo de colaboração implicaria a aquisição de uma pena pelo colaborador sem que ele se submetesse a uma ação penal e que tal situação violaria o seu direito fundamental a um devido processo legal, contudo, a voluntariedade é um requisito de validade do acordo e é verificado pelo juiz no momento de sua homologação.

O princípio do juiz natural continua sendo amplamente respeitado, uma vez que o responsável pela homologação é um juiz aprovado em concurso público e a lei foi anteriormente prevista à realização do acordo.

116 SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 3, n. 1, 2017. p. 197-199.

O contraditório e a ampla defesa, previstos no processo penal, continuarão a existir mesmo com a celebração de um acordo durante a ação penal. Ademais, o acordo de delação premiada é uma questão incidental e não uma ação processual.

Verifica-se que não há lesão ao princípio da publicidade, uma vez que o sigilo é necessário para a sua eficácia e para a proteção da integridade do colaborador. Corroborando com a necessidade do sigilo, a constituição prevê que poderá ser restringida a publicidade de atos processuais sempre que for necessário à defesa da intimidade e ao interesse social.

No momento da homologação, não há o que se questionar acerca da existência de fundamentação, visto que, previstos os requisitos legais, de regularidade e voluntariedade, o juiz terá a oportunidade de ter a sua convicção acerca da homologação ou não do acordo. Portando, é perfeitamente respeitado o princípio da motivação.

Quanto ao princípio da legalidade, restou demonstrado que o juiz, o colaborador, o membro do Ministério Público e o Delegado agirão estritamente nos termos da lei.

No que diz respeito aos princípios de vedação da autoincriminação, cabe salientar que a colaboração premiada não é o instituto da confissão e, compete ao colaborador optar ou não por celebrá-la. Em optando por colaborar, o colaborador abrirá mão de exercer tal direito para obter benefícios, na visão dele, maiores. É uma questão de razoabilidade e proporcionalidade de acordo com seus próprios interesses.

Assim, qualquer prova obtida através das declarações do colaborador será uma prova lícita, tendo em vista a legalidade do acordo e o cumprimento dos princípios expostos.

O instituto da colaboração premiada recebeu diversas críticas considerando que a sua aplicação feriria diversos princípios que regem o ordenamento jurídico

brasileiro. O que não é verdade, pois o colaborador tem o direito de abrir mão, deixar de utilizar ou não se valer de seu direito, afinal, é um direito e não um dever.

Ao membro do Ministério Público, titular da ação penal pública, cabe, de acordo com o seu juízo de oportunidade e conveniência, decidir sobre a realização ou não do acordo. Contudo, os termos do acordo, seus benefícios e alcance deverão sempre estar restritos à previsão legal, disposta na Lei n. 12.850/2013.

Em relação à divergência quanto à legitimidade do Delegado de Polícia para propor o acordo, resguarda-se a melhor posição pela sua participação. Entendendo-se que o Delegado de Polícia pode, sim, celebrar o acordo de colaboração premiada, em fase de inquérito policial, desde que haja manifestação do membro do *parquet*, uma vez que ele é o titular da ação.

Quanto à atuação do juiz criminal e os seus limites, finaliza-se defendendo a atuação do juiz em três momentos.

No primeiro momento, em fase de homologação, caberá ao juiz se ater apenas aos requisitos legais e formais, observando a regularidade, legalidade e voluntariedade da realização do acordo. Qualquer atuação além disso será considerada ilegal. O juiz poderá homologar, recusar a homologação do acordo ou adequá-lo ao caso concreto. A adequação consiste em adequá-lo aos requisitos formais para fins homologação.

Na fase intermediária, o juiz acompanhará a regularidade da colaboração e requerimentos eventualmente ocorridos. Consiste em uma fase de acompanhamento.

No último momento de participação do juiz, deverá ele, decretar a sentença e, enfim, conceder os benefícios ao colaborador.

Por fim, ressalta-se que, em momento algum, poderá o juiz intervir no acordo. Não concederá benefícios e não se manifestará sobre o alcance do acordo de colaboração premiada.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado.** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014, p. 97, 127, 172, 187, 188, 190, 194, 203.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Judiciário também cumpre papel de interprete da colaboração premiada.** Consultor jurídico. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br /2017-set-26/academia-policia-judiciario-tambem-cumpre-papel-interprete-colaboracao-premiada> Acessado em: 29 de setembro de 2018.

BALDAN, Edson Luis. **O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 13, n. 159, 2006, p. 4-6.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 123, 125-129, 132, 135.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Habeas Corpus n. HC 70.878/PR.** Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 22 de abril de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil .com.br/jurisprudencia/7069377/habeas-corpus-hc-70878-pr-2006-0258227-6-stj/relatorio-e-voto-12817358?ref=juris-tabs >. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Habeas Corpus n. HC 90.688.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 12 de abril de 2008. Disponível em: <https://stf. jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14723873/habeas-corpus-hc-90688-pr?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Habeas Corpus n. HC 80.949/RJ.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de outubro de 2001. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776137/habeas-corpus-hc-80949-rj>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ**. Habeas Corpus n. HC 123.380**. 5ª Turma, Relator Ministro Félix Fisher. Brasília, DF. 24 de março de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4050970/habeas-corpus-hc-123380-df-2008-0273 314-1/inteiro-teor-12214366?ref=juris-tabs >. Acessado em:26 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Habeas Corpus n. HC 127483/PA**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> .Acessado em: 29 de setembro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508 Distrito Federal.** Relator: Ministro Marco Aurélio**.** Brasília, DF. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf >. Acessado em: 26 de setembro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em: 25 de setembro de 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Súmulas.** Súmula 18, 1990, p. 1. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000018%27>. Acessado em: 26 de setembro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – (STF). **Informativo STF n. 870.** Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo870.htm> . Acessado em: 29 de setembro de 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Fundamentos à inconstitucionalidade da Delação Premiada**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 13, n. 159, 2006, p. 11, 12.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2016, p. 38-39, 42-50, 50-53, 57, 64-68, 76-78, 85-86, 103-105.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigui. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 567.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal.** 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 42, 45, 293, 294.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Delação Premiada.** In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Limites constitucionais da investigação. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35, 179.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144

HAYASHI, Francisco. **Entenda a Delação Premiada.** JusBrasil, 2014. Disponível em: https://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/138209424/entenda-a-delacao-premiada . Acessado em: 11 de março de 2018.

JUNIOR, Américo Badê. **Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro.** Revista dos tribunais, rt vol. 969, julho 2016, p.6.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Niterói, RJ: Editora Impetus, 2013, p. 13, 16, 18, 28, 30, 35, 38-52, 126, 128, 174, 598, 665, 1173, 1192.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 554-555.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 52-54, 56.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal.** 5. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 286.

PACELLI, Eugenio; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 9ª edição. São Paulo. Editora: Atlas. 2017. p. 26.

PALITOT, Fauzer Carneiro Garrido. **A colaboração premiada como o instrumento jurídico mais eficaz para a obtenção de provas na operação Lava Jato.** Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2016. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56695&seo=1>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

PATRIOTA, Caio César Soares Ribeiro Borges. **O Princípio da Motivação.** JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://caiopatriotaadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/433360397/o-principio-da-motivacao>. Acessado em: 25 de setembro de 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª edição. Editora Juruá. 2016. p. 132.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo (Colab.); WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos (Colab.); CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade Mecum.** 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9-10.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 55, 215.

REZENDE, Silas. **O Instituto da Delação Premiada e Seus Aspectos Jurídicos.** JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://silasrezendeadv.jusbrasil.com.br/artigos/574463478/o-institut o-da-delacao-premiada-e-seus-aspectos-juridicos?ref=topic_feed>**.** Acessado em: 25 de setembro de 2018.

RODAS, Sérgio. **Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio.** Consultor jurídico. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>. Acessado em 29 de setembro de 2018.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. **A voluntariedade da colaboração e sua relação com a prisão processual do colaborador.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n. 1, 2017. p. 197-199.

.

Ciências Criminais

A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS ENTRE 2016 E 2017

Bárbara David Neves De Lima

RESUMO

O presente artigo tem por tema "A questão da vulnerabilidade nos crimes sexuais no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios entre 2016 e 2017", buscando diferenciar a presunção de violência relativa e absoluta e a partir disso, demonstrar se há ou não a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, em casos concretos, da vítima adolescente menor de 14 (quatorze) e maior que 12 (doze) anos quando há o consentimento para a prática de conjunção carnal ou de outros atos libidinosos. O objetivo geral da pesquisa é analisar o artigo 217- A do Código Penal, introduzido no ordenamento jurídico com o advento da Lei 12.015/09, que revogou o artigo 224 do Código Penal que tratava da presunção de violência. O estudo se limitará ao caput do artigo 217 – A, excluídos aqueles do parágrafo primeiro, quais sejam: os menores que por enfermidade ou deficiência mental, bem como aqueles que não puderam oferecer resistência.

Palavras-chaves: Crimes sexuais. Relativização. Vulnerabilidade. Violência. Consentimento.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo analisar o artigo 217- A do Código Penal, introduzido no ordenamento jurídico com o advento da Lei 12.015/09, que revogou o artigo 224 do Código Penal que tratava da presunção de violência.

Serão investigados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios contrários e favoráveis à

relativização. O trabalho também irá tratar sobre o conceito de vulnerabilidade permeado no âmbito jurídico, além de abordar a dignidade sexual como bem derivado da dignidade da pessoa humana.

Ao ponto que se discute ser ou não a vulnerabilidade um critério meramente etário, será examinado até onde o legislador pode determinar a sua caracterização. Apenas será um aplicador da lei ou poderá interpretá-la, de acordo com o caso concreto e, ainda, se as circunstâncias específicas de cada caso poderá tornar válido consentimento da vítima e consequentemente influir na decisão.

Não será objeto de estudo os vulneráveis descritos no §1º do art. 217-A que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

O artigo buscou dar maior amparo as crianças e aos adolescentes em função do seu desenvolvimento físico e psicológico ainda incompletos, no entanto, a mudança na redação não se deu de maneira coerente com a realidade social brasileira.

O artigo 217 - A do Código Penal não menciona as elementares da violência ou grave ameaça como no art. 213, que trata o delito de estupro. No caso, basta que o agente pratique conjunção carnal ou ato libidinoso com vítima menor de 14 anos para que haja a presunção de violência e enquadramento no tipo pela simples caracteristica da idade.

Diante disso, abre-se um grande questionamento acerca da vulnerabilidade, para saber se esta é absoluta ou relativa, tendo em vista que com esse critério etário, o legislador impossibilitou que o julgador analise as peculiaridades do caso concreto e o próprio consentimento da suposta vítima.

Tendo em vista, os debates pertinentes acerca do tema, abre-se a discussão sobre a necessidade de analisar o grau de vulnerabilidade no caso determinado, quando os adolescentes maiores de 12 e menores de 14 anos demonstrarem

experiência em assuntos sexuais, observando-se o grau de maturidade dos adolescentes para compreenderem o que vem a ser a vida sexual.

2 O REVOGADO INSTITUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

A presunção de violência nos atos sexuais foi um delito instituído pelo Código Penal Brasileiro de 1940 no artigo 224[1] e ficou conhecido como estupro presumido. Conforme a letra do artigo, estaria enquadrado igualmente no delito de presunção de violência aquele que tivesse relação sexual com menor de catorze anos, com pessoa alienada, débil mental ou com quem não pudesse oferecer resistência[2.]

Em relação à idade da vítima, primeira hipótese trazida pelo art. 224, constata-se, pela análise a exposição de motivos da parte especial do Código Penal, que o legislador presumiu que o menor de 14 anos não teria potencial para consentir com a prática sexual. O código presume ou finge a violência nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade, é incapaz de consentimento, ou, pelo menos, de consentimento válido[3.]

Segundo a exposição de motivos, a violência sexual presumida no caso de adolescentes se baseia no completo desconhecimento do sujeito passivo em relação aos aspectos sexuais, o que impede a valoração do seu consentimento[4]. Sendo assim, faz-se necessário uma análise dos aspectos da presunção de violência para um melhor entendimento acerca do assunto.

A violência, de acordo com Rui Barbosa, é "o uso da força material ou oficial, debaixo de qualquer das duas formas, em grau eficiente, para evitar,

1 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.
2 Ibidem..
3 HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal.** ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 225.
4 BRASIL. **Exposição de motivos parte especial do Código Penal.** Dos crimes contra os costumes. n 70. Disponível em http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmecp_parte_especial.pdf > Acesso em: 5 jun. 2018

contrariar ou dominar o exercício de um direito"[5]. Assim, a violência pode ser compreendida como coação, constrangimento e a intervenção sem justa causa na vontade alheia6. Em regra, é praticada com o intuito de obter algo que não se teria sem o uso desta.

violência é real quando o agente se utiliza da violência para anular a sincera resistência oferecida pela vítima ao ato sexual provocado contra a sua vontade. Trata-se de um ato forçoso do agente, em que não há permissão da vítima, mas sim, a real relutância desta para que aquela conduta não se consume.

Já na violência ficta ou presumida, a relação sexual não ocorre mediante a violência propriamente dita, mas o crime se consuma por questões sociais e psicológicas que induzem o legislador a definir como crime circunstâncias em que há impossibilidade de consentimento ou faltam condições para resistência da vítima[7]. Na primeira hipótese, é idôneo afirmar que se tratava de um crime de estupro, já que há agressão sexual em razão do uso da força, em que o agente se enquadra perfeitamente no tipo descrito no Código Penal.

Entretanto, a controvérsia surge quanto a tipicidade da conduta no caso da vítima ser incapaz de oferecer resistência em detrimento da sua idade. Empregar a violência ou grave ameaça para anular a resistência da vítima é diferente de prevalecer-se da impossibilidade de resistência, já que nesta hipótese ocorre o fenômeno do abuso sexual[8].

Assim, sabendo que a violência real já estava tipificada no crime de estupro e diante da omissão da lei penal em relação a violência ficta, o legislador criou o então revogado art. 224 do Código Penal, com objetivo de proteger a vítima de abuso

5 SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. p. 246.
6 Site Direito Virtual. **Significado de violência.** Disponível em http://www.direitovirtual.com.br/dicionario//pagina/8&letra=V Acesso em 24 ago. 2018.
7 GUSMÃO, Chrysolito de**. Dos crimes Sexuais**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2001, p. 86.
8 GOMES. Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.18.

sexual menor de catorze anos, os alienados, os débeis mentais e aquela que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência[9].

3 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Com o advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que instituiu o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, ficaram revogadas algumas disposições anteriores[10].

Nesse contexto, a referida lei trouxe modificações no Título VI da Parte Especial do Código Penal, que tratava dos "crimes contra os costumes", passando a denomina-los "crimes contra a dignidade sexual"[11] .Além disso, a Lei nº 12.015/09, fez a junção em um único tipo penal do delito de atentado violento ao pudor tipificado no art. 214 e o crime de estupro, prevendo as duas condutas sob a ótica do art. 213 do Código Penal.

O título estupro de vulnerável, antes inexistente, era tratado genericamente no art. 224. Entretanto, com a instituição do art. 217-A trazido pela lei mencionada, foi extinta a dita presunção de violência, sendo sucedida pelo aspecto da vulnerabilidade.

Certamente, a intenção do legislador era acabar com os questionamentos que surgiram principalmente nos Tribunais acerca da natureza da presunção de violência, que em muitos casos era entendida como relativa (iuris tantum) diante da situação apresentada no caso concreto[12]. Todavia, ao criar tal dispositivo, propiciou

9 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

10 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

11 NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP).** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 902, p. 395-422, 2010.

12 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial,** volume III. 14. RJ: Impetus, 2017. Capítulo 5. p. 83-98.

indefinições a serem sanadas pela doutrina e jurisprudência, sendo a principal delas a definição de vulnerabilidade[13].

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci discursa que mesmo após a edição do novo tipo penal, a polêmica ainda subsiste. O autor entende que o surgimento do inédito tipo penal não dará fim a discussão sobre a possibilidade ou não de relativização da presunção de violência. É questionado se neste novo contexto, agora investido na figura da vulnerabilidade, o menor de 14 anos deverá ser considerado absolutamente vulnerável, de modo que seu consentimento para a pratica do ato sexual seja integralmente invalidado mesmo que possua experiência sexual anterior[14].

Diante disso, é possível observar que os debates a respeito da relativização se conservam, porém, o foco atual alterou-se. Como não cabe mais falar sobre a natureza da presunção de violência, a problematização recente gira em torno da relativização da vulnerabilidade.

3.1 A vulnerabilidade

A vulnerabilidade é entendida como o estado de quem está privado da capacidade de resistência, sujeito a lesão ou despido de proteção[15]. O conceito de vulnerabilidade é pouco preciso, e por isso, deve ter seus contornos delimitados pelo legislador[16].

De acordo com João Daniel Rossi, a vulnerabilidade ramifica-se em duas acepções distintas: por um lado como capacidade de compreensão e por outro, como

13 NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP).** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 902, p. 395-422, 2010.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009,** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37

15 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte gera**l - parte especial. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 850.

16 PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 2: parte especial, art. 121 a 249. – 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 674

vício de consentimento[17]. No contexto do art. 217- A, a sua literalidade parte da completa insciência da vítima, ou seja, do aspecto da sua incapacidade de compressão sobre a pratica sexual.

O referido artigo aduz que é vulnerável aquele que é incapaz de anuir de maneira legítima com a prática sexual. De forma taxativa, o legislador traz no caput do referido artigo, os menores de quatorze anos como sujeitos passivos do delito. Quanto a estes, procura a lei preserva-los do ingresso precoce na vida sexual, de modo a defender sua inocência e respeitar o gradual amadurecimento[18].

A vulnerabilidade diz respeito a capacidade de reagir as intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade[19]. A vítima é vista como vulnerável quando mais suscetível a conduta de quem pretende lesar sua liberdade sexual[20].

Há diversas maneiras de se encontrar suscetível a algo em algum momento da vida. No âmbito do artigo referente ao estupro de vulneráveis, perdura a referida presunção de que pessoas especificas são impotentes para assentir com a relação sexual. Contudo, houve apenas uma introdução do termo vulnerável ao que se chamava de presunção de violência[21].

3.2 Estudo do artigo 217 – A do Código Penal

O bem jurídico protegido, no crime de estupro de vulnerável, é a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental, que tenha dificuldade em compreender a prática do ato sexual[22].

17 RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** vol. 92, p. 61-93, set.-out. 2011, ano 19.

18 JESUS. Damásio Evangelista. **Direito Penal,** 3º volume: Parte Especial. 22ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161.

19 PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 2: parte especial, art. 121 a 249. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 674.

20Ibidem.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 850.

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 4ª parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211 – 243.

O legislador, em respeito ao artigo 227 § 4º, da Constituição Federal prevê que "o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente será severamente punida pela lei"[23], se preocupou em destinar um capítulo unicamente para os crimes contra os vulneráveis[24].

Cumpre lembrar que o objeto do presente trabalho é apenas o caput do artigo em questão. Não há nenhum tipo de violência própria ou imprópria tão pouco vis corporalis ou vis compulsiva prevista para que seja configurada prática de estupro de vulnerável. Portanto, a aparente disparidade entre conduta e sanção só se justifica perante a importância do bem jurídico tutelado[25]. O receio, ao impor a reprimenda, é o ato sexual causar transtornos e danos ao menor, de modo a interferir o progresso da sua sexualidade.

A tutela penal visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, principalmente intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis[26]. A lei, portanto, protege o direito que a pessoa tem de dispor do seu próprio corpo, sendo o crime em análise, entendido como uma agressão tanto a liberdade do ser humano como também à sua dignidade[27].

Em análise ao artigo, é possível afirmar que a violência ou a grave ameaça real é prescindível ao ato sexual com o vulnerável. Ao contrário do crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, o expresso dissenso da vítima ou a repulsa ao ato sexual é dispensável[28].

23BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em 31 ago. 2018

24 . MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal** v. 2: Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2014, p. 425.

25 DE LARA. Maíra Batista. **Vulnerabilidade no art. 217 – A do Código Penal**. p. 391. apud RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. São Paulo:. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61-93, set.-out. 2011. Ano 19. Disponível em <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_23.pdf>. Acesso em 31 ago. 2018.

26 PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Volume 2: parte especial, art. 121 a 249. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 673

27 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial, volume III. 14. Ed. Niterói, RJ : Impetus, 2017. Capítulo 5. p. 83-98

28 PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 2: parte especial, art. 121 a 249. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 674

É irrefutável a norma no que tange qualquer relação sexual com os menores, tendo em vista unicamente o critério etário destas. Assim, os menores de 14 anos são protegidos neste dispositivo independente de terem no caso concreto qualquer grau de discernimento ou experiência em matéria sexual[29].

4 A POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO PONTO DE VISTA DOUTRINÁRIO

Alguns doutrinadores, já citados anteriormente, veem a necessidade de avaliar o caso concreto em situações específicas e excepcionais, como no caso da anuência da vitima ao ato sexual, para que a aplicação absoluta e imediatista da norma à situação fática não cause punições severas ou até mesmo injustas.

Vale observar que não há qualquer base que justifique a escolha em tal patamar etário. A caracterização da vulnerabilidade baseia-se numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto[30].

Adotar um critério cronológico absoluto para que as pessoas possam dispor de autonomia sexual é generalizar inequadamente aspectos psicológicos e sociais de cada um, que deveriam ser observados de maneira singular. Os individuos vivem em contextos diferentes e por isso, não se desenvolvem de modo padronizado ou uniforme[31]

Notoriamente, o legislador ignorou a expansão acelerada dos meios de comunicação e a propagação de informações, que antecipa o desenvolvimento intelectual dos adolescentes[32]. É inegavel que evolução da tecnologia contribui para

29 MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., **Manual de Direito Penal**. v. 2: Parte Especial. São Paulo, Atlas, 2014, p. 426.

30 NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 902, p. 395-422, 2010.

31 STEINMETZ. Wilson. SEGER. Juliano dos Santos. Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: A relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos. **Rev. direitos fundam. democ**., v. 18, n. 18, p. 275-291, jul./dez. 2015.

32 NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP).** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 902, p. 395-422, 2010.

precocidade dos adolescentes, inclusive no âmbito da sua capacidade de compreensão da sexualidade.

Para Nucci, a alteração trazida pela Lei nº 12.015/2009 acerca da forma típica de descrição do estupro de vulnerável apesar de positiva, não teve força para cessar com os debates ou mudar a realidade. Assim, é necessário considerar se esta vulnerabilidade admite ou não prova em contrário, ou seja, se é de cunho absoluto ou relativo[33].

Como já explanado, no art. 217-A é atribuído ao menor de 14 anos e aqueles previstos no parágrafo 1º a condição de vulnerável. Entretanto, no art. 218-B, que trata do favorecimento à prostituição, o legislador utiliza novamente o termo vulnerável, só que desta vez, para se referir ao menor de dezoito anos.

Assim, de acordo com Bitencourt houve uma confusão na adjetificação de vulnerável, "o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade"[34]. Cria-se o entendimento que há a vulnerabilidade absoluta e relativa.

Para o referido autor, a criação do novo tipo penal objetivou estagnar a jurisprudência que estava se consolidando nos Tribunais Superiores acerca da relativização da presunção de violência prevista no revogado art. 224 do Código Penal. Para isto, apenas alterou a nomenclatura, mas permaneceu utilizando o mesmo enunciado do artigo antecedente. Isto, por si só, não faz com que o caminho já trilhado seja abandonado[35].

Ao contrário, o correto seria continuar o entendimento pela relativização, afinal, se anos antes, quando o artigo revogado ainda estava em vigor, já considerava

33 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** 7ª ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 850.
34 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial:** dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 211 - 243
35 Ibidem.

as modificações dos costumes e o acelerado desenvolvimento do adolescente daquela época, seria incoerente ignorar as mudanças da sociedade, ainda mais recente e avançada do cenário presente. Isto posto, defende que "a tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos)"[36].

Equitativamente, pensa também Fábio Agne Fayet, quando afirma que seria mais coerente, na conjuntura vigente em que está inserido, que apenas aquele que abusasse sexualmente do menor de 14 (quatorze) anos fosse de fato punido[37]. Afinal, é razoável pensar que a faixa etária para embasar a norma foi valorada em 1940 e consequentemente, não estaria mais consoante com a realidade do século.

É imperioso ressaltar que o abuso referido pelo autor é empregado no sentido de tirar vantagem. Portanto, o abusador seria aquele que se aproveita da inocência e inexperiência do menor para com ele satisfazer os seus impulsos sexuais[38]. Segundo Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho:

> a capacidade de consentimento do menor refere-se ao momento em que o mesmo adquire capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual, passa a contar com amadurecimento biológico (emocional, social, cognitivo) e fisiológico para assimilar a prática sexual, tornando-se válida a sua anuência para a relação carnal[39].

Desta forma, é defeso que, se não for caso de abuso sexual propriamente dito e o menor de 14 (catorze) anos já tiver autonomia perante seus atos e de seus respectivos efeitos, o seu direito de descobrir e desenvolver a sua sexualidade deveria ser apreciado[40]. Ademais, como a violência é um fato, seria errôneo presumi-la, ainda mais de modo a prejudicar o autor da infração, que tem por direito não ser

36 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral - parte especial. 7ª ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 850.
37 FAYET, Fabio Agne. O delito de estupro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.93
38 Ibidem.
39 CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. Violência sexual presumida. Curitiba: Juruá, 2005, p. 132-133.
40 FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.93

declarado culpado precipitadamente, em respeito ao principio da presunção da inocência[41].

Assim prevê o inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal, expondo que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"[42]. Como todos devem ser considerados inocentes até o fim do processo, presumir a violência do agente aparenta uma afronta a Constituição.

Ao tratar a vulnerabilidade como absoluta, significa dizer que não se admite prova em contrário, assim, mesmo que no caso, se demonstre que o menor tinha experiência sexual, seria impossível acolher esta prova, diante da presunção peremptória que proíbe qualquer evidência colhida em sentido contrário[43]. A inadimissibilidade da prova pode ser vista também como cerceamento da defesa do réu, que tem um obstáculo para poder execer o seu pleno direito.

Outra questão levantada pela doutrina é a possibilidade de medir o grau de vulnerabilidade existente entre os adolescentes entre 12 e 14 anos. Já que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente aceita que os menores nesta faixa etária já possuem discernimento, no momento em que determina a aplicação de medidas socioeducativas pelo cometimento de um ato infracional[44].

As consequências jurídicas são impostas, de acordo com capacidade de compreensão do indivíduo. Assim, se o adolescente é apto para deliberar acerca de suas escolhas que podem acabar eventualmente incidindo-o em um cumprimento de uma sanção por um fato criminoso, qual seria o sentido do mesmo adolescente ser

41 GOMES. Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.19

42BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em 31 ago. 2018

43 GOMES. Luiz Flávio**. Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 47

44 DE LARA. Maíra Batista. Vulnerabilidade no art. 217 – A do Código Penal. p. 391. apud RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 92, p. 61-93, set.-out. 2011. Ano 19. Disponível em <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_23.pdf>. Acesso em 31 ago. 2018.

visto como incapaz de compreender o ato sexual ou ter sua manifestação de vontade invalidada?[45].

Diante disso, como o adolescente tem propensão ética para compreender a ilicitude, destarte, subordina-se à medida de cunho punitivo como a internação, não há fundamento que ampare a presunção legal que prega a imaturidade do menor para assimilar e entender a prática do sexo[46].

Outra preocupação dos doutrinadores em relação ao tema, é a densa carga que uma suposta condenação por estupro de vulnerável venha trazer. Nucci traz um caso de dois jovens homossexuais do sexo masculino que estavam aos beijos em um cinema. A policia foi acionada pelos frequentadores que estavam incomodados com a situação e assim, descobriu-se que um deles tinha 13 anos e outro 18. Foi o que bastou para que o maior fosse preso em flagrante[47].

Como leciona Nucci: "O desajuste entre delito e pena desestabiliza as bases da intervenção mínima, pois na prática, o autor da infração termina por receber punição acima de sua capacidade de absorção, representando abuso estatal"[48]. Assim, seria mesmo razoável um jovem ser enquadrado como um estuprador por um beijo consentido e por consequência, ao ser condenado, submeter-se à pena ainda superior aquele condenado pela prática prevista no art. 213 do Código Penal, que para consumação do delito fez o uso de violência ou grave ameaça? É válido ressaltar que os crimes supracitados são considerados crimes hediondos pela Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei n°12.015/2009[49].

Para Nucci, a relativização da vulnerabilidade é um imperativo de dignidade humana e "inexiste no caso relevância juridico-penal, tratando-se de comportamento

45 GOMES. Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 40
46 Ibidem, p. 41,
47 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral - parte especial**. 7ª ed rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 851.
48 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013, p 417.
49 BRASIL, **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Lei dos crimes hediondos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso em 25 ago. 2018.

que não entra em colisão com os cânones da vida social saudável, nem afeta a comunidade onde vivem os protagonistas"[50], ou seja, falta ofensa a bem jurídico tutelado pela norma.

Por fim, é questionada a hipótese do relacionamento com o menor de catorze derivar uma gravidez. A eventual condenação do pai, impossibilitaria que este pudesse dar assistência necessária ao filho e afetaria, inclusive, o registro do nascituro, tendo em vista que neste ato, os oficias teriam o dever de relatar às autoridades a ocorrência do estupro de vulnerável, com base unicamente na idade da mãe[51].

Um efeito social negativo pode surgir em razão do receio natural dos pais de assumirem a paternidade sendo que estariam correndo o risco de serem presos. Além do mais, a ação penal pode desconstituir uma família no caso da vítima ter uma relação estável de afeto com o acusado, inclusive com a anuência da família[52].

É imperioso ressaltar que o elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável é o dolo constituído pela vontade consciente de ter conjunção carnal, com a vítima vulnerável, ou praticar outro ato libidinoso (diverso da conjunção carnal)[53].O erro de tipo ocorre quando o agente tem a falsa percepção da realidade, inexiste a consciência de que pratica algum crime. Afastada a vontade e consciência, exclui-se o dolo[54].

50 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral - parte especial**. 7ª ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 851.

51 FARIAS. Vanessa de Souza**. O crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor**. p. 3. In: Jus Navigandi. Publicado em 06/2014. In: Revista dos tribunais, v. 95, n. 844, p. 435-431, fev. 2006, p. 435. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/29641/o-crime-de-estupro-devulneravel-e-o-direito-a-autodeterminacao-sexual-do-menor/3?secure=true> Acesso em 1 de set. 2018..

52 Ibidem.

53 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal,** 4: parte especial dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

54 GRECO, Rogério**. Curso de direito penal: parte geral,** volume I. 8, RJ: Impetus, 2007. Capítulo 31. p. 299-301.

É valido lembrar que só haverá a atipicidade, por exclusão do dolo, quando o erro for escusável[55], ou seja, quando o agente não tinha como evitar, mesmo tomando todas precauções, qualquer indivíduo naquela situação incidiria na mesma prática. Se o erro for inescusável, o agente também não responderá pelo crime, mas neste caso, pela ausência de previsão no Código Penal do estupro de vulnerável na modalidade culposa. No que tange o erro de tipo, o entendimento parece consolidado.

Para Greco, caso o agente desconheça que a vítima é vulnerável, o erro de tipo poderá ser alegado[56]. Esta situação pode ocorrer quando a vítima omite a idade, é fisicamente desenvolvida aparentando ser mais velha do que é ou quando se encontra em local para maiores de 18 anos, fazendo com que qualquer pessoa normal incida no engano e presuma ser esta maior de idade. Sendo assim, o agente mantém relação sexual espontânea com o menor sem saber que está cometendo um delito, pois está diante de uma ilusória percepção da realidade.

Não considerar o erro de tipo em tais casos, seria assumir a responsabilidade objetiva penal objetiva ao omitir a vigência ao art. 20 do Código Penal[57], visto que faria o agente responder pelo resultado, mesmo que não tenha havido dolo, o que conflita diretamente com o Direito Penal moderno.

5 A METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DECISÕES: MAPEAMENTO DOS ENTENDIMENTOS DO TJDFT ENTRE 2016 E 2017

O presente tópico busca apresentar e pormenorizar a metodologia usada para a produção desse trabalho teórico identificada como MAD – Metodologia de Análise de Decisões no contexto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre o período de 2016 e 2017.

55 BITENCOURT, Cezar Roberto**. Tratado de direito penal**, 1: parte geral. 17. ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1114.
56 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial,** volume III. 14. Ed. Niterói, RJ : Impetus, 2017. Capítulo 5. p. 83-98
57 GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 58

5.1 Metodologia de análise das decisões

A Metodologia de Análise das Decisões (MAD) ganhou forma a partir da experiência de pesquisa do atual desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Roberto Freitas Filho, que realizou um estudo qualitativo e quantitativo e fazia parte do Grupo de Estudo e Pesquisa Hermenêutica e Políticas Públicas, no qual se abrigava no Programa de Mestrado de Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília, cujo tema foi "A participação do Judiciário na formação e implementação das políticas públicas constitucionalmente previstas"[58].

Nesse contexto, a MAD se tronou um caminho a ser seguido para atingir um objetivo, que se distinguiu do Estudo de Caso e da Análise de Jurisprudência em relação aos procedimentos, aos objetivos e ao instrumento teórico utilizados em um de seus passos, como será demonstrado a seguir[59]. Ao ser identificada como "metodologia":

> A advertência se faz necessária, já que esta palavra aparece na doutrina em pelo menos quatro distintas acepções: 1. Processos lógicos e quase-lógicos mentais próprios à teoria do conhecimento; 2. Forma controlada, segundo certos procedimentos, de produção de decisões; 3. Procedimentos voltados à produção de trabalhos jurídicos "científicos"; e 4. Forma de identificar e construir o objeto de direito[60].

Nesse caso, essa metodologia para analisar decisões seria a quinta acepção da palavra metodologia que se insere em uma área potente, no qual deverá elaborar um protocolo para o estudioso alcançar seus resultados perceptíveis e comparáveis, se possível. Esse tipo de protocolo concede um grau de precisão e de controle maior do que é feito nos trabalhos especulativos ou conceituais, cujo anseio é o da MAD[61]. Segundo essa pesquisa de Freitas Filho:

58 FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul. /dez. 2010, p. 1-3. Disponível em: < file:///C:/Users/jesus/Downloads/1206-6606-1-PB.pdf> Acesso em 4 de set. 2018.
59 Ibidem, p. 1-3.
60 Ibidem, p. 4.
61 Ibidem, p. 6.

> Os objetivos da utilização da análise dessas decisões consistem em:
> 1. Organizar informações relativas a decisões proferidas pelo TJDFT entre 2016 e 2017.
> 2. Verificar a coerência decisória nesse mesmo contexto.
> 3.Produzir uma explicação do sentido destas decisões a partir de interpretação do processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos62.

Com relação ao processo da análise de decisões, a MAD é realizada em três momentos e resulta em dois tipos de "produtos".

Em primeiro lugar, é necessário que se realize uma pesquisa exploratória para habituar-se com as discussões em que se insere o problema jurídico apresentado. O pesquisador elege uma bibliografia básica que consista em um grupo de autores que completem a matriz paradigmática[63] do tema. Esse momento de leitura permitirá a identificação das divergências argumentativas no campo teórico, assim como, os conceitos, princípios ou institutos jurídicos sobre os quais há mais disparidade. [64]

A partir do reconhecimento de uma questão problema jurídica expressiva, o pesquisador executará uma seleção conceitual do campo discursivo no qual se encontra o problema. É possível identificar como problema relevante o confronto entre dois princípios ou a oposição entre duas teorias. Outra possibilidade é a investigação de um conceito jurídico, como, por exemplo, os limites de interpretação estendidos de um determinado artigo. Assim, como também, pode-se investigar a aplicação de um instituto jurídico mais genérico que uma definição.[65]

O terceiro momento diz respeito ao recorte institucional, que consiste na escolha dos órgãos decisões que vão ser explorados na pesquisa. É importante ressaltar, que não há uma ordem cronológica na realização do recorte institucional e

62 Ibidem, p. 7.
63 FREITAS FILHO, Roberto Freitas. **Metodologia de Análise de Decisões**. p. 8 apud KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções cientificas. São Paulo: Perspectiva, 2003.
64 FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes**. Metodologia de Análise de Decisões**. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul. /dez. 2010, p. 1-3. Disponível em: < file:///C:/Users/jesus/Downloads/1206-6606-1-PB.pdf> Acesso em 4 de set. 2018, p. 8
65Ibidem, p. 9.

o anterior, tendo em vista que essa escolha se dá por intuição decorrente da pesquisa exploratória realizada no primeiro momento[66].

> A decisão sobre o recorte institucional deve levar em conta a pertinência temática que diz respeito a adequação entre o problema encontrado, o campo teórico que se insere e o âmbito decisório de discussão jurídica do problema. Nada obsta o pesquisador fazer uma investigação de um decisor com menor visibilidade, desde que dê uma justificativa plausível a este recorte institucional, como é o caso do interesse em analisar o comportamento de um juiz especifico que esteja aplicando uma solução inovadora a um problema antigo. Entretanto, caso o pesquisador deseja investigar como tem sido a interpretação dos tribunais sobre um determinado conceito e o possível impacto que a interpretação possa gerar no campo, um recorte modesto não se justifica[67].

A escolha do recorte precisa ser justificada pela importância decisória que se entende devido ao impacto do debate na área jurídica, pois a Metodologia de Análise das Decisões se inclina a prática, é indispensável justificar a escolha do decisor com apoio na capacidade de geração de impactos que sua interpretação tem no campo em que se posiciona[68]. Segundo Freitas Filho e Thalita Moraes Lima:

> Para fins analíticos, os resultados da aplicação da MAD podem ser ordenados em três distintos planos ou enfoques. O primeiro deles, trata-se dos diferentes níveis de aprofundamento de análise do problema investigado e consiste no procedimento que caracteriza a originalidade da MAD. Já os outros dois enfoques: os tipos de escolhas relativas ao recorte institucional e as diferentes temáticas abordadas são autoexplicativos, constituindo, um modo de justificação da organização dos dados e da disposição deles para utilização posterior[69].

Como já foi visto anteriormente, na realização da pesquisa exploratória, o pesquisador elegerá o seu foco de atenção. A partir dai, o segundo passo será realizar o recorte institucional e o recolhimento dos dados expressos por decisões.

66 Ibidem, p. 10.
67Ibidem, p. 10-11.
68 FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul. /dez. 2010, p. 1-3. Disponível em: <file:///C:/Users/jesus/Downloads/1206-6606-1-PB.pdf> Acesso em 4 de set. 2018, p. 11
69 Ibidem, p. 12.

Posteriormente, a seleção das decisões, o pesquisador deverá organiza-las para tratar os dados obtidos[70].

A intenção da organização é a constituição de um banco de dados contendo decisões organizadas de modo criterioso com alicerce na relevância. O método busca, especialmente, analisar um processo decisório específico, em que uma prática jurídica é um modo de agir suscetível de interpretação.

O que se obtém nesse primeiro momento é basicamente um banco de dados cru. O tratamento e sistematização dos dados são instrumento para a realização de pesquisa e não há ainda uma reflexão complexa acerca do tema que vá além da mera organização[71].

O segundo passo abarca a apuração de como os decisores estão utilizando os conceitos, valores, institutos e princípios presentes na explanação decisória. O pesquisador deve se atentar aos elementos narrativos que são utilizados por eles ao edificarem seus argumentos nas decisões. Nesse nível, já se alcança um banco mais rebuscado, de dados organizados que contem informações sobre determinado tipo de decisão e uma interpretação desses dentro de um recorte metodológico escolhido pelo pesquisador[72].

O terceiro momento é o da reflexão critica sobre o exercício decisório dos julgadores. Investiga-se o sentido da prática decisória com base na justificação da narrativa das decisões[73].

A MAD necessita ser operada através de uma teoria lógico-formal da linguagem que estabelece os parâmetros necessários para especificação completa de sentido linguístico das palavras. Para exemplificação, é possível aplicar a linguagem

70 Ibidem, p. 12.
71 Ibidem, p. 13.
72 FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes**. Metodologia de Análise de Decisões**. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul. /dez. 2010, p. 1-3. Disponível em: <file:///C:/Users/jesus/Downloads/1206-6606-1-PB.pdf> Acesso em 4 de set. 2018, p. 13
73 Ibidem, p. 14

moral de Richard Hare, chamada de "Prescrito Universal", tendo em vista, que ela fornece uma distinção lógica entre as palavras de valor e as palavras descritivas[74].

As palavras descritivas são aquelas que não tem significado relativo à qualidade do objeto ou situação, tem somente a função de designar a situação e seu significado básico. Já as palavras de valor, tem a função de qualificar o objeto ou situação, tornando necessária a indicação das circunstâncias descritivas que estão presentes no caso na justificação da decisão. A falta de justificação do julgador acaba dando margens para a possibilidade de arbítrio[75].

Reconhecida a maneira utilizada pelo decisor para construir os sentidos das expressões com as quais opera o discurso, é possível desdobrar os dados em uma série de possibilidades explicativas de sentido daquela prática[76].

Os recortes admissíveis são inúmeros e as possibilidades de analise são múltiplas. Ao alcançar o último nível de sofisticação de análise dos dados, a MAD findará no momento em que o pesquisador optar pelos desmembramentos teóricos possíveis[77].

5.2 Vulnerabilidade absoluta e relativa de acordo com o TJDFT entre 2016 e 2017

Em análise da pesquisa jurisprudencial feita no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre o ano de 2016 e 2017, é possível aferir que o entendimento predominante dos magistrados é no sentido da não relativização da vulnerabilidade sexual.

74 O autor constrói sua teoria em quatro principais obras: HARE, Michard Mervyn. A linguagem da moral. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: M. Fontes, 1996; HARE, Michard Mervyn. Ética: problemas e respostas. São Paulo: UNESP, 2003; HARE, Michard Mervyn. Freedom and reason. Oxford: Oxford University, 1963; HARE, Michard Mervyn. Moral thinking: its levels, method and point. Oxford: Oxford University, 1981.

75 FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões.** Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul. /dez. 2010, p. 1-3. Disponível em: <file:///C:/Users/jesus/Downloads/1206-6606-1-PB.pdf> Acesso em 4 de set. 2018, p. 14

76 Ibidem.

77 Ibidem,

Em 2016, todas as decisões condenaram o réu sob o argumento da presunção absoluta, ressalvando os casos em que o réu foi absolvido pelo reconhecimento do erro de tipo. Nesta hipótese, o agente deve juntar elementos probatórios que demonstrem que a compleição física e o comportamento da vítima inspiravam a percepção falsa de maior idade[78]. Demonstrado que o réu desconhecia a verdadeira idade da menor e que a precocidade da vítima contribuiu para que incorresse no engano, é reconhecido o erro de tipo e o dolo é afastado.

Já em 2017, houve apenas um acordão, proferido pela 1ª Turma Criminal que absolveu o réu ao entender que a realidade social, as condições pessoais dos envolvidos e a ciência dos familiares, evidenciaram a ausência de vulnerabilidade. Os desembargadores entenderam pela relativização da vulnerabilidade no caso em tela, tendo em vistam que não houve violência, ainda que presumida, diante do evidente desenvolvimento físico, emocional e sexual da adolescente[79].

Entretanto, esse entendimento ocorreu apenas uma única vez no espaço de tempo analisado. Majoritariamente, o entendimento do TJDFT foi no sentido da vulnerabilidade absoluta. A anuência, maturidade, experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento da vítima com o acusado são irrelevantes e ineficazes para excluir a tipicidade da conduta.

Por outro lado, ocorria entendimento distinto acerca do revogado art. 224 que dizia respeito a presunção de violência. A jurisprudência e a doutrina, majoritariamente, consideravam a presunção relativa e não absoluta. Assim, a presunção poderia ser afastada tanto no caso de erro de tipo quando a vítima possui maturidade sexual e assentia voluntariamente a prática[80]. Por esse ângulo, é possível

78 BRASIL, **TJDFT 20141010089612** - Segredo de Justiça 0008810-74.2014.8.07.0010, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 17/11/2016, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/11/2016 . p. 92/98. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/consultas> Acesso em 03 set 2018.

79 BRASIL, **TJDFT 20150610021057** - Segredo de Justiça 0002072-48.2015.8.07.0006, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 30/11/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/12/2017 . Pág.: 111/126. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/consultas> Acesso em 03 set 2018.

80 GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

aferir que o advento da Lei nº 12.015/09, responsável pela inclusão do art. 217 - A, estupro de vulnerável, foi determinante para essa mutação na visão do Judiciário.

Ademais, em sentido contrário à relativização, o Superior Tribunal de Justiça, editou em 2017 a Súmula 593 que afasta qualquer margem de possibilidade de flexibilização quanto à licitude de relações sexuais com menores de 14 anos, com a seguinte redação:

> O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente[81].

Destarte, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do CP, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. A anuência da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime[82].

O STJ preferiu encerrar o debate sobre a vulnerabilidade ao punir o agente pela suposta prática da conjunção carnal ou ato libidinoso, independentemente da intenção da vítima, ainda que exista afeto na relação com o autor do crime. Assim, declara incapaz de praticar qualquer ato sexual o menor de 14 anos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redação do delito de estupro de vulnerável sugere que não seja considerado o consentimento do menor de 14 anos para o ato sexual. Por se tratar de uma presunção absoluta, não há valorações de evidências em sentido adverso.

81BRASIL, STJ, **Súmula 593**. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas> Acesso em 4 de set. 2018.

82 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial. REsp - 1.480.881 - PI 2014/0207538-0**. Disponível em: <hhttp://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulnerável_Repetivivo.pdf> . Acesso em 03 set 2018.

Anteriormente a Lei Nº 12.015/09, que trouxe o artigo 217 - A, o Código Penal previa o delito de presunção de violência. Os debates da época giravam em torno da possibilidade da relativização da presunção e grande parte dos doutrinadores e da jurisprudência se posicionavam a favor da necessidade da análise do caso em concreto.

O artigo revogado possuía praticamente a mesma redação do artigo implementado em seu lugar, porém ainda não empregava o termo vulnerável. Por essa razão, os debates acerca da relativização perduraram, entretanto, em outro aspecto, agora em relação a relativização da vulnerabilidade sexual do maior de 12 anos e menor de 14 anos em razão de motivos sociais e psicológicos.

Não obstante, a intenção do legislador de cessar a discussão sobre flexibilização do caráter absoluto da presunção de violência, a lei está sujeita a interpretação no momento de sua aplicação, em que incidem outros elementos na análise do caso em apreço.

Apesar do propósito da criação do tipo penal ser a proteção dos menores, não é coerente ignorar as tranformações sociais ocorridas ao longo dos anos. O tabu em relação ao sexo na adolescência vem decrescendo, conforme o tema ganha espaço nos debates escolares, na internet e em outros meios de comunicação.

A avaliação do caso concreto em sua particularidade permite que o aplicador da lei decida de forma mais equilibrada e coerente com os ditames sociais evitar a aplicação imediatista da norma que poderia ocasionar uma sanção severa e injusta.

Inclusive, o entendimento da vulnerabilidade em caráter absoluto pode ser considerado inconstitucional por ferir o principio da presunção de inocência. Não admitir prova em sentido contrário é cercear a defesa do réu e supor que é culpado de imediato, sem considerar qualquer outro elemento da situação fática diversa do ato sexual.

Outra questão levantada, acerca da vulnerabilidade, é a possibilidade da compreensão do adolescente por equiparação ao Estatuto da Criança e do

Adolescente. Se este é capaz de responder por atos infracionais através das medidas socioeducativas, também seria capaz de conduzir sua vida sexual. Além disso, a relativização também pode ser benéfica nos casos em que há vínculo afetivo entre os protagonistas ou que a prática sexual resulte gravidez da menor. A flexibilização do delito, nesta hipotese, possibilitaria que o pai exercesse seu papel com a devida assistência ao filho. Assim, a preocupação principal deveria abranger a manuntenção e união da família e não o encarceramento do pai.

Em relação a pesquisa jurisprudencial feita no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre o ano de 2016 e 2017, é possível aferir que os desembargadores tem decidido de forma absoluta, sem espaço para a flexibilização antes vista na vigência do artigo da presunção de violência, de modo a considerar unicamente o erro de tipo como possibilidade de absolvição do acusado.

Ademais, a aprovação pelo STJ da Súmula 593, consolidou o entendimento absoluto no intuito de dirimir a controvérsia existente ao longo de todos esses anos. Entretanto, a súmula não obsta a indagação acerca da sua aplicação inconsciente ou que estudos sobre o assunto continuem. Por fim, cumpre ressaltar que a relativização não significa que o sexo precoce deva ser estimulado, mas que a extrema rigidez na legislação talvez não seja a solução.

É necessário e mais adequado que o governo, a família e a própria sociedade buscasse proteger a atividade sexual precoce por intermédio da informação aos jovens quanto aos riscos e a necessidade de prevenção, para que exerçam sua sexualidade com equilíbrio e segurança.

O mapeamento do tema no âmbito do TJDFT nos anos de 2016/2017, permite-nos concluir que:

a) A maioria das decisões mostram que para as turmas criminais do TJDFT a vulnerabilidade da vítima não se discute, mesmo que haja anuência desta ou que a adolescente tenha experiência sexual anterior e até mesmo

se tiver relacionamento amoroso com o agente, portanto, a conduta é típica e a vulnerabilidade absoluta.

b) Única situação em que o réu tem maiores chances de ser absolvido, é quando conseguir comprovar que incorreu em erro de tipo, teve uma falsa percepção de que a vítima não era menor de 14 anos. Por inexistir dolo, o agente não responde pela conduta.

c) A inclusão do art. 217 – A do Código Penal, o estupro de vulnerável, foi determinante para essa mutação na visão do Judiciário para um pensamento mais rígido e inflexível, já que na vigência do antigo artigo da presunção de violência, grande parte dos julgados permeavam em sentido contrário do atual.

Por fim, insta salientar que a presente pesquisa tem por finalidade apenas propor reflexões que possibilitem indagações e debates, trazendo concepções doutrinárias e jurisprudenciais contrárias e favoráveis sobre o tema. Dessa forma, não se almeja apresentar uma saída para toda a controvérsia, que aliás, perdura há anos sem desfecho.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 4ª parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em 31 ago. 2018

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. **Exposição de motivos parte especial do Código Penal. Dos crimes contra os costumes**. n 70. Disponível em <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmecp_parte_especial.pdf > Acesso em: 5 jun. 2018

BRASIL, **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Lei dos crimes hediondos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em 25 ago. 2018.

BRASIL, STJ, **Súmula 593.** Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas> Acesso em 4 de set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial. REsp - 1.480.881** - PI 2014/0207538-0. Disponível em: <hhttp://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulnerável_Repetivivo.pdf>. Acesso em 03 set 2018.

BRASIL, **TJDFT 20141010089612** - Segredo de Justiça 0008810-74.2014.8.07.0010, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 17/11/2016, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/11/2016 . p. 92/98. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/consultas> Acesso em 03 set 2018.

BRASIL, **TJDFT 20150610021057** - Segredo de Justiça 0002072-48.2015.8.07.0006, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 30/11/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/12/2017. Pág.: 111/126. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/consultas> Acesso em 03 set 2018.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida.** Curitiba: Juruá, 2005.

DE LARA. Maíra Batista. Vulnerabilidade no art. 217 – A do Código Penal. p. 391. apud RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 92, p. 61-93, set.-out. 2011. Ano 19. Disponível em <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_23.pdf>. Acesso em 31 ago. 2018.

FARIAS. Vanessa de Souza. O **crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor.** p. 3. In: Jus Navigandi. Publicado em 06/2014. In: Revista dos tribunais, v. 95, n. 844, p. 435-431, fev. 2006, p. 435. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/29641/o-crime-de-estupro-devulneravel-e-o-direito-a-autodeterminacao-sexual-do-menor/3?secure=true> Acesso em 1 de set. 2018.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões.** Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul. /dez. 2010, p. 1-3. Disponível em: < file:///C:/Users/jesus/Downloads/1206-6606-1-PB.pdf> Acesso em 4 de set. 2018.

GOMES. Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**, volume III. 14. RJ: Impetus, 2017.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes Sexuais**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2001.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal.** ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JESUS. Damásio Evangelista. **Direito penal**, 3º volume: Parte Especial. 22ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções cientificas**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal** v. 2: Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei nº 12.015**, **de 7 de agosto de 2009**, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral - parte especial**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP).** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 902, p. 395-422, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial: arts. 121 a 249**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 92, p. 61-93, set. /out. 2011, ano 19.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

Site Direito Virtual. **Significado de violência**. Disponível em http://www.direitovirtual.com.br/dicionario//pagina/8&letra=V Acesso em 24 ago. 2018.

STEINMETZ. Wilson. SEGER. Juliano dos Santos. Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: A relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos. **Rev. direitos fundam. democ.,** v. 18, n. 18, p. 275-291, jul./dez. 2015.

.

Ciências
Criminais

A VOLUNTARIEDADE DA DELAÇÃO PREMIADA DO PRESO PREVENTIVAMENTE

Bruno Gonçalves Da Silva

RESUMO

A delação premiada é um instituto utilizado como meio de se obter provas que vem ganhando muita visibilidade no mundo jurídico, principalmente após sancionada a Lei nº 12.850/13. Um dos requisitos para que haja o acordo de delação é a voluntariedade. A pergunta principal é se a voluntariedade fica prejudicada na situação do preso preventivamente. O artigo vai buscar aprofundar essa discussão e para isso vai trazer à tona um visão geral de delação premiada, além do seu conceito, uma visão como sendo um instituto do direito penal negocial. Serão expostos também conceitos de coação e voluntariedade, além de concluir que a voluntariedade nesse contexto não resta prejudicada.

Palavras-Chave: Voluntariedade. Delação Premiada. Prisão Preventiva. Coação. Direito Penal Negocial.

1 INTRODUÇÃO

O artigo consiste em aprofundar a discussão sobre a delação premiada em se tratando do acordo firmado com o agente que se encontra sob a medida cautelar de prisão preventiva. Analisando se a prisão preventiva influencia ou não na voluntariedade para que haja o acordo de delação.

O instituto da delação premiada, também chamado de colaboração premiada, se notabilizou de forma considerável nos últimos anos em se tratando de processo penal brasileiro, principalmente quando o trâmite processual ou investigatório se trata do chamado crime organizado.

Ocorreu uma certa popularização do instituto, não só entre os juristas mas também fora do meio jurídico, pois a delação premiada esteve e está presente como um dos pilares das investigações de casos que trazem grande apelo popular, e sacudiram não só as bases do direito, mas também envolvem a realidade política do Brasil como um todo.

Dentre os casos existentes tem um que se destaca, é o caso da chamada operação Lava Jato, que teve início em março de 2014, através de investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de organizações criminosas lideradas por doleiros, apontando irregularidades na Petrobras, como contratos inflados por exemplos. A Lava Jato tem desdobramentos em localidades como o Rio de Janeiro e também o Distrito Federal, contendo também extensões até o Supremo Tribunal Federal.[1] E esses desdobramentos devem-se demasiadamente a ter como ferramenta de investigação a delação premiada, que tem se mostrado efetiva no que diz respeito ao combate às organizações criminosas.

A aplicabilidade do instituto tem gerado debates acalorados e relevantes, ocorrendo indagações que têm inquietado o mundo jurídico, principalmente no que diz respeito aos aspectos e requisitos presentes na Lei nº 12.850/13 que é conhecida como Lei de Combate ao Crime Organizado.

As discussões envolvendo o instituto são contemporâneas, muitas delas presentes inclusive nas pautas do Superior Tribunal de justiça e também do Supremo Tribunal Federal.

E diante de diversas celeumas envolvendo o instituto, foi delimitado um tema considerado de extrema relevância envolvendo a delação premiada, tendo o trabalho como objetivo explanar, não somente acerca da delação premida de modo geral, mas também se existe, ou não, alguma relação entre o acordo de delação e a prisão processual do colaborador.

1 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. Caso lava jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: 15 maio. 2018.

Buscando essas respostas, o presente artigo pretende trazer o aprofundamento do debate envolvendo a voluntariedade e prisão provisória e para isso na primeira seção são colocados aspectos gerais e o conceito de delação premiada, trazendo duas subseções colocando pontos de críticas ao instituto com um contraponto na sua efetividade e trazendo também a matéria sobre a voluntariedade nos acordos de delação premiada.

Na segunda seção é colocado em questão a perspectiva da questão da prisão preventiva, explanando sobre tal tutela cautelar, seus requisitos e sua aplicabilidade.

Por fim, na terceira seção, é ponderado sobre a problemática da existência ou não de coação no caso do acordo de delação do agente preso preventivamente, para enfim elucidar se a decretação da mesma afeta na voluntariedade do acordo ou se há alguma conexão entre essas questões.

2 ASPECTOS GERAIS E CONCEITO DE DELÇÃO PREMIADA

Nesta seção serão tratados alguns aspectos importantes do instituto da delação premiada, tratando como ligado ao direito penal negocial, seu conceito, a sua importância e também críticas que existem em relação ao *modus operandi* bem como a constitucionalidade da delação.

Tanto o direito penal quanto o processo penal estão passando por um momento de transição no Brasil. Essa transformação está cada vez mais crescente pela expansão do direito penal negocial, que consiste em artifícios utilizados para uma solução mais rápida e conjecturada do conflito penal, como um acordo entre as partes com consentimento mútuo relacionado de direitos penais ou processuais penais.[2]

2 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; Demerval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016. p. 377-394. p. 378.

E a delação premiada é um instituto que advém do direito penal negocial, que já é muito presente em alguns países, e que ganhou notabilidade no Brasil nos últimos anos em decorrência da internacionalização do direito penal.

Vale ressaltar que a delação premiada tem sua estipulação em importantes tratados internacionais, como a Convenção de Mérida[3] e também a Convenção de Palermo[4], além de ser sugerida por instituições com grau de relevância elevado mundialmente falando como a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/TAFT).[5]

Sendo recepcionada e utilizada em diversos países como na Alemanha, Colômbia, Espanha, Inglaterra, Estados Unidos da América e também na Itália.[6] Na Itália a delação premiada ganhou um espaço importante em meados dos anos 1980, onde este país se viu em uma situação muito semelhante a situação vivida pelo Brasil no tempo atual, enquanto aqui corre a todo vapor a Operação Lava Jato, na Itália ocorreu a Operação Mãos Limpas que tinha como objetivo principal eliminar a máfia italiana que predominava naquele tempo.[7]

Antes de qualquer coisa é preciso observar a delação premiada como um meio de obtenção de prova, onde o coautor ou o partícipe de um crime irá colaborar com a investigação de determinado delito. Em contrapartida o agente colaborador será premiado conforme se deu a negociação nos trâmites da lei.

Em outras palavras a delação premiada pode ser vista como um excelente método de investigação, uma vez que é demasiadamente valoroso no que se trata de

3 Implantada no Brasil pelo decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.
4 Implantada no Brasil pelo decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.
5 TABAK, Benjamin Miranda. . et. al. A colaboração premiada compensa? *Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/senado*, Brasília, nº 181, p. 1-39, ago. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 01 de jun. 2017. p. 6.
6 TABAK, Benjamin Miranda. . et. al. A colaboração Premiada Compensa? *Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado*, Brasília, nº 181, p. 1-39, ago. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 01 de jun. 2017. p. 6.
7 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016. cap.2 p.33.

perseguição penal em muitos crimes, principalmente os praticados por organizações criminosas, onde se pode ver como destaque a lavagem de dinheiro e corrupção, crimes esses caracterizados por serem cometidos acobertados pelo silêncio.[8]

A expressão delação premiada etimologicamente falando tem origem relacionada ao latim *delatione*, e significa a ação de delatar, denunciar, revelar.[9] Já "premiada decorre de prêmio, compensação.[10]

Daí é possível então extrair o conceito de delação premiada como sendo um meio de obtenção provas, em que o investigado firma acordo com o Estado para colaborar com as investigações revelando ou delatando pormenores que irão esclarecer e levar os investigadores a determinado norte em relação a investigação, e conforme a negociação esse agente será compensado, ou seja, receberá um "prêmio" por colaborar com a justiça.

Dessa forma observa-se que o instituto da delação premiada é um meio de obtenção de prova que é precedido pelo direito penal negocial, que já era muito evidente em outros países, está em constante crescimento no país e pode levar a um novo momento do direito penal e processual penal pátrio.

2.1 Críticas e a Efetividade do Instituto

Nesta seção serão expostas críticas em relação ao instituto da delação premiada e em contraponto será demonstrada a efetividade da delação premiada em se tratando de combate ao crime organizado.

O olhar crítico ao instituto parte de um viés negativo, onde a figura do delator é vista como um traidor e "dedo-duro", pois ele trai e entrega seus comparsas da organização criminosa, além de ser um instrumento que expõe a incompetência do

8 TABAK, Benjamin Miranda. . et. al. A colaboração premiada compensa? *Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/senado*, Brasília, nº 181, p. 1-39, ago. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 01 de jun. 2017. p. 11.

9 BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2011. p. 4.

10 Dicionário Informal. Disponível em: http://www.dicionarioinformal.com.br/premiada/. Acesso em 02 de Abril de 2018.

Estado quando se trata de combate ao crime organizado, que vem se desenvolvendo cada vez mais no Brasil. Para combater sua própria incompetência no combate às organizações criminosas, usou-se a delação premiada como alternativa, onde a justiça fica à mercê de retribuir a "ajuda" do criminoso que entregou seu "parceiro" de crime, podendo até o perdoar judicialmente, sob essa visão tem-se a impressão de que o Estado adotou como solução de combate a esse tipo de criminalidade, aliar-se ao criminoso para que este ajude nessa missão.[11] O Estado usa a índole duvidosa do agente para que a traição seja institucionalizada.

A crítica feita ao instituto sob esse ponto de vista, não está na delação premiada em si, mas sim na sua utilidade. Na investigação, os responsáveis pela perseguição penal não se aprofundam na investigação, na busca de outras provas, ou na utilização de outros meios para se obter provas, buscam a "facilidade" em se acordoar com o criminoso que trai o seu grupo de crime organizado para ser recompensado por isso.[12]

Sendo assim, segundo essa perspectiva, a delação premiada é vista como "Muleta" auxiliar do Ministério Público[13]. Mas apesar dessa ponderação cabe ao Poder Judiciário na figura do aplicador do direito deve buscar o equilíbrio e diligência, para analisar a efetividade e a veracidade da delação, para que a segurança jurídica seja preservada.

O contraponto dessa ideia é demonstrada no sentido de que diz-se que a delação premiada consiste em que há a confissão do crime juntamente com a revelação de partícipes, por mais que a ambição seja pessoal. Existe a cooperação com a justiça para que a legislação pátria seja aplicada. Sendo essas leis de cunho democrático não existe condenação moral à delação, mas imoral seria o silêncio

11 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016. cap.2 p.29.
12 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016. cap.2 p.30.
13 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016. cap.2 p.31.

nesse caso, pois não há traição à pátria na delação e sim o cumprimento de suas leis.[14]

E, apesar de vista com desconfiança por alguns, a delação premiada tem mostrado a sua importância, sua efetividade e seu valor no ordenamento jurídico pátrio.

Ela é importante instrumento de política criminal, uma vez que a reconstrução do direito penal, que está cada vez mais eminente e necessário, em se tratando de políticas criminais, passa pelo que é chamado de direito penal negocial, que será analisando mais adiante, em que uma das ferramentas do direito penal negocial é justamente a delação premiada.

A política criminal presente aqui está relacionada a formas mais efetivas de investigação de crimes gravosos com grandes ações e "grandes" sujeitos envolvidos neles, uma vez que, em se tratando de organizações criminosas, por muitas vezes esses sujeitos estão envolvidos em crimes de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, corrupção, evasão de divisas, crimes contra a ordem econômica e tributária em geral, e são agentes do alto escalão da sociedade, como figuras políticas e empresariais importantes no cenário nacional.

Apesar do crescimento recente, não é de hoje que a delação premiada está presente no ordenamento jurídico brasileiro. Ela está prevista por exemplo, na Lei nº 7.492/1986, conhecida também com Lei do Colarinho Branco ou Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, em seu artigo 25, §2º, ou também na Lei nº 11.343/2006 chamada de Lei de Tóxicos, que traz políticas públicas sobre drogas, no artigo 41.

Esses são alguns exemplos da aplicabilidade da delação premiada em nosso ordenamento jurídico. Porém é na Lei nº 12.850/2013, Lei de Combate ao Crime Organizado, que o instituto se firmou e ganhou corpo, e por isso os pressupostos

14 MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *R CEJ*.Brasília, n. 26, 56-62, jul./set. 2004, p. 58-59.

previstos na mesma serão foco de discussão mais adiante nesse artigo. Entretanto, algo que chamou atenção foi a mudança na nomenclatura, foi alterado o termo "delação premiada" para "colaboração premiada".

Essa mudança da nomenclatura pode ser elucidada sob dois pontos de vista, um afirma que se deu na tentativa de amenizar a conduta do criminoso que "trai" seu parceiro de crime,[15] o outro contrapõe dizendo que a expressão "delação premiada", eventualmente é usada com um tom de preconceito para trazer à tona esse cunho de deslealdade e traição.[16]

Dessa forma fica claro que a utilização de um termo ou de outro depende do ponto de vista que se tem. Se o instituto for visto como uma maneira de "premiar" o criminoso que "entrega" seu comparsa é correta a utilização do termo "delação premiada". Porém se for visto como um boa política criminal, onde a "recompensa" se destina a um acusado que confessa um crime e revela a participação de organização criminosa no mesmo, contribui com as investigações e também com a justiça e será "premiado" na medida de sua contribuição conforme a lei, nesse caso o termo a ser adotado poderá ser "colaboração premiada". Neste artigo está sendo adotado o termo "delação premiada", não por concordar com um ponto de vista ou outro, mas porque é o termo que vem sendo mais usual popularmente falando.

O que também é posto em debate com frequência é a discussão sobre a constitucionalidade da delação premiada, alguns princípios constitucionais são postos a prova. Esse debate envolve a compatibilidade do *modus operandi* do instituto, estabelecidos pela Lei nº 12.850/2013, com a Constituição Federal de 1988, no que condiz a aplicabilidade no processo penal pátrio.[17]

15 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016. cap.2 p.155.

16 TABAK, Benjamin Miranda. . et. al. A colaboração premiada compensa? *Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/senado*, Brasília, nº 181, p. 1-39, ago. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 01 de jun. 2017. p. 8.

17 AIRES, Murilo Thomas; Fernando Fernandes Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tenção em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n.1, p. 253-284, jan/abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.V3i1.46>. Acesso em: 17 nov. 2017. p.255.

Algumas das discussões se destacam quando se fala da constitucionalidade da delação premiada, dentre elas estão relacionadas ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade e o princípio da não autoincriminação.

No que diz respeito ao princípio da legalidade ou obrigatoriedade o entendimento é de que o Ministério Público, sendo titular da ação penal, não pode deixar de oferecer a denúncia, uma vez que é indisponível, ou seja, o Ministério Público não pode jamais abrir mão dessa prerrogativa se estiverem preenchidos os requisitos judiciais mínimos para que seja proposta a ação penal, de acordo com o artigo 24 do Código de Processo Penal. Porém o §4º do artigo 4º da lei nº 12.850/2013, que em seus incisos traz hipóteses em que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia caso se firme acordo de delação premiada.[18]

Já com relação ao princípio da não autoincriminação, o §14 do artigo 4º da Lei de Combate ao Crime Organizado, traz que ao ser firmado o acordo de delação premiada, será renunciado o direito ao silêncio.[19] Aqui questiona-se quanto ao direito que o sujeito teria de não produzir prova contra si mesmo, mas no acordo de delação premiada está presente a renúncia do direito de ficar calado, ou seja, sem muito se esforçar para perceber que a confissão e a consequente autoincriminação, produzindo provas que coloquem em evidência a participação do agente colaborador no delito estão implícitas no acordo.

Além desses princípios, são debatidos também a compatibilidade da delação premiada com os princípios da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, se a delação premiada for vista sob um viés mais garantista em relação ao réu ou investigado. Coloca-se em debate então sobre o conflito entre a eficiência da delação premiada e o caráter garantista do direito penal e processual penal pátrio.

18 Lei nº 12.850/2013. Art. 4º. § 4º. Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

19 Lei nº 12.850. Art. 4º. § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Porém é importante destacar que a lei prevê que a defesa do agente que decidir firmar acordo estará presente em todos os atos da negociação, confirmação execução do acordo.[20] Sendo assim obtém-se a certeza de que o colaborador terá condições de obter ciência técnica de todos os prejuízos e vantagens que lhe serão atribuídos ao firmar o acordo, ademais para que o acordo seja firmado a legislação prevê que se deve a voluntariedade do agente e com a instrução de sua defesa ele irá analisar e decidir por livre vontade se lhe convém ou não o acordo, ou seja, caso haja o acordo o próprio delator estará abrindo mão de algumas garantias, assim também como o Estado, representado pelo Ministério Público, conforme a negociação tem que ceder, para que o colaborador seja "premiado".

Além do mais, através do julgamento do *Habeas Corpus* de número 90.321/SP[21] e também do *Habeas Corpus* de número 90.688/PR[22], o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da delação premiada.

Ademais, o acordo de delação premiada está ligado profundamente com o resultado que irá produzir e também com a sua efetividade. Isso condiz em que a delação satisfaça ao menos um dos incisos presentes no artigo 4º da Lei de Combate ao Crime Organizado.[23]

Não faz sentido compensar o delator se não houver nada que justifique, nada que gerasse fruto para as investigações ou para a própria ação penal, cabendo ao

20 Lei nº 12.850. Art. 4º. § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus*. HC 90321/SP. Segunda Turma. Impetrante: Elimar Faria. Paciente: Carlos Eduardo do Monte. Relator(a): Min. Ellen Gracie. 02 de setembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550473>. Acesso em: 15 mar. 2018.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus*. STF. HC 90.688/PR. Primeira Turma. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outro (a/s). Paciente: Roberto Bertholdo. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 12 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>. Acesso em: 15 mar.2018.

23 Lei nº 12.850/2013. Art. 4º I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

aplicador do direito concluir sobre o grau de efetividade da delação.[24] De sorte que se as informações passadas pelo delator não estiver com o mínimo pra se concluir efetiva, para resultar no que pretende a lei, ele não poderá ter direito aos "prêmios" que foram postos em negociação.

Ao trazer esses argumentos para a ordem prática é perceptível que a delação premiada em um todo se mostra muito efetiva no que ela se propõe a fazer. Como, por exemplo, falando de operação lava jato são irretocáveis os resultados obtidos através do uso da delação premiada, não se falando somente de investigação ou ação penal, mas também no que se diz respeito a recuperação do produto do crimes, mais de 10 bilhões de reais retornaram aos cofres públicos na operação lava jato por meio de acordos de delação premiada.[25]

Cabe destacar que corroboram para esses dados o fato de que, no caso da operação lava jato, os acordos, sem exceção, de delação premiada giram em torno da devolução do produto do crime por parte do acusado que firmou o acordo, além das multas que são aplicadas.[26]

E isso coloca em evidência a teoria da "Justiça Restaurativa" pregada por Howard Zehr, que tem como principal vertente o contraste com a justiça criminal somente retributiva e coloca em evidência a reparação do dano causado pelo delito, prega-se que existe a obrigação de reparação do dano quando se está diante de um crime.[27] De forma que a delação premiada tem sido fundamental para o país no que diz respeito a recuperação do capital que foi produto de crimes como corrupção e lavagem de dinheiro.

---

24 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016. cap.2 p.162.

25 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. *Caso lava jato*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/resultado>. Acesso em: 15 maio. 2018.

26 TABAK, Benjamin Miranda. . et. al. A colaboração premiada compensa? *Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/senado*, Brasília, nº 181, p. 1-39, ago. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 01 de jun. 2017. p. 11.

27 TABAK, Benjamin Miranda. . et. al. A colaboração premiada compensa? *Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/senado*, Brasília, nº 181, p. 1-39, ago. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 01 de jun. 2017. p. 11.

Dessa forma observa-se que existem críticas em relação ao instituto tanto no seu *modus operandi* e também a sua constitucionalidade, apesar do Supremo Tribunal Federal decidir pela sua constitucionalidade. Apesar das ponderações demonstradas a delação tem se mostrado efetiva no que condiz ao combate ao crime organizado.

2.2 A Voluntariedade na Delação Premiada

Aqui buscar-se-á uma análise mais específica do que seja a voluntariedade no acordo, ou seja, o que significa um acordo de delação premiada voluntário.

O art. 4º da Lei 12.850/13 em seu caput afirma que o acordo de delação deve ocorrer de forma voluntária. Nesta seção será posto em que consiste essa voluntariedade e a importância desse requisito na delação premiada.

Etimologicamente falando, voluntário procede do latim *voluntarius,a,um,* que significa "atua por seu próprio livre arbítrio", podendo escolher agir ou não segundo a sua própria escolha, portanto não pode ser coagido a fazer ou deixar de fazer.[28]

O aspecto da voluntariedade na delação deve ser analisada primeiramente sob um ângulo de aspecto semântico, qual seja a diferenciação entre "voluntário" e "espontâneo".

O ato é espontâneo quando a iniciativa é do próprio agente e é voluntário quando sem qualquer tipo de coação, a iniciativa pode ser de outrem ou do próprio agente. Se a delação deve ocorrer por meio do próprio delator ao se expressar de forma livre a seu objetivo de colaborar com a justiça, não importando o motivo que o incentivou à isso, ou seja, não é de espontaneidade que se trata, basta que o ato do delator seja voluntário.[29]

28 BADARÓ, Gustavo. **Quem está preso pode delatar?** JOTA. 23 jun. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>. Acesso em 15 abr. 2018

29 BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013.* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 119.

A legislação traz que o acordo de delação deva ser voluntário, a iniciativa não necessariamente deve partir do delator, pois a lei não exige espontaneidade, autorizando que tal sugestão de acordo parta do órgão competente, sem que haja qualquer cerceamento.[30]

Apesar do acordo de delação premiada ter como pressuposto ser voluntário por parte do sujeito que é investigado ou acusado, pode ser que a título de autenticação da utilidade da colaboração, que ela seja motivada por outrem.[31]

Isto é, ao passo que a iniciativa de acordar delação pode ser de ambas as "partes", digamos assim, e não necessariamente a intenção de delatar deve partir do potencial delator. O que deve ser sobremaneira analisado é se houve algum tipo de coação e não se existiu participação das autoridades na tomada de decisão de delatar.[32]

Ademais, como já exposto anteriormente, existe o ponto de vista que assume a delação premiada como necessidade do Estado em ter a colaboração do acusado para que a persecução penal se concretize, com o objetivo de favorecer a imputação criminosa.[33] Isso faz com que possa haver um incentivo por parte dos órgãos inquisitórios e acusatórios para que o acusado colabore.

30 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal.* Porto Alegre. v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Acesso em: 12 nov. 2017 p. 204

31 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016. cap.2 p.162.

32 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre. v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Acesso em: 12 nov. 2017. p. 207.

33 GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 13, n. 3, p. 1108-1134, maio. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/8392/4724>. Acesso em: 15 maio. 2018. p. 1111.

Ao admitir instrumentos oriundos da justiça negocial, como a delação premiada, é admitido também traços autoritários ao processo penal,[34] passando a impressão de que não tem como objetivo a utilização contra réus confessos, mas originar a confissão do réu, uma vez que facilitaria o trabalho do Ministério Público, no sentido de que haveria uma motivação do Estado para que o "criminoso" negociasse com ele, pois assim seria mais vantajoso para os dois (Ministério Público e acusado) e isso atingiria a voluntariedade do sujeito, ou seja, mesmo sem o seu consentimento ele seria coagido a ao menos negociar um acordo.

Vale recordar, como já exposto, que nos atos da negociação do acordo, o defensor do acusado estará presente.[35] Dessa forma se o acusado for aconselhado e provocado por seu defensor a firmar o acordo, não deixará a delação premiada de ser voluntária, o acusado só seguirá a orientação quando e se quiser, isto é, não existe aqui uma coação.[36]

Falando nisso é preciso que se defina o que é coação. De forma etimológica, coação vem do latim *coatio onis* e significa "ação ou efeito de coagir (forçar), causar constrangimento ou agir de modo violento (moral ou fisicamente) para que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa."[37]

Segundo o artigo 151 do Código Civil Brasileiro o ato de coagir suscita "ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à pessoa, à sua família, ou aos seus bens".[38]

34 GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 13, n. 3, p. 1108-1134, maio. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/8392/4724>. Acesso em: 15 maio. 2018. p. 1125

35 Lei nº 12.850/2013. Art. 4º. § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

36 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016. cap.2 p.162.

37 DICIO, Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/coacao/>. Acesso em: 22 set. 2018.

38 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 22 set. 2018.

Colocadas essas observações o que está claro é que não se pode coagir o agente a acordar a delação ou não, o Estado não tem esse papel, as normas que tratam do instituto deixam claro que deve haver a voluntariedade no acordo, dando assim um caráter democrático ao instituto.

3 A QUESTÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Essa questão se manifesta justamente ao se discutir a característica voluntária do acordo de delação premiada, a discussão aqui é se a prisão preventiva exerce ou não influência sobre voluntariedade do sujeito que irá delatar. E por isso é preciso falar da prisão preventiva e descobrir se existe alguma relação com a delação premiada.

Em se tratando da prisão preventiva, está regulamentada de forma geral nos artigos 312 ao 316 do Código de Processo Penal.

Segundo art. 312 do Código de Processo Penal essa medida cautelar somente é admissível quando usada para garantir a ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal e para que a lei penal seja aplicada seguramente. E conforme art. 316 do mesmo Código de Processo Penal a prisão preventiva será revogada pelo juiz sempre que não houver justificativa para que a medida cautelar seja mantida ou que seja decretada.[39]

É possível depreender então que a prisão preventiva não é algo banal no sistema jurídico penal, pois tanto a decretação quanto a revogação de tal medida excepcional deve ser tomada de fundamentação legal e não ao bel prazer de qualquer órgão que seja, para conseguir um coisa ou outra do acusado ou investigado.

Os argumentos dizentes que a voluntariedade é acometida no caso do preso preventivamente, exploram que a prisão preventiva é um estímulo ao agente para que delate, isso leva ao abuso de autoridade praticado pelos órgãos responsáveis pela

39 BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

persecução, pondo em cheque a ética do acordo de delação e esse conjunto culmina na tortura como meio de coação.

Existindo a ocorrência etapas na fase de investigação: primeiro a interceptação telefônica, para conseguir ensejo para decretação de prisão preventiva, é usada para coagir o sujeito a acordar delação premiada. Ou seja, a prova é obtida por meio da prisão do agente e para recuperar a sua liberdade opta por delatar.[40]

É possível depreender então que a prisão preventiva não é algo banal no sistema jurídico penal, pois tanto a decretação quanto a revogação de tal medida excepcional deve ser tomada de fundamentação legal e não ao bel prazer de qualquer órgão que seja, para conseguir um coisa ou outra do acusado ou investigado.

A delação premiada se torna duvidosa eticamente quando dá como opções a prisão ou o acordo.[41] Pois é possível a decretação de prisões preventivas, que são usadas como estímulo para que haja delação, apresentada como a única ou maneira mais rápida de benefício, ou seja, recuperação da liberdade.[42] Dessa maneira os acordos de delação trazem consigo abuso de autoridade da instituições que os promovem.[43]

Existe ainda a comparação do acordo de delação com torturas medievais, pois o agente é pressionado até o último instante a chegar em um acordo, usando de

40 BALDAN, Édson Luís. Mesa de Debates: O Jogo Matemático da Delação e a Extorsão da Prova Mediante Sequestro do Investigado, *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 59, p. 4-6, fevereiro 2006. p. 5.

41 BALDAN, Édson Luís. Mesa de Debates: O Jogo Matemático da Delação e a Extorsão da Prova Mediante Sequestro do Investigado. *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 59, p. 4-6, fev. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/Dela%C3%A7%C3%A3o%20Premiada%20-%20Boletim%20IBCCRIM%20159%20(1).pdf.>. Acesso em: 10 maio. 2018. p. 5

42 LIMA, Roberto Kant; MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: Entre delações e confissões premiadas. DILEMAS: *Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 9, n.3, p. 505-529, set/dez. 2016. p. 517.

43 GARCIA, Roberto Soares. Mesa de Debates: Delação Premiada: Ética e Moral, às Favas, *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 59, p. 2-3, fev. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/Dela%C3%A7%C3%A3o%20Premiada%20-%20Boletim%20IBCCRIM%20159%20(1).pdf.>. Acesso em: 10 maio. 2018 p. 2.

artifícios como condução coercitiva e decretação da prisão preventiva. Abandona-se, portanto, a utilização de provas legítimas e ainda a presunção de inocência.[44]

Não se pode buscar a fragilização do agente para conseguir um acordo. Deve-se buscar sempre a verdade real com a colaboração voluntária, fruto do arrependimento do criminoso.[45] Se o acordo não for voluntário, é autorizado que o Estado, contemporaneamente, pratique tortura medieval e ditatorial em meio a persecução penal,[46] e não se pode admitir a tortura como um recurso para investigar, ainda que se tenha resultados efetivos.[47]

Uma vez que a Delação do preso preventivo for vista como não voluntária, trata-se de meio de tortura para obter a confissão e além disso uma volta ao medievalismo onde essa mesma confissão obtida por meio de tortura era considerada a rainha das provas.[48]

Porém, existem argumentos que contrariam essa ideia. A análise prioritária, no que diz respeito a voluntariedade da delação é que o acordo deve ser feito com liberdade, estando o sujeito em liberdade ou não (preso ou não), a liberdade psíquica é o principal ponto de discussão e não a livre locomoção do agente. Se a linha de raciocínio for contrária a essa estaria se negando ao preso preventiva a possibilidade de acordar delação e conseguir melhorar a sua situação, infringindo o princípio da

44 GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 13, n. 3, p. 1108-1134, maio. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/8392/4724>. Acesso em: 15 maio. 2018. p. 1127.

45 RODAS, Sérgio. *Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio: coação ilegal*. 16 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>. Acesso em 10 set.2018.

46 CARDOSO, Rafhaella. *Delação Premiada "voluntária" ou tortura autorizada*? Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/317089196/delacao-premiada-voluntaria-ou-tortura-autorizada.> Acesso em 10 set. 18.

47 GARCIA, Roberto Soares. Mesa de Debates: Delação Premiada: Ética e Moral, às Favas, *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 59, p. 2-3, fev. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/Dela%C3%A7%C3%A3o%20Premiada%20-%20Boletim%20IBCCRIM%20159%20(1).pdf.>. Acesso em: 10 maio. 2018. p. 2.

48 CANÁRIO, Pedro. *Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato": delação forçada*. 18 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>. Acesso em: 10 set.2018.

isonomia,[49] uma vez que o preso preventivo é investigado tanto quando o suposto criminoso que não está preso preventivamente, e sendo tirado dele a possibilidade da delação premiada por estar preso colocaria ele em desigualdade com o investigado solto.

Ademais, afirmar que as prisões preventivas são usadas para torturar é um argumento com o fim de botar em evidência teses de defesas baseadas em nulidades,tirando a atenção dos crimes de corrupção que representam a verdadeira violação das garantias do povo brasileiro, e coloca em foco nas discussões sobre procedimento.[50]

É importante salientar que a Lei 12.850/13 não traz como benefício do acorde de delação a revogação da prisão preventiva. De forma que no acordo o Ministério Público pode se comprometer a sustentar pela revogação da medida cautelar da prisão, porém isso não significa que o magistrado concederá tal pedido, pois o juiz não se engajará na matéria em si do acordo para que seja homologado e sim, verificará a legalidade, a regularidade e a legalidade do acordo, ou seja, não é porque um acordo é celebrado que necessariamente a prisão preventiva será revogada, não existindo relação, juridicamente falando entre prisão preventiva e acordo de delação premiada.

O juiz só poderá revogar a prisão preventiva se, no caso, houver a flagrante aplicabilidade do art. 316 do Código de Processo Penal e não pelo simples acordo de delação premiada. É de inteira necessidade destacar que tanto os institutos não se

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. 127483/PR. Tribunal Pleno. Impetrante: JOSÉ Luiz Oliveira Lima e outro (a/s). Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 22 ago. 2018.

50 DELLAGNOL, Deltan. *Lava Jato não usa prisões para obter colaboração dos réus*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoes-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

relacionam que o eventual descumprimento do acordo por parte do acusado não pode ensejar na decretação de sua prisão preventiva.[51]

4 A PRISÃO PREVENTIVA É OU NÃO UM MEIO DE COAGIR O AGENTE A FIRMAR ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA?

A possibilidade do acordo de delação premiada aguça os instintos humanos, só o fato de existir uma investigação criminal já deixa o psicológico humano "bagunçado". Então a primeira questão que vem à mente é a dúvida sobre delatar ou ser delatado. Essas coisas são postas na balança, ele pode ser coagido por ele mesmo ou até pelo seu advogado de defesa a delatar seu comparsa.

E quando o sujeito se encontra em uma situação difícil, seja preso ou não, a delação premiada se torna sim uma boa alternativa para ele, pois se não existir consistência probatória que incrimine o sujeito, ele não vai cogitar a opção da delação premiada.

Como visto, não é só estar preso que gera incentivo para que o sujeito acorde a delação premiada, existem outros fatores envolvidos como por exemplo, a possibilidade de que exista uma pena alta culminada pela condenação pós persecução penal.[52]

Existe a previsão na Lei nº 12.850/13 em seu art. 4º, §7º a realização de uma audiência especial, em que o magistrado tem a prerrogativa de ouvir o delator juntamente com defensor de forma sigilosa, onde haverá o cotejo do acordo, se é

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 138207/PR. Segunda Turma. Impetrante: Maria Francisca dos Santos Accioly Fumagalli e outro (a/s). Paciente: Fernando Antônio Guimarães Hourneaux de Moura. Relator(a): Min. Edson Fachin. Brasília, 25 de abril de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13098850>. Acesso em: 25 abr. 2018.

52 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre. v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Acesso em: 12 nov. 2017. p. 219.

legal, regular e voluntário. O delator apresentará ao juiz o motivo concreto que fez com que o acordo existisse.[53]

Cabe salientar que a defesa do delator estará presente em todos os momentos (art.4º, §15 da Lei 12.850/13)[54], ou seja, haverá a averiguação defensiva de todos os atos antes da homologação. Dessa forma, para que seja evitado o abuso de poder das autoridades é garantido o amparo defensivo do delator, ou seja, o delator terá plena noção do que acontece conforme o desempenho do seu defensor.[55]

Se a prisão preventiva foi decretada conforme a lei, observando os preceitos legais, não há porque argumentar que o que está por traz da decretação da mesma é a coação para levar à delação, até porque ao ser investigado, indiciado ou se tornar réu, o agente está ciente, através do auxílio técnico da defesa, que a prisão preventiva pode ser pedida e decretada.[56]

Como bem observado durante a discussão do tema existem requisitos para a decretação de uma prisão preventiva, que por sinal deve ser devidamente fundamentada conforme tais requisitos e se assim não ocorrer ela pode ser revogada de acordo com os ditames legais.

A análise, no que diz respeito a voluntariedade da delação é que o acordo deve ser feito com liberdade, estando o sujeito em liberdade ou não (preso ou não), a liberdade psíquica é o principal ponto de discussão e não a livre locomoção do agente. Se a linha de raciocínio for contrária a essa estaria se negando ao preso preventiva a possibilidade de acordar delação e conseguir melhorar a sua situação,

53 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre. v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Acesso em: 12 nov. 2017. p. 208.

54 § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

55 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal.* Porto Alegre. v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Acesso em: 12 nov. 2017. p. 207.

56. Ibidem, p. 206.

infringindo o princípio da isonomia,[57] uma vez que o preso preventivo é investigado tanto quando o suposto criminoso que não está preso preventivamente, e sendo tirado dele a possibilidade da delação premiada por estar preso colocaria ele em desigualdade com o investigado solto.

Se a conclusão tirada for que a delação premida do preso preventivo é ilegítima, abrirá uma brecha para que todos os criminosos que fazem parte de organizações criminosas, que são potenciais delatores, ao serem presos preventivamente aleguem a ilegalidade da prisão simplesmente por se sentir coagido, porém o fato de não ter sua liberdade física, a sua liberdade de pensamento ainda está intacta e ser preso conforme decisão fundamentada conforme os requisitos legais não significa sofrer tortura ou coação.

Se assim fosse manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, seria de extrema arbitrariedade, uma vez que a lei define que deve ser ato voluntário. Seria essa, uma atitude medieval, atentando contra aos direitos fundamentais constitucionais, envergonhando uma sociedade civilizada.[58]

Por conseguinte é possível desvincular totalmente a prisão da delação premiada, pois não existe relação de causa e efeito em relação a essa discussão, e se tratando de operação Lava Jato, até 2015 mais de 70% dos acordos de delação foram firmados com réus soltos, destacando-se também que a maioria dos acordos são de

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. 127483/PR. Tribunal Pleno. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outro (a/s). Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 22 ago. 2018.

58 Idem. Habeas Corpus. HC 127186/PR. Segunda Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outro (a/s). Paciente: Ricardo Ribeiro Pessoa. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 28 de abril de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9015980>. Acesso em 15 ago. 2018.

iniciativa do advogado e não do ministério público, uma vez que a delação tem se tornado uma grande estratégia de defesa.[59]

Conclui-se assim que essa visão de que a prisão preventiva é um meio de coação para que se chegue a uma delação premiada é ilusória, pois são institutos completamente diferentes, tanto no *modus operandi* quanto na finalidade de cada um, uma vez que a prisão preventiva não pode ter como fim uma delação premiada e mesmo que o preso preventivamente faça acordo de delação não existe a garantia que a sua liberdade seja o seu prêmio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tinha por objetivo analisar o seguinte questionamento: se a prisão preventiva afeta ou não a voluntariedade do acordo de delação premiada. Existe coação nessa situação?

No decorrer da análise, a importância do tema se confirmou pois viu-se que a questão está muito além da voluntariedade da delação premiada, chegando a atingir constitucionalmente e até eticamente o instituto, principalmente no que diz respeito ao seu *modus operandi*.

Observou-se também que a Lei 12.850/13 trouxeram inovações que visam diminuir a vulnerabilidade do agente que firma acordo de delação premiada, além de detalhar o procedimento que é adotado e também os objetivos que se pretende obter com a utilização desse instituto no combate ao crime organizado. Onde inclusive, a delação, tem sido também um instrumento de defesa e não só de acusação. Vale lembrar que o advogado do delator estará presente em todos os atos da negociação, confirmação e execução do acordo.

Na primeira seção, juntamente com as suas duas subseções, concluiu-se que a delação premiada é um importante instituto advindo do direito penal negocial, sendo

59 DELLAGNOL, Deltan. *Lava Jato não usa prisões para obter colaboração dos réus.* Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoes-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

um meio de obtenção de prova, onde o agente que cometeu um crime colabora de forma voluntária com o Estado e recebe um "prêmio", como a redução da sua pena por exemplo.

Ficou demonstrado que existem críticas à delação premiada, tanto ao instituto em si, ao se afirmar que a delação seria na verdade instituição da traição, além de críticas relacionadas a constitucionalidade e ao *modus operandi* da delação premiada. Porém, existe um contraponto quando se trata da previsão e da efetividade ou eficácia da delação premiada, principalmente no que condiz a recuperação do produto do crime.

E explorou-se o significado propriamente dito de voluntariedade no acordo de delação, sendo bem colocado que o acordo deve ser voluntário e não espontâneo, pois a iniciativa pode partir de ambas as "partes", colocando também em pauta o significado de coação, uma vez que um ato voluntário é um ato que não é feito sob coação.

Na segunda seção o objetivo foi explanar sobre a questão da prisão preventiva, o que prisão preventiva e seus critérios para que seja decretada ou revogada. Aproveitando para trazer ainda argumentos que apoiam a ideia de que a prisão preventiva tem sido exercida como modo de coação e até tortura para forçar o acordo de delação premiada, porém concluiu-se que não existe relação entre os dois institutos. Pois se uma prisão preventiva for decretada com o único objetivo de obter a delação, ela não tem fundamento, logo deve ser revogada.

A terceira seção buscou responder se a prisão preventiva é capaz e se é usada para coagir o agente a acordar a delação, e a resposta obtida foi que não existe coação quando o sujeito está preso preventivamente, pois apesar de preso, a liberdade psíquica do agente está intacta, a sua liberdade de decidir se quer a delação ou não ainda é do sujeito.

Sendo assim, conclui-se que a delação premiada é um meio de obtenção de prova que tem exercido um papel importante no combate ao crime organizado, sendo

efetivo tanto na investigação quanto na recuperação do produto do crime, que na maioria das vezes são crimes de ordem financeira. Além disso a voluntariedade é um requisito essencial para a validade do acordo, mas não é o único requisito, pois é de importância extrema, além de ter gerado polêmicas em torno dele.

E a problemática que envolve principalmente a voluntariedade da delação de quem está preso preventivamente sob o argumento que o objetivo da prisão seria apenas para forçar a delação premiada, mostrou-se que os institutos não têm qualquer relação um com o outro, que se a prisão preventiva é decretada é porque existe fundamento para tal, caso não haja fundamento será revogada.

Entretanto, mesmo preso, não há coação para forçar o acordo de delação, pois apesar de ter sua liberdade física cerceada, o agente continua tendo sua liberdade de pensamento de decidir ou não pela delação.

Essa conclusão se deu com a análise de todos os aspectos e pontos de vista expostos durante o artigo, tendo seu fundamento em ponderar o que é encontrado na legislação, na doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores, tudo isso para enriquecer a leitura e o aprendizado, além de justificar o posicionamento sobre cada matéria aqui aprofundada.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo Thomas; Fernando Fernandes Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tenção em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n.1, p. 253-284, jan/abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.V3i1.46>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BADARÓ, Gustavo. **Quem está preso pode delatar?** JOTA. 23 jun. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>. Acesso em 15 abr. 2018.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada*: Direito Estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2011.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 22 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.850/13, art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 15 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 127186/PR*. Segunda Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outro (a/s). Paciente: Ricardo Ribeiro Pessoa. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 28 de abril de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9015980>. Acesso em 15 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus. HC 138207/PR*. Segunda Turma. Impetrante: Maria Francisca dos Santos Accioly Fumagalli e outro (a/s). Paciente: Fernando Antônio Guimarães Hourneaux de Moura. Relator(a): Min. Edson Fachin. Brasília, 25 de abril de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13098850>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus. HC.127483/PR*. Tribunal Pleno. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outro (a/s). Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus. HC 90.688/PR*. Primeira Turma. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outro (a/s). Paciente: Roberto Bertholdo. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 12 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>. Acesso em: 15 mar.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus. HC 90321/SP*. Segunda Turma. Impetrante: Elimar Faria. Paciente: Carlos Eduardo do Monte. Relator(a): Min. Ellen Gracie. 02 de setembro de 2008. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550473>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato": delação forçada. 18 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>. Acesso em: 10 set.2018.

CARDOSO, Rafhaella. **Delação Premiada "voluntária" ou tortura autorizada?** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/317089196/delacao-premiada-voluntaria-ou-tortura-autorizada.> Acesso em 10 set. 18.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. Caso lava jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: 15 maio. 2018.

DELLAGNOL, Deltan. Lava Jato não usa prisões para obter colaboração dos réus. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoes-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

Dicionário Informal. Disponível em: http://www.dicionarioinformal.com.br/premiada/. Acesso em 02 de Abril de 2018.

DICIO, Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/coacao/>. Acesso em: 22 set. 2018.

GARCIA, Roberto Soares. Mesa de Debates: Delação Premiada: Ética e Moral, às Favas, *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 59, p. 2-3, fev. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/Dela%C3%A7%C3%A3o%20Premiada%20-%20Boletim%20IBCCRIM%20159%20(1).pdf.>. Acesso em: 10 maio. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 13, n. 3, p. 1108-1134, maio. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/8392/4724>. Acesso em: 15 maio. 2018.

LIMA, Roberto Kant; MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: Entre delações e confissões premiadas. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 9, n.3, p. 505-529, set/dez. 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime organizado. São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Luciene Angélica. O Acordo de Vontades no Processo Criminal do Brasil e dos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/acordo%20vontades.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *R CEJ*.Brasília, n. 26, 56-62, jul./set. 2004, p. 58-59.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César Oliveira Guimarães. *Delação premiada*: aspectos jurídicos. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2016.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves Apontamentos Relativos ao instituto do "Plea Bargaining" no Direito Norte-Americano. Disponível em: <http://paschoal.adv.br/wp-content/uploads/2016/11/Breves-Apontamentos-Relativos-ao-Instituto-do-Plea-Bargaining-no-Direito-Norte-Americano.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; Demerval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 13, n. 1, 2016. p. 377-394.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal.* Porto Alegre. v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Acesso em: 12 nov. 2017.

TABAK, Benjamin Miranda. . et. al. A colaboração premiada compensa? *Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/senado*, Brasília, nº 181, p. 1-39, ago. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

dos Tribunais, 2013.

Ciências Criminais

COMPLIANCE EM ÂMBITO DE COMBATE À FRAUDE NO MERCADO SECURITÁRIO: OS MECANISMOS UTILIZADOS PELAS SEGURADORAS PARA COMBATER AS FRAUDES ATRAVÉS DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE*

Darley Tomaz de Oliveira Junior

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo geral apresentar o funcionamento de um programa de *Compliance* efetivo em âmbito de combate à fraude dentro do mercado securitário. Para isto, serão tratados assuntos de extrema pertinência ao tema, sendo estes: (i) Fraudes; (ii) Riscos; (iii) Seguros de forma genérica; (iv) Regulamentação do programa de *Compliance* no mercado securitário. Além do funcionamento de um programa efetivo de *Compliance*, este artigo também irá apresentar as consequências e os impactos negativos de fraudes no mercado securitário.

Palavras-chaves: *Compliance*. Fraudes. Seguros. Riscos.

1 INTRODUÇÃO

Os conceitos que se pretende apresentar tratam de pilares de um programa de *Compliance* efetivo, logicamente, dentro de um mercado securitário, que será explanado ao longo deste trabalho. Serão abarcados como principais três pontos, sendo eles: (i) *Compliance*; (ii) Seguros e seu mercado e (iii) Fraudes. Desta forma, ao longo deste artigo, serão explicitados os principais pontos dos temas supracitados.

É importante destacar que um programa de *Compliance* robusto e eficaz, não nasce da noite para o dia. Válido também frisar que não existe a obrigatoriedade em Lei para a implantação de programas de *Compliance* dentro do mercado securitário, pois quando falamos em fraudes, não falamos apenas em fraudes causadas por agentes externos. Existe também a modalidade de fraude cometida por agentes internos. Em caráter afirmativo, um programa efetivo de *Compliance* é um mecanismo e operação de extrema necessidade, pois atua contra delitos que causam prejuízos de grande monta, leia-se, bilionários, que em qualquer cenário, são prejuízos altíssimos.

Mesmo com a não obrigatoriedade, as seguradoras são aderentes ao programa de *Compliance* pela Circular Susep 344/2007, que dispõe sobre os controles internos específicos para a prevenção contra fraudes, sejam estas, internas ou externas.

As fraudes internas podem ser causadas por funcionários do quadro e estagiários da seguradora, terceiros contratados para prestação de serviços e empresas prestadoras de serviços. O cenário de uma fraude externa, pode ocorrer com o devido apoio de agente interno, este, possuindo conhecimento de possíveis vulnerabilidades da seguradora, age de extrema má-fé para obter ganho indevido junto de tal agente externo.

O *Compliance* está associado à ideia de adoção de uma postura consentânea com determinada regra/conjunto de regras. Sob um viés jurídico, podemos dizer, em termos gerais, que o *Compliance* traduz uma acepção ampla em termos de observância e cumprimento normativo.

2 DESENVOLVIMENTO

2. 1 Definições de *Compliance*

O termo *Compliance* vem do verbo em inglês *"to comply"*, que significa cumprir, satisfazer, realizar, executar, o que lhe foi proposto, sendo assim, *Compliance* é o dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir

regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição. A versão na língua portuguesa mais adequada para o termo *Compliance*, provavelmente seria conformidade. Contudo, talvez pela receptividade dada aos termos de língua inglesa, especialmente no mundo corporativo, tal versão não foi utilizada e até hoje se utiliza o termo estrangeiro.

Conforme aludido por Manzi (2010), *Compliance* pode ser definido como o "ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal".

Os autores da obra *Compliance* 360º, Candeloro, Rizzo e Pinho, definem o termo como:

> Um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como as atitudes de seus funcionários; um instrumento capaz de controlar o risco de imagem e o risco legal, os chamados 'riscos de *Compliance*', a que se sujeitam as instituições no curso de suas atividades.

Segundo Colares (2014), a OICV (Organização Internacional das Comissões de Valores), ou IOSCO (em inglês), considera a área de *Compliance* responsável por aconselhar os negócios e áreas de suporte da companhia no que diz respeito à regulamentação local, bem como políticas e normas específicas do setor em que atua, a fim de manter os mais altos padrões éticos.

Ainda conforme Colares (2014), quando se fala em *Compliance*, faz-se referência aos sistemas de controles internos que buscam proporcionar maior segurança às empresas e às suas análises econômicas e financeiras, possibilitando assim uma atuação assertiva e correta no meio em que atua, gerando proteção contra os riscos de corrupção e fraudes, elaborando e atualizando normas internas que estejam em consonância à visão e missão da companhia, garantindo assim que sejam conhecidas e cumpridas por todos.

2.2 Surgimento do *Compliance*

Segundo o entendimento de Negrão e Pontela (2014), a evolução histórica do *Compliance* veio da necessidade do próprio mercado em instituir controles internos, devido à indispensabilidade de estar em conformidade, qual seja, estar em *Compliance*. O *Compliance* e os controles internos exercem papel globalizado em âmbito de combate às fraudes nas organizações, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. No começo do século XX, surgiram corporações nos Estados Unidos, as quais eram gerenciadas pelos próprios donos. Com o passar dos anos, o capital dessas organizações passou a ser dividido entre vários acionistas. Em decorrência disso, surgiu-se a necessidade de um gerenciamento mais monitorado. Diante desse cenário, foi criado o Banco Central dos Estados Unidos, tendo por finalidade implementar um sistema financeiro mais adaptável, seguro e estável.

Segundo Ferreira Trapp (2015), diz-se que no ano de 1913 se tem, com a criação do Federal Reserve, Banco Central norte-americano, a origem das primeiras noções de *Compliance*. Esse banco foi criado objetivando-se obter um sistema financeiro mais flexível, estável e seguro, estando essa última característica mais intimamente ligada à adoção de programas de integridade.

Apesar de o cumprimento de um conjunto mínimo de regras serem alicerce básico da vida em sociedade, alguns subsetores sociais, em especial as instituições financeiras, percebeu a necessidade de redefinir a legitimidade de determinadas regras, reforçando sua eficácia.

Segundo Ferreira Trapp (2015), nesse sentido, buscou-se a instituição de uma reunião de regras, padrões e princípios de forma mais específica e restrita, aplicados a determinados contextos e cenários, de forma a contribuir para a auto executoriedade dessas normas, bem como a criar mecanismos de prevenção de riscos e desvios e punição de infrações.

Até a ocorrência da crise mundial, datada no ano de 1929, quando ocorreu a quebra da bolsa de valores de Nova York, grande parte das organizações não tinham

controle de suas informações contábeis e financeiras, bem como, não divulgavam suas informações de forma transparente, precisa e clara.

Ainda nas palavras de Ferreira Trapp (2015), no contexto histórico, em 1930 há outro passo importante para a evolução do *Compliance*: a fundação do *Bank of International Settlementes (BIS),* fruto da Conferência de Haia. Tal banco, sediado na Suíça, objetivava buscar a cooperação entre os bancos centrais ao redor do mundo.

O ano de 1950 foi um grande marco, pois foi intitulado de "Era de *Compliance*", quando a *Prudential Securities* (empresa de seguros, previdência privada e investimentos), nos Estados Unidos, contratou advogados com a finalidade de acompanhar a legislação e realizar o monitoramento das atividades de valores mobiliários.

No entanto, apenas a partir do ano de 1960 a *Securities and Exchange Commission (SEC),* ou Comissão de Valores Mobiliários Norte-americana, passou a persistir na contratação de *Compliance officers*, no intuito de instituir procedimentos internos de controle, capacitar pessoas e acompanhar o cumprimento dos procedimentos.

Com a expansão das ações de *Compliance* para as demais atividades financeiras do mercado americano nos anos de 1980, surgiu o comitê denominado *Committe of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO),* uma organização sem fins lucrativos, destinado ao aperfeiçoamento dos relatórios financeiros, especialmente pela aplicação da ética e irrefutabilidade no cumprimento dos controles internos. Assim, a finalidade era prevenir e evitar fraudes nas demonstrações contábeis das organizações.

No ano de 1996, foi divulgado um guia importante para a conformidade na área de tecnologia, pela fundação americana *Information Systems Audit and Control Foundation* (*ISACA*), intitulado por *"Control Objectives for Information and related*

Technology (*COBIT*), elaborado como *framework* orientado para a gestão de Tecnologia de Informação (TI)".

Ainda no ano de 1996 foi alterado e complementado o 1º Acordo de Capital de 1988, que tratou do risco operacional de mercado, no que diz respeito às perdas por erros de funcionários, falhas em computador, documentos com irregularidades e ou fraudes, dentro do cálculo mínimo definido em 1988 pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia.

Em 1997, o Comitê da Basileia I declarou os 25 princípios para uma Supervisão Bancária Eficaz, destacando o Princípio 14, que diz:

> Supervisores da atividade bancária devem certificar-se que os bancos tenham controles internos adequados para a natureza e escala de seus negócios. Estes devem incluir arranjos claros de delegação de autoridade e responsabilidade: segregação de funções que envolvam o comprometimento do banco, distribuição de seus recursos e contabilização de seus ativos e obrigações; reconciliação destes processos; salvaguarda de seus ativos; e funções apropriadas e independentes de auditoria interna e externa e de *Compliance* para testar a adesão a estes controles, bem como as leis e regulamentos aplicáveis.

Em 1998 teve início a "Era dos controles internos", com a publicação dos 13 princípios a respeito da supervisão pelos administradores dos controles internos, destacando a necessidade de controles internos efetivos e o fomento da estabilidade do sistema financeiro mundial.

No Brasil, o Congresso decretou a Lei nº 9.613/98, de 03 de março de 1998 sobre o crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, a fim de prevenir a utilização do Sistema Financeiro Nacional para atos ilícitos previstos e foi instaurado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), tendo por finalidade, o combate à lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo. Neste mesmo período, foi publicada a Resolução n º 2.554, de 24 de setembro de 1998, acerca da implementação e implantação do Sistema de Controles Internos.

No que diz respeito ao mercado securitário, a obrigatoriedade da implantação de um sistema de *Compliance* e controles internos foi instituída no ano de 2004, por meio da Circular SUSEP nº 249 de 20 de fevereiro deste mesmo ano (OLIVEIRA, 2014).

Em prol de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, houve alteração da Lei 9.613/1998, na qual foi sancionada em 2012 a Lei nº 12.683, para o combate de lavagem de dinheiro.

No transcorrer dos anos, houve uma estruturação das áreas de auditoria e *Compliance*, tornando-se assim, áreas complementares nas organizações. O desempenho do *Compliance* está voltado à prevenção e combate à corrupção, tendo seu fortalecimento diante da sanção da Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção, que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, bem como, outras providências.

2.3 Funções do *Compliance*

O *Compliance* pode se manifestar de diversas formas. Uma delas, considerada a mais usual, consiste em explicitar em instrumentos - como códigos, diretrizes, regulamentos, cartilhas, entre outros - toda sorte de comandos e instruções, cujo fator conformidade/observância é núcleo duro. A inteligência do *Compliance* almeja o teor preventivo, traduzido no objetivo de se evitar a ocorrência de infrações ao conteúdo que alerta.

Conforme documento publicado pelo Grupo de Trabalho da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) e da Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI), versão 2004, a missão do *Compliance* é:

> Assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, o fortalecimento e o funcionamento do Sistema de Controles Internos da Instituição, procurando mitigar os Riscos de acordo com a complexidade de seus negócios bem como

> disseminar a cultura de Controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes.

Conforme este mesmo documento, abaixo segue a definição da aplicabilidade de algumas funções do *Compliance*:

Quadro 1 - Definição da aplicabilidade de algumas funções do *Compliance*.

Funções	Aplicabilidade
Leis	Certificar-se da aderência e do cumprimento.
Princípios Éticos e de Normas de Conduta	Assegurar-se da existência e observância
Regulamentos e Normas	Assegurar-se da implementação, aderência e atualização
Procedimentos e Controles internos	Assegurar-se da existência de Procedimentos associados aos Processos
Sistema de Informações	Assegurar-se da implementação e funcionalidade;
Planos de Contingência	Assegurar-se da implementação e efetividade por meio de acompanhamento de testes periódicos
Segregação de Funções	Assegurar-se da adequada implementação da Segregação de Funções nas atividades da Instituição, a fim de evitar o conflito de interesses
Prevenção à Lavagem de Dinheiro	Fomentar a cultura de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, através de treinamentos específicos;

Cultura de Controles	Fomentar a cultura de Controles em conjunto com os demais pilares do Sistema de Controles Internos na busca incessante da sua conformidade
Relatório do Sistema de Controles Internos (Gestão de *Compliance*) – Avaliação dos Riscos e dos Controles Internos	Elaborar ou certificar-se da elaboração do referido relatório com base nas informações obtidas junto às diversas áreas da instituição, visando apresentar a situação qualitativa do Sistema de Controles Internos em atendimento à Resolução n.º 2554/98
Participar ativamente do desenvolvimento de políticas internas	Prevenir problemas futuros de não conformidade e a regulamentação aplicável a cada negócio
Relações com Órgãos Reguladores e Fiscalizadores	Todos os itens requeridos pelos reguladores devem prontamente ser atendidos pelas várias áreas da Instituição Financeira assertivamente e com representatividade e fidedignidade
Relações com Auditores Externos e Internos	Assegurar-se que todos os itens de auditoria relacionados a não conformidade com as leis, regulamentações e políticas da Instituição Financeira sejam prontamente atendidos e corrigidos pelas várias áreas da Instituição Financeira; Manter a sinergia entre as áreas de Auditoria

	Interna, Auditores Externos e *Compliance*
Relações com Associações de Classe e importantes participantes do mercado	Promover a profissionalização da função e auxiliar na criação de mecanismos renovados de revisão de regras de mercado, legislação e regulamentação pertinentes, em linha com as necessidades dos negócios, visando a integridade e credibilidade do sistema financeiro

Segundo Negrão e Pontelo (2014), a prática do *Compliance* propicia que os principais processos organizacionais ou processos críticos de determinada área possam ser realizados de acordo com os aspectos da legislação e da correta gestão da organização. Assim, priorizam-se os riscos pertinentes de cada assunto, definindo os pontos de controle dos processos para mitigar os riscos. Ademais, sua estrutura é independente das outras áreas da organização, a fim de afastar conflitos de interesses para correta aplicação de ações na busca pela conformidade.

Ainda conforme as autoras supracitadas, o *Compliance* possui papel de educador, pois atua de forma proativa apoiando as demais áreas da organização, no que diz respeito à execução de seus objetivos de forma correta, sempre em conformidade com a legislação e normativos vigentes, bem como baseado no código de ética da organização. O mercado brasileiro adota a mesma ideologia do modelo americano, buscando adequar as regulamentações ao ambiente de extrema competitividade, propagando a importância do *Compliance*.

2.4 Os pilares e a implementação de um programa de *Compliance* efetivo

Conforme o art. 41 do Decreto nº 8.420/15, o Programa de Integridade (*Compliance*) pode ser definido nos seguintes termos:

> Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Segundo Simão, *et al*. (2015), os cinco pilares do Programa de Integridade são:

> 1º: Comprometimento e apoio da alta direção:
>
> O apoio da alta direção da empresa é condição responsável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito às leis e para a aplicação efetiva do Programa de Integridade.
>
> 2º: Instância responsável pelo Programa de Integridade:
>
> Qualquer que seja a instância responsável, ela deve ser dotada de autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros para o pleno funcionamento, com possibilidade de acesso direto, quando necessário, ao mais alto corpo decisório da empresa.
>
> 3º: Análise de perfil e riscos:
>
> A empresa deve conhecer seus processos e sua estrutura organizacional, identificar sua área e atuação e principais parceiros de negócio, seu nível de interação com o setor público - nacional ou estrangeiro – e consequentemente avaliar os riscos para o cometimento dos atos lesivos da Lei nº 12.846/2013.
>
> 4º: Estruturação das regras e instrumentos:
>
> Com base no conhecimento do perfil e riscos da empresa, deve-se elaborar ou atualizar o código de ética ou de conduta e as regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (alertas ou red flags; canais de denúncia; mecanismos de proteção ao denunciante); definir medidas disciplinares para casos de violação e medidas de remediação.
>
> Para uma ampla e efetiva divulgação do Programa de Integridade, deve-se também elaborar plano de comunicação e treinamento com estratégias específicas para os diversos públicos da empresa.

> 5º: Estratégias de monitoramento contínuo:
>
> É necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do Programa de Integridade ao modo de operação da empresa e criar mecanismos para que as deficiências encontradas em qualquer área possam realimentar continuamente seu aperfeiçoamento e atualização. É preciso garantir também que o Programa de Integridade seja parte da rotina da empresa e que atue de maneira integrada com outras áreas correlacionadas, tais como recursos humanos, departamento jurídico, auditoria interna e departamento contábil-financeiro.

No entanto, os autores supracitados alertam que cada Programa de Integridade deve ser estruturado de forma que atenda às necessidades da empresa, levando-se em consideração suas características e riscos da área de negócio

2.4.1 Comprometimento e apoio da alta direção

Ainda nas palavras de Simão, *et al.* (2015), o comprometimento da alta direção com a integridade nas relações público-privadas e, consequentemente com o Programa de Integridade, é tido como base para a estruturação de uma cultura organizacional em que funcionários e terceiros de forma efetiva, tenham um comportamento ético. Um Programa de Integridade sem respaldo da alta direção possui pouco ou valor nulo. Quando há falta de compromisso por parte da alta direção, consequentemente haverá descompromisso por parte dos demais funcionários, o que fará com que o Programa exista somente no papel.

A verificação da efetividade das ações de integridade pode ser incluída pela alta direção como pauta permanente ou frequente em reuniões com os envolvidos (gerentes e outros integrantes da média direção da empresa. Um outro fator de suma importância é o uso efetivo dos recursos na estruturação o Programa de Integridade. A atuação da alta direção deve abranger seu comprometimento na supervisão e no acompanhamento, seja direto ou indireto, da aplicação do Programa. Em caso de ocorrências de irregularidades, ou falha na efetividade das medidas de integridade, a alta direção deve assegurar meios para que sejam realizados os aprimoramentos

necessários no Programa e aplicadas as medidas cabíveis para correção. É importante que a alta direção atue frente a possíveis atos lesivos, pois caso os dirigentes tenham conhecimento sobre as possíveis irregularidades e não tomem as devidas providências, ou se isentam de ter tomado conhecimento destes atos lesivos, resta evidente a falta de comprometimento com o Programa de Integridade. (SIMÃO, *et al.* 2015).

Desta forma, conforme Simão, *et al.* (2015) determina, a empresa deve garantir que os ocupantes de cargos de gerência tenham conhecimento do comprometimento da alta direção com o Programa, para que os motivem a ter a mesma iniciativa. É imprescindível que esse nível gerencial respeite os valores, regras, políticas e procedimentos de integridade em suas metas e orientações. Do contrário, os funcionários podem se sentir estimulados a ludibriar regras.

2.4.2 Instância responsável pelo Programa de Integridade

Para Simão, *et al*. (2015), quando tomada a decisão por parte da alta direção em ter o comprometimento com a ética e a integridade na empresa, os membros devem prezar pela adoção de medidas que definam uma instância interna que se responsabilize em desenvolver, aplicar a monitorar o Programa de Integridade. Para isso é importante que a alocação dos recursos financeiros, materiais e humanos sejam realizados de forma adequada. Assim, para que as ações sejam realizadas de acordo com o que foi estabelecido pelo Programa, esta área deve coordenar seus esforços em conjunto com as áreas responsáveis pela execução das atividades de divulgação, treinamento, funcionamento do canal de denúncias e outros procedimentos. Para que a área responsável pelo Programa de Integridade possa ter seu correto funcionamento e tenha autoridade para indicar as mudanças necessárias, deve ter autonomia na tomada de decisões e na implementação das ações requeridas. Em certos casos, essas correções podem resultar em investimento financeiro, mudança de rotinas, aumento de trabalho ou treinamento adicional nas diversas áreas

da empresa. É necessário que nos casos que envolvam riscos consideráveis, seja reportada diretamente ao nível hierárquico mais alto da empresa.

2.4.3 Análise de perfil e riscos

Conforme é dito por Simão, et al. (2015) para que o um programa de integridade seja bem desenvolvido, deve-se levar em consideração o porte e as especificidades da empresa, baseando-se nas informações de: i) setores do mercado em que atua no Brasil e no exterior; ii) estrutura organizacional (hierarquia interna, processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores); iii) quantitativo de funcionários e demais colaboradores; iv) nível de interação com a administração pública, considerando-se principalmente a relevância de processos de obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades, o quantitativo e os valores de contratos celebrados com entidades e órgãos públicos, a frequência e a relevância da utilização de terceiros nas interações com o setor público; v) participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada.

A estruturação do Programa de Integridade para Simão, *et al.* (2015) também necessita de uma avaliação que considere as características dos mercados em que a empresa atua, além de considerar principalmente, a probabilidade de ocorrências de fraudes e corrupções, até mesmo de licitações e contratos, bem como o impacto desses atos lesivos nas operações da empresa. Fundamentando nos riscos identificados, serão desenvolvidas as políticas, regras e procedimentos que venham prevenir, constatar e sanar a ocorrência destes atos lesivos. O mapeamento de riscos deve ser realizado de forma periódica a fim de apontar eventuais novos riscos, que possam ser decorrentes de alterações nas leis vigentes bem como na edição de novas regulamentações, ou até mesmo de mudanças internas na empresa, como por exemplo, ingressão em novos mercados, áreas de negócios ou aberturas e filiais. Neste contexto, faz-se necessário a atenção por parte da empresa nas situações que

possam ajudar ou disfarçar a oferta de vantagem indevida a agente público, ou colaborar na ocorrência de fraudes em licitações e contratos.

O art. 5º da Lei 12.846/2013, promulga diversos atos lesivos à administração pública no que diz respeito especificamente às licitações e contratos:

> Art. 5º da Lei 12.846/2013:
>
> Constituem atos lesivos à administração pública (...):
>
> (...)
>
> IV - no tocante a licitações e contratos:
>
> a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
>
> b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
>
> c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
>
> d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
>
> e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
>
> f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
>
> g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

2.4.4 Estruturação das regras e instrumentos

2.4.4.1 Padrões de ética e de conduta

Conforme fala Simão, *et al.* (2015), usualmente as empresas estabelecem padrões de condutas formalizadas no que se denomina "código de ética" e pode até ser acompanhado de outro documento complementar denominado "código de conduta". Ambos são de suma importância, pois representam uma ferramenta de

comunicação da empresa com seus funcionários e com a sociedade, por meio da qual ela pode apresentar seus valores e comportamentos esperados ou vedados. No que tange ao conteúdo do código de ética e/ou de conduta, espera-se que o mesmo cumpra algumas diretrizes visto que ele abrange os valores da organização e as principais políticas e regras adotadas pelas empresas. Desta forma é necessário que ele explane esses princípios e valores adotados pela empresa no que diz respeito à ética e à integridade; mencione sobre a política de prevenção de fraudes e ilícitos, vede aos atos de prometer ou dar, de forma direta ou indiretamente, vantage indevida a agente público, nacional ou estrangeiro, ou a pessoa que seja ligada a ele, bem como a vantagem indevida a licitante concorrente, prática de fraudes em licitações e contratos com o governo (nacional ou estrangeiro), e qualquer prejuízo às ações de autoridades fiscalizatórias.

Além disso, para Simão, *et al*. (2015) o código deve dar conhecimento sobre a existência de canais de denúncias orientando sua utilização, resguardando denunciantes de retaliação e oferecendo os mecanismos de proteção aos mesmos, bem como deve conceder a previsão de medidas disciplinares em caso de descumprimento das normas e das políticas estabelecidas pela empresa. Para atender a todos esses requisitos, o código deve ter linguagem clara, de fácil compreensão devendo ser disponibilizado e aplicado a todas as áreas da empresa, sobretudo, deve ser de fácil acesso ao público interno e, quando necessário aos parceiros de negócios, para que estes tenham conhecimento de como agir em suas tomadas de decisões, sempre que a integridade no negócio estiver em xeque. É importante frisar que tal código deve ser atualizado periodicamente de acordo com as necessidades da empresa, visto que mudanças legais, regulatórias, institucionais ou até mesmo da própria área de negócios, podem ocorrer.

2.4.4.2 Regras, políticas e procedimentos para mitigar os riscos

Segundo Simão, *et al*. (2015), as regras, políticas e procedimentos relacionados à prevenção de ocorrências de irregularidades, com fundamento nos

riscos identificados, devem ser administrados entre si e devem ser de fácil aplicação nas atividades de trabalho da empresa. Para fins de mitigação de inúmeros riscos, são utilizados alguns tipos de controles internos, comuns a diversas políticas, como por exemplo, a estipulação de níveis de aprovação para certos procedimentos, que dependendo do grau de risco identificado, podem até mesmo passar pela aprovação da área responsável pelo Programa de Integridade. A seguir serão apresentadas algumas dessas políticas supracitadas.

2.4.4.2.1 Política de relacionamento com o setor público

Há muitas normas que podem ser criadas a fim de evitar que o contato com agentes públicos possa fomentar o oferecimento ou pagamento de vantagens indevidas. Isso porque, muitos riscos aos quais a empresa fica exposta, propicia a necessidade de criação dessas normas. Portanto, uma política precisa e efetiva dispondo sobre o relacionamento com o setor público é capaz de conter riscos que possam ter relação à participação de licitações e contratos administrativos; pagamento de impostos e tributos; à obtenção de licenças, permissões ou autorizações; situações ligadas à fiscalização ou regulação, bem como à contratação de atuais e ex agentes-públicos. Faz-se necessário mencionar que é de suma importância a determinação de que processos que envolvam atividades de alto risco passem pela análise de nível hierárquico elevado ou até mesmo pela área de integridade. A empresa pode também limitar a escolha de funcionários que sejam responsáveis por operações que tenham alguma vulnerabilidade, prezando por tomadas de decisões bem fundamentadas. (SIMÃO, *et al*. 2015).

2.4.4.2.2 Política relativa a registros e controles contábeis

A criação de métodos rígidos para o registro contábil é imprescindível na identificação de inconveniências, pois as práticas ilícitas são comumente camufladas contabilmente através de pagamentos legítimos. De acordo com a Lei nº

12.846/2013, é importante que a empresa tenha regras de controles internos que viabilizem a descrição do conteúdo dos registros contábeis, com rastreabilidade do histórico. Ademais, estes registros devem ser confiáveis, para que o monitoramento dos gastos e dos rendimentos propicie a identificação dos ilícitos de forma mais efetiva. Para isso, a empresa pode viabilizar um funcionário ou uma área para monitorar os registros que possam envolver maiores riscos à integridade, pois a identificação de características duvidosas de transações ou mudanças envolvendo o padrão dos rendimentos ou dos gastos pode indicar que algo está errado. (SIMÃO, *et al*. 2015).

2.4.4.2.3 Política sobre fusões, aquisições e reestruturações societárias

Para fins de prevenção quanto à responsabilização de empresas a qual esteja envolvida, por atos lesivos, resultante de reestruturações societárias, fusões ou aquisições, vale adotar medidas que verifiquem se a outra empresa esteja envolvida em situações lesivas e se ela possui vulnerabilidades que apresentem riscos à integridade. Nos casos em que sejam comprovados indícios de irregularidades, a empresa pode requisitar investigações mais detalhadas, a fim de proporcionar uma tomada de decisão embasada quanto a seguir ou não com o processo de reestruturação societária, fusão ou aquisição. Caso a empresa opte em seguir com um dos processos citados, devem ser tomadas as devidas providências conforme esteja parametrizado em seu Programa de Integridade, que pode inclusive, incluir a validação de resolução dos problemas identificados, bem como se houve a aplicação de sanções disciplinares e devida cooperação com as investigações. (SIMÃO, *et al*. 2015).

2.4.4.3 Treinamento

A empresa deve fornecer treinamentos que capacitem seus funcionários acerca do conteúdo e da aplicação prática das orientações e políticas do Programa de Integridade, pois as normas e regras não terão plena efetividade se os funcionários não souberem como e quando aplicá-las. Resta claro que é necessário que todos, no ambiente da empresa, sejam capacitados sobre o valor e a importância do Programa de Integridade, bem como sejam incluídas situações práticas, estudos de caso sobre como resolver possíveis dilemas. (SIMÃO, *et al*. 2015).

2.4.4.4 Medidas disciplinares

Conforme Simão, *et al*. (2015), para que seja garantida a seriedade do Programa, é importante a aplicação de medidas disciplinares se comprovada a violação das regras de integridade. A empresa necessita ter regras e normas que descrevam quais são as medidas disciplinares e quais são os casos para as quais elas se aplicam, bem como também necessita informar qual a área possui a responsabilidade pela apuração dos fatos e de suas obrigações.

As sanções devem ser proporcionais ao tipo de infração e ao nível de responsabilidade dos envolvidos. Medidas cautelares também devem existir, como por exemplo, o afastamento de pessoas que possam estar comprometidas na apuração dos fatos. É de suma importância que os envolvidos sejam punidos e que nenhum dirigente ou funcionário de alto cargo deixe de ser punido em decorrência de seu cargo, para que o Programa de Integridade mantenha sua credibilidade e que fique evidenciado que o cumprimento das normas é responsabilidade de todos. (SIMÃO, *et al*. 2015).

2.4.4.5 Ações de remediação

Confirmada a ocorrência de irregularidades envolvendo a empresa, medidas que assegurem a interrupção destas irregularidades devem ser tomadas bem como, deve ser realizado o levantamento das soluções que reparem os danos ocorridos. É

importante que a empresa mantenha total transparência na divulgação das normas que a resguardam da prática de irregularidades. É importante ressaltar que as comunicações às autoridades competentes sobre a ocorrência das irregularidades, bem como o subsídio de informações acerca dos fatos, beneficiam a empresa, em eventual processo administrativo de responsabilização. Além disso, a empresa pode realizar investigação independente no intuito de garantir a credibilidade e imparcialidade dos dados obtidos. (SIMÃO, *et al*. 2015).

2.4.4.6 Estratégias de monitoramento contínuo

Por fim, no que concerne as palavras de Simão, *et al*. (2015), um plano de monitoramento a fim de verificar o desenvolvimento do Plano de Integridade, possibilitando o reconhecimento de pontos falhos é de suma importância para devidas correções e aperfeiçoamento, além do que, oferece a oportunidade de resposta tempestiva por parte da empresa a qualquer tipo de risco que surja.

> O monitoramento pode ser feito mediante a coleta e análise de informações de diversas fontes, tais como:
>
> 1. Relatórios regulares sobre as rotinas do Programa de Integridade ou sobre investigações relacionadas;
>
> 2. Tendências verificadas nas reclamações dos clientes da empresa;
>
> 3. Informações obtidas do canal de denúncias;
>
> 4. Relatórios de agências governamentais reguladoras ou fiscalizadoras.
>
> Independente das medidas específicas adotadas pela empresa, o processo de monitoramento demanda atenção a algumas questões como:
>
> 1. A empresa está monitorando adequadamente a aplicação das políticas relacionadas às suas principais áreas de risco?
>
> 2. A instância responsável pelo Programa de Integridade está conduzindo o processo de monitoramento de forma objetiva, com independência e autonomia em relação ás áreas monitoradas?
>
> 3. O monitoramento contempla todas as áreas da empresa envolvidas na implementação do Programa de Integridade?

> 4. Os resultados apontados em processos anteriores de auditoria, monitoramento do Programa de Integridade e outros mecanismos de revisão foram considerados e corrigidos?
>
> 5. Como a empresa está respondendo às questões identificadas durante o processo de monitoramento? São desenvolvidos planos de ação para correção das fragilidades encontradas? Existem uma área responsável pelo acompanhamento desse plano de ação? (SIMÃO, *et al*. 2015).

2.5 Fraude

2.5.1 Definição de fraude

Conforme Parodi (2008), a fraude tem por princípio básico a ganância das pessoas que almejam obter ganhos ou vantagens sem esforços e riscos. Como ocorre na maioria dos crimes, as fraudes podem ser aplicadas em três fatores primários:

> a) Existência de golpistas motivados: carência de alternativas para determinadas classes sociais, ineficiência das leis, incerteza jurídica, sistema financeiro evoluído, existência de inúmeras oportunidades, pouca fiscalização, pouca organização das autoridades em nível nacional, desrespeito às leis encarado como comportamento comum (inclusive em função dos exemplos em nível de governo).
>
> b) Disponibilidade de vítimas adequadas e vulneráveis: pouca informação e divulgação preventiva, necessidades em muitos setores (capital nas empresas, crédito nas classes baixas), ignorância e ingenuidade difusas, ganância com valor difuso, desrespeito às leis encarado como comportamento comum (inclusive em função dos exemplos em nível de governo).
>
> c) Ausência de regras "guardas" ou controladores eficazes: percepção do problema como não prioritário, despreparo e pouco treinamento específico das autoridades de polícia, escassa coordenação em nível nacional de ações contra fraudadores, falta de leis específicas e pouca clareza em algumas das leis existentes, falta de organismos dedicados à luta contra estes fenômenos

2.5.2 A fraude em seguros em âmbito de Direito Penal

A fraude em seguros está delimitada no Artigo 171 do Código Penal Brasileiro, no inciso V, nos seguintes termos:

> **Estelionato Art. 171.**
>
> Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artificio ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, de multa.
>
> **Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro**
>
> V – destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro.

Conforme aludido por Greco (p. 956, 2017), a fraude é considerada o ponto central do estelionato, sendo distinguida em 4 (quatro) elementos que configuram sua atuação: i) conduta do agente na obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio; ii) a vantagem ilícita pode ser para o próprio agente ou para terceiros; iii) a vítima é levada ao cometimento de erro; iv) o agente se apropria de qualquer meio fraudulento para obter seu fim.

Segundo a jurisprudência do TJRS, Ap. Crim. 70013151618, 7ª Câm. Crim, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 22/12/2005:

> Não existe diferença entre fraude civil e fraude penal. Só há uma fraude. Trata-se de uma questão de qualidade ou grau, determinado pelas circunstâncias da situação concreta. Elas é que determinaram se o ato do agente não passou de apenas um mau negócio ou se neles estão presentes os requisitos do estelionato, caso em que fato será punível penalmente. Na hipótese em julgamento, a ação do apelante, fingindo intermediar a venda de um imóvel, recebeu grande quantia da vítima. Mais tarde, descoberta a impossibilidade do negócio, fraudou aquela mais uma vez, restituindo-lhe o valor pago com um cheque falso. Situações, sem sombra de dúvida, que mostram a existência do delito do art. 171, caput, do Código Penal, na ação recorrente.

O crime de estelionato é maneado pela obtenção de vantagem ilícita através de prejuízo alheio. A expressão “vantagem ilícita”, trata-se da vantagem não amparada no ordenamento jurídico, sendo, portanto, oposto a ele. No entanto, se a vantagem almejada pelo agente fosse de caráter lícito, caracterizaria uma

outra infração penal, como por exemplo, crime de exercício arbitrário das próprias razões (GRECO, 2017).

O núcleo do tipo desse inciso é bem definido nos termos de Masson (p. 725, 2014):

> O tipo penal prevê quatro condutas motivadas pela fraude: O tipo penal prevê quatro condutas motivadas pela fraude: **a) destruir, total ou parcialmente, coisa própria; b) ocultar coisa própria** (esconder a coisa em local no qual não possa ser encontrada por terceiros, ou então dissimulá-la de forma a torná-la irreconhecível ou confundível com outra, continuando a coisa a existir em perfeitas condições); **c) lesar o próprio corpo ou a saúde** (a lei se refere à autolesão voltada ao recebimento fraudulento da indenização. O tipo penal engloba a lesão à integridade anatômica e qualquer forma de perturbação à saúde); e **d) agravar as consequências da lesão ou doença** (hipótese em que a lesão ou doença não foram provocadas pelo agente, mas ele, com a finalidade de haver indenização ou preço do seguro, agrava seus efeitos). Trata-se de **tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**: se o agente praticar mais de uma conduta, em relação ao mesmo objeto material (indenização do seguro), estará caracterizado um único crime. Se as várias condutas dirigirem-se contra mais de uma seguradora, haverá concurso de crimes. Para que exista crime é necessário que o agente tenha atuado com intenção de receber o valor do seguro.

A conduta do agente poderá ser contra si mesmo, causando lesão ao seu corpo ou à sua saúde, o que pode acentuar as consequências de sua lesão ou doença. Visto que a finalidade de tal conduta é com o intuito de haver indenização ou valor do seguro, resta clara a formalização da infração penal. Assim, basta que o agente destrua algo de sua propriedade, visando a obtenção do valor segurado para que o crime seja consumado. No entanto, vale ressaltar que o início da execução apenas ocorre, quando efetivamente, o agente leva a efeito o pedido de indenização ou pagamento do seguro, ainda que não o receba, pois, o recebimento dos valores seriam apenas exaurimento do crime (GRECO, 2017).

2.5.3 Fatores psicológicos que levam ao cometimento da fraude

Segundo Parodi (2008), existem “alavancas” psicológicas ou “fraquezas” das vítimas que são exploradas pelos golpistas em seus esquemas. Dentre as principais, o autor destaca: i) ganância e vontade de fazer “dinheiro fácil”; ii) ignorância (tecnológica, operacional, legal, comercial e etc.); iii) gosto pelo “ilegal” e pelo “proibido”; gosto pelo “misterioso” e pelo “exclusivo” ou “ inédito”; iv) irracionalidade e tendência em negar as evidências para perseguir um sonho; v) ingenuidade, credulidade e escassa atenção e; vi) necessidade e outras pressões/urgências.

Assim, as fraudes têm como base o aproveitamento das condições supracitadas. O autor ainda explana sobre importantes fatores psicológicos e técnicas utilizadas pelos golpistas, conforme a seguir:

> a) Reciprocidade: é a teoria que diz que se eu fizer algo para você, você irá se sentir obrigado a fazer algo para mim. O golpista se apresentará como muito prestativo e pronto a ajudar em tudo para que a vítima fique lhe “devendo uma”.
>
> b) Escassez: Sobretudo a falta de tempo para decidir (alegando que uma determinada oportunidade é por tempo muito limitado ou que tem algum prazo a ser respeitado) é um fator muito usado para pressionar vítimas.
>
> c) Autoridade: Muitas pessoas ficam cegas quando pensam estarem lidando com autoridades. Por isso os golpistas muitas vezes alegam serem ligados a órgãos ou entidades públicas que lhe confeririam poder, ou se apresentam com cargos altissonantes.
>
> d) Fixação em fantasias: Esta tática visa fazer com que a vítima fique tão fixada em um determinado fantástico “prêmio” que acaba perdendo a capacidade de pensar objetivamente. Por isso o golpista insistirá em evidenciar e concentrar a atenção sobre os supostos grandes benefícios que esperam a vítima.
>
> e) Prova social: Muitos golpistas alegam (sem, porém, fornecer provas convincentes) que o que eles estão propondo já foi feito por muitas pessoas ou empresas, criando assim a ideia implícita de que a coisa deve ser boa se tantos assim a fizeram.
>
> f) Semelhança e simpatia: Alguns golpistas tentam saber mais sobre as próprias vítimas para ter uma chance de criar um

sentimento ou clima de amizade e/ou semelhança. O objetivo é de transformar a relação de "formal" para "entre amigos".

g) Terceirização de credibilidade: Outra técnica muito utilizada consiste em convencer primeiro alguma pessoa com credibilidade (frequentemente profissional respeitado), eventualmente mentindo e sempre sem aplicar o golpe nele, mas tentando fazer com que ele acredite que seja uma coisa boa. Ele virará garoto propaganda dos golpistas e as vítimas acreditarão mais facilmente no papo destes por serem apresentados/referenciados por aquela pessoa "confiável".

h) Autenticação por associação: Consiste em fazer algo parecer autêntico, mesmo não o sendo, através da associação ou apresentação conjunta com outros elementos confiáveis ou comprovadamente autênticos. Isso vale, por exemplo, para um documento falso que, quando apresentado em conjunto com outros documentos verdadeiros e confiáveis, pode acabar sendo aceito como autêntico. Ou um testemunho ou informação falsa, que, quando misturada ou apresentada em associação a outras informações verdadeiras confiáveis e confirmadas pode vir a adquirir status de "verdadeira".

2.5.4 Fraude contra seguradoras

2.5.4.1 O que é fraude em seguros

A fraude afeta todo tipo de seguro, sejam seguros gerais, de vida e coberturas de assistência ou saúde. Entre as más condutas englobadas, estão: prestar informações falsas ou incompletas na contratação do seguro ou nas respostas em uma proposta de seguro; apresentar uma reclamação de sinistro com base em fatos falsos e inexistentes, incluindo exceder fatos em um sinistro verdadeiro; e ser enganoso ou falso em negociações com uma seguradora no intento de obter um benefício no contrato de seguro. A fraude em seguros pode ser cometida tanto pelo segurado como também por um terceiro reclamante contra uma apólice de seguro. (INSURANCE EUROPE, 2013)

2.5.4.2 Situação geral

Ocorrem fraudes em todos os ramos de atividades. O mercado securitário não estaria imune a esta realidade. As fraudes perpetradas contra as seguradoras estão sujeitas a regras particulares, nas quais os sujeitos que as praticam aproveitam das situações que este mercado oferece. Qualquer que seja o tipo de fraude, seu resultado é o mesmo: um custo injusto para o segurado honesto.

Conforme Marques (2006), diante ao cenário globalizado, com a ocorrência das crises socioeconômicas, desemprego e com o advento de novas tecnologias, as empresas têm sido expostas a operar em ambientes novos, com riscos inexplorados ou menos conhecidos. A competição resultante do cenário supracitado faz com que o risco e a exposição das seguradoras aumentem consideravelmente. Consequentemente isso gera o avanço das fraudes e dos atos ilegais, não só no Brasil, como no mundo inteiro.

2.5.4.3 Tipos de fraudes mais comuns por ramo de seguro

Marques (2006) cita os principais exemplos de fraudes que ocorrem em alguns ramos de seguros. Para melhor esclarecer estes pontos,abaixo serão exemplicados os ramos e quais as formas utilizadas para o cometimento de fraudes. No ramo de seguro DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre) os fraudadores falsificam documentos de cartórios, tabelionatos e até de delegacias inexistentes, recebendo indevidamente, através de mortes acidentais forjadas e etc.

Segundo o autor, a dimensão deste problema pode ser afirmada nos dados catalogados pelo CNIS – Cadastro Nacional de Informações e Serviços que diz que em um estudo de 37 mil casos de sinistros envolvendo DPVAT, no período de 1997 a 2001, foi pretendido o valor de R$ 146.724.242,94 e deste total, houve a negativa de 64,69%, deixando de ser pago o valor de R$ 94.917.734,87, considerando o risco de invalidez.

No caso de seguros contra incêndios, envolvem inúmeras contratações de seguros com o intento de fraudar as seguradoras. Como exemplo, temos um segurado que, aluga um prédio reformado para utilizar como depósito. Realiza um seguro, porém troca toda a fiação do prédio por uma fiação velha que resulta em um incêndio. Neste caso resta evidenciado um indício de fraude, pois houve a comprovação de substituição desnecessária da fiação elétrica, para que assim ocorresse o sinistro e este viesse a ser indenizado indevidamente.

Por sua vez, no ramo de Vida e Acidentes pessoais são aplicadas diversas fraudes, pois em acidentes pessoais, o mercado securitário se depara com automutilações de órgãos. Enquanto, na carteira de vida, é citado o exemplo de um industrial na cidade de Porto Alegre que contratou mais de dez apólices de seguro e veio a falecer em decorrência de um infarto. Sabendo que a indenização em caso de acidentes pessoais, pagaria o dobro da indenização, sua família descartou o corpo em uma piscina, vazia, para configurar a morte acidental.

2.6 Seguros

2.6.1 Origens do seguro

De acordo com Shih (2002), as contratações de seguros são realizadas diariamente nos dias atuais, e estes não mais delimitados em lei, pois este instituto a cada dia mais tem evoluído e encontrado ainda mais diversificação. Porém, é necessário ressaltar que nem sempre ocorreu desta forma, já que a origem do seguro em suma é desconhecida, pois não surgiu em compêndio como algo completo e perfeito.

Segundo o entendimento de Albert:

> A origem mais antiga dos seguros localiza-se dos altos e vales dos Alpes, onde os aldeões organizaram as primeiras sociedades de socorro mutuo na virada do século XVI. Desta tradição "Alpina" descende toda uma filiação de organismos comunitários de seguros e de previdência: guildas, corporações, sindicatos, profissionais, movimentos

> mutualistas. Esta tradição "Alpina" mutualiza o risco: cada indivíduo suporta um custo relativamente independente da probabilidade de ocorrência dos riscos que lhe é própria. De tal maneira que existe uma 'solidariedade' e finalmente uma transferência 'redistributiva' no interior da comunidade. Esta tradição conservou sua marca na área geográfica que nasceu: a Suíça, a Alemanha... e, para além, nos países de sensibilidade comparável sobre este ponto, como por exemplo, o Japão. A outra origem dos seguros é a marítima. É o empréstimo altamente aventureiro para as cargas dos navios venezianos ou genoveses, que se desenvolveram em seguida sobretudo em Londres. Sua forma característica ser-lhe-á dada na taverna de uma tal de Lloyd, em Londres, relativamente às cargas de chá embarcadas nos navios ingleses. Esta filiação é diferente da tradição 'alpina': trata-se menos de segurança e mais de uma gestão especulativa e de desempenho do risco. (Albert, 1992, p.107)

Segundo Shih (2002), o surgimento do seguro no Brasil se deu com a vinda da Família Real Portuguesa, trazendo consigo as tradições europeias, isto, no ano de 1808. Desta forma, depois disto, ocorreram diversas regulamentações, estas podendo ser encontradas nos Códigos Civil e Comercial, e não menos importante, o Decreto-Lei 73/66.

2.6.2 O princípio da Comutatividade e do Mutualismo

Conforme Campos (1970), o princípio da comutatividade é:

> O seguro não é, como vimos, um contrato aleatório. É um contrato comutativo (...) Não existe especulação sobre a sorte, pois o segurado realiza um ato de previdência contra um risco tipificado e definido, e o segurador recebe o prêmio correspondente, pois baseado no cálculo das probabilidades e na lei dos grandes números, e sua responsabilidade fica diluída na massa de segurados através do cosseguro e do resseguro. Joaquim Rodrigues (*Tratado de las sociedades mercantiles*, II, p.165) nota agudamente "que os Tribunais de Justiça devem ter sempre presente que o seguro é um contrato comutativo onde as prestações das partes aparecem perfeitamente determinadas", o que não permite fazer pender a balança para o lado, quer do segurado quer do segurador. (Campos, 1970, p.63)

Já para Shih (2002), o princípio do mutualismo se define nos seguintes termos:

> O alicerce do seguro é o mutualismo, que pressupõe a contribuição de várias pessoas para a formação de um fundo comum, onde este é que suportará o pagamento dos sinistros. Portanto, o mutualismo se efetiva não pela relação jurídico-contratual isolada, mas sim pela rede formada pelo plexo contratual dos inúmeros segurados. Por outro lado, o fundo comum não é propriedade da seguradora, mas sim propriedade e destinação comunitária de todos os segurados, ou, no elegante magistério de J.J. CALMON DE PASSOS "o fundo comum é uma universalidade que se qualifica por interesses transindividuais por força de sua destinação" (RT 763/98). O princípio do mutualismo é, assim, a necessária cooperação da coletividade de segurados para a formação do fundo comum, sem o qual o seguro não pode existir.

O princípio do Mutualismo está consagrado em diversos dispositivos do Decreto-lei 73/66, todos estes, tornam-se indicativos de que o prêmio, que é a quantia a ser paga pelo seguro, é a essência do seguro em si.

2.6.3 Formação de uma comunidade de compartilhamento de riscos

De acordo com Stiglitz (2004, p.2):

> Não é possível entender a operação "seguro" desde um ponto de vista técnico-econômico, fora de uma mutualidade de segurados e com a intervenção de uma empresa como intermediária entre uma pluralidade de sujeitos expostos a riscos determinados. O exposto implica aceitar, de início, que não é possível compreender o seguro em sua função econômica e técnica, como assunção isolada das consequências danosas de um risco ao qual se encontra exposto um sujeito.

Assim, resta claro que o entendimento de Stiglitz acerca da operação de seguro, caracteriza uma comunidade de compartilhamento de riscos, no qual temos uma pluralidade de sujeitos que compõe essa relação, bem como a mutualidade existente entre os segurados, enfatizando o compartilhamento de riscos e proteções entre eles. Desta forma, os segurados estão vinculados uns aos outros, e o risco de

cada um se dispersa em uma pluralidade de riscos, que norteia o sentido de mutualidade.

Segundo Tzirulnik (2015), uma empresa de seguros se desenvolve através da formação de uma comunidade de contratos que é reconhecida como instrumento essencial na preservação de riscos. Ainda conforme o Tzirulnik (2015, p.36):

> Em poucas palavras, a empresa seguradora ou securitária pode ser entendida como aquela que, por meio de uma coletividade expressiva de contratos, reúne e administra as contribuições destinadas a garantir as unidades econômicas expostas ao surgimento de necessidades (assistência em sinistros, apoio para contenção de perdas, capitais, indenizações, ao homogeneizar os riscos na comunidade e coletivizar os custos dos acidentes.

No entanto é importante frisar que a operação de seguro não pode ser configurada por um conjunto de contratos distintos, que podem ser executados de forma independente, pois conforme Lambert-Faivre (2001, p. 39), a operação de seguros constitui "uma operação antialeatória de luta coletiva contra o infortúnio".

2.7 A atuação do *Compliance* em âmbito de combate à fraude no mercado securitário

Para Oliveira (2014, p. 26-27) que construiu sua carreira no mercado securitário na área de *Compliance*, desde 1978, traz uma descrição de *Compliance* um pouco mais detalhada para o mercado securitário, nos seguintes termos:

> A impossibilidade de tradução devidamente adequada do vocábulo inglês ***Compliance*** para o idiota português, a diversidade de culturas empresariais presentes no Brasil e a profusão de metodologias acadêmicas a respeito, de fato, acabam por provocar distintas interpretações sobre o que seria o conceito e/ou a atividade e/ou função de ***Compliance***, haja vista que:
>
> Pode ser entendido de forma mais larga, sendo assim, como sendo o conjunto de elementos que, nos regulamentos da SUSEP, é chamado de Sistema de Controles Internos ou Controles Internos Específicos; ou
>
> É encarado de maneira mais restrita, como sendo, por exemplo, apenas o monitoramento do ordenamento legal e

> regulamentar ou apenas a execução das regras de prevenção de fraudes e de lavagem de dinheiro, e assim por diante.
>
> Derivado do verbo em inglês to comply with, que significa **estar em conformidade com,** *Compliance* é, em sua essência, a obrigação de a empresa ter cultura ética em relação a regras e padrões estabelecidos, gerais e específicos, e de estar aderente a dispositivos legais, a regulamentos do mercado, a princípios empresariais, a estratégias de negócio, a políticas institucionais e as normas internas operacionais e de controle.

No que se trata de fraudes, dentro do mercado securitário, existem três circulares Susep que normatizam esta área, sendo estas: (i) Circular Susep 249 de 20/02/2004; (ii) Resolução CNSP 118 22/12/2004; e (iii) Circular Susep 344 de 21/06/2007, as quais, serão detalhadas no item seguinte.

2.7.1 A regulamentação do Compliance no mercado securitário

Para fins de regulamentação relacionada à prevenção de fraude no mercado de seguros, temos como referência a Circular SUSEP 249 de 20/02/2004, que estabelece a publicação de uma política específica contra fraudes, como uma das responsabilidades da Administração:

> Circular SUSEP 249 de 20/02/2004
>
> Art. 2º - São de responsabilidade da diretoria da sociedade ou entidade.
>
> (...)
>
> VI – implantar política de prevenção contra fraudes.

Além da Circular mencionada acima, temos a Resolução CNSP 118 de 22/12/2004 que determina a obrigatoriedade da comunicação de frauds identificadas nas auditorias realizadas ou até mesmo fraudes cometidas por membros da alta Direção, à SUSEP:

> Resolução CNSP 118 de 22/12/2004
>
> Art. 29 – O auditor independente e o Comitê de Auditoria, quando existente, e o diretor responsável, devem, individualmente ou em conjunto, comunicar formalmente à SUSEP, no prazo máximo de três dias úteis da identificação, a

> existência ou as evidências de erros ou fraudes representadas por: (...)
>
> II – fraudes de qualquer valor perpetradas pela administração da sociedade supervisionada;
>
> III – fraudes relevantes perpetradas por funcionários da sociedade supervisionada ou terceiros; (...)

Em 2007, através da Circular 344, houve a contextualização do tema da prevenção de fraudes em seguros, nos princípios relacionados ao Controle Interno e da Gestão de Riscos trazidos anteriormente pela Circular 249, pois passou a ter a obrigatoriedade de implementação de controles internos específicos para todos os produtos das seguradoras e resseguradoras, submetendo ainda ao monitoramento de sua qualidade, conforme abaixo:

> Art. 6º - A estrutura de controles internos, referida no art. 5º desta Circular, deverá contemplar, no mínimo, os seguintes itens:
>
> I – estabelecimento de uma política de prevenção, detecção e correção de fraudes, com melhoria contínua, que inclua diretrizes sobre o oferecimento de notícias de práticas de fraudes aos órgãos de repressão, bem como sobre avaliação de riscos na contratação de funcionários e no desenvolvimento de produtos;
>
> II – elaboração de critérios e implementação de procedimentos de identificação de riscos de fraudes referentes a produtos e procedimentos realizados pelas sociedades e de manutenção de registros referentes a esses produtos e procedimentos, a notícias de práticas de fraudes comunicadas aos órgãos de repressão e a condenações judiciais resultantes dessas notícias;
>
> III – manualização e implementação dos procedimentos de prevenção, monitoração e identificação de fraudes; (...)
>
> IV – extensão dos procedimentos de prevenção, monitoração e identificação de fraudes a pessoas com as quais mantenham relacionamento comercial, principalmente com relação aos produtos comercializados e suas práticas operacionais;
>
> V – elaboração e execução de programa de treinamento contra fraudes para os funcionários e pessoas com as quais mantenham relacionamento comercial; e
>
> VI – elaboração e execução de programa de auditoria interna que verifique o cumprimento dos procedimentos referidos nos incisos II, III, IV e V deste artigo. (...)

> Art. 8º - Os estudos e documentos mencionados nos artigos 4º e 6º festa Circular, além de toda a documentação relativa à operação, inclusive a documentação referente às investigações realizadas, aos procedimentos adotados e ao pagamento de sinistros, deverão ser mantidos, organizados e à disposição da SUSEP, durante o período mínimo de 5 (cinco) anos, contados a partir do término da vigência da operação, ou do encerramento da transação. (...)

2.8 Práticas de prevenção à fraude no mercado securitário

De acordo com o entendimento do autor Oliveira (2014), existem algumas práticas preventivas à fraude no mercado securitário, são elas: a implementação de uma Política Institucional e a Formalização de procedimento e controles**.**

2.8.1 Política Institucional

Conforme já mencionado anteriormente, a Circular 249 prevê a obrigatoriedade da elaboração e divulgação de uma Política de Prevenção a Fraudes. Segundo Oliveira (2014) este documento, deve abranger os princípios relacionados à prevenção, detecção, repressão e combate constante às fraudes internas e externas, seja qual for o caso.

Além disso, deve orientar os funcionários e prestadores de serviços, clientes, parceiros de negócios e público em geral, quanto à conscientização destas medidas preventivas, para que todos estejam contribuindo em prol da mitigação das ocorrências de fraudes e minimização das consequências negativas que elas causam à seguradora/resseguradora, bem como ao mercado segurador com um todo e até mesmo à sociedade.

2.8.2 Formalização de procedimento e controles

Ainda segundo o entendimento de Oliveira (2014), a normatização interna de prevenção a fraudes deve especificar os padrões a fim de haver o gerenciamento de situações reais de suspeitas e de situações em potencial que possam vir a caracterizar

infrações dolosas das regras estabelecidas, bem como aos negócios da seguradora em si. O autor ainda cita que:

> Situações específicas como apropriações indébitas e uso indevido de valores, bens e informações, assim como roubo, furto, suborno, estelionato, "colarinho branco", acessos não autorizados, físico e lógicos, devem ser tipificados nos documentos. Devem-se incluir procedimentos claros sobre como e a quem comunicar a identificação de situações atípicas ou anômalas, reais ou potenciais, de forma a orientar todos os Colaboradores nesse sentido, inclusive no tocante ao tratamento de omissões e negligências a respeito. OLIVEIRA (2014, p.110)

2.8.3 O que o mercado securitário tem feito para combater fraudes

Conforme a Insurance Europe (2013) há variações entre as respostas da indústria de seguros à fraude quando analisadas em âmbito mundial. Isto porque por exemplo, em muitos países as seguradoras compartilham informações relevantes a fim de ajudá-las na identificação de possíveis fraudes, pois as seguradoras possuem transparência neste aspecto e opera em conformidade com as exigências de proteção de dados e privacidade. Essas trocas de informações entre seguradoras ocorrem na Croácia, Estônia, Finlândia, Alemanha, Irlanda, em Malta, nos Países Baixos, na Noruega, Portugal, Eslovênia, Espanha, Suécia e Reino Unido e, estão considerando atualmente em Chipre.

Em muitos países, como França, Suécia e Reino Unido, as seguradoras criaram uma espécie de grupos formalizados no intuito de investigar fraude em seguros. Na França, no ano de 1989 as companhias de seguros criaram uma agência nacional (*Agence pour la lutte contre la fraude à l'assurance*, ALFA), tendo por objetivo fomentar atividades de combate à fraude, bem como desenvolver ferramentas adequadas para auxiliar a indústria no combate à fraude. Essas ferramentas abrangem treinamento e certificação de investigadores de fraude, recomendações acerca de como lidar com ocorrências de fraudes que tenham como

alvo várias companhias de seguro de uma só vez, bem como, recomendações sobre gestão de relações com órgãos de aplicação da lei. (INSURANCE EUROPE, 2013)

No Reino Unido, há o Insurance Fraud Bureau (IFB) que tem por objetivo detectar e evitar a ocorrência de fraudes organizadas em seguros e intersetoriais, além de liderar e coordenar a devolutiva da indústria quanto à identificação da fraude por redes de crime organizado, trabalhando em conjunto com a polícia e outros órgãos de aplicação da lei. O IFB realiza um trabalho de forma a encorajar e auxiliar as pessoas a denunciarem de forma anônima, suspeitas de fraudes ou fraudes conhecidas através do disque-fraude em seguro. A criação do IFB deu-se em 2006, e seu impacto tem sido bastante positivo, com inúmeras prisões e dezenas de milhares de libras economizadas par aas seguradoras, e, até mesmo para seus clientes. (INSURANCE EUROPE, 2013)

Na Croácia, a associação de seguros teve seu início no ano de 2002 através do Protocolo de Cooperação para Combater Fraude em Seguros. Este protocolo veio para formalizar a cooperação tanto entre seguradoras quanto entre seguradoras e terceiros, como exemplo, a polícia, o Judiciário e outros órgãos. Este Protocolo tem visibilidade internacional e é assinado por várias outras associações nacionais de seguros da região, incluindo os países da Áustria, República Tcheca, Eslovênia e Hungria. (INSURANCE EUROPE, 2013)

Segundo a Insurance Europe (2013), as seguradoras têm utilizado cada vez mais recursos tecnológicos na descoberta de fraudes. Dentre esses recursos incluem-se dispositivos eletrônicos para detectar a autenticidade dos documentos apresentados que fazem parte do processo de sinistros, além do uso de informações publicamente disponíveis em diversas redes sociais e outros sites. Na Suécia, as empresas de seguros utilizam leitores de chave de tecnologia avançada para verificar se as chaves do carro apresentadas no aviso de sinistro são as do suposto veículo roubado. Já no Reino Unido, um sinistro por supostas lesões lombares foi negado quando imagens da rede social Facebook mostravam o reclamante realizando ginástica e treinando para uma corrida de caridade. Desta forma, treinamento do

pessoal de seguros e da polícia é prática altamente utilizada a fim de aumentar o conhecimento em fraudes, bem como para demonstrar como identificá- las, destacando os novos métodos utilizados pelos fraudadores e que estão em constante evolução. (INSURANCE EUROPE, 2013)

Na Alemanha, é ofertado anualmente, treinamento aos reguladores de sinistros, com o intuito de orientá-los em como identificar e combater a fraude. Tal treinamento é ministrado por profissionais da indústria de seguros, advogados, especialistas técnicos, especialistas da polícia e cientistas médicos. Os participantes podem obter certificação de especialização em identificação de fraude através da realização de uma avaliação. Enquanto no Reino Unido, órgãos como IFB e IFED realizam oficinas para o pessoal de combate à fraude, e muitas empresas de seguros realizam programas de treinamento no início e no transcorrer da carreira de seus funcionários, na Finlândia, a federação de seguros coordena há 30 anos, seminários e treinamentos com a polícia e com outras autoridades. (INSURANCE EUROPE, 2013)

A utilização do "disque-fraude" é sucesso em vários países, como Irlanda, Suécia e Reino Unido. O público em geral pode realizar uma ligação para uma linha de apoio para delatar a ocorrência de fraude em seguros seja ela, suspeita ou conhecida. Na Irlanda, um homem realizou a contratação de um seguro para seu automóvel em uma empresa de seguros. Na proposta preenchida, este homem informou que não havia sofrido nenhuma condenação como motorista. Contudo, a empresa de seguros recebeu uma denúncia anônima através da linha *Insurance Confidential* da federação de seguros de que ele possuía várias condenações. Ocorreram investigações por parte da equipe de investigações interna, resultando no direcionamento da questão à polícia competente. O homem foi condenado por contratar seguro com base em alegação falsa e por dirigir sem seguro, foi atribuída a ele a suspensão de sua carteira de motorista por quatro meses. (INSURANCE EUROPE, 2013)

2.8.4 As consequências e o impacto das fraudes no mercado securitário

Os sinistros fraudulentos bem como os custos com investigações de suspeitas de fraudes acarretam em prêmios elevados para clientes honestos. Além disso, a investigação de fraude também leva a um impacto na eficiência das seguradoras em lidar com sinistros verdadeiros de forma rápida. Estudos recentes realizados pelas seguradoras, apontam que a fraude em seguros financia e facilita a ocorrência de outros crimes graves. Conforme a associação de seguros dinamarquesa (F&P), as empresas de seguros na Dinamarca retêm na fonte cerca de DKK500 milhões (€67 milhões) em pagamentos de sinistros em decorrência de fraude documentada. Na Alemanha, a GDV estima que o custo da fraude excede 4 bilhões de euros por ano. No Reino Unido, a ABI estima que a fraude aumenta, em média, £50 (€58) por ano à conta do seguro anual de cada segurado. A Suécia apontou uma rede organizada de crimes que causou ao menos 214 acidentes de trânsito. Isto afetou significativamente as principais companhias de seguros "não vida" do mercado sueco. É importante ressaltar que as companhias de seguros são comprometidas com o pagamento de todos os sinistros verdadeiros de forma ágil, e se esforçam para o alcance do equilíbrio entre investigar fraudes potenciais e garantir que os reclamantes honestos não tenham problemas com atrasos, tendo seus sinistros pagos com rapidez e eficiência. (INSURANCE EUROPE, 2013)

Conforme a Insurance Europe, (2013), a amplitude da fraude em seguros difere de país para país. Estima-se que as fraudes identificadas e não identificadas possam representar até 10% de todos os custos com sinistros na Europa. Este valor muda conforme o país de ocorrência, bem como, conforme o ramo de seguros envolvido, devido a uma série de fatores que influenciam sua repercussão como é o caso do modo de funcionamento do mercado ou a predominância de um tipo de seguro no local. Alguns países publicam o impacto de fraudes no mercado, sendo eles:

Reino Unido: Dados da Association of British Insurers (ABI) revelam que: Apesar das seguradoras detectarem um número maior de fraude, estima-se que em torno de £1,9 bilhões (€2,2 bilhões) de fraude não são detectadas todo ano. As seguradoras estão detectando um número maior de fraude — o valor da fraude detectada em 2011 aumentou 7%, o equivalente a £983 milhões (€1,148 milhões) em relação à £919 milhões em 2010. Em 2011 as seguradoras descobriram 138.814 sinistros fraudulentos — o equivalente a 2.670 sinistros por semana — 5% a mais do que em 2010. O valor da economia para clientes honestos decorrente das fraudes detectadas representou 5,7% de todos os sinistros, em comparação a 5% em 2010.

Alemanha: Um estudo realizado pela associação de seguros (GDV) concluiu que mais da metade de todos os sinistros oriundos de perda ou dano de smartphones e tablets não poderiam ter ocorrido e, portanto, devem ter sido fraudulentos na mesma proporção.

Suécia: Dados da Insurance Sweden (Larmtjänst) revelam que: Investigadores de fraude em seguros, constituídos pelas companhias de seguros, realizaram 6.200 investigações de suspeita de fraude em 2011 e detectaram um total de €40 milhões em fraude. Um estudo concluiu que 10- 20% de todos os sinistros fraudulentos são sinistros por perdas oriundas de eventos que nunca ocorreram (sendo assim, sinistros falsos) e 80-90% de todos os sinistros fraudulentos são sinistros exagerados. Ainda na Suécia, um grave problema foi identificado em incêndios de veículos. No outono de 2012, houve pelo menos um incêndio de carro por dia no sul do país, com a maioria dos carros acima de 10 anos e muitos comprados há menos de três meses. Os carros eram comprados a um preço mais barato em leilões online, e depois eram registrados e segurados em nome de proprietários fictícios. Os sinistros por dano resultaram em uma indenização significativamente maior do que o valor da compra do veículo.

França: Números da associação de seguros (FFSA) revelam que 35.042 sinistros fraudulentos foram registrados em 2011, resultando em €168 milhões não pagos a indivíduos desonestos.

Finlândia: Um estudo com 1.000 adultos realizado pela associação de seguros (FFI) em 2012 constatou que 27%

declararam conhecer uma pessoa "que enganou sua companhia de seguros". Este valor representa mais 25% em relação a um estudo semelhante realizado em 2010.

3 CONCLUSÃO

Diante ao exposto neste artigo, conclui-se que o *Compliance* não é somente um instrumento anticorrupção, dentro das seguradoras, pode ser uma área voltada também para o combate às fraudes, tanto internas, quanto externas.

Mesmo com a positivação do combate à fraude no mercado securitário, pouco é visto e falado sobre este tema, que faz circular bilhões em prejuízos. A não observância destas ocorrências, podem aumentar esporadicamente caso não sejam tomadas decisões sérias em relação a estes crimes perpetrados contra as seguradoras, cujo pagamento no final das contas, é feito por todos aqueles que são honestos.

É possível ainda enxergar que uma área de *Compliance* voltada também para o combate à fraude, não é irrisória, tendo em vista os números supracitados no viés de perdas relacionadas às fraudes em diversos países, esta área se faz mais do que necessária dentro de uma seguradora. Ainda sobre a necessidade ou não de uma área de *Compliance* em âmbito de combate à fraude, conforme foi dito, é válido lembrar que, a seguradora repassa ao segurado, todo o prejuízo advindo de fraudes constatadas, e isso reflete na precificação do prêmio, o, a seguradora torna seu produto mais caro, devido a tamanhos prejuízos, e o segurado honesto, por sua vez, paga mais caro em sua apólice de seguro. Sendo assim, quanto mais fraudes sofre a seguradora, menos competitiva no mercado ela se torna, pois, as fraudes resultam em preços maiores do que os praticados em mercado.

Como medida efetiva, uma *insurtech* brasileira, do grupo Caixa Seguros Holding S/A, tem utilizado de algoritmos para mitigar fraudes na contratação de seguros. Este algoritmo determina um score, demonstrando a propensão que uma pessoa tem para fraudar um seguro. Este score alimenta automaticamente o sistema de subscrição, bem como o de regulação de sinistro, pois é atualizado *"real time"*, sendo assim, ele não é estático, ocorrendo alterações dinâmicas, dependendo do

perfil, do bem e do nível de relacionamento da pessoa. O grande desafio é quebrar o paradigma que a área de *Compliance* engessa o processo, mostrando que em sintonia com a área operacional de seguros, faz com que seja possível identificar possíveis fraudes ao mesmo tempo em que são feitas as prospecções de clientes.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Michel. **Capitalismo versus Capitalismo**. Edições Loyola, São Paulo, 1992.

BRASIL, **Circular SUSEP nº 344**. 21 de junho de 2007. Disponível em: http://www.susep.gov.br/textos/circ344.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018, 13:14:09.

BRASIL, **Lei nº 9.613**. 3 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm . Acesso em: 17 fev. 2018, 10:14:09.

BRASIL, **Circular SUSEP nº 249**, 20 de fevereiro de 2004. Disponível em: http://www.susep.gov.br/textos/circular-susep-no-249 . Acesso em: 09 mar. 2018, 10:13:56

BRASIL, **Resolução nº 2.554**, 24 de setembro de 1998. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf . Acesso em: 12 mar. 2018, 09:56:09

BRASIL, **Lei nº 12.846**, 1 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm . Acesso em: 13 mar. 2018, 19:45:33

BRASIL, **Lei nº 8.420**, 18 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm Acesso em: 17 mar. 2018, 18:14:34

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848**, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 23 mar. 2018, 14:56:32

BRASIL, **Decreto-Lei nº 73**, 21 de novembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm Acesso em: 27 mar. 2018, 17:38:19

BRASIL, **Resolução CNSP nº 118**, 22 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.susep.gov.br/textos/resol118-04.pdf Acesso em: 01 abr. 2018, 16:32:45

CANDELORO, Ana Paula P; RIZZO, Maria Balbina Martins De; PINHO, Vinícius. ***COMPLIANCE* 360º - Riscos, Estratégias, Conflitos e vaidades no Mundo Corporativo.** São Paulo, Trevisan, 2012.

CAMPOS, João Vicente. **Seguro marítimo: conceito. Classificação do seguro marítimo. Características do seguro marítimo.** *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro,* Rio de Janeiro, vol.22, 1970.

COLARES, Wilde Cunha. **Ética e *Compliance* nas Empresas de Outsourcing**, 2014. Disponível em: http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1238/Wilde%20Cunha%20 Colares_Trabalho.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 mar. 2018, 14:35:45.

FERREIRA TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral. ***Compliance* Na Lei Anticorrupção: Uma Análise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, nº 1237. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=3969. Acesso em: 12 abr. 2018. 03:32:00.

FREBRABAN – ABBI, Grupo de Trabalho, **Função de *Compliance*,** 2004. Disponível em: http://www.abbi.com.br/funcaode*Compliance*.html. Acesso em: 19 abr. 2018, 18:48:00.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado.** Ed.11. – Niteói, RJ: Impetus, 2017.

INSURANCE EUROPE. **The impact of insurance fraud**. Insurnace Europe aisbl., Bruxelas, 2013.

LAMBERT-FRAIVE, Yvonne. **Droit des Assurances**. 11.ed. Paris: Dalloz, 2001.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado.** 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. ***Compliance*, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas.** Brasília, Editora Senac – DF, 2014

OLIVEIRA, Assizio**. Controle interno e gestão de riscos no mercado segurador Brasileiro: conceitos, regulamentos, práticas e auditoria.** Assizio Olveira. –2.ed.– Rio de Janeiro: Funenseg, 2014.

PARODI, Lorenzo. **Manual das fraudes.** 2.ed. – Rio de Janeiro, Brasport, 2008.

SIMÃO, Valdir Moysés, *et al*,. **Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas.** Controladoria-Geral da União - CGU, Brasília, setembro de 2015.Disponível em: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf Acesso em: 22 de abr. 2018, 15:45:00.

SHIH, Frank Larrúbia. **Estudos FUNENSEG – Os Princípios do Direito Securitário.** Disponível em: http://www.ens.edu.br/arquivos/estudos_funenseg_3.pdf Acesso em: 27 abr. 2018, 12:22:00.

TZIRULNIK, Ernesto. **Seguros de riscos de engenharia: instrumento do desenvolvimento.** Ernesto Tzirulnik, – São Paulo: Editoria Roncarati, 2015

Ciências Criminais

A RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO: ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO EM FACE DA LEI 12.850/2013.

Eduardo Jannuzzi Martins Oliveira

RESUMO

O presente trabalho analisou doutrinariamente a responsabilização do agente infiltrado, em face à Lei 12.850/2013. A Segurança Pública, como um dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, precisa de dispositivos e instrumentos que a efetivem. Um desses dispositivos consiste na evolução de técnicas especiais de investigação e levantamento de provas, que possam garantir a efetividade da persecução penal - o agente infiltrado. A investigação jurídico-descritiva apresentou a Lei 12.850/2013 à luz de alguns doutrinadores constitucionalistas e neoconstitucionalistas, bem como a evolução conceitual das organizações criminosas e as consequências morais, econômicas, políticas e jurídicas de suas atividades. Em seguida, faz uma breve análise da responsabilidade geral dos servidores públicos, especificamente do agente infiltrado, e sua legitimidade como meio de obtenção de provas. Conclui-se que, apesar da evolução na redação legislativa, referente à regulamentação do Agente Infiltrado como meio de obtenção de prova, a atécnica do legislador em determinar o parâmetro para aferição da responsabilidade do agente, pode, no caso concreto, acarretar decisões injustas e, por consequência, levar à insegurança jurídica para ambas as partes inerentes à persecução penal, quais sejam o investigado e os agentes policiais.

Palavras-chave: Organização Criminosa. Responsabilidade. Agente infiltrado. Meios Especiais de Obtenção Prova.

1 INTRODUÇÃO

Esse projeto cientifico foi iniciado com o objetivo de analisar doutrinariamente, em face à Lei 12.850/2013, a responsabilização do agente infiltrado que, hipoteticamente, atuasse de maneira irregular.

A segurança pública como um dos direitos fundamentais necessita de normatização e instrumentos que a efetivem. A Lei 12.850/2013 "define organização criminosa e dispõe sobre o crime organizado e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal"[1]. Essa Lei buscou definir tais organizações e suas atividades, compreendendo os nefastos efeitos sociais das mesmas, bem como apontar a atividade do Agente Infiltrado como meio de investigação e obtenção de provas para garantir a efetividade da persecução penal.

O capítulo 1 versará sobre questões relacionadas à segurança pública como direito fundamental, e será realizado um breve levantamento sobre alguns aspectos constitucionais que fundamentam a ação do Estado, a fim de compreender melhor sua regulação sobre a normatização e prática do agente infiltrado. Ilustrar-se-á a partir da Teoria dos Status de *Jellinek*, que problematiza as funções legítimas do Estado, desde o seu poder coercitivo à sua função de promoção da dignidade e garantia dos direitos fundamentais ao Neoconstitucionalismo, que concebe o Estado de direito, liberdade, igualdade e justiça. Em seguida, serão apresentadas, sinteticamente, definições de organizações criminosas, seus elementos constituintes, as consequências morais, econômicas, políticas e jurídicas de suas atividades, além de um breve histórico das organizações criminosas no mundo e no Brasil

O capítulo 2 discorrerá sobre a responsabilidade geral dos servidores públicos nas instâncias Civil, Administrativa e Penal.

O capítulo 3 apresentará uma análise da responsabilidade e legitimidade do Agente Infiltrado como meio de obtenção de provas à luz da legislação atual. Essa análise será fundamentada por um breve histórico da legalidade das infiltrações

1 BRASIL. *Lei 12.850.2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>

penais, pela classificação das infiltrações policiais e sua legitimidade, ou seja, quem pode ser o agente infiltrado, as etapas dessa operação a diferença entre Agente Infiltrado e o Agente Provocador.

Por fim, o capítulo 4 discorrerá efetivamente sobre a Responsabilidade do Agente Infiltrado, os instrumentos de mensuração da sua responsabilidade e seus desvios de conduta e fará inferências sobre a Responsabilidade Penal, Civil e Administrativa a partir da legislação pertinente. A partir desses fundamentos, far-se-á uma verificação de como o magistrado fundamenta a condenação, ou absolvição, de um ato praticado pelo agente infiltrado, no exercício da infiltração, no âmbito da organização criminosa, mesmo em face à dificuldade de definição e interpretação da própria norma regulamentadora (Lei 12.850/2013), e inexistência de jurisprudência nesse sentido. O autor acredita na necessidade de melhor normatização e construção de uma metodologia interdisciplinar, a fim de mitigar a subjetividade na avaliação da conduta do infiltrado e prepará-lo melhor para sua tarefa.

2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

2.1 Segurança pública como direito fundamental

Nos tópicos seguintes a segurança pública será analisada à luz das previsões presentes na Constituição da República de 1988.

2.1.1 Aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais

Com o decorrer da história os direitos fundamentais foram positivados em nosso ordenamento jurídico, representando, de certa forma, uma proteção e prestação do Estado para com o indivíduo.

A título exemplificativo, podemos citar o Título II de nossa Constituição Federal de 1988, que trata dos Direitos e garantias fundamentais, de forma não exaustiva.

O autor José Joaquim Gomes Canotilho, aduz que os direitos fundamentais possuem a função de,

> Direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) Constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)[2]

Nos parágrafos seguintes destaco o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, também acerca das funções dos direitos fundamentais. Na visão do ministro do Supremo Tribunal Federal a diversidade de funções inerentes a tais direitos, a teoria dos quatro status de *Jellinek* seria a mais adequada para permitir que o indivíduo identifique sua relação com o Estado, sendo possível extrair deveres ou direitos, a depender do caso.[3]

Na primeira classificação, de acordo com a teoria de *Jellinek*, o sujeito possui *status subjectionis* (passivo) quando for revelada uma situação de subordinação aos Poderes Públicos. Fala-se, portanto, em deveres.[4]

A segunda classificação refere-se ao *status* negativo, que diz respeito à liberdade, ingerência em relação aos poderes públicos.[5]

José Afonso da Silva, esclarece que a liberdade deve ser vista por dois prismas, o interno e o externo, sendo o primeiro referente à liberdade do querer e o segundo consistente na exteriorização desse querer liberdade de fazer. O autor ainda nos traz um conceito interessante de liberdade humana, que cumpre-me o dever de

2 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993. p. 541
3 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 156-162
4 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 157
5 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional***.** 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. p. 157

destaca-lo: "Liberdade consiste na possiblidade de coordenação dos meios necessários à realização da felicidade pessoal."[6]

Em outra situação, o *status* adquire um viés positivo, *status civitatis*, onde o indivíduo tem o direito de exigir do Estado uma atuação, uma prestação. Aqui tem-se o Estado atuando em favor do indivíduo.[7] Como exemplificação dessa exteriorização do status civitatis, podemos citar o próprio direito à segurança em sentido amplo, que abarcando a segurança jurídica, segurança de domicílio, das comunicações pessoais, dentre outras.[8]

Como quarta classificação, denominada *status* ativo, a teoria de *Jellinek* remete ao exercício dos poderes políticos, ou seja, o indivíduo passa a influenciar a formação da vontade do Estado.[9] O *status* ativo diz respeito aos direitos políticos que possuem íntima correlação com a efetividade da democracia em um Estado democrático de Direito, de modo que é mediante à "fruição de direitos de participação política ativos e passivos que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal mero súdito, mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre sua própria vida e da comunidade que integra."[10]

Compreende-se dessa teoria que Mendes destaca três direitos: a) Direitos de liberdade direitos de defesa; b) direitos de prestação; e c) direitos de participação. O primeiro, direito de liberdade, impõe ao Estado um dever de abstenção em relação ao indivíduo. Aqui podemos falar em limitação da atuação Estatal perante seus subordinados, destinada a preservar bens protegidos constitucionalmente, como a liberdade e a propriedade.[11]

6 SILVA. Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 231-233
7 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional***.** 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. p. 157
8 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional.* 7 ed. São Paulo: Atlas 2015. p. 586–590
9 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. p. 157
10 SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.687
11 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional***.** 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p 158.

Importante destacar que, de acordo com Guilherme Peña de Moraes, o direito à liberdade compreende não somente a "liberdade de querer", mas também a liberdade de atuar, podendo realizar tudo que quiser, ausentes quaisquer coações ilegais ou ilegítimas. Além disso, para esse doutrinador, o direito à liberdade compreenderia a liberdade de ação, locomoção, profissional e a de pensamento.[12]

O segundo, direito à prestação, ao contrário do direito de defesa que oferecem uma proteção quanto à atuação do Estado, presume-se uma atuação estatal positiva, a fim de, favorecer que o indivíduo usufrua de suas liberdades. Essa prestação pode ter caráter jurídico ou material.[13]As prestações de ordem jurídica, se materializam quando o Estado positiva a proteção de bens jurídicos fundamentais. Ou seja, a prestação jurídica consiste em normas estatais instituídas no intuito de organizar, proteger e formalizar os procedimentos que materializam os direitos fundamentais.[14]

Entende-se que as prestações de ordem jurídica andam em conjunto com os direitos sociais. Caracterizam-se como liberdades positivas de observância obrigatória do Estado com finalidade precípua, a "melhora de condições de vida aos hipossuficientes visando à concretização da igualdade social". Ademais, são fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, conforme aduz o art. 1º, VI, da Constituição Federal.[15]

Outrossim, devemos considerar as prestações materiais (direitos de prestação em sentido estrito) que abarcam os direitos sociais. A título exemplificativo, temos os direitos enumerados no art. 6º da Constituição Federal Brasileira — o direito à educação, ao trabalho, à saúde, à segurança— entre outros.[16]

Por fim, devemos ter em mente o direito de participação, que visa garantir ao indivíduo a sua participação na vontade do Estado. Temos, portanto, os direitos políticos.

12 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional***.** 7 ed. São Paulo: Atlas 2015, p. 573.
13 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 160.
14 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 160.
15 MORAES, Alexandre de. *Direitos Constitucional*. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 215
16 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 162

Ainda no tocante à analise dos direitos e garantias fundamentais, Alexandre de Moraes destaca uma classificação moderna dos direitos fundamentais, onde os divide em: direitos fundamentais de primeira geração direitos e garantias individuais e políticos clássicos, segunda direitos sociais, econômicos e culturais e terceira geração direitos de solidariedade e fraternidade. Salientando que essa classificação se baseou na ordem histórica e cronológica em que os direitos passaram a ser constitucionalmente conhecidos.[17]

Outros doutrinadores, como Ingo Wolfgang Sarlet[18], que se posiciona favoravelmente à existência de direitos de quarta, quinta e sexta geração, sendo reconhecidos como: a) direitos à democracia e à informação; b) dever de cuidado, amor e respeito em relação à todas as formas de vida[19]; c) direito fundamental de acesso à agua potável, conforme esclarece Zulmar Fachin.[20]

2.1.2 Do direito à segurança pública

Após as considerações do título anterior — "Aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais" — entramos no tópico que possui intima vinculação com o tema deste trabalho, o direito à segurança pública.

De acordo com Walter Ceneviva, a segurança pública deve ser vista como:

> elemento necessário à prática da democrática, é indissoluvelmente compatibilizada com a manutenção da ordem pública. Através desta se garante a incolumidade das pessoas e o patrimônio público e privado. Os objetivos mencionados consubstanciam um dever do Estado para com seus cidadãos, que têm direito à própria segurança, vinculando-se, contudo, às responsabilidades que dela decorrem. A lei disciplina a organização e o funcionamento

17 MORAES, Alexandre de. *Direitos Constitucional.* 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.30
18 SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional***.** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p.313
19 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais. Retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p. 29
20 ZULMAR, Fachin. Acesso à água potável. Direito fundamental de sexta dimensão. São Paulo: Millennium, 2011. p. 74

> dos órgãos de segurança pública, tendo em vista a eficiência de suas atividades.[21]

Além dessa concepção, devemos nos atentar à segurança pública na visão *lato sensu* e em seu sentido estrito. Em relação à visão *lato sensu*, entende-se que ela seria constituída por vários órgãos ou instituições, podendo ser de caráter preventivo, repressivo ou, até mesmo, de caráter prestacional no que diz respeito aos serviços de socorro, em casos de calamidades ou perigo individual.[22]

Do ponto de vista estrito, segurança pública pode ser descrita como:

> pressuposto das condições para o correto e normal exercício de todas atividades humanas, desde o trabalho e até o lazer, desde a preservação da saúde e da vida até a prática dos cultos e das religiões.[23]

O direito à segurança possui a ideia de preservação da paz, que é considerada um direito fundamental de quinta geração por alguns juristas, como Paulo Bonavides. Destaco ainda que essa paz deve ser interpretada tanto do ponto de vista coletivo (social) como do ponto de vista individual, conforme se aduz dos artigos 5º e art. 6º da Carta Magna.[24]

A nossa Constituição de 1988 dispõe sobre o direito à segurança em seu art. 144, aduzindo que "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos*"*. Nos incisos deste artigo, o diploma legal elenca o rol dos responsáveis pela garantia da segurança sendo eles: A Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, as Polícias Civis, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

O termo "polícia" pode ser conceituado como:

---

21 CENEVIVA, Walter**.** *Direito Constitucional Brasileiro***.** 2. Ed. São Paulo. Saraiva, 1991, p.239

22 MORAES, Fábio Trevisan. *Direito Fundamental à segurança pública e políticas públicas.* Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>. acesso em: 27.abr.2018

23 PIMENTEL, Manoel Pedro**.** *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo. RT, 1983, p. 288

24 MORAES, Fábio Trevisan. Direito Fundamental à segurança pública e políticas públicas. Disponível em:<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>. acesso em: 27.abr.2018

> Atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais[25]

Observa-se, portanto, que a segurança pública além de possuir caráter prestacional, é de interesse nacional e de direitos humanos. [26]

2.2 Organizações criminosas

Em caráter preliminar, destaco que a ideia do que é uma organização criminosa não mudou significativamente no decorrer dos anos. O que se modifica são os tipos de ferramentas e áreas de atuação**.** Além disso, faz-se necessário distinguir uma organização criminosa de gangues tendo em vista que, apesar de menos complexas e menos sofisticadas, são o gatilho inicial da formação de uma organização criminosa.

2.2.1 Gangues

De acordo com Sean Grennan, a evolução da literatura revelou uma inconsistência em relação às definições de gangues. A título exemplificativo, Goldstein (1991) oferece cerca de 14 diferentes definições de gangues.[27]

Diante de tantas conceituações diferentes, Sanders as definiu como:

> A youth gang is any transpersonal group of youths that shows willingness to use deadly violence to claim and defend territory, and attack rival gangs, extort or rob money, or engage in other criminal behavior as an activity associated with its group, and is recognized by itself and its immediate community as distinct dangerous entity. The basic structure of gangs is one of age and gender differentiation, and leadership is informal and multiple. (GRENNAN. 2006)

25 MORAES, Alexandre de**.** *Direitos Constitucional***.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.871
26 MORAES, Fábio Trevisan**.** *Direito Fundamental à segurança pública e políticas públicas.* Disponível em:\<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>. acesso em: 27.abr.2018
27 GRENNAN. Sean. *Organized Crime: A worldwide perspective.* New Jersey: Pearson Education, Inc. 2006, p 1

Contudo, alguns autores apontaram duas deficiências na definição de Sanders: Uma em relação à afirmação de que a diferença de idade entre as gangues não possui relevância na aferição da "idade da gangue"; e outra em relação à liderança.[28]

A partir dessas deficiências, emergiu-se uma nova definição:

> A criminal gang is any transpersonal group of individuals that shows a willingness to use deadly violence to claim and defend territory, and attack rival gangs, extort or rob money, or engage in other criminal behavior as an activity associated with its group, and is recognized by itself and its immediate community as a distinct dangerous entity. The basic structure of gangs is one of gender and leadership differentiation unique to its particular location and hisoty. In addition, all criminal gangs maintain organizational rules and regulations including, but not limited to, secrecy. Such characteristics create the potential for organiazational longevity. (GRENNAN. 2006)

De forma sintetizada, é possível concluir que as gangues são grupos de indivíduos que estão dispostos a usar da violência para atingir seus objetivos, ingressando em atividades criminosas, individualmente ou coletivamente, diante de uma estrutura que os define.

2.2.2. Crime organizado e seus principais elementos

Como pode se extrair do tópico anterior, organizações criminosas não surgem espontaneamente, elas são a evolução das gangues. Dessa forma, é de suma importância a sua conceituação. Da mesma forma que ocorre com as gangues, existem vários conceitos de organizações criminosas, porém, a maioria desses conceitos extraídos com foco na Máfia italiana.

Nos Estados Unidos, o primeiro conceito de crime organizado surgiu em 1915 na *Chicago Crime Commission*. Num primeiro momento, a comissão buscou reconhecer as diferenças entre os crimes tradicionais e os crimes cometidos por organizações criminosas. A partir dessa análise, foi possível perceber que as

28 *Ibidem*, p. 5

organizações criminosas detinham comportamentos próprios, como práticas, tradições, rituais e jargões diferenciados.[29]

Em meio à *Pennsylvania Crime Comission* (1980), cujo foco era o crime organizado na região da Philadelphia e Pittsburgh, surgiu um conceito de crime organizado:

> [Organized Crime is a] society that seeks to operate outside the control of American people and their governments. It involves thousands of individuals working within structures as complex as any large corporation, subject to laws more rigidly enforced than those of legitimate governments. Its actions are not impulsive but rather the result of intricate conspiracies, carried on over many year and aimed at gaining control of whole fields of activity in order to amass huge profits (GRENNAN. 2006).

Todavia essa conceituação se mostra deficiente, pois, de acordo com Sean Grennan, qualquer definição de crime organizado deve conter os seguintes elementos interdependentes: a) Estrutura e hierarquia; b) Violência; c) Reconhecimento; d) Longevidade; e) Recrutamento; Atividades empresariais (*entrepreneurial activities*); f) Exclusividade entre os membros; g) Regras e regulamentações; h) Ritualismo; i) rentabilidade; j) infiltração em negócios legítimos; k) Corrupção de políticos; l) Monopolização; m) atividade criminosa.

Considerando os elementos acima, que serão abordados no tópico subsequente, pode-se extrair a seguinte definição:

> Organized Crime is a recognizable, monopolistic, self-perpetuating, hierarchical organization willing to use violence and the corruption of public officials to engage in both traditional vice-related activities and complex criminal enterprises, and it ensures its organizational longevity through ritualistic practices, rules and regulations, organizational tithing, and investment in legitimate businesses. Because the majority of groups discoursed in the text meet the above description, the terms organized crime, criminal gang(s), and gangs will be used interchangeably throughout the text unless otherwise noted. It is important to mention that the few groups not meeting the organized crime definition above have

29 *Ibidem*, p. 8

demonstrated the potential to do so through natural maturation. (GRENNAN. 2006)

2.2.3 Os principais elementos das organizações criminosas

Antes de entrarmos nos tópicos conceituais, cumpre-me esclarecer que tais elementos foram extraídos de diversos autores, nacionais e internacionais, em rol exemplificativo e não acumulativo, devendo ser analisado o caso concreto para definição de uma organização criminosa.

a) Estrutura e hierarquia

As organizações criminosas dividem responsabilidades, tarefas e lideranças entre os membros no intuito de facilitar as tarefas e atingir seus objetivos. A divisão pode ser por meio de eleição ou por designação superior.[30]

Além da divisão para realização de tarefas, o que for designado para atuar numa posição de liderança deverá ditar as políticas, procedimentos e fiscalizar as tarefas dos demais membros.

b) Acumulação de poder econômico e poder de corrupção

De acordo com Eduardo Araújo da Silva, a acumulação de poder econômico é ponto característico das organizações criminosas, pois, essas organizações atuam à margem de alguma proibição estatal, permitindo-lhes auferir lucros elevados.

Em virtude desse alto poder econômico, as organizações criminosas dispõem de um alto poder para corromper agentes estatais, principalmente aquelas que compõe as instâncias formais do direito, como a polícia judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário. 31

Apesar de parecer equivocada sua ideia acerca da corrupção estatal, remeto o leitor aos desmembramentos ocasionados pela Operação Lava-Jato, divulgados

30 *Ibidem.* p.12
31 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório.* 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15

incessantemente pela mídia nacional, que se tornou um marco no Brasil no que diz respeito ao combate à corrupção

c) Regras e regulamentações

As organizações criminosas, também dispõe de regras e regulamentações internas. O caráter secreto dessas regras tem por escopo o sucesso de suas empreitadas criminosas, criando procedimentos que dificultem a atuação estatal no âmbito da persecução penal.[32]

d) Monopólio

O monopólio da atividade na qual a organização criminosa atua, é ponto fundamental para garantia de alto poder econômico.

A guerra entre as facções criminosas pelos comumente chamados de "pontos de droga", demonstra claramente a importância estratégica desses locais para a organização se perpetuar no poder. Além disso, o monopólio não deve ser visto apenas sob o aspecto do crime de tráfico, mas também pode ser observado em licitações públicas onde, por diversas vezes, o processo licitatório é fraudado afim de adjudicar sempre uma empresa ou grupo econômico.

Dessa forma, o monopólio do mercado se faz essencial para a organização criminosa tendo em vista seu objetivo de maximizar seus lucros e aumentar seu poder econômico.[33]

e) Membros restritos

A restrição dos membros é um elemento crucial para a perpetuação da organização criminosa no tempo. Para pertencer a uma organização criminosa é necessário possuir qualificações que interessem à organização.[34]

32 KENNEY, Denis Jay. *Organized Crime in America. United States of America*: Wadsworth Publishing Company, 1995. p. 12
33 WRIGHT, Alan. *Organized Crime. United States of America*: Willan publish, 2006, p. 12
34 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

As qualificações podem ser obtidas através de testes de habilidades, parentesco, indicação de outro membro e considerações similares.[35]

Com a restrição dos membros e seu caráter sigiloso, a organização garante sua sobrevivência e manutenção.

2.2.4 Consequências morais, econômicas, políticas e jurídica da criminalidade organizada

Quando falamos nas consequências que o crime organizado pode acarretar devemos observar quatro pontos de vista: o social; o econômico; o político e o jurídico.

A importância de observar esses quatro aspectos, se dá devido à grande influência que o fenômeno da criminalidade exerce sobre essas áreas.

Importante salientar que os aspectos referentes às consequências do crime organizado, são extraídos da conclusão obtida por Mario Daniel Montoya em sua obra "Máfia e crime organizado: Aspectos legais; autoria mediata; responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder; atividade criminosas".[36]

Cumpre-me informar que, devido individualidade de classificação das consequências trazidas por Montoya, não foi possível encontrar em outra doutrina uma divisão tão específica ou rica em detalhes, desta forma, saliento que os quatro pontos de vista apresentados na sequência, foram extraídos da referencia bibliográfica referente ao parágrafo anterior.

a) Aspecto social

De acordo com Mario Daniel Montoya "o crime organizado é visto como um problema social na medida em que muitos delitos associados com esse conceito,

35 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

36 MONTOYA. Maria Daniel. Máfia e creme organizado: Aspectos legais; autoria mediata; responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder; atividade criminosas. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007, p. 72-78

como, por exemplo, o jogo clandestino, a prostituição, os narcóticos e a pornografia, são frequentemente rotulados como crimes sem vítimas".

Além disso, o crime organizado se aproveita de núcleos onde o Estado não atinge seus fins sociais, ou seja, o crime organizado se aproveita das carências para angariar membros e, até mesmo, conquistar a simpatia de quem convive ao lado do crime.

O combate ao crime organizado não pode ter seu foco apenas na repressão, deve-se atentar também à prevenção. Nesse caso, a prevenção consiste em investimentos em educação, ou seja, desde a escola, ensinando o jovem a batalhar pelos seus objetivos por meios lícitos.

b) Aspecto econômico

No aspecto econômico deve-se observar as atividades ilícitas tipicamente empresariais, tais como: a evasão fiscal, corrupção, acesso ao mercado negro, fraude financeira, violações às leis antitruste, manipulação de subsídios públicos e, até mesmo, a atuação no mercado de capitais.

Ainda de acordo com Mario Daniel Montoya, o crime organizado possui um poder de infiltração imenso,

> especialmente onde a corrupção está amplamente difundida entre políticos e entre os corpos policiais. A máfia tradicional teve uma fase agrícola (anos 50 e 60), passou por uma etapa urbana ou empresarial, até chegar à droga (anos 70 e 90). Hoje, está presente nas grandes privatizações não apenas para lavar dinheiro, mas para incorporar-se à vida econômica lícita.

Com o ingresso em atividades lícitas, o crime organizado passa a ter um papel econômico e político, podendo até mesmo relacionar-se com os poderes Estatais.

O seu ingresso no plano econômico nacional causa uma deficiência na gestão da macroeconomia do país, tornando deficitários programas educacionais, ambientais, sociais, entre outros.

Para o crime organizado inserir-se no mercado econômico torna-se uma tarefa fácil tendo em vista que seu patrimônio possui a capacidade de expandir-se automaticamente devido a quatro vantagens próprias: Recursos financeiros elevados; Redução dos encargos trabalhistas; Crédito fácil; Concorrência mafiosa.

Corroborando com o raciocínio acima, Mario Daniel Montoya destaca o resultado de uma investigação, realizada pela Guarda de finanças italiana em 1993, que relevou que o investimento mafioso na região da Sicília girava em torno de 60% dos seus lucros no sistema financeiro, 17% no mercado imobiliário, 11% no comércio e 4% em setores industriais.

Dessa forma, fica evidente a interação do crime organizado com o mercado financeiro, que, por possuírem recursos com "características especiais" conseguem manipular a economia a seu favor.

c) Aspecto político

Para as organizações criminosas, ingressar em meio ao Estado desperta muito interesse, levando em consideração que o Estado possui o papel principal na repressão da criminalidade.

O ingresso na via estatal pelo cenário político, permite que sejam aprovadas leis que favoreçam condutas criminosas e, até mesmo, medidas relacionadas aos procedimentos de investigação, tornando-os mais burocráticos e ineficientes.

A corrupção é um elemento importante para que as organizações penetrem em meio aos poderes estatais. O grande volume de dinheiro possui o objetivo de garantir a conveniência daqueles que aprovam as leis e daqueles que garantem seu cumprimento, como membros da Polícia e do Ministério Público.

Dessa forma, a criminalidade organizada domina o Estado de maneira a deixá-lo ineficiente no que tange à punição de seus membros além de garantir uma nova fonte de renda para a organização, o dinheiro público.

d) Aspecto Jurídico

O aspecto jurídico diz respeito à adequação da legislação ao combate ao crime organizado.

O ordenamento jurídico deve conceituar o que é uma organização criminosa, para que assim um posterior julgamento não interfira nos princípios constitucionais relativos à defesa e ao devido processo legal.

Como dito anteriormente, é difícil construir uma definição certa para crime organizado ou organizações criminosas. Em virtude dessa dificuldade de definição, o crime organizado acaba sendo favorecido pela existência de leis antigas, vagas, mal formuladas, parciais, numerosas, complexas e cheias de contradições que impossibilitam uma efetiva persecução penal.[37]

Evidentemente, essa impunidade não passa despercebida pela sociedade, acarretando numa percepção errônea de que os responsáveis pela persecução penal e os julgadores não estariam agindo conforme o interesse social maior, a condenação dos infratores.

De certo é que muitos fatores limitam a possibilidade de se dar uma resposta eficaz a esses crimes mais complexos.

Como fatores internacionais podemos citar as limitações de jurisdição e conflitos de interesses relacionados à política repressora. Já como fatores internos ou nacionais, destacam-se os momentos de desequilíbrio social, baixa eficiência relacionada à repressão e prevenção e uma legislação ineficaz.

Nas palavras de Mario Daniel Montoya,

> um fator marcadamente limitativo na luta contra o crime organizado é uma administração de justiça rígida, baseada em rituais inquisitórios, lenta, insegura, com meios técnicos insuficientes no que se refere À preparação dos homens e às possibilidades operacionais, às vezes contraditória, não coordenada e, muitas vezes, sujeita às pressões exercidas por

37 MONTOYA. Maria Daniel. Máfia e creme organizado: Aspectos legais; autoria mediata; responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder; atividade criminosas. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2007, p 77

> diversos setores, entre os quais estão os meios de comunicação e outros poderes externos.

O aspecto jurídico deve ser visto não apenas em relação à norma já produzida, mas também em relação à norma em formação, pois incumbe ao legislativo identificar condutas lesivas à sociedade e estabelecer meios adequados ligados à repressão e prevenção da conduta antijurídica, conduto deve sempre se atentar aos princípios e garantias constitucionais.

Frisa-se que assim como as organizações criminosas evoluem seus meios para efetivar seus objetivos, a legislação também deve evoluir em relação aos meios de investigação policial, para que se dê uma efetiva obtenção de provas.

Atualmente no Brasil a lei em vigor que trata da criminalidade organizada – Lei 12.850/2013 – estabelece os seguintes meios de prova, que serão abortados em tópico posterior: a) colaboração premiada; b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; c) ação controlada; d) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; e) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; f) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; g) infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; h) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Todavia, apenas esses meios não bastam para que se tenha uma percepção penal eficaz e segura. A segurança aqui diz respeito àqueles que colaborarem com a investigação, seja por meio de testemunho ou atuação como agente infiltrado, fazendo-se necessário a adoção de um programa de proteção à testemunha confiável

2.2.5 Atividades das organizações criminosas: Tráfico, Cybercrime e Corrupção.

Como é sabido as organizações criminosas se inserem em qualquer tipo de atividade. Contudo, destaco a seguir as que considero mais pertinentes ao tema.

a) Tráfico de entorpecentes

O tráfico de entorpecentes atrai as organizações criminosas por ser uma atividade de alta rentabilidade, o que permite maiores investimentos na própria organização. Devido às quantias elevadas fruto do tráfico de entorpecentes, começou um movimento internacional para criação de uma legislação que blindasse a lavagem de dinheiro.[38]

Como visto nos tópicos acima, uma das características das organizações criminosas consiste na delimitação do território. Uma organização não deve interferir no território de outra, sem o consentimento da organização dominante naquele local, sob pena de surgir um conflito entre elas.

De acordo com Marcelo Batlouni Mendroni, as organizações criminosas possuem como atividade o tráfico de entorpecente, que pode ser subdividido em três formas, não excluindo outras:[39] a) Membros de família de sangue; b) Formação do grupo através e em torno de líderes carismáticos; c) Em forma de estrutura de rede de trabalho (network).

Contudo, vale salientar que essa atividade não é exclusiva das organizações criminosas, pois muitos trabalham isoladamente nessa atividade.

b) Cybercrime

Juntamente com o desenvolvimento da tecnologia, bem como o desenvolvimento da *Internet*, as organizações criminosas também se desenvolveram. Elas aprimoraram suas ferramentas, seus meios, e até mesmo suas atividades, sempre no intuito de atingir um fim ilícito.

38 MENDRONI. Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais.* 6. ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 69

39 MENDRONI. Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 71

O termo cybercrime está relacionado à atos ilícitos cometidos com a utilização de produtos ligados à informática.[40] No meio virtual os criminosos se aproveitam da dificuldade de investigação desses crimes, tendo em vista que a internet, muitas vezes, permite o anonimato.

Os criminosos se valem de meios ardilosos, no intuito de enganar o *internauta* que, por descuido ou falta de conhecimento tecnológico, fica passível de cair em esquemas, fraudes, ter seu cartão de crédito clonado, e até ser vítima de "ataques" virtuais onde os criminosos tomam posse de arquivos presentes no computador da vítima e exigem dinheiro, normalmente em *bitcoin*, para liberá-los.

c) Corrupção

De acordo com Marcelo Mendroni, "em quase todo ramo da atividade ilícita praticada por organizações criminosas é possível encontrar, de alguma forma, a investida contra o dinheiro estatal." [41]

Isso porque para uma organização criminosa mais desenvolvida, é vantajoso pagar a funcionários públicos para efetuar tarefas de seu interesse. Além disso a atividade corrupta, devido a sua ação silenciosa na sociedade, é de difícil identificação no caso de uma persecução penal.[42]

Apesar de ser uma atividade silenciosa, seus prejuízos à sociedade são inúmeros, e deles podemos citar: desvio de dinheiro público; descredito das instituições públicas e de seus agentes; entre outros.[43]

2.2.6 Breve histórico das organizações criminosas no mundo e no Brasil

Delimitar uma origem histórica para as organizações criminosas não é tarefa fácil, levando em consideração que sua evolução e desenvolvimento se deu de

40 MONTOYA, Mario Daniel. Op. Cit, p 436
41 MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. Cit, p 75
42 Ibidem
43 Ibidem

formas e tempos diferentes em diversos países. Contudo, muitos autores destacam algumas organizações criminosas mais conhecidas para basear o marco histórico, é o caso da Máfia italiana e da *Yakusa.*

De acordo com o autor Eduardo Araújo da Silva, as organizações criminosas tiveram início no século XVI. Porém, não surgiram com o caráter criminalizado, mas sim como organizações que protegeriam a população contra a arbitrariedade de líderes estatais poderosos.[44]

A *Yakusa*, máfia tipicamente japonesa, se desenvolveu por volta do século XVIII perpetuando em diversos setores obscuros da sociedade como prostituição, jogos de azar, tráfico de armas, drogas e lavagem de capitais.[45]

Já a supracitada Máfia italiana se desenvolveu como um movimento contra um decreto instituído pelo rei Nápoles que reduzia privilégios feudais e limitava poderes dos príncipes. Insatisfeitos com o Decreto, esses príncipes contrataram grupos, que posteriormente foram denominados de máfias, para se defenderem.[46]

Também é pertinente destacar a origem da criminalidade organizada no Brasil entre o século XIX e XX, tal como aduz Renato Brasileiro de Lima:

> No Brasil, a manifestação mais remota do crime organizado tradicionalmente apontada pela doutrina diz respeito à atuação do cangaço, bando liderado por Virgulino Ferreira da Silva (Lampião), e, posteriormente, as associações criminosas voltadas à exploração dos jogos de azar, do tráfico de drogas, de armas e de animais silvestres. Mais recentemente, a criminalidade organizada estruturou-se nos presídios do Rio de Janeiro e de São Paulo, com a formação do Comando Vermelho (CV) e do Primeiro Comando da Capital (PCC).[47]

44 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2, ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3

45 ZANIN, Viviane Afonso. A infiltração de agentes policiais como meio de obtenção de prova contra o crime organizado: uma análise à luz da lei nº 12.850/2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42304/66.pdf?sequence=1> Acesso em: 28.abr.2018

46 Idem

47 LIMA. Renato Brasileiro**.** *Legislação especial comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018, p. 666

Diante desse breve contexto histórico, faz-se necessário abordar o aspecto jurídico das organizações criminosas.

2.3 Tratamento do direito brasileiro às Organizações criminosas

Durante muito tempo a legislação brasileira foi omissa em relação à definição de organizações criminosas. A revogada Lei 9.034/95 não trazia nenhuma definição legal de organização criminosa, apenas tratando dos meios de provas e procedimentos referentes aos ilícitos cometidos por quadrilha ou bando ou organização ou associação criminosas de qualquer tipo.[48]

Devido à ausência de definição para a matéria supramencionada, foi editada a Lei 12.694/2012 que trata da formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas.[49] O art. 2º da referida lei passou a conceituar organizações criminosas dessa forma:

> Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.[50]

Em momento posterior, foi editada a Lei 12.850/2013 que, em seu art. 1º, §1º, como:

> Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.[51]

48 *Ibidem*, p. 667
49 *Ibidem*, p. 669
50 BRASIL. *Lei nª 12.694 de 24 de julho de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm> Acesso em: 05.nov.2018
51 BRASIL. *Lei nº* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 05.nov.2018

Dessa forma, é possível concluir que houve uma revogação tácita da Lei 12.694/2012, no que se refere à definição de organização criminosa, pois como se trata de uma norma posterior que trata da matéria em sentido diverso, deve ser observado o art. 2º, §1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: *"*A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."[52]

2.3.1. Possibilidades de Aplicação da Lei 12.850/2013

A Lei 12.850/2013, apesar de versar sobre organizações criminosas, trouxe meios de obtenção de provas e técnicas especiais de investigação que se estendem a outros tipos penais, tal como: a) infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro ou reciprocamente; b) às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para pratica dos atos terroristas legalmente definidos.

De tal maneira, é possível concluir que seus meios de obtenção de provas não são de utilização exclusiva para persecução de organizações criminosas

2.3.2. Meios de provas provenientes da Lei 12.850/2013- dentre elas a infiltração, por policiais, em atividades de investigação.

Em seu art. 3º, a Lei 12.850/2013 elenca alguns métodos especiais de obtenção de provas que poderão ser usados em qualquer fase da persecução penal, sendo eles: I) colaboração premiada; II) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III) ação controlada; IV) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V)

52 LIMA. Renato Brasileiro. *Legislação Especial Comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018, p. 671

interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII) infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Dessa forma, faz-se necessária uma breve conceituação relacionada aos meios de investigação trazidos pela nova lei.

a) Colaboração premiada

Prevista no Inciso I, do art. 3º da Lei de Organizações Criminosas, a Colaboração premiada, muitas vezes chamada de "delação premiada" ou colaboração "processual", consiste na redução de pena, ou até mesmo isenção de pena, a troco do delinquente que deletar seus comparsas. [53]

Para que seja possível sua aprimoração no mundo do direito, é necessário que o acordo de colaboração seja homologado pelo juiz competente e que estejam presentes os requisitos que a lei estabelecer.

b) Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

A captação deve ser entendida como filmagem ou gravação realizada pela própria autoridade policial, não devendo ser confundida com interceptação que é realizada mediante a interferência em um sistema instalado previamente por um terceiro.[54]

Por sinais eletromagnéticos deve-se entender aqueles gravados em fita ou banda magnética enquanto sinais óticos são imagens e acústicos são sonoros.[55]

c) Ação controlada

53 BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014

54 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios**.** *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 729

55 Ibidem

Segundo estabelece o art. 8º da LOC (Lei de Organizações Criminosas), a ação controlada consiste em "retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações."

Estamos diante de uma relativização do dever de ação diante o flagrante delito, em nome da efetividade da persecução penal.[56]

d) Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais

De acordo com o art. 15 da Lei de Organizações criminosas, "o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito."

No que diz respeito ao termo "dado cadastral", Rogério Sanches Cunha esclarece que deve ser entendido como aquele dado relativo à qualificação pessoal do investigado, ou seja, estado civil, filiação, endereço, telefone, profissão, etc.[57]

Além disso, não se deve confundir acesso ao registro de ligação telefônica com interceptação telefônica, porquanto o registro de ligações diz respeito apenas ao histórico de chamadas realizadas ou recebidas.

e) Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica

56 Ibidem
57 CUNHA, Rogério Sanches. *MP pode requisitar informações financeiras sobre recursos públicos.* Disponível em:<http://meusitejuridico.com.br/2017/09/27/mp-pode-requisitar-informacoes-financeiras-sobre-recursos-publicos> Acesso em: 05.nov.2018

Disciplinada pela Lei 9.296/1996, a interceptação telefônica em sentido estrito "consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores" (grifo nosso).[58]

f) Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica

A quebra de sigilo bancário e fiscal é de extrema importância no âmbito da persecução penal estatal, especialmente nas sociedades capitalistas onde a vida está cotidianamente associada às movimentações financeiras. [59]

Todavia os casos em que serão permitidos tais meios são excecionais, em virtude do de direitos e garantias fundamentais como o direito à privacidade. Dessa forma, Cezar Roberto Bittencourt destaca dois aspectos cruciais para a análise desse meio de obtenção de prova:

> o primeiro diz respeito a que a autoridade pública que investiga a persecução de um crime deverá ter acesso aos dados, porque essencial para o deslinde da investigação. Em segundo lugar, os dados a serem oferecidos devem ser mantidos sob sigilo da autoridade que os recebe, e sua consecução deve submeter-se ao controle judicial, na forma expressa no art. 23 da Lei 12.850/2013.[60]

g) Infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11

A infiltração de agentes será tratada com mais detalhes no capítulo 3. Dessa forma, este tópico abordará apenas uma breve conceituação.

A infiltração consiste em introduzir um agente de polícia dissimuladamente dentro da organização criminosa, no intuito de identificar fontes probatórias e

58 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. Cit. P 321
59 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013.* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105
60 Ibidem

informações capazes de ajudar nas investigações e desarticular a organização criminosa.[61]

h) Cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal

Evidentemente que a cooperação entre instituições e órgãos no intuito de angariar provas para a persecução criminal constitui elemento de suma importância.

Todavia, o uso dessas informações compartilhadas deve ser restrito às hipóteses de ausência de violação à intimidade daqueles a que as informações se refiram, quando não, deve ser submetido a rigoroso controle judicial.[62]

3 RESPONSABILIDADE GERAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O termo responsabilidade, apesar de ter um sentido polissêmico, vista tanto do plano "vulgar", como no plano jurídico. Em primeiro plano, a responsabilidade é vista como sinônimo de cuidado[63]. Já sob o aspecto jurídico, Adauto de Almeida Tomaszewisk enfatiza que:

> imputar a responsabilidade a alguém é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contraria ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devir ter agido de outro modo.[64]

Assim como os particulares, os servidores públicos também estão sujeitos à responsabilização pelos atos que praticam, conforme disposto em nosso texto constitucional (art. 37, §5º).

61 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 755

62 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106

63 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – doutrina e jurisprudência*. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 178

64 TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais – tutela da personalidade dos filhos***.** São Paulo: Paulistana Jur, 2004, p. 245.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por **qualquer agente**, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (grifo nosso)[65]

Evidentemente, assim como um indivíduo pertencente ao regime privado, os agentes públicos também devem ser responsáveis por seus atos, afinal, desempenham função estrutural na manutenção do Estado.

No tocante à responsabilidade, deve-se destacar que o sistema brasileiro possui três âmbitos de responsabilidades, sendo eles independentes entre si. A título de exemplificativo, um agente pode ser responsabilidade civilmente, por meio de uma Ação de Improbidade Administrativa, mas não o ser no âmbito penal, por meio de uma denúncia.

Em consonância com o entendimento acima, a própria lei 8.112/90 dispõe o seguinte em seu artigo 121: "O Servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições".

Apesar destes três âmbitos, apontados pela maior parte da doutrina, Hely Lopes Meirelles aduz que os servidores públicos, no desempenho de suas funções, podem cometer até 4 (quatro) ordens de infrações, onde destaca as três vias supramencionadas e acrescenta a improbidade administrativa como infração autônoma.[66]

Ao nosso ver, incluir uma quarta modalidade de infração, qual seja a de responsabilidade por improbidade administrativa, parece-nos correto. Afinal, um agente público pode ser condenado no âmbito civil sem que seu ato constitua uma improbidade.

65 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado 1988

66 MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 543

Nos tópicos posteriores a responsabilidade inerente aos servidores públicos será abordada nesses três âmbitos, civil, administrativo e penal.

3.1 Responsabilidade civil

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a "responsabilidade civil é a imputação, ao servidor público, da obrigação em decorrência de conduta culposa ou dolosa, de caráter comissivo ou omissivo". Logo, evidencia-se uma responsabilidade civil subjetiva ou com culpa.

Porém, apesar do autor supra aduzir que a responsabilidade civil do servidor ser de caráter subjetivo, Di Pietro entende que quando o dano for causado por servidor público é necessário distinguir o sujeito passivo da conduta danosa.

No caso de dano causado ao Estado, a autora supra aduz que a responsabilidade será apurada pela própria administração, por meio de processo administrativo, considerando os elementos "culpa" ou "dolo" do agente. Já se o dano for causado à terceiro, aplicar-se-á a norma do art. 37 §6º da Constituição Federal, onde o Estado irá responder objetivamente, mas com direito de regresso contra o servidor que causou o dano, desde que este tenha agido com dolo ou culpa.

No que diz respeito à apuração da responsabilidade, a regra é que se efetue a apuração por meio de sindicância e, se for o caso, de processo administrativo. Caso se verifique dolo ou culpa, por parte do servidor, a administração poderá consultá-lo a fim de obter a reparação do dano, por desconto em folha de pagamento ou forma diversa. Caso o servidor não concorde com a reparação, caberá à administração ingressar no juízo cível para obter o ressarcimento.

A sindicância, como meio de apuração do ato irregular, pode ser vista como um "processo sumário de elucidação de irregularidades no serviço público, para bem caracteriza-las ou para determinar seus autores, para posterior instauração do competente processo administrativo". Dessa forma, a sindicância serve de peca informativa de um posterior processo administrativo disciplinar.

Importante salientar que a análise de um suposto ato de improbidade administrativa também compete ao juizado cível.

3.2 Responsabilidade administrativa

Por responsabilidade administrativa Marçal Justen Filho, entende que:

> A responsabilidade administrativa consiste no dever de o agente estatal responder pelos efeitos jurídico-administrativos dos atos praticados no desempenho de atividade administrativa estatal, inclusive suportando a sanção administrativa cominada em lei pela prática de ato ilícito.[67]

Conforme orientado por Marçal em sua definição supra, possível concluir que a responsabilidade administrativa deve ser auferida no desempenho da atividade estatal, não levando em consideração a vida privada do servidor.

No que concerne a este âmbito de responsabilidade, a Lei 8112/90 é comumente utilizada para tipificar infrações administrativas e punições a quem descumprir suas diretrizes. A referida lei trata do regime jurídico dos servidores civis da união, das autarquias e das fundações públicas, dispondo, além de direitos, deveres (art. 116), proibições (art. 117) e sanções disciplinares (art. 127).

No entanto, importante salientar que a responsabilidade administrativa não resulta apenas da violação das normas expressas na Lei 8112/90, a responsabilidade também resultará da violação de outras normas internas da administração e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento de caráter regulamentar da função pública.[68]

Além disso, destaco que infrações e ilícitos administrativos também podem ser cometidos por particulares, conforme preleciona Odete Medauar: “Também são

67 JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2016, p. 869

68 MEIRELLES. Hely Lopes**.** *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p 543

ilícitos administrativos ou infrações administrativas condutas de particulares, sujeitas às sanções administrativas". [69]

Da mesma forma como ocorre na aferição da responsabilidade cível do servidor, a apuração da responsabilidade administrativa também deverá ser apurada mediante sindicância e processo administrativo disciplinar, muitas vezes denominado de inquérito administrativo. Caso a Infração reste comprovada, o servidor fica sujeito às penas disciplinares estabelecidas no art. 127 da Lei 8112/90.[70]

Para regular aplicação das penalidades estabelecidas, devem ser observados os princípios da proporcionalidade (ou da adequação punitiva) e o princípio da motivação, além disso o devido processo administrativo deve permitir o contraditório e a ampla-defesa ao acusado do ato irregular.[71]

3.3 Responsabilidade penal

Conforme esclarece Hely Lopes Meirelles,

> A responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de crimes funcionais. O ilícito penal sujeita o servidor a responder a processo crime e a suportar os efeitos legais da condenação (CP, arts. 91 e 92). O Estado- membro e o Munícipio não podem legislar sobre crimes funcionais, porque tal matéria é de Direito Penal e constitui reserva constitucional da União (CF, art. 22, I).[72]

Dessa forma, é possível aduzir que o agente público responde penalmente quando pratica crime ou contravenção penal, previstos nas leis penais.[73]

69 MEDAUAR. Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 364

70 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 686

71 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 780

72 MEIRELLES, Hely Lopes**.** *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 618

73 KNOPLOCK. Gustavo Mello. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 195

Importante salientar que, para fins criminais, a conceituação de servidor público é mais ampla, se aproximando do conceito de agente público, conforme aduz o artigo 327 *caput*, e 327 §1º.[74]

Os crimes funcionais previstos no código penal e em leis esparsas, devem seguir o rito processual previsto nos artigos 513 a 518 do CPP, ficando o réu, desde o indiciamento, sujeito ao sequestro de bens, a requerimento do Ministério Público, quando houver prejuízo à Fazenda Pública.[75]

A competência para apurar a responsabilidade criminal do servidor público é do Poder Judiciário, sendo assegurado o auxílio-reclusão nos termos do art. 229 da Lei 8112/90. Caso a sentença criminal absolva o servidor em razão da inexistência do fato ou por comprovação da negativa da autoria, deverá também ser absolvido nas ações civil e administrativa, vez que restará comprovada que não houve crime por parte do servidor (ou que o fato não ocorreu, ou ocorreu, mas não foi praticado por ele).[76]

Por último, resta esclarecer que todos os crimes funcionais e os de responsabilidade são delitos de ação pública, permitindo a instauração do processo respectivo mediante comunicação de qualquer pessoa à autoridade competente e denúncia do Ministério Público.[77]

4 O AGENTE INFILTRADO E SUA LEGITIMIDADE COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS

4.1 Breve histórico da legalidade das infiltrações policiais

74 PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 757
75 MEIRELLES, Hely Lopes**.** *Direito Administrativo Brasileiro.* 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 618.
76 KNOPLOCK. Gustavo Mello. *Manual de Direito Administrativo.* 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.198
77 MEIRELLES, Hely Lopes**.** *Direito Administrativo Brasileiro.* 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 619

Como visto nos capítulos anteriores, as organizações criminosas evoluíram seus métodos de atuação. Sempre buscando ocultar sua atuação diante das autoridades policiais e judiciárias.

Devido a essa evolução da criminalidade, o Estado se viu na necessidade de buscar novos métodos de obtenção de provas, visto que os meios previstos anteriormente já não se sustentavam diante da efetividade da persecução penal.

No decorrer da evolução em matéria investigativa, destaco o surgimento do Agente Infiltrado como meio de obtenção de prova, que, apesar de possuir um surgimento recente na legislação brasileira, surgiu como discussão em 1989, no projeto de Lei 3.516/89.[78]

A infiltração de agentes foi preliminarmente disciplinada pela Lei 9034/95, contudo, devido a insuficiência em sua regulamentação, sobrevieram diversas novas leis que regulamentavam a utilização da infiltração policial, de onde destaco a legislação atual pertinente ao tema: A Lei 12.850/2013.

No que diz respeito à legislação internacional, cumpre-me destacar que essa também passou a prever a infiltração de agentes policiais como meio de obtenção de provas, cabendo aos Estados-parte regulamentá-la internamente, no intuito de instrumentalizar suas forças de investigação.[79]

De acordo com Denílson Feitoza, infiltração policial consiste em uma

"Introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional ("dado negado" ou de difícil acesso) em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crime de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor do crime, a fim de obter provas que

78 PACHECO, Rafael. Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.111

79 SOUSA. Marllon. Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas: 2015, p.34.

possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles."[80]

Da conceituação supramencionada, é possível concluir que a formulação de novos meios de obtenção de prova deve prezar pela efetividade da persecução penal. Todavia, a evolução dos meios investigativos, gerou na doutrina uma enorme discussão acerca da validade jurídica de tais meios, visto que o Estado estaria, de certa forma, agindo de maneira antiética ao utilizar meios dissimulatórios.

De acordo com Victor Gabriel Rodrigues o futuro do Estado de Direito caminha junto à "lealdade no tratamento de autoridades e transgressores, sem ódios ou preceitos maiores". Ou seja, como o agente infiltrado tem de falar mentiras para encobrir sua real identidade, isso se amoldaria como uma conduta estatal lícita, ao menos em tempos de paz.[81]

4.2 As infiltrações policiais e sua legitimidade

No que diz respeito à classificação das infiltrações policiais, a doutrina as classifica em duas modalidades: a) *Light Cover*, quando sua duração for no máximo de 6 meses e exigir menos engajamento por parte do agente infiltrado; e b) *Deep Cover*, quando a infiltração se desenvolve por mais de 6 meses e exige imersão total do agente na organização criminosa. De acordo com o art. 10, §3º, da Lei de Organizações criminosas, ambas as modalidades de infiltração são permitidas no direito brasileiro, visto que o procedimento pode ser adotado por até seis meses, mas com possiblidade de renovação.[82]

Em matéria de legitimidade para requerer a utilização do agente infiltrado, deve ficar claro que o pedido pode ser formulado por iniciativa do Delegado de Polícia ou do representante do Ministério Público, nos termos do art. 10. Da Lei

80 FEITOZA. Denílson. *Direito Processual penal: teoria, crítica e práxis.* 6 ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 820

81 RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação Premiada: limites éticos ao Estado.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 77

82 HOFFMANN, Henrique**.** *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 2 ed. Salvador: Ed. Juspodivm. 2018, p. 136

12.850/2013. Importante ressaltar que a referida Lei não previu a possiblidade do magistrado determinar a medida de ofício.[83]

O pedido deve demonstrar a necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da investigação. Além disso, como requisito para aprovação da medida, a Lei 12.850/2013 estabelece em seu §1º do art. 10, que a infiltração só poderá ser autorizada quando houver indícios do cometimento de infração penal por organização criminosa e desde que a prova não possa ser obtida por outro meio probatório.[84]

Como dito anteriormente, o prazo previsto para infiltração policial é de 6 meses, sendo permitidas prorrogações. O magistrado e o *parquet*, representante do Ministério Público, responsável pelo controle externo da atividade policial, participarão de forma a fiscalizar a atuação policial, de modo a velar pela obediência do agente infiltrado às disposições contidas na autorização judicial. Ao infiltrado, incumbe dispor a conhecimento do magistrado e do Ministério Público, todas as informações que venham a ser obtidas, e em especial, fatos que colocariam em risco direitos fundamentais dos investigados.[85]

Muito se discute em relação ao momento em que pode ser autorizada a infiltração policial tendo em vista a redação confusa do art. 10 da Lei de Organizações Criminosas, que trata este meio de obtenção de provas como "tarefa de investigação". Ou seja, não deixa claro se a metodologia poderia ser aplicada durante a fase processual.

Essa atécnica, no tocante à redação legislativa, fez surgir duas correntes doutrinarias acerca do assunto: uma, minoritária, de que a infiltração poderia ocorrer a qualquer momento, tanto na faze inquisitória como na processual; e outra,

83 ZANELLA. Everton Luiz. Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016, p. 187

84 SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual. Salvador: JusPODIVM. 2018, p. 258

85 FERRO. Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: comentários à Lei 12.850/2013.* Curitiba: Juruá, 2014, p.191

majoritária, de que a infiltração de agentes só poderia se dar na fase de investigação, assim como expresso em lei.[86]

4.2.1 Quem é o agente infiltrado

O art. 10, da Lei supramencionada, também usa a expressão "agentes de polícia" no intuito de indicar quem estaria legitimado a atuar como agente infiltrado.

Conforme o entendimento de Rogério Sanches Cunha, o termo "agentes de polícia" deve ser entendido como integrantes das corporações presentes no art. 144 da Constituição Federal de 1988. Todavia, como nem todos os descritos no artigo possuem função investigativa, os legitimados a atuarem como infiltrados são, portanto, os policiais federais e civis.[87]

Vale salientar que integrantes da Polícia Militar jamais poderiam atuar como agentes infiltrados, até mesmo quando estiverem sob a função de polícia judiciaria (apuração de crimes militares), pois essa forma especial de obtenção de prova só é admitido nos casos de organização criminosa ou tráfico de drogas, delitos de competência da Justiça comum ou Federal.[88]

Por óbvio, como a legislação trata de "agentes de polícia", um particular não poderia atuar como agente infiltrado, tendo em vista a complexidade de atuação e a necessidade de treinamento específico, tanto físico como psicológico. Ferro (2014) descreve algumas características importantes para o exercício da infiltração, quais sejam: perfil físico compatível com a operação, inteligência e aptidões específicas, bem como equilíbrio emocional.[89]

86 ZANELLA. Everton Luiz. Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016, p. 188
87 SANCHES CUNHA. Rogério. Crime organizado – comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12850/2013. 2. ed. Salvador: Juspodvim. 2014, p.98
88 HOFFMANN, Henrique. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 2 ed. Salvador: Ed. Juspodivm. 2018, p. 138
89 FERRO, Ana Luiza Almeida. Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014, p. 193

4.2.2 Etapas da operação de infiltração

Uma operação encoberta segue um plano operacional amplo, desenvolvido por pessoas e equipes bem treinadas, devidamente documentado, para que o Juiz e o MP possam exercer o controle de legalidade da missão. A operação é controlada pela Polícia, MP e Magistrado. O Delegado de Polícia e o MP podem solicitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. Embora seja um dispositivo importante, pode representar na prática um risco para o agente que, ao repassar o relatório solicitado pode ter sua identidade revelada. Por isso utiliza-se apelidos para as pessoas investigadas.[90]

De acordo com Flavio Cardoso Pereira[91], a operação de infiltração se divide 8 etapas:

> Recrutamento: Essa fase se subdivide em duas etapas, sendo elas a fase de captação onde verifica-se se o sujeito satisfaz as necessidades institucionais; e a segunda fase, camada de seleção, onde a polícia difunde a informação de modo a capacitar o infiltrado, escolhendo-o dentro de um rol de agentes capacitados.
>
> Formação: Consiste em um programa de treinamento básico, com o escopo de desenvolver qualidades do agente infiltrado.
>
> Imersão: Programa de treinamento psicológico, afim de implantar uma nova identidade ao agente.
>
> Especialização: Aprimora o agente infiltrado, assegurando que sua identidade seja preservada diante de pressões que possam surgir no meio da infiltração.
>
> Infiltração propriamente dita: Nessa fase, o agente começa a ter, de fato, seu primeiro contato com a organização criminosa, podendo traçar melhor suas estratégias de ação.
>
> Seguimento: Após o início da coleta de provas, começa a se desenvolver uma fase de cobertura técnica, no intuito de proteger o agente que está infiltrado.

90 FERRO, Ana Luiza Almeida. Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014, p. 200-206

91 PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In: CUNHA, Rogério Sanches. Limites constitucionais de investigação. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009, p. 116-188

> Pós-infiltração: Nesse momento, a inteligência policial busca o melhor meio de retirar o agente infiltrado do ambiente criminoso. Essa fase está diretamente associada com os programas de proteção de vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99).
>
> Reinserção: A fase de reinserção consiste em reintegrar o agente à sua vida pré-infiltração, ajudando-o a recuperar sua verdadeira identidade. Devido ao ambiente hostil no qual o agente fora inserido, pode ser necessário acompanhamento psicológico para reintegrá-lo à sua vida antiga.

Acredita-se que a utilização desse método contribui sobremaneira para o preparo e apoio dos agentes no desempenho eficaz da sua tarefa.

Além das fases de infiltração alguns elementos são fundamentais para o sucesso da operação. Ferro apresenta um elemento denominado "Protetor do Infiltrado", normalmente um superior hierárquico facilmente acessível e próximo que contribui para preservar a integridade do agente. Ao final da operação, é encaminhado ao Poder Judiciário pela autoridade policial o relatório com resultados, informações e provas alcançadas para se juntar ao inquérito policial.[92]

Após o fim da operação far-se-á também uma análise para verificar se houve repercussão civil, relacionada a conduta policial. Nesse sentido, é importante o Estado provisionar recursos para cobrir gastos e despesas da operação, inclusive para quando o agente precisar agir sem intenção pessoal ao provocar deliberadamente algum dano moral a qualquer membro da organização. Ex: seguros, em caso de vida ou lesão. Segundo ferros, a Lei 12.850/13 é omissa com relação a isso.[93]

4.2.3 Agente infiltrado e agente provocador

Em apertada síntese, foi descrita a utilização do agente infiltrado como meio probatório, analisando seu procedimento à luz da Lei 12.850/2013. Contudo, muito se discute na doutrina se as provas obtidas por tal meio seriam válidas à luz do

92 FERRO, Ana Luiza Almeida. Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014, p. 212-213
93 I*bidem*. p. 221

direito brasileiro. Isso porque muito se confunde sua atuação com a figura de um agente provocador, o que ocasionaria um flagrante preparado (*entrapment doctrine*).

O flagrante preparado encontra previsão na Súmula 145 do STF, de onde se extrai que "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação".

Da redação supra, é possível extrair que se trata de um crime provocado, onde o sujeito seria impelido, por terceiro, a praticar um crime, mas são adotadas todas as providências para que não haja consumação.[94]

De acordo com Nestor Távora, se houver preparação do flagrante, e, consequentemente, a prisão do sujeito, o crime existiria apenas na aparência, pois configuraria a figura do 'crime impossível', esclarecendo que não só a prisão é ilegal, mas também não se poderia falar em responsabilidade penal pela conduta daquele que fora instigado a cometer o delito. Eventual inquérito ou processo, iniciados a partir de uma preparação do flagrante, devem ser trancados via *habeas corpus*.[95]

De acordo com Marllon Souza, o agente provocador pode ser definido como "todo agente (seja das forças de segurança pública ou não) que, no desempenho irregular de suas funções, instiga uma conduta criminosa de terceiro, tomando todas as medidas para que o autor seja imediatamente surpreendido em flagrante delito."[96]

Tendo em vista a apresentação destes conceitos, no que se diferenciaria a atuação do agente infiltrado para com a atuação de um agente provocador? Seriam nulas as provas por ele colhidas?

Para esclarecer essas indagações, fez-se necessário buscar o entendimento de alguns autores como Renato Brasileiro Lima, Eduardo Araújo da Silva e Marllon Souza.

94 RANGEL. Paulo**.** *Direito Processual Penal.* 24. ed. São Paulo: Atlas. 2016, p.796
95 TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal.* 10. ed. Salvador: Juspodivm. 2015, p.834
96 SOUSA. Marllon. Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas: 2015, p. 45

De acordo com Renato Brasileiro Lima, o agente infiltrado

> Tem autorização judicial para se infiltrar em determinada organização criminosa com o objetivo de colher elementos capazes de proporcionar seu desmantelamento, devendo agir precipuamente de maneira passiva, não instigando os demais integrantes do bando à prática de qualquer ilícito. Logo, se os agentes de polícia ou de inteligência têm indícios suficientes da existência de uma organização criminosa e nela se infiltram em busca de informações que permitam identificar os diversos ilícitos praticados por seus integrantes, não há que se falar em crime impossível, porquanto a intenção de delinquir já havia surgido firmemente nos sujeitos que estão praticando as infrações penais, por meio de decisão livre e anterior à intervenção do agente infiltrado.[97]

Como se percebe, o agente infiltrado, além de possuir previsão legal, possui uma autorização judicial para que se infiltre na organização criminosa. Também é importante ressaltar que, durante sua atuação, o agente não poderá influenciar os participantes da organização de modo a incentivá-los a praticar crimes, sob pena de se amoldar como agente provocador.

Eduardo Araújo da Silva também esclarece que a atividade do infiltrado "deve estar limitada à busca de novos elementos de provas. Não pode, pois, provocar a conduta a ser desenvolvida pelos investigados, sob pena de comprometer a validade da prova obtida."[98]

No caso do agente provocador, Marllon Sousa aduz que sua atuação, além de repudiada por nosso ordenamento jurídico, cuida-se de um "comportamento maquiavélico e desleal a cargo dos executores de medida desta natureza assemelhada aos atos de inquisição característicos dos tempos ditatoriais, os quais devem constar apenas na memória e jamais serem permitidos novamente."[99]

97 LIMA. Renato Brasileiro. *Legislação Especial Comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018, p. 764

98 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80

99 SOUSA. Marllon. Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas: 2015, p. 46

Superadas as lições preliminares quanto ao instituto do agente infiltrado, bem como sua distinção diante da figura do agente provocador, prosseguimos para análise do tópico central deste trabalho, qual seja a responsabilidade do agente infiltrado por possíveis ilícitos que vier a cometer no curso da infiltração.

5 A RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO

5.1 Como mensurar a responsabilidade do agente e seus desvios de conduta

Conforme visto no capítulo 2 deste trabalho, todos os servidores públicos estão sujeitos à responsabilização por atos irregulares praticados no exercício da função. No que diz respeito ao agente infiltrado, a regra não poderia ser diferente, visto que, para atuar como infiltrado, é necessário a condição de agente público, porquanto a própria lei 12.850/2013 utiliza o termo "agentes de polícia" no *caput* do art. 10.

Todavia, para esses agentes entende-se a necessidade de analisar sua responsabilidade modo diferenciado, tendo em vista a redação do art. 13 da lei de combate ao crime organizado: *"*O agente que não guardar em sua atuação a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados."

5.1.1 Responsabilidade penal

De acordo com a referida lei, a atuação do agente deve respeitar a "devida proporcionalidade com a finalidade da infiltração" sob pena de responder pelos excessos praticados.

Retomando o princípio da Proporcionalidade, que deve balizar a ação do agente infiltrado, é fundamental que a limitação a direitos, liberdades e garantias seja adequada, idônea, necessária e na medida justa (proporcional). Esses critérios buscam assim, estabelecer limites para o estado intervir de forma lícita nos direitos

fundamentais e o infiltrado responde pelos excessos por ele praticados caso sua ação não possua a proporcionalidade devida.[100]

Percebe-se, portanto, que a Lei se utiliza de um critério puramente subjetivo, qual seja "proporcionalidade", para aferição da responsabilidade pela atuação do agente infiltrado, o que, apesar de me parecer justo, por permitir maior flexibilidade no caso concreto, também pode levar a decisões equivocadas no que diz respeito à punição ou não do agente.

Tal critério de proporcionalidade pode ter sido inspirado no Princípio da Proporcionalidade Constitucional, ou *VerhaltnismaBigkeitsgrudsatz*, adotado na doutrina alemã. Conforme esclarece Marcelo Mendroni, esse princípio conduz à ideia de que "numa situação real de conflito entre princípios constitucionais, deve-se decidir pelo de maior peso".[101]

A despeito da subjetividade legal (quando a lei não prevê claramente quais delitos poderiam ser praticados pelo agente), o legislador, segundo Ferro, foi providencial ao não estabelecer parâmetros para que a própria organização criminosa criasse testes específicos para identificar o infiltrado.[102]

De acordo com o autor Everton Luiz Zanella, existe a possiblidade de o agente infiltrado praticar crimes dentro da organização criminosa, todavia, esclarece que isso não necessariamente ocorrerá, "sobretudo se a infiltração ocorrer numa organização criminosa dos tipos empresarial ou institucional, dentro das quais o indivíduo poderia simplesmente acompanhar de perto os crimes que vêm ocorrendo e assim obter as provas."[103]

---

100 FERRO, Ana Luiza Almeida. Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**.** Curitiba: Juruá, 2014, p. 216-217.

101 MENDRONI. Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais.* 6. ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 218

102 FERRO, Ana Luiza Almeida. Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 217

103 ZANELLA. Everton Luiz. Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016, p. 207

No mesmo sentido esclarece o autor Rafael Pacheco, no trecho destacado a seguir: "Portanto, nem sempre será necessário praticar crimes, pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma de suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa de delinquir"[104]

Dessa forma, é possível concluir que o agente infiltrado, via de regra, só poderá cometer condutas criminosas em casos extremos, tal como essencial a sua proteção individual ou de terceiros, além de se fazer do uso de meios estritamente necessários ao caso e sempre procurar realizar a conduta menos gravosa possível.[105]

O risco do agente prática ou participar de ato delituoso é proporcional ao grau de envolvimento do mesmo com a organização criminosa. Quanto mais próximo do grupo mais chance de se ver obrigado a praticar tais atos para ganhar a confiança do grupo. Essa tese foi defendida por Feitoza Pacheco na vigência da Lei 9.034/95 e fala da exclusão da ilicitude no cumprimento estrito do dever. Outra possibilidade de exclusão de culpabilidade está prevista na Lei 12.850/13 em seu art. 13 parágrafo único que diz: "*Não é punível no âmbito de infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa".* Assim, embora o agente fosse isento de responsabilidade penal as pessoas da organização criminosa que concorreram para o delito respondem legalmente pelo mesmo.[106]

Importante salientar dois exemplos de desvios de conduta que podem ocorrer no decorrer da atividade policial infiltrada, quais sejam o emprego de meios que possam constranger o investigado a prática de crimes, como intimidações ou ameaças, o que conduz inevitavelmente à ilicitude da prova obtida, e a colheita

104 PACHECO, Rafael. Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 126
105 SOUSA. Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121.
106 FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: Comentários á Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 218-220.

inadvertida de informação para além dos limites da investigação, revelando condutas atinentes à vida privada do investigado que não interessam ao processo.[107]

Embora atores como Eugênio Pacelli teça críticas ao dispositivo do agente infiltrado a partir da Lei 12.850/2013 por entender que há excesso e inconstitucionalidade em relação ao Estado de Direito, Souza defende que a infiltração, obedecidos os princípios da eficiência da administração pública e os preceitos básicos da própria prática de infiltração (que busca respeitar as garantias estabelecidas para a persecução penal) é um meio de otimizar a investigação e restabelecer a ordem quebrada em função da prática da organização criminosa sendo portanto, constitucional.[108]. Entretanto, esse dispositivo só pode ser deferido quando se esgotarem todas os outros meios de investigação previstos no CPP e já citados nesse trabalho, quais sejam: quebra de sigilo bancário, fiscal, eletrônico e interceptação telefônica e de dados, numa escala gradual de necessidade

Em conclusão à possibilidade penal, destaco o posicionamento de Flávio Cardoso Pereira:

> "la operación encubierta debe estar encaminhada a descubrir el entramado criminal, el delito y la responsabilidad penal de los sujetos involucrados en la organización criminal; y en mérito a la necessidad, proporcionalidad y su vinculación a los fines de la investigación de la actividad el agente está exento de responsabilidad penal. Sin embargo, tal exención de responsabilidad está condicionada a que el agente no provoque el delito."[109]

A doutrina diverge no que diz respeito à natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do policial infiltrado, divergindo entre: i) excludente de culpabilidade; ii) escusa absolutória; iii) excludente de ilicitude; e iv) atipicidade da conduta.

---

107 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p 113.

108 SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às Organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78-80.

109 PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Encubierto y Processo penal Garantista: Límites y Desafios***.** Tese (doutorado). Programa de doctorado em estado de derecho y buen gobierno: Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012. p. 304

O parágrafo único do art. 13 da Lei nº 12.850/2013, dispõe que "não é punível, no âmbito da infiltração policial, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa". Apesar do caráter *dúbio* do referido artigo, que faz referência tanto à exclusão de punibilidade, bem como à inexigibilidade de conduta diversa, nos filiamos ao entendimento de Renato Brasileiro de Lima, que esclarece ser, em verdade, uma causa de exclusão da culpabilidade, porquanto ao excluir apenas a culpabilidade, subsiste a tipicidade e a ilicitude da conduta, que permite, de acordo com a teoria da acessoriedade limitada, a punição dos demais integrantes da organização criminosa pelas infrações penais praticadas.[110]

5.1.2 Inferências sobre a responsabilidade civil e administrativa

Importante salientar que, além da responsabilidade penal, o agente também ser responsável pelos seus atos no âmbito cível (responsabilidade cível) e administrativo (responsabilidade disciplinar). Em síntese apertada, diferentemente do que ocorre no âmbito cível e penal, onde quem irá aferir a responsabilidade do agente é o magistrado, no âmbito administrativo o responsável por averiguar a responsabilidade será o próprio órgão no qual o agente está vinculado, por meio de um processo administrativo.

Todavia, esclareço que para todos os âmbitos de responsabilidade, qual sejam o cível, penal e administrativo, deverá ser observado o critério da proporcionalidade para averiguação da conduta do agente.

No que diz respeito à responsabilidade civil do agente encoberto, vale ressaltar a possibilidade de os atos cometidos pelo agente se caracterizarem como ato de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92.

110 LIMA. Renato Brasileiro. *Legislação Especial Comentada.* Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018, p. 772-773

De acordo com o texto da Lei retromencionada, a natureza dos atos de improbidade se dividem em 4 (quatro espécies): i) Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (art. 9º); ii) Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (art. 10) ; iii) Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário (art. 10-A); iv) Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública.

Analisando a atuação do agente infiltrado à luz da Lei de improbidade Administrativa, é possível aduzir que os atos ímprobos que possuem mais possibilidade de ocorrência no âmbito da infiltração policial são aqueles previstos nos artigos 9º e 10, quais sejam, os atos que importam enriquecimento ilícito e os que atentem contra os princípios da administração pública.

Além disso, cumpre-me ressaltar a lição quanto ao termo improbidade administrativa trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor pode-se dizer que são expressões que significam a mês coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública.[111]

Ainda de acordo com a autora, quando se fala em improbidade administrativa como ato ilícito, fica afastada a sinonímia entre o termo improbidade e imoralidade, pois aquela possui um sentido muito mais amplo e preciso, abrangendo não só os atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. De acordo com a lei de improbidade administrativa, a lesão à moralidade administrativa se apresenta apenas como uma das hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.[112]

Por fim, em continuação acerca da responsabilidade do agente infiltrado, voltemos à responsabilidade na esfera administrativa. Conforme esclarecido

111 PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 899
112 *Ibidem*, p. 901

anteriormente, nesta esfera de responsabilidade a aferição da conduta do infiltrado se dará diante de um Processo Administrativo, comumente conhecido como Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

Para Flávio Cardoso Pereira, essa modalidade de responsabilidade encontra-se vinculada à constatação de uma ação motivada por uma ausência de respeito à uma ordem hierarquicamente superior. Para o autor, neste caso seria normal que a conduta do agente guarde íntima relação com algum propósito pessoal, ou seja, que venha exclusivamente trazer benefícios próprios a ele, sem qualquer relação com a finalidade da infiltração.[113]

Ainda relacionado à Responsabilidade Administrativa ou Disciplinar, se o agente por exemplo quiser sair da missão, desrespeitando a uma ordem hierárquica superior culminando em insubordinação grave, infringindo o disposto no artigo 116 da Lei 8.112/90: "cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais ele responderá por isso, até com seu cargo. Entretanto, no caso de infiltração, os policiais estão sujeitos a riscos, periculosidade, e não seria justo o Estado penalizar o funcionário pela recusa ou desistência de participar de uma operação encoberta. Nesse caso, o artigo 14 prevê que o agente tem o direito de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada.[114]

Conforme esclarecido neste capítulo, resta evidente a conclusão de que a exclusão da responsabilidade do agente infiltrado não é absoluta, sendo passível de mitigação a partir de critérios como o da proporcionalidade e necessidade em sua atuação.

5.2 Limites e prospectivas da operação encoberta

113 PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Encubierto y Processo penal Garantista: Límites y Desafios.* Tese (doutorado). Programa de doctorado em estado de derecho y buen gobierno: Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012. p. 312

114 FERRO, Ana Luiza Almeida. Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014, p.223

Fica claro que para prevenir abusos é importante um controle da infiltração. No que tange aos limites da infiltração policial estabelecidos pelo Magistrado quando da sua autorização, Souza esclarece que pode haver risco de ingerência do Poder Judiciário na investigação pois esses limites já estão previstos tanto na Constituição como no Código de Processo Penal ou na legislação esparsa.[115]

Além disso, o agente já deve conhecer sua responsabilidade de respeitar limites impostos na lei e na medida que deferiu a execução da tarefa e evitar cometer delitos, principalmente que envolvam lesão ou ameaça grave dirigida a outra pessoa, embora em algumas situações sabe-se que isso é inevitável.[116]

Entretanto, vários autores apontam para uma das questões mais polêmicas da Lei 12.850/2013, que versa em seu artigo 13, parágrafo único o seguinte: "Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação quando inexigível conduta adversa.".

Esse ponto paradoxal vem sendo exaustivamente tratado nesse trabalho pois o agente infiltrado teria o aval do Estado para praticar atos delituosos que deveriam ser reprimidos por este, quando ele se vê compelido a realizar algum crime pela organização. Mas, também esse agente não pode ser simplesmente responsabilizado por utilizar recursos para cumprir a tarefa que lhe foi determinada. Reside aí a dificuldade interpretativa pela subjetividade apontada em se tratando de situações extremas e diferenciadas.[117]

No que tange à proporcionalidade para o desenvolvimento de uma investigação e produção de prova, esse conceito mostra-se insuficiente para esclarecer a responsabilidade do agente, uma vez que é difícil mensurar o custo X benefício social resultantes das ações praticadas. Segundo o autor, é preciso continuar a discussão do tema para compreender melhor a justificação, exculpação e

115 SOUSA, Marllon. Crime Organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97

116 SOUSA, Marllon. Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às Organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107

117 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p 174

exclusão de punibilidade do agente infiltrado.[118] Nesse sentido, Souza propõe uma reestruturação do modelo legal de infiltração policial em organizações criminosas, com definições mais precisas de organização criminosa, do deferimento e legitimidade da ação, de questões de sigilo e controle interno, dos limites de atuação do agente, registros e relatórios, proteção à identidade e exclusão da ilicitude.

> Para tanto, defende que todos os atos da infiltração policial passem pelo crivo do Poder judiciário por ocasião da persecução penal, momento no qual, através do filtro da Constituição de 1988, com respeito à bilateralidade dos atos processuais e do direito à ampla defesa, será adequadamente feira a valoração dos elementos de prova colhidos pelo agente infiltrado.[119]

Ainda no que tange à regulamentação do agente infiltrado, Pacheco afirma que as medidas de segurança pública só serão eficazes se acompanhadas de ações de alcance social, ou seja, investimento no contingente humano da polícia, mais do que em aquisições de viaturas, novas delegacias, promulgação de leis, dentre outros. O crime organizado precisa ser enfrentado para que não comprometa a essência do Estado de tal forma que o estado Democrático de direito, que tem como função resguardar a igualdade, justiça social e garantir ,direitos humanos fundamentais, não pode se abster de lançar mão de meios preventivos e repressivos, como a infiltração, justificando-se no princípio de proteção do indivíduo sabendo que também é seu dever a eficiência da justiça para que se efetive essa mesma proteção.[120]

6 CONCLUSÕES

Conforme analisado neste trabalho acadêmico, o agente policial que estiver atuando como infiltrado dentro de uma organização criminosa, assim como os outros

118 *Ibidem*, p. 175-177
119 SOUSA, Marllon. Crime Organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às Organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142
120 PACHECO, Rafael. Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá. 2011

agentes públicos, também estará sujeito à responsabilização, caso atue irregularmente.

No que concerne à responsabilização, este projeto cientifico foi iniciado com escopo de analisar como se daria a responsabilização do agente que, supostamente, atuasse de maneira irregular.

Inicialmente, foi realizada pesquisa jurisprudencial na tentativa de averiguar como o magistrado fundamentava a condenação, ou absolvição, de um ato praticado pelo agente infiltrado, no exercício da infiltração, no âmbito da organização criminosa.

A pesquisa restou infrutífera, visto que, além do instituto não ser muito utilizado pelas autoridades policiais brasileiras, não foi possível encontrar nenhuma jurisprudência que tratasse de sua responsabilidade, o que leva a crer que a responsabilização do *undercover agent* é algo distante da nossa realidade jurisprudencial.

Em razão do insucesso referente à pesquisa jurisprudencial, não restou outro meio senão a pesquisa acadêmica doutrinária e legislativa, buscando textos nacionais e estrangeiros, no intuito de elucidar melhor se existiria a possibilidade de responsabilização e, em caso positivo, quais os critérios utilizados para responsabilização do agente infiltrado.

Analisando a lei que trata das organizações criminosas e seus métodos especiais de investigação, Lei 12.850/2013, nos dirigimos ao art. 13 que diz respeito à responsabilidade do agente.

Em síntese, o artigo aduz que o agente será punido se seus atos não estiverem de acordo com o critério da proporcionalidade, critério este que deverá ser analisado pelo magistrado à luz do caso concreto.

Contudo, entende-se que critérios puramente subjetivos para interpretação da norma regulamentadora (Lei 12.850/2013), tal como conceitos jurídicos indeterminados e inexistência de jurisprudência, como não estabelecem limites

claros de atuação, levam à insegurança jurídica para ambas as partes, tanto para o investigado quanto para o agente policial.

Imaginemos a seguinte situação, o policial, atuando como agente infiltrado, se vê em uma situação onde é ordenado a ele, pelo líder da organização criminosa, que atire em uma determinada pessoa. Em tese, a conduta mais apropriada seria a de o agente informar o responsável pela infiltração para que a situação fosse colocada em pauta numa audiência com a presença do Ministério Público e do Magistrado, para que assim fosse decidido o que deveria ocorrer. Evidentemente, isso não é possível num caso real, logo, o próprio agente deveria decidir de imediato.

Perceba que o agente poderia ficar inseguro em tomar a decisão e ser responsabilizado posteriormente, tal como sua insegurança e hesitação na hora de realizar a conduta, poderia colocar em risco sua identidade policial.

Além disso, é sabido que as organizações criminosas possuem normas próprias e não costumam ser muito compreensivas com aqueles que desobedecem ordens de superiores hierárquicos. Logo, além do receio de ser responsabilizado, o agente correria risco de vida ao não participar de uma empreitada criminosa ou desobedecer a uma ordem.

A título exemplificativo, destaca-se a conduta costumeira da máfia *Yakusa*, onde, caso um membro descumpra uma ordem de seu superior hierárquico, terá pedaços do dedo amputados.

Evidentemente o direito à vida prevalece diante da amputação de um dedo, mas seria justo que um agente fosse responsabilizado caso escolhesse por ceifar a vida de alguém a ter seus dedos amputados?

Dessa forma, fica evidente a insegurança jurídica trazida por normas juridicamente abertas e subjetivas, que permitem ao magistrado total discricionariedade na aplicação de uma suposta condenação ou absolvição.

Essa discricionariedade se deve exclusivamente pelo fato de a responsabilização estar pautada apenas no critério subjetivo da “proporcionalidade”,

o que, evidentemente, leva a total insegurança jurídica tendo em vista a gravidade fruto de uma suposta responsabilização, principalmente no âmbito penal.

Conclui-se, portanto, que nossa legislação, apesar de estar evoluindo em relação às técnicas de persecução penal, ainda apresenta diversas técnicas legislativas que levam à insegurança jurídica, a exemplo da possibilidade de responsabilização do agente infiltrado, que é o foco deste trabalho.

Dessa forma, apesar de sermos favoráveis ao desenvolvimento de novas técnicas de investigação para uma efetiva persecução penal, entendemos que o legislador deve observar atentamente o texto da lei que pretende produzir, no intuito de resguardar tanto os investigados como os agentes policiais. E, para atingir esse objetivo de adequação da legislação ao caso concreto, sugere-se que, além de mais cuidado na redação legislativa, sejam ouvidos especialistas em segurança pública e autoridades policiais especialistas no conteúdo da norma que se pretende produzir, pois são eles que trabalham dia a dia com as causas nas quais a legislação será aplicável.

Além disso, de acordo com as etapas da operação de infiltração, acredita-se que por mais capacitado que seja o agente, ele terá dificuldades enquanto sujeito, de assumir uma outra identidade, principalmente em situações de tensão, risco e pressão, inerentes à posição do agente infiltrado. Entende-se assim que a legislação deve incumbir-se também de normatizar uma metodologia de ação, investindo, de forma sistemática, no programa de capacitação, usando inclusive dispositivos interdisciplinares que lhe permitam melhor apreensão da tarefa, aferição de sua capacidade de adaptação a situações adversas, e compreensão de suas condições físicas e psíquicas para tal, dando-lhe apoio necessário ao cumprimento eficaz do seu dever.

REFERÊNCIAS

BENTO, Ricardo Alves. *Agente infiltrado – Busca pela legitimação constitucional*. In: CUNHA, Rogério Sanches. Limites constitucionais de investigação. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009. p. 344-355

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988

BRASIL. *Lei 12.850.2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm

BRASIL. *Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm>

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. Ed. São Paulo, Saraiva, 1991

CUNHA, Rogério Sanches. *MP pode requisitar informações financeiras sobre recursos públicos*. Disponível em:<http://meusitejuridico.com.br/2017/09/27/mp-pode-requisitar-informacoes-financeiras-sobre-recursos-publicos>. Acesso em: 05.set.2018

FEITOZA. Denílson. *Direito Processual penal: teoria, crítica e práxis.* 6 ed. Niterói: Impetus, 2009

FERRO. Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: comentários à Lei 12.850/2013*. Curitiba: Juruá, 2014

GASPARI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1117

GRENNAN, Sean. *Organized crime: a wordwide perspective.* New Jersey: Pearson Education, INC. 2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 201

HOFFMANN, Henrique. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 2 ed. Salvador: ed. Juspodivm. 2018

JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 12. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2016

KENNEY, Denis Jay. *Organized Crime in America.* United States of America: Wadsworth Publishing Company, 1995

KNOPLOCK. Gustavo Mello. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 201

LIMA. Renato Brasileiro. *Legislação Especial Comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

MORAES, Alexandre de. *Direitos Constitucional*. 34. ed. – São Paulo: Atlas.

MORAES, Fábio Trevisan. *Direito Fundamental à segurança pública e políticas públicas.* Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>. acesso em: 27.abr.2018.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Atlas 2015

MONTOYA. Maria Daniel. *Máfia e crime organizado: Aspectos legais; autoria mediata; responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder; atividade criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011

PEREIRA, Flávio Cardoso. *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência*. In: CUNHA, Rogério Sanches. Limites constitucionais de investigação. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009. p. 98-121

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Encubierto y Processo penal Garantista: Límites y Desafios*. Tese (doutorado). Programa de doctorado em estado de derecho y buen gobierno: Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

RANGEL. Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2016.
TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 10. Ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação Premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais. Retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

SANCHES CUNHA. Rogério. *Crime organizado – comentários à nova lei sobre o crime organizado* – Lei 12850/2013. 2. ed. Salvador: Juspodvim. 2014.

SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Inquérito policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual*. Salvador: JusPODIVM. 2018.

SOUSA. Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas: 2015.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Separação, violência e danos morais – tutela da personalidade dos filhos. São Paulo: Paulistana Jur, 2004

ZANELLA. Everton Luiz. *Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo.* Curitiba: Juruá, 2016

ZANIN, Viviane Afonso. *A infiltração de agentes policiais como meio de obtenção de provas contra o crime organizado: uma análise à luz da lei nº 12.850/2013.* Disponível em:<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42304/66.pdf?sequence=1> Acesso em: 28.abr.2018

ZULMAR, Fachin. *Acesso à água potável. Direito fundamental de sexta dimensão.* São Paulo: Millennium, 2011.

WRIGHT, Alan. *Organized Crime. United States of America:* Willan publish, 2006.

.

Ciências
Criminais

A CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ COMO AMPARO LEGISLATIVO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA E SEUS REFLEXOS DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO NA CRIAÇÃO DOS INSTITUTOS LEI MARIA DA PENHA E LEI DO FEMINICÍDIO

Eliana Nonato da Silva

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi demonstrar a importância do documento internacional conhecido como A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, e que, por pactuação do Estado Brasileiro, veio a servir de base para elaboração de outros institutos legislativos de amparo e proteção às mulheres no combate a violência de gênero. Tendo-se em linha de consideração às demandas feministas para enfrentamento da violência contra à mulher, que tiveram forças para impactar e estimular a busca de estratégias para a promoção da igualdade de gênero, e que gradativamente tem incorporado pautas para cobranças legislativas e políticas públicas de prevenção de mulheres em situação de violência. Desse modo, ganha destaque a Convenção de Belém do Pará, pois, como medida para o enfrentamento da temática da violência contra a mulher, constituiu-se um marco legislativo internacional que impulsiona o Estado brasileiro a buscar efetivar os objetivos de seus propósitos. No sentindo de fortalecer a sistemática vinculante, as Leis Maria da Penha e do Feminicídio são elaboradas sob forma de respostas legislativas brasileiras, na qualidade de ações afirmativas como meio de atribuir tratamentos penais aos crimes cometidos no contexto doméstico, bem como punir mais severamente os crimes cometidos em razão do gênero. Desacelerando as condições de um passado discriminatório no que tange ao gênero, de modo a combinar proibições com políticas compensatórias,

assim, transformando em reconhecimento legal a obrigação de efetivar a igualdade entre eles.

Palavras-chave: Gênero. Movimento Feminista. Violência de gênero. Direitos humanos das mulheres. Lei Maria da Penha. Lei do Feminicídio.

1 INTRODUÇÃO

O presente tema trata da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 06 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto 1.973, de 1º de outubro de 1996. E, como este marco legal serviu de instrumento para a inovações normativas no cenário brasileiro, compondo um sistema de atendimento de proteção à mulher vítima de violência, que se materializaram através dos institutos: Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio.

A formulação da Lei Maria da Penha ou Lei 11.340/2006, deu-se num contexto de patente violação dos direitos humanos da mulher, constituindo-se "um dos marcos legais para o enfrentamento dos crimes de gênero". Com o novo instituto a violência contra a mulher ganhou visibilidade na arena internacional, e juridicamente a violência doméstica deixou de ser "considerada como crime de menor potencial ofensivo". A Lei trouxe coiceituação que foi "rapidamente reconhecida e incorporada no discurso das mulheres do país, independentemente de posição social" (2017, p 3.083).

Outra inovação legislativa brasileira foi a regulamentação da Lei 13.104/2015, a Lei do Feminicídio, que veio tipificar o homicídio de mulheres, cometidos por razões baseadas no gênero, caracterizado pelo simples fato da discriminação da condição do sujeito mulher. Discriminação essa, fundamentada por lastros de assimetrias de poder, decorrentes de desigualdades de direitos e garantias, que vai de encontro a dignidade da condição feminina.

Uma resposta normativa urgente, necessária, como forma de punir o assassinato de mulheres. Como bem insere-se no discurso de Oliveira (2015, p. 37):

> Criminalizar o Feminicídio foi uma providência necessária e justa, diante da dívida que a sociedade possui para com as mulheres; entretanto, a judicialização do feminicídio é apenas uma das muitas modificações que o Estado deve empreender a fim de transformar definitivamente essa realidade.

Desse modo colabora para a desconstrução do senso comum de naturalização de práticas de violências à mulher e ainda exige a efetividade de inovações normativas para atuar na superação da desigualdade de gênero.

Será abordado o conceito de gênero dentro do panorama histórico cultural, compreendendo também a luta das mulheres pela conquista de direitos.

Sobre o ordenamento jurídico brasileiro, será apresentado as medidas normativas adotadas, e sua aplicabilidade como inovações de proteção à mulher, provenientes da exigência emanada da Convenção de Belém do Pará.

Por fim, a perspectiva prática sob o foco dos princípios da constituição Federal de 1988 (isonomia e dignidade da pessoa humana), bem como dos institutos normativos que compõem o sistema de atendimento à mulher vítima, no que tange à efetivação das normas adotadas pelo sistema brasileiro como consolidação das exigências das proposições da Convenção de Belém do Pará.

2 GÊNERO E DIREITOS HUMANOS

Gênero está intrinsecamente ligado a afirmação dos direitos humanos, vez que é pressuposto para ser sujeito desses direitos o simples fato de ser humano.

Na arena social o termo ganhou relevo pela militância feminista na busca de reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, e na academia foi muito debatido no campo das ciências sociais e no campo jurídico a formulação ganha entendimento quando da configuração legislativa que exige a aplicabilidade de institutos de proteção.

Nesse sentido Gonçalves (2013, p. 41) provoca dizendo que: “a formação jurídica, de maneira geral, ainda é feita como se o direito e sua interpretação fossem neutras no que se refere ao gênero – seja de quem as interpreta ou de quem as

interpela". Assim, deixando-se revelar a busca da afirmação de direitos e forçar o olhar dos juristas para os "pontos cegos" e, assim, desarraigar o processo de "invisibilidade" que se instaurou diante da situação da mulher na sociedade. Na perseverança de não se debruças na "simples enunciação da igualdade", uma vez que não conectando o direito à efetivação das medidas tornam-se meros institutos legais.

2.1 Gênero na Perspectiva Histórico Cultural

Através de um processo histórico de busca de igualdade de direitos, o movimento feminista estimulou fortemente debates que embasaram a "desconstrução de teorias que, fundadas em aspectos biológicos determinam papéis sociais restritos e compulsórios para homens e mulheres", envolvendo questões que apontavam a exclusão das mulheres do contexto público e "apartando-as" da esfera de proteção jurídica, reformulando-se assim, significados e ressignificações para a "reversão das situações de violência e opressões a que as mulheres são submetidas" (GONÇALVES, 2013, p. 42-43)".

Dentro do campo da antropologia pode-se vislumbrar os "primeiros ensaios do homem à compreensão das desigualdades no convívio social", conforme descreve Bernardi (2015, p.168):

> O homem das cavernas, preocupado com a garantia da espécie, segregou o grupo tomando os mais fortes, assim fisicamente considerados, para a atividade da caça e, por consequência, alimentação do grupo, deixando aos mais fracos o cuidado com a prole e com o próprio meio em que viviam. Certamente não havia ainda os anseios decorrentes de acúmulos de riquezas, não havia o estranhamento das diferenças de cores, a alma, as implicações religiosas e filosóficas não eram importantes à medida que se buscava meramente a sobrevivência no ambiente hostil.

Daí podem ter surgido a identificação dos papéis sociais de masculinidade e feminilidade, com base no gênero, e a formação da construção de distinção biológica a identificar papéis do homem e da mulher.

Segundo Stolcke (2004, p. 82), foi a antropóloga norte Americana Margaret Mead uma das primeiras teóricas a se utilizar do termo gênero, quando em investigações etnográficas analisava a visão sexista que prevalecia na atuação dos papéis masculinos e femininos a partir de determinantes biológicos. Assim "*aparece por primera vez el término género aunque de modo poco claro*".

Na conceituação de Scott (1995, p.72-75), o termo "gênero" enfatizava igualmente o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade", compreendido como:

> [...] uma categoria de análise histórica de um núcleo de definições das relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e nas relações de poder. Além disso, estudar os comportamentos construídos socialmente como de homens e de mulheres a partir de uma perspectiva das relações de Gênero é, sobretudo, reconhecer e celebrar as diferenças. Isso porque homens e mulheres são dotados de masculinidade e feminilidade, entretanto, a sociedade tende a definir os papéis sociais considerados como masculinos e femininos.

Sobre as diferenças conceituais, Gonçalves (2013, p.46-47) diz que o raciocínio desenvolvido para a ideologia de gênero, "instaurou-se numa dicotomia entre natureza e cultura, sexo e gênero". A construção do gênero foi sedimentada socialmente como atributos culturais classificatórios para naturalizar e justificar desigualdades que se desenvolveram a partir das relações concretas entre homens e mulheres, na perspectiva do "poder exercido por homens, em meio às relações políticas que permeiam a sociedade". Portanto, não é possível dissociar o termo de um contexto sociopolítico e deixar de apreender o que carrega o significado simbólico internalizados nos ambientes, enquanto, espaço de negação de direitos das mulheres.

No debate teórico os questionamentos dos papéis sociais a mulher aparece como um ser que foi moldado a partir do domínio do ser homem enquanto dominador de posições. Neste sentido, a filósofa francesa Simone de Beauvoir, em seu livro "O Segundo Sexo" (1980), apresenta o ser mulher como algo que se apreende e não pode ser reduzido apenas à concepção biológica, em sua célebre

frase “Não se nasce mulher, torna-se”. Essa é uma afirmação diretamente sobre “gênero”, sobre a mulher, que para Beauvoir, não era compreendida como um “outro”, mas como uma subalternidade que só podia se constituir em relação ao sujeito “homem”, em sua dependência. O devir mulher, não poderia, na ótica de Beauvoir, caber em um entendimento do “devir homem”, de modo que, os primeiros estudos feministas, nos trazem uma ótica ainda essencialista de “diferença de gênero”, diferença essa que continua a se constituir a partir de novas interpretações dos dados biológicos.

Sobre esse entendimento afirma Brah (2006, p. 341):

> Nosso gênero é constituído e representado de maneira diferente segundo nossa localização dentro das relações globais de poder. Nossa inserção nessas relações globais de poder se realiza através da miríade de processos econômicos, políticos e ideológicos. Dentro dessas estruturas de relações sociais não existimos simplesmente como mulheres, mas como categorias diferenciadas, tais como 'mulheres da classe trabalhadora', 'mulheres camponesas' ou 'mulheres imigrantes". Cada descrição está referida a uma condição social específica. Vidas reais são forjadas partir de articulações complexas de dimensões. É agora, axiomático na teoria e práticas feministas que a 'mulher' não é uma categoria unitária. Mas isso não significa que a própria categoria careça de sentido. O signo 'mulher' tem sua própria especificidade constituída dentro e através de configurações historicamente específicas de relações de gênero. Seu fluxo semiótico assume significados específicos em discursos de diferentes 'feminilidades' onde vem a simbolizar trajetórias, circunstâncias materiais e experiências culturais históricas particulares. Diferença nesse sentido e uma diferença de condições sociais.

Ao longo dessas abordagens do que vem a ser gênero e seus papéis foram construídas complexidades e hierarquias fundadas nesta categoria, promovendo discussões e debates e revisão de condutas que se instalaram na sociedade, construídas a partir de diferenças biológicas.

2.2 Gênero e o Sistema Jurídico Brasileiro

Revisitando a história jurídica brasileira, a condição feminina foi estabelecida como ser inferior, também marcador de desigualdade e perpetuada no tempo,

interferindo em todas as esferas da convivência social. Desde as Ordenações Filipinas, que legitimavam ao poder disciplinar primeiramente do pai e posteriormente do marido às mulheres e que vigorou por quase 350 anos no Brasil. Quando em 1830, o Código Criminal afastou normas que autorizavam castigos e morte das mulheres por adultério, porém ainda tratou com desigualdade homens e mulheres, na vigência da Constituição de 1824 que já instituía a igualdade formal (SENADO FEDERAL).

Nos lindes dessa Ordenações os "crimes de paixão" ou passionais nos quais eram alegadas à defesa da honra quando os homens em estado de completa privação de sentidos e de inteligência matavam suas namoradas ou mulheres para lavar a sua dignidade. Leila Linhares reconhece que "Essa é a origem, na cultura brasileira, da nefasta tese da legítima defesa da honra" (BARSTED; 2012, p. 92).

O Código Penal de 1890 esse direito de os homens matar suas mulheres foi revogado, muito embora, continuou leniente para com os crimes de assassinatos femininos. Arrastando uma cultura que se inscrevia contra as mulheres nos espaços privados, "o qual proporcionava a sua naturalização e invisibilização" (OLIVEIRA, COSTA e SOUSA; 2015, p. 23).

O Código penal de 1940, "também estava imbuído de uma visão sexista", permitindo a não penalização ao crime de estupro caso o estuprador que se casasse com a vítima. Deixando de considerar a integridade física da mulher ao justificar que tal crime atentava apenas aos costumes, pois, era mais levado em consideração para transmudar o abuso a complacência do judiciário que reforçava maior severidade às legitimações femininas, criando o estigma da mulher "honesta", que neste caso não perderia tal título por força dos padrões culturais, pois, seria mulher casada (BARSTED; 2012, p. 95).

E o então, Código penal de 1940 dispôs em seu artigo 28º que a emoção ou a paixão não excluem a responsabilidade criminal, porém ainda foi acolhida pelo judiciário a legítima defesa da honra em muitos crimes contra as mulheres. Somente em 1991 que por decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial

1.571, 11.03.1991, argumentou que contra essa defesa da “honra” do companheiro ou marido, este deveria buscar na esfera cível a separação ou o divórcio, acolhendo o entendimento de que a defesa honra não cabe ao homem traído, pois “a honra ferida é a da mulher, quem cometeu a conduta reprovável” (SENADO FEDERAL).

O Código Civil de 1916 manteve a tendência patriarcal com a instituição do pátrio poder e do reconhecimento da incapacidade feminina para as atividades da vida social (SENADO FEDERAL). Pois, “expressava o reconhecimento de um direito maior para os homens em detrimento das mulheres” (BARSTED; 2012, p. 92).

Esse direito de dominação masculina também reconhecido como patriarcado deve ser compreendido como uma dominação que legitima a hegemonia masculina nas relações de gênero, em todas as esferas sociais, que faz perpetuar a violência cotidiana contra as mulheres, uma vez que faz evidenciar uma divisão de direitos conferindo aos homens mais poderes consolidando uma estratégia de “subalternidade” feminina. “Dessa forma, o homem, além de exercer o poder político nos espaços públicos, passa a exercer o poder sexual sobre as mulheres legitimado pelo casamento, considerado modalidade de contrato, no espaço privado (OLIVEIRA, COSTA e SOUSA; 2015, p. 24 - 29) ”.

Em circunstância desse matiz, aborda Oliveira (2015, p. 29):

> O homem, além de exercer o poder político nos espaços públicos, passa a exercer o poder sexual sobre as mulheres legitimado pelo casamento, considerado modalidade de contrato, no espaço privado. Destarte, na acepção dessa ordem, a esfera privada converte-se em elemento decisivo para a compreensão da dominação política e sexual sobre o gênero feminino. Nas análises da vida privada, verifica-se que está, até bem pouco tempo, era inviolável pelo poder público e o casamento legitimava qualquer tipo de violação à dignidade feminina, de tal sorte que a violência praticada contra a mulher, ao longo da história, naturalizou-se. O argumento patriarcal, baseado nas relações sociais de dominação, dá a ver que as mulheres estão naturalmente submetidas aos homens.

Mello (2013, p. 29) deixa assentado, portanto que:

> A violência baseada no gênero é um mecanismo político, cujo objetivo é manter as mulheres em desvantagem e desigualdade no mundo e nas relações com os homens, permite excluir as mulheres do acesso aos bens, recursos e oportunidades. Contribui para a desvalorização, prejudica e intimida as mulheres e reproduz o domínio patriarcal.

Assim, para exercer e consubstanciar, justificar e invocar a seu favor essa dominação "a visão androcêntrica é sempre legitimada pelas práticas que ela determina: pelas suas disposições resultarem da incorporação de preconceitos desfavoráveis contra o feminino" (BORDIEU; 2014, p. 44).

Na observação que as justificativas as relações de poder, o Código Civil de 1916, inscreveu a mulher como "ser frágil e dependente", "sempre necessitada da proteção masculina", pois não reconhecia a capacidade civil feminina para os atos da vida civil, ficando esta relativa ao consentimento do marido. Tendo uma alteração somente em 1962, com o "Estatuto da Mulher Casada", quando, somente a mulher casada poderia ter capacidade plena, porém na prática, era ela mera "colaboradora do marido na constância do casamento" (BARSTED; 2012, p. 93-94).

Com a Lei 6.515 de 1977, Lei do divórcio, foram alterados dispositivos do Código civil, como bem assinala Linhares "essa lei só foi aprovada pelo fato de a votação, em tempos de ditadura militar, ter sido por voto secreto", foi muito impactante na vida social ante o dissenso da Igreja Católica, e ainda do "o Poder Judiciário, uma visão moralizante assimétrica no que concerne à avaliação dos comportamentos dos ex-cônjuges, exercendo-se uma pressão maior sobre a conduta das mulheres (BARSTED; 2012, p. 95)".

Cumpre deixar anotado que tanto na esfera cível como na penal há eficácia bastantes restritivas de direitos para as mulheres, como bem anota Barsted (2012, p. 96): "nosso passado legislativo permite compreender a manutenção de uma herança cultural expressa no padrão de desvalorização das mulheres".

Emergido de posicionamento internacional a preocupação formal com a violência contra as mulheres, em 1981, o estado brasileiro ratificou a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) e "passou a

compartilhar da defesa dos direitos femininos de forma mais efetiva" (LIMA, 2016, p. 141).

Sensível ao que está sendo exposto, Linhares (BARSTED; 2011, p. 12), conclui revelando a importância da luta das mulheres na busca de efetivar a fruição desses direitos humanos. Nesse sentido tece a afirmação de que: "as organizações feministas brasileiras tiveram a capacidade de compreender que a luta por cidadania implica a superação de hierarquias temáticas na medida em que os direitos humanos são indivisíveis".

Em decorrência do tratado cria em 1985, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e a primeira Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM. "Esses dispositivos foram importantes, muito embora essa questão para o estado brasileiro fosse vista apenas sob o ponto de vista da justiça e da segurança pública" (LIMA, 2016, p. 141).

Em 1988 a nova Constituição brasileira surge como marco jurídico democrático, incorporando em suas normas uma dinâmica principiológica que buscou dar um tratamento isonômico entre homens e mulheres, estabelecendo igualdade nos direitos e obrigações.

Leila Linhares (BARSTED; 2012, p. 97), observa que, no Brasil "a alteração no quadro das discriminações legais só foi possível pela ação de um forte movimento feminista", que por suas atuações e resistências contra às práticas discriminatórias, de opressão e abusos que eram excluídas do ordenamento jurídico.

Leciona sobre o tema Flávia Piovesan (2013, p. 86):

> A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção dos setores vulneráveis da sociedade brasileira.

No novo documento político, as demandas femininas encontraram ressonância aos clamores à igualdade de tratamento entre os gêneros e também quanto às novas modalidades de instituição familiar, com a interferência da

responsabilidade do Estado para assegurar um ambiente não violento no âmbito das relações familiares (BARSTED; 2012, p. 98).

A Constituição Federal de 1988 adotou, em seu artigo 1º, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana como um primado do respeito ao ser humano, homem e mulher, assim disposto:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> […]
>
> III - a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana consagra-se, deste modo, como um verdadeiro superprincípio constitucional, pois, acolhe os valores humanos universais edificados pela ONU, que instauram um novo modelo de conduta. Assim, "para orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido", a nossa Carta Maior constitui-se, assim, num suporte axiológico a orientar toda normatividade com função ordenadora a salvaguardar valores fundamentais (PIOVESAN, 2013, p. 93-94).

Sob a égide do texto constitucional, cabe fomentar a urgência de se combater relações discriminatórias que afetam a dignidade humana da mulher, ampliando-se, assim, o horizonte de atuação social para que a mulher possa exercer suas potencialidades com autonomia e dignidade, gozando dos mesmos direitos que os homens.

Nesse sentido reza o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

O Constituinte de 1988 ao assumir o compromisso com a garantia da igualdade de gênero, compreendeu instituído a consideração para as relações familiares, como por exemplo, quando afirma que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (FERRAZ, 2013, p. 88).

Assim o artigo 226 da Constituição Federal ao instituir a responsabilidade social da família, elenca a mulher como ser ativo, igualmente capaz, responsável e apta a participar e assumir os compromissos da vida civil:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> […]
>
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A inserção deste artigo também obriga o Estado no dever de coibir a violência intrafamiliar (SENADO FEDERAL).

No campo dessa abrangência, Ferraz (2013, p. 89) diz que: "a busca da igualdade material entre homens e mulheres não decorreu, certamente, da mera explicitação na letra da Constituição". Para tanto, houve também, "uma mudança de mentalidade que passou a admiti-la de fato", sendo esta mudança de mentalidade, o pressuposto imprescindível para a providência favorável à efetivação integral do instituto constitucional, ao "avanço da igualdade" (FERRAZ; 2013, p. 89).

Quanto à adoção do princípio da isonomia, basta uma leitura atenta do artigo 1º comando do Código Civil de 2002, para vê-lo irradiado no novo instituto, abrangendo, sem distinção de gênero, o registro da capacidade de homens e mulheres, notadamente ao expressar que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil" (LEI 10.406/2002).

Na linha histórica das legislações nacionais, sustentada na linguagem da inclusão da mulher como ser humano, portanto, sujeito de direitos, em consonância com a Convenção de Belém do Pará, ou Convenção Interamericana para prevenir,

punir e erradicar a violência contra a mulher, a qual o estado brasileiro ratificou em 1995; é criada a Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM), na data de 28 de maio de 2003. Neste mesmo ano é criada a Lei 10.788, que veio trazer visibilidade contra a violência perpetrada contra a mulher com base em qualquer conduta baseada no gênero, inclusive decorrente de discriminação. A qual exigia a notificação compulsória dos casos de violência contra a mulher vítima, quando atendida em serviços de saúde públicos ou privados. A Lei em comento adotou a definição de violência contra as mulheres definida na Convenção de Belém do Pará (BARSTED, 2011, p. 25).

A violência contra a mulher hoje deve ser encarada como "um grave problema de saúde pública, visto que se trata de um processo antigo, multifatorial e que acarreta problemas de natureza social, política, econômica e de saúde". E, através dos debates e de formulações legais está "passando a ocupar um lugar de destaque com o desenvolvimento de políticas" públicas para atuar na prevenção e combate. Disto, apreende-se o alto grau de importância que as discussões sobre estas pautas femininas "muito contribuem para a realização de políticas dentro da realidade da mulher vítima de violência", visto que, as análises contextuais de cultura e educação estão intrinsecamente relacionadas com as causas de violência e com as estratégias para combate (LIMA, 2016, p. 144-145).

Posteriormente, em 2004, a Lei 10.886 acrescenta parágrafos ao art. 129 do Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica", para o caso de lesão contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Na temática da violência contra as mulheres, começam a surgir leis específicas, "as quais podem ser entendidas como ferramentas para assegurar a reversão de injustiças perpetradas contra as mulheres (GONÇALVES,2013, p.25 – 33) ".

Em 2005, a Lei n. 11.106, de 28 de março, "alterou diversos artigos do Código Penal claramente discriminatórios", como por exemplo no artigo 107, a

revogação de incisos VI, que considerava extinta a pena do estuprador que se casasse com a vítima, e VII pelo casamento da vítima com terceiro. Uma nova consideração trazida pela Lei de 2005, refere-se ao artigo 226, que trouxe aumento de pena para situações de convivência domésticas, "por essa nova redação fica definitivamente caracterizada a situação de estupro marital ou cometido por companheiro". Revogado também foi artigo 219, que utilizava o termo mulher "honesta" para tipificar o crime de rapto. E este termo discriminatório foi retirado da redação de outros artigos, por não caber mais como qualificativo para vítima. Assim também, o artigo 240, que tratava do crime de adultério (BARSTED, 2011, p. 25 - 26). Crime este que, quando praticado por homens, era sempre "visto com mais complacência no âmbito do poder judiciário, que julgava com mais severidade o adultério feminino" (BARSTED, 2012, p. 95).

As alterações feitas no Código Penal guardam estreita relação com as "Recomendações do Comitê da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), quando da apresentação do Relatório Nacional Brasileiro, em 2004", que se fizeram necessárias diante da magnitude da violência perpetrada contra as mulheres (BARSTED, 2011, p. 26).

No enfrentamento da violência contra as mulheres, paralelo a esta elaboração 11.106 de 2006, o Estado brasileiro registra outra elaboração necessária, a Lei 11.340/2006, como resposta afirmativa às violações a direitos humanos, em ambiente doméstico, que revelaram omissão estatal por não tomar as medidas cabíveis de punição (GONÇALVES; 2013, p. 244 - 251).

No histórico de visibilidade feminina, sob os fundamentos e argumentos iterativos de combate à violência contra as mulheres, inscrevem-se a adoção de medidas afirmativas por parte do Estado. Conhecidas também, como ações afirmativas ou ações positivas. As quais tem por objetivo o alcance da igualdade real. Assim, a função das ações afirmativas é promover a igualdade de oportunidades. Na esteira normativa é a busca de meios para atingir a igualdade jurídica, ao instituir meios rápidos e efetivos necessários para torná-la efetiva no

convívio social. Dessa efetividade é que se espera que haja a eliminação das desigualdades fundadas em "estereótipos e um amplo respeito venha a se instaurar no sentido de respeito ao papel da mulher e do homem na sociedade", buscando uma releitura de promoção e "participação feminina nos espaços sociais, considerado antes como espaços masculinos" (FERRAZ, 2013, p.82).

Como ação afirmativa no sistema jurídico brasileiro, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015) surgem como instrumentos legais para combater a violência contra a mulher, buscando-se tornar mais efetiva a superação da desigualdade de gênero.

2.3 A luta das mulheres pela conquista dos Direitos

A luta das mulheres pela conquista de direitos, também denominada de movimento feminista ou feminismo, representa a busca de inclusão e respeito, bem como se sustenta na efetivação da igualdade, formalizada em lei, entre homens e mulheres, e representa também uma demanda em que as determinantes biológicas sejam respeitadas e que não sirvam de pretexto para discriminar, subordinar e inferiorizar a mulher.

Céli Regina Jardim Pinto (2010, p. 15) argumenta neste sentido, dizendo que: "ao longo da história ocidental sempre houve mulheres que se rebelaram contra sua condição, que lutaram por liberdade e muitas vezes pagaram com suas próprias vidas".

O feminismo é uma expressão atuante de luta e reação não armada às repressões política, na qual o discurso se pauta na defesa de demandas e questionamentos, também na incessante busca de revigorar estas minorias que não tinham visibilidade social.

Nas palavras de Pinto (2010, p. 16):

> O feminismo aparece como um movimento libertário, que não quer só espaço para a mulher – no trabalho, na vida pública, na educação –, mas que luta, sim, por uma nova forma de

> relacionamento entre homens e mulheres, em que esta última tenha liberdade e autonomia para decidir sobre sua vida e seu corpo. Aponta, e isto é o que há de mais original no movimento, que existe uma outra forma de dominação – além da clássica dominação de classe –, a dominação do homem sobre a mulher – e que uma não pode ser representada pela outra, já que cada uma tem suas características próprias.

Barsted ao analisar o processo de afirmação de direitos femininos destaca que, no cenário brasileiro, os primeiros grupos feministas surgiram por volta da década de 70 e eram constituídos de teóricas feministas, consolidando-se dentro das academias, que se desenvolviam nas áreas da História, Ciências Sociais, Crítica Literária e Psicanálise, todas inspiradas pelos movimentos do feminismo europeu e norte-americano, e que na militância feminista (BARSTED, 1994, P. 39):

> Essas mulheres, participantes dos movimentos de resistência à ditadura, enfrentavam a crítica dos setores conservadores e, também, dos setores progressistas que acreditavam que, na luta contra o autoritarismo, a questão da mulher parecia irrelevante e, até mesmo, reacionária.

Na formação de projetos políticos de debates e buscas de integrações de direitos, "visando implodir as assimetrias de poder historicamente construídas entre homens e mulheres". Mesmo considerando as diferenças de povos, os questionamentos e buscas eram universalmente do ponto de vista feminino, publicizando discussões de gênero e perspectiva de erradicar as opressões sofridas (GONÇALVES. 2013, p.42).

Para Machado (2014, p. 17) ao discorrer sobre o feminismo norte-americano e europeu leciona que: "nos Estados Unidos, a luta das mulheres se fundamenta na reivindicação da igualdade, construindo-se assim a ideia força de que o lugar das mulheres na sociedade era decorrente das relações sociais", e que os valores deveriam ser direcionados de modo a não ceder lugar somente a "um determinismo biológico". Já no mundo europeu, especificamente na França, o Movimento pela Liberação das Mulheres, nos anos setenta, desenvolve duas concepções de feminismo: "o feminismo igualitarista e o feminismo diferencialista". O feminismo igualitarista foi desenvolvido teorizando "a igualdade de gênero e considerava todas

as diferenças produções sociais e culturais em processo, portanto transformáveis". E o feminismo diferencialista teoriza a "diferença de sexo na dimensão do cultural e do simbólico, como uma diferença essencial, em que o feminino não é visto como inferior, mas como diferente". Na busca de igualdade de gênero "reivindica-se que a diferença simbólica ou de estilo seja igualmente valorizada e faça parte igual naquilo que seria o humano".

No cenário brasileiro "o feminismo constituiu-se, assim, desde seu início, em ator político, desenhando e lutando por uma agenda de políticas públicas voltadas para inclusão das mulheres nos direitos de cidadania (BARSTED, 2011, p. 19) ".

Na percepção de Machado, os holofotes do movimento feminista brasileiro se projetaram na "luta pela democratização, pela adesão ao combate à desigualdade de classes e pela proposta de direitos iguais entre homens e mulheres". É conveniente observar que, nas pautas de direitos femininos, "uma identidade política de reivindicação foi construída e debatida". Formando-se assim, um espaço de consciência aos pressupostos de uma igualdade investida da conjugação direitos onde, visava-se construir os alicerces de reivindicações comuns, diante da sociedade e do Estado, buscando-se, também, a efetivação de uma cidadania plena na esfera pública e privada para as mulheres (MACHADO, 2014, p. 18).

Acerca das condutas tidas como promovedora de afirmações e reconhecimentos, Libardoni (2000, p. 229) explica que, "visando à incidência política", uma *advocacy* é uma medida que, além de argumentações em defesa de interesses, promove ao movimento, aqui chamamos atenção ao movimento de mulheres, mobilizar dentro da sociedade civil, questões pertinentes as demandas femininas, com o objetivo de influenciar uma transformação social. Assim os grupos feministas desempenham uma *advocacy* com o objetivo de ganhar visibilidade para a temática das pautas femininas, gerando por sua vez, pressão política para o reconhecimento e normatização dos direitos humanos das mulheres.

Sobre as conquistas e avanços entendidos como fundamentais, a lutas das mulheres brasileiras travaram batalha, uma *advocacy* desenvolvida pelas feministas,

para se ter reconhecido o pleno direito de viver dignamente. Nesta contextualização sobre plataformas igualitárias da construção de direitos, Barsted (2011, p. 14), reconhece que:

> As organizações feministas brasileiras tiveram a capacidade de compreender que a luta por cidadania implica a superação de hierarquias temáticas na medida em que os direitos humanos são indivisíveis. Nesse sentido, a agenda feminista mostrou-se ampla, abrangendo as questões do trabalho, da renda, da participação política e social, da saúde, da sexualidade e do aborto, da discriminação étnico-racial, do acesso à terra, do direito a uma vida sem violência, dentre outros temas e outras questões que precisavam ser incluídos na arena pública.

Muitos movimentos feministas se formaram e promoveram grandes transformações sociais. No campo jurídico, proporcionou a visibilidade à violação de direitos humanos das mulheres, redimensionando assim, a incidência de proteção que, agora, engloba os espaços da vida privada, como o próprio lar. Visto que, o amparo legislativo por igualdade, "incluindo a igualdade nas relações familiares, teve destaque importante nessa agenda na medida em que significava o rompimento com a lógica patriarcal da subordinação feminina" (BARSTED; 2011, p. 14).

No entender de Libardoni (2000, p. 229):

> Muitas organizações veem a promoção e a defesa como um processo de mudança e transformação social tornar mais democráticas as relações de poder e assegurar uma participação maior dos segmentos historicamente excluídos nos processos de tomada de decisões, de maneira a tornar suas vidas mais saudáveis, seguras e produtivas. Essas concepções envolvem ao mesmo tempo o uso e a transformação do poder visando a promover uma nova visão de sociedade e de mundo, onde as relações sejam mais igualitárias, e os direitos humanos fundamentais respeitados [...].

Para a conquista de direitos e tê-los formalmente reconhecidos, o feminismo foi o movimento que se ateve na constituição desse sujeito coletivo de luta. Sabendo que, "essa luta não se esgota no reconhecimento formal de direitos", uma vez que a titularidade não "traz de imediato o usufruto dos mesmos ou a ampliação do poder de decisão das mulheres sobre suas vidas" (BARSTED; 2011, p. 14).

É reconhecendo esse papel de atuação que o feminismo sai em busca de sedimentação de direitos. E, nesta batalha, "uma das mais significativas vitórias do feminismo brasileiro foi a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984". Este Conselho, com objetivo de validar e legitimar novas categorias de direitos, atua, através de sua secretaria "com status de ministério", juntamente com grupos – "como o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), de Brasília – uma campanha nacional para a inclusão dos direitos das mulheres na nova carta constitucional". Importando lembrar que, é através destas pautas que se asseguram a adequada especificação de direitos em relação à dignidade das mulheres e sua igualdade respeitada. Resta destacar que dado o esforço na atuação da militância feminina organizada, que resultou no fato de a Constituição brasileira de 1988 ser a que "mais garante direitos para a mulher" (PINTO, 2010, p. 17).

A partir das manifestações feministas, a reivindicação de direitos das mulheres ganha impacto no desenvolvimento de políticas públicas voltadas a efetivação de atender as necessidades concretas, as quais, em razão de uma construção histórica e social, marcada por forte discriminação, mostraram-se bastante diferentes das dos homens. Assim se entende que, questões relacionadas ao matrimônio, a reprodução, ao trabalho, à opressão sexual, entre outras, ficou por muito tempo fora da pauta de discussão e, portanto, sem visibilidade nos contornos jurídicos estatais, e através destes movimentos organizados pode-se projetar na busca de posicionamento e legitimação para consolidar esses direitos. Assim, "a ocupação do espaço público pelas mulheres trouxe, portanto, a possibilidade de se conferir visibilidade para a transformação de necessidades das mulheres em direitos a serem assegurados". (GONÇALVES; 2013, p. 94-95).

2.4 Os Direitos Humanos das mulheres

Dentro da arena sobre os direitos humanos das mulheres, a designação de gênero e violência de gênero, considera-se como reconhecedor inaugural do tema a

Convenção de Belém do Pará ou Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher. Sendo este catálogo, o primeiro documento jurídico internacional de reconhecimento da problemática da violência sofrida pelas mulheres.

Sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção de Belém do Pará, Ferraz (2013; p.475) tece consideração de que é o:

> Único instrumento sobre violência de gênero, razão pela qual constitui um mecanismo importante para direcionar os estado-partes na implementação de políticas públicas e medidas específicas, inclusive leis e programas de ação nacionais e regionais, voltados para a erradicação da violência contra a mulher.

2.5 Direitos das mulheres no cenário internacional

Desde o estabelecimento das Nações Unidas, em 1945, em meio às fortes reminiscências sobre os horrores da Segunda Guerra Mundial, um de seus objetivos fundamentais tem sido promover e encorajar o respeito aos direitos humanos para todos. Sua criação demarca um novo modelo de conduta nas relações internacionais, entre elas, a proteção internacional dos direitos humanos. Com base nisso Piovesan (2013, p. 198) destaca que: "o movimento de internacionalização dos direitos humanos, dentre eles o mais importante foi a maciça expansão de organizações internacionais com o propósito de cooperação".

A Carta de 1945 é enfática ao determinar a importância de se defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, mas não especificou o conteúdo e deixando em aberto o alcance destas expressões para que houvesse acompanhamento da consolidação dos direitos humanos. Por isso, a "Declaração Universal dos direitos Humanos, de 1948, veio a definir, com precisão, o elenco dos direitos humanos e liberdades fundamentais" (PIOVESAN, 2013, P. 459).

Assim, conforme estipulado na Carta das Nações Unidas já em seu preâmbulo fica estabelecido o entendimento de direitos humanos, e que este direito é

também compreendido pelo reconhecimento dos direitos humanos das mulheres (Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948):

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo […]
>
> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...]a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Diretos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações.

A Carta de 1948 teve unanimidade em aprovação de suas disposições, pelos Estados-partes, constituindo um significado de uma ética universal, dado o consenso acerca dos valores a serem respeitados (GONÇALVES; 2013, p. 73).

Os direitos humanos estão expressos em tratados internacionais, com objetivos que visam proteger indivíduos e grupos de indivíduos contra ações que interfiram nas liberdades fundamentais e na dignidade humana. A pactuação legislativa dos direitos humanos por parte dos Estados impõe uma obrigação a estes, a de agir conforme preceitos que favoreçam o atingimento dos ideais baseados na dignidade da pessoa humana; também, impõe uma limitação, a de proibir aos mesmos, de se envolverem em atividades específicas que vão de encontro aos ideais da Carta de 1948, que reconhece como direitos humanos, portanto, direitos inerentes a cada pessoa simplesmente por ela ser um humano (ONU).

A esse respeito expressa Piovesan (2013, p. 70); O reconhecimento de que todos os seres humanos têm direitos sob o plano internacional, implica a noção de que a negação desses mesmos direitos impõe como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador.

No entender de Bandeira (2015, p. 502):

> [...]os direitos humanos são inalienáveis, universais e que não reconhecem qualquer diferença da condição de gênero. Embora tais tratados explicitem a não discriminação - sob qualquer dimensão - que deva existir entre homens e mulheres, a história planetária tem evidenciado a sua violação sistemática. Por conseguinte, e diante de tamanha evidência, emergiu a necessidade da realização sistemática de conferências e convenções, que atuem no sentido de reconhecer, assegurar e, sobretudo, implantar e garantir os direitos das mulheres no plano sociojurídicos dos Estados nacionais.

Na definição de Gonçalves (2013, p. 68), a conceituação de direitos humanos são "frutos de conquistas históricas", e assim conclui:

> Os direitos humanos, surgem como uma resposta àquelas violências que a sociedade entende injustificáveis e, portanto, deseja erradicar. Como uma defesa contra os abusos de poder. Os direitos humanos, nesta perspectiva, vão se constituindo como um acúmulo crescente de parâmetros, de conteúdos reputados fundamentais, dos quais todo ser humano é titular.

Em atenção aos direitos Humanos e sobre o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos humanos, no âmbito do sistema global de proteção aos Direitos Humanos especificamente, em documento internacional juridicamente vinculante "no que se refere à garantia de direitos das mulheres, merece destaque o texto da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)". Pois, foi "com este documento organizado a partir de normativas fixadas no plano das Nações Unidas (ONU), inaugurou-se, assim uma nova gramática de direitos para as mulheres no mundo inteiro"; (FERRAZ; 2013, p. 43).

No mesmo sentido, Souza (2010, p. 1) identifica que: "foi a partir da definição dada por tal instrumento ao termo "violência contra a mulher" que o problema passou a ser tratado como tema específico". E reforça ainda, que a edição desse documento "rompe com a equivocada dicotomia entre o espaço público e o privado, no tocante à proteção dos direitos humanos, reconhecendo que a violação destes direitos não se reduz à esfera pública, mas também alcança o domínio privado".

Ademais, os direitos humanos serem direitos universais, pode haver especificação interessada numa categoria de indivíduos, nessa perspectiva Gonçalves (2013; p. 85) conforma que:

> Esse processo de especificação dos sujeitos titulares dos direitos significa que os direitos humanos, apesar de universais, são fruídos e exercidos de maneiras diferentes, de acordo com maneiras peculiares de cada indivíduo, incluindo-se: gênero, raça/etnia, geração, classe social e considerando-se, também, a influência exercida por padrões culturais definidos pela comunidade e país em que tais sujeitos se encontram localizados e o valor que cada uma dessas assume em cada cultura. Admite-se que, os indivíduos exercem de maneiras diferentes um mesmo direito, a garantia desse direito deverá contemplar essas diferenças, a fim de permitir sua plena implementação e assegurar a igualdade material entre todos.

Dessa maneira, a justificativa para a criação de documentos de proteção internacional aos direitos humanos das mulheres recria o sentido da importância da vida, da pessoa humana, no sentido de um valor universal. Este reconhecimento no âmbito regional americano, foi dado pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Como bem explica Ferraz (2013, p. 474):

> A OEA tem como pilares a democracia, os direitos humanos e o desenvolvimento, e seus princípios incluem a boa-fé e a solidariedade entre os Estados Americanos, bem como ao respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.

Sobre a atuação da ONU e OEA, explica Gonçalves (2013, p. 115), que: "paralelamente ao grande sistema", referindo-se à ONU, "surgem os sistemas regionais. Estes, por sua vez, visam garantir o respeito aos direitos humanos sob o aspecto geográfico espacial". Na busca de promoção dos direitos humanos, assim, a autora complementa dizendo que: "não há qualquer incompatibilidade entre ambos os sistemas, global e regional", o que há é o desenvolvimento complementar interagindo como aparato de proteção.

No sistema de proteção regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, constitui-se uma entidade de proteção aos direitos humanos e atua através da integração de dois órgãos: a Comissão

interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com sede na cidade de Washington, Estados Unidos; e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San Jose, no Estado da Costa Rica (GONÇALVES; 2013, 117). Compondo o arcabouço de proteção, junto à Nações Unidas, o objetivo do sistema normativo interamericano é que os "estados que alcancem, progressivamente, a plena realização dos direitos humanos mediante adoção de medidas legislativas" (PIOVESAN, 2013, p. 464).

Assim, em face à obrigação de assegurar o pleno exercícios aos direitos e que, em apoio à movimentos de mulheres, em todas as Américas, cria-se Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), esta constitui-se uma entidade especializada, encarregada de supervisionar o trabalho da Organização e aplica seus esforços para promover a igualdade de gênero na região das Américas (OEA).

Barsted (2011, p. 22) conclui que:

> Ambas as Convenções, da ONU e da OEA, definem violência e discriminação, declaram direitos e comprometem os Estados-Membros a adotar um conjunto de medidas capazes de erradicar essas violações de direitos humanos nos espaços público e privado, por meio de políticas públicas que comportem, inclusive, mecanismos capazes de dar visibilidade e mensurar os avanços verificados.

Dentre as entidades das Nações Unidas pela Igualdade de Gênero e o Empoderamento das mulheres, a ONU Mulheres é a que "exerce a liderança global em Prol das mulheres e meninas de todo o mundo para que tenham direito a uma vida livre de discriminação, violência e pobreza". Na busca pela igualdade de gênero, a ONU Mulheres é responsável pelo apoio prestado aos Estados-membros da ONU para o alcance de padrões globais na busca de igualdade, que se busca em forma de trabalho conjunto entre governos e sociedade civil, com a elaboração de políticas e programas direcionados para o estabelecimento dos objetivos na promoção da igualdade (PASINATO; 2016, p. 4).

Neste raciocínio, salienta Bandeira (2015, p. 504) sobre as questões de gênero, no sentido de que foram retiradas "em definitivo, do âmbito particular dos Estados" e foram trazidas para "a realidade internacional, tornando-as, com isto,

preocupações globais". Objetivando a plena igualdade de gênero e a eliminação de qualquer forma de discriminação por qualquer motivo de gênero; a participação das mulheres nos processos de desenvolvimento; e a maior contribuição das mulheres à paz mundial. Assim "evidenciou-se especial preocupação com a persistência de leis e práticas culturais fundamentalistas em inúmeras sociedades, que mantinham as mulheres sob diferentes tipos de opressão".

Na sequência de Convenções, a "ONU realizou no México, a I Conferência Mundial sobre a Mulher, proclamando o ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher e de 1975 até o ano de 1985 a Década das Nações Unidas para a mulher" (DIAS, 2012, p. 33). Desta I Conferência foi aprovada a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW sigla em Inglês -, ou simplesmente Convenção da Mulher. Este documento "foi adotado pela Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, entrando em vigor em 1981" (DIAS, 2012, p.34).

Sobre o reconhecimento internacional da matéria sobre a formalização dos direitos das mulheres, constata Dias (2012, P. 34), ser este o primeiro documento internacional que "dispôs sobre os direitos humanos da mulher" com os propósitos de reprimir quaisquer discriminações contra a mulher.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), foi ratificada pelo Brasil em 1984, pelo decreto 89.460, porém com reservas, no que "tange a obrigação de eliminar a discriminação no casamento e na família, as quais só foram suprimidas em 1994", por ainda se encontra reminiscências do Código Civil de 1916. Pelo decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, a CEDAW foi integrada sem as reservas anteriores. Assim, esta Convenção simboliza o resultado de lutas e debates, e se configura como enorme avanço, ao estabelecer princípios, normas e políticas, decorrentes de uma preocupação global na busca de dignidade e respeito ao ser humano mulher, e somente assim passa a incidir sobre a responsabilidade do governo brasileiro em

criar mecanismos de combate à violência contra as mulheres (SENADO FEDERAL).

Sobre as conquistas legislativas circunscrevendo a historicidade dos debates internacionais acerca dos direitos humanos das mulheres, assinala Barsted (2011, p.21), que: "nas diversas conferências da década de 1990, as Nações Unidas firmaram com seus Estados-Membros um conjunto de compromissos e obrigações voltados a ampliar a participação política e social das mulheres" dando assim plenitude à sua cidadania. A partir daí a questão da violência contra a mulher passa a ser pauta das "demais conferências das Nações Unidas da década de 1990", constituindo-se assim, um esforço continuado a apontar as "necessidades de respostas institucionais à violência contra a mulher de forma a ter coerência na defesa da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos". Em 1993, pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada na cidade e Viena, Áustria, que trouxe efeitos positivos na questão da transversalidade de gênero; e pela Plataforma de Ação de Beijing, em 1995, que se propôs ação para mudanças de padrões culturais e sociais para o tratamento de gênero. Estas perspectivas descortinaram importantes mudanças, e em linhas gerais foi definido formalmente o que se entenderia por violência contra a mulher, pela comunidade internacional, "ao reconhecer que os direitos das mulheres são direitos humanos e que a violência contra as mulheres e as meninas" representa uma violação desses direitos, conclamando-se aos Estados-Membros a posição de adotarem a perspectiva de gênero em suas políticas como forma de eliminar a violência e a discriminação contra as mulheres (BARSTED, 2011, p. 21).

Gonçalves (2013, p. 82), no mesmo entendimento, a partir dos debates levantados nas Convenções que se seguiram com pautas sobre os direitos humanos da mulher, declara que: "no que se refere à garantia dos direitos humanos das mulheres, a adoção de um parâmetro universalista, ainda que com um amplo espaço para relativismos culturais, é de grande importância". Seguindo-se a linha de raciocínio do argumento, para entender a preocupação das instâncias internacionais

para com a proposta da mudança de padrões culturais, os princípios de proteção são observados através do foco de que "ao redor do mundo, mulheres sofrem graves obstruções à fruição de seus direitos, o que muitas vezes é justificado com base em práticas culturais historicamente definidas". A autora ainda se assenta no termo "transnacionalidade" para apresentar a dimensão da problemática da violência que acomete as mulheres em diferentes contextos. Deixando-se, assim, em evidência que, nos espaços marcados pela "pluralidade e convivência" esta complexidade ganha contornos mais marcantes gerando uma convivência nem sempre pacífica, o que tem sido bem caracterizado no âmbito das Américas, com o reflexo descortinado em desigualdades violentas e fatais. Pois, a "forte presença de grupos étnicos favorece a intersecção de discriminação como obstáculos ao pleno exercício de direitos". Daí torna-se mais complicado "determinar os espaços de violações e de respeito às diferenças". Portanto, independente do sistema político, histórico ou cultural "os direitos humanos das mulheres e meninas são parte inalienável, indivisível e dos direitos humanos universais", assim reconhecido no artigo 18 da Declaração de Direitos Humanos de Viena (GONÇALVES, 2013, p. 82), *in verbis*:

> Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constitui objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Isto pode ser alcançado através de medidas de caráter legislativo e da ação nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconômico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde, e a assistência social.
>
> Os Direitos Humanos das mulheres deverão constituir parte integrante das atividades das Nações Unidas no domínio dos Direitos Humanos, incluindo a promoção de todos os instrumentos de Direitos Humanos relativos às mulheres.

Foi na historicidade de construção dos direitos humanos das mulheres e da grande movimentação advinda de grupos feministas nas américas que denunciavam os graves problemas sofridos por discriminações e omissões do Estado, compreendidos a partir do avanço legislativo da convenção da Mulher de 1979, a CEDAW, que, em 1994, a Assembleia Geral da OEA, através da Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), adotou a Convenção de Belém do Pará, único documento internacional voltado para tratar a violência de gênero, ratificando a Declaração de Viena, que definiu a violência contra as mulheres como "qualquer ação ou conduta baseada no gênero" (BARSTED, 2011, p. 21).

Assim com vistas a contribuir e assegurar o conceito de direitos humanos a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como a "Convenção de Belém do Pará", redefiniu o direito interamericano sobre os direitos humanos e "que trata da proibição da violência contra a mulher", através de uma orientação baseada no gênero. A Convenção de 1.994 foi ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, mediante o Decreto Legislativo nº 107, de 1º de 1995", definindo as formas de violência contra a mulher e incorporando a obrigação do Estado em adotar medidas concretas para prevenção e proteção das mulheres (GONÇALVES, 2013; p. 125).

Bandeira (2015, p. 506), traz definições sobre a compreensão e a visibilização da questão da violência contra a mulher estabelecidos pela Convenção de Belém do Pará, em seu entendimento sobre o tratado:

> Estabeleceu, pela primeira vez, o direito das mulheres de viverem uma vida livre de violência, ao tratar a violência contra elas como uma violação aos direitos humanos. Nesse sentido, adotou um novo paradigma na luta internacional da concepção e de direitos humanos, considerando que o privado é público e, por consequência, cabe aos Estados assumirem a responsabilidade e o dever indelegável de erradicar e sancionar as situações de violência contra as mulheres.

A Convenção de Belém do Pará, por ser o único instrumento jurídico internacional vinculante sobre a violência de gênero, razão pela qual Ferraz (2013, p. 475) assevera que: "constitui um mecanismo importante para direcionar os Estados-

Partes na Implementação de Políticas e medidas específicas, voltados para a erradicação da violência contra a mulher". Portanto, nessa lógica, requer com base nos fundamentos do instrumento internacional, que o sistema brasileiro também atue com adoção de programas regionais, e nacionais, bem como edições legislativas compreendendo a proteção dos direitos humanos das mulheres e as liberdades fundamentais para que elas possam desfrutar de uma vida livre de violência.

Fica evidente que a violência contra as mulheres engloba uma amplitude de formas e abrange vários espaços de convivência. Assim também entende Barsted (2011, p. 21) que a violência "transcende todos os setores da sociedade, independentemente de sua classe, raça ou grupo étnico, níveis de salário, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente as bases da própria sociedade". Portanto, ao reconhecer a situação das mulheres e sua situação de vulnerabilidade, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher veio para garantir uma proteção de direitos e reprimir qualquer comportamento que expresse violação aos direitos humanos das mulheres.

2.6 A Convenção de Belém do Pará

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher ou Convenção do Belém do Pará, reconheceu a violência contra a mulher como grave violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, e verifica-se como uma convenção específica de proteção a este gênero, na região das américas, e como única do mundo. Reflete o reconhecimento de que a matéria adquire cada vez maior visibilidade para as "demandas relativas as problemáticas enfrentadas pelas mulheres no exercício de seus direitos humanos". (Gonçalves, 2013, p. 22-23).

No mesmo sentido afirma Ferraz (2013; p. 475):

> Com efeito, a Convenção inicia seu texto reconhecendo que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, limitando total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e

> liberdades, sendo uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

Assim expresso no preâmbulo do instrumento jurídico da região das Américas, a Convenção de Belém do Pará compreende o referencial de que o respeito irrestrito aos direitos humanos, que já tendo sido consagrado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pela OEA, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU, incorpora-se as normativas de proteção reafirmadas em outros instrumentos internacionais e regionais. Assim sendo, reassume o compromisso de fazer valer estes direitos identificados na estruturação da desigualdade de gênero. E ainda, ressalta a necessidade de se reconhecer na mulher um sujeito de direitos humanos e, portanto, trata de "afirmar que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades". Compreendendo ainda, a necessidade da observância do caminho histórico de reivindicação das mulheres como titulares de direito e igualdade, a não discriminação, bem como que as mulheres possam exercer em sua plenitude, suas potencialidades em todas as esferas sociais, protegidas da violência. Sinalizando, portanto, como resultado da temática debatida, vale frisar que, o trecho preambular extensiva sua interpretação ao dispor que a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, "constitui positiva contribuição no sentido de proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência contra ela" (OEA).

Importa destacar que em seu artigo 1º, o texto da Convenção esclarece que a violência contra a mulher é "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, tanto no âmbito público como no privado". Disto se observa que, a noção de violência definida pelo documento internacional, bem como o sujeito de direito a ser protegido, traz à tona a visibilidade de uma preocupação há muito debatida pelas organizações feministas, a constatação de violações de direitos humanos das mulheres.

No artigo 2º da Convenção da OEA estabelece que o entendimento de que "a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica". Discorre assim em suas alíneas as formas que a violência contra a mulher e âmbito que se sucede o ato:

> a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
>
> b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
>
> c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Ao reconhecer a mulher como sujeito de direitos humanos, garante a ela a viver uma vida sem violência em todas as esferas sociais, tanto na pública como na privada. No dizer de Gonçalves (2013, p. 132):

> Percebe-se, assim, que a definição de violência contra as mulheres é a mais ampla possível, englobando todas as suas formas, possíveis agentes e abrangendo tanto aquelas violações a direitos que ocorrem no espaço público quanto as cometidas no privado. Busca-se a maior proteção possível à sua dignidade humana.

Dentro do rol do artigo 4º, a Convenção declara que:

> Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos.

Bem observando que, dentro dos direitos estabelecidos há congregação de outros, constituindo-se assim, uma universalidade. No mesmo sentido da garantia dos direitos, o artigo 5º do documento internacional, refere-se à aplicação quanto à liberdade da mulher, de poder "exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais".

O artigo 6º da Convenção de Belém do Pará completa o rol dos direitos protegidos e trata do "direito de toda mulher a ser livre de violência" e "de todas as formas de discriminação", de "ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação".

Conforme entende Gonçalves (2013, p. 132):

> Nota-se que o tratado busca definir, por meio de garantia de direitos, estratégias que possam alterar a estrutura patriarcal da sociedade, incentivando mudanças culturais e reprimindo discriminações.

Os artigos 7º ao 9º da Convenção elencam um extenso rol dos deveres dos Estados-partes quanto às obrigações a serem cumpridas no sentido de fazer o direito expresso no documento "impactar positivamente a sociedade, impulsionando transformações" (GONÇALVES, 2013, p. 132).

Destarte, almeja-se a busca de novas condutas, com finalidades propostas a romper com a tradição jurídica e histórico-social de subalternização do ser mulher, enraizada pelo sistema patriarcal, a fim de evitar que se repitam os ciclos de episódios de violência contra a mulher. Portanto, cabe aos Estados ante às demandas referentes às suas obrigações, adotar medidas que possam se concretizar numa mudança de paradigma histórico-cultural influindo assim, na desconstrução de desigualdades e que efeitos possam modificar comportamentos e valores discriminatórios e violentos. Esse é o entendimento do que dispõe o artigo 8º em sua alínea "b":

> Modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbam a violência contra a mulher.

Nota-se, neste aparato legislativo internacional, que existe formalizada a proposta da mudança cultural de discriminação, com o olhar voltado para o tratamento de gênero e as suas especificidades, como as descritas no artigo 9º:

> A situação da mulher vulnerável à violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada sujeitada a violência a gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação socioeconômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade.

Assim, a implementação de políticas públicas específicas para assegurar a concretização de demandas positivados pela Convenção é patente, uma vez que possibilita o acolhimento do direito no sentido de trazê-lo ao exercício para as mulheres.

No capítulo IV, que trata dos mecanismos interamericanos de proteção, a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher delineia os mecanismos de proteção a que os Estados-partes estarão submetidos a executar, entre eles o encaminhamento de relatórios. Conforme leitura do artigo 10º da Convenção:

> A fim de proteger o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, os Estados Partes deverão incluir nos relatórios nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, para prestar assistência à mulher afetada pela violência, bem como sobre as dificuldades que observarem na aplicação das mesmas e os fatores que contribuam para a violência contra a mulher.

Sobre esse quesito, explica Gonçalves (2013, p. 114): "os relatórios periódicos são encaminhados pelos Estados-partes, que apresenta, um documento sistematizado para indicar ao Comitê quais medidas têm adotado para plenamente implementar a Convenção".

O recebimento de denúncias ou queixas relativas às violações desta Convenção será recebido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos "devendo, portanto, a pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da

Organização, desta Convenção por um Estado Parte", conforme texto do artigo 12º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Portanto, caberão denúncias que violarem o disposto no artigo 7º, este que exige a adoção de todos os meios apropriados e sem demora, juntamente alertando para a implementação de políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. A partir da produção de provas de que as reivindicações foram omitidas pelo Estado-parte, essa constitui-se como uma desobediência ao disposto no documento da Convenção. Portando, deve a:

> Comissão considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições.

Por fim, o capítulo V trata das disposições gerais e engloba os artigos do 13º ao 25º, onde são apresentadas as exigências destinadas aos Estados-partes, no que tange a obrigação advinda da ratificação para com o cumprimento do disposto no documento da OEA. E, por ter o objetivo de proteger o direito da mulher e dar a ela a oportunidade de uma vida livre de violência que é assinalada as "salvaguardas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher".

Como amparo protetivo, as infrações aos atos internacionais das normas acordadas são analisadas através de informes, formalizados através de denúncias ao Organismo Internacional. Em decorrência disto, o Estado é alertado a tomar "medidas necessárias legais de incidência prática na prestação de justiça, que possibilitem uma resposta apropriada aos delitos contra a mulher" (SENADO FEDERAL).

No Brasil, os efeitos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher no sistema legislativo culminaram com a positivação da lei 11.340/2006, conforme percebido por Barsted (2011, p. 15), que assim conclui: "A Lei Maria da Penha, em grande medida, é tributária da Convenção

de Belém do Pará", ao passo que importou a adoção de uma importante medida para tratar a violência em razão de gênero, que cause ou possa causar sofrimento físico, sexual, ou psicológico, rompendo com a dicotomia entre espaço público e privado (BARSTED; 2016, p. 15).

3 INOVAÇÕES JURÍCAS DE PROTEÇÃO À MULHER

A discussão no plano internacional de temas como o da violência contra a mulher somente se tornou possível a partir da existência de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Diversos documentos foram expedidos ao longo do tempo em que esse debate se instaurou. Aqui evidenciado a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994). Tema trazido à tona por uma necessidade vislumbrada em todo o mundo, de que a violência reiterada contra a mulher é uma questão de urgência e de desrespeito aos direitos humanos. Reconhecendo-se a mulher como sujeito de direitos e, por isso, tem dignidade e deve ser tratada de forma igual em contraposição a um histórico de desigualdades. Esses são princípios fundamentais sobre os quais repousam a "Convenção de Belém do Pará", da qual o Brasil é signatário e eleva a referida Convenção a status de Emenda Constitucional.

Nesse sentido afirma Piovesan (2013, p. 96) "estes são os novos valores incorporados pelo Texto de 1988 constitucionalmente pretendido", considerando-se ainda que, se para o estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é o princípio a reger o brasil no cenário internacional, está-se admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da Comunidade internacional. Os direitos humanos, nessa concepção, surgem na Carta de 1988 como tema global (PIOVESAN, 2013 p.113 - 120).

3.1 A Constituição de Federal de 1988 e a mulher como sujeito de direito

Com a Constituição Federal de 1988 a interpretação de direitos entre homens e mulheres ganhou consagração trazida pelos princípios da igualdade e da "dignidade da pessoa humana", fundamentada está no artigo 1º, inciso II da Carta política, marcando que no sistema não se permite mais o tratamento discriminatório baseados em diferenças de sexo.

Nas palavras de Bonavides: "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana" (BONAVIDES; 2000, p. 233)

Entendendo-se, que o núcleo essencial que vem a lume pela clareza dos princípios, resta então, que as mulheres ganhem assento onde, por tanto tempo, permeou-se relações assimétricas de poder, revelado num tratamento desumano para o com ser mulher.

Em defesa disso o artigo 5º, inciso I, o legislador constituinte vem especificar que: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Nesse sentido, o constituinte estabeleceu reformulações sobre o papel da mulher na sociedade, visto estes direitos já há tanto estavam amparados e protegidos pelo Direito Internacional, ao reconhecer os direitos humanos. E, com a redemocratização do país, abriu-se espaço para a incorporação de instrumentos internacionais que elevavam a promoção desses direitos humanos. Deste modo o Texto Maior concretiza os valores fundamentais em projeção principiológicas expansivas, servindo de "critério interpretativo para todas as normas do ordenamento jurídico" (PIOVESAN; 2013, p. 97).

Piovesan (2013, p. 65), no sentido de traduzir as concepções da Constituição Federal diz: "a carta de 1988 situa-se como marco jurídico de transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil". E, em face desse cenário de redemocratização, reproduzindo a preocupação com as garantias e liberdades fundamentais, ainda, inova-se ao se deixar orientar por consolidações do Direito

Internacional, em face disso interpreta a autora: “a Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental” (PIOVESAN; 2013, p. 99).

Para tanto, a “Emenda Constitucional n. 45 cuidou de permitir que os tratados de direitos humanos, se aprovados na forma do § 3º, do art. 5º, tivessem equivalência à Emenda Constitucional”, subsumindo-se à noção de um bloco de constitucionalidade (FERRAZ, 2013, p. 27).

Acerca da celebração de Tratados, o processo de ratificação refere-se à formalização e seu cumprimento passa a ser uma obrigatoriedade para o Estado. Assim, a Constituição Federal de 1988, “recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, conferindo-lhes natureza de norma constitucional”. Assim, os direitos consolidados nos tratados que versem sobre direitos humanos, integram a nossa ordem jurídica com hierarquia constitucional (PIOVESAN; 2013, p. 120).

No dizer de Piovesan (2013, p. 114):

> Ao efetuar a incorporação, a carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integrante, portanto, o elenco de direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Tratando-se do ordenamento jurídico pátrio, é inegável que a nova ordem representa um importante avanço na proteção de setores vulneráveis, enquanto seu aparato se deixa guiar por princípios fundamentais e garantias individuais, e, ainda, objetivando-se na busca de uma sociedade livre, justa e solidária, percebe-se num foco orientador predeterminado para a busca do bem de todos, eliminando-se assim qualquer discriminação do ser humano na vivência de seus direitos. Assim, merece ênfase o comando do art. 3º, inciso II da Carta política, onde pode-se verificar a amplitude dos objetivos almejados, dessa forma disposto:

> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Diante dos objetivos que fundamentam um Estado Democrático de Direito, que projeta preocupação ao imperativo de justiça, ao desenvolvimento de uma democracia social e econômica; à dignidade humana como parâmetro axiológico do sistema constitucional, infere-se, portanto que a internacionalização do universo dos direitos humanos repousa de modo a orientar toda "hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição". (PIOVESAN; 2013, p. 87-88).

Assim se verifica a abertura da ordem jurídica interna à ordem jurídica internacional de proteção aos direitos humanos, ou seja, não apenas a simples elaboração de normas relativas aos direitos humanos, como também a integração destas normas à ordem jurídica brasileira.

Neste delineamento, a Constituição Federal estabelece que o Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, assim reza em seu artigo 4º, inciso II:

> A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
>
> [...]
>
> II - Prevalência dos direitos humanos.

E, que os direitos e garantias fundamentais expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, serão assumidos pela Constituição, chamados a completar o catálogo de direitos fundamentais, densificando assim, o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN; 2013, p, 117).

Assim, verifica-se em disposto no 5º, § 2º, da Carta de 1988:

> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dentro deste escopo, como o fundamento do Estado democrático de Direito é "resguardar o valor da dignidade humana" (PIOVESAN, 2013, p. 95); vale dizer que encontramos "o vetor de grande importância" (FERRAZ, 2013, p. 26), para que, o sistema brasileiro busque mecanismos para desenvolver o bem de todos, que nos leve à vivência da igualdade expressa no *caput* do seu artigo 5º. Vale dizer, para que as mulheres possam cada vez mais se integrar na vida social, amparadas de proteção e que sejam livres de todas as formas de preconceito, violência e discriminação que as impedem de se inserir nos desdobramentos deste princípio.

No dizer de Ferraz (2013, p. 25): "em um Estado Democrático de Direito, todos devem ser considerados e, mais que isso, deve haver um cuidado especial com os setores fragilizados". É nesse contexto que se observa a situação das mulheres, como seres humanos, titulares de direitos humanos e em busca da afirmação dos mesmos, uma vez que estes já se encontram orientados na legislação nacional com o compromisso do Estado para, perante a comunidade internacional, assegurar e promover.

É neste sentido que surgem as ações afirmativas, materializadas em políticas públicas pensadas para as mulheres, apresentadas também como normas de discriminação positiva, pois, são inseridas com o objetivo de reduzir desigualdades e tornar a sociedade mais equilibrada e justa (PIOVESAN; 2013, p. 275).

Na perspectiva mais formalista, incorporada na necessidade de se proteger a mulher de violência e opressão, reforçando o argumento constitucional que ancora a dignidade da pessoa humana e com base na sustentação desprendida da pactuação de tratados internacionais, que versam neste sentido, dois institutos são trazidos ao ordenamento jurídico como inovações de proteção, com o fito a corrigir um contexto histórico-social de desproporção discriminatório da condição mulher, são eles a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015).

3.2 A Lei Maria da Penha ou Lei 11.340/2006

A Lei Federal nº 11.343/2006 ou Lei Maria da Penha constitui um avanço legislativo brasileiro frente a comunidade internacional, que teve início com o Decreto Legislativo 5.030 de 31 de março de 2004, o qual instituiu o o Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher.

Ferraz (2013, p. 106), define bem, ao dizer que:

> A nomogênese desta lei ilustra a porosidade existente nas diversas ordens normativas no Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois esta lei brasileira encontra seu nascedouro em um contexto de litigância internacional de Direitos Humanos.

Prosseguindo na conceituação de litigância, Gonçalves (2013, p. 26) explica que "tem-se também a figura do litigante como sujeito que impulsiona o processo, o que inicia e faz caminhar, enriquecendo-o com manifestações, provas, etc.". Conclui que "pode-se dizer que a litigância é um ato de atuar no contexto de um litígio, impulsionando os atos processuais e possibilitando o andamento do processo para a sua consequente solução". E sobre o ato de litigar sobre determinados direitos das mulheres "pode-se definir a litigância de gênero como aquela que se caracteriza pela atuação em processos judiciais (internos ou internacionais) com fundamento em direitos humanos das mulheres, tendo por objetivo a sua afirmação ou garantia". Daí observa-se a autora que, em matéria de direitos humanos, "a litigância estratégica em sistemas internacionais têm assumido um papel cada vez mais relevante, através de debate instaurado na arena internacional, para este fim. Assim, conclui (GONÇALVES (2013, p. 26):

> O litígio estratégico internacional resulta, em geral, em impactos que extrapolam as reparações individuais às vítimas. Não raro, um caso levado à arena internacional impulsiona mudanças na forma como os Estados lidam com os temas de direitos humanos.

Como exemplo de litígio estratégico temos o caso Maria da Penha Fernandes que "foi exemplo da capacidade de organização de direitos humanos feministas de

levarem para a alçada internacional da OEA a denúncia de violação de direitos humanos" (BARSTED, 2011, p. 16).

Sobre a denúncia do caso Maria da Penha Fernandes quando levado à instância Internacional, na explicação de Ferraz (2013, p.106):

> Em 1988, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos dos Estados Americanos (CIDH) recebeu denúncia apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro de pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos direitos da Mulher (CLADEM); nos termos dos artigos 44 e 46 da Comissão Interamericana sobre Direitos humanos e do artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, alegando a tolerância do Estado brasileiro para com a violência cometida pelo ex-marido de Maria da Penha durante os anos de convivência matrimonial, que culminou em duas tentativas de homicídio. Em decorrências das agressões, Maria da Penha sofre de paraplegia irreversível e de outras enfermidades desde então. Entre a comunicação da 2ª tentativa de homicídio às autoridades brasileiras e a apresentação da petição à CIDH, haviam transcorridos mais de 15 anos sem que ajustiça do Estado do Ceará, onde os fatos se deram, tivesse julgado definitivamente o processo da tentativa de homicídio. A CIDH concluiu ter havido violações aos pactos internacionais referentes aos direitos da mulher, pois o Brasil teria agido de forma ineficaz quanto à reprimenda devida ao agressor de Maria da Penha.

O caso brasileiro de Maria da Penha Fernandes contra as omissões do Estado, em guardar tolerância para com a violência doméstica contra a mulher, foi levado à Comissão Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA), com base na Convenção de Belém do Pará, fundamentado nos artigos 3º e 4º, alíneas "a", "b", "c", d, "e", "f", e "g", bem como nos artigos 5º e 7º, também em outros documentos de proteção aos direitos humanos do sistema de proteção da OEA (SENADO FEDERAL).

Dias (2012, p. 16), diz que: "apesar de a Comissão da OEA ter solicitado informações ao governo brasileiro, nunca recebeu nenhuma resposta" sobre o caso Maria da Penha. Em consequência disso o Estado foi condenado internacionalmente, em 2001. Segundo a autora "o relatório nº 54 da OEA, além de impor a indenização

no valor de 20 mil dólares, em favor de Maria da Penha", além de responsabilizar o Brasil por "negligência e omissão frente à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual". E numa solenidade pública celebrada em julho de 2008, juntamente com um pedido de desculpas, oficialmente feito pelo governo brasileiro, foi paga uma indenização de 60 mil reais a Maria da Penha.

Diante da morosidade, negligências e omissões o Estado brasileiro recebeu recomendações para que fossem tomadas medidas de prevenção e repressão à violência contra as mulheres, fato que deu origem à Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Agindo assim, o em cumprimento de recomendações internacionais estabelecidas em tratados, no âmbito pátrio a legislação posta em vigor reflete uma espécie de ação afirmativa. Que na designação de Ferraz (2013, p. 107), opera-se com vistas "a proporcionar igualdade material à mulher em situação de violência doméstica por meio de tratamento jurídico-legal diferenciado". Configurando-se um notório avanço legislativo brasileiro, a lei 11.340/2006 "harmoniza a ordem jurídica interna brasileira e os tratados internacionais relativos ao tema ratificados pelo Brasil", e em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelas instâncias internacionais que versam sobre a proteção dos direitos Humanos. (FERRAZ, 2013, p. 107).

3.2.1 Inovações da Lei Maria da Penha

Do reconhecimento de gênero a partir da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher veio a Lei Maria da Penha para pôr fim à violência discriminatória contra a mulher, uma vez que, "no Brasil essa violência foi, durante muitos séculos garantida e absorvida pelo próprio Estado a partir de leis e de uma tradição jurídica que não reconhecia as mulheres como sujeito de direitos" (BARSTED; 2012, p. 92).

Convém observar que, foi através de uma articulação feminista, travada no ensejo da Convenção de Belém do Pará, que se decorreu a discussão de ordem judicial nos lindes da matéria abordada no evento, evidenciar o Estado brasileiro como deficitário no enfrentamento e continuidade de violência contra a mulher. Como muito bem explica Dias (2012, p. 33): "essa Lei foi editada para atender à recomendação da OEA, decorrente da condenação imposta ao Brasil". Também para atender um compromisso constitucional de proteção aos direitos humanos, assumido pelo governo brasileiro frente aos tratados internacionais.

Assim, a Lei 11.340/2006 traz expresso no seu art. 1º, o compromisso constitucional do § 8º, do artigo 226, que trata do amparo assecuratório da igualdade entre os homens e mulheres no seio da convivência familiar. Justificando plenamente essa asserção, o legislador ordinário expressa-se para a criação de mecanismos que coíbam a violência em suas relações interpessoais, ainda, transcreve a atribuição de assegurar o tratamento jurídico à mulher em situação de violência. Isto se deriva da interpretação do conteúdo normativo compreendido no Texto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e, também traz alusão aos preceitos fundamentais dos demais tratados internacionais, que versam sobre direitos humanos, já ratificados pelo Brasil. Das considerações preambulares, merece destaque a criação de novos mecanismos temáticos para facilitar a solução dos casos de violações ao direito de gênero, especialmente, dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher como garantia de proteção direitos humanos das mulheres (LEI 11.340/2006).

A Lei em comento tem seu âmbito de abrangência o ambiente familiar, e para tanto, "é obrigatório que a ação e/ou omissão ocorra em unidade doméstica ou familiar ou em razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (DIAS, 2012, p. 45). Considerando que o "objeto de atenção" da Lei é a configuração da

"violência doméstica e familiar contra a mulher", o sistema de proteção alcança essencialmente a "violação aos direitos das mulheres". De acordo com a Lei em questão, a violência pode se manifestar em ações e comportamentos que são classificados em cinco categorias: física, sexual, psicológica, moral e patrimonial. Reiterando-se, por fim, as palavras de Wânia Pasinato a respeito da transcorrência dos atos de violência: "que podem ser praticadas de forma isolada e/ou combinada e que resultam em cerceamento do exercício de direitos pelas mulheres e de sua autonomia" (PASINATO; 2011, p. 118).

Uma questão que mudou a tonalidade analítica, foi o recurso linguístico trazido para retirar o estigma carregado no termo 'vítima', "que coloca a mulher na posição de objeto da violência. A ordem do sentido foi trazida para a expressão "mulheres em situação de violência". Ressaltando-se que, na Lei Maria da Penha, tanto palavra "mulher" foi adotada, como a palavra "gênero". Sabendo-se, que há uma significativa distinção entre os termos, assim "enquanto o sexo está ligado à questão biológica do homem e da mulher; gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural, e que levam a aquisição de uma masculinidade ou feminilidade" (DIAS; 2012, p. 44). Portanto, cabe frisar, esse novo instituto, assinala substancialmente a "defesa aos interesses da mulher vítima de violência doméstica e possibilitou mudanças de perspectivas no que diz respeito de como as mulheres devem ser tratadas quando seus direitos são violados" (BARBOSA; 2016, p. 185).

Deixa-se aclarado a condição de ser mulher definida como sujeito de proteção da Lei Maria da Penha, seu artigo 5º versa sobre as formas de configurações dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher, baseadas em ação ou omissão e que possam lhe causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Nessa via de consideração, ao conferir os tipos de condutas, o reconhecimento dos atores também se faz essencial para o enfrentamento da transgressão, e, possivelmente, punir o agressor. Atribui-se, o papel de "agressor" ao sujeito ativo da violência doméstica e familiar, numa alusão de que este termo

comporta genericamente tanto o homem quanto a mulher, enquanto sujeito ativo da violência. Nesse sentido, leciona Ferraz: "uma mãe pode ser sujeito ativo do ato de violência doméstica contra a filha e vice-versa. Ou a filha contra a avó e vice-versa". E, o sujeito passivo da violência doméstica e familiar somente a mulher pode sê-lo. À luz do crescente fenômeno que a interseccionalidade de gênero apresenta, a Lei Maria da Penha ao tratar a situação do transexual como sujeito passivo da violência doméstica e familiar, quando se apresentar civilmente reconhecido como mulher, conforme frisa Ferraz (2013, p. 243) "somente fizer cirurgia de sexo e passar a ser considerado mulher no registro civil poderá ter a efetiva proteção da Lei". E, em atenção aos casais homossexuais, a Lei Maria da Penha somente "poderá ter incidência se a relação homoafetiva envolver mulheres, enquanto que na relação homoafetiva que envolver homens, não poderá incidir a referida lei, já que a vítima não é mulher" (FERRAZ; 2013, p. 243):

Sobre a relação jurídica-processual dos casos de violência doméstica a partir da Lei Maria da Penha, enfocando a problemática relativa ao gênero masculino como atores, passivo e ativo, esclarece DIAS (2012):

> Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos, não decorrem da razão de ordem social e cultural. Por isso são necessárias equalizações por meio de discriminações positivas: medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório. Daí o significado da lei: assegurar à mulher o direito de sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Apesar da crença difundida, a Lei Maria da Penha não é uma lei de natureza penal, ainda que traga algumas disposições de âmbito criminal, neste aspecto "é nítido o seu colorido penalizador ao tratar com mais rigor as infrações cometidas contra a mulher, no âmbito da família, na unidade doméstica, ou em qualquer relação íntima de afeto". Na Lei Maria da Penha, diversamente do processo penal comum que "vige o princípio *in dubio pro reo;* no caso de violência doméstica deve viger o *in dubio* pró-mulher". O texto do instituto não tipifica como crime as ações, não define e nem cria novos tipos penais, porém, para atender "seus propósitos, a Lei

introduziu alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais" (DIAS;2012, 74).

Barbosa (2016, p. 17), observa que para oferecer "soluções adequadas ao fenômeno da violência em toda sua complexidade", faz-se necessário uma resposta penal, e para tanto, de operacionalizar condições de proteção às mulheres vítimas em situação de risco. Quando da aplicação da Lei 11.240/2006, para o enfrentamento da violência, requer, indeclinavelmente, a contextualização do instituto legal às políticas públicas e programas de assistências consoantes com a lógica normativa, sob pena de inépcia das exigências consubstanciadas. (BARBOSA; 2016, p. 17).

Destarte, sob a égide da Lei Maria da Penha, o legislador ordinário atendendo aos objetivos de punir a violência de gênero e atuou no sentido de trazer ao Código penal reprimendas específicas para os casos de violência contra a mulher.

Assim, pela proposição da 11.340/2006 foi inserida uma agravante ao artigo 61, inciso II, alínea f do Código Penal, *in verbis*:

> São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984):
>
> [..]
>
> f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006).

No artigo 129, referente aos § § 9º e 11º do Código Penal, alterou o legislador a pena do delito de lesões corporais e adicionou uma majorante:

> Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
>
> […]
>
> § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Incluído pela Lei nº 10.886, de 2004)

> § 11º. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006).

Sobre a interpretação, que consiste em penalizar as condutas de violência doméstica com maior rigor é, segundo Barbosa, pois, a resposta mais "consentânea" adotada pelo sistema de normas brasileiro. (BARBOSA; 2016, p. 55). Porém não deixa de reconhecer a insuficiência da reprovação penal quando a lesão, não atinge somente a integridade corporal, causando também, danos psicológicos à mulher. (BARBOSA; 2016, p. 58).

Na Lei de execuções Penais (LEP), a medida judicial a ser aplicada, com objetivo de uma reivindicação fundamentada no retorno moral e social do agressor, é a participação em atividades que despertem valores socioeducativos. Sobre o disciplinamento a ser desenvolvido, de modo a não insular a didática social que o instituto 11.340/2006 almeja para a desconstrução de uma cultura violenta, a substância normativa abarca questões que despertem a "transcendência de dentro", que são "processos de reconstrução de consciência moral cotidiana" (HABERMAS; 2004, p. 18).

Assim positivado no artigo 152 da LEP, com parágrafo único formulado pela exigência da Lei Maria da Penha:

> Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.
>
> Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006).

Nessas considerações sob o comando da Lei 11.340/2006, as medidas protetivas de natureza judicial, Maria Berenice Dias entende que elas se mostraram tão eficazes que influiu na Lei 12.403/2011, que trata da alteração de dispositivos do Código de Processo Penal, relativa à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares. E, concernentemente à aplicação de medidas, dentre as quais se destaca a "segregação do acusado". Evidenciando-se, que "a manutenção da

prisão" deve sempre ser contrabalanceada dentro da proporcionalidade versus necessidade, remetendo ao universalismo do princípio constitucional de a prisão ser a *ultima ratio* (DIAS;2012, 79).

A mudança trouxe a possibilidade de a prisão preventiva ser substituída por medidas cautelares:

> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
>
> […]
>
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Porém, no contexto doméstico, a Lei Maria da Penha por ser lei especial, prevalecendo sobre regra geral, quando se trata de proteger a mulher em situação de violência, a ponderação de interesses prevalece no sentido de dar proteção integral a ela. Especificamente, no caso da 11.340/2006, em sede de violência doméstica, como regido pelo art. 20 que diz que: "Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial". Neste ponto a lei diverge da aplicação do art. 313 e 324 do Código Penal, dizendo que a "prisão preventiva é possível, não sendo obrigatório o arbitramento da fiança, por não caber imposição pecuniária", conforme reza art. 17 da Lei Maria da Penha (DIAS; 2012, p. 80).

3.2.2. Entendendo a violência pela Lei Maria da Penha

Sabendo que a violência doméstica contra a mulher além de violar direitos humanos, e infelizmente constitui realidade que impacta o universo feminino em todos os lugares do mundo, envolvendo diferentes idades, classes sociais e etnias. Visando coibir essa realidade assombrosa, a Lei nº 11.340/2006, "emerge como uma

possibilidade jurídica para resguardar os direitos da mulher" (CARNEIRO; 2012, p. 369).

Na pauta da elaboração legislativa visando a construção de de um novo documento para combate aos crimes de violência contra a mulher, num diálogo entre grupos de mulheres em face do discurso das desigualdades e na busca de remover obstáculos culturais violentos, fica patente e urgentemente necessária a tutela do Estado em assegurar proteção imediata contra a violência doméstica (BARBOSA; 2016, p. 15-16).

Cabe bem observar o pronunciamento do ex-secretário-Geral da ONU sobre a questão da violência contra a mulher (ONU; 2006):

> A violência contra as mulheres causa enorme sofrimento, deixa marcas nas famílias, afetando as várias gerações, e empobrece as comunidades. Impede que as mulheres realizem as suas potencialidades, limita o crescimento econômico e compromete o desenvolvimento. No que se refere à violência contra as mulheres, não há sociedades civilizadas.

No tocante à violência doméstica, e para a compreensão dos seus aspectos prospectivos o art. 7º teve cuidado de trazer enumerados alguns tipos dentre as inúmeras situações em que ela se deflui, entendendo não trazer um rol taxativo, isto é, limitativo, sendo portanto, não ficou exaurido as hipótese ou previsões de todas as formas ou situações possíveis de desdobramentos violentos Dentre os meios e formas de expressão o dispositivo abarca cinco tipos sendo elas: a física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral. A caracterização dos tipos trouxe um "detalhamento maior acerca dos episódios de abusos sofridos pelas mulheres", deixando-se em aberto através da expressão "entre outras". (SENADO FEDERAL)

A violência física, prevista no inciso I da Lei 11.340/2006, figura como aquela sofrida fisicamente pela mulher, com agressões perpetradas sobre seu corpo. No entendimento da definição legal, é "a violência entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal". Esse tipo de violência é o mais evidentemente percebido pelas pessoas, e pelos profissionais do direito. Para estes, o apontamento desta violência incide ao bem jurídico tutelado no sistema jurídico

brasileiro, o artigo 129 do Código Penal, que trata das lesões corporais, de onde extrai-se, portanto, as penas previstas às condutas criminosas contra a integridade corporal da mulher, consistente no entendimento do § 9º(FERRAZ; 2016, p. 55).

A violência psicológica é bem definida no inciso II, do então artigo 7º, da Lei Maria da Penha, *in verbis:*

> A violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularizarão, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A violência psicológica afeta a autoestima da mulher, é um impacto difícil de se mensurar por não ser palpável, portanto muito mais difícil de se constatar, apesar dos fortes indícios que deixam na mulher que sofre. Certamente por isso, segundo informações do Instituto Patrícia Galvão, a Organização Mundial de Saúde a considera como a "forma mais presente de agressão intrafamiliar à mulher, que apesar de não deixar marcas físicas evidentes, é uma grave violação dos direitos humanos das mulheres, que produz reflexos diretos na sua saúde mental e física" (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO).

Ferraz (2016, p. 57) anota que as expressões estabelecidas na Lei Maria da Penha configuradas "nas ações de isolar, vigiar constantemente e limitar o direito de ir e vir", subsumem-se configuradas nos artigos 148 do Código Penal, quando trata do sequestro e do cárcere privado, sobre a privação da liberdade individual. Assim, essa avaliação, no contexto de violência doméstica, não "é preciso que a vítima fique absolutamente impedida de retira-se do local em que foi posta pelo agente", para identificar o promanar de coação "é suficiente que dele não possa afastar-se sem grave risco pessoal ou que tenha que empregar energia superior às suas forças". Também no artigo 151 do referido diploma penal, quando se entende que a violência psicológica pode ter sua constituição na vigilância constante, visto que, é

"inequívoco que o apossamento, a devassa, a sonegação e a destruição de correspondência dirigida à mulher é uma forma de controle". Nessa linha, o sentido de proteção esboçado pela Lei Maria da Penha ganha idoneidade correspondente no sistema penal toda vez que se analisa as condutas de violência doméstica de forma concatenada com ações já criminalizadas juridicamente pelo Código Penal. Considerando que, consequentemente, para definição dos elementos do crime de violência psicológica precisam ser "cuidadosamente sopesados" todos os atos concomitantes, uma vez que a desagregação na análise mostra que cada processo isolado não gera correspondência à definição legal de violência psicológica. Assim, essa violência é resultante de uma soma de outros processos violentos, porém de difícil demonstração, sendo que, nem sempre se apresenta com alteração de estados funcionais físicos, portanto, necessário se faz um proceder atento do profissional do direito em relação à análise global das modificações perpetradas simultaneamente, pronunciando infringência ao bem da vida tutelado, para então traçar as reprimendas pelo dano psicológico (FERRAZ; 2016, p. 57).

A violência sexual é reconhecida como um ato praticado mediante força, ainda que sob ameaças a força física não seja impetrada, advinda do próprio marido ou companheiro da ofendida, visto que para a aplicabilidade da Lei 11.340/2006, o contexto doméstico envolve uma relação íntima de confiança, assim em abuso a esta confiança e intimidade a violência é perpetrada. Assim descreve o inciso III da Lei 11.340/2006:

> A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Sobre violência sexual, assevera Berenice Dias que: "a tendência sempre foi identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, a legitimar a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito". Daí,

conforme expressa a autora "o adimplemento de tal obrigação poderia ser exigido inclusive sob violência". Um reflexo da cultura medieval, identificando a situação sexual a preceitos religiosos que arraigaram a visão de que a prática do sexo destinada à procriação e que a mulher "tivesse o dever de se submeter ao desejo sexual do par", não reconhecendo neste tipo de ato uma "prática de estupro", chancelado pelo "débito conjugal" que a mulher tinha em relação ao homem, "como se estivesse ele a exercer um direito" (DIAS; 2012, p. 68).

Observação também feita pelo antropólogo francês, Pierre Bordieu (2001, p. 114 e 242), quando examina o fundamento da Lei para reparar faltas, romper com a violência sem justificativa, consistente em costumes estabelecidos. O que o sociólogo expressa como "o arbitrário histórico", que se enraíza como naturais. E nessa divisão de atributos entre os homens e as mulheres, muitas vezes aquém da consciência, gerando uma relação "simbólica de força", fazem-nos impressos nos corpos sociais sob a lógica de confirmação espontânea, de modo que o "exercício legítimo da sexualidade", mesmo já estando liberto legalmente das forças tradicionais de cultura de dominação discriminatória, ainda podem ser vistos como "obrigação do matrimônio", e assim justificar o reconhecimento injustificável da violência sexual desenvolvida sem deliberação e decisão, onde se que escapa à "alternativa de consentimento e coerção" (BORDIEU; 2014, p. 115).

A violência patrimonial, disposta no inciso IV da Lei 11.340/2006, é designada como:

> Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

A conduta da violência patrimonial, dentro do contexto familiar, vai de encontro à autonomia feminina e a liberdade para administrar seus bens, também entendido como resquício de preconceitos discriminatórios de gênero.

Essa preocupação de proteção patrimonial do legislador também se encontra refletida no artigo 24 da Lei 11.340/2006, quando trata das medidas protetivas de urgência, assim positivada:

> Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:
>
> I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
>
> II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
>
> III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
>
> IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.
>
> Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Dias (2012, p. 72), reconhecendo a gravidade da violência patrimonial, elucida o tema no sentido de que: ”incorre em equívoco quem questiona a utilidade deste dispositivo”. Isso porque se tem constatado alegações de que de o delito ter sido praticado contra o patrimônio e não contra a pessoa. Para tanto, não caber a justificação de tratamento diferenciado, lembrando que a Lei Maria da Penha vem amparar a mulher sob várias situações de violências, conforme disposto e já mencionado o artigo 7º, disto extrai-se perfeitamente e conjuntamente o entendimento de um tipo de violência contra a mulher, pois ataca os meios de preservar e “assegurar sua subsistência” (DIAS; 2012, p. 72).

A violência moral, conforme reza o inciso V do artigo 7º, da Lei Maria da Penha; é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, admitindo o entendimento de “afronta à autoestima e ao reconhecimento social, apresentando-se na forma de desqualificação, inferiorizarão ou ridicularizarão” (DIAS; 2012, p. 73). Visto que, “a dinâmica da violência contra a mulher é extremamente complexa”, pois consolidada ao longo de anos e reforçada

pelo patriarcalismo, assentando-se na ideologia da dominação masculina, que se repercute por práticas violentas que atravessam todas as esferas da vida, demarcando-se também, na ótica da violência moral (BARBOSA; 2016, p. 72). Na modernidade tecnológica que vivenciamos, a violência moral tem atingido novas dinâmicas com as redes sociais e a rápida veiculação de informações. Assim, as "ofensas divulgadas em espaços virtuais massivamente e em rede", disto cabe valorizar a abrangência do instituto em torno de coibir a propagação da violência contra a mulher, de modo a resguardar seus valores morais. (DIAS; 2012, p. 73).

Chama a atenção, quando no livro "A inclusão do outro: estudos de teoria política", Habermas discute a lei como validade moral, partilhando da ideia de que a validação legal tem força objetiva, capaz de determinar experiências práticas. Nessa linha de raciocínio pode-se inferir das ideias do filósofo, que as considerações instituídas pelo legislador brasileiro ao especificar as singularidades de formas pelas quais se apresentam as violações contra as mulheres, apresentada de forma objetiva através da normatização carrega em si a força para mudança, pois "o que é moral e desejável traz o dever quando há a vinculação de valor, e esta torna-se normatividade a ser aplicada" (HABERMAS; 2014, p. 46-51).

Depois da especificação da violência doméstica, a Lei 11.340/2006, em seu artigo 8º aponta as medidas que visam coibir atos violentos bem como como deve se dar o atendimento à mulher vítima de violência. Enumerados em nove incisos, estão as medidas de prevenção, as quais devem ser feitas por meio de um conjunto articulado de ações, envolvendo as três esferas do estado. E à luz desse entendimento, proclama Ferraz (2013, p. 107), no sentindo dos múltiplos aspectos sociais que a Lei Maria da Penha contempla, como para:

> Propor políticas públicas de prevenção e oferecer instrumentos judicializados de proteção pensados a partir da complexidade e da natureza multifacetada do conflito doméstico, e, especialmente, reconhecendo, pela via do direito, a situação de discriminação da mulher em sua forma máxima que é a violência de gênero.

Em uma perspectiva integrada, a Lei Maria da Penha prevê ações que objetivam a interação dos poderes públicos em suas esferas federais, estaduais e municipais; ainda com o envolvimento da sociedade civil. Estas ações integradas visam a prevenção, assistência e contenção da violência intrafamiliar, e o desarraigar de proposições culturais discriminatórias, por meio de assistência que objetivem a integração da mulher na vida social, dispondo para isso de um atendimento multidisciplinar profissionalizado, para atuar no amparo psicossocial, jurídico e de saúde conjuntamente.

Sobre a prática de uso dessas medidas protetivas de urgência, Barbosa (2016, p. 96), assegura que:

> Essas medidas tornaram-se responsáveis pela grande movimentação processual e, portanto, pela maioria dos procedimentos nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM) e nos juizados especializados de violência doméstica e família.

No proceder administrativo da segurança pública a Lei Maria da Penha trouxe importantes alterações, como por exemplo a novidade proposta pelo artigo 10-A, que diz ser "direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados". Portanto, o papel das polícias civis para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, como por exemplo, a tomada de providências aos casos de descumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas, bem como a retomada dos procedimentos de investigação, prevista no art. 12 da Lei 11.340/2006, sendo elas:

> I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
>
> II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
>
> III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

> IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
>
> V - ouvir o agressor e as testemunhas;
>
> VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;
>
> VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

Compondo o arcabouço do agir administrativo para prever tipos penais, o projeto de Lei do Senado, o PLS n. 14 de 2010, aborda a questão da responsabilidade e presteza da autoridade policial, no sentido de adotar estratégias e ser diligente nos casos de prevenção e repressão da violência doméstica. Conforme trata a minuta sobre a justificação de autoria da então senadora Rosalba Ciarlini:

> A Lei Maria da Penha impõe à autoridade policial certas providências legais, que devem ser executadas com o fim de proteger a mulher em iminência de sofrer ou de já ter sofrido violência doméstica.
> No entanto, há casos em que a autoridade policial não observa tais medidas de forma diligente e a vítima acaba sofrendo novos males, muitas vezes de forma fatal.
> Mostra-se premente, portanto, punir a autoridade policial que, uma vez conhecedora da violência ou da ameaça, não envida os esforços necessários para a pacificação social, sua função primária.

Por seu turno, é a Lei Maria da Penha que determina a criação do Sistema Nacional de Dados e Estatísticas sobre a violência doméstica. Sobre isso, observa Carneiro e Fraga (2012, p. 378) que: "tais dados são de fundamental importância para a reflexão da temática, avaliação da funcionalidade e aplicabilidade dessa lei". A eficácia da lei é observada através dos dados coletados em diferentes regiões do país, a revelar como os meios de aplicação dos institutos estão sendo administrados para proporcionar uma proteção específica para as mulheres em situação de violência. Também se o objetivo das normas programáticas, que visam a implementação de políticas públicas para "resguardar a mulher vítima de violência doméstica de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência,

crueldade e opressão, segundo prevê o artigo 3º, parágrafo 1º da Lei n. 11.340/2006" (CARNEIRO; FRAGA; 2012, p. 378).

Para tanto, o respaldo de Barbosa (2016, p. 18) é pertinente quando afirma que o "Poder Judiciário não deve ser mero expectador das relações domésticas". Pois, "tal postura fere o direito da vítima de ver aplicada a lei", de modo a proteger sua integridade, um direito inalienável resguardado a todo ser humano (BARBOSA; 2016, p. 18).

3.2.3 Das medidas Protetivas

Assim como as medidas integradas de prevenção, também merece destaque as medidas protetivas de urgência, formalizadas na Lei 11.340/2006. O entendimento da finalidade das medidas protetivas é assegurar proteção, prevenindo ou fazendo cessar episódios de violência, sendo, portanto, medida autônoma, isto é, não necessariamente vinculada a processos já existentes ou em curso.

Nesse sentido se sustenta o entender do Ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, lembrando que "a Lei Maria da Penha foi promulgada, inclusive sob a tensão de responsabilização internacional do Brasil, com o reconhecimento da negligência e omissão no combate à violência de gênero" Portanto, para evitar a repetição histórica de omissão aos cenários de violência é que a aplicação das medidas protetivas se fazem urgentes e necessárias, simbolizando assim "especial proteção da mulher submetida a violência, mas não somente pelo viés da punição penal do agressor, mas também pelo ângulo da prevenção". Para tanto, enfatiza o reconhecimento de que as medidas protetivas "podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor" (Resp. n. 1.419.421 - GO (2013/0355585-8); p. 11).

Assim, as medidas Protetivas de Urgência, também conhecidas pela sigla MPUs, são medidas de natureza cautelares, isto é, diferentes das medidas de prisão. Tem como foco a proteção das mulheres que se encontram em situação de violência ou em situação de risco de sofrê-la. Tem as MPUs o objetivo de garantir a integridade física e psicológica da mulher. E, é um dos institutos inovadores trazidos pela Lei Maria da Penha, com aplicabilidade imediata, ou seja, mesmo antes de o processo se iniciar. (SENADO FEDERAL).

A Lei Maria da Penha traz o capítulo II, compreendendo os artigos 18 ao 23, dedicado às medidas protetivas de urgência e estabelece, para os casos em que se encontre a mulher em situação de violência doméstica, as medidas administrativas de natureza policial, as medidas judiciais e as medidas protetivas que poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Dividido em medidas que obrigam o agressor, artigo 22 da Lei; e as medidas que protegem a ofendida, artigo 23 da Lei 11.340/2006. No entanto, como essas medidas podem todas ser formuladas pela vítima visando sua proteção, é dispensável a presença de um procurador quando requeridas perante autoridade policial, que tão logo a encaminhará ao juízo, por se tratar de urgência (DIAS; 2012, p. 153).

As medidas destinadas para o agressor têm a sua previsão no art. 22 da Lei n 11.340/06194 e seus incisos.

> Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
>
> I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
>
> II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
>
> III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
>
> a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º — As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º — Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º — da Lei n º10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º — Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º — Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º — e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Esse rol de medidas protetivas de urgência elencado pelo legislador traz de as devidas ações no sentido de prevenir que o agressor se utilize do medo, quando este faz uso de arma, ou do convívio para pressioná-la ou agredi-la. Também, como meio de efetivar proteção, o afastamento do lar evita que haja maior dano à integridade física e psicológica da mulher.

Chama atenção o inciso V, a concessão de alimentos, mesmo em face de vigorar as MPUs, foi um meio de assegurar à mulher a romper com o ciclo de violência por ser a parte economicamente mais frágil na relação familiar, tendo assim suas garantias e direitos fundamentais assegurados.

No dizer de Barbosa (2016, p. 99): "É exatamente a possibilidade eminente de lesão a um bem jurídico fundamental para o exercício da cidadania feminina que fundamenta a necessidade de a MPU ser expedida".

Aas medidas voltadas a segurança imediata da mulher em situação de violência e ao resguardo dos entes familiares estão dispostas no artigo 23 da Lei 11.340/2006:

> Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
>
> I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
>
> II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
>
> III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
>
> IV - determinar a separação de corpos.

A simples observação do artigo, acima mencionado, deixa patente a necessidade de apoio conforme previsto no artigo 2º da Lei em comento, o qual assegura oportunidades e facilidades para a mulher viver sem violência, ter preservada sua saúde física e mental, e mais uma vez assinala que a implementação das políticas públicas mencionadas no artigo 3º, "que visam garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão", terá reflexos positivos no amparo de proteção a que as medidas protetivas estão destinadas.

A requisição das medidas protetivas se dá nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAMs, esta solicitação é registrada em "instrumento próprio, no qual conste um breve relato da ocorrência e as medidas adequadas às necessidades da mulher". O documento com as informações será então encaminhado ao Juizado, num prazo não superior a 48 horas. Explica Wânia Pasinato, que: "a solicitação de medidas protetivas é atrelada a um registro policial, de modo que o

inquérito policial continuará a ter sua tramitação na delegacia" (PASINATO; 2011, p. 124).

Segundo Maria Berenice Dias (2012, p. 146):

> A aplicação de medidas protetivas não tem origem somente nos procedimentos instaurados perante a autoridade policial. Também nas demandas cíveis intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público, que têm origem em situação de violência doméstica. Inclusive o magistrado pode determinar de ofício a adoção das providências necessárias a proteção da vítima e dos integrantes da unidade familiar, principalmente quando existem menores de idade.

Conforme já suscitado, diante da ação penal as medidas protetivas têm caráter autônomo, quando deferidas ou mantidas independem da eventual ação penal em curso ou mesmo do inquérito policial. Nesse sentido, define bem Barbosa (2016, p. 237), quando diz que as medidas protetivas: "são cautelares de rito especial e natureza satisfativa, porquanto numa situação de conflito o seu deferimento é capaz de prevenir novas lesões e acautelar os direitos das partes". Em outras palavras, de que os direitos humanos das mulheres sejam respeitados (BARBOSA; 2016, p. 237).

As medidas protetivas, sob a análise a necessidade de ser concedida tem sua cautelaridade baseada no direito "que se quer ver protegido", portanto, carregam também um caráter de provisoriedade, ou seja, com vigência a ser determinada também de acordo com a situação do caso concreto e acessoriedade, pois, "têm sua razão de existir na necessidade de acordo com a situação que autorizou sua análise e deferimento" (BARBOSA, 2013, p. 193).

Assim as medidas protetivas configuram-se como efetiva expressão de proteção à mulher em situação de violência familiar, por ser sujeito vulnerável amparado por conteúdo normativo da Lei Maria da Penha, que encontra sua razão especial à proteção de gênero na perspectiva da dignidade da pessoa humana.

3.2.4. Do afastamento da Lei 9.099/1995

A Lei 9.099/1995, popularmente conhecida como Lei de Menor Potencial Ofensivo ou dos Juizados Especiais, foi expressamente afastada de incidência nos delitos relativos à violência doméstica pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha. A qual veio buscar uma resposta mais rigorosa às condutas ofensivas para os delitos cometidos dentro da esfera doméstica, baseadas nas relações familiares. Nos dizeres de Berenice Dias (2012, p. 130-131): "indiscutivelmente, a intenção do legislador foi a de deixar claro que a violência contra a mulher não é um crime de pequeno potencial ofensivo" (DIAS; 2012, p. 130-131).

A Lei Maria da Penha é objetiva ao negar aplicação da Lei 9.099/95, que na redação do artigo 41, assim se expressa: "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995". De acordo com esta previsão legal são descabidas, portanto, em delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, penas alternativas, como por exemplo: a transação penal, e a suspensão condicional do processo (FERRAZ; 2013, p. 250).

A Lei Maria da Penha faz distinção ao tratar os delitos cometidos no âmbito de violência pública, de forma diversa daquela feita aos crimes cometidos no ambiente intrafamiliar, por entender que no âmbito doméstico, os atos de agressão são decorrentes de uma cultura de dominação e vontade de subjugar a parte mais vulnerável. "São situações de violência extrema, de abuso das relações de afeto, dependência e parentesco, de deslealdade nas relações íntimas", conforme entende Barbosa (2016, p. 232).

Desta relação de dominação violenta Bordieu (BORDIEU; 2012, p. 138) atesta que: "[...] a unidade doméstica é um dos lugares em que a dominação masculina se manifesta de maneira mais indiscutível [...]" e ainda deixa claro que não somente "através do recurso à violência física", mas de formas conjugadas de tipos de violências.

Por se tratar de âmbito doméstico e crer que relações e as situações envolvendo atos violentos se prologam no tempo, "com gravíssimas consequências

para a mulher vitimada", e que estas situações que em "nada se assemelham com aquelas que motivaram a criação da Lei nº 9.099/1995, destinadas a conferir tratamento proporcional a pequenos delitos e fomentar formas consensuais de resolução de conflitos de menor potencial ofensivo" (BARBOSA; 2013, p. 232), é que não cabe como ferramenta para resolver relações marcadas por profundas desigualdades e discriminação de gênero.

Observa Streck (2011, p. 95), que:

> A partir da análise dos artigos basilares da Lei Maria da Penha, verifica-se que o legislador não busca realizar qualquer espécie de ressalva ou distinção entre as condutas referentes aos crimes de menor potencial ofensivo ou às contravenções penais, mas que, pelo contrário, refere que estarão sujeitas à incidência da Lei qualquer ação ou omissão que se configure como violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre as quais estão concebidas as diferentes formas de violência: a física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral.

"Como tudo que é novo gera resistência", na expressão de DIAS (2012, p. 107) ao se referir às decisões judiciais que suscitaram a inconstitucionalidade de alguns dispositivos e até mesmo de toda a Lei Maria da Penha, pelo fato de direcionar-se exclusivamente à proteção da mulher. Por ser esta Lei um amparo de segmentos sociais vulneráveis, merecedores de proteção Constitucional, nesse raciocínio "procuram igualar o que é desigual e nem de longe infringe o princípio isonômico […] é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais" (DIAS, 2012, p.107). Portanto, conforme admitido na Constituição Federal de 1988, trata-se de: "discriminação positiva para, através de um tratamento desigual, buscar igualar aquilo que sempre foi desigual. Esse é o paradigma a partir do qual devemos interpretar a Lei maria da Penha" (STRECK; 2011, p. 98).

Na batalha judiciária pela questão da constitucionalidade da Lei Maria da Penha foi levado a plenário do Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI n. 4.424, "ajuizada pela Procuradoria Geral da República dando interpretação conforme a Constituição Federal aos art. 12, inciso I;

art. 16, e art. 41, da Lei 11.340/2006". Assim, o guardião constitucional votou pela procedência da ADI, por 10 votos a 1, pelo entendimento, quase unânime que não "se aplica a Lei 9.099/1995, aos crimes abrangidos pela Lei Maria da Penha, assim como nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher em ambiente doméstico", mesmo em lesões de caráter leve, a atuação deverá ser mediante ação penal incondicionada, independentemente da representação da vítima. Assim, prevalece a intenção do legislador que foi a de evitar que a mulher, dentro de uma situação de violência doméstica, "sem ter conhecimento das consequências de seus atos […] renuncie ou se retrate, colocando-se novamente em situação de vulnerabilidade perante o agressor" (FERRAZ; 2013, p. 250-252).

Após a uniformização da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.424, a consolidação do entendimento "foi importante para garantir a integridade física e psicológica das mulheres, pois muitas ficavam à mercê dos ofensores, sob mais ameaças, caso não desistissem de dar prosseguimento ao processo" (SENADO FEDERAL, 2013).

Antes da Lei Maria da Penha, em 2004 a violência doméstica, como forma qualificada do delito de lesões corporais, foi inserida no Código Penal brasileiro pela Lei 10.886/2004, ao acrescentar o § 9º ao art. 129. Com Lei Maria da Penha, foram alterados os limites mínimos e máximos da duração da pena. Com a mudança, a pena que era de seis meses a um ano, pela proposta do antigo legislador ao tratar do tema violência doméstica, agora edição de 2006 os delitos envolvendo lesão corporal envolvendo violência doméstica, as penas passaram a ser contadas de três meses a três anos. Como bem observa DIAS (2012, p. 75), "é estranhíssima a opção do legislador ao reduzir a pena mínima pela metade". Portanto, esclarece dizendo:

> A justificativa é facilmente identificável. Como houve aumento da pena máxima, a lesão corporal escapa da incidência da Lei dos juizados Especiais, pois os institutos despenalizadores têm por limite máximo a pena de dois anos (Lei 9.099/1995 art. 61). Com isso, fica ratificada a impossibilidade de concessão de alguns benefícios, como a transação penal, a composição de danos e a suspensão condicional do processo. Claro que, para este fim, nem

> precisava se ter feito a alteração da pena, já que o art. 41 da Lei Maria da Penha expressamente afasta a aplicação da Lei dos juizados Especiais.

Sob a vigência da Lei 11.340/2006, no rito processual, a transação penal é incabível pela impossibilidade da aplicação da Lei 9.099/1995, portanto, não poderá o juiz, no final do processo ao sentenciar condenando o agressor, fazer substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, "consistente em prestação pecuniária ou prestação de cestas básicas, nem tampouco operar em substituição que implique pagamento isolado de multa" (FERRAZ; 2013, 253).

Ainda sobre a impossibilidade de aplicação dos ritos compreendidos pela Lei 9.099/1995 para os casos sob amparo da Lei Maria da Penha o entendimento jurisprudencial do STJ, enunciado pela súmula 536/STJ que em seu teor reconheceu que "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha".

Nesse raciocínio contextual Streck (2011, p. 97), finaliza dizendo que não há que se: "[..] alegar interpretação ampliativa *in malam patem,* uma vez que os elementos norteadores da interpretação da Lei Maria da Penha estão todos elencados de maneira expressa e clara no dispositivo legal". No caso, a Lei Maria da Penha.

3.2.5 Dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar

A Lei maria da Penha em seu artigo 29 prevê a criação de dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a estruturação de uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (artigo 29). Esse conjunto de medidas, que configuram a abordagem integral da violência, a Lei Maria da Penha classifica-se como uma legislação de "segunda geração" que atende às recomendações das Nações Unidas para a adoção de medidas de proteção e promoção dos direitos das mulheres (PASINATO; 2015, p. 534).

A criação destes Juizados para efetivar "condições para que as medidas de punição, proteção, assistência e prevenção possam ser aplicadas integralmente" (PASINATO; 2011, p. 134), estão dispostas no artigo 33 da Lei 11.340/2006:

> Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.
>
> Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

Embora estabelecido que tanto a competência civil quanto a criminal serão encaminhadas para as varas criminais, enquanto não criado os Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar, isso para evitar os desdobramentos dos processos e atender assistência integral à mulher em situação de violência doméstica, na realidade a grande maioria destes processos se concentram apenas na esfera criminal, "obrigando as mulheres a ingressarem nas varas de família para os procedimentos de natureza não criminal", repercutindo na celeridade, elemento tão essencial no combate à violência doméstica. Com isso, a dupla jurisdição rompe com a lógica da Lei Maria da Penha de "evitar a peregrinação das mulheres em busca de justiça". Como justificativa ao descumprimento da lei é a de que "os juizados e varas não possuem estrutura para atender a essa dupla demanda, já que as medidas protetivas são inúmeras e abarrotam os juizados" (SENADO FEDERAL, 2013).

Pasinato (2015, p. 534) observa que: "a aplicação da Lei está restrita à esfera judicial criminal, onde ocorre, também, com dificuldades e limites", contrariando a implementação do atendimento integrado "na abordagem jurídica da violência baseada no gênero" no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres. Nesse sentido pertine os dados da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito ao tratar dos obstáculos judiciais, pela seguinte afirmação: "o reduzido

número de juizados, apenas 66, é outro empecilho à plena aplicação da Lei Maria da Penha" (SENADO FEDERAL, 2013).

Assim, embora aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar são dadas as competências para a apreciação e julgamento de todos os crimes enquadrados na Lei Maria da Penha, exclusivamente para os casos de homicídios tentados e consumados estão excluídos deste rol por serem de competência exclusiva dos Tribunais do Júri. Entende-se, portanto que a competência híbrida dada aos magistrados nestes Juizados compreende também a apreciação de matéria cível, quando houver solicitação das medidas protetivas para o amparo da mulher em situação de violência doméstica em contexto familiar. Conclui Pasinato (2011, p. 135), que:

> Ao preservar a conexão entre os litígios, quis o legislador permitir que o mesmo juiz que julga os pedidos de separação conjugal, ação de alimentos, afastamento do agressor do lar – entre outras medidas protetivas – possa levar este conhecimento em consideração na apreciação das práticas violentas relacionadas a estes conflitos familiares, e que ensejaram os processos criminais.

Assim, compreendendo que para uma "política de enfrentamento à violência contra a mulher e, para que sua implementação seja bem-sucedida, necessita da intervenção articulada dos três poderes". Portanto, "é importante relembrar que a Lei Maria da Penha não é uma legislação apenas do âmbito penal". Mesmo havendo previsões atribuídas "para polícias civis, ministério públicos, defensorias públicas e tribunais de justiça, e boa parte dessas atribuições também requeiram inovações na forma de tratamento judicial da violência doméstica" com o aporte da integração e efetivação dos juizados especializados desempenhando seu papel de forma satisfatória, para que o direito das mulheres a uma vida sem violência não seja limitado ou prejudicado (PASINATO; 2011, p. 15).

3.3 Feminicídio – Homicídio de mulheres

O femicídio ou feminicídio é descrito como um crime cometido por homens contra mulheres. Possui características misóginas, de repulsa contra as mulheres. E

se pronuncia evidenciando um caráter de extermínio de pessoas de um grupo de gênero pelo outro, como no genocídio (PASINATO; 2016(a), p. 230).

O feminicídio constitui a face mais dramática dentre as violências perpetradas contra o gênero feminino. Como bem se nota na observação de Meneghel (2017, p. 3029) quando traça a decorrência das violências contra as mulheres, ressalta que:

> Compreendem um amplo leque de agressões de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial que ocorrem em um *continuum* que pode culminar com a morte por homicídio, fato que tem sido denominado de femicídio ou feminicídio.

A violência sofrida pela condição de ser mulher, "não é um fenômeno novo", conforme expressa Ferraz (2016, p. 24), ao contrário, ao longo da história, "via de regra, protegido pela intimidade, pelo silêncio das famílias e pelos muros dos domicílios", ainda que tida como perversa e "reproduzida em todas as esferas da sociedade", era classificada como algo íntimo, problema familiar, levando a conformidade de que nem o Estado e nem a sociedade deveria se envolver. Porém, o problema ganhou visibilidade no cenário internacional e a problematização de abusos e agressões sofridas unicamente pelo ser mulher foram embalados pelo "reconhecimento dos direitos humanos", que tencionaram as "nações em nome da criação e aumento de redes de proteção para as mulheres vítimas de violência" (FERRAZ; 2016, p. 24-25).

Meneghel (2017; p. 3.079) destaca muito bem os marcadores que interseccionam a violência de gênero resultando-se no homicídio de mulheres, assim:

> O femicídio compreende um vasto conjunto de situações e não apenas as ocorridas no ambiente doméstico ou familiar. Inclui mortes provocadas por mutilação, estupro, espancamento, as perseguições e morte das bruxas na Europa, as imolações de noivas e viúvas na Índia e os crimes de honra em alguns países da América Latina e do Oriente Médio. A morte das mulheres representa então a etapa final de um *continuum* de terror que inclui estupro, tortura, mutilação, escravidão sexual (particularmente na prostituição), incesto e abuso sexual fora da família, violência física e emocional, assédio sexual, mutilação genital, cirurgias ginecológicas desnecessárias,

> heterossexualidade compulsória, esterilização e/ou maternidade forçada, cirurgias psíquicas, experimentação abusiva de medicamentos, negação de proteínas às mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento.

O femicídio ou feminicídio é uma categoria de análise feminista criada para nominar e visibilizar as diferentes formas da violência extrema, possibilitando falar de um *continuum* da violência baseada no gênero. "Nomear a violência feminicida é reconhecer juridicamente uma forma de violência extrema praticada contra mulheres e, por isso, simbolicamente importante" (CAMPOS; 2015(b), p.105-106). O conceito também foi utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na sentença do caso conhecido como "Campo Algodonero", definindo o feminicídio como os homicídios de mulheres por razões de gênero" (CAMPOS(b); 2015, p. 106).

O caso "Campo Algodonero", ocorreu no México, na cidade de Juarez, "*Ciudad Juarez",* fronteira com os Estados Unidos, onde começaram a ocorrer assassinatos de mulheres. "Desde o início dessas mortes, as características das vítimas e as similitudes no modus operandi dos crimes contribuíram para que as explicações mais comuns quando o assunto é violência contra a mulher". Mediante as particularidades dos casos refutou-se a justificativa de que eram crimes passionais ou violência para fins sexuais, apenas. Pelo fato de se ater que morriam não só as jovens migrantes, operárias de indústria, mas também se observou que "alguns crimes também envolveram mulheres de maior idade, com outras ocupações, assim como adolescentes, meninas e até bebês com poucos meses de vida" (PASINATO, 2016(a), p. 226).

Relata Meneghel (2017, p. 3.079) que:

> O conceito de femicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russel em 1976, perante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres, definindo-o como uma forma de terrorismo sexual ou genocídio de mulheres. O conceito descreve o assassinato

> de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade.

A autora explica que Russel sustentava sua teoria com base na perspectiva da desigualdade gênero. Destacando que o poder exercido pelos homens sobre as mulheres era legitimado pelo "senso de *entitlement* – a crença de que lhes é assegurado o direito de dominação nas relações com as mulheres tanto no âmbito da intimidade quanto na vida pública social". Legitimando-o ao "uso da violência, inclusive a letal, para fazer valer sua vontade sobre elas". Desponta-se assim a compreensão do femicídio, como "mecanismos de perpetuação da dominação masculina, estando profundamente enraizado na sociedade e na cultura". Deste entendimento, pode-se identificar o reflexo social e jurídico da "identificação dos homens com as motivações" assassinas e "a forma seletiva com que a imprensa cobre os crimes e com que os sistemas de justiça e segurança lidam com os casos". Ainda, a perspectiva das mulheres frente a problemática, muitas vezes negando a existência real do problema, que é resultante da "repressão ou negação produzida pela experiência traumática do próprio terrorismo sexista", o que impôs às mulheres uma crença negativa de sua imagem enquanto ser social, e que "é utilizada para naturalizar as diferenças entre os sexos e impor estes padrões e papeis como se fossem naturais ou constituintes da natureza humana" (MENEGHEL; 2017, p. 3.079).

Diante do recrudescimento de assassinatos contra a mulher e à positivação em lei efetuada por vários países, inicia-se no país a discussão sobre uma lei específica para o feminicídio. Em articulação com a sociedade civil, instituições e movimentos sociais envolvidos ao combate da violência de gênero. "O crime de feminicídio foi sancionado através da Lei, que passa a considerar a questão de gênero como circunstância qualificadora do homicídio". Nesse entendimento, o assassinato de uma mulher cometido por razões de gênero, quando o crime envolve violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher passa a ser considerado feminicídio (MENEGHEL; 2017, p. 3.083).

Pasinato (2016, p. 235), esclarece que se "têm procurado estabelecer algumas características com o propósito de distinguir os femicídios de crimes comuns, como uma estratégia para evitar a impunidade penal". Prossegue assim:

> Há uma preocupação em distinguir essas mortes dos crimes passionais. O argumento que distingue um e outro é bastante frágil e se baseia na premeditação e intencionalidade para a prática do crime. O objetivo é fazer com que as mortes de mulheres não caiam na "vala comum" do entendimento de que o crime passional é menos grave e é frequentemente legitimado pelas instâncias judiciais que garantem a aplicação de penas mais leves ou mesmo a impunidade nesses casos. Segundo, há uma preocupação em demonstrar que as mortes de mulheres são diferentes das mortes que decorrem da criminalidade comum, em particular daquela que é provocada pela ação de gangues e quadrilhas (PASINATO, 2016).

No tocante ao ambiente deflagrador da violência resultante na morte de mulheres, esclarece Barrêto (2016, 25):

> Deve-se reconhecer que o feminicídio não é praticado somente no âmbito doméstico e familiar, ele também se apresenta em outros espaços, embora sempre orientado por uma lógica misógina de apropriação da mulher e sua objetificação. Em muitos casos, o assassinato é acompanhado de violência sexual, mutilações e tortura, motivados pelo sentimento de ódio, desprezo e posse sobre as mulheres.

Portanto, o "fenômeno feminicida" dentro do conjunto de atos violentos praticados contra a mulher é o ponto último "de um processo contínuo e histórico de submissão e de brutalidades perpetradas", justificando-se dentro de um domínio patriarcal marcado pela violência de gênero. "O feminicídio, por isso, é o ápice, o limite de um conjunto de violências e vulnerabilidades". Tendo-se menosprezo pela condição feminina "em virtude da relação de poder e submissão do agente sobre a vítima, que acaba sendo oprimida e aviltada em decorrência de seu gênero" muitas vezes com o resultado morte (OLIVEIRA; 2015, p. 35).

Diante do exposto acima, observa-se que o feminicídio é resultado de uma repetição de atos violentos contra a mulher, que culmina com a morte. Na conclusão de Pasinato (2016(a), p. 230) é "): "a forma mais extrema de um *continuum* de atos de violência, definido como consequência de um padrão cultural que é aprendido e

transmitido ao longo de gerações". "Este, por sua vez, caracteriza-se como uma modalidade de violência extremada consubstanciada por uma cultura de dominação e de inferiorização da condição das mulheres" (OLIVEIRA; COSTA, SOUSA; 2015, p. 21).

3.3.1 Feminicídio no cenário Brasil

Para assegurar o cumprimento aos tratados internacionais de direitos humanos das mulheres já convencionados, bem como estruturar sistemas para seu cumprimento é que "a proposta de criminalização do feminicídio no Brasil" se instrumentaliza. Observada a incidência que se estabelecia "na América Latina, desde os anos noventa, o reconhecimento da violência contra mulheres como um delito específico". No campo das lutas feministas a temática da violência de gênero sinalizava que as diversas formas de violência que resultavam em morte eram "ignoradas pelo direito penal levando à conclusão de que os direitos humanos das mulheres não eram objeto de proteção adequada" (CAMPOS; 2015(a), p. 105).

Nesse sentido, Bordieu (2014, p. 138) reforça a necessidade das batalhas feministas como meio de contribuição para abrir foco na busca de uma nova perspectiva política ao posicionamento social do ser mulher. Segundo ele o movimento feminista:

> Contribuiu muito para uma considerável ampliação da área política ou do politizável, fazendo entrar na esfera do politicamente discutível ou contestável objetos e preocupações afastadas ou ignoradas pela tradição política, porque parecem pertencer à ordem do privado; mas não deve igualmente deixar-se levar a excluir, sob pretexto de elas pertencerem à lógica mais tradicional da política, as lutas a propósito de instâncias que, com sua ação negativa, e em grande parte invisível — porque elas estão ligadas às estruturas dos inconscientes masculinos e também femininos , contribuem fortemente para a perpetuação das relações sociais de dominação entre os sexos.

Disto, depreende-se que uma mudança de conduta deve ser assinalada, no sentido de trazer valorização e dignidade, bem como fazer cessar violações dos bens

jurídicos comuns a todo ser humano, e que urge ser reconhecido na arena feminina, ressaltando a justificativa de não "deixar passar em silêncio os efeitos mais visivelmente negativos da dominação", de forma a impor uma pretensão coercitiva às violências sofridas pelas mulheres e fazer imbuir uma nova relação de valores, "capaz de orientar" de outro modo de pensar a condição feminina, ou "sobre as relações entre os gêneros, como também a ação destinada a transformá-las" (BORDIEU; 2014, p. 136-138).

Nas discussões que abordaram a temática sobre o feminicídio, suscitou-se que, a mera judicialização do ato violento que se consuma na morte de mulheres por si só não seria o caminho para pôr fim a este tipo de violência que contempla o fenômeno social. Porém, cabe considerar que a delimitação legislativa, poderia sim, refletir na realidade social como resultado político dos movimentos femininos. Assim, essa problemática discutida ganharia reflexões e visibilidade de modo que "passa-se a reconhecer as mulheres, como sujeitos sociais detentores de direito", o que enseja uma modificação na concepção do direito de fruir dos direitos e, consequentemente, "começam a cobrar tal reconhecimento da própria sociedade que, por sua vez, não poderia ficar inerte em face dessa realidade", de que o homicídio praticado contra mulheres não possa mais ser entendido como mera inscrição cultural ou que fique sem tratamento rigoroso. Cabe enfatizar que, o debate do tema na sociedade civil contribui fortemente para a formação legislativa atuar e inserir uma satisfação ao clamor da vida sem violência para as mulheres. Através desse conjunto de valores e busca de meios para erradicar o problema do homicídio de mulheres, no ano de 2015, no Brasil, a Lei nº 13.104/2015 veio para tipificar tal homicídio como feminicídio, e repudiar tal conduta criminosa pelo aparato legislativo penalizador. O Estado passa, então, a reconhecer a gravidade social que é o homicídio de mulheres, dado isso na instrumentalização legal "no sentido de promover a justiça de gênero com o propósito de abrandar as práticas discriminatórias ainda presentes no Direito e no Poder Judiciário" (OLIVEIRA; COSTA, SOUSA; 2015, p. 25).

Assim, para esta violência que carrega em si uma “discriminação” aos grupos historicamente oprimidos, de forma a legitimar comportamentos desiguais, atestando-os sob “signos do natural”, implicando uma forma de aceitação tácita, é que precisa de um novo diálogo, construído e internalizado a romper com o ciclo de dominação violenta. (BORDIEU; 2014, p. 139).

Para tanto, Bordieu (2014, p. 139) conclui:

> Só uma ação política que leve realmente em conta todos os efeitos de dominação que se exercem através da cumplicidade objetiva entre as estruturas incorporadas (tanto entre as mulheres quanto entre os homens) e as estruturas de grandes instituições em que se realizam e se produzem não só a ordem masculina, mas também toda a ordem social (a começar pelo Estado, estruturado em torno da oposição entre sua "mão direita", masculina, e sua "mão esquerda", feminina, e a Escola, responsável pela reprodução efetiva de todos os princípios de visão e de divisão fundamentais, e organizada também em torno de oposições homólogas) poderá, a longo prazo, sem dúvida, e trabalhando com as contradições inerentes aos diferentes mecanismos ou instituições referidas, contribuir para o desaparecimento progressivo da dominação masculina.

Coincidentemente com a centralidade do tema sobre a violência contra o gênero e sua degradante realidade registrada por meio de observações sociais é que a elaboração da Lei nº 13.104/2015 – Lei do Feminicídio se formaliza no campo das condutas legislativas, expressando-se assim como uma ação política para o enfrentamento do homicídio de mulheres.

A Lei Feminicídio foi resultado da análise da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, a “CPMI - VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER”, que foi composta para uma investigação da violência perpetrada contra a mulher no contexto Brasil. A CPMI com o objetivo de “apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. Com a relevância destacada para os direitos humanos das mulheres e a necessidade de previsões jurisdicionais concretas para assegurar os direitos já reconhecidos. Assim, o projeto de lei tipificando o feminicídio, expresso como uma continuidade legislativa iniciada com a lei Maria da Penha ganha

ampliação a respeito da compreensão do fenômeno morte de mulheres em razão de gênero (SENADO FEDERAL; 2013).

A resposta legislativa feita por pressões políticas de afirmações de direitos verificados na Convenção de Belém do Pará, que embasou a criação Lei Maria da Penha, conforme observado por Campos (2015(b), p. 106):

> [...] a Lei Maria da Penha deve ser vista, no entanto, com um ponto de partida, e não de chegada, na luta pela igualdade de gênero e pela universalização dos direitos humanos. Uma das continuações necessárias dessa trajetória é o combate ao feminicídio.

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito proferiu entendimento do que os atos violentos contra a Mulher com o resultado morte é rodeado de propagações estigmatizadas que se subsiste mantendo esse cenário de cultura discriminatória (SENADO FEDERAL – CPMI – VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER), portanto, no tocante ao feminicídio, este é:

> A instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.

O projeto de Lei tratando do homicídio de mulheres foi protocolado no Senado Federal como PLS 292/2013. Justificando o feminicídio como “assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres”, ou “assassinato relacionado a gênero”, que se “refere a um crime de ódio contra as mulheres, justificado sócio culturalmente por uma história de dominação da mulher pelo homem e estimulada pela impunidade e indiferença da sociedade e do Estado”, (SENADO FEDERAL; 2013)..

Assim, o Código Penal, passa a inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Estabelece, assim, o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Como dispõe em seu art. 121:

> Matar alguém:
>
> […]
>
> Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
>
> VI -contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
>
> [...]
>
> § 2º A - Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve : (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
>
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

O ambiente doméstico é o espaço onde se consolida como "meio legitimador das relações de poder entre os gêneros e da prática de violência contra as mulheres", por neste âmbito que se enraíza a "naturalização e invisibilização", da violência contra as mulheres" (OLIVEIRA; COSTA, SOUSA; 2015, p. 23).

Desta maneira, a realidade de mulheres submissas em face do domínio do homem se enraíza em uma ordem social na qual a figura do poder patriarcal é predominante, alicerçado em uma divisão sexual que concede aos homens mais poderes e mais direitos do que às mulheres (OLIVEIRA; COSTA, SOUSA; 2015, p. 28). Por este fato arraigado na cultura do patriarcado com dominação abusiva de poder sobre as mulheres, quis o legislador deslegitimar essa natureza violenta do espaço intrafamiliar, entendendo amparar a mulher e resguardar todos os familiares de todas as formas de violência e ainda apenar severamente quem se orienta na justificativa discriminatória delituosa de homicídio de mulheres.

3.3.2 A Lei 13.104/2015 como Resposta Penal ao Homicídio de Gênero

A violência contra as mulheres ou violência de gênero congrega relações que em razão do sexo, propagam-se em contextos íntimos de convivência numa sistemática de ofensa aos direitos humanos das mulheres, ao direito a uma vida sem violência. Internacionalmente a violência de gênero, foi reconhecida através da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a

Mulher. “Irrefutavelmente, um dos marcos mais importantes na luta pela proteção das mulheres” (OLIVEIRA; COSTA, SOUSA; 2015, p.32).

Em decorrência da Convenção de Belém do Pará, várias demandas de direitos femininos se incidiram em nosso sistema legislativo brasileiro, como muito bem colocado por Campos: “A criação da Lei Maria da Penha foi um importante avanço legal e sua popularidade demonstra o acerto de sua edição” (CAMPOS; 2015(b), p. 530). Somando a esta iniciativa de combate a violência contra a mulher, como “um *continuum* das leis de criminalização da violência doméstica e familiar”. Nesta esteira temos então, como resposta legislativa para o nosso sistema de justiça a promulgação da Lei 13.104/2015 ou Lei do feminicídio (CAMPOS; 2015(a), p. 106).

Por oportuno, o sistema de justiça brasileiro necessitava dar maior precisão ao reconhecimento da violência e penalizá-la como “delito específico”. Uma vez que a demanda se insere na proteção dos direitos humanos das mulheres e requer, portanto, que a “naturalização” ou invisibilidade não sejam ignoradas pelo direito penal, sendo assim, “objeto de proteção adequada” é ensejado como esteio legal. Para tanto, a Lei do Feminicídio foi a iniciativa para dar fim as mortes de mulheres “ocorridas num contexto de impunidade” (CAMPOS; 2015(a), p. 105).

A Lei 13.104/2015 ao caracterizar o feminicídio, reconhece-o como sendo o “homicídio praticado por razões da condição do sexo feminino da vítima”. Por seu turno, faz alteração no Código Penal, tratando a morte de mulheres decorrentes de conflitos de gênero, como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Sendo que, na hipótese de crime de homicídio qualificado por motivos feminicidas. Pela nova disciplina, o legislador passou a reprovar o ato criminoso com a pena de reclusão de 12 a 30 anos, a “lei em comento” define em seus termos “que o crime envolve razões nas seguintes circunstâncias de violência doméstica e familiar; e menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (BARRÊT0; 2016, p. 20).

Do instituto telado, depreende-se a constatação de que o feminicídio especifica “a forma mais extrema da violência baseada na inequidade de gênero, esta

entendida como a violência exercida pelos homens contra as mulheres em seu desejo de obter poder, dominação ou controle" (CAMPOS; 2015(a), p. 105). E, como forma de fazer justiça aos direitos das mulheres, envolvendo o delito feminicida a norma de alteração legislativa no Código Penal, reflete influência da Lei Maria da Penha, conforme observado por Machado e Elias (2018, p. 286):

> Acrescentar o parágrafo 7º ao artigo 121, criando uma agravante de feminicídio, como uma forma extrema de violência de gênero contra as mulheres, que se caracteriza pelo assassinato da mulher quando presente circunstâncias de violência doméstica e familiar, violência sexual ou mutilação ou desfiguração da vítima.

Em relação ao feminicídio e suas configurações como tal, o Modelo de Protocolo Latino-Americano para investigação de mortes de mulheres por razões de gênero especifica que "embora todos os feminicídios possam ser qualificados como homicídios, nem todos os homicídios de mulheres podem ser qualificados como femicídios". Para tento, os feminicídios é "a especificidade do fenômeno criminoso" que transparece a "motivação especial ou um contexto fundamentado em uma cultura de violência por razões de gênero (ONU MULHERES, 2014, p. 38).

Assim disposto no artigo 121 do Código Penal sobre o quesito que ensejou a Lei 13.104/2015, sobre a penalização satisfativa às violentas mortes femininas em decorrência de gênero, o regramento normativo expressa uma majorante especial:

> Aumento de pena
>
> […]
>
> § 7o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
>
> I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
>
> II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
>
> III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.
>
> § 7o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

> I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015);
>
> II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
>
> III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015).

Dentre as observações da condição feminina, os atos, notadamente, que compatibilizem com as previsões do diploma legal os homicídios que vitimam as mulheres passam a ser vistos como "condição que agrava a conduta delituosa e, consequentemente, a pena imputada a quem o pratica". Os homicídios qualificados têm pena de 12 a 30 anos de reclusão, conforme o art. 121, § 2º do Código Penal Brasileiro, enquanto os homicídios simples preveem reclusão de 6 a 20 anos de acordo com a mesma norma. Os crimes hediondos, por sua vez, são considerados de extrema gravidade e, por isso, recebem um tratamento mais severo por parte do legislador (OLIVEIRA; 2015, p.33).

Para análise da elaboração da Lei do femicídio advindo de proposta de ações afirmativas do poder público, como admissibilidade de considerações de desigualdade de tratamento para proporcionar um reajustamento socialmente desigual e histórico, há críticas nesse sentido quanto à ofensa ao Princípio da Igualdade, abrangido em nossa Carta maior. Sobre esta hipótese declara Campos, (CAMPOS; 2015 (a), p. 113):

> Alguns podem sustentar que a qualificadora fere o princípio da igualdade ao tratar diferentemente a morte das mulheres. Entendo que não há a incidência dessa hipótese. Assim como a Lei Maria da Penha diferenciou a violência contra as mulheres nas relações conjugais e no ambiente doméstico e familiar compreendendo que há nelas um desequilíbrio de gênero em desfavor das mulheres, o feminicídio é o aspecto extremo dessa desigualdade e violência de gênero. Assim, tem-se a nomeação de uma violência decorrente de uma desigualdade de fato.

Segue a autora reconhecendo o motivo de a legislação se fazer aplicar com distinções, quando a qualificadora imposta pela Lei em tese, "tem por objetivo revelar que em determinadas situações, a motivação do crime se dá em razão de

gênero", há muito consubstanciada nas "condições sociais de desigualdade de gênero que envolvem o comportamento feminicida". Nessa perspectiva, assim se expressa (CAMPOS; 2015(a), p. 114):

> Desvelar essas condições é levantar o véu de uma realidade não nominada pelas atuais circunstâncias qualificadoras do tipo penal homicídio, supostamente neutras de gênero – isto é, os comportamentos cujo animus expressam a forma mais extrema da violência baseada no gênero.

O rigor que o legislador apresentou ao dar o aumento de pena para o tratamento destinado ao fenômeno feminicida foi o de evitar a impunidade e reiterar o quão prejudicial é o fato do desencadeamento de violências "endereçadas à mãe", quando o cenário comporta a presença de filhos presenciando os atos violentos. Fez por bem, oportunizar o agravamento da sanção quando a violência homicida se der na presença de descendente ou de ascendente da vítima (art. 121, § 7º, III do Código Penal), ou se for concretizado durante a gestação ou até três meses após o parto (art. 121, § 7º, I), pois, notadamente, o legislador rebuscou a obrigação do Estado de resguardar a dignidade da pessoa humana, e teorizando os comando da Convenção de Belém do Pará para punir a violência de gênero, assomando-se ao "igual dever de preservar a vida e a saúde do ser que está em desenvolvimento – o nascituro". O agravamento da pena para o feminicídio (art. 121, § 7º, I), também alcança o fato de o feminicídio ser praticado contra crianças menores de quatorze anos, em idosas com mais de sessenta anos e em portadoras de deficiência (OLIVEIRA; COSTA, SOUSA; 2015, p. 36).

Na postura do legislativo, concernente à pauta do Feminicídio, em se considerando a *novatio legis* com maior reprimenda, o progresso percebido é que sua normatividade alcança muito "mais que uma demanda criminalizadora" pois, tem o objetivo de "dar visibilidade a um fato para seu melhor enfrentamento" (CASTILHO; 2016, p. 95).

A instituição da Lei 13.104/2015, portanto, foi "um ganho significativo" no processo de criminalização da violência contra a mulher, que no processo de lutas feministas é visto como um comprometimento da dimensão política brasileira para

com a judicialização do problema. Daí, vislumbra-se que "movimentos concretos alçados com base na lei" crie um novo cenário, traduzindo uma "política de vivência das mulheres" com base na dignidade, reconhecida e valorizada como ser humano, uma configuração dos brados feministas que se inscrevem como "marca incessante pela busca do exercício da cidadania" (MACHADO, ELIAS; 2018, p. 297).

3.3.3 Legislação do feminicídio versus realidade brasileira

Com a publicação da Lei do Feminicídio, que trouxe a tipificação do homicídio de mulheres, o governo brasileiro juntamente com a ONU Mulheres considerou que com a nova legislação resultaria num maior controle aos assassinatos de mulheres, assegurando às mesmas a fruição dos direitos humanos. Pois, respondendo à gravidade do tema trouxe um tratamento mais rigoroso para o crime. E nesse conveniente decorreu a publicação das Diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar a morte de mulheres em decorrência das perspectivas de gênero, visto que, neste novo instituto a violência doméstica e familiar encartada como elementos de discriminação à condição de mulher, seria, portanto, uma perspectiva prática para amenizar a incidência das mortes femininas. Diante da grande preocupação deflagrada pelos absurdos percentuais que esta prática delitiva fazia o Brasil ocupar o *ranking* de o 5º lugar em taxa de feminicídios. Razão pela qual "o Brasil foi escolhido como país-piloto para o processo de incorporação às normativas e diretrizes nacionais" (ONU, 2016).

Conforme pontuado por Isadora Machado (2016, p. 283) que, desde a criminalização do feminicídio, "as estratégias e iniciativas políticas se entrecruzam". Assim, no deslinde da implementação do instituto 13.104/2015, o que se apresenta na realidade é uma contradição substancial, pois, apesar de o sistema punitivo ter ampliado a resposta penal ao homicídio de mulheres em razão do gênero, politicamente oportunizando ao tema uma maior visibilidade à violência feminicida, não conseguiu abarca ainda as aspirações legislativas de ter uma decréscimo nos números destes tipos criminais, há que se deixar assente os lamentáveis números dos

"danos colaterais" estão longe de uma política criminal efetiva (CAMPOS; 2015(a), p. 114).

Nesse diapasão, pode-se verificar através das estatísticas de homicídio de mulheres a impotência do sistema, no que pertine a aplicação de políticas públicas e medidas para preveni-las. Frente aos dados coletados, revela-se que "uma mulher é assassinada a cada duas horas no Brasil". Conforme denunciado na pesquisa, os números são assustadores, apontando um crescimento na taxa de mortes feminicidas de "4,3 mortes, para cada grupo de 100 pessoas do sexo feminino". Assim, entre o período de efetivação da Lei 13.104/2015 ao ano de 2017, ou seja, em dois anos da entrada em vigor, o número de mortes em razão de gênero apresentou elevações, sendo que no último ano houve registro de "946 casos", visto que em 2105 foram registrados 492 casos de feminicídio e em 2016 o número foi de 812 casos. (WAILSELFISZ, 2015). Deste levantamento, considera-se um aumento de 6,5% de homicídios dolosos contra as mulheres. Sem dúvida que esta consideração não é tão exata, visto o cenário de deficiência dos dados, restando ainda, os casos de subnotificações dos crimes que, por negligência não são contabilizados (VELASCO, CAESAR e REIS, 2018).

Velasco, Caesar e Reis (2018) apresenta o entendimento dos pesquisadores dos Fórum Brasileiro de Segurança Pública que reclamam dos para uma maior cuidado quanto aos registros dos casos feminicidas:

> Os operadores do sistema de justiça criminal precisam olhar para a morte de mulheres e saberem quando registrá-las como feminicídios, em um processo que não é apenas técnico, mas também cultural, já que a morte de mulheres é, de certa forma, naturalizada e as violências contra a mulher no cotidiano são aceitas e reproduzidas.

Para Meneghel (2017, p. 3083) é o reflexo da não adoção de mecanismos para coibir casos violentos e letais de agressões domésticas perpetrados contra a mulher, bem como ausência ou falhas das políticas públicas que atuem para atendimento e observância dos assassinatos femininos. Reverberando "ausência de vontade política para confrontar os crimes".

Diante da análise dos dados do feminicídio, é preciso relembrar os compromissos assumidos pelo governo brasileiro frente a comunidade internacional, que, apesar de formalizados em regramento legal como forma de atuação, de que os casos de violência contra as mulheres por razões de gênero, é obrigação do Estado, enquanto efetivador das leis, atuar com a devida diligência, consubstanciar o dever de prevenção, de investigação, além de garantir uma justa eficaz reparação (PASINATO; 2016(b), p.49).

4 CONCLUSÃO

Este trabalho foi desenvolvido a partir da perspectiva de gênero e as lutas feministas no processo de luta como mecanismo de combate às violências sofridas pela mulher no contexto doméstico decorrente de relações afetivas. E, como este tema tornou-se pauta de comprometimento legislativo do Estado brasileiro para tratar essa cultura, historicamente discriminatória marcada pelo patriarcalismo.

Por uma breve passagem pela legislação brasileira anterior à Constituição Federal de 1988, ficou evidente a situação de desamparo legal às mulheres, sendo elas muitas vezes destituída de capacidade para gerir sua própria vida. Daí, restou patente o impacto ideológico que carregava os institutos legislativos nacionais, que expressavam o direito dos homens em detrimento do direito das mulheres.

A partir da Carta de 1988 através da redemocratização, a busca de igualdade feminina ganhou articulação, embalada pelos princípios constitucionais e por dispositivos que instituíam o reconhecimento de igualdade entre homens e mulheres no contexto familiar, deixou expresso a responsabilidade do Estado para coibir a violência gerada neste âmbito.

Também através da Constituição e a ratificação de documentos internacionais os direitos humanos e direitos humanos das mulheres puderam ser reconhecidos e normatizados. Portanto, a visibilidade das lutas femininas começou a ganhar foco e atenção do Estado, no sentido de reconhecer a mulher como sujeito de direitos humanos.

Assim, atendo-se às proposta da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher como amparo, que definiu a violência contra as mulheres como aquela perpetrada contra às mulheres em razão de gênero, portanto, o diploma internacional transmudou a invisibilidade para os casos de violência doméstica e familiar, passando a cobrar uma efetivação política dos Estados, no sentido de aplicar medidas que proporcionem às mulheres uma vida sem violência, rompendo assim com os padrões culturais de prevalência de discriminação feminina, asseguradas por relações desiguais de poder.

A concretização da Lei Maria da Penha exemplifica a primeira resposta legislativa nacional para enfrentamento da violência doméstica por razões de gênero. Na sequência, a Lei do Feminicídio para definir uma resposta penal a ser aplicado pelo jurídico brasileiro nos casos de violência letal baseada nas relações de gênero. Cuida-se, portanto de pautas pertinentes às demandas feministas que exercem atividade de enfrentamento e articulação de se fruir os direitos humanos das mulheres, plenamente.

Importante destacar como a força dos tratados internacionais, de direitos das mulheres, absorvidos pelo Estado brasileiro, tiveram impacto propulsionador aos avanços legislativos nacionais na ação de formular diretrizes e a adotar medidas mais eficazes no combate à eliminação de as formas de violência contra à mulher.

A Lei Maria da Penha assume um suporte de valorização de uma vida sem violência, assinalando, pois, que uma mudança de conduta deve ser inserida, no contexto das relações domésticas, com a função de impor pretensões coercitivas às violações da dignidade da mulher, no sentido de erradicar toda e qualquer violência perpetrada em razão de gênero decorrente de relações de afeto.

A Lei do Feminicídio, coerente com os reflexos das demandas da Convenção de Belém do Pará e como forma de medidas legislativa e políticas sociais, veio a definir a conduta criminosa em razão do gênero e estipular a pretensão punitiva aos casos de morte de mulheres.

Porém, a plena eficiência dos novos institutos legais, conforme as contabilizações estatísticas de monitoramento demonstraram, ainda carecem de um maior aperfeiçoamento dos setores de segurança pública e da justiça para diminuir a distância entre os direitos garantidos e a realidade enfrentada por milhares de mulheres no Brasil.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. (2015). Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Revista Estudos Feministas,** v. 23, n. 2, p. 501-517, maio 2015. Disponível em: <http://http://www.scielo.br/pdf/ref/v23n2/0104-026X-ref-23-02-00501.pdf>. Acesso em: 21 de mar. 2018.

BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudêncio et al. **A mulher e a justiça:** a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos. Brasília: AMAGIS, 2016.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Igualdade entre sexos: carta de 1988 é um marco contra discriminação**. Revista Consultor Jurídico**, 5 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BARRÊTO, Lilah de Morais; LOSURDO, Federico. O feminicídio íntimo e os desafios efetividade da lei maria da penha: a discricionariedade judicial e a cultura jurídica dos magistrados do tratamento da violência doméstica e familiar contra a mulher**. Revista de teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica**. Curitiba, v.2, n. 2, p.19-41, jul/dez. 2016. Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/236/pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Em Busca do Tempo Perdido Mulher e políticas públicas no Brasil 1983-1993. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, p. 38, jan. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16092>. Acesso em: 09 maio 2018.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização: 10 anos de luta feminista. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 0, n. 0, p. 104-130, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15804>. Acesso em: 09 maio 2018.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. **Compromisso e Atitude**, p. 13-37, 2011. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_2_advocacy-feminista.pdf>. Acesso em 03 abr. 2018.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. O avanço legislativo contra a violência de gênero: a Lei Maria da Penha**. Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 47, p. 90-110, jan./mar. 2012. Edição Especial. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/54585>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BEAUVOIR, Simone de. ***O segundo sexo:*** *fatos e mitos***.** v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. v.1.

BERNARDI, Renato, Raquel Cristina Neves. As garantias constitucionais à igualdade de gênero e a realidade do "teto de vidro" para a mulher trabalhadora. **Revista do direito público**, Londrina, v.10, n.2, p.167-186, mai. /ago. 2015. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewfile/21671/16909>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

BONETTI, Alinne de Lima. ***Novas configurações:*** *direitos humanos das mulheres, feminismo e participação política entre mulheres de grupos populares porto-alegrenses*. In: NOVAES,Regina Reyes Novaes; LIMA, Roberto Kant de(Org.). Niterói: Ed.UFF, 2001, p. 137-201.

BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

BORDIEU, Pierre. **Meditações pascalinas.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRAGATO, Fernanda Frizzo**. Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2494/FernandaBragatoDireito.pdf;jsessionid=C3566763F7B36EF980CC4E3BFD7CABCD?sequence=1>. Acesso: 15 set. 2018.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. **Caderno Pagu**. Campinas, n. 26, jun. 2006. p.341. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332006000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.104, de 09 de março de 2015**. Brasília, março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1o da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constiuição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso: 15 set. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 5.030, de 31 de março de 2004**. Institui o Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2004/decreto-5030-31-marco-2004-531519-normaatualizada-pe.html>. Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.886, de 17 de junho de 200**4. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.886.htmm>. Acesso: 09 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8ºdo art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso: 09 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso: 09 abr. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 14 de 2010.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para prever tipo penal para a autoridade policial que não adotar as medidas legais cabíveis para a proteção de mulher em situação de violência doméstica, se da omissão resultar lesão corporal ou morte. Disponível em :<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/95516/pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 292 de 2013.** CPMI de Violência contra a mulher no Brasil). Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: < http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1.> Acesso em 01 maio 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Atividade Legislativa: Requerimento (CN) n 4, de 2011. (CPMI - VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER)**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101261>. Acesso em: 23 maio 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório final.** Brasília: senado federal, 2013. Disponível em :<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481>. Acesso em 11 de abr. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Curso*:*** *Dialogando sobre a lei Maria da Penha*. Disponível em: <https://saberes.senado.leg.br/course/info.php?id=1165>. Acesso em: 24 de agosto 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. n. 1.419.421 - GO (2013/0355585-8)**. Julgado em 11/02/2014. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em:<ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33743165&tipo=91&nreg=201303555858&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140407&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súm. n. 536**. "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha". De 10 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+536&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso: 09 abr. 2018.

BRASIL.**Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso: 15 set. 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. A CPMI da Violência contra a Mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. **Rev. Estud. Fem.** Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 519-531, ago. 2015(b). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200519&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 maio 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. Violência, crime e segurança pública feminicídio no Brasil uma análise crítico-feminista. **Sistema Penal & Violência revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS**. Porto alegre, vol. 7, n. 1, p. 103-115, jan. /jun. 2015(a). Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275/13455>. Acesso em 30 abr. 2018.

CARNEIRO, Alessandra Acosta; FRAGA, Cristina Kologeski. A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada. **Serv. Soc. Soc.,** São Paulo, n. 110, p. 369-397, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 ago. 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. As diretrizes nacionais para a investigação do feminicídio na perspectiva de gênero. **Sistema Penal & Violência revista do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS**, Porto Alegre, v. 8, nº 1, p. 93-106, jan-jun 2016. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/23899/14747>. Acesso em: 25 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. 3 ed. rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos direitos humanos da mulher.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GOLÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a comissão interamenricana de direitos humanos**. São Paulo: 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. 2. ed. - São Paulo: Edições Loyola, 2004.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Feminicídio**. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/violencia/violencias/feminicidio/> . Acesso em 30 abr. 2018.

LIBARDONI, Marlene. Fundamentos teóricos e visão estratégica da Advocacy. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 8, n. 2, p. 207-222, jan.2000. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11936>. Acesso em: 26 ago. 2018.

LIMA, Larissa Alves de Araújo et al. Marcos e dispositivos legais no combate à violência contra a mulher no Brasil. **Rev. Enf. Ref**., Coimbra, v. IV, n. 11, p. 139-146, dez. 2016. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-02832016000400015&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 01 maio 2018.

MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia Ganacim G.R. Feminicídio em cena: da dimensão simbólica à política. **Tempo Social**, v. 30, n. 1, p. 208-304, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/115626/138702>. Acesso em 22 ago. 2108.

MACHADO, Lia Zanotta. Interfaces e deslocamentos: feminismos, direitos, sexualidades e antropologia. **Cadernos Pagu,** v.42, p.13-46, 2014. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400420013>. Acesso em 12 de nov. de 2017.

MELLO, Adriana Ramos de. Femicídio: **Uma análise sociojurídica do fenômeno no Brasil**. 2013. Disponível em :<http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/adrianaramosdemello_femicidio.pdf>. Acesso em 30 abr. 2018.

MENDES, Betânia Gusmão. *A mulher e o Direito: as relações de gênero nas carreiras jurídicas***. Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 21, n. 4691, 5 maio 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45524>. Acesso em: 9 nov. 2017.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciênc. saúde coletiva,** Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, Set. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017002903077&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 abr. 2018.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; COSTA, Mônica Josy Sousa; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. Feminicídio e violência de gênero: aspectos sociojurídicos. **Revista On-line do CESED – Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento,**

Campina Grande, PB, v. 16, n. 24-25, jan. /dez. 2015. Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/236>. Acesso em: 23 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (2014). **Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio).** Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em 22 ago. 2108.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em 22 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Eliminação da violência contra a mulher.** 2006. Disponível em: <https://www.nossosaopaulo.com.br/Reg_SP/Barra_Escolha/ONU_ViolMulheres.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU:** Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam a solução. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em 25 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão interamericana de direitos humanos (CIDH).** Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 21 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, "convenção de Belém do Pará**". Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

PASINATO, Wânia, coordenador. **Diretrizes nacionais. Feminicídio. Investigar, processar e julgar com as perspectivas de gênero. As mortes violentas de mulheres.** Brasília: ONU Mulheres, Secretaria de Política para as Mulheres, Secretaria Nacional de Segurança Pública; 2016(b). Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf>. Acesso em: 21 maio 2018.

PASINATO, Wânia. "Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil**. Cadernos Pagu**, Campinas, SP, n. 37, p. 219-246, abr. 2016(a). Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645012>. Acesso em: 21 maio 2018.

PASINATO, Wânia. **Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006**. In: CAMPOS, Carmen Hein de organizadora. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASINATO, Wânia. Oito Anos de Lei Maria Da Penha. Entre Avanços, Obstáculos e Desafios. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 533-545, maio 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/38874>. Acesso em: 21 maio 2018.

PEDRO, Joana Maria; WOLFF, Cristina Scheibe. Nosotras e o Círculo de Mulheres Brasileiras. **ArtCultura,** Uberlândia, v. 9, n. 14, p. 55-69, jan. /jun. 2007. Disponível em:<http://www.artcultura.inhis.ufu.br/PDF14/Joana%20Maria.pdf>. Acesso em: 15 de nov. 2017. Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/236/pdf>. Acesso em 30 abr. 2018.

PINTO, Céli Regina **Jardim. Feminismo, história e poder. Rev. Sociol. Polít.,** Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 maio 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre. v. 20, n. 2, p.71-99, 1995. Disponível em:<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>. Acesso em: 08 maio 2018.

SOUZA, Mércia Cardoso De; et.al. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e a Lei Maria da Penha. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7874>. Acesso em 21 mar 2018.

STOLKE, Verena. La mujer es puro cuento: la cultura del género. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 77, jan. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000200005/7862>. Acesso em: 08 maio 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional:** desigualando a desigualdade histórica. 2011. Disponível

em:<http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_5_desigualando-a-desigualdade.pdf>. Acesso: 09 abr. 2018.

VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Cresce o n. de mulheres vítimas de homicído no Brasil; dados do feminicídio são subnotificados. **Monitor da violência. G1,** 07 mar 2018. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>. Acesso em 24 ago. 2018.

WAILSELFISZ, Julio Jacobo. **O mapa da violência 2015:** homicídios de mulheres no Brasil**.** Rio de Janeiro: CEBELA, FLASCO; 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018

Ciências Criminais

A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE PERJÚRIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Fernanda Cristina Sena Sampaio Mendes

RESUMO

O presente trabalho discute as eventuais mudanças no sistema jurídico brasileiro, caso aprovado o Projeto de Lei de nº 4.192/2015, o qual deseja implementar no Código Penal o crime de perjúrio, delito este já tipificado entre outros países, como nos Estados Unidos da América. Avaliam-se também os crimes de falso testemunho e falsa perícia, os quais estão previstos no artigo 342 do Código Penal, sendo crimes congêneres sob a ótica da mentira. A tipificação do perjúrio no Brasil examina o confronte com o princípio constitucional *nemo tenetur detegere*, mais conhecido como direito à não autoincriminação que, também, se associa ao direito de permanecer em silêncio, de forma que poderá acarretar em prejuízos para o investigado/acusado e sua defesa, e em contrapartida, impulsiona o Poder Judiciário a se aproximar do princípio da verdade real. Assim, fez-se uma reflexão de que forma a mentira, como interesse individualista, sobrepõe os interesses coletivos em razão dos valores éticos e morais impostos pela sociedade.

Palavras-chave: Perjúrio. Autoincriminação. Mentira. Silêncio. Princípios constitucionais. Projeto de lei.

1 INTRODUÇÃO

O princípio do *nemo tenetur se detegere* – vedação à autoincriminação – possui grande relevância para o sistema jurídico brasileiro, pois se trata de uma garantia constitucional que permite o acusado/investigado de mentir perante a autoridade judiciária no intuito de não produzir provas contra si mesmo.

Esta garantia constitucional possui entendimento uníssono e pacífico perante os Tribunais Superiores, que também serviram de embasamento para a presente pesquisa, até mesmo porque, o Supremo Tribunal Federal deve respeitar os

dispositivos da Constituição Federal, a qual possibilita ao acusado o direito de permanecer em silêncio, seja em sede investigatória ou acusatória.

Deste modo, o objetivo principal deste trabalho, de forma exploratória, será tratar sobre eventual confronte entre este princípio constitucional e o crime de perjúrio, se tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, visto que há um Projeto de Lei de nº 4.192/2015 em andamento na Câmara dos Deputados que visa coibir a prática de falsear com a verdade, embasando-se em jurisprudências de Tribunais superiores e doutrinas majoritariamente penais.

Levando em consideração o evidente confronte entre a norma constitucional e a norma penal, resta a seguinte indagação: Como o crime de perjúrio no Brasil irá afetar a vida do acusado/investigado, visto que sua garantia constitucional de não produzir provas contra si mesmo será solapada pela obrigação de prestar compromisso com a verdade?

Diante disso, abordará o presente trabalho se a mentira do acusado será sempre acobertada pelo princípio da não autoincriminação, pois ao mesmo tempo em que é abrangida pela ampla defesa, o princípio da verdade real deve ser alcançado em todas as fases do processo penal, pois a mentira do acusado ultrapassa o direito individual e invade os interesses coletivos da sociedade, além de ignorar a moral e o instituto da boa-fé.

Assim sendo, o primeiro capítulo focaliza na origem histórica da punição estatal e como a não tipificação da mentira do acusado se relaciona com as marcas inquisitoriais que ainda estão presentes em nosso sistema jurídico, ressaltando os valores morais que estão enraizados na sociedade.

O segundo capítulo faz uma análise de como a mentira afeta alguns crimes já previstos na legislação brasileira, como é o caso do crime de falso testemunho e falsa perícia, previstos nos artigos 342 do Código Penal.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será estudado se a mentira praticada pelo acusado possui caráter inofensivo ou não, levando em consideração que esta

mentira reflete no processo penal, o que por muitas vezes, acaba desvirtuando a realidade dos fatos que estão sendo investigados e apurados, simplesmente por estar se esquivando de suas responsabilidades por estar eivado de garantias constitucionais que o acobertam para mentir.

2 A MENTIRA: SERIA UMA QUESTÃO MORAL OU MERAMENTE PENAL?

O processo penal está diretamente atrelado aos princípios da Constituição Federal de 1988, pois todos os indivíduos possuem garantias constitucionais com determinado grau de efetividade para assegurar, por exemplo, a sua dignidade e intimidade, tendo em vista que durante uma investigação criminal, quando investigado, ou em sede de persecução penal, quando acusado, há algumas restrições ao Estado para não ultrapassar limites na vida privada do agente.

É nesse sentido que uma das garantias fundamentais do indivíduo está positivada em lei, sendo seu dispositivo encontrado no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal que possui a seguinte redação:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.[1]

Este dispositivo se remete ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, a vedação da autoincriminação, visto que o direito de permanecer em silêncio é uma garantia para que o acusado não produza provas contra si mesmo.

1 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Aquele que está sendo investigado/acusado possui esta garantia que é conectada a um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais.[2] Isto quer dizer que será considerada inconstitucional qualquer interpretação que se pretenda diminuir ou retirar a eficácia de uma norma constitucional, principalmente para aqueles inseridos entre os direitos fundamentais.

Por derradeiro, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF) já exterioriza o seu entendimento de que o direito à não autoincriminação é aplicado para o acusado, entretanto, não será aplicado àqueles que são intimados para prestar depoimento, pois estão obrigados a prestar compromisso com a verdade sob a advertência do crime de falso testemunho, previsto no artigo 342 do Código Penal, que será abordado no próximo capítulo. Observe a seguinte decisão:

> [...] O comportamento do réu durante o processo na tentativa de defender-se não pode ser levado em consideração para o efeito de aumento da pena, sendo certo, também, que o réu não está obrigado a dizer a verdade (art. 5.º, LXIII, da Constituição) **e que as testemunhas, se mentirosas, devem elas, sem reflexo na fixação da pena do réu em favor de quem depuseram, ser punidas, se for o caso, pelo crime de falso testemunho** (STF, HC n. 72.815, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 6.10.1995).[3] – [grifo]

Neste mesmo sentido, implica demonstrar que o princípio *nemo tenetur se detegere* constitui jurisprudência pacífica na Suprema Corte brasileira, conforme exterioriza o seguinte julgado:

> Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CONSTATAÇÃO. INOBSERVÂNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR. ORDEM CONCEDIDA I – É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 162.

3 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.815/MS. 1ª Turma. Relator: Moreira Alves. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 06 out. 1995. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo8.htm >. Acesso em: 15 jun. 2018.

> permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação. II – O depoimento da paciente, ouvida como testemunha na fase inquisitorial, foi colhido sem a observância do seu direito de permanecer em silêncio. II – Ordem concedida. (HC 136331, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 26-06-2017 PUBLIC 27-06-2017)[4]

Deste modo, para que haja melhor compreensão sobre a esfera das garantias constitucionais e a criação da pretensão punitiva do Estado para coibir as práticas delituosas do indivíduo, é necessário fazer uma breve análise histórica sobre a criação do Direito Penal e de seu poder punitivo, além da efetiva origem deste direito que será destacado durante todo o trabalho.

Historicamente falando, as primeiras punições ocorreram quando se desagravava a divindade do infrator, pois a sociedade possuía a crença de que ocorriam fenômenos naturais que simbolizavam manifestações divinas ("totem")[5] revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação.

Com o passar do tempo e com a evolução social, surgiu um novo conceito que envolvia desde o indivíduo até o seu grupo social. Era denominada "vingança privada"[6]. Quando a infração era cometida por membro do próprio grupo, a punição era o banimento (perda da paz), que o deixava à mercê de outros grupos, que fatalmente o levariam à morte.

Posteriormente, o Estado foi assumindo o poder para manter a segurança social, o que resultou na criação da "vingança pública"[7], em que tinha como foco a segurança do soberano pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo intimidatório.

4 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 136.331/RS. 2ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 13 jun. 2017. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311899330&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82.

6 Ibid., p. 83.

7 Ibid., p. 84.

No início do século XIX, o positivismo jurídico se derivou a partir da doutrina de Thomas Hobbes[8], se transformando em um sistema legal meramente formal, através de premissa dificilmente realizável: a harmonização perfeita e acabada entre a soberania popular e as leis produzidas pelos titulares do poder de legislar.

O indivíduo que descumprisse alguma norma imposta pelo Estado era compelido a cumpri-la a fim de coibir a conduta reprovada perante a sociedade na qual pertencia, fato este que deu maior força para o Estado intervir na vida do homem e controlar as suas ações, sendo este método aplicado até os dias atuais.

Com o surgimento do dever do Estado de punir, este se tornou órgão legítimo para criar um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados socialmente graves ou intoleráveis e que ameaça com reações repressivas como as penas/sanções ou com medidas de segurança.[9]

Para a efetiva aplicação de punições ao agente que infringia determinada norma, o comportamento do homem era objeto de análise frente às condutas sociais que eram consideradas lícitas e morais. Diante disso, se a conduta fosse considerada antiética, ilícita e/ou imoral, o Estado positivava em lei para que tais práticas fossem restringidas.

Dito isso, o Direito Penal foi criado como instrumento que tem a função de controlar a sociedade e dar poder ao Estado, fazendo o uso de uma intervenção institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita[10], e sendo utilizado como último recurso na aplicação de sanções, ou seja, de *última ratio*.

O sistema de proteção aos bens jurídicos no âmbito penal é limitado, uma vez que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 1º, inciso III o seguinte:

8 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal – Parte Geral.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 6.
9 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Vol. 1: Parte Geral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p.1.
10 BUSATO, 2017, p. 2.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana;[11]

E também, importante destacar alguns direitos invioláveis do indivíduo, conforme exteriorizado no artigo 5º da Lei Maior. Observe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...[12]

Isto significa que mesmo que o indivíduo possua garantias constitucionais, haverá certa limitação e repressão por parte do Estado que visa o controle social, devendo ser o Direito Penal atuação subsidiária, atuando como última alternativa para penalizar determinado agente que descumprir as normas legais impostas pelo Estado.

Por isso, o Princípio da Intervenção Mínima, ou como citado cima, o *ultima ratio*, será reservado como última medida ao qual o Estado irá recorrer para proteger determinados bens jurídicos[13], pois já é constatado que o Direito Penal tem pouca eficácia na proteção desses bens jurídicos, se comparado com outras estratégias, como sanções administrativas e civis.

E por isso, o Direito Penal só deve ser empregado quando a violência da conduta que ele tenta coibir for maior que a violência do próprio Estado, pois esta limitação, não prevista na Constituição Federal, já vem delineada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecido no artigo VIII que "A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias".

11 BRASIL, 1988.
12 Ibid.
13 JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal – Parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

Deste modo, para que haja o restabelecimento da ordem jurídica, quando não suficientes medidas cíveis ou administrativas, as normas penais deverão ser aplicadas.

Cezar Roberto Bitencourt afirma que "o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade".[14]

Portanto, os recursos do Direito Penal serão os últimos a serem recorridos desde que esgotados os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico.

Feita esta contextualização histórica do poder de punição do Estado, explicar a origem do princípio do *nemo tenetur se detegere* se torna mais simples.

Este princípio é consubstanciado ao instinto de preservação do homem, e por isso, a sua origem está ligada à própria existência humana, entretanto, o princípio surgiu com a evolução histórica dos direitos individuais.[15]

O juramento é característico em legislações antigas, como no Código de Hamurabi[16], e este ato era considerado religioso, pois Deus seria o intermediador entre a verdade e a mentira, de modo que repreendia a mentira e punia aquele que a fazia[17], e por isso, invocar o nome de Deus ao optar pela mentira, era o mesmo que contrariá-lo, e isso pesava a consciência do indivíduo, que posteriormente, sofreria consequências.

14 BITENCOURT, 2017, p. 56.
15 HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação.** Campinas: Bookseller, 2005, p. 89-90.
16 QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e as decorrências ao processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.
17 HADDAD, op. cit., p. 66.

Já por outro lado, o princípio da não autoincriminação pode ter se originado no Direito Hebraico, pois a lei naquela época vedada a confissão ou o testemunho contra si mesmo.[18]

Para Carlos Henrique Borlido Haddad, tal princípio teria surgido a partir do Direito Romano, pois naquele tempo o acusado era torturado para ser compelido a falar a verdade, além de que a defesa era por si próprio produzida, e por isso, era muito difícil ter a liberdade de autodeterminação que o permitisse ficar calado ou falar o que fosse apropriado para ele.[19]

Durante a Idade Média, no período inquisitório, a verdade era pré-concebida[20], ou seja, o acusado era obrigado a responder todos os questionamentos e a tortura era aplicada para chegar à confissão, visto que havia uma prévia convicção em relação à culpabilidade do acusado e a prática da tortura corroborava essa convicção.

Neste mesmo período, a confissão do acusado era artefato essencial para incriminação de um indivíduo, pois a sua palavra já era prova suficiente para convencimento do julgador. Entretanto, frisa-se que essa confissão não era vista somente no mundo jurídico, mas também, principalmente, na religião, pois se o acusado se arrependesse, ele estaria se arrependendo de seus pecados para se redimir com a igreja e sua comunidade.[21] Ou seja, o processo penal era visto como forma de punir um pecado.

Vale ressaltar que naquela época, o princípio da verdade real entra totalmente contraposto ao da atualidade, até mesmo porque o livre convencimento do juiz não era nítido, mas sim visto de forma sigilosa, o que não garantia o dever de contraditório e ampla defesa ao acusado, pois a verdade só era revelada quando o

18 TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 82.
19 HADDAD, op. cit., p. 99-100.
20 QUEIJO, 2012, p. 31.
21 LIMA, Lana Lage da Gama de. **A confissão pelo avesso: o crime de solicitação no Brasil Colonial.** 1990. 831 f. Tese (Doutorado) – Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

julgador estivesse satisfeito com a verdade de acordo com a sua própria interpretação.

A confissão havia se tornado a rainha das provas, não sendo apenas a prova máxima, mas também uma expiação[22], tornando legítima a prática de tortura com o objeto de se alcançar a verdade real[23], princípio este que é aplicado até os dias atuais no Processo Penal.

Leciona o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho sobre os poderes do juiz e o valor probatório das partes. Veja:

> Acusado e ofendido são sujeitos da relação jurídico-material. Situam-se em polos diferentes. Um pratica a ação delituosa; outro sofre a mesma ação. Suas palavras, por conseguinte, por si só, não merecem crédito, dados os interesses em jogo. Grosso modo ambos procuram narrar os fatos a sua maneira e, assim, suas declarações devem ser aceitas com reservas.[24]

Sendo assim, a quantidade de elementos probatórios que surgiram na época inquisitorial era eivada de verdade absoluta, pois não havia contraposição com normas morais, políticas e econômicas.

Na Inglaterra, por exemplo, onde é adotado o *common law*, os tribunais eclesiásticos não se estabeleceram da mesma forma ao procedimento acusatório, e isso ajudou a criar um ambiente que desenvolvesse o direito de não contribuir com a autoincriminação.[25]

22 QUEIJO, 2012., p. 100.

23 RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro (Coord.). **Limites constitucionais da investigação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.

24 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 541.

Na Constituição brasileira de 1824, a tortura foi expressamente extinta e o Código de Processo Penal de 1832 desobrigou o acusado a responder perguntas ou a prestar juramento.[26]

Na Constituição de 1891, "o acusado se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meio essenciais a ela"[27], e essa plenitude de defesa, indiretamente, se direciona ao direito de permanecer em silêncio, que se relaciona ao princípio da ampla defesa.

Com o passar do tempo, a confissão foi perdendo sua força para que não houvesse hierarquia entre as provas, até mesmo para que as outras provas trazidas aos autos fossem analisadas pelo magistrado com a mesma atenção, sobretudo porque o juiz tem a prerrogativa de requerer provas complementares e subjetivas.

E a partir disso, o livre convencimento motivado ganhou credibilidade no processo penal.

Reforçando o tema da aplicação de sanções penais, é importante dizer que para infiltra-la num Estado Democrático de Direito, é preciso conhecer o significado e o alcance dos princípios limitadores do *ius puniendi*, pois o Estado não é detentor de direitos, apenas exige aquilo que é de interesse dos demais indivíduos.

Isto quer dizer que os indivíduos exigem como direito seu que o Estado aplique o mecanismo de controle social do Direito Penal. Ou seja, cabe ao Estado o dever de punir, mas não o direito.[28]

Por isso, a proteção dos bens jurídicos é exercida como pretensão utópica de realização da justiça absoluta por intermédio da norma, sendo de caráter essencial para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade como justificação imprescindível da identificação do caráter penal da norma de controle social.[29]

26 TROIS NETO, 2010, p. 94.
27 QUEIJO, 2012, p. 29.
28 BUSATO, 2017, p. 17.
29 Ibid., p. 16.

Ao tratar do Sistema Penal Brasileiro, é importante salientar que há certas restrições que nunca poderão ser impostas ao indivíduo, pois, por mais que o ato delituoso seja de maior gravidade, algumas sanções jamais poderão ser aplicadas, como previstas no art. 5º, XLVII da Constituição Federal. Observe:

> XLVII - não haverá penas:
>
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
>
> b) de caráter perpétuo;
>
> c) de trabalhos forçados;
>
> d) de banimento;
>
> e) cruéis;[30]

Neste ponto, retornemos à aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, demonstrando que a intervenção mínima pode exercer outro papel para o fim de impedir a incidência desarrazoada de tipos e de sanções penais, uma vez que há diversos tratamentos para os diversos tipos de fato criminoso.

Pois bem, para que o Estado possa aplicar uma pena ao indivíduo, essa pena deve, necessariamente, estar prevista na legislação.

Sabe-se que nunca haverá sanção por mero consentimento ou por dúvida, até mesmo porque, no Direito Penal, existe um entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o princípio do *in dubio pro reo*, no sentido de que, havendo dúvida, o caso deve ser decidido de forma mais favorável ao agente.

Trata-se do *Nullum crimen nulla poena sine lege*, quando não há possibilidade de existir crime sem que isso esteja previsto em lei, não sendo possível também a aplicação de pena a um indivíduo, sem que esta esteja, também, prevista em lei.

E por isso, para se referir ao tema do presente trabalho, é feita uma análise do termo punitivo do Estado que eventualmente se aplicaria caso houvesse a tipificação do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro, visto que atingiria o âmago da

[30] BRASIL, 1988.

Constituição Federal, uma vez que o acusado/investigado é acobertado pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Isto é afirmado porque o direito positivo assegura a liberdade de declaração, que se divide em três vertentes: a supressão do juramento, o direito de ficar em silêncio e a inexigibilidade de o acusado se confessar como culpado.[31]

Certamente, para que haja a imposição de nova lei ou seja efetivada como nova Emenda à Constituição, a sua tipificação deve estar em consonância com diversos princípios do processo penal, e o princípio da legalidade é, dentre eles, essencial.

Para Paulo César Busato, o princípio da legalidade pode ser fundamento politicamente e tecnicamente, quando afirma que:

> [...] não basta considerar o princípio de legalidade um instrumento jurídico, relacionado apenas com a norma posta, como um filtro jurídico do direito positivo. É preciso ir além e enxergar o contexto histórico de seu desenvolvimento e tudo o que se pretendeu alcançar através de sua afirmação. Visto assim, entra em evidência, antes de tudo, a sua dimensão política, que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral frente aos outros poderes do Estado para, a seguir, merecer consideração sua dimensão técnica, que expressa a forma de como devem os legisladores formular as normas penais.[32]

No mesmo contexto, há outros princípios extremamente relevantes quando ligados à legalidade: o *nulla poena sine lege*, mais conhecido como princípio da garantia penal, o qual determina que não poderão ser aplicadas penas que não hajam sido previamente estabelecidas por lei; e o *nemo damnetur nisi per legale iudicium*, que determina que deverá haver um juiz competente para prolatar sentença penal condenatória em Tribunal que também seja competente, além de ter todos os atos publicados, estritamente ligado ao princípio da publicidade, que dará oportunidade de formulação de provas tanto em favor da defesa, como para a acusação.[33]

31 HADDAD, 2005, p. 183.
32 BUSATO, 2017, p. 29.
33 Ibid., p. 37.

Há um outro princípio constitucional expresso no artigo 5º, XL da Constituição Federal, que dá, mais uma vez, ênfase para o princípio da legalidade que determina que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.[34]

Isto implica dizer que toda lei, em princípio, rege para o futuro os fatos desde sua entrada em vigor. Precisamente, a exigência de uma *lex* prévia constitui uma barreira à retroatividade das leis penais.

Na visão de Miguel Reale acerca do tipo penal, ele recomenda que:

> A elaboração do tipo não é aleatória, a ordem e o significado são ínsitos à ação, cabendo, por reflexão e abstração, traçar de modo paradigmático o perfil e o sentido do comportamento. O modelo construído refere-se, portanto, a comportamentos futuros e previsíveis, aos quais se atribuem determinadas consequências jurídicas".[35] De outro lado, a tipicidade pode ser caracterizada como o encaixe da conduta delituosa do agente, ou da própria omissão, à descrição contida na lei penal, ou seja, é a correspondência do fato ao modelo.[36]

Ao abordar o tema acerca de tipicidade, é necessário entender que quando se remete a um fato delitivo, nem só de tipicidade ele é feito. Isto é, há a existência também da antijuridicidade ou da ilicitude, que também devem ser estudadas sob a mesma égide. Ou seja, é a conduta contrária ao ordenamento jurídico.

Além disso, existem funções de tipo, as quais são divididas em algumas classificações, quais sejam: função seletiva, função de garantia, função indiciária da ilicitude e de delimitação do *iter criminis*. Analisaremos cada uma a seguir.

A função seletiva é aquela que determina o que é e o que não é crime. Após essa análise, que não é absoluta, observa-se que a conduta praticada também é eivada de culpabilidade e ilicitude. Já a função de garantia é estritamente ligada ao

34 BRASIL, 1988.
35 REALE, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 136.
36 PACELLI; CALLEGARI, 2017, p. 261.

princípio da legalidade e ao *jus puniendi*, ou seja, ao direito do estado de punir, fato que traz ao cidadão a segurança de saber se a sua ação é punível ou não.[37]

Além dessas duas funções acima citadas, há também a função indiciária da ilicitude, a qual está ligada à atipicidade da conduta, caso o fato seja atípico, consequentemente, também se tornará ilícito.

A função de delimitação do *iter criminis*, a qual dispõe a importância de quando delimitar quando o sujeito ingressa na esfera penal, se remete ao tempo que deverá ele ser punido, que é importante ser reconhecida no início da execução do delito.[38]

Deste modo, após esta breve análise panorâmica no âmbito penal, faz-se justa uma breve abordagem ao conceito do Direito Penal, que como já acentuado, não é considerado um direito autônomo, mas sim busca a necessidade de asseguramento do direito positivo.

Nesse passo, no ponto de vista do direito positivista, para se falar em Direito Penal, deve haver um crime, que será necessariamente composto de um fato típico, ilícito e culpável, que em alguns casos, há certas exceções que irão determinar se será um crime punível ou não, como num caso que houver marcas de excludente de ilicitude, onde o agente não irá cumprir nenhuma pena pelo ato praticado, que na ótica da legislação, seria condenável.

Para melhor tratar de uma prática eivada de uma excludente de ilicitude, Eugênio Pacelli narra que:

> As excludentes da ilicitude deveriam ser reservadas para aqueles comportamentos cuja prática seja sempre excepcional, justificados por circunstâncias alheias à vontade do agente e somente admitidas por critérios de ponderação entre os danos por ele causados e aqueles que adviriam de condutas/fatos de terceiro ou do acaso, cujo resultado não devesse ser suportado por aquele que não lhe deu causa.[39]

37 PACELLI; CALLEGARI, 2017, p. 264.
38 Ibid., p. 264.
39 Ibid., p. 193.

Um exemplo muito comum que na maioria das vezes é até alegada pela defesa técnica num processo penal, é a de legítima defesa, que pode resultar em absolvição do réu, justamente porque a conduta do agente é aceita e tolerada por ter sido realizada em razão de provocação de ação injusta do agressor[40], como num crime de homicídio.

No mundo criminal, há um princípio muito utilizado e bem visto nas doutrinas, que é princípio do *ne bis in idem*, que determina que o agente não poderá ser punido duas vezes pela mesma razão e sendo assim, estão estritamente vinculados aos princípios da proporcionalidade e da legalidade, isto porque deve haver uma medida proporcional que seja aplicada ao fato delituoso e se houvesse punição dupla pelo mesmo ato, seria uma forma de abuso punitivo estatal.

Se tratando novamente do princípio da legalidade, é indevida a reaplicação de uma pena que já é tipificada na legislação penal, pois se acumuladas duas penas de um mesmo crime, certamente a soma das duas sanções resultaria em uma sanção que não está prevista em lei, e isso retoma ao princípio da proporcionalidade.

Pois bem, há um entendimento pacificado entre os doutrinadores e juristas que o Direito Penal tem o dever de proteger os bens jurídicos. Mas o que seriam esses bens a serem tutelados pelo Estado? Para afirmar que determinada conduta delituosa não bastaria que conjeturasse uma infração de una norma ética ou divina, seria necessário antes de tudo a prova de que lesiona interesses materiais de outras pessoas, isto é, de que lesiona bens jurídicos.[41]

Isto quer dizer que uma conduta praticada pelo indivíduo só pode ser castigada ou punível se ferir um interesse particular ou até mesmo social, que seria um bem jurídico[42]. Um exemplo notável e corriqueiro: o crime de homicídio, conforme citado alhures, é punível por que? Porque certamente o Estado deve tomar medidas cabíveis para que a sociedade esteja segura e que cada indivíduo tenha

40 PACELLI; CALLEGARI, 2017, p. 193.
41 Ibid., p. 197.
42 TOURINHO FILHO, 2005, p. 372.

preservado seu bem mais precioso: a vida. Portanto, a vida é o bem jurídico tutelado quando relacionado aos crimes contra a vida (homicídio, infanticídio, aborto, entre outros). [43]

Todo ato ilícito irá gerar consequências, ainda que seja somente a reparação de danos, pois a tutela jurisdicional do Estado exterioriza isto caso houver o descumprimento legal ou algum prejuízo a terceiro, certo que alguém deverá arcar com este prejuízo.

E fazendo uma comparação com o crime de perjúrio que será analisado neste trabalho, ele certamente, além do dever de estar em consonância com as normas constitucionais, deve respeitar também a ética e a conduta moral, pois conforme elucida Miguel Reale "a conduta moral é aquela referente ao homem em relação a si mesmo, em que este tem autonomia para escolher a sua conduta de acordo com o que se considera como sendo felicidade".[44]

Neste aspecto moral, o processo penal, por um lado, tem a finalidade imediata de descobrir a verdade e, também, aplicar a justa e efetiva lei penal consagrada no nosso ordenamento jurídico.[45]

Entretanto, há uma diferença entre certeza e verdade, ao passo que a verdade é relacionada a um estado subjetivo ao qual o indivíduo cria uma crença para acreditar naquilo que o convém de acordo com as suas convicções[46]. Por outro lado, a certeza tem o condão de apresentar aspectos relacionados à realidade, que se torna uma questão mais objetiva.[47]

O saber ético estritamente ligado com a moral não possui natureza normativa, pois não é ligado ao dever-ser ético, como frisa Hans Kelsen em sua obra "O que é justiça e O problema da justiça", autor substancialmente positivista. No entanto, a

43 Ibid., loc. cit.
44 REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 39.
45 ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 56.
46 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996.
47 Ibid.

norma ética tem o poder de determinar o que é certo e o que é errado, como sendo meta humana frente a diversos fatores viciosos na sociedade.

O indivíduo cria seus próprios conceitos e padrões éticos e os pratica na sociedade, que também cria seus próprios padrões e os envia por meio de tradições, procedimentos, regras e exigências[48], que a partir daí, surge a força ético-normativa que rege a sociedade num todo.

E o homem, em seu estado de natureza, é carregado de comportamentos que necessitam de reprimenda, pois a sociedade num todo é uma necessidade natural do homem em relação às suas vontades humanas, que cedem à sua liberdade ao Estado para organizar essa convivência.

Assim sendo, o Estado tem na sua função de garantir a coexistência pacífica e livre entre os cidadãos, respeitando os direitos humanos e também protegendo, utilizando-se do Direito Penal quando não houver outro meio adequado de índole civil e/ou administrativa, a vida, a integridade física, a liberdade etc., sendo estes, bens jurídicos relevantes e, por isso, dignos de tutela penal.[49]

Diante disso, para que se compreenda o tema em questão, fica a seguinte indagação "por que o ordenamento jurídico brasileiro comporta a ilicitude da postura do indivíduo que não fala a verdade, sem considerá-la passível de punição quando retirada tal tipicidade, como artifício indispensável para caracterização de um crime?".

Para abordar o tema que será tratado no presente trabalho, importante destacar que o processo penal também possui direitos e garantias que versam a matéria para que o acusado/investigado possua determinada segurança jurídica e não seja prejudicado, caso comprovada a sua inocência ou por motivos de insuficiência de provas, etc. Observe como acentua Fracisco Chumenti:

> [...] tanto o acusador quanto o acusado representam no processo penal interesses públicos, porque o Estado tem tanto

48 BITTAR, Eduardo Bianca. **Curso de Ética Jurídica.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.
49 PACELLI; CALLEGARI, 2017, p. 198.

> interesse na punição de um culpado quanto na absolvição de um inocente e tutela de igual modo a segurança pública e a liberdade individual.[50]

Deste modo, conforme já asseverado alhures, a verdade é o escopo absoluto do processo penal, e que deve ser respeitada pelos princípios constitucionais em todas as fases, seja de um procedimento investigativo, seja de uma persecução penal em curso, que deverão respeitar diversos princípios constitucionais, entre eles os da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DOS DISCURSOS NO DIREITO PENAL

Notoriamente, todo processo, seja na esfera cível ou penal, possui um juiz que tem a função de, além de julgar, procurar provas robustas para que seja formado o seu convencimento, e sua verdade acerca dos fatos.

Para Guilherme de Sousa Nucci, a verdade real é aquela que se busca para que esteja mais próxima da realidade no âmbito do processo penal. [51]

Ao fazer uma análise sobre a tipificação do crime de perjúrio no ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente devem ser mencionados alguns crimes que já estão previstos em lei no país, cuja relação está ligada à mentira, observando que estes crimes atingem interesses de terceiros e afastam o magistrado do princípio da verdade real.

Antes de abordar esses crimes no presente capítulo, cumpre destacar a importância da ética e da moral não só aplicadas no ordenamento em si, mas principalmente nas ações de cada indivíduo, pois a mentira, além de uma rotina na vida do homem, se estiver presente na esfera penal, será considerada um crime.

Por isso, nota-se que o processo penal é a ferramenta ou o próprio remédio do Estado aplicado na sociedade para repressão de atos ilícitos, aplicando na maioria das vezes, uma sanção, seja através de cumprimento de pena e/ou multa. Entretanto,

50 CHUMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material.** Rio de Janeiro, 1995, p. 7.
51 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 104.

os comportamentos individuais devem ser analisados para que sejam criadas soluções com justiça aos problemas exibidos.

Há determinados princípios que são norteados pelo processo penal, como o da verdade real, citado acima, que se enquadram dentro da ética profissional, a qual visa estimular a boa-fé e a lealdade nas práticas processuais, reiterando, também, a finalidade do princípio do devido processo legal[52].

Ao entender que o acusado tem o dever de auxiliar para o esclarecimento dos fatos, mas que obviamente, terá o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, é indene de dúvidas que não haverá outra parte, se não ele próprio, para melhor elucidação dos fatos, pois a sua colaboração ou confissão podem ensejar em diminuição de pena ou outros benefícios *pro reu*.

Apesar de o acusado partir do pressuposto que mentir poderá ser um livramento de culpa, ele deve ter o pleno conhecimento que falar a verdade poderá trazer muito mais benefícios no momento de realizar a dosimetria da pena, ao levar em consideração, por exemplo, a eficácia do instituto da delação premiada ou até mesmo pela confissão, como dito acima.

Se tratando de confissão, este instituto pode ser visto como ferramenta hábil para incentivar o acusado a falar a verdade para agir também em conformidade com suas lições morais e principiológicas que a sociedade impõe, até mesmo desde a infância, quando os pais ensinam à criança que mentir é a coisa errada.

Como já vem sendo explanado neste trabalho, a norma constitucional garante ao acusado o direito de mentir para não se autoincriminar, porém, do outro lado, a lei processual não garante às testemunhas este mesmo direito – à mentira -.

O artigo 342 do Código Penal estabelece essa regra, a qual não aderiu a elementar do juramento, o qual se tornou insignificante para a caracterização delitiva.

52 ARAÚJO, 2006, p. 91.

O crime de falso testemunho ou falsa perícia, tipificado no artigo 342, do Código Penal, diz que:

> Falso testemunho ou falsa perícia
>
> Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 12.850/2013).[53]

Este delito é classificado como um crime contra a Administração da Justiça e para Fernando Capez, o agente sabe a verdade, mas opta por não dizê-la, ou seja, nega a verdade; afirma a ocorrência de um fato inverídico, ou pratica o fenômeno mais conhecido como reticência, quando a pessoa se recusa a dizer o que sabe sobre os fatos[54].

Este delito é consumado no momento em que é feita a afirmação falsa sobre determinado fato juridicamente relevante para elucidação e formação de convicção do juiz. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. TEORIA SUBJETIVA. MOMENTO CONSUMATIVO. DELITO FORMAL.
>
> HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.
>
> 2. A falsidade necessária à configuração do crime tipificado no artigo 342 do Código Penal deve ser aferida do contraste entre o depoimento prestado e a ciência da testemunha de que as

53 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018:

54 CAPEZ, Fernando; PRADO, Estela. **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 707.

> informações por ela expostas não coadunam com o conhecimento dos fatos de que é possuidora (teoria subjetiva).
>
> 3. "O crime de falso testemunho é de natureza formal, consumando-se no momento da afirmação falsa a respeito de fato juridicamente relevante, aperfeiçoando-se quando encerrado o depoimento" (AgRg no REsp. n. 1.269.635/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, 23/9/2013).
>
> 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 315.456/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016)[55]

O compromisso de dizer a verdade se origina como mera garantia de natureza formal, pois é concedido ao depoimento maior valor probatório, mas adverte ao depoente a responsabilidade que mantém com a justiça, posto que tudo que será dito, será declarado como verdadeiro.[56]

A prova testemunhal é um dos meios de prova mais importantes, sendo um dever ético e jurídico.

Entretanto, não se pode confundir a recusa em responder com recusa de depoimento, pois a primeira reporta-se a uma determinada pergunta, enquanto que a segunda significa recusa ao dever de testemunhar, que se relaciona aos sujeitos que se tornam desobrigados a testemunhar perante o juiz.

Mentir sem compromisso se torna tão grave quanto mentir sob juramento, sobretudo porque através do princípio do livre convencimento motivado do juiz, poderá levar a erro o julgador, e isso necessariamente prejudica e obstrui a justiça, e como aduz Faria "não faz desaparecer o delito, máxime no sistema da livre convicção na apreciação da prova".[57]

No aspecto objetivo, o indivíduo que depõe sobre um fato que não viu ou ouviu, mas que discorreu da forma que efetivamente aconteceu, não seria

55 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 315.456/SP. 5ª Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 06 set. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386926091/habeas-corpus-hc-315456-sp-2015-0022078-1/inteiro-teor-386926110?ref=juris-tabs>. Acesso em 15 jun. 2018.

56 PONTE, Antonio Carlos da. **Falso testemunho no processo.** São Paulo: Atlas, 2000.

57 FARIA, Bento de. **Código Penal brasileiro comentado: parte especial.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. 7.

classificado como falso testemunho, pois não houve alteração entre o que foi narrado e o que realmente ocorreu.[58]

Este é um crime considerado de mão própria. Não há partícipe ou co-autor[59]. Isto quer dizer que o ato praticado só pode ser consumado pelo próprio agente, sendo considerado um ato personalíssimo.

O que pode ocorrer é uma testemunha ser orientada para fazer uma afirmação falsa ou negar a verdade para não piorar a situação do acusado, o que acontece muitas vezes até mesmo por instrução do advogado, que induz a testemunha para agir de tal maneira.

O artigo 343 do Código Penal exterioriza que se alguém influenciar a testemunha para fazer afirmação falsa ou calar a verdade, está participando também do crime, pois, nitidamente, está agindo indiretamente para que haja uma alteração dos fatos do processo ou do procedimento investigatório. Observe o artigo:

> Art. 343. Dar, oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, tradução ou interpretação, ainda que a oferta ou promessa não seja aceita. Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, aplica-se pena em dobro.[60]

Sendo assim, deve ser demonstrada a diferença entre os artigos 342 e 343, ambos do Código Penal, tendo em vista que a autoria do delito do artigo 342, CP é praticada pela própria testemunha, enquanto que a autoria do artigo 343, CP é do agente partícipe, o qual age indiretamente para que tal conduta seja realizada.

Embora o artigo 343 do CP demonstre que este crime seja um "suborno de testemunha", há certa atipicidade se um advogado, por exemplo, influenciar a testemunha para que não haja maior prejudicialidade ao seu cliente, de modo que tal conduta afeta a investigação criminal de determinado fato atípico.

58 CAPEZ; PRADO, 2012, p. 707.
59 CAPEZ; PRADO, 2012, p. 707.
60 BRASIL, 1940.

Observe o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o referido tema, que admite a retratação:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. ART. 342 DO CÓDIGO PENAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA.
>
> CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. § 2º DO ART. 342 DO CÓDIGO PENAL.
>
> 1. O trancamento do processo no âmbito de habeas corpus é medida excepcional, somente cabível quando demonstrada a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade.
>
> 2. Nos crimes de falso testemunho ou falsa perícia, o legislador entendeu configurar causa extintiva da punibilidade do agente o fato de ele retratar-se (ou dizer a verdade) em juízo, antes de proferida a sentença.
>
> 3. O acusado retratou-se nos autos da ação criminal que investiga crime de homicídio, ao afirmar - antes de qualquer decisão proferida pelo Tribunal do Júri - que seu advogado o havia orientado para afirmar que trabalhou para o réu no dia dos fatos, enquanto que, na verdade, encontrava-se em casa.
>
> 4. Recurso provido para ratificar a liminar anteriormente deferida, com o fim de determinar o trancamento do processo n.
>
> 0010156-49.2014.8.13.0671, em trâmite na Vara Única da Comarca de Serro/MG, em virtude da extinção da punibilidade.
>
> (RHC 52.539/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015)[61]

No mesmo sentido, exterioriza a Suprema Corte:

> FALSO TESTEMUNHO. CO-AUTORIA PELO CRIME DO ARTIGO 342, PARAGRAFO 1, DO CÓDIGO PENAL, ATRIBUIDA A ADVOGADO. II. E ELA ADMISSIVEL, EM TESE, E NÃO JUSTIFICA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL COM DENUNCIA RECEBIDA, PELO

61 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 52.539/MG. 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Shietti Cruz. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 06 abr. 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153352821/recurso-em-habeas-corpus-rhc-52539-mg-2014-0261967-8>. Acesso em 15 jun. 2018.

> SIMPLES FATO DA MESMA INVOCAR, COMO FORMA DE CONCURSO, O PEDIDO A TESTEMUNHA PELO ADVOGADO DO RÉU. III. E QUE NO DECURSO DA INSTRUÇÃO, CABE MELHOR DILUCIDAÇÃO DO CONCURSO, O QUAL PODE GERAR ADITAMENTO A DENUNCIA (C.P.P., ART. N 569), E, ADEMAIS, AMPLO E O CONCEITO DE PEDIDO, PODENDO SEM DIFICULDADE, SERVIR DE ANTECEDENTE CAUSAL DECISIVO NA PRODUÇÃO DO EVENTO CRIMINOSO, NOS TERMOS DOS ARTS. NS. 25 E 27 DO CODGIO CITADO. IV. RECURSO NÃO PROVIDO. (RHC 53565, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Segunda Turma, julgado em 12/08/1975, DJ 19-09-1975 PP-06734 EMENT VOL-00997-05 PP-01138)[62]

Neste contexto, útil se mostra o ensinamento de Damásio de Jesus:

> Em face do CP (LGL\1940\2) brasileiro, o falso testemunho não admite participação. Assim, embora pareça estranho e injusto, não há crime no fato de alguém induzir ou instigar testemunha a cometer o falso. Só a testemunha responde pelo delito do art. 342 do CP (LGL\1940\2), o terceiro fica impune. Ocorre que o legislador, no tema do falso testemunho, criou exceção pluralística ao princípio unitário do concurso de agentes. Quando se trata de suborno de testemunha, esta responde pelo crime do art. 342, aquele que dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem à testemunha, a fim de que ela cometa o falso, sofre as penas do art. 343.[63]

Pode-se dizer que o delito previsto no artigo 343, CP é um *delictum sui generis*[64], por se tratar de uma conduta expressamente tipificada que tem característica própria em relação à generalidade do crime de falso testemunho previsto no artigo 342, CP.

Entretanto, há algumas exceções previstas no Código de Processo Penal que limitam as condições de quem deve prestar o compromisso de testemunha para dizer

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 53.565/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Thompson Flores. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 19 set. 1975. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_53565_SP_1278672566198.pdf?Signature=%2FUF8ZkdldSBOuiRymeJKq%2BS0Xic%3D&Expires=1538683201&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a5c35979fb32c0d54c5ca293df6834c4>. Acesso em 15 jun. 2018.

63 JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Especial.** São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243-245.

64 CAPEZ; PRADO, 2012, p. 707.

a verdade do que souber e lhe for perguntado, conforme artigo 203 do CPP. Observe o seu teor:

> Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.[65]

Por outro lado, a lei processual afasta certos sujeitos da obrigação de depor como testemunha, conforme explanado pelo artigo 203 do CPP.

Entre esses sujeitos encontram-se os doentes e deficientes mentais, pessoas que possuam relação afetiva conjugais ou de parentesco com o acusado, menores de 14 anos, etc, conforme exterioriza o artigo 208 do CPP:

> Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.[66]

Há ainda outros sujeitos que são eximidos desta obrigação que estão classificados no artigo 206 do CPP. Veja:

> Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.[67]

Neste sentido, a dispensa do compromisso não o exime da obrigação de dizer a verdade, pois o dever de testemunhar é visto como público, sendo que o falso testemunho pode induzir o magistrado ao erro, o que prejudica notoriamente a administração da justiça.

---

65 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 06 ago. 2018.
66 Ibid.
67 Ibid.

Além do crime de falso testemunho, encontra-se também no mesmo dispositivo (art. 342, CP), o crime de falsa perícia, que somente poderá ser cometido por um *expert*, ou seja, sujeito especializado em determinada área técnica que tenha a capacidade de confeccionar um laudo ou parecer sobre determinado fato, ou por intérprete.

Sendo assim, imagine quão enormes seriam os prejuízos para o princípio da verdade real ao passo que estariam impossibilitando o magistrado de chegar à uma conclusão que se assemelha à verdade, e por muitas vezes, acabar inocentando um acusado porque o meio de prova juntado aos autos, como no caso da perícia, estaria falsificado.

Retornando ao ponto da autoincriminação, repare que a mentira do acusado no processo penal considerado sem tipicidade no ordenamento jurídico brasileiro se dá em virtude da garantia que é dada ao acusado de permanecer em silêncio, o qual se vincula à garantia de inocência, pois caso o acusado decida por falar a verdade, ele poderá sofrer consequências irreversíveis, tendo em vista o valor probatório de sua palavra ou na confissão. Por outro lado, poderia, também, sofrer a imputação do crime de perjúrio, caso tipificado.

A inclusão do direito de permanecer em silêncio, tema que já foi adequado ao capítulo anterior, e será explanado novamente no próximo capítulo, revela o contexto constitucional que representa a opção por um processo com limites à persecução penal[68], pois representa um direito de resistência em face do Estado, no qual será inserido em direitos fundamentais de primeira dimensão.[69]

Isto quer dizer que a possibilidade do acusado permanecer em silêncio é aplicada de maneira direta e imediata, e apesar de não ser tipificado o crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro, esta postura também se assemelha a alguns delitos que são presentes de juridicidade, como o crime de falso testemunho, direcionado às testemunhas.

68 QUEIJO, 2012, p. 77-79.
69 Ibid., p. 77-78.

Quando há discrepância entre depoimentos os depoimentos prestados pelas testemunhas, o instituto conhecido por "acareação" é invocado para que se possa encontrar qual depoimento mais se aproxima com a realidade dos fatos. Entretanto, se houver dúvidas, se torna necessária a utilização do princípio *in dubio pro reu*, pois este princípio sempre prevalece diante do risco de se condenar alguém com base em meras suposições ou quando as provas se restarem insuficientes de valor probatório que indiquem a autoria e materialidade.

Isto é dito porque o depoimento das testemunhas não pode ser o único meio de prova para se condenar ou absolver o réu. Deve ser levada em consideração a própria palavra do acusado – o que remete novamente ao direito de não se auto incriminar, podendo suas palavras estarem caracterizadas de mentira -, provas documentais, perícia e etc.

Pois bem. Com a evolução do tema, já é possível fazer uma análise da garantia contra a autoincriminação em relação às decisões de Tribunais Constitucionais e de Cortes Supremas da Europa e dos Estados Unidos da América. Veja o ponto de vista de Marcelo Schirmer Albuquerque quanto ao *nemo tenetur se detegere* e a valoração probatória:

> O certo, porém, é que em países de reconhecida tradição no âmbito dos direitos humanos e em outros de também indiscutível desenvolvimento nas dogmáticas Penal e Processual Penal, o nemo tenetur se detegere quase nunca vai além da prerrogativa de se calar em interrogatório ou de se recusar a depor, protegendo o acusado contra a obrigatoriedade de emitir declarações verbais de conteúdo, em nada interferindo na questão probatória, contexto em que sequer é estudado. Por isso, ao dar início ao estudo da questão no Direito Comparado, Maria Elizabeth Queijo anuncia que [...] na questão probatória os ordenamentos jurídicos por ela pesquisados, em geral, alternam-se entre duas soluções – a execução coercitiva da medida que obrigue o acusado a prestar a colaboração exigida ou a aplicação de sanções por desobediência –, razão pela qual conclui que, 'praticamente,

> reconhece-se, de forma não expressa, um dever de colaboração do acusado na produção das provas'.[70]

Ao observar o ordenamento jurídico de Portugal, em seu artigo 126, item 1; v. art. 32, nº 8 da Constituição, vê-se que "são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas por meio de tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas", além de que é assegurado o direito ao silêncio no artigo 343, item 1 do CPP.

Já o ordenamento jurídico francês não possui previsão acerca do direito de autoincriminação. Todavia, há leis que exigem algumas exigências que acabam autoincriminando o agente, como por exemplo, na realização de coleta de sangue para comprovar determina infração penal no caso de uso de entorpecentes.

Em outros países, como na Dinamarca, Bélgica e Noruega, também se admite a submissão do acusado ao exame *in corpore*, ou seja, intervenção corporal, mas deve haver fundada suspeita ou indícios suficientes de autoria para realização de tal mecanismo.

Na Alemanha, o direito ao silêncio possui exceção, quando se diz respeito a fatos que incriminem o depoente ou seus parentes (StPO, § 55, itens 1 e 2), fase em que não é admitido o juramento pelo acusado (StPO, § 60). De acordo com Maria Elizabeth Queijo, no direito processual alemão, a extração coercitiva de sangue do acusado e outras ingerências corporais, sem o seu consentimento, não são consideradas práticas atentatórias a direitos fundamentais, desde que obedecidas as restrições impostas. [71]. Isto quer dizer que tais medidas coercitivas exigem do acusado a sua tolerância, apenas uma colaboração passiva.

Já no Direito Espanhol, o direito de permanecer em silêncio é constitucional (arts. 17.3 e 24.2), enquanto que nos Estados Unidos da América, a Quinta Emenda à Constituição estabeleceu o *privilegie against self incrimination*, que significa que

70 ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 59.
71 QUEIJO, 2012, p. 151.

nenhum indivíduo será obrigado a ser testemunha contra ele próprio. Observe a tradução da norma norte-americana:

> Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.[72]

Feita esta análise, percebe-se que em alguns desses países, como é o caso dos Estados Unidos da América, adotam a garantia da não autoincriminação, mas também tem positivado em seu ordenamento o crime de perjúrio, conforme será analisado mais aprofundadamente a seguir, levando em consideração a ruptura entre a garantia constitucional e a norma penal que estão sempre em confronte.

4 A GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A HIPÓTESE DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE PERJÚRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – O CONFRONTE ENTRE A NORMA PENAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL

Traçados esses marcos, nota-se que a ausência de tipificação para que o acusado falte com a verdade, no sistema jurídico brasileiro, se dá em virtude da fidelidade que este modelo/opção mantém com a tradição jurídica inquisitorial, e não se dá pelo fato de opinião, imposição ou escolha pessoal.

Como já dito, a construção da mentira do acusado decorre da garantia de permanecer em silêncio, conforme o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal e artigo 186 do Código de Processo Penal. Observe os dispositivos, respectivamente:

72 PHILIPS, Henry. **A Constituição dos Estados Unidos da América (Brazilian Translated).** Texas, 1994. Disponível em: <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acesso em 04 de ago. 2018.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;[73]
>
> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.[74]

De fato, o interrogatório pode ser caracterizado como ato tipicamente instrutório, como sendo meio de prova, o que é reforçado pelo artigo 191 do CPP que dispõe: "consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para fazê-lo".

Obviamente, o interrogatório pode ser visto como meio de prova e de defesa, pois aquilo que o acusado apresenta diante do juiz, pode ser considerado como prova em seu favor, influenciando na convicção do magistrado, mesmo que seja uma mentira.

Porém, é certo que o direito de não se auto incriminar está estritamente ligado à garantia do estado de inocência, pois de acordo com o artigo 5º, inciso LVII "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;", ou seja, o indivíduo deverá ser considerado inocente até que se prove o contrário. De outra sorte, até que haja provas suficientes de incriminação que confirmem a autoria e/ou a materialidade de determinado crime que lhe foi imputado.

Diante disso, percebe-se que na Constituição Federal, o direito de permanecer em silêncio, perde sua função e se torna uma figura anômala, pois não adequa o crime de perjúrio ao acusado que mente perante o juízo, e por isso, a sua mentira não

73 BRASIL, 1988.
74 Ibid.

pode ser impedida, visto que possui a garantia de faltar com a verdade, caso optar necessário. Observe o entendimento de Maria Elizabeth Queijo sobre a garantia da não autoincriminação:

> O princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar é extraído do devido processo legal, do princípio da ampla defesa, da dignidade humana, da presunção de inocência, bem como da incorporação, ao direito nacional, de diplomas internacionais de direitos humanos (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, §2º, alínea "g" e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, n. 3, alínea "g").[75]

Isto quer dizer que o direito ao silêncio pode acabar sendo enleado como um princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, pois o silêncio deve ser visto como a autodefesa do acusado.[76], tendo em vista a proibição de se auto incriminar e acabar produzindo provas contra si, e por isso, este silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da própria defesa,[77] como já é exposto no artigo 186 do Código de Processo Penal, destacado acima.

Esta garantia é exercida em face do Estado, o qual possui o ônus de colher material probatório, evidentemente, obedecendo a todos os parâmetros legais e constitucionais.

Entretanto, a Constituição Federal não foi estritamente direta em afirmar o direito à não autoincriminação em geral, mas ele enuncia a advertência quanto ao direito de manter-se calado, seja em favor de um preso que acabou de ser detido em flagrante ou de um investigado em determinada Operação em fase de inquérito policial.

Diante disso, nota-se como é fundamental o papel da Autoridade Policial, no interrogatório policial, assim como do magistrado no momento do interrogatório, o

75 QUEIJO, Maria Elizabeth. Nova tentativa de supressão de direito fundamental: a pretendida imposição do dever de dizer a verdade ao acusado sob pena de cometer perjúrio. **Boletim Ibccrim**, v. 17, n. 202, p. 9-10, set. 2009.
76 Ibid.
77 SPITZCOVSKY, Celso. O direito constitucional ao silêncio e suas implicações. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 12-18, ago./set. 2005.

dever de informar ao acusado o seu direito de permanecer em silêncio, pois optar por ficar calado não ensejará em possível confissão, conforme exposto no artigo 198 do CPP: "o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz".[78]

Como já foi visto, o Código de Processo Penal abandonou o conceito da confissão como "rainha das provas" e o artigo 197 do CPP prevê que:

> Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.[79]

Isto quer dizer que a confissão não será mais o único meio absoluto de prova para incriminar alguém, pois devido à garantia do acusado/investigado de não se auto incriminar, muitas vezes ele optará por mentir, sabendo que a sua mentira perante a autoridade judiciária não será classificada como crime.

Esta penalidade somente ocorreria se houvesse tipificado o crime de perjúrio no ordenamento jurídico, o qual será analisado adiante.

Acentua Antônio Magalhães Gomes Filho a inadmissibilidade de o Estado constranger o indiciado ou acusado a cooperar na investigação penal dos fatos e na efetiva produção de provas contra si mesmo:

> Outra decorrência do preceito constitucional, ainda no terreno da prova, diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos. O direito ao silêncio, também erigido à categoria de dogma constitucional pela Constituição de 1988 (artigo 5º, LXIII), representa exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da

78 BRASIL, 1941.
79 Ibid.

> defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente (...).[80]

Ademais, sobre este aspecto, é importante destacar também que há alguns Tratados sobre Direitos Humanos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Convenção Americana de Direitos Humanos)[81] que complementam as previsões da Lei Maior no que se refere aos direitos à liberdade moral, à dignidade e à intimidade.

O direito ao silêncio foi introduzido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8,2, "g" do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92. Observe:

> Art. 8º, II: Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo,
>
> toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]
>
> 'g' - direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem se confessar culpada.[82]

Neste sentido, em um Estado Democrático de Direito, o qual preserva a garantia dos direitos fundamentais, sabe-se que "não se devem usar métodos que violam a dignidade do acusado ou do ofendido, através de meios físicos, químicos, mecânicos, psíquicos, ou de qualquer outra natureza"[83], conforme elucida Francesco Chamenti.

Ademais, o direito ao silêncio não surge um direito à mentira, levando em consideração que o silêncio foi estabelecido para proteger o acusado de

80 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica. **Revista do Advogado/AASP**, São Paulo, nº 42, p. 30/34, 31/32, 1994.

81 AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito ao silêncio na jurisprudência do STF.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 53.

82 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

83 CHUMENTI, 1995, p. 87-88.

constrangimento e hostilidades auferidas pelo judiciário[84], e neste mesmo sentido, os direitos fundamentais não poderão ser vistos como uma forma de proteger a prática de atividades ilícitas, muito menos como resposta para o afastamento da responsabilidade civil ou penal pelas práticas delituosas.[85]

E por isso, cabe-se dizer que o direito constitucional ao silêncio é um direito, e não um dever, pois caberá ao acusado optar por faltar com a verdade ou falar a verdade, já que a Lei Maior assegura a livre manifestação, inclusive a investigados e presos no artigo 5º, IV e XLIX:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;[86]

E por isso, esta garantia somente fará sentido ao passo que o indiciado decida se comprometer com a verdade, sendo que as suas declarações podem abranger grande valor probatório para elucidação de fatos na fase investigatória, além de dissipar suspeitas, e se não fosse por isso, o interrogatório seria simplesmente abolido.

Neste contexto, no HC de nº 96.219-MC/SP do Supremo Tribunal Federal da relatoria do Ministro Celso de Mello, o qual já possui precedentes no mesmo sentido, afirma que:

> Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer

84 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 341.
COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DOS CORREIOS. **Projeto de Lei do Senado, nº 226 de 2006.** Acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e à Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. 2006. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4156434&disposition=inline>. Acesso em 10 set. 2018.
85 ALBUQUERQUE, 2008, p. 59.
86 BRASIL, 1988.

> em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal.[87]

Neste aspecto, ao tratar sobre estes princípios constitucionais e fundamentais, é de suma importância para este tema destacar a criação do Projeto de Lei de nº 226/2006, que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, no sentido de que este estado de inocência garantido pela Constituição Federal deve ser visto como relativo, pois a relação probatória com o que é juntado nos autos poderá apontar verdadeira culpabilidade do investigado ou acusado[88]. Observe o trecho deste projeto:

> É de se ter em mente, contudo, que o direito ao silêncio e o princípio da presunção da inocência não podem ser interpretados de maneira tão dilatada pelo Supremo Tribunal Federal de modo a permitir a aclamação jurídica do direito de mentir, o que se afere pela atual jurisprudência consolidada sobre a questão.[89]

Por outro lado, quando se destaca o princípio da ampla defesa, nítido que embora a mentira não seja uma garantia do acusado, é possível que haja a chance de falsear a verdade no ordenamento jurídico brasileiro em razão deste princípio, que está previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal, pois será exercida pelo próprio acusado.[90]

Neste aspecto, importante asseverar o entendimento de ampla defesa na visão de Marcelo Albuquerque:

> A ampla defesa não pode ser entendida como uma prerrogativa do acusado de se valer de todos os subterfúgios disponíveis

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96.219-MC/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 28 jun. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135290.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.
88 COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DOS CORREIOS, 2006.
89 Ibid.
90 ALBUQUERQUE, 2008, p. 75-76.

> para escapar da ação da Justiça, com o que se estaria não só admitindo direitos de duvidosa legitimidade como à mentira no interrogatório e à fuga, como abrindo perigoso precedente para justificar práticas contrárias ao princípio da lealdade processual e eivadas de má-fé. [...] onerar a acusação com a tarefa de provar, de forma segura, os requisitos para a responsabilização penal do acusado não significa autorizar a defesa a se valer dos mais variados sortilégios para dificultar a atuação da parte contrária, sem sofrer qualquer consequência processual em razão de sua escolha.[91]

Assim, é clarividente que há certas limitações à vontade do agente, que não poderá exercer seu pleno direito sem ao menos se preocupar com eventuais consequências acarretadas em virtude de sua mentira perante o juízo ou perante determinada autoridade policial, pois esta consequência eleva o individualismo jurídico, por se desviar de sua verdadeira finalidade[92] e proclamar as ilicitudes de seus atos.

Em outro viés, como se sabe, o instituto da colaboração premiada é um dos temas mais presentes no direito processual penal brasileiro, sobretudo pela divulgação, publicação e o poder midiático que o envolve, principalmente no grande esquema de corrupção que deu origem à Operação Lava Jato.

A Lei n. 12.683/2012 que disciplina o crime de lavagem de dinheiro possui a previsão de que se o autor, coautor ou partícipe do crime colaborar espontaneamente perante as autoridades judiciais, poderá ter a sua pena reduzida de um a dois terços, podendo ter como regime inicial o aberto ou semiaberto, de acordo com a determinação do magistrado. Todavia, para que haja essa redução é importante que os esclarecimentos elucidem os fatos para que a apuração gere efeitos positivos durante a investigação ou na persecução penal.

No mesmo sentido, foi criada a Lei n. 12.850/2013 que rege sobre os crimes de organização criminosa. Ao analisar os seus dispositivos, é observado que há uma

91 Ibid., p. 55-56.
92 PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 387.

série de benefícios para o colaborador, pois dentre estes benefícios, se encontra o perdão judicial que poderá ser concedido pelo juiz, conforme o artigo 4º, § 2º:

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
>
> § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).[93]

Ademais, deve-se destacar que toda e qualquer colaboração do acusado deve ser feita por iniciativa própria e voluntariamente, pois o mesmo deve ter ciência das consequências de suas palavras e de seus atos, também, visto que a sua mentira perante a Autoridade Judiciária acarretaria em novos prejuízos.

Obsta destacar que há um Projeto de Lei n. 4.192/2015, o qual pretende alterar o Código Penal para criar um novo delito no ordenamento jurídico: o crime de perjúrio.

Este PL foi idealizado pelo Deputado Miro Teixeira (REDE-RJ) em 21/12/2015, o qual propôs que:

> Art. 343-A. Fazer afirmação falsa como investigado ou parte em investigação conduzida por autoridade pública ou em processo judicial ou administrativo:
>
> Pena – prisão, de um a três anos.
>
> § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço se o crime é cometido em investigação criminal ou em processo penal.

93 BRASIL, 1941.

> § 2º O fato deixa de ser punível se, antes do julgamento no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade."[94]

Este projeto se encontra desde 08/01/2016 na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, onde foi proferido despacho para ser encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Mérito e Art. 54, RICD), enquanto a proposta está sujeita à apreciação do Plenário e seu regime de tramitação foi classificado como ordinário.[95]

O Deputado Miro Teixeira, ao justificar a criação do projeto, afirmou se tratar de uma sugestão feita pelo Procurador da República Dr. Hélio Telho Corrêa Filho que coordena, atualmente, o Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República em Goiás, e justifica que "o Direito Constitucional ao silêncio decorre da garantia que todos têm de não se auto incriminar. Vale dizer, não se pode impor ao investigado ou acusado o dever de produzir prova contra si. O ônus de provar a acusação é do órgão acusador. Ao réu, portanto, é assegurado o direito de manter-se passivo diante da acusação. A mentira, por outro lado, não decorre da passividade do réu, que, ao contrário, assume posição ativa para produzir declaração contrária à verdade [sic]."[96]

Diante disso, quais seriam os prejuízos para o instituto da colaboração premiada se o Projeto de Lei n. 4.192/2015 fosse promulgado e o crime de perjúrio fosse tipificado no ordenamento jurídico brasileiro?

Ressalta-se que este instituto benéfico sofreria grandes mudanças, pois a partir deste momento, mentir perante o juízo ou prestar uma informação falsa,

94 TEIXEIRA, Miro. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, nº 4.192 de 2015.** Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - para prever o crime de perjúrio. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=14265384>. Acesso em: 05 set. 2018.
95 Ibid.
96 TEIXEIRA, 2015.

mesmo que voluntariamente, seria considerado crime, o que desabonaria totalmente a conduta de boa-fé do agente e a sua possível condição de liberdade.

Insta salientar também que haveria grandes mudanças até mesmo na Operação Lava Jato, ao passo que esta já teve enorme evolução desde a sua deflagração, pois através da colaboração premiada, foi possível desmascarar diversos agentes que deram rombo de bilhões aos cofres públicos brasileiros.

Deste modo, é preciso ter bastante cautela na utilização deste instituto[97] pois a colaboração premiada não pode de forma isolada respaldar eventual condenação penal por si só, ou seja, ela não poderá ser o único meio de prova para condenar alguém e esse posicionamento já se encontra consolidado pela Suprema Corte, como por exemplo, no julgamento do HC 94034, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIOS DOS CO-RÉUS, NOS QUAIS O PACIENTE TERIA SIDO DELATADO. ATOS REALIZADOS SEM PRESENÇA DO DEFENSOR DO PACIENTE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 10.792/03: IMPOSSIBILIDADE. VÍCIOS NÃO RECONHECIDOS. CONDENAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE NA DELAÇÃO DOS CO-RÉUS: IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. (DESTAQUE PRÓPRIO)[98]

Não fosse suficiente, no ano de 2018 foi criado o Projeto de Lei do Senado nº 190/2018, o qual deseja alterar o artigo 342 do Código Penal no intuito de acrescentar ao crime de falso testemunho ou falsa perícia, crimes esses já estudados no capítulo anterior, a ação em inquérito civil, comissão parlamentar de inquérito, processo por crime de responsabilidade ou por quebra de decoro parlamentar e para revogar a extinção de punibilidade pela retratação, instituto que é acolhido pelos Tribunais Superiores e pelas doutrinas.

97 BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada. **Consulex**, Brasília, v. 19, n. 433, p. 26–29, fev. 2015.

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94.034/SP. 1ª Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 05 set. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546065>. Acesso em: 10 set. 2018.

Este projeto foi criado pelo Senador Lasier Martins (PSD-RS), que esclarece que "não é admissível que o Direito abra brechas para a proteção dos que, voluntariamente, faltem com a verdade em juízo, pois isso não é boa política criminal nem representa os interesses da sociedade".[99]

Parece razoável a criação deste projeto, pois diante de tudo que já foi exposto acima e no capítulo anterior, mentir ou fazer falsa afirmação perante o juízo já é prejudicial para o processo. Então a prática do crime em CPI's ou na fase investigatória, seria extremamente prejudicial quanto como nos crimes já tipificados no ordenamento jurídico.

A penalidade prevista para o projeto de lei se equipara à da lei já vigente, sendo a pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa, porém, há incrementação no texto, ao considerar a hipótese de aumento de pena em um sexto a um terço, se o crime for praticado mediante suborno ou cometido com o fim de obter prova para causar efeito em processo penal ou civil que envolva a Administração Pública direta ou indireta.

Por outro lado, o PLS 190/2018 retira a opção de não punição caso o agente se retrate ou declare a verdade antes da sua sentença, pois Lasier, o autor do Projeto, acredita esse ser um "favor legal" que poderá ser facilmente desvirtuado para dificultar ou obstruir a verdade.

Este projeto se encontra na Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) desde 27/04/2018 aguardando designação do relator[100], o qual irá analisa-lo em caráter terminativo. Isto quer dizer que se o mesmo for aprovado sem modificações ou recursos para votação em Plenário, deverá seguir para análise

99 SENADO FEDERAL. **Projeto prevê novas punições para crime de falso testemunho ou falsa perícia.** 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/22/projeto-preve-novas-punicoes-para-crime-de-falso-testemunho-ou-falsa-pericia/tablet>. Acesso em 05 set. 2018.

100 MARTINS, Lasier. **Projeto de Lei do Senado, nº 190 de 2018.** Altera o art. 342 do Código Penal para tipificar o crime de falso testemunho ou falsa perícia em inquérito civil, comissão parlamentar de inquérito, processo por crime de responsabilidade ou por quebra de decoro parlamentar e para suprimir a extinção de punibilidade pela retratação antes da sentença no processo em que se deu tal crime. 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132982>. Acesso em: 05 set. 2018.

na Câmara dos Deputados, e, por conseguinte, sua aprovação para que entre em vigor.

Voltando ao assunto de análise, o ordenamento jurídico brasileiro não trata apenas da garantia ao silêncio, mas, sem dúvidas, há ausência de juramento de dizer somente a verdade, o que permite que investigados, indiciados e acusados mintam em prol de si mesmos, principalmente porque o ônus da prova é do Estado, conforme já dito.

Neste diapasão, faz-se uma distinção entre o sistema jurídico norte-americano e o brasileiro, tendo em vista que o direito ao silêncio encontra respaldo na Quinta Emenda[101] à Constituição dos Estados Unidos de 1791 (*Bill of rights*) garantindo apenas a não produção de provas contra si mesmo, mas por outro lado, possui tipificação do crime de perjúrio em seu ordenamento.

Verifica-se que a essência da não autoincriminação é limitada pelo poder estatal e a proteção do acusado, pois há outras garantias que estão interligadas, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Infere-se que nos Estados Unidos, o direito de permanecer calado em interrogatórios não é absoluto, pois há certas limitações, visto que o silêncio do acusado poderá ser usado contra ele no tribunal do júri, sendo característica como prova de culpa, se o indivíduo optar por manter-se em silêncio antes de adquirir este direito. Esta foi uma decisão tomada pela Suprema Corte dos EUA.[102]

Nesta situação, a Suprema Corte decidiu que este privilégio constitucional não valerá para cidadãos "inocentes", apenas para aqueles que figurarem o papel de acusado em determinado crime, ou de réus em julgamentos subsequentes. [103]

---

101 MELO, João Ozorio de. **Direito ao silêncio não é absoluto, decidem EUA.** Consultor Jurídico, 19 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-19/direito-incriminado-silencio-limitado-decide-suprema-corte-eua>. Acesso em: 10 set. 2018.

102 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Caso Salinas vs. Texas.** Washington D.C., 2012. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-246_7l48.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

103 Ibid.

Em 1966, o caso Miranda e Arizona, foi assegurada pela Suprema Corte Americana o disposto da 5ª Emenda de forma categórica. Observe:

> Miranda V. Arizona, verificado em 1966, em que a Suprema Corte americana, por cinco votos contra quatro, firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado. No referido julgamento, a Suprema Corte americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade era o bastante para inquinar de nulidade as declarações da pessoa, especialmente a confissão e as provas conseguidas a partir dela.[104]

Neste sentido, o commom law apresenta como garantia ao réu somente o direito de permanecer em silêncio, pois ao se apresentar perante o juízo, tem o dever/obrigação de falar a verdade, ou seja, de não mentir, pois é feito um juramento de compromisso com a verdade, estando sob pena do crime de perjúrio.

Por outro lado, o sistema jurídico da *civil law*, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, o acusado não prestará compromisso com a verdade, em exceção aos casos de falsa perícia e falso testemunho, tendo como autoria peritos e testemunhas, respectivamente. Mas nunca será imputada a prática do crime de perjúrio, até que haja lei que se tipifique como ilícita tal conduta, como proposto pelo Projeto de Lei n. 4.192/2015.

Além disso, vale dizer que no sistema jurídico brasileiro, por mais que o indivíduo esteja protegido pela garantia de permanecer em silêncio, caso o acusado profira afirmações falsas que adequem sua conduta como antiética e imoral, ainda sim ele poderá sofrer o prejuízo de ser responsabilizado por eventual denunciação caluniosa, e isso dará ensejo à instauração de inquérito policial para apuração dos fatos e possivelmente enfrentar uma ação penal.

Além disso, pode-se dizer que a mentira pode ser considerada um elemento que indica a personalidade distorcida do sujeito que a pratica ou pode ser

104 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** Niterói: Impetus, 2011. v. 1, p. 58-59.

considerada uma conduta antissocial, e isto pode ocasionar o aumento de pena durante a dosimetria, pois a pena-base do acusado que mentir perante o juízo deverá ser superior ao do acusado que opta por manter-se em silêncio.[105]

É por isso que o Projeto de Lei de n. 4.192/2015 deveria entrar em vigor para coibir essa prática de mentiras para manter a inocência do acusado ou para proteger a si das mazelas da esfera penal, haja vista que haveria punição para aquele que tem o intuito de obstruir a justiça.

Como já foi explanado alhures, o princípio que proíbe a autoincriminação do agente é um direito fundamental, respaldado na Carta Magna e, por isso, esse direito não pode ser considerado absoluto, pois, o direito positivo certifica a liberdade de declaração, que se desdobra em três vertentes: a inexigibilidade de o acusado confessar-se culpado, a supressão do juramento e o direito de ficar silente.[106]

Isto quer dizer que se o acusado pode mentir, haverá supressão do juramento, que é característico do período inquisitorial, e cabe lembrar que naquela época a mentira não era visto como crime, mas apenas como uma atitude reprovativa por parte do Estado e da sociedade. [107]Por isso, nota-se que a obrigação do juramento é característica do processo inquisitorial. Entretanto, mesmo nesse modelo processual, a mentira do acusado não era tida como um crime.[108]

E neste mesmo sentido, embora seja proibido exigir do acusado o dever de colaboração, notadamente pela existência do princípio *nemo tenetur se detegere* – não produção de provas contra si mesmo -, este princípio não oferece o direito de obstruir a justiça, a mesma que procura a elucidação dos fatos e necessita da boa-fé do indivíduo para prestar o compromisso com a verdade de acordo com a moral e os bons costumes enraizados na sociedade.

105 ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. PELLELA, Eduardo. **Garantismo penal integral.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 262.
106 HADDAD, 2005, p. 89-90.
107 FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **A presunção da inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 70.
108 Ibid., p. 72.

E por isso, cabe dizer que prestar compromisso com a verdade pode gerar benefícios ao próprio acusado, visto que a pena poderá ser atenuada em virtude da confissão e isso acarreta em redução da pena e/ou até mesmo o perdão em sede de colaboração premiada, além da extinção da punibilidade pela retratação.[109]

Veja que a verdade tem o condão de proteger o acusado:

> No processo, a mentira para condenar é abjeta. De igual modo, é reprovável a mentira para absolver. Parece claro que a tutela da verdade protege o réu e a sociedade. A testemunha de acusação mentirosa deve ser afastada do processo e responsabilizada criminalmente. O documento falso, introduzido pela Polícia ou utilizado pelo Ministério Público, pelo assistente de acusação ou pelo querelante, tem de ser excluído dos autos. Também a testemunha defensiva que mente em favor do réu ofende o direito à verdade processual.[110]

De modo geral, a jurisprudência já tem consolidado que a mentira quanto ao fato imputado é característica ao exercício da autodefesa e, portanto, não pode ser valorada em desfavor do acusado, mas deveria, ao ao menos, não mais ser tolerada no processo penal, se o projeto de Lei nº 4.192/2015 fosse promulgado com a efetiva aplicação penal do crime de perjúrio.

Diante disso, torna-se clarividente que a mentira do acusado pode gerar graves consequências, até mesmo porque ela não anda em consonância com o Direito *strictu sensu*, o qual sempre caminha com a ética e moral, e por isso, haverá conflitos entre os direitos fundamentais, certo que deverá ser imposto o respeito aos interesses da coletividade que sobrepõem os interesses individuais. [111]

Por fim, resta claro que deverá haver um equilíbrio entre a verdade a vedação à autoincriminação, pois o seu desequilíbrio acarreta em prejuízos na eficácia da norma penal e no princípio da igualdade ou da paridade de armas, pois a

109 ARAS, 2013, p. 264.
110 Ibid., p. 251.
111 SANTOS, Marcus Renan Palácio de M. C. dos. Princípio do nemo tenetur se detegere e os limites a um suposto direito de mentir. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, ano 2, n.1. jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.Nemo.Tenetur.Direito.Mentir.Marcus.Pal+%EDcio.pdf>. Acesso em: 05. set. 2018.

interpretação do direito é na maioria de suas vezes *pro réu*, e ao transformar o perjúrio em crime no Brasil, certamente haveria mais segurança jurídica e menor potencialidade lesiva na mentira do acusado diante dos direitos coletivos e constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aos poucos, o Direito veio adotando critérios na tentativa de buscar por mais racionalidade, e a não tipificação da mentira no ordenamento jurídico brasileiro se distancia cada vez mais de alguns princípios constitucionais, pois é nítido o abandono à estrutura de saber e poder que norteia a composição do atual sistema jurídico, até mesmo porque é prevalecido o interesse individual sobre o interesse coletivo.

Fica evidente que há grande diferença entre permanecer calado e mentir, mesmo que o silêncio resguarde a dignidade do acusado, mas é nítido que há potencialidade lesiva, até mesmo porque um comportamento que prejudica interesse de terceiros, ou seja, da própria coletividade, deve ser debelado.

É por isso que se torna perfeitamente justa a tipificação do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro para que a confissão e/ou o compromisso com a verdade não percam o seu valor, se comparado às consequências oriundas da mentira protegida pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Neste contexto, com a aprovação do referido Projeto de Lei, objeto de análise do presente trabalho, com certeza restaria cada vez mais difícil a obstrução da justiça, além de ajudar o magistrado na elucidação dos fatos, permitindo-se a aproximação com o princípio da verdade real. Além de que, certamente, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais.

A tipificação do crime de perjúrio andará de mãos dadas com o princípio da verdade real, pois o Direito visa o bem comum, e para que haja bem comum, deve haver também transparência e compromisso com a verdade, já que a mentira não

acarreta em graves consequências jurídicas para o acusado, mas tão somente aos crimes de falso testemunho e falsa perícia, conforme visto.

Portanto, é patente dizer que há uma linha tênue que visa equilibrar a verdade e a mentira, quando o acusado presta o compromisso com a verdade e é constrangido (inconstitucionalmente) diante de tal fato, ou quando presta compromisso com a mentira e acaba desequilibrando e prejudicando os interesses sociais, ao passo que se torna justificável a tipificação do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro através do Projeto de Lei de nº 4.192/2015, de forma que o Poder Judiciário poderá aplicar efetivamente a lei penal e se aproximar do princípio da verdade real.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito ao silêncio na jurisprudência do STF.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. PELLELA, Eduardo. **Garantismo penal integral.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada. **Consulex**, Brasília, v. 19, n. 433, p. 26–29, fev. 2015.

BRANDÃO DE ARAÚJO, Alexandre Mota. O tratamento jurídico da má-fé no processo penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 49, abr./maio, 2008, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTAR, Eduardo Bianca. **Curso de Ética Jurídica.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 06 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 136.331/RS. 2ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 13 jun. 2017. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311899330&tipoApp=.pdf >. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.815/MS. 1ª Turma. Relator: Moreira Alves. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 06 out. 1995. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo8.htm >. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 315.456/SP. 5ª Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 06 set. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386926091/habeas-corpus-hc-315456-sp-2015-0022078-1/inteiro-teor-386926110?ref=juris-tabs>. Acesso em 15 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 52.539/MG. 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Shietti Cruz. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 06 abr. 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153352821/recurso-em-habeas-corpus-rhc-52539-mg-2014-0261967-8>. Acesso em 15 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94.034/SP. 1ª Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 05 set. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546065>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96.219-MC/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 28 jun. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135290.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 53.565/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Thompson Flores. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 19 set. 1975. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_53565_SP_1278672566198.pdf?Signature=%2FUF8ZkdldSBOuiRymeJKq%2BS0Xic%3D&Expires=1538683201&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a5c35979fb32c0d54c5ca293df6834c4>. Acesso em 15 jun. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Vol. 1: Parte Geral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Estela. **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHUMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material.** Rio de Janeiro, 1995.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em:17 set. 2018.

COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DOS CORREIOS. **Projeto de Lei do Senado, nº 226 de 2006.** Acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e à Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. 2006. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4156434&disposition=inline>. Acesso em 10 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Caso Salinas vs. Texas.** Washington D.C., 2012. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-246_7l48.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

FARIA, Bento de. **Código Penal brasileiro comentado: parte especial.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. 7.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **A presunção da inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica. **Revista do Advogado/AASP**, São Paulo, nº 42, p. 30/34, 31/32, 1994.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação.** Campinas: Bookseller, 2005.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Especial.** São Paulo: Saraiva, 1988.

JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal – Parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Lana Lage da Gama de. **A confissão pelo avesso: o crime de solicitação no Brasil Colonial.** 1990. 831 f. Tese (Doutorado) – Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** Niterói: Impetus, 2011. v. 1.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996

MARTINS, Lasier. **Projeto de Lei do Senado, nº 190 de 2018.** Altera o art. 342 do Código Penal para tipificar o crime de falso testemunho ou falsa perícia em inquérito civil, comissão parlamentar de inquérito, processo por crime de responsabilidade ou por quebra de decoro parlamentar e para suprimir a extinção de punibilidade pela retratação antes da sentença no processo em que se deu tal crime. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132982>. Acesso em: 05 set. 2018.

MELO, João Ozorio de. **Direito ao silêncio não é absoluto, decidem EUA.** Consultor Jurídico, 19 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-19/direito-incriminado-silencio-limitado-decide-suprema-corte-eua>. Acesso em: 10 set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____.; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal – Parte Geral.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PHILIPS, Henry. **A Constituição dos Estados Unidos da América (Brazilian Translated).** Texas, 1994. Disponível em: <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acesso em 04 de ago. 2018.

PONTE, Antonio Carlos da. **Falso testemunho no processo.** São Paulo: Atlas, 2000.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e as decorrências ao processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Nova tentativa de supressão de direito fundamental: a pretendida imposição do dever de dizer a verdade ao acusado sob pena de cometer perjúrio. **Boletim Ibccrim**, v. 17, n. 202, p. 9-10, set., 2009.

RAMOS. André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro (Coord.). **Limites constitucionais da investigação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de M. C. dos. Princípio do nemo tenetur se detegere e os limites a um suposto direito de mentir. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, ano 2, n.1. jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.Nemo.T enetur.Direito.Mentir.Marcus.Pal+%EDcio.pdf>. Acesso em: 05. set. 2018

SENADO FEDERAL. **Projeto prevê novas punições para crime de falso testemunho ou falsa perícia.** 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/22/projeto-preve-novas-punicoes-para-crime-de-falso-testemunho-ou-falsa-pericia/tablet>. Acesso em 05 set. 2018.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito constitucional ao silêncio e suas implicações. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 12-18, ago./set. 2005.

TEIXEIRA, Miro. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, nº 4.192 de 2015.** Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - para prever o crime de perjúrio. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=14265384>. Acesso em: 05 set. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

Ciências Criminais

A GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO COMO FUNDAMENTAÇÃO PARA DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÓTICA DA 5ª E 6ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Giullia Macêdo Santos

RESUMO

A prisão preventiva é uma medida bastante aplicada no cotidiano do Direito Brasileiro. Embora a Constituição Federal aborde textualmente a primazia da liberdade no Brasil, a exemplo em seu artigo 5º, LVII, no cenário da justiça brasileira observa-se uma inversão do dispositivo, em que a prisão antes do trânsito em julgado da setença está se tornando algo rotineiro, ao invés de exceção. Assim, o presente artigo analisa, por meio do Método de Análise de Decisões (MAD), as decisões da 5ª e 6ª turmas do STJ, que abordam sobre o fundamento da gravidade abstrata como justificativa para a decretação da prisão cautelar, estabelecendo, no método utilizado, qual o parâmentro aplicado pelo Tribunal Superior para determinar se a fundamentação de uma decisão é adequada para a decretação de uma prisão preventiva. Portanto, com a referida pesquisa, percebeu-se a dificuldade de ponderar o princípio da presunção de inocência com o instituto da prisão preventiva, sendo a medida cautelar cada vez mais regra no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um reflexo o grande número de decisões modificadas pelo STJ, pois as fundamentações estão pautadas somente da gravidade de um delito, aonde sequer houve uma sentença transitada em julgado.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Princípio da presunção de inocência. Gravidade abstrata do delito.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da prisão preventiva é constantemente utilizada no ordenamento jurídico brasileiro e matéria exaustivamente discutida na doutrina entre os juristas,

posto que esta medida é extremamente drástica, pois supri a liberdade do ser humano antes de declará-lo culpado em sentença transitada em julgado.

Ademais, mostra-se evidente a importância do aprofundamento e debate jurídico sobre o tema, uma vez que, de acordo com a matéria publicada em 2017 no site oficial do Conselho Nacional de Justiça, do total de 654.372 presos no Brasil,

221.054 são presos provisórios, sendo que este número oscila entre a 15% a 89% por Unidade da Federação, ou seja, têm estados que possuem mais presos provisórios do que presos com sentença transitada em julgado (Agência CNJ de Notícias, 2017). Portanto, a escolha do objeto de pesquisa foi feito em decorrência da relevância do tema, que tem como cerne a liberdade, visto que é um direito fundamental do ser humano e está tutelada na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, que estabelece textualmente a excepcionalidade da prisão, devendo ocorrer após o exaurimento de todos os recursos possíveis.

A prisão presentiva está tipificada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal e seus artigos trazem conceitos amplos, que permitem diversas situações para justificar a prisão preventiva. Tal afirmativa é demonstrada no mundo real, em que magistrados de primeiro grau decretam de forma assídua, que nem sempre está devidamente fundamentada.

Por meio do Método de Análise de Decisões, que orienta o pesquisador através de passos lógicos para a produção de um banco de dados, o presente artigo apresentará 201 acórdãos dos anos de 2016, 2017 e 2018, para analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da fundamentação contida nas decisões do Juízo ordinário.

Logo, o presente artigo tem como objetivo mostrar, no universo de 201 acórdãos pesquisados, o número de decisões que são reformadas no Superior Tribunal de Justiça pelo fundamento da utilização da gravidade abstrata do delito na decisão de primeira instância e entender, sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça,

quais os requisitos que são considerados abstratos e os requisitos considerados válidos para a decretação da prisão cautelar referida.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Metodologia de Análise de Decisões (MAD)

O artigo científico sobre a Metodologia de Análise de decisões (MAD), elaborado pelos autores Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima, do Grupo de Estudo e Pesquisa Hermenêutica e Políticas Públicas, do Programa de Mestrado do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB, apresenta um novo método de análise do conjunto de decisões dos tribunais, em que se estabelece uma espécie de protocolo que auxilia a organização das decisões de mesma matéria, feitas em momentos e locais distintos para a utilização nos trabalhos acadêmicos de Direito (FILHO e LIMA, 2010).

Os autores apresentam a MAD como um método distinto das demais, sendo uma metodologia mais rígida, posto que constitui etapas fixas em seu procedimento de construção, sendo que a Análise de Jurisprudência e o Estudo de casos são formas que permitem certa autonomia na construção do trabalho, tanto na estrutura quanto na exposição do problema identificado (FILHO e LIMA, 2010).

Ao analisar o artigo científico extrai-se que o objetivo central do método é, por meio da obediência das etapas apresentadas na MAD, obter um acervo de pesquisa que proporcionará uma análise critíca acerca das decisões judiciais de determinado tema, podendo assim, o pesquisador atingir um fim, uma conclusão em sua pesquisa acadêmica de Direito.

Portanto, a MAD apresenta três passos esseciais para formar um banco de dados a ser utilizado no trabalho acadêmico. São eles: a pesquisa exploratória, o recorte objetivo e o recorte institucional, sendo que os passos são fixos e conclui-se ao final desses três momentos (FILHO e LIMA, 2010).

O primeiro passo ao começar é nomeada pelo artigo como pesquisa exploratória. A pesquisa exploratória tem como cerne o primeiro encontro, contato do pesquisador com o tema a ser abordado (FILHO e LIMA, 2010).

Dessa forma, o pesquisador necessita de uma bibliografia básica sobre o tema, posto que precisa de um conhecimento amplo sobre o assunto, para que a partir do estudo do tema a ser usado, tenha a capacidade de identificar um problema jurídico no tema escolhido e todos os posicionamentos majoritários e minoritários acerca do assunto estudado.

Assim, partir dessa busca, o pesquisador terá identificado a questão-problema jurídica do trabalho.

O recorte objetivo é a segunda etapa da metodologia. No momento que o pesquisador já tem um conhecimento de sua questão-problema inserido em seu tema escolhido, nesse momento será foco os conceitos, princípios ou teorias que integram a problemática a ser abordada (FILHO e LIMA, 2010).

O artigo salienta que o problema a ser destacado não precisa ter passado por uma discussão no âmbito do Judiciário, contudo deverá ser um tema relevante na sociedade, que constitui um impacto na comunidade (FILHO e LIMA, 2010).

Por fim, a terceira etapa, o recorte institucional, direciona a pesquisa para a escolha do órgão ou órgãos a serem fonte das decisões coletadas em um lapso temporal, podendo ser orgãos de juizados, de primeira instância e de intâncias superiores e instituições juridicionais internacionais. A escolha do pesquisador depende de suas experiências com determinada instituição ou a partir de uma análise das biografias utilizadas nos passos anteriores (FILHO e LIMA, 2010).

Ademais, o recorte institucional exige uma justificativa da utilização do tema e seu impacto na sociedade, explicando por meio de dois critérios: da pertinência temática e da relevância decisória (FILHO e LIMA, 2010).

A pertinência temática tem como propósito demonstrar a importância do tema identificado na discussão doutrinária e no âmbito jurídico (FILHO e LIMA, 2010). Logo, o pesquisador tem que demostrar o campo que o problema atinge,

sua extensão, demonstrando qual a dimensão que o órgão escolhido atinge com as decisões proferidas.

É ideal que a pertinência temática possua um âmbito decisório mais amplo e impactante, sendo a justificativa o grande impacto que a discussão no âmbito da instituição escolhida pode gerar, porém não obsta a análise de um conceito ou conjunto de decisões de um órgão jurisdicional de menor impacto, como leciona o artigo, um juizado especial (FILHO e LIMA, 2010).

Já o critério da relevância decisória não direciona na amplitude da decisão do órgão jurisdicional escolhido, mas sim o impacto dos efeitos dessa decisão. Enquanto a pertinência tem o objetivo de ilucidar a importância e impacto do tema, a relevância decisória se atrela a concretude dos efeitos da decisão, sendo assim, saindo de uma esfera doutrinária para o mundo real.

Este critério demonstra a importância de determinar qual o reflexo que a questão-problema escolhida pelo pesquisador influi na sociedade (país, estado ou cidade) destinatária das decisões, visto que as decisões jurídicas impactam diretamente no contidiano da coletividade, sendo imprescindível no recorte institucional evidenciar os efeitos do conjunto de decisões jurídicas do tema escolhido como foco do trabalho acadêmico pelo pesquisador (FILHO e LIMA, 2010).

Portanto, os autores apontam o quão é imperioso explicar com clareza a justificativa sobre a escolha da instituição ou determinado decisor ou decisores, direcionando a sua explicação em razão da capacidade de efeitos que a decisão pode acarretar e a dimensão que a discussão analisada pode alcançar (FILHO e LIMA, 2010).

Vale destacar que as decisões que produz efeitos em um âmbito menor, como as de um decisor local, são válidas para a justificativa do recorte institucional, visto

que na MAD o que é relevante é o potencial de impacto da decisão no âmbito jurídico, e consequentemente na sociedade também (FILHO e LIMA, 2010).

Assim, fica evidente que essa metodologia tem a função de organizar informações, por meio de um banco de dados sofisticado e criterioso para ser utilizado como instrumento de comparação de decisões, de um determinado período, por um decisor ou por um órgão colegiado. Ao final da terceira etapa, o pesquisador tem várias possibilidades de utilizar seu acervo, tendo uma fonte de pesquisa coesa e organizada, sendo este o objetivo final da MAD.

Por conseguinte, o presente artigo científico tem como objetivo autilização da Metodologia de Análise de Decisões (MAD) para obter um banco de dados dos acórdãos da 5ª e 6ª turma do STJ, entre os anos de 2016 a 2018, com foco das decisões com o tema na fundamentação da gravidade abstrata do delito para a decretação da prisão preventiva, visto que os requisitos para a decretação da prisão preventiva possuem uma margem de discricionariedade maior para a sua fundamentação, tendo como cerne neste artigo a delimitação do parâmetro do STJ, nos requisitos que considera uma fundamentação pautada na gravidade abstrata no delito ou não.

3 DA PRISÃO PREVENTIVA

3.1 Do conceito

A prisão preventiva é uma espécie de medida cautelar e sua tipificação está elencada no artigo 311 do Código de processo penal e encontra-se regulamentada nos artigos 311 a 316 de Código de Processo Penal.

A prisão cautelar não tem como finalidade ser uma prisão-pena, mas sim uma medida de extrema necessidade, sendo decretada somente com a existência dos requisitos elencados no artigo 312, do Código de Processo penal, posto que a liberdade é medida que se impõe diante da ausência desses requisitos legais (NUCCI, 2011,p. 61).

3.2 Da Legitimidade

Lopes Jr. (2017, p. 91) elucida os momentos cabíveis para a decretação da prisão cautelar em comento, sendo que "a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, até mesmo após a sentença condenatória recorrível".

A partir dessa premissa observa-se a suma importância da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, visto que aparece em várias fases do processo penal e cessa um direito fundamental do indivíduo, a liberdade, não podendo ser decretada unicamente após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Portanto, sendo cabível o instituto até em fase recursal.

A referida prisão poderá ser requerida pelo Ministério Público, com base no artigo 311 do Código de processo penal, bem como com a representação autoridade policial, com o requerimento do querelante ou do assistente.

O artigo também prevê a possiblidade do juiz, de ofício, requerer a prisão preventiva do acusado em qualquer fase do processo penal antes da sentença condenatória irrecorrível.

Vale destacar brevemente o impacto de tal dispositivo do campo jurídico, visto que gerou uma discussão doutrinária em torno da prejudicialidade da imparcialidade do juiz e a violação do princípio da inércia.

O artigo 311, do Código de Processo Penal prevê a legitimidade do juiz em decretar de ofício da prisão preventiva do indivíduo, visto que antes da Lei 12.403/11, que trouxe reformas processuais penais, o juiz tinha a legitimidde de decretar a prisão preventiva antes da ação penal, qual seja a fase investigatória, e a qualquer tempo no curso do processo, enquanto a sentença for recorrível.

Contudo, após a reforma com a Lei 12.403/11, o juiz somente tem legitimidade para decretar a prisão preventiva durante o processo penal, não podendo fazê-lo na fase investigatória.

Mas, mesmo com a reforma, a ingadagação do limite da atividade jurisdicional ainda persistiu, a exemplo disso, Lopes Jr. (2017, p. 93) aponta a incongruência entre a imparcialidade do juiz e a decretação de uma prisão preventiva de ofício, uma vez que nenhuma das partes requereu tal medida.

Frisa o autor que o comportamento do magistrado deve refletir o sistema constitucional brasileiro, qual seja o da inércia, porém no presente caso figura-se uma postura de ativismo judicial, imprópria para o cenário da prisão preventiva, posto que possuindo legitimidade para decretá-la de ofício, o juiz terá poderes inquisitórios.

3.3 Do Prazo

O prazo da prisão preventiva não é fixado em lei, visto que a medida cautelar estenderá no curso do processo penal enquanto permanecer o motivo que a justifique. Porém, o acautelado não poderá ficar segregado cautelarmente por tempo indeterminado, visto que deve observar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, além do mais, a prisão preventiva tem como princípio basilar a provisioriedade, pois não é uma prisão-pena, nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça entende:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DO DECRETO PREVENTIVO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, **poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal**. [...] 4. Este Superior Tribunal de Justiça há muito sedimentou o entendimento **de que a alegação de excesso de prazo na formação da culpa deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, sendo que eventual extrapolação dos prazos processuais não decorre da simples soma aritmética**. Para ser considerado injustificado o excesso

> na custódia cautelar, deve a demora ser de responsabilidade da acusação ou do Poder Judiciário, situação em que o constrangimento ilegal pode ensejar o relaxamento da segregação antecipada. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 418.962/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018). (Grifo nosso).

Nesse ínterim, a ausência de requisitos para a decretação da prisão preventiva ou a não manutenção desses requisitos durante a sua segregação cautelar enseja o constragimento legal do seu direito à liberdade, alterando a medida cautelar em execução antecipada da pena.

3.4 Das hipóteses de cabimento

Além dos requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva apontados textualmente no artigo 312, do Código de Processo Penal, é necessário igualmente a obediência as hipóses de cabimento da prisão preventiva, quais sejam (RIDEL, 2018, p. 295):

> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Ao analisar todas as hipóteses de admissibilidade, observa-se que o legislador, através do dispositivo obsta a decretetação da prisão preventiva, aplicando o artigo 5º, LVII, da Carta Magna, portanto impedindo o cesseamento da liberdade do indivíduo que tenha sido imputado um delito, como por exemplo, um crime culposo ou um fato típico que possua pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos.

Rangel (2014, p. 550) ressalta a importância de tais requisitos, uma vez que tem uma função "descarcirizadora", posto que cria uma barreira para os delitos que não se compatibilizam com as hipóteses de admissbilidade.

Ademais, o autor aponta a outra razão da aplicação das hipóteses de admissibilidades trazidas pela Lei 12.403/11, a finalidade da aplicação da prisão preventiva é o esgotamento de todas as outras alternativas de medidas cautelares, sendo todas elas ineficazes para garantir a harmonia do processo penal e da sociedade, aplica-se a prisão cautelar, ou seja, a prisão provisória é ultilizada em *ultima ratio*.

3.5 Dos requisitos da prisão preventiva

À luz do artigo 310, III, do Código de Processo Penal, sempre que o juiz decretar uma prisão preventiva deverá fundamentá-la.

O presente artigo trata da decretação da prisão preventiva fundamentada na gravidade abstrata do delito, primeiramente é indispensável elucidar que para a prisão preventiva ser considerada devidamente fundamentada é imperioso apontar os requisitos e fundamentos do artigo 312, do Código de Processo Penal e a ineficácia da aplicação das demais medidas cautelares.

Lopes Jr. (2013, p.88) discorre sobre os dois requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal: *fumus commissi delict e periculum in mora*. O autor narra textualmente a incompatibilidade de tais requisitos que "pertencem" ao processo civil, uma vez que a fumaça do bom direito não pode ser aplicada ao delito justamente

pela literalidade da própria premissa: o bom direito, que ao contrário com o que ocorre no processo penal, em que a existência de uma possível prática típica, antijurídica e culpável restringe o direito do acusado, sendo o correto, segundo o autor, o requisito ter a nomenclatura mais apropriada com a caterigoria jurídica do processo penal, qual seja: *fumus commissi delicti*.

Portanto, *fumus commissi delicti* seria a probabilidade de ocorrência de um crime, e não a existência de um direito. E, conforme descrito no artigo 312, do Código de Processo Penal, tem que haver prova da existência do crime, ou seja, uma confirmação sólida de que o crime ocorreu.

Ademais, Lopes Jr. (2013, p. 26) aborda igualmente sobre a impropriedade do termo: *periculum in mora,* destacando e analisando separadamente os dois termos. Inicialmente, o autor evidencia a palavra *periculum*, ou seja, perigo, sendo que, somente nesse esclarecimento percebe-se o equívoco da aplicação de tal requisito no âmbito processual, posto que a decretação da prisão preventiva tem como base o fundamento, sendo imprescindível a sua realização para uma prisão cautelar válida.

Além disso, Lopes Jr. (2013, p. 27) disserta de forma crítica o segundo termo: *in mora*. O autor leciona que o que paira nas medidas cautelares não é a demora, não é uma questão de tempo, e sim o risco que a liberdade do invíduo pode trazer à sociedade e à eficácia no curso do processo penal, por isso é imperioso os fundamentos da prisão preventiva estar bem evidenciadas e justificadas, visto que um indivíduo não pode ter seu direito à liberdade cerceada sem que acarrete risco para os elementos supracitados.

Portanto, o autor assevera que, para ocorrer a decretação da prisão preventiva é imperioso ter um juízo de probalidade que o acusado possa ter cometido o crime, sem nenhum tipo de dúvida que o delito não foi efetuado por ele ou que o mesmo não estava resguardo por uma das excludentes de ilicitude, prova disso é o artigo 314, do Código de Processo Penal, que veda a prisão preventiva nos casos do artigo 23, incisos I, II, III do Código Penal, quais sejam, as excludentes de ilicitude.

3.6 Dos fundamentos da prisão preventiva

Anteriormente foi asseverado que para a decretação da prisão preventiva é necessário a existência dos requisitos e fundamentos dispostos no artigo 312, do Código de Processo Penal. Assim, após averiguar e explanar sobre os requisitos deve-se, de igual forma, ter a presença de pelo menos um dos fundamentos do referido artigo para ser válida a sua decretação. São eles: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3.6.1 Da garantia da ordem pública

Vale ressaltar que tal instituto é foco de inúmeras críticas doutrinárias, que adiante serão assinaladas, isso porque seu conceito não é delimitado em texto de lei, sendo um fundamento indeterminado e de grandes incertezas, que posteriormente será demonstrado que a ausência de requisitos mínimos para a sua delimitação acarreta em várias decisões de primeira instância modificadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva reflete a preocupação do legislador em reguardar a paz e tranquilidade da sociedade, por meio de uma resposta mais imediata do Judiciário em face de um suposto crime cometido.

Nucci (2014, p. 553) evidencia tal fundamento como imprencindível no que tange a repercussão social de um crime que afeta a sociedade e como forma de dar credibilidade ao Poder Judiciário, ressalvando que se utiliza da garantia da ordem pública tão somente para os crimes graves, que desestabilizam o eixo de um bom funcionamento e tranquilidade de uma população.

Em suma, o presente fundamento reflete um receio social que o provável autor o crime possa retornar a delinquir, conforme Avena (2015, p. 812) esse temor deverá ser justificado e concreto e não simplismente uma indicação já tipificada no artigo penal.

Nucci (2014, p. 554) destaca alguns pontos importantes para a delimitação e devida aplicação da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, são elas: a gravidade concreta do delito, a repercussão social e a periculosidade do agente.

Dessa maneira, exclui o clamor social como única e isolada fundamentação para a decretação da prisão cautelar. Assinala Tourinho Filho (2011, p. 682)que uma prisão somente pautada no clamor público seria uma execução sumária do indivíduo.

Ademais, Tourinho Filho (2011, p. 681) faz uma crítica da amplitude que abarca o fundamento supracitado, podendo ser empregado as expressões para justificar a prisão preventiva, como a "comoção social", "periculosidade do réu", "crime perveso", "insensibilidade moral", "os espafatalhos da mídia", entre outros termos utilizados pelo autor para demostrantar a vasta quantidade de pretextos que ordem pública possibilita o Juiz empregar para fundamentar uma prisão preventiva.

Essa amplitude que o fundamento abarca impede uma delimitação mais concreta para sua aplicação nos casos analisados pelo Juiz e ainda permite justificações que ferem os direitos e garantias do indivíduo que tem sua liberdade restringida por um termo, qual seja a ordem pública, que abarca explicações genéricas.

A respeito de tal premissa, Lopes Jr. (2017, p. 122) censura a diversificação de termos possíveis para utilizar a garantia da ordem pública como fundamento efetuar a prisão preventiva e a falta de um delineamento mais concreto para sua decretação.

A exemplo dos termos empregados para a decretação da prisão cautelar, Lopes Jr. aponta como invalidação do uso da reinteração delitiva como argumento da prisão preventiva, uma vez que o Estado deverá reprimir a prática de crimes por intermédio da polícia e não do Processo Penal, salientando também que não há como se prevê que o indivíduo irá cometer outro do delito.

Dessa maneira, ao final da análise de todas as premissas apresentadas, conclui-se que a garantia da ordem pública tem que ser baseada em pontos concretos, não obstante a amplitude do tema.

Assim, para um único indivíduo retirar a ordem, tranquilidade de uma comunidade de determinada rua, cidade, estado ou até mesmo de um país, deverá observar o magistrado, além da repercussão social do crime, a gravidade concreta do crime, periculosidade do agente e todas as peculiaridades do crime cometido, como o *modus operandi*, reincidência, entres outros aspectos.

3.6.2 Da garantia da ordem econômica

A razão da existência deste fundamento se baseia na importância da resposta estatal imediata ao indivíduo que afeta em grande escala a economia de uma comunidade em detrimento de proveito próprio.

Nucci (2014, p. 555) destaca que o desvio poderá ser efetuado contra uma instituição financeira ou a um órgão do Estado e que o presente fundamento será a empregado quando o desvio financeiro ter amplo impacto na situação econômica de determinada quantidade de indivíduos.

Igualmente ao fudamento anterior, Nucci (2014, p. 555) delimita em três principais tópicos de delimitação para analisar a real necessidade de decretação da prisão preventiva, são elas: a gravidade concreta, repercussão social e periculosidade do agente.

3.6.3 Da conveniência da instrução criminal

A conveniência da instrução criminial aborda sobre a tutela das provas acolhidas, assegurando o princípio do devido processo legal, pra que as provas anexadas aos autos não possuam nenhum tipo de vício.

Dessa forma, ocorre a decretação da prisão preventiva quando o indivíduo, de maneira concreta, impede o prosseguimento legal da instrução criminal, seja ameaçando testemunhas ou servidores da Justiça, seja pela destruição de documentos.

Nesse ínterim, Lopes Jr. (2017, p.100) envidencia a incompatibilidade do emprego palavra conveniência para decretação da prisão preventiva, uma vez que a presente prisão cautelar é uma medida excepcional e necessita de um fundamento concreto, diferentemente da palavra conveniência que remete à discricionariedade.

3.6.4 Da aplicação da lei penal

Nucci (2014, p. 556) leciona que o fundamento da prisão preventiva pautada na aplicação da lei penal deverá ser adotada quando o indivíduo evidenciar a intenção de prejudicar, impedir a pretensão punitiva do Estado, como por exemplo, por meio de fuga.

Portanto, percebe-se a importância que de assegurar o andamento do processo até o seu exaurimento, formulando a presente fundamentação com o intuito que a finalidade da persecução estatal seja concluída, seja evidenciando a inocência do acusado, seja condenando-o.

Logo, na situação em que se mostra clara o empenho do acusado em dificultar a aplicação da lei penal, deve-se decretar a prisão preventiva com fulcro na fundamentação da aplicação da lei penal.

4 DA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A prisão preventiva, conforme o artigo 315, do Código de Processo Penal, deverá ser decretada mediante fundamentação. Nota-se a conformidade com o artigo 93, IX, da Constituição Federal, em que aborda que toda decisão judicial deve ser justificada.

Primeiramente conclui-se que a prisão preventiva não se dá em quaisquer circunstâncias, e sim em determinadas situações excepcionais, sendo que o magistrado deverá evidenciá-la e justificá-la em concordância com os requisitos e fundamentos que prevê a aplicação da referida prisão cautelar.

Porém, conforme Lopes Jr. (2017, p. 101) para a decretação da prisão preventiva precisa necessariamente demonstrar o perigo que a liberdade do indivíduo pode acarretar para a sociedade, para a econômia, para a instrução criminal ou aplicação da lei penal.

Portanto, não poderá ser base de fundamentação a mera indicação do delito supostamente cometido pelo agente para a decretação da prisão preventiva. Sendo assim, a gravidade do delito textualmente no tipo penal, mesmo que em crimes hediondos, não será utilizada exclusivamente para embasar uma prisão preventiva, devendo ter elementos concretos além da tipificação penal.

A súmula 718, do STJ veda a aplicação do emprego da gravidade abstrata para a decretação do regime mais gravoso ao réu, e no mesmo raciocínio, partindo do entedimento de que a prisão é a *ultima ratio*, é vedada também esta fundamentação para a aplicação da prisão preventiva.

O STJ vem demonstrando em suas decisões sua posição pacífica em vedar fundamentações de juizes e Tribunais *a quo* que justificam a prisão preventiva em situações hipotéticas ou pautadas em mero dispositivo de lei, como no caso da hediondez do delito, nesse sentido: “Nem a gravidade abstrata do delito nem meras conjecturas servem de motivação em casos que tais. É esse o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça” (BRASIL, 2010).

A importância de uma fundamentação pautada na gravidade concreta do delito reflete-se no princípio da presunção de inocência que a Constituição Federal tutela como o direito do indivíduo ser considerado inocente até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, que foi proferida em face de um devido processo legal.

O princípio da presunção de inocência está expressamente previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, e sua existência exige que a culpabilidade do indivíduo seja provada a partir de provas trazidas pela defesa, e, conforme Nucci (2014, p. 34), o Estado-juiz só poderá condenar uma pessoa, que nasceu inocente, com provas concretas trazidas pelo Estado-acusação, e qualquer dúvida acerca da culpabilidade do indivíduo, este será considerado inocente.

Ao analisar a prisão preventiva no prisma do princípio da presunção de inocência percebe-se o quão delicado é o tema. A prisão preventiva cerceia a liberdade do indivíduo que ainda não foi condenado por sentença transitado em julgado, por essa razão a gravidade abstrata não pode imperar na fundamentação da decretação da prisão preventiva, visto que a consequência desta justificativa será a violação do princípio da presunção de inocência.

Lopes Jr. (2017, p.22) enfatiza que o princípio da presunção de inocência é relativizado pelas prisões cautelares, e como sendo esta uma medida extrema, ela é admitida, porém somente com uma observação minuciosa a respeito da jurisdiocionalidade e motivação, o contraditório quando for possível e a necessidade e a proporcionalidade da prisão como resposta estatal para um indivíduo que se presume inocente.

Destarte, uma decisão que decreta a prisão preventiva baseada em hipóteses, ilações abstratas e não em fatos concretos, elucidados nos autos, afronta a presunção de inocência, posto que o acusado estará sendo tratado como culpado, pois finda sua liberdade de ir e vir antes mesmo de ser condenado definitivamente, e incumbe o réu de provar sua inocência, em vista do acusado ser preso definitivamente sem provas concretas produzidas pelas acusação (LIMA, 2003, p. 153).

5 APLICAÇÃO DA MAD NAS DECISÕES DA 5ª E 6ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Após elucidar os intitutos da prisão preventiva, da gravidade abstrata do delito e do princípio da presunção de inocência, o objetivo neste momento é mostrar

sua amplitude, seus efeitos no judiciário, ou seja, o reflexo de tais institutos no mundo real.

A pesquisa foi feita com base nos acódãos da 5ª e 6ª turma do STJ, o qual foi construído um banco de dados das decisões proferidas dos anos de 2016, 2017 e 2018, com o propósito de ter o conhecimento mais amplo sobre a recorrência desse instituto e mostrar exemplos de seus impactos na coletividade.

Foi exastivamente abordado a importância da liberdade e o quão é imperioso preservá-la, sendo uma medida constitucionamente protegida e somente em medidas excepcionais dão o direito ao Estado suprimí-la.

O banco de dados mencionado é composto por 201 acórdãos pesquisados, de forma aleatória, no site oficial do Superior Tribunal de Justiça, sendo que as decisões abordam sobre diferentes crimes, tendo como cerne da pesquisa ter conhecimento da recorrência da decretação da prisão preventiva pautada na gravidade abstrata do delito proferidas por juízes de primeira instância ou pelos Tribunais de Justiça, e quais requisitos exigidos pelo STJ para uma decisão ser considerada adequadamente fundamentada.

Em face por meio da Metodologia de Análise de Decisões (MAD), foi desenvolvida a seguinte tabela:

Tabela 1- Acórdãos dos anos de 2016, 2017 e 2018:

ANO	ACÓRDÃOS PESQUISADOS	RECURSO **EM HABEAS CORPUS**/ HABEAS CORPUS PROVIDO **OU CONCEDID DE OFÍCIO**	RECURSO **EM HABEAS CORPUS**/ HABEAS CORPUS **DENEGADO OU NÃO CONHECIDO**
2016	67	28	39
2017	67	43	24
2018	67	43	24
TOTAL	**201**	**144**	**87**

Fonte: Próprio autor.

Ao analisar os acórdãos pesquisados percebe-se que as decisões dos magistrados de primeira instância, em sua maioria, reformados pelo STJ, visto que consideram a decisão que decretou a prisão preventiva pautada na fundamentação típica do delito imputado ao acuado, qual seja a gravidade abstrata do delito.

Assim, percebe-se a partir desta tabela que dos 201 acórdãos, 144 acórdãos representam o número de decisões reformadas pelo Superior Tribunal de Justiça por não ter um conjunto de provas que levem a conclusão da necessidade do cerceamento da liberdade do acusado.

Logo, entende-se a partir da observação pontuada por Lima (2003) que mesmo existindo todo o arcabouço jurídico que tutela a liberdade do indivíduo, tornando a prisão última medida a ser tomada, essa premissa acaba sendo menos utilizada na prática, pode-se perceber, conforme a tabela acima, que os magistrados usam o instituto da prisão cautelar indiscriminadamente, sem fundamentação idônia e

concreta, posto isso é o reflexo da reforma das decisõem em sede dos Tribunais Superiores.

Mas, quais são os requisitos que o Superior Tribunal de Justiça aponta como essenciais para a decretação da prisão preventiva?

Ao longo do presente artigo explicou-se os fundamentos necessários para justificar a decretação da prisão preventiva, são eles: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nos acórdãos pesquisados extraiu-se que a grande maioria as decisões dos magistrados de primeiro grau analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça pautavam na garantia da ordem pública, conforme tabela abaixo:

Tabela 2 – Fundamentos da prisão preventiva:

FUNDAMENTO	ACÓRDÃOS PESQUISADOS
Garantia da ordem pública	190
Garantia da ordem econômica	0
Conveniência da instrução criminal	0
Assegurar a aplicação da lei penal	11
TOTAL DE ACÓRDÃOS	201

Fonte: Próprio autor.

Ao longo da pesquisa foram retirados os requisitos exigidos mais recorrentes dos acórdãos pesquisados, considerados essenciais pela 5ª e 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça para a decretação da prisão preventiva ser pautada na gravidade concreta do delito.

Dessa forma, vale salientar que, maioria dos acórdãos pesquisados abordam sobre decisões judiciais que tinham fundamentação pautada na garantia da ordem

pública para a decretação da prisão preventiva, sendo assim, os requisitos apresentados nesse artigo estarão direcionados à garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal para a decretação da referida prisão cautelar.

5.1 Dos requisitos para a decretação da prisão preventiva com o fundamento na garantia da ordem pública

Como anteriormente elucidado, a garantia da ordem pública é um fundamento bastante amplo que abarca diversos termos que podem embasar a decretação da prisão preventiva.

Os habeas corpus impetrados ou os recursos em habeas corpus interpostos que foram providos ou concedidos por intermédio de ofício pelo Superior Tribunal de Justiça, teve como principal motivo a utilização de elementos genéricos para a decretação da prisão preventiva nas decisões do Juízo ordinário, são eles:

Tabela 3- Das fundamentações genéricas:

FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA	ACÓRDÃOS QUE RECONHECERAM A UTILIZAÇÃO DESTE ELEMENTO NA DECISÃO DO MAGISTRADO DE 1ºGRAU
Temor social, sem indícios de elementos concretos.	74
Somente na quantidade de Drogas	34
Somente pelo fato da reincidência	1
Somente pela tragicidade do delito	1
Aplicação da prisão preventiva, quando cabível outras medidas Cautelares	1

Demora na expedição de mandado de Prisão	**1**
TOTAL	**112**

Fonte: Próprio autor.

O temor social não porderá ser o único elemento de justificação para a prisão preventiva, visto que todos os crimes elencados no Código Penal e nas legislações extravagantes são objeto de temor da sociedade, configurando-se assim a característica genérica da fundamentação baseada neste elemento.

Assim, a aplicação desse elemento não ultrapassa o tipo penal, sendo imprescindível a constatação de demais elementos concretos para poder configurar uma fundamentação na gravidade concreta do delito (BRASIL, 2018a).

O segundo elemento refere-se ao crime de drogas, dessa maneira, abordar unicamente a quantidade de drogas apreendidas para fundamentar a prisão cautelar, sem mencionar os demais elementos concretos como, por exemplo, a natureza da droga, local e a condição que se desenvolveu a ação, será configurado nessas situações a fundamentação pautada na gravidade abstrata do delito.

Vale ressaltar que, o STJ veda a prisão preventiva em razão da fundamentação pautada exclusivamente na existência de efêmera quantidade de drogas ou na apreensão de drogas sem demais elementos concretos, nesse sentido o STJ (BRASIL, 2018b) prevê que "[...] Nem mesmo a quantidade do entorpecente apreendido - duas pedras de crack - pode ser considerada relevante a ponto de autorizar o decreto preventivo.".

A reincidência, sendo o terceiro item da tabela acima, só irá configurar gravidade abstrata do delito se apresentar como único elemento para decretar a prisão preventiva (BRASIL, 2018 c).

O quarto elemento da tabela apresentada desrespeito à tragicidade do delito, ou seja, um crime cruel em que o *modus operandi* da ação, mesmo que de forma trágica e cruel, não ultrapassa o que o tipo penal estabelece.

Assim, a fundamentação que estabelece a tragicidade da ação, em que esta já está prevista na elementar do tipo penal, dissociado de qualquer outro elemento que evidencia a periculosidade do agente, é considerada pelo STJ uma fundamentação na gravidade abstrata do delito (BRASIL, 2018 d).

Ademais, o quinto elemento verificado foi a falta de necessidade da decretação da prisão preventiva, em vista do acusado possuir condições pessoais favoráveis, sem ter nenhum elemento do artigo 312, do Código de Processo Penal que obsta a decretação de outras medidas cautelares (BRASIL, 2018 e).

Por fim, o último elemento verificado na pesquisa da tabela acima é a demora na expedição do mandado de prisão preventiva. Isso ocorre quando o indivíduo fica solto pelo por um longo período sem que seja cumprido o mandado de prisão cautelar, mostrando ao julgador que o fundamento que justificava a medida cautelar extrema, qual seja a prisão, não se vislumbra mais (BRASIL, 2017a).

Em contrapartida, a presente pesquisa também verificou os requisitos mais recorrentes que estavam presentes na fundamentação da decisão dos magistrados e que o STJ considerou a fundamentação pautada na gravidade concreta do delito, consequentemente denegando ou não conhecendo os habeas corpus impetrados ou os recursos em habeas corpus interpostos, são eles:

Tabela 4 – Das fundamentações concretas:

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA	ACÓRDÃOS QUE DENEGARAM OU NÃO CONHECERAM O HABEAS CORPUS OU RECURSO EM HABEAS CORPUS
Quantidade de drogas com a presença de elementos que denotam a dedicação às atividades criminosas	4

Modo de execução do crime	**52**
Reincidência	**2**
TOTAL	**58**

Fonte: Próprio autor.

O primeiro elemento autoriza, na visão do STJ, a decretação da prisão preventiva, pois a medida que o indivíduo, juntamente com a droga, possui consigo artefatos que presume que se pratica o crime de tráfico, a exemplo balança de precisão, dinheiro e bens com origem suspeita ou até mesmo pelo indivíduo ser apontado por testemunhas como chefe de tráfico, considera-se a prisão preventiva medida que se impõe, pois além de ser um delito que abala a saúde e incolumidade pública, possui demais elementos que solidifica a necessidade do cerceamento provisório da liberdade do indivíduo (BRASIL, 2018 f).

O segundo elemento extraído dos acórdãos que denegam ou não conhece o habeas corpus ou recurso em habeas corpus é o modos de execução do crime. Ocorre que, se a ação do indivíduo apresentar condutas que extrapolam o tipo penal, que ajudam a mensurar a inequívoca periculosidade do indivíduo, é indispensável a decretação da prisão preventiva (BRASIL, 2018 g).

A reincidência é o terceiro fundamento apresentado na tabela, porém somente será considerado como justificativa concreta para a decretação da prisão preventiva se verificar que o indivíduo tem vários processos em curso ou diversas sentenças transitadas em julgado que apontem a periculosidade do indivíduo e a tendência de futuras práticas delituosas, sendo imperiosa a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública (BRASIL, 2018 h).

5.2 Dos requisitos para a decretação da prisão preventiva com o fundamento na garantia da aplicação da lei penal

Urge asseverar, como supracitado, que a aplicação da lei penal é o fundamento aplicado para decretação da prisão preventiva quando o indivíduo procura

impedir o processo penal para não ocorrer a pretenção punitiva do Estado, devendo, dessa maneira, ser suprimida a liberdade desta pessoa para haja o andamento do devido processo penal.

Nesse ínterim, a pesquisa constatou 11 acordãos que denegaram ou não conheceram os habeas corpus impetrados ou os recursos em habeas corpus interpostos pela presença dos seguintes requisitos na decisão que decretou a prisão preventiva:

Tabela 5 – Dos fundamentos concretos da aplicação da lei penal:

FUNDAMENTO CONCRETO	ACÓRDÃOS QUE DENEGARAM OU NÃO CONHECERAM O HABEAS CORPUS OU RECURSO EM HABEAS CORPUS EM RAZÃO DESTE FUNDAMENTO
Fuga	5
Ausência de localidade fixa	4
Descumprimento de medidas cautelares	2
TOTAL	11

Fonte: Próprio autor.

O primeiro fundamento é uma hipótese clara de tentativa de obstar a aplicação da lei penal, a fuga impede que ocorra o resultado útil do processo, sendo indispensável a prisão preventiva noas casos em que o acusado usa de tal subterfúgio para evitar o regular prosseguimento da ação penal (BRASIL, 2018 i).

Outro elemento que configura a fundamentação na gravidade concreta do delito é a ausência de localidade fixa ou outras elementos como um emprego fixo, posto que a justiça precisa saber a localidade do acusado para promover os atos processuais essenciais para garantir um deivido processo legal (BRASIL, 2016).

O descumprimento de outras medidas cautelares diversas da prisão é o terceiro item da tabela acima. Quando o acusado descumprir medidas cautelares anteriomente impostas e sem ter sua localidade definida desde o descumprimeto, será imperioso a decretação da prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal (BRASIL, 2018 j).

5.3 Das condições pessoais favoráveis ao réu

Vale ressaltar que ao longo da pesquisa observou-se que as condições subjetivas favoráveis, isoladamente, não são elementos que garantem a soltura do paciente ou obstam a decretação da prisão cautelar do acusado.

Porém, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que as condições pessoais do indivíduo, juntamente com a falta de fundamento da necessidade da prisão preventiva no caso concreto, deverão sinalizadas à favor do acusado, consequentemente impedindo a prisão preventiva de indivíduos que, como por exemplo, são primários, de bons antecedentes (BRASIL, 2017 b).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve o objetivo de demonstrar as consequências do impacto que os fundamentos genéricos da prisão preventiva podem causar e a importância de uma fundamentação baseada no caso em concreto e nos elementos trazidos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Em primeiro momento, elucidou-se as propriedades da prisão preventiva e do seu papel elementar para o devido processo legal, pelo fato de resguardar o legal seguimento do processo, a pretenção punitiva do Estado e a segurança da sociedade. Contudo, mostrou-se igualmente que os fundamentos que validam a prisão preventiva, que são: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, possuem uma extrema subjetividade, acolhendo diversas explicações.

O reflexo da falta de delimitação dos fundamentos da prisão preventiva mostrou-se, nos 201 acórdãos pesquisados nos anos de 2016, 2017 e 2018, o elevado número de decisões dos Tribunais *a quo* modificados pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão da presença da gravidade abstrata do delito.

A relevância do tema foi verificado desde o início do artigo, pois é uma realidade alarmante a presença de gravidade abstrata nas decisões judiciais, uma vez

que configura um mero temor do indivíduo cometer mais delitos, uma simples imputação ao tipo penal, sendo que o acusado não foi condenado em sentença irrecorrível,mas já é tratado como condenado.

Ademais, o artigo apontou os principais elementos que são mais recorrentes apontados pelo STJ, que configuram fundamentos rasos, que caracteriza uma gravidade abstrata do delito. O artigo também pontuou alguns dos elementos que o STJ considera válidos para a aplicação da prisão preventiva.

Dessa forma, entende-se que a presença de um fundamento coeso, em consonância com o caso concreto, observando a real necessidade do cerceamento da defesa do acusado, pautando todo o fato em uma das fundamentações do artigo 312, do Código de Processo Penal, é o que se considera uma decisão com o fundamento na gravidade concreta.

Por conseguinte, conclui-se que a prisão preventiva é uma medida que necessita de maiores delimitações, no que tange suas fundamentações, para que a realização de sua decretação seja justificada na gravidade concreta do delito, não havendo assim, tantas decisões de magistrados de primeira instância e Tribunais de Justiça modificados por Tribunais Superiores e tantos indivíduos com seu direito fundamentado violado por uma fundamentação pautada na gravidade abstrata do delito.

REFERÊNCIAS

Agência CNJ de Notícias. **Levantamento de presos provisórios do país e plano dos tribunais. 23 de fevereiro de 2017.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 08 de abr de 2018.

BRASIL**. Decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 de mar de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 418.962/MA (2017/0255186-6).** Impetrante:Ray Shandy Campelo Lopes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Maranhão. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Maranhão, 24 de ago de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=418962&b=ACOR&p=tr ue&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 14 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 122.788/SP (2008/0269042-3).** Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Luiz Carlos Balieiro. Relator: Ministro Nilson Naves. São Paulo, 16 de ago de 2010. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=122788&b=ACOR&p=tr ue&t=JURIDICO&l=10&i=2 >. Acesso em: 14 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 431764/MT (2017/0335726-2).** Impetrante: Wagner Rogério Neves de Souza. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Mato Grosso, 24 de abri de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=431764&&tipo_visualiza cao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true >. Acesso em: 14 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 436251/SP (2018/0028932-5).** Impetrante: Vinícius Marcelo Oliveira da Cruz. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. São Paulo. 10 de maio de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=436251&b=ACOR&p=tr ue&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 14 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 451454/GO (2018/0122983-3**). Impetrante: Joaquim Leandro da Cunha. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Goiânia, 07 de ago de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=451454&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true1>. Acesso em: 16 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 99009/PA (2018/0136696-0).** Recorrente: Tiago Leal de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Pará, 15 de ago de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=99009&b=ACOR&p=tru e&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 16 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 441388/MG (2018/0062145-8).** Impetrante: Gilberto Peres Lacorte. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Minas Gerais, 26 de jun de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=441388&b=ACOR&p=tr ue&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 18 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 330419/MG (2015/0172990-0).** Impetrante: Paulo Fernando de Souza Carvalho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Antônio Sadanha Palheiro. Minas Gerais, 02 de fev de 2017. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=330419&b=ACOR&p=tr ue&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 18 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 437650/SP (2018/0037675-9)**. Impetrante: Rodrigo Biagioni. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. São Paulo, 08 de maio de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=437650&b=ACOR&p=tr ue&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 20 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 96145/DF (2018/0061186-6).** Recorrente: Ian Gustavo de Sousa Silva. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 07 de maio de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=96145&b=ACOR&p=tru e&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 16 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 450392/SP (2018/0115865-2)**. Impetrante: Roger Augusto de Campus Cruz. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. São Paulo, 01 de agosto de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=450392&b=ACOR&p=tr ue&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 16 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 95660 / RJ (2018/0051962-6).** Recorrente: Paulo Vitor Cavalcante de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Rio de Janeiro, 25 de abril de 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=95660&b=ACOR&p=tru e&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 16 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 76891/PE (2016/0263685-3).** Recorrente: Thiago Vargas Braga. Recorrido: Ministério Público

Federal. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Pernambuco, 16 de dezembro de 2016. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=76891&b=ACOR&p=tru e&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 20 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 438916/SP (2018/0046617-6).** Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. São Paulo, 05 de abr de 2018 Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=438916&&tipo_visualiza cao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true >. Acesso em: 20 de abr de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 73612/MG (2016/0192607-6).** Recorrente: Leandro Gonçalves Costa. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Minas Gerais, 01 de fev de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=73612&b=ACOR&p=tru e&t=JURIDICO&l=10&i=1 >. Acesso em: 20 de abr de 2018.

FILHO, Roberto Freitas; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões-MAD.**Univ. JUS**, Brasília, n. 21, p. 2-17, jul./dez. 2010.

LIMA,Camile Eltz de. A "garantia da ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantis-mo penal. **Revista dos Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 2-17, 2003

Lopes Jr., Aury. **Prisões Cautelares**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

Lopes Jr., Aury. **Prisões Cautelares**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade** : As Reformas Processuais Penais Introduzidas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 11ed. Forense, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011..

Ciências Criminais

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO FURTO QUALIFICADO: UMA ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS JULGADOS PELO STJ

Jéssica Alves De Mesquita

RESUMO

O trabalho tem como objetivo analisar como o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o princípio da insignificância nos casos concretos de furto qualificado e buscar parâmetros de aplicação do referido princípio. Para tanto fez-se uma breve introdução acerca da origem histórica do princípio da insignificância, o seu conceito doutrinário e jurisprudencial, sua natureza jurídica, incidência na teoria do crime e os princípios que o fundamentam. A pesquisa traz, ainda, maior aprofundamento dos critérios de reconhecimento da insignificância, conforme o entendimento do STF sedimentado no Habeas Corpus 84.4112/SP. Apresenta o *Leading case* de aplicação do princípio da insignificância no furto qualificado no STJ e discorre sobre o Informativo 771 do Supremo Tribunal Federal em face de sua importância para o tema. Mais adiante é realizada uma reflexão sobre o princípio da insignificância aplicado ao furto qualificado, na presença de qualificadoras: emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum; subtração de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego, e ainda quando a subtração é de veículo automotor ou de semovente de produção. Por fim, destaca-se a pesquisa realizada através dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça acerca da conveniência ou não da aplicação do princípio da insignificância diante dos casos concretos de furtos qualificados previstos no art. 155, § 4º, do Código Penal, com análise dos critérios utilizados por aquela Corte Superior.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Furto qualificado. Caso concreto. Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil ocupa o 79º lugar de cento e oitenta e oito países no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano divulgado no ano de 2017. Já no Relatório de

Desenvolvimento Humano, que utiliza o Coeficiente Gini, índice que mede as desigualdades de uma sociedade, o Brasil ocupa o 10º lugar.[1]

Dentre tantas outras consequências que surgem de uma sociedade desigual, a criminalidade e, em especial, os crimes patrimoniais, é uma realidade que atinge não só os que estão à margem da sociedade, mas todos aqueles que dela participam. No Brasil, este fator é traduzido pela grande quantidade de furtos simples e qualificados praticados diariamente, tornando este crime um dos mais comuns no país.

Em contrapartida, o Direito Penal é regido pela intervenção mínima e pela fragmentariedade, isto é, o Direito Penal só atua para proteger direitos quando a lesão for de maior relevância social e ainda quando nenhum outro ramo do direito seja adequado para solucionar a violação desses direitos e bens.

Entende-se que a intervenção mínima e a fragmentariedade se encaixam de forma exata no princípio da insignificância, já que este também serve de filtro para retirar da atuação do Direito Penal questões insignificantes, que não resultaram em danos graves ao bem jurídico. Contudo, o referido princípio não tem regulamentação formal no Brasil, consistindo em uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a aplicação do princípio da insignificância no furto qualificado, sob a ótica dos julgados do Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2014 e 2018, considerando todas as singularidades advindas caso a caso. Do mesmo modo, busca encontrar os critérios que estão sendo utilizados para aplicar a insignificância nos furtos qualificados, em especial aqueles previstos no § 4º do art. 155 do Código Penal.

A fim de alcançar os propósitos da pesquisa, o método adotado foi o desenvolvido na obra Metodologia de Análise de Decisões - MAD[2], no qual se estabeleceu um recorte objetivo: o princípio da insignificância aplicado ao crime de

1 OGLOBO. O Brasil é o 10º país mais desigual do mundo. Publicada em 21/03/2017. Disponível em < https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828 > Acesso em 01 de set. 2017.

2 FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Universitas Jus, v. 21, 2010.

furto qualificado; e o recorte institucional: o Superior Tribunal de Justiça, cuja relevância decisória atinge todo o território nacional.

No que diz respeito ao período estabelecido, além de serem os anos que constam as decisões mais atuais, em 2014 foi publicado o Informativo 771 do STF, em que os Ministros daquela Suprema Corte discutiram com maior propriedade a aplicação do princípio da insignificância em casos de furto qualificado, dando maior visibilidade ao tema.

Por fim, com os dados coletados a partir dos acórdãos buscou-se estabelecer alguns parâmetros que o STJ utiliza na aplicação do princípio da insignificância no furto qualificado, com ênfase na importância do caso concreto para o assunto.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No presente capítulo serão abordados os principais aspectos em relação ao Princípio da insignificância, quais sejam, a origem histórica, o conceito, a natureza jurídica, a incidência do princípio da insignificância na teoria do crime, os princípios que o fundamentam e os critérios de reconhecimento da insignificância conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2.1 Breve histórico

No Direito Penal, o legislador descreve condutas típicas buscando alcançar a maior quantidade de atos humanos reprovados socialmente. Todavia, a imprecisão legislativa e o carácter abstrato do tipo penal atribuem à descrição da conduta incriminada uma amplitude maior do que a necessária para a proteção do bem jurídico penalmente tutelado, abrangendo algumas condutas sem relevância jurídica para o Direito Penal, considerando-as formalmente típicas quando deveriam, na opinião de grandes juristas, ser excluídas da incidência criminal.[3]

3 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. pp. 83-85.

Neste contexto de amplitude típica formal, há a possibilidade de aplicação do direito de forma injusta. Para haver uma limitação da amplitude típica, a doutrina ensina a importância da teoria da tipicidade conglobante. Conforme essa teoria, além de uma conduta ser tipicamente formal, ela deve ser tipicamente material, ou seja, para que uma conduta seja penalmente relevante no âmbito da tipicidade a ponto do Estado exercer o *jus puniendi*, não basta que a conduta esteja descrita em lei, ela também deve ser concretamente lesiva ao bem jurídico tutelado, já que a missão do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos penalmente relevantes.[4]

Há consenso doutrinário de que o Princípio da Insignificância decorreu do brocado *mínima non curat praetor*, cuja origem divide a doutrina em duas correntes. A primeira corrente proclama sua origem no Direito Romano antigo, já a segunda corrente nega sua existência naquela época, ou porque não aceita o entendimento de que o princípio seja a restauração daquela máxima latina ou porque acredita que a máxima não existia no Direito Romano antigo.[5]

De qualquer sorte, o aspecto atual do Princípio da Insignificância é devido a Claus Roxin. No ano de 1964, o autor formulou o princípio com base de validez geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre o *mínima non curat praetor*.[6] Para Roxin, o Princípio da Insignificância (*Geringfügirkeitsprinzip*) é justamente o que permite, na maioria dos tipos legais, excluir desde logo danos de pouca importância.[7]

Assim, hoje, independente da discussão doutrinária acerca da origem do *mínima non curat praetor*, o princípio da insignificância é utilizado como forma de defender uma maior compreensão entre o direito penal e a política criminal, um

4 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 86.
5 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. pp. 94-98.
6 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 93
7 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 53.

auxílio interpretativo, eliminando do campo penal condutas que apesar de serem formalmente típicas, devem ser excluídas da incidência criminal.

2.2 Conceito

Têm-se um déficit na conceituação do Princípio da Insignificância. A doutrina e a jurisprudência restringem-se a delinear parâmetros para se identificar a situação de insignificância e a fixar critérios para sua conceituação. Francisco de Assis Toledo, por exemplo, não apresenta um conceito em sentido estrito, apenas fornece elementos fundamentais para se deduzir uma definição. Para o autor "o princípio tem a ver com a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal."[8]

Já Vico Manãs assim o conceitua:

> O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.[9]

Luzón Peña ensina que seu significado central consiste no seguinte:

> Não podem ser penalmente típicas ações que, ainda que no princípio se encaixem formalmente em uma descrição típica e contenham algum desvalor jurídico, ou seja, que não sejam justificados e não sejam plenamente lícitas, no entanto no caso concreto seu grau de injusto seja mínimo, insignificante: pois conforme seu carácter fragmentário as condutas penalmente típicas só devem estar constituídas por ações gravemente antijurídicas, não por fatos cuja gravidade seja insignificante.

8 TOLEDO Apud SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 99

9 MAÑAS Apud SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 100

> O critério de insignificância significa, pois, uma restrição dos tipos penais.[10]

A jurisprudência segue a mesma linha:

> O princípio da insignificância pode ser conceituada como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatelas, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal.[11]

Portanto, apesar da falta de conceituação exata e de um consenso, o mais importante é constatar, para essa pesquisa, que a insignificância apresenta-se como uma excludente do crime.

2.3 Natureza jurídica

Superados os esclarecimentos anteriores, qual seria então a natureza jurídica da insignificância? Inafastável é o entendimento da doutrina que considera um princípio jurídico do Direito Penal.[12]

Conforme Ribeiro Lopes:

> [...] é princípio também porque determina, inspirado nos valores maiores do Direito Democrático – proteção da vida e da liberdade humanas – a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la.[13]

Por outro lado, apesar de seu reconhecimento como princípio jurídico, recorrente é a crítica de que este não fora incorporado ao ordenamento jurídico

10 PEÑA Apud GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 56

11 LOPES Apud SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 101

12 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 102

13 LOPES Apud SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 102

brasileiro porque ainda não está devidamente legislado.[14] Essa objeção de toda forma é improcedente, pois é unânime que o texto escrito não exaure o direito, cabendo ao operador jurídico explicitar normas subjacentes na ordem jurídica.[15]

A Constituição brasileira reconhece princípios implícitos em seu art. 5º, § 2ª, pela qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte".[16]

Dessa forma, o Princípio da Insignificância pode ser revelado pela complementariedade entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Legalidade penal, quando na interpretação deste último busca-se uma justificação e a proporcionalidade para a intervenção punitiva do ente.[17]

Já com relação ao conteúdo jurídico do Princípio da Insignificância, este consiste em deduzir a lei penal conforme a equidade e em critério de razoabilidade para restringir a amplitude abstrata do tipo penal. Nesse sentido, a incidência do princípio na solução de casos concretos não consiste em deixar de aplicar a lei penal, e sim o oposto, ou seja, em aplicá-la corretamente, mediante interpretação baseada na equidade e na razoabilidade, de forma a alcançar-se o sentido material de justiça.[18]

Assim, pode-se concluir que a função do Princípio da Insignificância consiste em servir de instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, tomando-o como possuidor de um conteúdo material, para excluir do âmbito da lei penal condutas

14 SANGUINÉ Apud SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 107

15 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 107

16 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 108

17 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 111

18 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011.p. 115

formalmente típicas que, em face de sua escassa lesividade, não demonstram relevância jurídica para o Direito Penal. [19]

2.4 A incidência do princípio da insignificância na teoria do crime

Para se chegar ao melhor entendimento da aplicação do princípio da insignificância, faz-se necessário explanar, mesmo que superficialmente os conceitos de crime.

Nesta linha, o conceito de crime pode ser entendido sob três aspectos: o formal, o material e o analítico. Sob o aspecto formal, crime é toda conduta que confronta uma lei penal. Já sob o aspecto material, o crime seria a ação que prejudica os bens jurídicos considerados mais importantes socialmente.

O conceito analítico é o que traduz de forma mais significativa, pois o conceito formal e o material são insuficientes para precisar o crime. Dessa forma, o crime é composto pelo o fato típico, pela antijuricidade e pela culpabilidade. Cada elemento posterior depende necessariamente que a ação tenha correspondido ao elemento anterior, não sendo possível, por exemplo, que uma conduta seja culpável sem antes ser considerada antijurídica.

Para Rogério Greco a função do conceito analítico de crime é assim traduzida:

> [...] é analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é certamente um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal, daí sua importância.[20]

19 SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 117

20 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. pp. 150-151

Cada elemento do crime possui em seu arcabouço compostos para se estruturar. Dentro do fato típico temos uma conduta, que pode ser dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; o resultado, o nexo de causalidade e a tipicidade formal e conglobante. A antijuricidade é reconhecida quando o agente não atua em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito ou quando não houver o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão de ilicitude. E, por último, a culpabilidade comporta a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

O enfoque aqui é a tipicidade, e é sob este aspecto que vamos detalhar adiante, não sendo importante tratar de cada um dos elementos do crime. Portanto, primeiramente, o tipo pode ser definido como o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento – a lei -, visa impedir que seja praticada ou determinada que seja levada a efeito por todos nós. [21] Ou, como explica Luiz Flávio Gomes, "tipo é a descrição abstrata de um crime, leia-se, de uma determinada forma de ofensa a um bem jurídico".[22]

De início, se uma ação se subsume a um tipo, este seria um fato típico. Contudo, para a tipicidade penal, não basta que uma conduta se amolde a uma descrição abstrata de um crime. A tipicidade penal aceita pela doutrina majoritária no Brasil é a da tipicidade formal em conjunto com a tipicidade conglobante, que comporta a antinormatividade e a tipicidade material, somente se considerando típica a conduta que corresponde a ambas tipicidades (formal + conglobante).

A tipicidade formal seria a simples adequação de uma ação a um tipo penal em abstrato. É onde se aloca a conduta, o resultado naturalístico, o nexo de causalidade e a adequação desse fato à letra da lei. Um exemplo seria uma pessoa que, livre, espontaneamente e consciente, pega para si um celular que pertence a

21 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. pp. 163

22 GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal, parte geral – Teoria constitucionalista do delito. Volume 3. São Paulo: RT, 2014. pp. 65.

outra pessoa; essa conduta se adequaria ao artigo 155, do Código Penal, no qual é crime "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel."

Por outro lado, temos a tipicidade conglobante, que surge quando no caso concreto a ação é considerada antinormativa, bem como é ofensiva a bens importantes socialmente e tutelados pelo Direito Penal.

A antinormatividade seria a conduta contrária a norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, conforme explicado por Zaffaroni:

> A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena /e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, [...] e, no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e incentiva.[23]

Rogério Greco usa o exemplo do carrasco, em que, apesar de haver uma norma prevendo que é proibido matar, esta não se aplica ao carrasco que possui o dever legal de matar.[24]

E por fim, na tipicidade conglobante temos a tipicidade material. Para Luiz Flávio Gomes, a tipicidade material é a dimensão axiológica da tipicidade e esta seria composta da seguinte forma:

> (a) produção de um resultado jurídico relevante (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido = desvalor do resultado); (b) imputação objetiva da conduta (leia-se: criação ou incremento de um risco proibido juridicamente relevante; (c) imputação objetiva do resultado (ao risco proibido criado ou incrementado). Dois são os aspectos relevantes na imputação objetiva do resultado: a) conexão direta com o risco criado (o risco deve se realizar no resultado)

23 ZAFFARONI Apud Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. pp. 166

24 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. pp. 167

> e b) que esteja o resultado no âmbito de proteção da norma; e (d) imputação subjetiva quando se tratar de crime doloso.[25]

Ultrapassado este ponto, em qual componente da tipicidade o princípio da insignificância atuaria? Na tipicidade formal ou na conglobante, mais especificamente na antinormatividade, ou na tipicidade material?

O Princípio da Insignificância atua na tipicidade material. É evidente que um fato insignificante pode ser formalmente típico, mas não será materialmente típico.

Luiz Flávio Gomes explica que:

> A consequência dogmática inevitável decorrente da incidência do princípio da insignificância é a exclusão da tipicidade do fato. O fato deixa de ser materialmente típico. A decisão supra do Min. Celso de Mello dá apoio a essa nova concepção doutrinária da tipicidade penal, que é um dos avanços da nossa teoria constitucionalista do delito e que vem a ser soma da tipicidade formal + tipicidade material.[26]

Portanto, pode-se concluir que conforme a teoria mais adotada no Brasil, o crime é composto pelos elementos da tipicidade, antijuricidade e da culpabilidade, e ainda que a tipicidade não somente é composta pela formalidade da subsunção do ato ao tipo previsto abstratamente na lei penal, e sim composta pela tipicidade formal e a tipicidade conglobante, no qual se encontra a tipicidade material. Assim, o Princípio da Insignificância incide na tipicidade penal material, ou seja, exclui a possibilidade da conduta ser um crime já no seu primeiro elemento constitutivo.

2.5 Princípios relacionados ao princípio da insignificância

O Princípio da Insignificância está diretamente ligado à corrente do Direito Penal Mínimo. Sendo assim, não há que se falar na benesse sem também relacioná-la a outros princípios que direcionam à mínima intervenção do Direto Penal formando bases para concretizar a justa aplicação do direito pelo Estado.

25 GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal, parte geral – Teoria constitucionalista do delito. Volume 3. São Paulo: RT, 2014. pp. 86

26 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. pp. 76

Esses princípios são o da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da adequação social e da lesividade.

2.5.1 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade estava previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 15, no qual "a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito". Contudo, é desde o período Iluminista que se busca evitar a punição em excesso.

No modelo político de Estado Democrático de Direito, o princípio da insignificância não mais se apresenta somente como um critério interpretativo, mas além disso, como uma garantia legitimadora e limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.[27]

Do princípio da proporcionalidade é possível ainda estabelecer duas vertentes: a proibição do excesso (*Übermassverbot*), na qual procura-se evitar a punição desnecessária de comportamentos que não possuem relevância para o Direito Penal e também daqueles que foram excessivamente valorados; e a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), em que não se deve admitir que um direito fundamental seja deficientemente protegido.[28]

Dessa forma, o princípio da insignificância e o da proporcionalidade estão umbilicalmente relacionados, uma vez que a pena deve ser proporcional a lesão, evitando-se o excesso, bem como a proteção deficiente. No que diz respeito às condutas insignificantes, qualquer que seja a pena, esta seria considerada desproporcional.

2.5.2 Princípio da Intervenção Mínima

27 Bitencout, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1. 13. ed – São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 24-25.
28 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. pp. 81-82.

Para a teoria do Direito Penal Mínimo, o Direito Penal só deveria atuar quando a lesão e a ofensividade for a bem jurídico de maior relevância social e quando não houver outra área do Direito que possa reparar essa lesão.

Diante disso, a intervenção mínima serve como guia para o Poder Legislativo, que só deve criminalizar condutas que necessitam do Direito Penal para a sua proteção, e por outro lado, orienta também a aplicação do direito, dado que antes de recorrer ao Direito Penal, há de se ater ao seu caráter subsidiário e só utilizá-lo quando não houver outro meio extrapenal de reparação.

A ligação da intervenção mínima com a insignificância é quase direta, já que o âmbito penal só atuará quando houver efetiva lesão ao bem juridicamente protegido, não se intervindo quando este for considerado um insignificante penal.

2.5.3 Princípio da Fragmentariedade

A fragmentariedade do Direito Penal significa que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, caracterizando a sua natureza fragmentária.[29]

Segundo Muñoz Conde:

> Esse caráter fragmentário do direito penal aparece sob uma tríplice forma nas atuais legislações penais: em primeiro lugar, defendendo bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do direito consideram antijurídicas e, finalmente deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira.[30]

29 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 63

30 Muñoz Apud Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 64

Ou seja, o Direito Penal não sanciona toda e qualquer conduta lesiva, mas sim aquelas ações mais graves contra bens jurídicos de muita importância, ocupando-se somente com parcela dos bens jurídicos protegidos.

O princípio da insignificância serve então como um regulador do caráter fragmentário do Direito Penal, retirando da sua esfera condutas que não atingem a parcela de bens jurídicos protegidos pelo âmbito penal.

2.5.4 Princípio da Adequação Social

O Direito Penal só intervém em ações que atingem um bem juridicamente protegido dentro do seu carácter fragmentário. Diante dessa realidade, o Direito Penal também só atua quando um comportamento é valorado como inadequado socialmente, abstendo-se quando a conduta é vista como adequada.

O princípio da adequação social possui uma dupla função. De um lado, restringe o âmbito de abrangência do tipo penal, excluindo condutas aceitas pela sociedade. De outro, o princípio orienta o legislador na seleção de condutas que deseja proibir ou impor, com finalidade de proteger os bens mais importantes. Além disso, faz com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento aquelas condutas que se adaptaram à evolução da sociedade.[31]

Portanto, quando se pratica uma conduta aceita e habitual na sociedade, não há de se falar em atuação do Direito Penal, pois esta conduta não teria relevância social e nem feriria o interesse coletivo. Dado o conceito, importante é pontuar que a doutrina se divide no que diz respeito à natureza jurídica da adequação social. Para uns, seria excludente de tipicidade (Francisco Assis Toledo), para outros, causa de justificação (Welzel) e outra corrente defende que seria somente um princípio geral de interpretação (Muñuz Conde).

31 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 60

Pode-se dizer que a adequação social e o princípio da insignificância não se confundem. Uma ação considerada insignificante não necessariamente é aceita ou habitual socialmente, contudo, observa-se que dentre os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para identificar a insignificância, tem-se consagrado o parâmetro do "reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento", evidenciando que apesar de serem distintos, o nível de adequação social pode ser relevante para se caracterizar a conduta insignificante.

2.5.5 Princípio da lesividade

De acordo com Nilo Batista, o princípio da lesividade tem quatro funções: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou existenciais e d) proibir a incriminação de condutas desviada que não afetem qualquer bem jurídico.[32]

Destes postulados, afere-se que ninguém pode ser punido e condenado porque pensa ou sente algo; não se pode punir alguém pelo que é, somente pelo que se fez e por fim, não se pode punir condutas que não lesem o bem jurídico de terceiros.

Ao relacionar a lesividade com a insignificância, é possível perceber que quando se está diante de uma conduta insignificante, essa tem de ter uma inexpressiva lesividade para assim ser considerada. É o caso, por exemplo, de quando o objeto furtado de ínfimo valor é restituído à vítima, não configurando lesão ao bem jurídico.

Diante do exposto, está claro que o princípio da insignificância é diretamente relacionado a tais princípios, formando, assim, uma sólida base para a aplicação da insignificância como excludente de tipicidade.

32 Nilo Batista Apud Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 55

2.6 Aplicação da insignificância conforme o Supremo Tribunal Federal no HC 84.412/SP

O princípio da insignificância, como já exposto, surgiu para limitar a aplicação indiscriminada da lei formal. Além disso, o princípio restringe a atuação do Estado e de um direito injusto, levando à condenação de pessoas por fatos que não correspondem a uma lesão jurídica concreta.

No Brasil, não há previsão legal do princípio da insignificância. A sua legitimação vem da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, § 2º, deixa claro a possibilidade de haver regras e princípios não expressos no texto constitucional. Não há também, consequentemente, regramento algum de como deve ser aplicado o princípio. Dessa forma, ante a situação, cabe ao aplicador do direito estabelecer parâmetros de aplicação.

Neste aspecto, antes de 2004, o princípio da insignificância era aplicado de uma forma irrisória e aparentemente objetiva. No furto, por exemplo, só se aplicava quando o valor furtado era reconhecido como uma "ninharia", o pequeno valor já incidia na figura do furto privilegiado. Era este o entendimento majoritário dos tribunais, como se pode ver neste acordão do STJ:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade). II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. Writ denegado. (STJ - HC: 30358 SP 2003/0161487-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 28/04/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14.06.2004 p. 251).[33]

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 30358/SP (2003/0161487-7). Impetrante: Luiz Manoel Gomes Júnior. Impetrado: Segunda Câmera de Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Paciente: Flávio Rodrigues Mendes. Relator: Ministro Felix Fischer. Data de Julgamento: 28/04/2004. Data de Publicação DJe: 14/06/2004. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301614877&dt_publicacao=14/06/2004. Acesso em 22/08/2018.

Contudo, logo após o julgamento acima, foi impetrado um novo Habeas Corpus no STF em face do acórdão do STJ. A nova decisão foi um marco no que diz respeito a aplicação do princípio da insignificância.

O caso era sobre um furto realizado por um rapaz de 19 anos, que havia subtraído uma fita de vídeo game no valor de R$ 25,00 (vinte e cinco reais), considerado 9,61% do salário mínimo vigente à época. Eis a ementa:

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que

> produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.[34]

Na decisão, o Relator do acórdão, Ministro Celso de Mello, com o voto unânime da Segunda Turma, estabeleceu vetores que, quando presentes no caso concreto, legitimam o reconhecimento da insignificância.

Os vetores estabelecidos foram: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Passaremos então a analisar individualmente cada um desses vetores.

Mínima ofensividade da conduta do agente

Neste quesito o que deve de ser analisado é o bem material objeto da conduta. Através da jurisprudência é possível notar que um dos vetores utilizados para esse requisito é o salário mínimo. Não há uma quantia ou porcentagem exata definida, tendo algumas divergências entre os tribunais. Majoritariamente, a porcentagem de até 10% seria o razoável, percentual utilizado inclusive pelo STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. CONTUMÁCIA DO RÉU EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. BEM FURTADO AVALIADO ACIMA DE 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DA CONDUTA.AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A contumácia do réu em crimes contra o patrimônio, configurada a reincidência, impede a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. Incidência do enunciado n. 83

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Bill Cleiton Cristovão Ou Bil Cleiton. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 19/10/2014. Data de Publicação DJe: 19/11/2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84412&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 22/08/2018.

> das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça - STJ. 2. A subtração de bem avaliado em montante superior a 10% do valor do salário mínimo vigente ao tempo da conduta afasta o preenchimento do requisito da inexpressividade da lesão jurídica. 3 . Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 1076181 MG 2017/0074807-2, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 18/05/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2017).[35]

Importante salientar que é possível avaliar o requisito não só economicamente, podendo ser levado em consideração também o valor emotivo da coisa para a vítima. No geral, a jurisprudência vem identificando a ofensividade da conduta quando é de pequeno valor a coisa, mas a vítima dava ao objeto um valor emotivo.

Nenhuma periculosidade social da ação

Neste quesito o julgador avalia a repercussão da empreitada delituosa frente à sociedade. Tem-se uma pequena relação com a prevenção geral negativa da pena, ou seja, qual seria a visão do Poder Judiciário ao decidir pela condenação ou pela absolvição utilizando o caso concreto.

Contudo, não se observa só o exemplo, é extremamente necessário também levar em consideração se aquela conduta foi perigosa para a sociedade. É este o ponto mais relevante, uma vez que, a conduta que a princípio seria um relevante penal, caso não apresente perigo para a sociedade, fica fora do âmbito de atuação do Direito Penal. Como exemplo, muito recorrente no país, temos o caso do furto famélico.

Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

O quesito em questão é visto sob a reprovabilidade tanto quanto em relação ao ordenamento jurídico, quanto do ponto de vista social.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1076181/MG (2017/0074807-2). Agravante: Nilton de Oliveira. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. Data de Julgamento: 18/05/2017. Data da Publicação DJe: 26/05/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700748072&dt_publicacao=26/05/2017>. Acesso em 22/08/2018.

Há algum tempo, a Quinta Turma do STJ utilizava-se deste parâmetro para não aplicar o princípio da insignificância quando o agente fosse reincidente, pois a habitualidade delitiva aumentaria o grau de reprovabilidade do comportamento. Não obstante este entendimento, o STF, conforme Informativo 793, decidiu que a reincidência por si só não impede o reconhecimento da insignificância. *Vide* um dos julgados do informativo:

> Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado – 6 No que se refere aos casos em que fora imposto o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, o Colegiado afirmou que seria desproporcional para a reprovação e prevenção quanto à conduta imputada. De acordo com a jurisprudência da Corte, seria necessário valorar os vetores subjetivos a respeito da causa penal (CP, art. 59), no sentido de individualizar a pena. A pena privativa de liberdade deveria se restringir às hipóteses de reconhecida necessidade, tendo em vista seu custo elevado, as consequências deletérias para infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação. Haveria situações que, embora enquadráveis no enunciado normativo, não mereceriam as consequências concebidas pelo legislador. Caberia ao intérprete calibrar eventuais excessos e produzir a solução mais harmônica com o sistema jurídico. Dever-se-ia ter presente a regra geral de proporcionalidade, compatível com a natureza e a repercussão do delito. Seria indispensável, porém, que a avaliação se desse caso a caso, pois a uniformização de tratamento não seria desejável, tendo em vista as díspares realidades sociais, econômicas e culturais existentes no País. O Ministro Roberto Barroso (relator) reajustou seu voto. Vencidos, no HC 123.108/MG, a Ministra Rosa Weber e os Ministros Celso de Mello, que concediam a ordem; Edson Fachin, que não conhecia do "habeas corpus"; e Marco Aurélio, que denegava a ordem. Quanto ao HC 123.533/SP, ficaram vencidos os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber, que não conheciam do "habeas corpus", mas concediam a ordem de ofício; Edson Fachin, que não conhecia do "habeas corpus"; e Marco Aurélio, que denegava a ordem. No que se refere ao HC 123.734/MG, ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que não conheciam do "habeas corpus"; e o Ministro Celso de Mello, que concedia a ordem. HC 123108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123108) HC 123533/SP, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123533) HC 123734/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123734).

Sob o aspecto social, pode-se pensar conforme o senso comum. Portanto, seria possível atender esse requisito ou não, analisando se aquela prática é socialmente aceita ou se é socialmente reprovável e qual este grau de reprovabilidade.

Inexpressividade da lesão jurídica provocada

Por fim, no último quesito, o que se leva em consideração é o quanto o patrimônio da vítima foi lesado. É aqui que o aplicador do direito vai ponderar no caso concreto se a conduta do agente lesionou efetivamente o bem jurídico tutelado da vítima considerando-se o status econômico desta.

Cada caso deve ser analisado individualmente para se chegar ao entendimento do preenchimento do requisito ou não. Como por exemplo, há expressiva lesão jurídica quando uma bolsa avaliada no valor de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) é furtada de uma mulher que recebe um salário mínimo, que reside em comunidade carente e que não possui um grande patrimônio. Por outro lado, é inexpressiva a lesão jurídica quando a mesma bolsa é furtada de uma empresária, que possui grande patrimônio, várias empresas e renda mensal alta.

À vista do que foi exposto, pode-se concluir que o HC 84.412/SP foi um emblemático julgado de grande impacto na comunidade jurídica. O Habeas Corpus em questão abriu os olhares para a aplicação do princípio da insignificância, possibilitando uma ampliação dos casos considerados irrelevantes penais e sendo utilizado como base para praticamente todos os julgados que tangem a insignificância.

Outro ponto que merece destaque trata-se da dificuldade tanto doutrinária quanto jurisprudencial de identificar e aplicar esses critérios. Apesar de ser possível diferenciar os quesitos, eles se confundem por serem altamente subjetivos. Os quatro critérios parecem o mesmo, reduzindo-se em saber se há lesão e se a conduta é reprovável ou não.

Pierpaolo Cruz Bottini afirma que:

> Nota-se que são critérios pouco precisos, vagos, abrangentes, que buscam abrigar toda uma gama de casos concretos heterogêneos, seja quanto ao bem protegido, seja quanto ao modo de agir. A ausência de parâmetros mais definidos resultou na aplicação díspar do princípio, que ora se alarga, ora se comprime, em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar com um instituto ainda em construção.[36]

De outro lado, a jurisprudência, além desses critérios passou a analisar outros, tais como reincidência, maus antecedentes, conduta social, o valor sentimental do bem para a vítima, condições econômica do réu e da vítima, o modo como o ato foi praticado e a restituição do bem.

Portanto, a despeito da importância dos critérios, estes são de difícil identificação e aplicação, bem como, ao que tudo indica, insuficientes para determinar a insignificância. Este cenário acarreta decisões destoantes que diante de casos concretos semelhantes, uma hora o julgador aplica o princípio, outra não, provocando um efeito cascata e levando a uma insegurança jurídica.

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO FURTO QUALIFICADO DIANTE DOS CASOS CONCRETOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Não há dúvidas de que o princípio da insignificância é explorado na jurisprudência brasileira, e é ainda uma das teses de defesa muito utilizada, principalmente no que diz respeito aos crimes de furto.

Nesse sentido, cabe uma análise dos acórdãos do período entre 2014 e 2018 do STJ, afim de concluir quais são os parâmetros utilizados para a aplicação do princípio da insignificância nos casos de furto qualificado.

Significativo destacar que o Tribunal foi escolhido por ser, muitas vezes, o último Tribunal que se pronuncia à respeito do direito federal, possuindo a maior e mais rica quantidade de julgados sobre o tema. A escolha do período foi estabelecido

36 Pierpaolo Cruz Bottini, *A confusa exegese do princípio da insignificância*, *in:* Temas relevantes de direito penal e processual penal, Luiz Rascovski-coord., 2012, p. 245.

diante dos julgamentos do STF que vieram a ser registrados no Informativo 771, no qual a Corte pacificou o entendimento e definiu a possibilidade de aplicação do princípio aos furtos qualificados.

3.1 O *Leading case* no Superior Tribunal de Justiça e o Informativo 771 do Supremo Tribunal Federal

Desde o HC 84.412/SP, julgado pelo STF, que estabeleceu os critérios para a aplicação do princípio da insignificância, a aplicação do princípio vem passando por uma ampliação. Há alguns anos, jamais se aplicaria a insignificância em um furto qualificado.

Em 10 de julho de 2003, antes mesmo da decisão do STF, no Habeas Corpus nº 21.750 - SP (2002/0047586-5), de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, o STJ aplicou a insignificância em um furto qualificado pela primeira vez. Não houve repercussão do caso à época e até hoje não há reconhecimento relevante deste *leading case*.

O Habeas Corpus foi impetrado contra a decisão da Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que negou provimento ao apelo do paciente, condenado à pena de 2 anos de reclusão, por furto qualificado. O furto teria sido praticado em concurso de agentes e resultado em uma vantagem econômica de R$ 56,00, dos quais R$ 21,00 correspondia ao valor de uma bolsa que foi devolvida.

No voto, o Relator Hamilton Carvalhido afirmou que:

> para que se possa falar em fato penalmente típico, perquirir-se, para além da tipicidade legal, se da conduta do agente resultou dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou fazer periclitar o bem na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, acolhido na vigente Constituição da República (artigo 98, inciso I).[37]

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 21.750/SP (2002/0047586-5). Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Impetrado: Décima Primeira Câmera do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Anderson Rodrigo Ribeiro. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido.

Nessa linha de pensamento, o Ministro concluiu que, independentemente do critério de determinação do valor do furto, a subtração de R$ 56,00 não apresenta danosidade relevante a ponto de justificar a tipicidade penal. Foi concedida a ordem, afastando a tipicidade da conduta do agente.

O corréu do caso em tela não foi parte deste Habeas Corpus, no entanto, a Defesa opôs Embargos de Declaração (EDcl no HABEAS CORPUS Nº 21.750 - SP (2002/0047586-5) requerendo a ampliação do alcance da decisão proferida. O Ministro Hamilton Carvalhido recebeu o Embargos de Declaração como pedido de extensão e deferiu o pedido, afastando a tipicidade da conduta também do corréu.

Observa-se então que, a despeito do que vários Tribunais de Justiça entendem, desde 2003 o STJ já aplica a insignificância nos casos de furto qualificado por concurso de agentes, não se prendendo à argumentação de que a existência de uma qualificadora por si só já afasta a possibilidade do emprego do princípio.

Após essa decisão, poucos foram os casos de furto qualificado em que aplicou-se a insignificância, como já foi dito, há uma resistência dos Tribunais à aplicação do supracitado princípio.

Assim, é importante discorrer sobre o Informativo 771 do STF, que, apesar de não ser o foco das jurisprudências que serão analisadas nessa pesquisa, foi o informativo em que o STF deu visibilidade para a questão da aplicação do princípio da insignificância no furto qualificado.

No Informativo, editado em dezembro de 2014, foram avaliados três Habeas Corpus em casos de furtos, dois deles qualificados. O primeiro tratou de uma tentativa de furto de dois sabonetes líquidos íntimos, avaliados no valor de R$ 48,00, qualificado pelo concurso de agentes. Os agentes teriam se dirigido ao estabelecimento e enquanto um deles subtraía os sabonetes colocando-os dentro da

Data de Julgamento: 10/06/2003. Publicado no DJe:04/08/2003 p. 433. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200475865&dt_publicacao=04/08/2003>. Acesso em: 07 jul. 2018.

bolsa, o outro se posicionava em frente à comparsa para que a ação não fosse vista. Os agentes saíram do estabelecimento, mas foram abordados pelo representante do estabelecimento que ao revistar a bolsa encontrou os objetos.

No segundo caso, a tentativa de furto teria sido de 15 bombons caseiros avaliados em R$ 30,00, qualificado pela escalada e pelo rompimento de obstáculo. O agente teria escalado a grade do estabelecimento comercial de um restaurante, adentrando o mesmo pelo telhado e subtraído os bombons, momento em que o alarme do local disparou e a polícia militar foi acionada.

A ordem foi concedida monocraticamente pelo Ministro Roberto Barroso nos dois casos, segundo o informativo:

> [...] por entender cabível o princípio da insignificância e, por conseguinte, reconheceu a atipicidade material das condutas dos pacientes e anulou os efeitos penais dos processos em exame. Pontuou que, segundo estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional, 49% das pessoas estariam presas por crimes contra o patrimônio e, dentre esse número, 14% da população carcerária brasileira estaria presa por furto simples ou qualificado. Lembrou que a comissão que elaborara o anteprojeto do Código Penal — ainda em deliberação no Congresso Nacional — teria proposto significativa descarcerização do furto em geral, com previsão expressa do princípio da insignificância. Nos termos desse anteprojeto, também não haveria fato criminoso quando, cumulativamente, se verificassem as seguintes condições: "a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.[38]

Acontece que, em 2016, os casos foram levados ao Pleno para serem julgados em conjunto. No primeiro caso (HC 123.533/SP), os agentes eram reincidentes, já no segundo caso (HC 123.734/MG) o agente era tecnicamente primário, possuindo registro de passagens por outros fatos, questões que somadas à qualificadora fizeram com que no voto vencedor não fosse aplicado a insignificância.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 771. Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado -1. 18/12/2014. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo771.htm. Acesso em: 06 jul. 2018.

Independentemente da solução final dada aos casos, o ponto destaque para este trabalho é ter sido levantada a discussão pelo Relator Ministro Roberto Barroso que a qualificação do furto por si só não impede a aplicação do princípio da insignificância. Como relatou o Ministro:

> Partindo dessas premissas, entendo que a simples circunstância de se tratar de réu reincidente ou de incidir alguma qualificadora (CP, art. 155, § 4º) não deve, automaticamente, afastar a aplicação do princípio da insignificância. É preciso motivação específica à luz das circunstâncias do caso concreto, como o alto número de reincidências, a especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras etc.[39]

Diante disso, apesar da modificação na decisão final em ambos os casos, fica evidente que o STF passou a discutir com maior propriedade a exclusão do crime pela insignificância mesmo quando o furto for qualificado por concurso de agentes, escalada e rompimento de obstáculos. E ainda, o referido Informativo deu maior visibilidade à questão no mundo jurídico.

3.2 A insignificância na qualificadora prevista no § 4º-A e § 7º do art. 155 do Código Penal

A Lei nº 13.654/ 2018 trouxe novidades para o furto qualificado, incluindo duas novas modalidades. A primeira delas, prevista no § 4º-A é a qualificadora quando há emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. A segunda, prevista no § 7º do art. 155 é em caso de a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

No que diz respeito à jurisprudência da aplicação do princípio da insignificância nesses dois casos, até momento da conclusão desse trabalho, não há

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123533/SP. Paciente: Jéssica Taiane Alves Pereira. Impetrante: Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo. Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso. São Paulo. Data de Julgamento: 05/08/2015. Publicado no DJe: 18/02/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=123533&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 20 de agosto de 2018.

nenhum julgado no STJ ou até mesmo em Tribunais de Justiça, não sendo possível se chegar a um parâmetro de quando os tribunais aplicam ou não o princípio.

Conquanto, é viável fazer uma conjectura sobre essas qualificadoras e a viabilidade da insignificância nesses casos construindo um paralelo com a pena estabelecida e a reprovabilidade das condutas diante do potencial perigo que elas apresentam.

A pena para as qualificadoras em questão é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, uma pena extremamente alta se comparada com as outras qualificadoras do furto que vão de 2 (dois) a 8 (oito) anos. Há, portanto, uma associação dessa pena com a pena do crime de roubo, visto que são penas iguais.

No que tange a reprovabilidade da conduta na qualificadora de emprego de explosivo, é evidente um perigo concreto maior que um simples furto, dado que além de causar grandes prejuízos em virtude da subtração, há também danos materiais causados no estabelecimento em que ocorrer a explosão e nos arredores e demonstra uma conduta grave que expõe a vida e a integridade física das pessoas que estiverem no entorno. Desta maneira, o furto praticado nessas condições pode vir a causar danos patrimoniais em grande escala, bem como se apresenta uma ameaça indireta à pessoa.

Na qualificadora de subtração de explosivo ou de acessório que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego, há uma reprovabilidade maior da conduta independentemente da utilização do explosivo ou não. A linha de pensamento é a mesma da qualificadora de utilização de explosivo, ambas visam a repressão de uso de explosivos, mesmo que neste caso só se tenha um perigo ficto.

Por outro lado, sabe-se que a insignificância é utilizada para excluir o crime no caso de condutas que possuem um desvalor jurídico, condutas que são um indiferente penal e que, no Brasil, é aplicada segundo os critérios estabelecidos pela STF no HC 84.412/SP.

Analisando as qualificadoras nesse aspecto, fica evidente que o princípio da insignificância não é aplicável. Essas condutas não podem ser consideradas um irrelevante penal, são condutas que, na prática, possuem consequências equiparadas ao do crime de roubo e que trazem em seu arcabouço muito além de uma subtração, apresentam também um perigo indireto à pessoa. Além disso, são condutas que, hipoteticamente[40], não atendem os vetores da mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Por conseguinte, apesar de ainda não ter jurisprudência ou doutrina nesse sentido, através da análise realizada, conclui-se que diante da subtração com emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum e de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego, não seria admissível a aplicação do princípio da insignificância.

3.3 A insignificância na qualificadora prevista no § 5º e § 6º do art. 155 do Código Penal

Como já foi explanado, o princípio da insignificância é aplicado quando a lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses de desvalor da conduta diante da lesão que foi provocada, mostrando-se como instrumento de interpretação restrita do direito penal.

Por outro lado, há situações em que o preceito primário e secundário do tipo já revelam uma impossibilidade de aplicação da insignificância por restringir-se a situações não só de maior reprovabilidade, mas também situações de expressiva lesão jurídica do ato.

Dispõe os parágrafos 5º e 6º do art.155 do Código Penal:

> § 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para

40 Importante destacar que os vetores devem ser analisados caso a caso concretamente.

> outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426/1996).
>
> § 6o A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração. (Incluído pela Lei nº 13.330/2016).

Nessa linha de pensamento, é possível perceber que a subtração de um veículo automotor ou de um semovente domesticável de produção não admitem o reconhecimento da insignificância.

Um primeiro ponto que impede esse reconhecimento é o valor do bem jurídico protegido no tipo. Um veículo automotor possui um valor muito significante na realidade brasileira, a sua subtração leva de pronto à uma lesão patrimonial, até se considerarmos o veículo mais barato do mercado subtraído de um empresário.

No que se refere ao semovente domesticável de produção, diz respeito à "coisa" que tem capacidade de se locomover sozinho, no caso, animais. É o exemplo do boi. Apesar de não poder mensurar sem caso concreto o valor do animal, em regra, são animais que têm valor econômico que não pode ser considerado ínfimo e é importante observar que são animais utilizados para produção, com fins de lucro, sua subtração leva a uma lesão patrimonial.

Outro ponto que impede o reconhecimento da insignificância é o quantitativo de pena. O legislador determinou penas altas para furtos previstos no art. 155 § 5º e § 6º de Código Penal, sendo, respectivamente, de reclusão de três a oito anos e multa e de reclusão de dois a cinco anos, evidenciando o maior potencial ofensivo dos crimes nessas condições.

Na pesquisa realizada frente aos acórdãos do STJ não há caso concreto em que houve aplicação do princípio da insignificância nesses furtos, o que demonstra o maior desvalor e a recusa de aplicar a insignificância na subtração de veículo automotor e de semovente domesticável de produção.

Dessa forma, diante da maior reprovabilidade e da expressiva lesão jurídica da subtração de veículo automotor e de semovente domesticável já prevista pelo

legislador no tipo penal não seria possível a aplicação do princípio da insignificância nesses tipos penais.

3.4 A insignificância nas qualificadoras previstas no § 4º do art. 155 do Código Pena

A despeito do que foi observado sobre a aplicação do princípio da insignificância nas outras qualificadoras do furto, o § 4º do art. 155 do Código Penal é o preceito em que se encontra a maior importância para a pesquisa. Trata-se do tipo que traz a maior discussão sobre a aplicação do princípio da insignificância no furto qualificado, visto que possui grande quantidades de acórdãos no STJ, possibilitando uma maior análise de quando é possível aplicar a insignificância e quando é inviável.

Nesse espeque, busca-se analisar os vários acórdãos que trataram da insignificância no § 4º do art. 155 do Código Penal do STJ entre os anos de 2014 e 2016, a fim de concluir os parâmetros para a aplicação do referido princípio, bem como a conveniência jurídica na condenação penal frente a lesão do furto qualificado.

3.4.1 Destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa

O Código Penal determina: "§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;". Considera-se obstáculo tudo aquilo que tenha a finalidade precípua de proteger a coisa e que também não seja a ela naturalmente inerente.[41]

Nesta qualificadora há duas modalidades, quando o agente destrói o obstáculo, ou seja, usa violência contra a coisa, eliminando aquilo que o impedia de levar a efeito a subtração, é o exemplo do uso do pé de cabra para destruir o cadeado. E também a modalidade de rompimento, que é quando o agente designa a

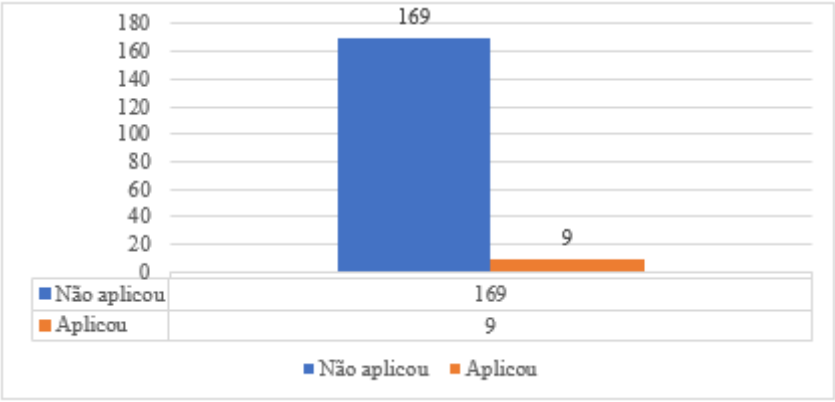
41 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.* 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p. 24.

ação ou consequência de romper, partir, despedaçar, separar, rasgar, como exemplo o agente que desparafusa os suportes que sustentam o cadeado.[42]

No total, dos 410 processos analisados entre o ano de 2014 e 2018, 178 são casos que julgaram a conveniência ou não da aplicação do princípio da insignificância em processos de acusação de furto qualificado por destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, incluídos os furtos duplamente ou triplamente qualificados.

O gráfico I mostra que dos 178 casos analisados, em 9 houve aplicação do princípio da insignificância, sendo que 1 caso foi qualificado também pelo concurso de agentes e 2 por escalada.

Gráfico I – A insignificância na destruição ou rompimento de obstáculo



Fonte: Elaboração própria com dados retirados do STJ.

Entre os 169 acórdãos que julgaram pela não aplicação do princípio da insignificância, 70 consideraram o bem de valor expressivo, o que no HC 185508 significa furto de objeto avaliado em R$ 100,00 ou ainda no HC 420024/SP a res furtiva, avaliada em R$ 103,00, não pode ser considerada de valor ínfimo, por superar o critério de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos.[43] Da mesma

42 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.* 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. pp. 24-25.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 420024/SP (2017/0262552-3). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

forma, no AgRg no Resp 1286928/RS que não considerou ínfimo o valor correspondente a 17% do salário mínimo sem considerar o prejuízo do concerto do vidro do carro.

Em outros casos, os ministros levaram em consideração a vida pregressa do acusado, sendo que do total de acórdãos analisado 98 deles entenderam não haver insignificância no caso de reincidência, maus antecedentes ou quando o agente é contumaz na prática delitiva. No HC 422030/SP evidenciou-se que a reincidência em crimes patrimoniais demonstra o desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico.[44]

Os casos em que se aplicou a insignificância possuem várias peculiaridades. No AgRG no Resp 1740271/SP o réu era reincidente e furtou duas torneiras usadas avaliadas em R$ 30,00, na mesma linha de pensamento o AgRg no AResp 1103145 em que o réu era reincidente, além do rompimento de obstáculo, havia a qualificadora de escalada e furtou a mesma quantia de R$ 30,00 em espécie.

Outro caso interessante foi HC 302049/SP, qualificado pelo rompimento de obstáculo e por concurso, o paciente subtraiu duas sacolas contendo 4 (quatro) quilos de latas de alumínio para reciclagem, avaliadas em R$ 8,00, não atingindo o patrimônio da vítima.

Em contrapartida, no HC 442320/SP, o valor furtado foi de R$ 8,15, mediante rompimento de obstáculo e escalada e o réu era reincidente, assim não aplicou-se a insignificância, segundo o Ministro:

> resta clara a inviabilidade do reconhecimento da atipicidade material da conduta, por não restarem demonstradas as

Paciente: Lucas Goncanves Bicaa e Pedro Paulo Silva Rodrigues. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 21/11/2017. Publicado no DJe: 28/11/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702625523&dt_publicacao=28/11/2017> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 422030/SC (2017/0277438-7). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Antonio Marcos Alves. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Data de Julgamento: 08/02/2018. Publicado no DJe: 16/02/2018.Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702774387&dt_publicacao=16/02/2018 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

> exigidas ausência de periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade, bem como em razão da contumácia do paciente na prática de delitos contra o patrimônio.[45]

E ainda no HC 35137/SP, o bem foi avaliado em R$ 6,00, contudo o paciente possuía anotações na ficha de antecedentes, caracterizando a sua reiteração delitiva, não se reconhecendo a atipicidade

3.4.2 Abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza

A segunda qualificadora, prevista no inciso II do § 4º do art.155 do Código Penal é o abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza.

No primeiro tipo, o abuso de confiança, é necessário que, antes, tenha havido uma relação de confiança entre o agente e a vítima. Sendo assim, para que se caracterize este abuso será preciso comprovar que, anteriormente à pratica da subtração havia algum fator que trazia sensação de segurança à vítima, fazendo com que ela incorra em um erro no que diz respeito a essa fidelidade recíproca.[46]

O emprego de fraude significa a utilização de meios ardilosos, fazendo com que a vítima incorra ou seja mantida em erro, a fim de que o próprio agente pratique a subtração. O agente utiliza de meios para facilitar a sua subtração.[47] Assim, é possível entender que o meio fraudulento é uma artimanha para que o sujeito passivo fique desatento ou distraído para que seja mais fácil a subtração.

A escalada, segundo definição de Hungria é "o ingresso em edifício ou recinto fechado, ou saída dela, por vias não destinadas normalmente ao trânsito de

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 442320/SP (2018/0067570-0). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Alexandre Aurelio. Data de Julgamento: 05/06/2018. Publicado no DJe: 12/06/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800675700&dt_publicacao=12/06/2018 >. Acesso em 18 de agosto de 2018.

46 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.* 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p. 27.

47 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.* 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p. 27.

pessoas, servindo-se o agente de meios artificiais (não violentos) ou de sua própria agilidade."[48]

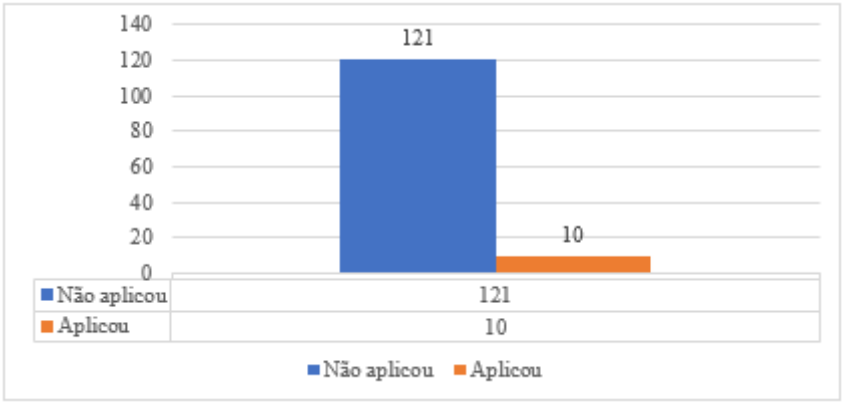
Por último, a destreza. Atua com destreza o agente que possui habilidade especial na prática do furto, fazendo com que a vítima não perceba a subtração. Exige uma agilidade manual incomum, sem a qual não há maior risco para o patrimônio. Por consequência, se a vítima perceber a ação do agente e o prender em flagrante, não há essa habilidade, não caracterizando a destreza, tornando neste caso específico impossível a configuração de tentativa de furto qualificado por destreza. Por outro lado, se após a subtração, sem que a vítima perceba, o agente é descoberto por um terceiro assim que finaliza a retirada do objeto, estaria caracterizado a tentativa furto qualificado por destreza.[49]

Entre os anos de 2014 e 2018, o STJ decidiu 131 processos que incidiram a qualificadora de abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza, dos quais 10 decidiram pelo reconhecimento da atipicidade da conduta devido a insignificância do ato, como mostra o Gráfico II. Frisa-se ainda que, entre os acórdãos que aplicaram a insignificância, 2 também eram qualificados pelo rompimento de obstáculo e 1 pelo concurso de pessoas.

Gráfico II – A insignificância no abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza

48 HUNGRIA Apud Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.* 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p. 28.

49 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.* 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p. 29-30.



Fonte: Elaboração própria com dados retirados do STJ.

A reincidência, maus antecedentes e a habitualidade delitiva foram considerados em 67 acórdãos para a não incidência do princípio da insignificância. E em 48 o alto valor dos bens furtados foi usado entre os argumentos para considerar a conduta relevante para a repressão do direito penal.

Nenhum dos casos que reconheceram a insignificância foi qualificado por fraude ou destreza. De todas as decisões analisadas somente 3 tratavam de furtos qualificados pela destreza. No Resp 1738518/RJ, o agente era contumaz na atividade delitiva; no AgRg no Resp 142799/DF também foi qualificado pelo concurso de agentes e o valor da subtração foi de R$ 572,39 o que inviabilizou a insignificância da conduta. Por fim, o HC 282559/SP foi considerado o fato típico por, além de qualificado, ter sido cometido contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Entre os processos de furtos qualificados pela fraude, retirados aqueles em que o valor foi considerado expressivo, destaca-se o AgRg no AResp 747945/SC no qual foi furtado uma chave de fenda avaliada no valor de R$ 8,10, contudo o réu era reincidente. Já o HC 332040/SC foi um furto de R$ 50,00, no entanto, de acordo com a decisão:

> De fato, em se tratando de furto qualificado, ainda que diminuto o valor atribuído à coisa furtada, deve ser considerado o modus operandi, que se deu mediante fraude, o que impede a aplicação do princípio da bagatela, haja vista a

> expressiva gravidade da conduta do agente, a demandar maior reprovabilidade, nos termos da jurisprudência desta Corte.[50]

No que diz respeito à qualificadora de abuso de confiança, as decisões são pragmáticas ao afirmar que essa qualificadora é de ordem objetiva e não permite o reconhecimento da atipicidade. O AgRg no AREsp 697529/MG, citado em vários outros casos, observa que "a aplicação do princípio da insignificância tem sido rechaçada, como regra, no crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, tendo em vista que tal circunstância denota maior ofensividade e reprovabilidade da conduta."[51]

Apesar disso, no AgRg no Resp 1585064/SP reconheceu-se a atipicidade da conduta no furto de 1,5 kg de mexilhões avaliados em cerca de R$ 10,00 da empresa em que a ré trabalhava. No AgRg no AResp 648159/MG também aplicou-se a insignificância na subtração de um botijão de gás avaliado em R$ 75,00. No HC 359572/SP e no HC 377407/SP os bens furtados foram avaliados em R$ 50,00 e também reconheceu-se a atipicidade. Em todos os acórdãos que decidiram pela não atuação do direito penal no caso de furto qualificado por abuso de confiança os agentes eram primários.

Por fim, há muitos casos de furto qualificado pela escalada com decisões no sentido de não se aplicar a insignificância, é o que ocorreu no HC 253804/SP no furto de um botijão de gás avaliado em R$ 80,00. No acórdão, o ministro afirmou

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 332040/SC (2015/0189429-0). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Emilson Martins Nunes. Relator: Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 15/12/2015. Publicado no DJe: 28/11/2017. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501894200&dt_publicacao=15/12/2015> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 697529/MG (2015/0095482-0). Agravante: Fabiano Pereira Geraldo. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 01/10/2015. Publicado no DJe: 07/10/2015. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500954820&dt_publicacao=07/10/2015> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

que “os fatos não são dotados de mínima ofensividade, tendo em vista as nuances que denotam reprovabilidade suficiente.”[52]

Dos acórdãos que entenderam pela incidência do referido princípio destacam-se dois, o HC 311339/RS qualificado também pelo concurso de agentes na tentativa de subtrair 1 colher de pedreiro, 1 facão,1 tampa de vaso sanitário e 1 sacola, os quais foram avaliados em R$ 48,00 e o AgRg no AResp 785755/MT que se referia a furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e subtração do valor de R$ 2,95 em moedas.

Outro caso interessante é o HC 331884/SP no qual o paciente furtou um engradado contendo 24 vasilhames de cerveja vazios, avaliado ao todo em R$ 35,00. O valor foi considerado ínfimo e o agente era primário, viabilizando a aplicabilidade da insignificância.

3.4.3 Emprego de chave falsa

No § 4º, inciso III, do art.155 do Código Penal, há a qualificadora do emprego de chave falsa. Chave falsa é qualquer instrumento destinado a abrir fechadura, tenha ou não aparência de chave. Há uma divergência doutrinária com relação a aplicação ou não da qualificadora quando se usa a chave verdadeira. Greco considera uma gritante ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que a lei exige, claramente, a utilização de qualquer outra chave. O autor acredita que a utilização de chave verdadeira qualificaria na modalidade fraude.[53]

Em contrapartida, Noronha alega que:

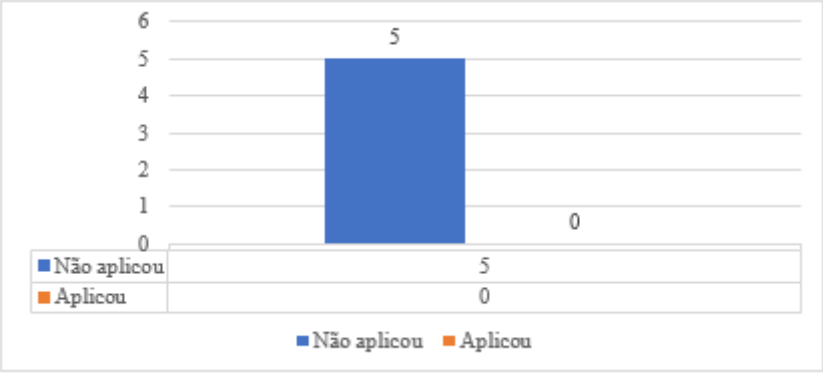
52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 253804/MG (2012/0190773-4). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Alex Santana dos Santos. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 22/04/2014. Publicado no DJe: 30/04/2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201907734&dt_publicacao=30/04/2014 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

53 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.* 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p. 31.

> São também falsas as chaves verdadeiras furtadas ou perdidas, não há como excluí-las da disposição legal. Se o que a lei veda é a abertura ilícita da coisa que representava a custódia, maior razão existe contra o emprego da chave subtraída ou achada, pois já é obtida criminosamente quer por ter sido furtada, quer por não ter sido devolvida ao dono.[54]

Na pesquisa realizada, apenas 5 processos tratavam da aplicação do princípio da insignificância no caso de furto qualificado pelo emprego de chave falsa, contando com 1 caso que também foi qualificado por rompimento de obstáculo. Como mostra o gráfico subsequente, em nenhum deles aplicou-se a insignificância.

Gráfico III – A insignificância no emprego de chave falsa



Fonte: Elaboração própria com dados retirados do STJ.

Não há muito o que discorrer sobre os dados colhidos na pesquisa de furto qualificado pelo emprego de chave falsa. Dos cinco acórdãos, 2 tratavam de subtração de alto valor por agentes reincidentes (AgRg no AResp 1464228/RS e o AgRg no AResp 623288/SP). No HC 439750/SP o valor dos bens avaliados em R$ 200,00 não foi considerado insignificante por corresponder a mais de 10% do salário mínimo vigente à época.

No HC 352821/SP o furto foi duplamente qualificado pelo rompimento de obstáculo e por emprego de chave falsa, o paciente era reincidente e ainda o valor da subtração foi de R$ 250,00 sem considerar-se os prejuízos advindos do conserto da

54 NORONHA Apud Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.* 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. P. 31.

porta do carro que foi danificada. Esses fatores afastaram o princípio da insignificância.

No caso julgado no AgRg no AResp 802478/MG, a subtração foi de um bem avaliado em R$ 20,00, valor correspondente a 5,26% do salário mínimo vigente à época e que foi devolvido à vítima. Entretanto, não se reconheceu aplicação da insignificância "em razão da maior reprovabilidade da conduta ilícita perpetrada, um dos pilares a ser considerado para a sua aplicação, o que não destoa da firme jurisprudência sedimentada nesta Corte".[55]

3.4.4 Concurso de duas ou mais pessoas

A qualificadora prevista no inciso IV, do § 4º do art. 155 do Código Penal é o concurso de duas ou mais pessoas. Para que haja concurso de pessoas é imprescindível que tenha o liame subjetivo entre os agentes, em outra palavras, têm de haver o vínculo psicológico que une os agentes na prática da mesma empreitada delitiva.

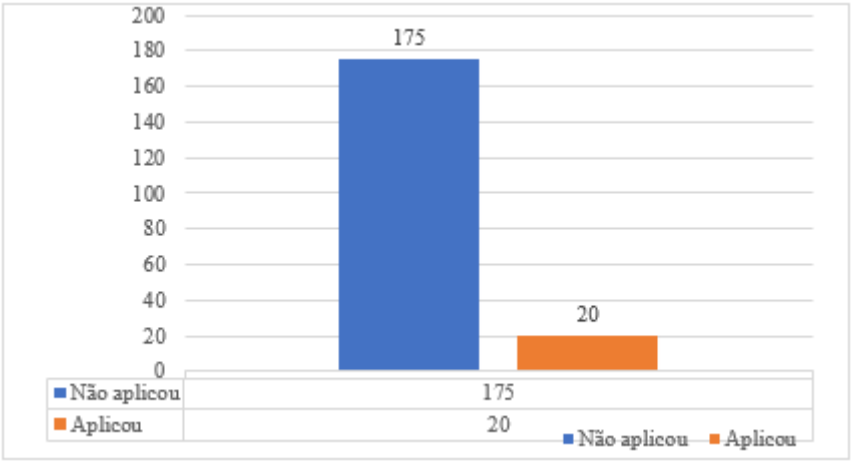
O concurso de pessoas para o caso do furto, só se configura quando duas ou mais pessoas, que, necessariamente, devem encontrar-se no local do crime[56]. Não se considera, portanto, agentes que não estavam no ambiente no momento da empreitada.

Na análise dos acórdãos, 175 trataram do princípio da insignificância em furtos praticados com concurso de duas ou mais pessoas. Entre eles, 20 aplicaram a insignificância por diversos fatores, assim é possível se observar no Gráfico IV.

55 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 802478/MG (2015/0274969-3). Agravante: Leonardo Oliveira Guedes. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 02/02/2016. Publicado no DJe: 10/02/2016. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502749693&dt_publicacao=10/02/2016> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

56 Bitencourt, Roberto. Tratado de Direito Penal, volume 3. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72.

Gráfico IV – A insignificância no concurso de dois ou mais agentes



Fonte: Elaboração própria com dados retirados do STJ.

O furto qualificado por concurso de agentes é a qualificadora com o maior número de aplicação do princípio da insignificância. No entanto, assim como nas outras qualificadoras, diversas são as questões que influenciam na decisão da aplicação ou não da insignificância.

Entre as 175 decisões que apreciaram o furto qualificado por concurso de agentes, 74 tratavam de valores que foram considerados relevantes. Há casos de variados valores como no ArRg no Resp 1479617/MS no qual os bens foram avaliados em R$ 683,00 e como no ArRg no AResp 209021/MG em que a subtração correspondeu ao valor de R$ 69,00.

Novamente a reincidência, os maus antecedentes e a habitualidade delitiva foram circunstâncias de grande importância e destacadas em 74 acórdãos. No AgRg no Resp 1490251/RJ os agentes em concurso subtraíram bens avaliados em R$ 18,00, contudo os réus eram reincidentes, o que acarretou na recusa da aplicação da insignificância. Em outro julgado, RHC 5026/MG, a paciente com auxílio de outra pessoa furtou duas garrafas de óleo da marca Nívea de um estabelecimento farmacêutico. Por ser reincidente em crimes patrimoniais decidiu-se pela condenação.

Por outro lado, há decisões que aplicaram a insignificância quando o furto foi qualificado por concurso de agentes e eram reincidentes. É o caso do RHC 70733/MG em que o paciente, em coautoria, subtraiu barras de chocolate e uma caixa de bombons, avaliadas em R$ 32,92, o mesmo possuía duas condenações por uso de drogas e ainda assim reconheceu-se a insignificância.

Interessante observar que nos acórdãos analisados, quando o concurso envolve menores de idade, não se aplicou o princípio, como no HC 287347/SP e no ArRG nos EDcl no RHC 83441/MG, no qual afirmou o Ministro que "[...] o crime é qualificado (CP, art. 155, § 4º, inc. IV), pois, para a sua prática, o réu contou com o auxílio de adolescente –, não há como afastar a tipicidade da conduta delituosa com fundamento no "princípio da insignificância".

Entre os casos que tem concurso de mais de dois agentes destaca-se o EResp 1609444/SP. Foram subtraídos produtos de higiene de valor correspondente a menos de 10% do salário mínimo vigente à época em concurso de 3 agentes, entretanto foi reconhecida a irrelevância para o direito penal nessas circunstâncias. Em contrapartida, no AgRg no Resp 1457973/MG, ocorreu o concurso de 3 agentes para a subtração de um botijão de gás e nesse acórdão não se reconheceu a insignificância. Essa incongruência entre as decisões em casos semelhantes demonstra a aparente falta de critério para avaliar a aplicação da insignificância.

Merecem atenção também o HC 360359/SC e ArRg no AResp 106189/MT. Em ambos, apesar do concurso de agentes, aplicou-se a insignificância uma vez que os bens subtraídos, duas placas de veículo no primeiro acórdão e uma folha de cheque não preenchida e não assinada no segundo, não possuíam valor algum no mercado.

3.5 Análise da pesquisa de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça

O princípio da insignificância é muito útil para o nosso sistema jurídico. O Direito Penal, em sua essência, não deve se ocupar de qualquer questão que envolve

lesão a bens jurídicos, cuja solução possa decorrer de outro ramo do Direito, restando para a esfera penal resguardar direitos fundamentais e bens jurídicos de grande valor.

Nesse viés, a insignificância se mostra como um instituto de política criminal que viabiliza mais justiça no Estado Democrático de Direito. Por outro lado, é um instituto muito abstrato, sem previsão legal e sem determinação jurisprudencial. Averígua-se que princípio da insignificância por si só já traz dificuldade na sua aplicação e consequentemente leva a uma insegurança jurídica, isto quando analisado em um crime específico, no caso, o furto qualificado, é mais evidente ainda.

Diante da pesquisa realizada, é possível perceber que a incidência da insignificância ainda é muito controversa, uma vez que em casos que aparentemente são semelhantes foram adotadas decisões diferentes, ora incidindo a insignificância, ora não, tudo isso devido a diversas questões que somente podem ser avaliadas no caso concreto, permitindo ao magistrado delinear os parâmetros para o julgamento da lide.

Mesmo com os vetores da mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada estabelecidos pelo STF, o entendimento do que é ofensivo, perigoso, reprovável e inexpressivo depende da convicção do magistrado para estabelecer seu sentido na análise do caso concreto.

Apesar disto, em face da pesquisa realizada pode-se retirar algumas situações que aparentam, mesmo que não sejam parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância, ser critérios que, em regra, são seguidos nos acórdãos.

Assim, além dos clássicos vetores criados pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça analisa outras questão relevantes para decidir sobre a atipicidade de condutas pela insignificância, tais como:

1. O valor da subtração: Ainda se usa muito o parâmetro de 10% do salário mínimo, o que é notável nos acórdãos não ser considerada insignificante a conduta quando o valor dos bens subtraídos perfaz mais de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos[57];todavia não é um critério fixo, há acórdãos que aplicam o princípio mesmo quando ultrapassado esse valor diante do caso concreto, como ocorreu no AgRg no Resp 160944/SP, no qual o valor correspondia a 14,74% do salário mínimo vigente à época. Além disso, é necessário observar as condições financeiras da vítima, por exemplo no ArRg no HC 255723, deixou-se de aplicar a insignificância porque a vítima era empregada doméstica. E ainda, em alguns casos, a condição do agente, pois no HC 360874/SC o paciente era um morador de rua, o que fez parte da argumentação para se aplicam o princípio.

2. Prejuízo decorrente da destruição ou rompimento de obstáculo: Digno de nota, o HC 240027 a questão de ser relevante adicionar ao valor da subtração os prejuízos advindos do arrombamento e no HC 362253/SP aplicou-se o princípio apesar do rompimento de obstáculo, por não ter danos advindos do rompimento.

3. Vida criminosa: A reincidência, maus antecedentes, a vida voltada para o crime e continuidade delitiva são critérios de suma importância. Como foi dito no AgRg no HC nº 269.474/MG, a reincidência é uma situação que demonstra a reprovabilidade do comportamento do agente, suficiente a embasar a incidência do Direito Penal como forma de coibir a reiteração delitiva, a fim de evitar que adote pequenos crimes patrimoniais como meio de vida.[58] Ainda é possível se afirmar que não se aplicaria o princípio da

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 849458/SP (2016/0031313-5). Agravante: Fabio Carvalho de Freitas. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Data de Julgamento: 15/03/2016. Publicado no DJe: 28/03/2016. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600313235&dt_publicacao=28/03/2016 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

58 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 269474/MG (2013/0126877-2). Agravante: Paulo Henrique de Menezes Bastos. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas. Relator: Min. Emerson Rodrigues da Silva. Data de Julgamento: 06/02/2014.

insignificância quando o agente é multirreincidente, como no caso do AgRg supracitado e ainda, se a reincidência trata de crimes patrimoniais ou específica, como no AgRg no HC 246784/RS e HC 398854/SC.

4. No que diz respeito a qualificadora do concurso de agentes, a presença de um menor inviabiliza a aplicação do princípio, como no AgRg no AResp 1073643/DF e no AgRg no EDcl no RHC 83441, no qual o Ministro entendeu que a presença de um menor evidencia maior gravidade das circunstâncias do caso concreto, por não caracterizar o reduzido grau de reprovabilidade da conduta.[59]

5. A amplitude da lesão: mesmo quando o valor é ínfimo, o princípio não se aplica quando se trata de bens que prejudicam uma comunidade local, foi o que ocorreu no HC 313.252/RJ, no furto de cabos telefônicos, em que foi decido que implica não apenas no prejuízo financeiro causado à empresa lesada, mas também, a um grande número de pessoas que, durante o período de reestruturação dos cabos, viu-se privada da utilização dos serviços de telefonia. E também no HC 311679/SC, caso em que os pacientes furtaram alimentos da dispensa de uma escola.

6. A finalidade dos objetos furtados: quando para usar drogas, mesmo que lícitas, não se aplica, como no HC 26553/SP em que os pacientes furtaram uma garrafa de bebida alcoólica e no HC 295378/MG na qual o objetivo do furto era vender o objeto para comprar entorpecentes. Por outro lado, no HC 40041/SP reconheceu-se a atipicidade por considerar os bens furtados para consumo próprio e não para comercializar.

Publicado no DJe: 18/02/2014. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301268772&dt_publicacao=18/02/2014 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso de Habeas Corpus nº 83441/MG (2017/0089331-6). Agravante: Paulo Cordeiro da Rocha. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 03/04/2018. Publicado no DJe: 13/04/2018. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700893316&dt_publicacao=13/04/2018> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

7. Continuidade delitiva: os crimes de furto praticados em continuidade delitiva demonstram a reprovabilidade do comportamento, motivo suficiente a embasar a incidência do Direito Penal,[60] é o que restou assentado no AgRg no AResp 119268/SP e, no mesmo sentido, entendeu-se no HC 238661/MG.

8. Patrimônio Público: não se reconhece a atipicidade quando se trata de furto de patrimônio público "por se tratar de conduta ousada, altamente reprovável e, portanto, relevante para o Direito Penal",[61] foi o decidido no HC 285259/SP e no HC 187634/MG.

À vista disso, mesmo com a dificuldade de aplicação, a insegurança jurídica do princípio da insignificância e dos vetores que foram encontrados nos acórdãos, o mais pertinente é destacar que a aplicação do princípio da insignificância depende da análise caso concreto. É o que se depreende em vários acórdãos examinados nessa pesquisa:

> A meu ver, o reconhecimento de tais pressupostos demanda o minucioso exame de cada caso sob julgamento, não se mostrando possível nem razoável a criação de estereótipos, tal como a fixação antecipada de valor aquém do qual se estaria diante da incidência do princípio, que é de caráter excepcional, mostrando-se de rigor a verificação cuidadosa da presença desses elementos para evitar a vulgarização da prática de delitos.[62]

60 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1192968/SP (2017/0266599-9). Agravante: Simone de Souza Pereira. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 01/03/2018. Publicado no DJe: 07/03/2018. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702665999&dt_publicacao=07/03/2018> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 285259/SP (2013/0416115-6). Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal de Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Andre Luiz da Cunha Pereira. Relator: Min. Ericson Maranho. Data de Julgamento: 20/08/2015. Publicado no DJe: 10/09/2015. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304161156&dt_publicacao=10/09/2015 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 188749/MG (2010/0198249-2). Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Juliano Rodrigo Xavier. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 10/06/2014. Publicado no DJe: 01/07/2014. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001982492&dt_publicacao=01/07/2014> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

E ainda no voto vencedor dos casos tratados no Informativo 771, na qual o Ministro Teori Zavascki afirmou que:

> O Judiciário não pode, com sua inação, abrir espaço para quem o socorra. É justamente em situações como esta que se deve privilegiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar em cada caso concreto a aplicação, em dosagem adequada, seja do princípio da insignificância, seja o princípio constitucional da individualização da pena.[63]

Em verdade, percebe-se que o desprezo de uma conduta que viola o tipo penal, como no furto qualificado, importa, ao menos formalmente, em operações mentais do magistrado como intérprete da vontade da lei e do sentido de justiça, ou seja, o que é ou não insignificante só se determina frente ao caso concreto após a análise do juiz das circunstâncias do fato.

4 CONCLUSÃO

Aprende-se na doutrina, e é ensinado nas faculdades de direito de todo o país, que o princípio da insignificância é aplicado quando se trata de casos cujo valor do bem furtado é considerado irrisório. Vários são os exemplos utilizados pelos doutrinadores e por professores para se explicar o princípio supracitado, como a subtração de uma caneta bic, um cadarço de tênis ou um clipe de papel. Entretanto, são situações que dificilmente ocorre na vida prática e não traduzem a real discussão dos fatos que se encontram na linha tênue de quando se aplica ou não a insignificância.

A presente pesquisa abordou vários temas a respeito da insignificância. Restou demonstrado que o princípio apresenta-se como um brocardo de política criminal, de um auxílio interpretativo, apoiado nos princípios da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da adequação social e da lesividade

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123533/SP. Paciente: Jéssica Taiane Alves Pereira. Impetrante: Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo. Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso. São Paulo. Data de Julgamento: 05/08/2015. Publicado no DJe: 18/02/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=123533&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 20 de agosto de 2018.

que elimina do campo penal, afastando a tipicidade material do crime, condutas que são irrelevantes e devem ser excluídas da rígida punição que o Direito Penal traz.

O trabalho apresentou ainda os vetores estabelecidos pelo STF para decidir se uma conduta merece a incidência do Direto Penal, buscando demonstrar os clássicos parâmetros que a jurisprudência do país utiliza no caso concreto. Depois da pesquisa feita, percebe-se que os vetores são de difícil identificação para sua utilização e ainda, que o entendimento do que é cada vetor depende da convicção do julgador na análise do caso concreto, fatos que contribuem para a diversidade de decisões.

A pesquisa jurisprudencial realizada pelo site do Superior Tribunal de Justiça demonstrou que da totalidade de 410 acórdão analisados, 39 aplicaram o princípio, isso representa 9,51% dos processos, depreendendo-se que poucas são as condutas que o Tribunal considera irrelevante penal.

Do entendimento do STJ a respeito da aplicação da insignificância ficou claro que no caso do crime de furto qualificado o valor ínfimo do bem não possui um valor fixo e que além da quantia subtraída, é importante observar as condições financeiras da vítima e do agente.

Percebe-se também que no caso da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo é importante levar em consideração os prejuízos advindos da destruição ou rompimento. Já no caso da qualificadora de agentes, não há um número certo de até quantos agentes permite-se a incidência da insignificância, por outro lado quando a empreitada envolve menores de idade o princípio não se aplica.

Além disso, verificou-se que na percepção do Superior Tribunal de Justiça na aplicação da insignificância no furto qualificado, além dos clássicos vetores criados pelo Supremo e o irrisório valor do bem subtraído, é imprescindível a análise da vida criminosa do agente, a amplitude da lesão patrimonial advinda da subtração, a finalidade dos objetos furtados, se o crime foi praticado em continuidade delitiva e ainda se o patrimônio furtado é público.

A pesquisa revelou que apesar de alguns critérios serem usados no momento da decisão pela aplicabilidade ou não da insignificância, não há como se chegar em parâmetros fixos que guiem o aplicador do direito e o levem a uma só conclusão, ou seja, não há como se estabelecer tópicos de requisitos que uma vez preenchidos levam a uma determinada solução e quando não preenchidos levam a outra. Dos diversos acórdãos analisados de furto qualificado, cada caso apresentou singularidades e circunstâncias que levaram a incidência ou não do princípio.

Diante de todos os dados colhidos na pesquisa e dos critérios que em regra foram aplicados nas decisões, conclui-se que devido à dificuldade de se estabelecer parâmetros objetivos para a aplicabilidade do princípio da insignificância, resta para o Judiciário analisar caso a caso as peculiaridades do caso concreto, de modo a construir-se a decisão, externando suficiente motivação do ato, as razões que levaram a escolher entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à justa aplicação do direito ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Roberto. Tratado de Direito Penal, volume 3. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A confusa exegese do princípio da insignificância*, *in:* Temas relevantes de direito penal e processual penal, Luiz Rascovski-coord., 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 697529/MG (2015/0095482-0). Agravante: Fabiano Pereira Geraldo. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 01/10/2015. Publicado no DJe: 07/10/2015. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500954820&dt_publicacao=07/10/2015> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 802478/MG (2015/0274969-3). Agravante: Leonardo Oliveira Guedes. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 02/02/2016. Publicado no DJe: 10/02/2016. Disponível em <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502749693&dt_publicacao=10/02/2016> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1076181/MG (2017/0074807-2). Agravante: Nilton de Oliveira. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. Data de Julgamento: 18/05/2017. Data da Publicação DJe: 26/05/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700748072&dt_publicacao=26/05/2017>. Acesso em 22/08/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 849458/SP (2016/0031313-5). Agravante: Fabio Carvalho de Freitas. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Data de Julgamento: 15/03/2016. Publicado no DJe: 28/03/2016. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600313235&dt_publicacao=28/03/2016 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1192968/SP (2017/0266599-9). Agravante: Simone de Souza Pereira. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 01/03/2018. Publicado no DJe: 07/03/2018. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702665999&dt_publicacao=07/03/2018> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 188749/MG (2010/0198249-2). Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Juliano Rodrigo Xavier. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 10/06/2014. Publicado no DJe: 01/07/2014. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001982492&dt_publicacao=01/07/2014> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 269474/MG (2013/0126877-2). Agravante: Paulo Henrique de Menezes Bastos. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas. Relator: Min. Emerson Rodrigues da Silva. Data de Julgamento: 06/02/2014. Publicado no DJe: 18/02/2014. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301268772&dt_publicacao=18/02/2014 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso de Habeas Corpus nº 83441/MG (2017/0089331-6). Agravante: Paulo Cordeiro da Rocha. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 03/04/2018.

Publicado no DJe: 13/04/2018. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700893316&dt_publicacao=13/04/2018> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 253804/MG (2012/0190773-4). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Alex Santana dos Santos. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 22/04/2014. Publicado no DJe: 30/04/2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201907734&dt_publicacao=30/04/2014 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 422030/SC (2017/0277438-7). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Antonio Marcos Alves. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Data de Julgamento: 08/02/2018. Publicado no DJe: 16/02/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702774387&dt_publicacao=16/02/2018 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 332040/SC (2015/0189429-0). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Emilson Martins Nunes. Relator: Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 15/12/2015. Publicado no DJe: 28/11/2017. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501894200&dt_publicacao=15/12/2015> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 442320/SP (2018/0067570-0). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Alexandre Aurelio. Data de Julgamento: 05/06/2018. Publicado no DJe: 12/06/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800675700&dt_publicacao=12/06/2018 >. Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 285259/SP (2013/0416115-6). Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal de Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Andre Luiz da Cunha Pereira. Relator: Min. Ericson Maranho. Data de Julgamento: 20/08/2015. Publicado no DJe: 10/09/2015. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304161156&dt_publicacao=10/09/2015 > . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 420024/SP (2017/0262552-3). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Lucas Goncanves Bicaa e Pedro Paulo Silva Rodrigues. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 21/11/2017. Publicado no DJe: 28/11/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702625523&dt_publicacao=28/11/2017> . Acesso em 18 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 21.750/SP (2002/0047586-5). Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Impetrado: Décima Primeira Câmera do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Anderson Rodrigo Ribeiro. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Data de Julgamento: 10/06/2003. Publicado no DJe:04/08/2003 p. 433. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200475865&dt_publicacao=04/08/2003>. Acesso em: 07 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 30358/SP (2003/0161487-7). Impetrante: Luiz Manoel Gomes Júnior. Impetrado: Segunda Câmera de Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Paciente: Flávio Rodrigues Mendes. Relator: Ministro Felix Fischer. Data de Julgamento: 28/04/2004. Data de Publicação: DJ 14/06/2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301614877&dt_publicacao=14/06/2004>. Acesso em 22/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 771. Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado -1. 18/12/2014. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo771.htm. Acesso em: 06 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123533/SP. Paciente: Jéssica Taiane Alves Pereira. Impetrante: Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo. Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso. São Paulo. Data de Julgamento: 05/08/2015. Publicado no DJe: 18/02/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=123533&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 20 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Impretado: Superior Tribunal de Justiça . Paciente: Bill Cleiton Cristovão Ou Bil Cleiton. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 19/10/2014. Data de Publicação DJe: 19/11/2014. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84412&c

lasse=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 22/08/2018.

FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Universitas Jus, v. 21, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal, parte geral – Teoria constitucionalista do delito. Volume 3. São Paulo: RT, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 12. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.* 16. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

OGLOBO. O Brasil é o 10º país mais desigual do mundo. Publicada em 21/03/2017. Disponível em < https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828 > Acesso em 01 de set. 2017.

SILVA, Ivan Luiz da. *O princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2011.

Ciências Criminais

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO PRÁTICA ABUSIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

João Víctor Borges Silva

RESUMO

O presente trabalho visa conceituar a prática da obsolescência programada, abordando sua origem histórica, e evolução de sua aplicação ao longo do tempo. Busca-se explorar sua tipologia, demonstrando suas diferentes formas de manifestação, quais sejam: a obsolescência de função, obsolescência psicológica e obsolescência de qualidade. Serão apontadas as implicações danosas causados pela referida prática, dentre os quais destacam-se os prejuízos ambientais gerados e a lesão a direitos básicos do consumidor. Seguidamente, irá debruçar-se sobre a configuração da relação jurídica de consumo, analisando cada um de seus elementos formadores. Serão retratados os institutos protetivos dos direitos do consumidor, presentes no ordenamento jurídico brasileiro, aptos a protegê-lo da abusividade da prática estudada, salientando princípios constitucionais e consumeristas, além de regras presentes no Código de Defesa do Consumidor. Em seguida, tratar-se-á do conceito e da forma de tratamento dada pelo ordenamento às práticas abusivas nas relações de consumo, analisando, posteriormente, a forma como os dispositivos anteriormente apresentados, são violados pela aplicação do artifício mercadológico objeto deste estudo, explicitando a abusividade contida em cada uma de suas modalidades.

Palavras-chave: Obsolescência Programada. Relações de Consumo. Práticas Abusivas. Abusividade. Direito do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo passou por inúmeras transformações ao longo do tempo, consolidando o consumismo que presenciamos atualmente. Dentre os inúmeros fatores que contribuíram para a consolidação desse modelo de consumo, a indústria, que antes era voltada ao atendimento de necessidades básicas e primárias

da sociedade, passou a centrar-se na produção de bens em larga escala, multiplicando as necessidades de forma artificial e instigando no consumidor um sentimento permanente de insaciabilidade e uma suposta necessidade de consumir. A manutenção dessa sociedade de consumo depende diretamente da utilização de artifícios como a obsolescência programada, que incita o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos.

A obsolescência programada consiste na redução artificial da durabilidade de um produto, produzindo-o de modo que venha a falhar ou perder sua utilidade num curto lapso temporal, muito antes do que razoavelmente se espera. Tal estratégia mercadológica se manifesta de diferentes formas nas relações de consumo, como forma de estimular o descarte e consumo repetitivo. Diante disso, faz-se necessário atentar para os efeitos nocivos causados por tal prática, que afetam o consumidor, violando alguns de seus direitos básicos.

Nesse sentido, partir-se-á da hipótese de que a obsolescência programada se revela como prática abusiva, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a violação a diversos institutos previstos na legislação destinados a proteção do consumidor e regulação das relações de consumo.

Com o objetivo de analisar a obsolescência programada em seus diferentes tipos, bem como as ferramentas de que dispõe o ordenamento jurídico para seu enfrentamento, o presente trabalho foi estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, primeiramente, busca-se, conceituar a referida prática, delineando seus aspectos históricos, características e formas de aplicação. Dessa forma, buscar-se-á, entender o surgimento da mencionada prática e sua gradativa implantação, passando por modificações ao longo do tempo. Para isso, serão abordadas diferentes tipologias, utilizadas para melhor explicar a prática em suas nuances, adotando uma delas no decorrer no trabalho para facilitar a compreensão acerca do tema. Num segundo momento, tratar-se-á dos efeitos causados pela prática da obsolescência programada, envolvendo as esferas econômica, social e ambiental.

Em seguida, no segundo capítulo, serão retratados os institutos presentes no ordenamento jurídico capazes de, oportunamente, afirmarem a abusividade da prática da obsolescência programada. Inicialmente, será demonstrada a formação das relações de consumo, discorrendo sobre o papel de cada um dos elementos que a compõe. Posteriormente, tratar-se-á dos princípios constitucionais pertinentes ao tema, incidentes sobre as relações de consumo, e, portanto, aptos a incidir sobre a prática supramencionada. Além disso, serão expostos princípios consumeristas que permeiam as relações de consumo, guardam relação com o tema central e são afetados pela prática da obsolescência programada. Finalmente, serão apontados e analisados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que, por serem descumpridos, constatam a abusividade da referida prática.

Por fim, no terceiro capítulo, primeiramente apresentar-se-á como são definidas as práticas abusivas e como estas são disciplinadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial pelo Código de Defesa do Consumidor. Logo depois, através da conceituação e contextualização feita no primeiro capítulo e da apresentação dos dispositivos relacionados ao tema, realizada no segundo capítulo, far-se-á uma análise da violação de tais dispositivos, explicitando como a prática da obsolescência programada, em seus diferentes tipos, ao ser utilizada, atenta contra os princípios constitucionais e consumeristas, além de descumprir regras de amparo ao consumidor, lesando direitos básicos deste, o que evidencia a seu caráter abusivo.

Para a realização desta análise, serão expostos entendimentos das Cortes nacionais em casos concretos, submetidos ao judiciário, os quais serão usados para demonstrar a abusividade da obsolescência programada, apresar de não estar expressamente prevista na legislação pátria, conforme vem entendo os órgãos julgadores.

Na realização do presente trabalho, será empregada a pesquisa bibliográfica, recorrendo a autores de renome e relevo, que se manifestaram a respeito do tema. Ademais, o presente estudo será feito a partir da análise conjunta de legislação e jurisprudência, utilizando os entendimentos dominante acerca do tema.

2 OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA, HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

A vida útil dos produtos é determinada por três fatores principais, quais sejam: sua composição física (a qualidade dos materiais empregados em sua fabricação); propósito funcional (a durabilidade da necessidade que visa atender), os cuidados em seu uso (o uso com vistas à conservação); e ainda a percepção comparativa de utilidade (capacidade do produto de atender às necessidades do usuário).[1]

É certo que todo e qualquer produto vai se tornar obsoleto em dado momento, porém, nem sempre isso ocorrerá de forma natural, uma vez que, se assim fosse, fornecedores teriam que esperar por longos períodos entre uma venda e outra para obterem novos lucros. Sob essa justificativa, práticas como a obsolescência programada são adotadas.[2]

Segundo o Comitê Econômico e Social Europeu (CESE), sobre o ciclo de vida dos produtos e informação do consumidor, a obsolescência é definida como:

> [...]a degradação de um material ou de um equipamento antes da sua deterioração material pelo uso (Dicionário: Le Petit Larousse) a ponto de perder valor e utilidade por razões independentes do seu uso físico, mas ligadas ao progresso técnico, à evolução dos comportamentos, à moda, etc.[3]

---

[1] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada:* desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 06 abr. 2018.

[2] VIO, Daniel de Ávila. *O Poder Econômico e a Obsolescência Programada de Produtos*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, Ano XLIII, n.133, janeiro-março de 2004, p. 193-194.

[3] COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. "*Por um consumo mais sustentável*: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida". CMMI/12. Ciclo de vida dos produtos e informação ao consumidor. Relator Thierry Libaert e Correlator Jean Pierre Haber. Bruxelas, 17 de outubro de 2013, p. 2. Disponível em:<https://dm.eesc.europa.eu/eesc/2013/_layouts/WordViewer.aspx?id=/eesc/2013/10001999/1904/ces1904-2013_00_00_tra_ac/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc&DefaultItemOpen=1&Source=http%3A%2F%2Fdm%2Eeesc%2Eeuropa%2Eeu%2Feescdocumentsearch%2FPages%2Fopinionsresults%2Easpx%3Fk%3Dciclo%2520de%2520vida>. Acesso em: 27 abr. 2018.

Quando ocorre a redução deliberada da vida útil de um produto, seja em seu processo de produção ou no período pós-venda, objetivando provocar o seu descarte antecipado, induzindo o consumidor a realizar uma nova compra, se está diante de um caso em que a obsolescência programada foi posta em prática.

Nesse sentido, Hildeliza Cabral e Maria Madalena Rodrigues trazem o entendimento de que:

> A obsolescência programada consiste na 'redução artificial da durabilidade de um bem de consumo, de modo a induzir os consumidores a adquirirem produtos substitutos dentro de um prazo menor e, consequentemente, com uma maior frequência, do que usualmente fariam'. Tal redução da durabilidade não se resume apenas a uma menor duração de um produto, mas também a perda ou redução de sua utilidade depois de determinado período de tempo.[4]

É importante diferenciar a simples obsolescência da obsolescência programada. A primeira, se trata da diminuição da vida útil de um produto por fatores naturais, o que é inevitável, enquanto a segunda, consiste na redução proposital da vida útil de um produto, causada por fatores externos, onde há ingerência do fornecedor, com o intuito de forçar a sua substituição.

Para Vance Packard, a obsolescência programada como estratégia mercadológica se popularizou e foi abertamente difundida no período pós-guerra, sendo enaltecida publicamente por grandes fornecedores e agentes governamentais da época. Para o autor o uso de tal estratégia como diretriz para a fabricação de produtos e principal influência nos hábitos do consumidor representava a verdadeira quintessência do espírito descartável.[5]

Packard, em sua obra intitulada "*The Waste Makers*", de 1961, destaca seis estratégias utilizadas nos Estados Unidos para a expansão do consumo desenfreado,

---

[4] CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. *A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e da tutela do consumidor*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_22860424_A_OBSOLENCIA_PROGRAMADA_NA_PERSPECTIVA_DA_PRATICA_ABUSIVA_E_A_TUTELA_DO_CONSUMIDOR.aspx>. Acesso em: 26 abr. 2018.

[5] PACKARD, Vance. *The waste makers*, 1961, p. 37.

quais sejam: a) induzir a compra de mais de uma unidade do mesmo produto, produzindo novas categorias deste, para estimular aqueles que já o possuem a adquirirem outros, como é o caso dos produtos diferentes para homens e mulheres que realizam as mesmas funções; b) promover o descarte de produtos para que novos sejam adquiridos; c) facilitar o acesso ao crédito com vistas à fomentar o consumo; d) ofuscar o valor real dos produtos, omitindo do consumidor informações determinantes para suas decisões de consumo; e) estimular o amor pela posse de bens materiais como forma de obter prazer momentâneo, contribuindo para uma sociedade hedonista; f) influir no crescimento populacional, que tem por consequência o aumento no número de consumidores.[6]

Segundo Paul M. Mazur, a obsolescência programada surgiu como um novo "Deus" do consumo para a indústria norte-americana, uma vez que o simples desgaste natural dos produtos era muito lento para movimentar sua crescente economia, fazendo-se necessário o novo "Deus", capaz de acelerar a busca por novos bens.[7]

A análise da origem e conceito da obsolescência programada remete justamente aos Estados Unidos, grande responsável pela criação e desenvolvimento desta prática, à qual deve grande parte de seu sucesso econômico.

O primeiro documento que tratou abertamente sobre o tema foi o texto intitulado de "*Ending the depression through planned obsolescence*" escrito por Bernard London em 1932. O texto propunha soluções à crise de 1929, que assolava os Estados Unidos. Com a depressão, a sociedade de consumo se estagnou e o desemprego alcançou níveis alarmantes, fazendo com que as pessoas deixassem de consumir para procurarem emprego. London então percebeu que a única saída para a

[6] PACKARD, Vance. *The waste makers*, 1961, p. 30-105.
[7] MAZUR, Paul M. *American prosperity*: its causes and consequences. London: Jonathan Cape. 1928, p. 28.

crise seria o aumento da produção, eliminando o desemprego, gerando renda e renovando a economia.[8]

Para London, em períodos de crises econômicas, as pessoas desobedecem a lei da obsolescência programada, usando produtos como roupas, carros e eletrodomésticos por longos períodos, acima do que normalmente usariam em tempos de estabilidade econômica. Isso faz com que a economia sofra impactos negativos, pois apesar de dispor de mão de obra e matéria prima, não há demanda para a venda de novos produtos, já que as pessoas evitam o consumo.[9]

London propôs então que a obsolescência programada se tornasse compulsória, por meio de lei, determinando uma data de validade para todos os tipos de produtos, que após essa data deveriam ser considerados legalmente mortos e destruídos por alguma agência governamental, mesmo que ainda estivessem em pleno funcionamento. Dessa forma, London acreditava que seria possível reaquecer a economia, criando mercado para novos produtos, demanda para novos empregos e consequentemente gerando lucros. Foi a primeira vez que o termo "obsolescência programada" veio a público por escrito, mas a ideia de London não seguiu adiante e a obsolescência compulsória não vigorou.[10]

Brook Stevens, renomado designer e industrial americano, é tido como um dos percursores da obsolescência programada como é vista atualmente. Segundo Steven, a obsolescência programada consiste em "instigar no comprador o desejo de possuir algo um pouco mais novo, um pouco melhor e um pouco mais rápido que o

[8] DANNORITZER, Cosima. *Comprar, tirar, comprar*: a história secreta da obsolescência programada. Documentário. Espanha: Arte France – Televisión Española, Televisión de Catalunya em coprodución com Article Z media 3.14, 2010. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>. Acesso em: 25 abr. 2018.

[9] DANNORITZER, Cosima. *Comprar, tirar, comprar*: a história secreta da obsolescência programada. Documentário. Espanha: Arte France – Televisión Española, Televisión de Catalunya em coprodución com Article Z media 3.14, 2010. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>. Acesso em: 25 abr. 2018.

[10] DANNORITZER, Cosima. *Comprar, tirar, comprar*: a história secreta da obsolescência programada. Documentário. Espanha: Arte France – Televisión Española, Televisión de Catalunya em coprodución com Article Z media 3.14, 2010. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>. Acesso em: 25 abr. 2018.

necessário" dessa forma, o foco estaria em criar produtos "programados para o lixo", a fim de aumentar a demanda, resultando em lucro para seus clientes, os fabricantes.[11]

Há ainda produtos cuja obsolescência é programada para ocorrer quase que instantaneamente, como é o caso dos produtos descartáveis. Produtos como fraldas descartáveis, absorventes e até utensílios de cozinha descartáveis atraem o consumidor por sua praticidade, pois podem ser usados uma única vez e depois descartados, sem gerar maiores preocupações com limpeza ou manutenção. No entanto, os danos causados ao meio ambiente com a quantidade de produtos descartáveis que é descartada de forma indevida trazem preocupações quanto ao uso destes, que tende a crescer, uma vez que, atualmente as pessoas têm cada vez menos tempo para dedicarem à manutenção de produtos duráveis, dando preferência geralmente à utilização de descartáveis.[12]

A durabilidade de um produto não deve ser pensada apenas em seu aspecto material, do degaste ou quebra, mas também nos aspectos: funcional e psicológico. Um bem desatualizado em relação aos lançamentos no mercado perde utilidade ou deixa de ser atrativo ao consumidor. Por isso, pode se dizer que a obsolescência programada se manifesta de diferentes formas e estas serão melhor tratadas a seguir.

Percebe-se então que a obsolescência programada foi pensada inicialmente como uma prática benéfica à sociedade, isto é, como uma saída para a crise econômica que atingiu os Estados Unidos em 1929. Porém, com o passar dos anos, foi sendo aperfeiçoada até se tornar um artifício mercadológico, utilizado por grandes fornecedores de produtos com vistas a maximizar seus ganhos por meio da produção e escoamento constante de produtos. Nesse contexto, à de se notar as consequências trazidas pela adoção de tal estratégia, sendo algumas destas nocivas no âmbito social, cultural e ambiental da sociedade de consumo.

---

[11] SLADE, Giles. *Made to Break* – Technology and Obsolescence in America. First Harvard University Press Paperback edition, 2006, p. 151-153.

[12] LEONARD, Annie. *A história das coisas*: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 142.

2.1 Tipologia da obsolescência programada

A obsolescência programada passou por transformações e vem sendo utilizada de diferentes formas até os dias atuais. Diferentes autores ao longo da história buscaram conceituar e classificar a obsolescência, conforme é aplicada nos inúmeros produtos existentes no mercado e nas diferentes relações de consumo contemporâneas.

O CESE sobre o ciclo de vida dos produtos e informação do consumidor traz importante classificação distinguindo as formas que a obsolescência programada assume, sendo elas: a obsolescência programada em sentido estrito, que consiste em projetar um produto com vida útil reduzida, introduzindo nele, se necessário, dispositivo interno que atenda a este fim, causando pane após determinado tempo de uso; a obsolescência indireta, entendida como a impossibilidade de reparação de um produto, que é projetado de forma a impedir a sua reparação, ou pelo alto custo do serviço ou componentes necessários à esta; a obsolescência por incompatibilidade que está ligada aos programas informáticos, que tendem à deixar de funcionar após alguma atualização do sistema; e por fim, a obsolescência psicológica, diretamente ligada à publicidade e ao marketing, que visam tornar os produtos ultrapassados na mente do consumidor, induzindo-o a obter o modelo mais recente.[13]

Vance Packard expõe e critica as técnicas utilizadas pela indústria americana para estimular o consumo em massa. Em relação ao tema, Packard também desenvolve sua tipologia, descrevendo três maneiras diferentes pelas quais os produtos podem se tornar obsoletos, são elas: a obsolescência de função, que ocorre quando um produto se torna obsoleto em razão de outro, que realiza melhor a

[13] COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. "*Por um consumo mais sustentável*: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida". CMMI/12. Ciclo de vida dos produtos e informação ao consumidor. Relator Thierry Libaert e Correlator Jean Pierre Haber. Bruxelas, 17 de outubro de 2013, p. 2. Disponível em:<https://dm.eesc.europa.eu/eesc/2013/_layouts/WordViewer.aspx?id=/eesc/2013/10001999/1904/ces1904-2013_00_00_tra_ac/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc&DefaultItemOpen=1&Source=http%3A%2F%2Fdm%2Eeesc%2Eeuropa%2Eeu%2Feescdocumentsearch%2FPages%2Fopinionsresults%2Easpx%3Fk%3Dciclo%2520de%2520vida>. Acesso em: 28 abr. 2018.

função, ter sido lançado; a obsolescência de qualidade, que se manifesta quando um produto é projetado para se desgastar ou deixar de funcionar pouco tempo após a sua aquisição e muito antes do previsto pelo consumidor; e a obsolescência de desejabilidade ou psicológica, que se refere à alteração no estilo do produto, tornando-o mais atrativo e almejado que o modelo antigo, nesse tipo não há grandes inovações tecnológicas ou funcionais no produto, alteram-se apenas aspectos estéticos, como o design, despertando no consumidor o desejo pelo novo modelo em detrimento do antigo geralmente em pleno funcionamento.[14]

Portanto, percebe-se que há semelhanças entre as diferentes tipologias citadas, porém não há consenso sobre o tema. Cada tipologia apresentada parte de como os autores interpretam os fatores objetivos (técnicos) e subjetivos (moda e inovações nos produtos) da obsolescência programada. Além disso, a obsolescência programada molda-se também a partir do comportamento dos consumidores. Por ser mais sintética em relação à tipologia elaborada pelo CESE, além de descrever com maior exatidão as formas de obsolescência programada presentes nas relações de consumo contemporâneas, será adotada a tipologia de Vance Packard no decorrer deste trabalho.

As diferentes formas de obsolescência, como mencionado anteriormente, são reiteradamente utilizadas pelos fornecedores no mercado de consumo desde a década de sessenta, e é certo que sofreram modificações desde então, para se adaptarem ao dinamismo do mercado contemporâneo, e continuam sendo aplicadas atualmente, em prol da manutenção e sucesso das empresas em meio à forte concorrência.

Entretanto, os vários efeitos negativos trazidos pela prática da obsolescência programada em vários âmbitos, como já abordado, não podem ser ignorados. Não só no Brasil como em todo o mundo esse cenário tem causado preocupação e exige maior atenção do Poder Público. Países como França e Bélgica tem se movimentado pela criação de soluções para o problema, como se pode depreender do CESE sobre o ciclo de vida dos produtos e informação do consumidor.

[14] PACKARD, Vance. *The waste makers*, 1961, p. 38.

No que tange ao consumidor, negligencia-se a preocupação com a parte mais vulnerável da relação de consumo, importante agente regulador do mercado e dotado de expectativas e direitos, que é relegado a um papel de mero coadjuvante na busca pela maximização de lucros.

Desse modo, valendo-se da tipologia de obsolescência programada elaborada por Vance Packard, por dispor de melhor sintetização em relação à tipologia criada pelo CESE, passa-se à análise detalhada de cada tipo de obsolescência, a fim de compreender como são aplicadas na prática.

2.1.1 Obsolescência de função

A obsolescência de função caracteriza-se pelo lançamento de novo produto no mercado, que executa melhor a função dos produtos antigos. Ou seja, o produto revela-se obsoleto quando comparado a outro que se destina a cumprir as mesmas funções. Essa modalidade de obsolescência programada está relacionada ao avanço tecnológico, que permite que sejam inseridos no mercado, produtos aperfeiçoados por novas tecnologias, que oferecem maior eficiência e melhor desempenho, moldando e impulsionando a sociedade de consumo contemporânea.

Para Leonard, a obsolescência de função ou tecnológica distingue-se da obsolescência de qualidade, pois naquela há de fato uma inovação tecnológica que agrega funcionalidade ao novo produto, como no caso do telefone, que substituiu o telégrafo, trazendo um enorme acréscimo de praticidade e inovação. Enquanto que os modernos celulares são alvos da obsolescência de qualidade, já que geralmente não estão tecnicamente obsoletos quando são descartados, sua vida útil é reduzida deliberadamente para que dure em média um ano.[15]

Para Zambon, essa espécie de obsolescência pode ser percebida como o artifício utilizado por fornecedores de produtos em meio a um ambiente de ampla

[15] LEONARD, Annie. *A história das coisas*: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 142.

concorrência, em que a inovação trazida por um produto o diferencia de seus demais concorrentes, satisfazendo as necessidades do consumidor e tornando-o atrativo. Assim, para sobreviver em um mercado tão abundante em opções para o consumidor, é preciso introduzir novidades nos produtos periodicamente. Porém, apesar de isso agregar valor tanto para quem produz quanto para quem consome, tem-se também efeitos negativos.[16]

Utterback cita o processo de estabilização das inovações radicais, isto é, passado algum tempo da disponibilização de um produto no mercado, este se consolida e seu projeto se padroniza, aproximando-o de uma '*comodittie'* e fazendo com que todos os produtos daquele gênero sejam fabricados de forma muito parecida. É o que ocorre, por exemplo, com os carros, que tem um projeto estável, que sofre poucas alterações radicais. As funções-chave de um carro são quase que unanimidade entre fabricantes e consumidores, e aqueles que não fornecem tais funções em seus produtos não são capazes de sobreviver em meio à concorrência. Assim, para se sobressaírem num mercado de acirrada competição, os fornecedores são obrigados a promoverem inovações circunstanciais em seus produtos com o objetivo de ofuscar seus concorrentes.[17]

Slade cita a competição entre Ford e General Motors na década de 1920 como fato percursor para a utilização da obsolescência programada como estratégia de mercado. Henry Ford e Alfred Sloan, ambos líderes das respectivas montadoras à época tinham concepções muito diferentes de como desenvolver seus produtos e se portar no mercado.

A Ford tinha o modelo T, que se destacava por sua durabilidade e preço acessível, o que fez com que a montadora se mantivesse soberana e vencesse a concorrência por anos. Contudo, o modelo T se tronou um problema para a empresa,

---

[16] ZAMBON, Antônio Carlos et al. *Obsolescência acelerada de produtos tecnológicos e os impactos na sustentabilidade da produção*. RAM, Rev. Adm. Mackenzie, São Paulo, v. 16, n. 4, p. 231-258, ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712015000400231>. Acesso em: 27 abr. 2018.

[17] UTTERBACK, James M. *Mastering the Dynamics of Innovation*. Harvard Business School Press, 1996, p. 92.

devido à sua enorme durabilidade. O automóvel durava cerca de oito anos, mais tempo que qualquer outro modelo lançado na época, o que adiava o consumo repetitivo. Ainda assim, Henry Ford permanecia firme em suas convicções de manter a qualidade do produto, não diminuindo sua vida útil ou tornando-o obsoleto intencionalmente a fim de estimular o consumo frequente. Ford era tido como um engenheiro de valores antiquados, por sua preocupação com a durabilidade de seus produtos e em seus discursos dava a entender que seu objetivo era, realmente, fabricar carros que durassem para sempre. Tal posicionamento atraiu uma massa de clientes fiéis, que mantiveram sua marca no topo por longos anos. Em seu tempo, Ford foi inflexível contra a obsolescência desnecessária, não tendo muito interesse na competição e sim na integridade de seus produtos.[18]

Por outro lado, Alfred Sloan fazia parte de uma nova geração de engenheiros, os quais compartilhavam a noção de que a obsolescência de função era inevitável. Sloan assumiu a GM em meio ao caos, se viu à frente de uma empresa desorganizada e inofensiva diante da sua maior concorrente, a Ford. Sloan tinha em mente que o dinamismo da economia capitalista tornava a obsolescência de função inevitável, uma vez que era preciso incrementar os produtos com novas tecnologias para permanecer competitivo, sendo impossível frear o desenvolvimento tecnológico que originava produtos mais eficientes e atrativos.[19]

O surgimento de inovações revolucionárias como o telefone, rádio, aviões e os primeiros aparelhos elétricos asseguravam esse raciocínio. Neste cerne, Sloan tratou de introduzir nos automóveis da GM, inovações que os diferenciassem de seus concorrentes, tornando-os mais funcionais e atrativos. Assim, Sloan contratou Kettering, o responsável por patentear o motor de partida elétrico em 1913, o que mudou a indústria automobilística para sempre, tornando os modelos antigos obsoletos. Kettering planejava produzir um novo tipo de motor que chamava de

[18] SLADE, Giles. *Made to Break* – Technology and Obsolescence in America. First Harvard University Press Paperback edition, 2006, p. 29-33.
[19] SLADE, Giles. *Made to Break* – Technology and Obsolescence in America. First Harvard University Press Paperback edition, 2006. p. 33-34.

"*copper-cooler engine*". A GM então fabricou modelos com o novo motor, mas foi alvo de muitas reclamações dos consumidores sobre ruídos e diversos problemas mecânicos nos carros, o que fez com que a montadora encerrasse a produção dos modelos.[20]

Mais tarde, ao aperfeiçoar suas noções de obsolescência, Sloan percebeu que existem estratégias mais simples, que demandam menos tempo e custos, para alavancar as vendas da empresa e vencer a concorrência. A mudança no estilo do produto revelou-se mais rápida e barata do que as inovações tecnológicas, o que se traduz na obsolescência psicológica, que será melhor abordada posteriormente.[21]

Assim, percebe-se que a obsolescência de função é a mais trabalhosa dentre as modalidades de obsolescência programada, considerando-se que as inovações tecnológicas exigem tempo e investimentos altos para que sejam desenvolvidas e introduzidas nos produtos. Por isso, geralmente, fornecedores de produtos e serviços optam por outras formas de obsolescência, pelos seus efeitos mais céleres e menores custos. Apesar disso, pode-se dizer que a obsolescência de função é a modalidade mais louvável dentre as existentes, já que incluem novas funcionalidades nos produtos, tornando-os mais úteis e práticos, contribuindo efetivamente para os consumidores que irão utilizá-los.

No entanto, nem sempre as novas tecnologias que incrementam os produtos trazem de fato mais eficiência e melhor desempenho no uso deste. Muitas vezes, as inovações tecnológicas são utilizadas como pretexto para o lançamento de novos produtos que não apresentam nenhuma nova funcionalidade que seja realmente útil. Incrementar o produto com novas funcionalidades não significa que estas serão úteis ao consumidor, sendo que, usualmente, tais inovações são utilizadas somente para aumentar o valor de venda do bem e não o seu valor funcional.

---

[20] SLADE, Giles. *Made to Break* – Technology and Obsolescence in America. First Harvard University Press Paperback edition, 2006. p. 35.

[21] SLADE, Giles. *Made to Break* – Technology and Obsolescence in America. First Harvard University Press Paperback edition, 2006. p. 36.

Faz-se importante mencionar os casos em que os fornecedores de bens, já dispõem de inovações tecnológicas suficientes para serem lançadas em uma das versões de seu produto, mas preferem retardar o lançamento de algumas destas inovações, disponibilizando-as em versões posteriores do mesmo produto, tornando a versão anterior obsoleta e estimulando sua substituição pela mais recente.

Como exemplo ilustrativo da hipótese abordada, frisa-se uma demanda judicial envolvendo a *Apple*. Na referida ação o Instituto Brasileiro de Política de Direito da Informática (IBDI), ajuizou ação coletiva por prática comercial abusiva, acusando a empresa de utilizar estrategicamente a obsolescência programada no lançamento do *ipad4*. De acordo com o Instituto, a *Apple* lançou a nova versão do aparelho muito antes do que se esperava, apenas um ano e sete meses depois do lançamento do *ipad3*, sendo que o intervalo entre os lançamentos da primeira e segunda gerações foi de dois anos e quatro meses. O IBDI argumenta que os consumidores que compraram o *ipad3* foram lesados, uma vez que as inovações trazidas pela quarta versão, um novo processador, novo conector e câmera melhor, poderiam ter sido lançadas já na terceira versão. Além disso, o Instituto afirma que a Apple iludiu seus consumidores, que pensaram estar adquirindo um aparelho de ponta, que na verdade já se tornaria obsoleto em pouquíssimo tempo.[22]

Acerca da obsolescência de função, Silva destaca:

> [...] frequentemente consumidores adquirem veículos tipo fora-de-estrada, e nunca viajam por estradas não-pavimentadas, ou pessoas que não sabem nadar compram relógios de mergulho resistentes a 200 metros de profundidade, revelando que aspectos subjetivos estão presentes mesmo no processo de obsolescência tecnológica. Mas é inegável que o progresso tecnológico tende a oferece maior conforto para o usuário e, em alguns casos, o produto atualizado impacta menos o meio ambiente que seu

[22] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada*: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 06.

> predecessor, reduzindo o débito ambiental provocado pela substituição prematura.[23]

Nesse sentido, para Silva, a obsolescência de função talvez seja, de fato, a forma mais ética de estimular o consumidor a adquirir um novo produto, por ser superior, em termos de desempenho, ao que já tinha. Porém, está longe de ser inquestionável, pois manipula a influência que as novas tecnologias exercem sobre o consumidor. É questionável, por exemplo, a necessidade de se aplicar uma inovação em um produto que já cumpre as funções á que se destina. Notoriamente, poucos usuários conhecem todas as funções oferecidas por seu celular, fazendo com que os produtos, que encarecem a cada novo lançamento, sejam cada vez mais subutilizados.[24]

2.1.2 Obsolescência psicológica

A obsolescência psicológica, também chamada de obsolescência de desejabilidade, ocorre quando um produto ou serviço em perfeito funcionamento passa a ser considerado obsoleto, devido ao surgimento de uma nova versão, que conta com alguma modificação em seu estilo. Ressalta-se, que o produto tido como obsoleto não se desgastou ou deixou de cumprir com suas funções, apenas tornou-se menos desejável aos olhos do consumidor.

Nesse sentido, a obsolescência psicológica pode ser encarada como uma estratégia para o estímulo do consumo repetitivo, provocando no subconsciente do consumidor a sensação de insatisfação constante, e induzindo-o a acreditar que a

[23] SILVA. Júlio C. Augusto da. *Aspectos subjetivos do consumo e implicações no impacto ambiental*. In: I ENCONTRO DE SUSTENTABILIDADE EM PROJETO – ENSUS, 2007, Santa Catarina. Anais. p. 01-08. Balneário Camboriú: 2007. Disponível em: <http://ensus2007.paginas.ufsc.br/artigos-ensus-2007/>. Acesso em: 01 mai. 2018.

[24] SILVA. Júlio C. Augusto da. *Aspectos subjetivos do consumo e implicações no impacto ambiental*. In: I ENCONTRO DE SUSTENTABILIDADE EM PROJETO – ENSUS, 2007, Santa Catarina. Anais. p. 01-08. Balneário Camboriú: 2007. Disponível em: <http://ensus2007.paginas.ufsc.br/artigos-ensus-2007/>. Acesso em: 01 mai. 2018.

felicidade está em descartar produtos ultrapassados e adquirir novos, pois sempre há espaço para mais, fomentando a cultura do excesso e do desperdício.[25]

Desta forma, essa modalidade de obsolescência se dá por meio de alterações no design do produto, desvalorizando os produtos anteriores prematuramente, sob um ponto de vista emocional. Não há nenhuma melhora significativa no produto sob o ponto de vista técnico, muda-se somente seu estilo ou aparência, estimulando no consumidor o desejo pelo novo. O consumidor passa a sentir-se desconfortável ao utilizar um produto que se tornou defasado, em virtude de um novo com design mais moderno ter sido lançado.[26]

Annie Leonard cita exemplos de produtos alvos da obsolescência psicológica, que comumente estão presentes em nosso cotidiano e são, em grande parte, ligados à moda:

> O comprimento sempre em mutação na barra das saias e nos vestidos; os saltos largos que estão em voga e logo são substituídos por escarpins finíssimos na temporada seguinte; a largura das gravatas masculinas; a cor da moda para celulares, iPods, torradeiras, batedeiras, sofás e até armários de cozinha: todos esses produtos funcionam com obsolescência percebida em ação.[27]

A obsolescência psicológica, é a forma mais rápida e simples de obsolescência. Segundo Paul M. Mazur, "O estilo pode destruir completamente o valor das posses mesmo quando sua utilidade permanece inalterada"[28]. Os

---

[25] SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. *A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder*: Perspectivas jurídicas do consumismo. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. p. 1771-1786. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252/18870>. Acesso em: 01 mai. 2018.

[26] SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. *A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder*: Perspectivas jurídicas do consumismo. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. p. 1771-1786. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252/18870>. Acesso em: 01 mai. 2018.

[27] LEONARD, Annie. *A história das coisas*: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 143.

[28] MAZUR, Paul M. *American prosperity*: its causes and consequences. London: Jonathan Cape. 1928. apud CORNETTA, William. *A obsolescência como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos e a fragilidade do CDC para combater esta*

fornecedores nem sempre podem esperar por grandes avanços tecnológicos que criem produtos realmente melhores, pois estes geralmente levam muito tempo para serem desenvolvidos. Por isso, inserem algo novo ou fazem alterações meramente superficiais nos produtos, como é o caso da mudança de design, com o objetivo único de incitar o consumo e garantir mercado.

Existem dois fatores que desempenham papéis centrais nesse tipo de obsolescência, o design e a publicidade. O design é responsável por oferecer uma sensação de mudança ao consumidor, tornando o produto desejável esteticamente, e condicionando-o a aderir à nova tendência que foi criada. Já a publicidade, é determinante para o sucesso do novo produto, pois é a responsável por aproximá-lo do consumidor, expondo-o e tornando-o desejável. Por meio da publicidade fabricam-se necessidades, criando uma demanda que não existia, ao persuadir o consumidor a substituir seus bens cada vez mais rápido, levando-o a acreditar que realmente precisa consumir.

Annie Leonard entende que atualmente publicitários agem juntamente com psicólogos, neurocientistas e consumidores bem-informados com o intuito de nos causar mal-estar com o que temos ou com o que não temos nos instigando a comprar novos produtos para recuperar o sentimento de bem-estar. A autora cita ainda que a publicidade identifica as crianças como grandes oportunidades, por serem muito suscetíveis à estímulos visuais, tornando-se leais a marcas desde muito cedo. Ao serem questionadas sobre a abusividade de sua publicidade infantil as empresas afirmam que é dever dos pais supervisionar o que seus filhos assistem, mas a autora argumenta que é impossível impedir que as crianças consumam publicidade, já que estão em todas as plataformas possíveis.[29]

---

prática. 2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19874/2/William%20Cornetta.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018, p. 52.

[29] LEONARD, Annie. *A história das coisas*: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 144-145.

Assim, Agostinho Pereira e Cleide Calgaro atentam para técnicas de publicidade e marketing prejudiciais ao consumidor, ainda que este não tenha noção de que está sendo alvo destas:

> [...] no afã econômico dos fornecedores para que o consumidor consuma bens e serviços, aqueles utilizam-se de técnicas que induzem e espetacularizam (seja pelo marketing ou pela publicidade) bens e serviços, tornando o consumidor suscetível a condutas previamente perniciosas de consumo, sem mesmo ter percepção disso. Portanto, o consumidor pode ser facilmente atacado em sua livre manifestação de vontade e relativamente à determinação de suas prioridades e necessidades.[30]

O consumidor utiliza a publicidade como principal fonte de informações sobre os produtos que visa consumir. No entanto, fica propenso a violações a seus direitos, uma vez que, a publicidade está voltada muito mais à promoção da venda de um produto do que a informar o consumidor e conferir a ele pleno conhecimento sobre o que está consumindo. Sendo assim, a tentativa de vender o produto a qualquer custo pode suprimir informações cruciais sobre este.[31]

Diante deste cenário, os fornecedores tentam se eximir da responsabilidade pela obsolescência psicológica, atribuindo-a ao próprio consumidor, sob o argumento de que é ele quem escolhe descartar seus produtos ainda em funcionamento para adquirir novos, não se tratando de um artifício mercadológico danoso. Porém, percebe-se que apesar do consumidor ser livre para optar por quais produtos irá consumir, há sim ingerência dos fornecedores, induzindo o consumidor ao descarte e posterior consumo de novos produtos, se valendo de publicidades muitas vezes supérfluas que promovem o produto, mas não oferecem informações

---

[30] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista*: Políticas públicas de educação para o consumo sustentável. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, 69-92, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/fb2d5e70eb477493b1590ed4401d8276.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018.

[31] BENJAMIN. Antonio Herman de Vasconsellos e. *O controle jurídico da publicidade*. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, vol. 3, p. 01-44, abr. 2011b. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 03 mai. 2018, p. 30-31.

úteis e suficientes sobre o funcionamento e qualidade deste, que poderiam influenciar o consumidor em sua tomada de decisão.[32]

2.1.3 Obsolescência de qualidade

A obsolescência de qualidade consiste na técnica de fabricar produtos já estabelecendo o término de sua vida útil. Pode se dar de diferentes formas, sendo que as mais comuns são: a fabricação com materiais de resistência inferior que levam ao desgaste prematuro do bem, reduzindo sua durabilidade; e a impossibilidade de realizar reparos no produto quando este apresenta alguma falha, seja pela inexistência de peças de reposição ou pelo alto preço destas e do serviço de reparação, o que induz o consumidor à compra de um novo produto, estimulando assim a produção e o consumo em série.

Sabe-se que naturalmente todos os produtos se degastam com o tempo, conforme são usados, e que fatalmente se tornarão obsoletos em um dado momento. Porém, o que ocorre com a prática da obsolescência programada é a aceleração deste processo, quando o fornecedor age deliberadamente em prol do encurtamento da vida útil dos produtos que disponibiliza no mercado, ludibriando o consumidor, que tem suas expectativas frustradas ao comprar certo bem esperando que dure por um prazo razoável, mas, que na prática apresenta falhas dentro de um curto espaço de tempo após sua compra.

Um exemplo ilustrativo da prática da obsolescência de qualidade é o do Cartel de Phoebus. A lâmpada, logo que foi inventada em 1871, tinha duração de cerca de 1.500 horas de iluminação média. Já em 1924, nos Estados Unidos, após esforços em pesquisa e desenvolvimento, a lâmpada já atingia a duração média de 2.500 horas. Os constantes avanços na durabilidade das lâmpadas fizeram com que

[32] SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. *A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder*: Perspectivas jurídicas do consumismo. Revista Quaestio Iuris, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. p. 1771-1786. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252/18870>. Acesso em: 01 mai. 2018.

os consumidores acreditassem que os anos seguintes seriam promissores, com o número de horas de durabilidade do produto evoluindo à passos largos, o que na verdade não ocorreu.[33]

O crescente aumento na durabilidade das lâmpadas, apesar de exaltado pelos consumidores, era prejudicial aos grandes fornecedores, já que retardava a ida do consumidor ao mercado, uma vez que os produtos permaneciam úteis por longos períodos. Assim, em 1924, os principais fabricantes de lâmpadas do mundo, tais como a Osram, General Electric, Tungsram e Philips, teriam se reunido em Genebra, a fim de firmar um acordo, impondo limitações aos critérios de qualidade até então adotados.[34]

Foi decidido que, embora as lâmpadas pudessem ser fabricadas para durar mais, a partir daquele momento só seriam produzidas para durarem 1.000 horas. O Cartel objetivava reaquecer o mercado, realizando uma espécie de controle de qualidade às avessas, padronizando o produto oferecido e eliminando a concorrência. Foram impostas, inclusive, sanções àqueles que descumprissem o acordo, comercializando lâmpadas de alta durabilidade.[35] Desse fato, é facilmente possível depreender o real sentido da obsolescência de qualidade, subutilizar os produtos já existentes, para que novos produtos sejam consumidos de forma frenética.

Há também exemplos contemporâneos, que ressaltam a utilização da obsolescência de qualidade, em que os consumidores se movimentaram em prol da

---

[33] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada*: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 04.

[34] DANNORITZER, Cosima. *Comprar, tirar, comprar*: a história secreta da obsolescência programada. Documentário. Espanha: Arte France – Televisión Española, Televisión de Catalunya em coprodución com Article Z media 3.14, 2010. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>. Acesso em: 05 mai. 2018.

[35] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada*: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 04.

concretização de seus direitos e contra o uso do artifício. O *ipod*, aparelho fabricado pela *Apple*, para armazenamento e reprodução de músicas, que revolucionou o mercado de eletrônicos com seu design e funcionalidade, foi alvo de uma *class action* norte americana dois anos após ter sido lançado.[36]

O que motivou a ação foi a enorme quantidade de *ipods* que apresentaram problemas em suas baterias após míseros 18 meses de uso. A *Apple*, no entanto, não oferecia baterias novas, para que os usuários pudessem trocá-las, forçando os consumidores a adquirirem um novo aparelho. Nota-se que a *Apple* pôs em prática a estratégia de obsolescência de qualidade, ao não oferecer um componente para a reparação do produto, o que solucionaria o problema, já que os aparelhos não haviam perecido, somente suas baterias.

Durante a ação judicial, após uma análise dos dados técnicos da bateria de lítio do *ipod*, foi verificado que foi projetada desde o início para que tivesse um ciclo de vida inferior ao esperado. Após todos os desdobramentos processuais a ação terminou com um acordo entre as partes. [37] A *Apple* realizou um recall das baterias e estendeu a garantia dos aparelhos para dois anos, indenizando os consumidores prejudicados por meio de vouchers, conforme a geração do *ipod*.[38]

Recentemente outro caso envolvendo a obsolescência de qualidade veio à tona, tendo a fabricante japonesa de impressoras Epson como protagonista. Em setembro de 2017, a empresa foi denunciada na França por praticar "obsolescência programada" e "fraude" e foram iniciadas investigações para apurar os fatos

[36] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada*: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 05.

[37] DANNORITZER, Cosima. *Comprar, tirar, comprar*: a história secreta da obsolescência programada. Documentário. Espanha: Arte France – Televisión Española, Televisión de Catalunya em coprodución com Article Z media 3.14, 2010. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>. Acesso em: 05 mai. 2018.

[38] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada*: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 06 abr. 2018, p. 06.

alegados por consumidores insatisfeitos com os produtos oferecidos pela marca. A denúncia partiu da associação francesa Halte à l'obsolescence programmée (HOP, 'Alto à obsolescência programada'), que descreveu técnicas utilizadas pela empresa para induzir os consumidores à compra de cartuchos de impressão, bloqueando a impressora sob o argumento de que estaria sem tinta, mesmo ainda havendo tinta nos cartuchos.39

A HOP cita também inúmeras reclamações de consumidores, alegando que as impressoras avisam que "as almofadas absorventes de tinta chegaram ao fim de sua vida útil" mesmo ainda estando em bom estado, e que a substituição das almofadas custa o mesmo que uma impressora Epson nova, estimulando o consumidor a compra de um novo equipamento, desistindo de reparar o seu.[40]

Outras empresas do mesmo ramo também foram citadas na denúncia, tais como a HP, Brother e Canon. De acordo com os advogados da associação, é a primeira vez que as autoridades judiciais francesas analisarão um caso ligado à obsolescência programada.[41]

Neves retrata essa modalidade de obsolescência como obsolescência por irreparabilidade artificial, destacando que pode ser superada pelo emprego de técnicas de reposição e substituição dos componentes viciosos do produto. Esses componentes podem ser consumíveis, como é o caso dos pneus de um carro, ou não consumíveis, como os bancos do carro. O consumidor espera poder consertar seu produto ao invés de comprar outro, mas nem sempre isso é possível.[42]

---

39 El Tiempo. Francia abre uma investigación a Epson por 'obsolescencia programada'. Disponível em: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/investigacion-a-epson-por-obsolescencia-programada-en-francia-165940>. Acesso em: 05 mai. 2018.

40 El Tiempo. Francia abre uma investigación a Epson por 'obsolescencia programada'. Disponível em: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/investigacion-a-epson-por-obsolescencia-programada-en-francia-165940>. Acesso em: 05 mai. 2018.

41 El Tiempo. Francia abre uma investigación a Epson por 'obsolescencia programada'. Disponível em:<http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/investigacion-a-epson-por-obsolescencia-programada-en-francia-165940>. Acesso em: 05 mai. 2018.

42 NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada*: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol.

A obsolescência de qualidade manifesta-se de duas formas, a primeira delas obsta de maneira técnica o conserto do produto, ao projetá-lo de forma que seja vedada a reparação, como é o caso dos *ipods* e demais celulares da Apple, que não permitem acesso à bateria, obstando a sua troca, ou quando a bateria e demais peças reparatórias do produto não são postas no mercado. A segunda forma impede a reparação do produto sob uma ótica econômica, na qual são disponibilizadas peças de reposição no mercado, mas o preço destas é tão elevado que se equipara ao de um novo bem, como é o caso das almofadas de absorção das impressoras Epson, levando o consumidor a optar pela aquisição de um novo produto.[43]

Diante dos exemplos mencionados, é possível perceber que a obsolescência de qualidade não é algo recente. Trata-se de uma técnica que vem sendo aperfeiçoada e utilizada de forma sutil ao longo do tempo, pretendendo estimular o descarte e recompra de produtos, movimentando o mercado e gerando lucro. A prática, apesar de pouco discutida, é comum e está presente no dia-a-dia da maioria da população consumidora mundial, gerando diversos efeitos negativos para o próprio consumidor, e para o meio em que vive.

Na visão de Packard, essa modalidade de obsolescência é certamente a mais perniciosa entre todas. Para o autor:

> [...]até mesmo o melhor dos produtos, naturalmente, se gasta algum dia. Portanto, não se pode legitimamente criticar uma companhia por calcular a data da morte de seu produto. Ela se torna vulnerável, porém, quando vende um produto com probabilidade de vida curta sabendo que pelo mesmo custo ou apenas por um pouco mais poderia oferecer ao consumidor um produto com vida útil muito mais longa. Em tais situações, pode-se com razão duvidar dos propósitos da companhia.[44]

23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 07.

[43] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada*: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 07.

[44] PACKARD, Vance. *Estratégia do desperdício*. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 53-54.

Em relação à expectativa dos consumidores sobre a vida útil de seus produtos, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), realizou em parceria com a Market Analysis, uma pesquisa sobre o ciclo de vida dos eletroeletrônicos, objetivando mensurar a satisfação com o desempenho e durabilidade desses equipamentos, além de entender os motivos de substituição e descarte destes.

Considerando aspectos demográficos, de acordo com a pesquisa, os consumidores jovens de 18 a 24 anos são os que mais se mostram insatisfeitos com a durabilidade de seus produtos, 4 em cada 10 jovens não está plenamente satisfeito com o tempo de vida útil de seus bens. A região Nordeste foi a que apresentou maior número de pessoas insatisfeitas com a durabilidade dos produtos eletrônicos, 6 em cada 10 consumidores consultados não está plenamente satisfeito com seus produtos. Enquanto que, na região Sudeste do país, 49% dos consumidores não estão plenamente satisfeitos com a durabilidade dos celulares que possuem.[45]

Os eletrodomésticos, tem sua durabilidade melhor avaliada pelos consumidores com índice de escolaridade mais elevada, 8 em cada 10 questionados responderam que estão plenamente satisfeitos com a durabilidade de seus bens, totalizando 79% de satisfação. Por outro lado, aqueles com menores índices de escolaridade tem maiores queixas em relação à duração de seus produtos, 51% se dizem insatisfeitos com a durabilidade.[46]

No que tange ao tempo médio ideal de duração dos aparelhos, a pesquisa investigou a expectativa dos consumidores quanto à duração mínima que esperam dos produtos. Constatou-se que os consumidores esperam que os eletrodomésticos mais tradicionais como geladeiras, durem mais que o dobro do tempo de duração de

[45] INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Ciclo de vida de eletroeletrônicos*. Outubro 2013. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/testes_pesquisas/pdfs/market_analysis.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2018, p. 18.

[46] INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Ciclo de vida de eletroeletrônicos*. Outubro 2013. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/testes_pesquisas/pdfs/market_analysis.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2018, p. 18.

aparelhos portáteis como telefones celulares. Para um celular, espera-se que sua vida útil seja de 5 anos, enquanto que para aparelhos digitais como computadores, câmeras e impressoras a expectativa de vida útil é de 6 a 7 anos, para eletroeletrônicos como televisões espera-se uma vida útil de 7 a 10 anos, e por fim, para os eletrodomésticos como lavadoras, fogões e geladeiras a expectativa é de duração de 8 a 12 anos.[47]

Por outro lado, a durabilidade real dos aparelhos revela uma diferença de 2 a 3 anos em relação à expectativa do consumidor, tendo em vista que os celulares contam com uma vida útil média de 2,5 anos, as câmeras 3,8 anos, os computadores 3,1 anos, as televisões 7,4 anos e as geladeiras 9,5 anos.[48]

Ante o exposto, verifica-se que essa espécie de obsolescência programada é a mais prejudicial ao consumidor, sendo suscetível de recriminações e sanções, tanto do ponto de vista ético quanto do ponto de vista legal. O Código de Defesa do Consumidor, principal diploma legal dedicado à tutelar os direitos do consumidor protegendo-o de possíveis abusos por parte de fornecedores e buscando equilibrar artificialmente as relações de consumo, que não são naturalmente equilibradas, conta com dispositivos aptos a coibir a prática da obsolescência programada como um todo, isto é, em seus três tipos, tendo em vista sua nocividade e caráter abusivo.

2.2 Efeitos da obsolescência programada

Dentre os efeitos negativos advindos da obsolescência programada, ressaltam-se os impactos ambientais gerados pela superprodução e descarte desenfreado de produtos; o esgotamento de recursos naturais usados na fabricação desses produtos; o aumento dos índices de superendividamento do consumidor em

[47] INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Ciclo de vida de eletroeletrônicos*. Outubro 2013. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/testes_pesquisas/pdfs/market_analysis.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2018, p. 54.

[48] INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Ciclo de vida de eletroeletrônicos*. Outubro 2013. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/testes_pesquisas/pdfs/market_analysis.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2018, p. 55.

razão das inúmeras compras a crédito; a perda de credibilidade de grandes empresas; a insegurança das cadeias de empregos na indústria de reparação e a inobservância aos direitos do consumidor. [49]

Sob a ótica ambiental, constata-se que a obsolescência programada obsta o desenvolvimento sustentável e a redução do consumo inconsciente, na medida em que estimula os consumidores a adquirirem novos produtos, mais modernos, em detrimento dos produtos que já tinham e que ainda lhes seriam úteis por um longo tempo. A fabricação de novos produtos para atender ao ciclo do consumo tem exigido muito do meio ambiente, que não é capaz de acompanhar o ritmo imprimido pelo consumismo contemporâneo.[50]

É sabido que o desenvolvimento econômico não pode pautar-se num crescimento econômico estagnado, mas o consumo exacerbado e inconsciente que presenciamos, fortemente influenciado por fatores como a obsolescência programada, é insustentável, uma vez que gera uma quantidade assustadora de resíduos não-renováveis e que são descartados de maneira incorreta no meio ambiente, que não é capaz de suportar tamanha carga que lhe é conferida. Para o desenvolvimento sustentável é necessário ter em mente que a proteção do meio ambiente é parte do desenvolvimento, possibilitando o desenvolvimento econômico,

[49] COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. "*Por um consumo mais sustentável*: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida". CMMI/12. Ciclo de vida dos produtos e informação ao consumidor. Relator Thierry Libaert e Correlator Jean Pierre Haber. Bruxelas, 17 de outubro de 2013, p. 2. Disponível em:<https://dm.eesc.europa.eu/eesc/2013/_layouts/WordViewer.aspx?id=/eesc/2013/10001999/1904/ces1904-2013_00_00_tra_ac/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc&DefaultItemOpen=1&Source=http%3A%2F%2Fdm%2Eeesc%2Eeuropa%2Eeu%2Feescdocumentsearch%2FPages%2Fopinionsresults%2Easpx%3Fk%3Dciclo%2520de%2520vida>. Acesso em: 27 abr. 2018.

[50] VARELA, Ana Maria Alves Rodrigues; CARVALHO, Vânia Ágda de Oliveira. *Eles querem te vender, eles querem te comprar*: A obsolescência programada como óbice ao desenvolvimento sustentável e à ética do consumo no século XXI. Revista de direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 136-152, jul. / dez. 2016. Disponível em: < http://indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/1349/1779 >. Acesso em: 02 set. 2017.

porém, de acordo com os limites estabelecidos para os recursos naturais, evitando uma implosão do sistema.[51]

Os produtos tecnológicos são lançados como modernos e inovadores, trazendo características que os diferem dos anteriores, fazendo com que o consumidor seja compelido a consumi-los, para que não fique desatualizado e distante das novas funcionalidades. Entretanto, Zambon alerta para a emergência de um consumo sustentável, que ainda é ignorado atualmente:

> Dessa maneira, produtos cuja interrupção de uso tenha sido causada pelo lançamento de outro e que, por uma deficiência do sistema legal ou produtivo, não são reciclados ou remanufaturados geram um paradoxo na própria definição de produto inovador. Para ser inovador, o produto também precisa ser sustentável, e, para ser sustentável, deve estar alinhado à questão da deposição responsável de resíduos.[52]

A quantidade de lixo eletrônico ou e-lixo, gerado pelo descarte de produtos eletrônicos é impactante, estudos indicam que entre 5 e 7 milhões de toneladas de produtos eletrônicos tornam-se obsoletos por ano. Obter informações sobre os materiais utilizados na fabricação de produtos como celulares e computadores não é tarefa fácil, pela falta de controle e sigilo industriais. Porém, sabe-se que estes produtos demandam uma grande e variada quantidade de materiais tóxicos para sua fabricação, tais como zinco, mercúrio, cromo e cobalto. Grandes empresas como a Apple, HP, Dell e IBM têm dificuldade em saber a procedência e destinação dos materiais utilizados nos processos de produção de suas mercadorias, pois terceirizam esses serviços por firmas espalhadas por todo o planeta. Ainda assim, não devem ser

[51] VARELA, Ana Maria Alves Rodrigues; CARVALHO, Vânia Ágda de Oliveira. *Eles querem te vender, eles querem te comprar*: A obsolescência programada como óbice ao desenvolvimento sustentável e à ética do consumo no século XXI. Revista de direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 136-152, jul. / dez. 2016. Disponível em: < http://indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/1349/1779 >. Acesso em: 02 set. 2017.

[52] ZAMBON, Antônio Carlos et al. *Obsolescência acelerada de produtos tecnológicos e os impactos na sustentabilidade da produção*. RAM, Rev. Adm. Mackenzie, São Paulo, v. 16, n. 4, p. 231-258, ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712015000400231>. Acesso em: 31 ago. 2017.

isentados de sua responsabilidade pela contaminação ambiental trazida por tais materiais.[53]

O lixo produzido pela obsolescência programada é destinado, em grande parte, a países subdesenvolvidos, tais como Gana. Centenas de lotes de lixo eletrônico contendo computadores e televisões obsoletas são despejados em Gana todos os anos. A destinação de lixo eletrônico à países de terceiro mundo é prática proibida, porém, as grandes empresas declaram o lixo como produtos de segunda mão, e dizem estar tentando quebrar a barreira tecnológica entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos mandando seus produtos para lá, apesar disso, 80% do que vai para esses países não tem conserto. Gana, que é só mais um país entre diversos outros que são alvos dessa prática, sofre diversos prejuízos ambientais ao ser usada como uma espécie de "lixeira do mundo", tendo diminuída a qualidade de vida das pessoas que ali vivem.[54]

Vivemos ainda, numa sociedade completamente dependente de recursos naturais para sobreviver, já que estes recursos são matéria prima indispensável no processo produtivo da maioria dos produtos que consumimos. O grande risco consiste na possibilidade de tais recursos se esgotarem, já que não são renováveis, e vem sendo utilizados sem escrúpulos. Mesmo os recursos renováveis requerem tempo e determinadas condições para que voltem a estar disponíveis na natureza. Nenhum recurso natural é abundante o bastante para atender ao modelo de consumo atual. Até o ar tornou-se impróprio para o consumo em locais como algumas cidades industrializadas da China.[55]

---

[53] LEONARD, Annie. *A história das coisas*: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 69-70.

[54] DANNORITZER, Cosima. *Comprar, tirar, comprar*: a história secreta da obsolescência programada. Documentário. Espanha: Arte France – Televisión Española, Televisión de Catalunya em coprodución com Article Z media 3.14, 2010. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>. Acesso em: 06 mai. 2018.

[55] OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A urgência da educação ambiental*. Revista brasileira de direito municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 16, n. 58, p. 7-9, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 06 mai. 2018.

Neste sentido, as necessidades humanas parecem não terminar, pelo contrário, aumentam diariamente, com novos produtos sendo lançados incessantemente e com a publicidade sendo utilizada como mecanismo para inserir nos consumidores o desejo de obter determinado produto ou serviço, fazendo-o achar que realmente precisa daquilo. Mas, para a fabricação destes produtos são utilizados recursos naturais escassos e que correm sério risco de acabar.

Em contraste com o consumismo originado de práticas como a obsolescência programada surge a sustentabilidade, que pretende mudar a forma com que as pessoas consomem, influenciando-as a ter hábitos de consumo vinculados às necessidades do meio ambiente que beneficiarão à toda coletividade que depende dele. A sustentabilidade assenta-se sobre uma mudança de valores e atitudes dos consumidores, fazendo com que assumam seu papel de protagonistas diante do atual cenário, pois só assim será possível controlar os impactos sociais e ambientais sofridos, viabilizando o exercício da cidadania e a concretização de direitos.[56]

Outro efeito digno de atenção, que é influenciado pela obsolescência programada é o superendividamento do consumidor, devido à grande quantidade de compras a crédito. O crédito, é difundido em todo o mundo como meio de incentivo ao consumo, abarcando todas as classes sociais, principalmente as mais pobres e consequentemente mais vulneráveis nas relações de consumo.[57]

Por outro lado, a obsolescência programada tem objetivos parecidos com os do crédito, sendo que o principal é o aumento nos índices de consumo. Com a manifestação da obsolescência programada, o consumidor é induzido a realizar novas compras, seja pelo desgaste antecipado de seu bem, ou por outro, mais

[56] COSTA, Daniela Viegas da; TEODÓSIO, Armindo dos Santos de Sousa. *Desenvolvimento sustentável, consumo e cidadania*: um estudo sobre a (des)articulação da comunicação de organizações da sociedade civil, do Estado e das empresas. Revista de Administração Mackenzie, São Paulo, v. 12, p. 114-145, mai./jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ram/v12n3/a06v12n3.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2018.

[57] FRANCO, Marielza Brandão. *O Superendividamento do Consumidor*. Fenômeno Social que Merece Regulamentação Legal. Revista do Instituto Brasileiro de Direito, Ano I, n. 10, p. 6033-6053, 2012. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6033_6053.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2018.

recente, com alterações em seu design ou com novas funcionalidades ter sido lançado no mercado. O crédito dá ao consumidor a oportunidade de se inserir na cultura de consumo contemporânea, que é movida pela publicidade, muitas vezes agressiva, que leva o consumidor ao consumo desnecessário e incompatível com suas condições econômicas. Com o crédito o pagamento pode ser postergado, tornando-se um problema à ser encarado no futuro.[58]

O problema do superendividamento surge quando o consumidor perde o controle sobre seus gastos, acumulando dívidas que não tem condições de adimplir, pois ultrapassam seus rendimentos. Ou pode ocorrer também por fatores externos, quando um caso fortuito ou de força maior acomete o consumidor, impedindo-o de arcar com as obrigações que contraiu.[59]

Nota-se, portanto, que o crédito é mais um artifício utilizado por fornecedores para lograr êxitos no ambiente mercadológico. Em relação à obsolescência programada, o crédito age como um facilitador da concretização dos objetivos desta prática, que visa o consumo repetitivo, que por sua vez, é viabilizado pelo crédito. É possível compreender, portanto, que o problema do superendividamento do consumidor tem, entre outros fatores, a obsolescência programada como ponto de partida.

No que tange à insegurança da cadeia de empregos na indústria de reparação de produtos, entende-se que essa categoria de trabalhadores se encontra ameaçada pela utilização da obsolescência programada, uma vez que esta age de forma a inviabilizar a reparação dos produtos, tornando-os irreparáveis, por sua própria engenharia, ou seja, produtos que são desenhados para que não possam ser consertados, como é o caso de alguns aparelhos celulares que não dão acesso à

[58] FRANCO, Marielza Brandão. *O Superendividamento do Consumidor*. Fenômeno Social que Merece Regulamentação Legal. Revista do Instituto Brasileiro de Direito, Ano I, n. 10, p. 6033-6053, 2012. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6033_6053.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2018.

[59] FRANCO, Marielza Brandão. *O Superendividamento do Consumidor*. Fenômeno Social que Merece Regulamentação Legal. Revista do Instituto Brasileiro de Direito, Ano I, n. 10, p. 6033-6053, 2012. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6033_6053.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2018.

bateria. Ou pelo encarecimento dos serviços de reparação, que muitas vezes se aproximam do valor de um novo produto, o que desencoraja o consumidor a procurar estes serviços, induzindo-o a fazer novas compras.

Uma pesquisa realizada pela PROTESTE – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, levantou dados que comprovam a redução da procura por serviços de reparação. Segundo a pesquisa, 74% dos consumidores preferem substituir seus produtos por novos, ao invés de procurarem serviços de reparação. Ao serem questionados sobre a razão de não levarem seus aparelhos para o conserto, 59% dos consumidores revelaram que a assistência técnica é muito cara, 18% informaram que preferiram comprar um modelo mais novo, 15% disseram que o produto já estava fora do prazo de garantia, 7% informaram que não confiam na assistência técnica, 2% disseram que após voltar do conserto o aparelho apresentou outros vícios, 0,2% informaram que após o produto retornar do conserto voltou a apresentar os mesmo vícios e 2% informaram outros motivos.[60]

Quanto à perda de credibilidade de grandes empresas, o CESE, sobre o ciclo de vida dos produtos e informação do consumidor, assevera, com base em alguns estudos, que a vida útil dos eletrodomésticos hoje é de 6 a 7 anos, enquanto a vinte anos atrás era de 10 a 12 anos. Com todo avanço tecnológico que presenciamos nos últimos tempos é de se admirar que produtos como eletrodomésticos tenham regredido tanto em seu tempo de vida útil.

Ainda segundo o Comitê, os consumidores europeus têm apresentado desconfiança em relação às empresas fabricantes de bens, após seus produtos se desgastarem muito antes do previsto, mostrarem-se irreparáveis ao apresentarem vícios, ou pela exigência de atualizações constantes, situações que certamente também ocorrem com os consumidores brasileiros. Isso explica a reivindicação de 92% dos consumidores europeus, para que, junto aos produtos, passe a ser veiculado o seu tempo de vida útil estimado, assegurando ao consumidor melhores condições

[60] PRÔA, Ana Lúcia *et. al.* (Ed.). *Pesquisa*: Garanti – 45% dão defeito antes de dois anos. Revista ProTeste, Rio de Janeiro, ano XIII, n. 139, p. 26-28, set. 2014, p. 27.

para que decida o que vai consumir, protegendo-o de práticas abusivas por parte dos fornecedores.[61]

Em relação à inobservância aos direitos do consumidor, a obsolescência programada viola princípios legais de proteção ao consumidor, previstos na Constituição Federal e nas demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, em especial o CDC. Dentre os princípios atingidos, destacam-se: vulnerabilidade, boa-fé objetiva, função social e solidária da empresa, informação, sustentabilidade e confiança. Fere também disposições do Código de Defesa do Consumidor, tais como os artigos: 32 e 37. Revela-se, portanto, como prática abusiva, apesar de não estar inserida no rol do artigo 39, que define tais práticas. Por tratar-se do tema central do presente estudo, este tópico será melhor abordado posteriormente, em capítulo dedicado, onde seus aspectos serão explorados detalhadamente.

3 OS PRINCÍPIOS E REGRAS PROTETIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Há importante distinção entre normas e princípios, conforme apontam a doutrina e a jurisprudência. As regras são normas jurídicas que se direcionam a prescrever condutas, e as consequências de sua aplicação podem ser percebidas imediatamente. Por sua vez, os princípios são regras jurídicas altamente gerais, que constituem verdadeiros alicerces para a aplicação das regras, trazendo parâmetros para sua interpretação e otimização diante do caso concreto.[62]

---

[61] COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. "*Por um consumo mais sustentável*: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida". CMMI/12. Ciclo de vida dos produtos e informação ao consumidor. Relator Thierry Libaert e Correlator Jean Pierre Haber. Bruxelas, 17 de outubro de 2013, p. 2. Disponível em:<https://dm.eesc.europa.eu/eesc/2013/_layouts/WordViewer.aspx?id=/eesc/2013/10001999/1904/ces1904-2013_00_00_tra_ac/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc&DefaultItemOpen=1&Source=http%3A%2F%2Fdm%2Eeesc%2Eeuropa%2Eeu%2Feescdocumentsearch%2FPages%2Fopinionsresults%2Easpx%3Fk%3Dciclo%2520de%2520vida>. Acesso em: 28 abr. 2018.

[62] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.

O direito do consumidor conta com uma extensa base principiológica, essencial para a correta aplicação de suas regras. Tais princípios encontram-se explícitos no CDC, apesar de não se excluírem outros que, por ventura, possam ser identificados a partir da leitura do texto normativo.[63] O CDC, é considerado pela doutrina como uma norma principiológica, por concretizar uma determinação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. "[64] Dessa forma, as demais normas destinadas a regular as relações de consumo, devem conformar-se com os princípios gerais do CDC.[65]

Sobretudo, é preciso ressaltar que, o sistema jurídico brasileiro é organizado hierarquicamente, e em seu topo situa-se a Constituição Federal. Portanto, toda lei infraconstitucional deve, necessariamente, estar em consonância com os preceitos constitucionais, sob pena de ser considerada nula e, consequentemente, não poder ser aplicada. Existem diversas normas constitucionais atinentes aos direitos do consumidor, algumas explícitas, outras implícitas no texto constitucional. Por ser uma categoria dentre os cidadãos, todas as normas e princípios constitucionais voltados aos cidadãos são também aplicáveis aos consumidores. Como exemplo, no que for cabível, os direitos fundamentais dispostos no artigo 5º da Constituição Federal aplicam-se também aos consumidores.[66]

Passa-se a seguir, à análise da configuração das relações jurídicas de consumo e posteriormente ao estudo dos princípios e regras constitucionais e consumeristas relevantes ao tema tratado no presente trabalho.

3.1 A relação jurídica de consumo

[63] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.

[64] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

[65] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 22.

[66] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 50.

O pressuposto básico para a aplicação do CDC e das normas protetivas ao consumidor é a existência de uma relação jurídica de consumo. Analisando os artigos 2º e 3º do CDC, verifica-se que a configuração da relação de consumo está condicionada a existência de três elementos básicos, quais sejam: Consumidor, fornecedor e produto ou serviço.

A definição padrão, ou standard, de consumidor, encontra-se no artigo 2º do CDC, segundo o qual: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. "[67] Desse modo, é possível infirmar que tanto pessoas físicas quanto jurídicas poderão ser protegidas pelas normas do CDC, e que é consumidor tanto quem adquire um produto ou serviço por meio de um contrato quanto quem utiliza um produto ou serviço através de uma relação de fato.[68]

A expressão "destinatário final" dá margem a diferentes interpretações e gera divergências doutrinárias. Num primeiro momento o consumidor pode ser visto como o destinatário fático de um produto ou serviço, ou seja, aquele que retira o bem do mercado de consumo. Por outro lado, entende-se como destinatário final aquele que além de retirar o bem do mercado também o consome, exaurindo sua utilidade, isto é, não o reutiliza como insumo em um novo processo produtivo. Outro aspecto que deve ser observado é a vulnerabilidade, o CDC objetiva a proteção do consumidor vulnerável, numa relação desigual, não se aplicando a relações paritárias. Porém, excepcionalmente, o produtor e empresário de pequeno porte, quando constatada sua vulnerabilidade nas relações de consumo, podem ser considerados consumidores.[69]

---

[67] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

[68] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

[69] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156-159.

O conceito de fornecedor presente no artigo 3º do CDC estabelece que: "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. "[70] Em suma, fornecedor é quem oferece produtos e serviços no mercado de consumo. Salienta-se a abrangência da definição, que abarca tanto fornecedores nacionais quanto estrangeiros, e até mesmo o Estado, quando oferece bens de consumo por meio de seus Órgãos e Entidades a fim de atenderem às necessidades dos consumidores.[71]

Porém, para ser definido como tal, o fornecedor deve exercer atividade econômica com habitualidade e mediante remuneração. O caráter econômico da atividade exercida pelo fornecedor é que viabiliza a imposição de deveres jurídicos a ele, uma vez que é ele quem usufrui das vantagens econômicas e efetiva as relações de consumo.[72]

Cumpre ressaltar ainda, que o termo "fornecedor" no CPC é tratado como gênero, que comporta as espécies: produtor, importador, construtor, comerciante e fabricante. Assim, quando o Código pretende responsabilizar todas essas espécies usa o termo "fornecedor", enquanto que, se refere a cada uma delas individualmente quando objetiva particularizá-las.[73]

Em relação ao produto, de acordo com o artigo 3º, § 1º, do CDC, temos que: "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. "[74] Percebe-se que a lei é a mais abrangente possível, objetivando que nenhum produto fique fora de sua

[70] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

[71] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 177-178.

[72] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 177-178.

[73] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137

[74] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

esfera de aplicação. Distinguem-se também, os produtos duráveis dos não duráveis, no artigo 26, incisos I e II, do CDC.

Os produtos duráveis são aqueles produzidos para serem utilizados várias vezes, ou seja, são duradouros, tendem a demorar para se desgastarem. Porém, tais produtos não são eternos, é natural que todo produto se desgaste com o tempo e perca funcionalidade, mas o que se espera de produtos duráveis é que tenham uma duração razoável, levando em conta o fim à que se destinam. Já os produtos não duráveis são aqueles que não perduram, que se extinguem muito rapidamente ou mesmo instantaneamente após o seu uso.[75]

Por fim, os serviços são definidos pelo artigo 3º, § 2º, do CDC, como: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. "[76] Trata-se de uma definição bastante ampla, considerando o uso da expressão "qualquer", que faz com que o rol apresentado seja meramente exemplificativo. Diz-se atividade, pois é uma ação humana que visa um fim. Portanto, de forma sintética, pode-se dizer que serviço é toda atividade prestada no mercado de consumo.[77]

Demonstrada a formação da relação de consumo, passa-se à análise dos princípios e normas constitucionais e consumeristas atinentes ao tema em questão. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 e a legislação consumerista, em especial o CDC, estabeleceram uma série de princípios e garantias incidentes nas relações de consumo a fim de harmonizá-las, porém, ater-se-á somente aos dispositivos que guardam relação com a prática da obsolescência programada.

---

[75] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137 – 140.

[76] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

[77] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137 – 140.

3.2 Princípios constitucionais aplicáveis

Conforme demonstrado anteriormente, existem princípios constitucionais aplicáveis às relações de consumo, em prol de sua harmonização e da defesa do consumidor. Dentre tais princípios, destacam-se os princípios da função social e solidária da empresa, e da sustentabilidade, por sua conexão com a prática da obsolescência programada. Conexão esta que será aprofundada no capítulo seguinte.

3.2.1 Princípio da função social da empresa

O princípio da função social da empresa respalda-se na Constituição Federal de 1988, que se preocupou em elevar o interesse coletivo à diretriz que deve conduzir e limitar a atuação dos indivíduos. Significando que, os interesses individuais devem ser colocados em segundo plano, priorizando-se os efeitos que cada faculdade jurídica exercerá sobre a coletividade. A função social diz respeito à submissão das faculdades privadas à consecução de objetivos sociais, que afetam toda a sociedade e não apenas os indivíduos diretamente envolvidos, reduzindo assim o arbítrio individual sem extingui-lo.[78]

Para Maria Helena Diniz a função social da empresa é entendida como: "O exercício pelo administrador da sociedade por ações das atribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando do seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum. " [79]

É inegável o papel desempenhado pelas empresas e sua influência na atual sociedade. São elas as grandes responsáveis pela produção e distribuição de bens e serviços no mercado, desenvolvimento econômico e geração de empregos, impactando diretamente a coletividade. Sobre a importância da empresa Ana Frazão de Azevedo Lopes pronuncia-se:

---

[78] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro, v.1*: empresa e atuação empresarial. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 45.
[79] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, vs. 2-4, 1998.

> A empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social.[80]

O princípio da função social da empresa objetiva que sejam levados em conta os interesses sociais em qualquer atividade econômica exercida, seja ela em esfera privada ou pública. A atuação empresarial, ainda que tenha como objetivo principal a realização de uma atividade que remunere o capital empregado pelos seus controladores, afeta, direta ou indiretamente, outros campos sociais, contribuindo para o desenvolvimento nacional, preceituado no artigo 3º, inciso II da Constituição Federal, desenvolvimento este que é o fim precípuo da atividade econômica do país, considerando que a partir de uma sociedade desenvolvida naturalmente concretizam-se os demais objetivos, como a geração de riquezas.[81]

A empresa gera efeitos que podem ser demonstrados por meio da teoria dos círculos concêntricos, onde no centro estão os interesses dos sócios da empresa, no círculo posterior encontram-se os interesses de empregados, consumidores e investidores da empresa, logo depois tem-se os interesses do Estado, agindo como regulador e arrecadador, e por fim, no círculo mais distante, está a sociedade como um todo, evidenciando que os impactos da ação empresarial não se restringem aos sócios e colaboradores desta, e podem prejudicar ou beneficiar toda uma estrutura que a cerca.[82]

Ressalta-se, no entanto, que não se pode impedir que a empresa busque alcançar seu objetivo maior, que é a obtenção de lucro. Limita-se a autonomia privada, em prol da efetivação do bem comum, freando possíveis abusos da empresa e de seus administradores que atentem contra a coletividade e exigindo que a atuação

---

[80] LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade* – função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 119.

[81] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro, v.1*: empresa e atuação empresarial. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 45.

[82] FRASÃO, Stanley Martins. *A responsabilidade civil do administrador da sociedade limitada*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, 2003, p. 16.

empresarial seja voltada a ideais constitucionais, tais como a erradicação da pobreza e marginalização, desenvolvimento social, diminuição de desigualdades regionais, bem comum, a promoção da dignidade da pessoa humana, proteção do meio ambiente e defesa do consumidor. Então, o que deve ser encontrado é o equilíbrio entre os objetivos, conciliando os fins sociais perseguidos com a visão de lucro das empresas e de seus administradores, evitando o conflito entre estes.

3.2.2 Princípio da sustentabilidade

Por conseguinte, destaca-se o princípio da sustentabilidade que promove a busca por um ambiente ecologicamente equilibrado. O Supremo Tribunal Federal reconhece a natureza constitucional e fundamental do desenvolvimento sustentável já há muito tempo, como comprova o julgamento da ADI 3.540 de 2006. O direito ambiental, responsável por promover uma maior integração entre meio ambiente e sociedade, é tipicamente um direito de terceira geração, o que o torna mais abrangente, voltando-se à tutela dos interesses da coletividade e não de indivíduos singularizados.[83] Kalil, refere-se a terceira geração de direitos como:

> Esta geração de Direitos tem como valor essencial a fraternidade ou solidariedade na busca da superação de um modelo econômico predatório do homem pelo homem e da natureza, cuja transcendência alcança a humanidade como um todo, exigindo ações tanto negativas quanto positivas, agora não mais apenas do Estado, mas da sociedade.[84]

A Constituição Federal incorporou ao texto constitucional o princípio da sustentabilidade em seu artigo 225, *caput*, segundo o qual "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de

---

[83] EFING, Antônio Carlos. et al. *Reflexões sobre o tratamento jurídico da obsolescência programada no Brasil*: Implicações ambientais e consumeristas. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 21, n. 3, p. 1266-1292, set./ dez. 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9698/5449>. Acesso em: 13 mai. 2018.

[84] KALIL, Ana Paula Maciel Costa. *Política Nacional de Resíduos Sólidos*: O Direito dos Novos Tempos. Curitiba: Juruá, 2015, p. 74-75.

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. ”[85] A sustentabilidade refere-se, portanto, à harmonia entre desenvolvimento social e preservação ambiental, permitindo o desenvolvimento desde que atento aos impactos ambientais gerados, reconhecendo e expandindo um valor humano fundamental ao garantir um meio ambiente saudável para as atuais e futuras gerações.

Destaca-se ainda, os princípios do direito ambiental, basilares para a proteção do meio ambiente: O princípio do ambiente ecologicamente equilibrado, natureza pública da proteção ambiental, usuário pagador, poluidor-pagador, da prevenção e precaução, reparação, informação e cooperação entre os povos. Dentre tais princípios destacam-se o princípio do poluidor-pagador; prevenção e precaução; e reparação.

O princípio do poluidor-pagador ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não confere ao pagador o direito de poluir, uma vez que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, sendo, portanto, um interesse social indisponível. Tal princípio, pretende impedir que a sociedade arque com os custos ambientais causados por um poluidor identificável, imputando a este o ônus de arcar com as consequências de sua degradação. A Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, ratifica esse entendimento, determinando que: “ As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. ”[86] Evidenciando que o poluidor terá de arcar com custos proporcionais aos danos ambientais causados, sem prejuízo de demais sanções

[85] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

[86] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

penais e administrativas, o que leva à compreensão de outro dos princípios destacados, o da reparação.[87]

O próprio artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, explicita os último dos princípios destacados, o da prevenção e precaução, que clarifica que os prejuízos ambientais devem ser prevenidos por todos, e a prevenção ocorre antes da consumação do dano, visando evitar a degradação irreparável do meio ambiente, em razão de sua importância coletiva.[88]

Nesse sentido a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, Rio/92, por meio de seu princípio 15, estabelece que:

> Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.[89]

Não se pode dissociar a atuação de consumidores e fornecedores na sociedade de consumo da situação em que se encontra o meio ambiente e da promoção do desenvolvimento sustentável. O papel dos agentes do consumo é de estrita importância para a materialização dos fins tidos pelo princípio da sustentabilidade, pois são os responsáveis diretos pela exploração de recursos ambientais para a fabricação de produtos e descarte desordenado destes.

3.3 Princípios do direito do consumidor

Adiante, trata-se do exame dos princípios consumeristas vinculados ao tema em estudo. Especificamente, serão abordados os princípios da vulnerabilidade, boa-

---

87 SOUZA, Moutari Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie*: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58-59.

88 SOUZA, Moutari Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie*: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

89 Declaração do Rio de Janeiro. *Estud. av.*, São Paulo, v. 6, n. 15, p. 153-159, ago. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 mai. 2018.

fé objetiva e informação, com o intuito de, oportunamente, analisar sua infringência através da prática da obsolescência programada.

3.3.1 Princípio da vulnerabilidade

A partir da leitura do artigo 4º, inciso I, do CDC, depreende-se que o principal fundamento para a elaboração e aplicação do CDC, ou de qualquer outra lei voltada à proteção do consumidor, é a condição de vulnerabilidade deste nas relações de consumo. É inegável a afirmação de que o consumidor é a parte mais frágil na relação, o que constitui uma verdadeira presunção que não admite prova em contrário, uma vez que se trata de característica intrínseca à condição de destinatário final de produtos ou serviços.[90]

Pode-se verificar a vulnerabilidade do consumidor tanto *a priori*, quanto *a posteriori*, nesse último caso dependendo de comprovação no caso concreto. A opção do legislador para a aplicação do CDC foi a de conferir ao consumidor uma presunção de vulnerabilidade, tendo em vista que, normalmente, não são os consumidores que dirigem a relação de consumo, estando suscetíveis a práticas lesivas por parte dos fornecedores.[91]

A vulnerabilidade do consumidor decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de ordem econômica. O primeiro aspecto diz respeito ao monopólio do fornecedor dos meios de produção, cabendo a ele decidir quais produtos ou serviços disponibilizará no mercado, e de que forma serão disponibilizados, estando o consumidor a mercê dessas decisões. O segundo aspecto está ligado a discrepância entre o poderio econômico de fornecedor e consumidor, pois sabe-se que,

[90] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 33-34.

[91] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

geralmente, o fornecedor é dotado de maior capacidade econômica, salvo em raras exceções.[92]

Nesse sentido, Rizzatto Nunes doutrina:

> [...] quando se fala em "escolha" do consumidor, ela já́ nasce reduzida. O consumidor só́ pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro.[93]

Somos consumidores por necessidade, uma vez que, para sobrevivermos em meio a uma sociedade extremamente industrializada, inevitavelmente, temos que recorrer a produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo. E, conforme citado anteriormente, o consumidor não participa do processo de criação dos produtos, cabe a ele apenas analisar as condições estabelecidas pelo fornecedor, pagar o preço prefixado, nas formas de pagamento também prefixadas.[94]

Inobstante, ressalta-se que a vulnerabilidade se manifesta de diferentes formas, a depender da condição social, cultural ou econômica do consumidor, dando origem a três espécies, todas com a finalidade de proteção do polo vulnerável da relação de consumo, conforme se verá adiante.

A vulnerabilidade técnica consiste na ausência de conhecimentos específicos do consumidor sobre os produtos que consome. Por outro lado, exige-se do fornecedor que detenha tais conhecimentos, já que participou ativamente do processo de desenvolvimento, fabricação e disponibilização dos produtos e serviços no mercado de consumo. Pode ser usada como exemplo a situação em que um consumidor adquire um aparelho celular, não se pode esperar que conheça tecnicamente o funcionamento do software destinado ao uso do aparelho. Dos consumidores, sobretudo dos não profissionais, não é possível se exigir e muito menos presumir que tenham tais conhecimentos, o que enseja o surgimento de outros

[92] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176-177.
[93] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177.
[94] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

princípios e obrigações anexas para o fornecedor, como é o caso do princípio da informação, que será tratado neste capítulo.[95]

Sob outra perspectiva, a vulnerabilidade jurídica se refere ao desconhecimento, por parte do consumidor, de seus direitos e da legislação que o ampara em suas relações de consumo, não sabendo como se portar ou exigir reparação diante de situações abusivas, que aproveitam ao fornecedor. Em decorrência desse desconhecimento, o consumidor costumeiramente, não compreende as consequências jurídicas das relações que estabelece, ao contrário do fornecedor, que lida rotineiramente com tais situações e geralmente conta com suporte jurídico que o orienta em suas decisões.[96]

Por último temos a vulnerabilidade fática, que abrange diversas situações em que se verifica a fragilidade do consumidor. Dentre elas, há a vulnerabilidade econômica, como citada anteriormente, que consiste na disparidade entre o poder aquisitivo de consumidores e de fornecedores, como no caso em que um consumidor, pessoa natural, adquira eletrônicos da Apple. Além desse caso, há hipóteses em que a vulnerabilidade natural do consumidor é agravada por alguma característica pessoal, como é o caso de crianças, analfabetos, idosos ou pessoas portadoras de deficiência. Nesses casos, os consumidores são ainda mais suscetíveis às práticas dos fornecedores, pois tem sua cognição, percepção e mobilidade prejudicadas. Esse tipo de vulnerabilidade compreende também a vulnerabilidade informacional, que se torna cada vez maior, uma vez que vivemos um momento em que a informação se dissemina muito facilmente, por meio da publicidade, que é a forma como o consumidor conhece os produtos e serviços e que não raramente é

[95] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 129.
[96] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 129-130.

utilizada de maneira inadequada pelo fornecedor, distorcendo ou omitindo dados importantes para o consumidor, que não dispões de condições para atestá-las.[97]

Ante o exposto, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a aplicação de tal princípio busca nortear as relações de consumo, que são naturalmente desequilibradas, tratando o consumidor de forma desigual para obter, através da legislação protetiva, um equilíbrio artificial entre fornecedores e consumidores. Pode-se dizer então, que o princípio aqui tratado se traduz na razão de ser da legislação consumerista e que dele derivam todos os demais princípios e garantias voltadas à defesa do consumidor.

3.3.2 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva encontra-se previsto no Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu artigo 4º, inciso III. Tal princípio apresenta uma evolução em relação ao princípio da boa-fé subjetiva, que se referia à intenção dos agentes da relação de consumo, isto é, preocupava-se com aspectos íntimos e psicológicos do sujeito de uma relação negocial. O que importa para a boa-fé subjetiva é somente a intenção do agente negociante, deixando de lado sua conduta. A boa-fé objetiva direciona-se justamente à conduta das partes, a relevância aqui não está na intenção, e sim em como os agentes efetivamente se comportam nas relações de consumo.[98]

Diante dessas ideias, o princípio da boa-fé objetiva, presente no CDC, pode ser definido como uma regra de conduta, que exige um comportamento voltado à lealdade entre as partes de uma relação de consumo, visando estabelecer um equilíbrio entre os agentes de consumo, que não existe naturalmente, em decorrência da posição privilegiada do fornecedor. Assim, inibem-se as ações da parte que visem

[97] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 130.
[98] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 39.

ludibriar e se aproveitar indevidamente da outra parte para obter vantagens, impondo-lhe prejuízos. Esse equilíbrio entre as partes deve ser mantido em todos os momentos da relação de consumo, seja no momento pré-contratual ou pós-contratual. Dentre os deveres determinados para os agentes de consumo pelo princípio da boa-fé objetiva enfatiza-se o dever de respeito, cuidado, probidade, transparência, o dever de agir com honestidade e razoabilidade, além do dever de informar.[99]

A boa-fé objetiva tem como escopo, ainda, a realização de preceitos constitucionais, previstos no artigo 170 da Constituição Federal, que versa sobre a ordem econômica nacional, vinculando interesses como a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico, balanceando os interesses de consumidores e fornecedores. Com o presente princípio, viabiliza-se também a aplicação dos demais princípios consumeristas constantes no CDC, que dependem da existência do justo equilíbrio entre as partes.[100]

Nota-se a presença do princípio da boa-fé objetiva em inúmeros dispositivos do CDC, como no artigo 31, que trata do dever de informação por parte do fornecedor, que deve informar com clareza e precisão sobre as características de seus produtos, especificando sua quantidade e qualidade, sob pena de, agindo de má-fé na oferta de seus produtos, ser penalizado com as sanções previstas. Não obstante veda-se, nos artigos 36 e 37 do CDC, a utilização de publicidade enganosa e abusiva, como forma de enganar o consumidor, disfarçando a má-fé de seus objetivos e impondo desvantagens ao consumidor.[101]

3.3.3 O princípio da informação

[99] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 39.
[100] NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205.
[101] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 39.

O princípio da informação está previsto no artigo 6º, inciso III, do CDC, e consiste em um direito básico do consumidor. De acordo com a redação do referido artigo, temos que, é direito do consumidor: "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem"[102]. Destarte, tal princípio surge como desdobramento do princípio da transparência, que consta no artigo 4º, caput, do CDC, ambos oriundos do princípio da vulnerabilidade do consumidor.[103]

Logo, o direito à informação visa à aproximação entre consumidor e fornecedor, criando relações de consumo mais transparentes, isto é, relações mais sinceras e leais, evitando comportamentos obscuros das partes, impondo ao fornecedor o dever de oferecer informações claras, relevantes e verossímeis a respeito dos produtos e serviços de que dispõe no mercado. Tal princípio deve permear toda a relação contratual entre consumidor e fornecedor, devendo estar presente tanto na fase pré-contratual, ou seja, no momento de negociação, quanto na fase pós-contratual, que compreende o momento de execução dos contratos.[104]

O princípio da informação tem como propósito, o fornecimento de informações indispensáveis ao consumidor para que possa tomar suas decisões de consumo de forma segura, escolhendo conscientemente aquilo que deseja consumir, de acordo com suas necessidades e a capacidade dos produtos de supri-las. Deve o fornecedor prover as informações que possui e que o consumidor não detém, colocando-os em situação de igualdade, ou atenuando suas diferenças. Nesse sentido, esclarece a exposição de motivos do CDC sobre o que pretende o direito à informação: "O acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes

[102] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.
[103] SCHWARTZ, Fabio. *Direito do consumidor*: Tópicos & Controvérsias. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 54.
[104] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 286.

permita fazer escolhas bem seguras conforme os desejos e necessidades de cada um. „[105]

Frisa-se o entendimento de Alcides Tomasetti Junior em relação aos objetivos do direito à informação para o consumidor:[106]

> i) consciencialização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; ii) possibilitação de que sejam averiguados, de acordo com critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; iii) criação e multiplicação de oportunidades para comparar os diversificados produtos; iv) conhecimento das posições jurídicas subjetivas próprias e alheias que se manifestam na contextualidade das séries infindáveis de situações de consumo; v) agilização e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora, ou decisória, de conflitos do mercado de consumo.

Desta feita, é nítido que o direito à informação é essencial para a política de defesa do consumidor. A falta de informações ao consumidor é um dos principais fatores responsáveis por gerar desequilíbrio entre as partes nas relações de consumo, tendo em vista que, o fornecedor tem total conhecimento sobre os produtos que comercializa, enquanto o consumidor não detém o conhecimento técnico necessário para comparar os inúmeros produtos existentes no mercado, devido à sua vulnerabilidade, que o CDC objetiva reduzir. O direito à informação visa esclarecer ao consumidor, através de informações claras e precisas, todos os aspectos dos produtos, sua qualidade e características, tornando-o capaz de optar por aquilo que melhor lhe atende, conferindo confiabilidade ao fornecedor e evitando frustrações com produtos que não suprem as expectativas criadas.[107]

---

[105] Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 3 de maio de 1989, p. 1663.

[106] TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *O objetivo da transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo*. Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

[107] CALDEIRA, Mirella D'Angelo; ALVARES, Juliana P. de Almeida. O dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e a inclusão social dos deficientes visuais. Revista Mestrado em Direito, Osasco, n. 2, p. 123-143, 2007. Disponível em: <http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2007/vol7/no2/7.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018, p. 133.

3.4 Os dispositivos do código de defesa do consumidor

Constata-se que o CDC conta com dispositivos normativos que evidenciam a abusividade da prática de redução intencional da vida útil dos bens. Referidos dispositivos podem ser aplicados aos casos práticos de obsolescência programada, em suas diferentes formas de manifestação, e são voltados à proteção e defesa do consumidor, pretendendo resguardá-lo de possíveis práticas abusivas e lesivas a seus direitos.

3.4.1 A obrigatoriedade do fornecimento de peças de reposição

De acordo com o artigo 32, caput, do CDC: "Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. "[108] E, em caso de cessação da fabricação do produto, o parágrafo único do mesmo artigo, exige que a oferta seja "mantida por período razoável de tempo, na forma da lei."[109]

Tal disposição visa o cumprimento do princípio da boa-fé objetiva no período pós-contratual, quando as partes já cumpriram com suas obrigações na relação de consumo. No entanto, não há prazo fixado em lei para a oferta dessas peças, devendo o judiciário formar seu convencimento do que é razoável diante do caso concreto. A Lei nº 2.181/97 objetivou preencher a lacuna existente no CDC em relação ao "período razoável", tendo em vista o seu alto grau de abstração. Em seu artigo 13, inciso XXI, a referida lei indica que o prazo para disponibilidade de componentes e peças de reposição depois de cessada a fabricação do produto nunca deve ser inferior a vida útil do bem. Em outras palavras, o "período razoável" dependerá das características e peculiaridades do produto em questão, assim poder-se-á determinar

[108] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

[109] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

por quanto tempo os direitos do consumidor, que depositou confiança no fornecedor, deverão ser assegurados.[110]

A ausência de disposição expressa relativa ao período mínimo em que o fornecedor deve fornecer peças de reposição após o fim da fabricação do produto prejudica a aplicação de tal dispositivo. Nesse sentido, está em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de lei 335/2015, que prevê a alteração do CDC, incluindo expressamente prazos para esse fornecimento. O projeto inicial, de autoria do Deputado Rômulo Gouveia, contempla apenas os veículos automotores e prevê um prazo de 10 anos para o fornecimento de peças de reposição depois de cessada a fabricação ou importação do veículo. Após ser apreciado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços, o projeto foi modificado e o prazo de 10 anos foi substituído por período equivalente ao dobro da garantia do ano-modelo do veículo. Entretanto, o relator, Deputado Cabo Sabino, entendeu que a medida não deveria se estender somente aos veículos, e alterou o Projeto de Lei, concluindo que o prazo de 10 anos poderia ser exagerado para outros produtos, como smartphones e computadores, que evoluem mais rapidamente.[111]

Assim, após reunião com a Comissão de Defesa do Consumidor, aprovou-se o texto substitutivo apresentado pelo relator, que prevê a alteração dos artigos 31 e 32 do CDC, incluindo no primeiro a exigência de se informar a vida útil do produto na oferta e apresentação deste. Já no § 1º, do artigo 32, prevê que a oferta, que antes deveria ser mantida por período razoável, deverá ser mantida por período nunca inferior ao prazo de vida útil do produto, que deve ser informado pelo fornecedor no certificado de garantia ou manual de instruções. Cria-se ainda, um segundo parágrafo para o artigo 32, dispondo que na ausência da informação quanto a vida

[110] MARQUES, Cláudia Lima. et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 495.

[111] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 335 de 2015. Disciplina a oferta de peças e componentes de veículo automotor de via terrestre ao consumidor. Brasília, 11 fev. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946596>. Acesso em: 01 set. 2018.

útil, este prazo será de, no mínimo, 10 anos. O projeto ainda está em tramitação, e depende da análise de diversas Comissões especializadas para que seja aprovado.[112]

Cumpre ressaltar ainda que o não cumprimento da disposição estabelecida, tanto no caput, quanto no parágrafo único do artigo 32 do CDC, geram a obrigação de efetiva reparação dos danos sofridos pelo consumidor, conforme dispõe o artigo 6º, inciso VI, do CDC, não se afastando o cumprimento específico da obrigação, de fornecer as peças de reposição necessárias à reparação dos produtos.

3.4.2 A publicidade abusiva e enganosa

Inobstante, o CDC conta com dispositivos legais que objetivam proteger o consumidor da publicidade enganosa e abusiva. Trata-se do caput do artigo 37, do CDC, bem como os parágrafos 1º, 2º e 3º, do mesmo artigo, os quais estabelecem que:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
>
> § 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
>
> § 3° Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Para Tartuce, a publicidade pode ser definida como: "[...] qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de

[112] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 335 de 2015. Disciplina a oferta de peças e componentes de veículo automotor de via terrestre ao consumidor. Brasília, 11 fev. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946596>. Acesso em: 01 set. 2018.

produtos ou serviços no mercado de consumo. ”[113] O ordenamento jurídico regula a publicidade pela sua importância para a sociedade de consumo, uma vez que, é através dela que o consumidor conhece os produtos e é convencido a consumi-los. Portanto, é de extrema importância que as informações veiculadas por meios publicitários estejam de acordo com os parâmetros determinados em lei, sendo vedada a publicidade que vise ludibriar ou se aproveitar da vulnerabilidade do consumidor, evitando assim, abusos e danos posteriores.

Nesse sentido, destaca-se o artigo 6, inciso IV, do CDC, quanto à proibição de práticas publicitárias atentatórias aos direitos do consumidor, prevendo: “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. ”[114]

A publicidade enganosa, conforme conceitua o § 1º, do artigo 37, do CDC, é toda informação ou comunicação em formato publicitário que vise enganar o consumidor, seja por sua falsidade ou pela omissão de informações que podem macular o convencimento do consumidor, induzindo-o à erro. A publicidade enganosa, assim sendo, pode ser comissiva ou omissiva. Será comissiva quando o fornecedor, emissor da mensagem publicitária, fizer constar nela informação inverídica, como por exemplo, uma campanha publicitária que enalteça determinada funcionalidade de um celular, que este, na verdade, não possui.[115]

Já em caso de publicidade enganosa omissiva, a mensagem publicitária deixa de veicular informações essenciais para a formação do convencimento do consumidor. Dessa forma, sem que estas informações estejam presentes, pode se dizer, que a decisão tomada pelo consumidor foi corrompida, pela inobservância de

---

[113] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 445.

[114] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

[115] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 448.

um de seus direitos básicos, já abordado anteriormente, o direito à informação. Tal direito exige que informações atinentes ao produto, que influenciem nas escolhas do consumidor, estejam presentes na apresentação e oferta destes, e consequentemente na publicidade que os promovam, de modo à fortalecer a confiança do consumidor e prevenir que sejam criadas falsas expectativas.[116]

Enquanto isso, a publicidade abusiva, consiste na prática de disseminar mensagens publicitárias que contenham abuso de direito. O parágrafo 2º, do artigo 37, do CDC, descreve os casos em que a publicidade será considerada abusiva. A publicidade abusiva apresenta conteúdo agressivo, e que fere os valores morais comuns existentes em sociedade. Então, embora o objetivo da publicidade seja a promoção do produto, ela acaba, por vezes, excedendo-se e ferindo direitos coletivos para alcançar suas pretensões, o que não é justificável e considera-se um abuso.[117]

4 A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO PRÁTICA ABUSIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Verifica-se que, apesar da obsolescência programada não estar expressamente prevista no artigo 39 do CDC, como prática abusiva nas relações de consumo, seus reflexos para o consumidor explicitam sua abusividade, já que fere princípios básicos e disposições normativas da lei consumerista, valendo-se da supremacia do fornecedor nas relações de consumo para a concretização de objetivos arbitrários. Inicialmente, voltar-se-á a analisar o conceito de abusividade e como as práticas comerciais podem ser consideradas abusivas. Posteriormente, serão abordadas as normas jurídicas aplicáveis às relações de consumo, demonstrando como são afetadas pela obsolescência programada.

4.1 Práticas abusivas no código de defesa do consumidor

[116] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 449.
[117] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 457.

O abuso de direito é uma importante categoria do direito privado contemporâneo, e encontra-se tipificado tanto no CDC, quanto no Código Civil de 2002, o que leva ao diálogo entre as fontes. O artigo 187 do Código Civil traz o conceito de abuso de direito: "[...] comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. "[118] A ideia de que o titular de um direito pode não exercê-lo de forma regular, excedendo os limites impostos e causando prejuízos a outrem, fez com que a legislação brasileira direcionasse especial atenção às práticas abusivas, tipificando-as.[119]

As práticas comerciais são definidas por Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin como "[...] os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final, " de tal maneira que, podem ser consideradas práticas comerciais, todas as condutas voltadas ao escoamento de bens e serviços no mercado de consumo. As práticas incluem também, o marketing, a garantia e os serviços pós-venda.[120]

O CDC, regula as práticas abusivas em três artigos: 39, 40 e 41. Porém, as práticas comerciais que se pretende combater estão elencadas no artigo 39, de forma exemplificativa, pois outras práticas podem ser identificadas no texto legal, como por exemplo, o não fornecimento de peças de reposição por prazo razoável, para produtos cuja fabricação foi interrompida, conforme consta no artigo 32, parágrafo único, do Código. As práticas abusivas devem ser consideradas objetivamente, ou seja, independentemente da produção de dano efetivo ao consumidor devem ser tratadas como abusivas, pois são desleais e ferem princípios básicos do direito do

[118] BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

[119] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 598.

[120] BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 260.

consumidor, sendo o principal deles o princípio da boa-fé objetiva.[121] Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin conceitua as práticas abusivas nas relações de consumo como: "[...] a desconformidade com os padrões mercadológicos da boa conduta em relação ao consumidor. "[122] Daí, é possível depreender que a abusividade da prática está na inobservância dos preceitos que fundamentam a aplicação da legislação consumerista, excedendo os limites que são impostos para a proteção dos interesses do consumidor.

Na atual sociedade, entende-se o consumo menos como uma expressão da liberdade contratual e mais como uma necessidade humana. Dessa forma, verifica-se o abuso de direito na relação de consumo através do desequilíbrio entre os agentes, com a prevalência do fornecedor, que se aproveita de sua posição privilegiada para impor suas condutas, em detrimento do consumidor, que se encontra em posição vulnerável.[123]

Em sua redação original, o artigo 39 estabelecia: "É vedado ao fornecedor de produtos e serviços", e em seguida elencava uma série de práticas consideradas abusivas. Porém, houve uma alteração no texto legal e o rol expresso no artigo 39 do CDC passou a ser meramente exemplificativo, ou seja, não se limita somente às práticas nele expostas, conforme evidencia-se pelo uso da expressão "dentre outras práticas abusivas" em seu caput, o que deixa margem para o reconhecimento da abusividade de outras práticas, que devem ser igualmente reprimidas, por atentarem contra os ditames legais de proteção ao consumidor.[124]

Para Rizzatto Nunes, mesmo que a redação original do artigo 39 fosse mantida, sem referência a outras práticas abusivas além das elencadas, o rol deveria ser tido como exemplificativo, por tratar de condutas que violam os direitos do

[121] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: 2017, p. 600.
[122] BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 215.
[123] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 307.
[124] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 306-309.

consumidor. Para o autor, essa interpretação teleológica não decorre somente do sistema da lei consumerista, mas dos próprios direitos básicos do consumidor, que estão no artigo 6º do CDC.[125] Artigo este que dispõe, em seu inciso IV, que é um direito básico do consumidor: "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. "[126]

4.2 A violação aos princípios constitucionais

Em relação aos princípios constitucionais que incidem sobre a relação jurídica de consumo, destacam-se os princípios da função social da empresa e da sustentabilidade, que tem sua eficácia prejudicada com a prática da obsolescência programada.

Depreende-se que, conforme exposto no capítulo anterior, a aludida prática atenta contra o princípio da função social da empresa, na medida em que obsta a realização dos objetivos previstos pelo referido princípio. Por ser uma estratégia mercadológica com vistas a estimular o consumo repetitivo e gerar lucro, em detrimento da qualidade dos produtos oferecidos ao consumidor, do respeito às normas de proteção ao mesmo, da construção de uma sociedade sustentável, entre outros efeitos negativos, revela-se nitidamente como uma ferramenta para benefício dos interesses egoístas da empresa, afastando o caráter coletivo de suas ações e dificultando a harmonia entre os interesses de empresa e sociedade.

Por outro lado**,** o estímulo ao consumo repetitivo e ao descarte prematuro de produtos promovido pela obsolescência programada, como abordado anteriormente no tópico referente aos efeitos desta prática, contribuem para a não efetivação do princípio da sustentabilidade, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 225,

[125] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 603.

[126] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

caput, pois contrariam os ideais de desenvolvimento sustentável, priorizando o desenvolvimento econômico por si só e desprezando a esfera ambiental.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo, dentre os efeitos da obsolescência programada estão as assustadoras implicações ambientais. O que se busca com tal prática é o estímulo ao consumo em massa, o que leva ao crescimento econômico. Porém, o crescimento econômico não deve ser tido como o único indicador de desenvolvimento, tendo em vista que há outras variáveis que precisam também ser consideradas. Uma dessas variáveis é, sem dúvidas, a ambiental, todo desenvolvimento precisa ser sustentável, e, para alcança-lo, é necessário ter em mente que a proteção ao meio ambiente é parte do desenvolvimento. Não se pode impedir o desenvolvimento econômico, porém, este deve ocorrer, de acordo com os limites estabelecidos para os recursos naturais, evitando uma implosão do sistema. Para isso, são necessárias mudanças nos padrões atuais de consumo, eliminando práticas como a obsolescência programada. [127]

A esse respeito, traz-se o elucidativo pronunciamento de Édis Milaré:

> Tanto a proteção do meio ambiente como a proteção do consumidor são princípios da ordem econômica, nos termos da Constituição Federal de 1988. Isso quer dizer que, no plano constitucional, as duas esferas de preocupação (meio ambiente e consumidor) estão igualmente situadas, e funcionam como limites à livre iniciativa, uma vez que a ordem econômica se direciona para a ordem social, como afirmam os requisitos jurídicos e o ordenamento econômico-social a partir da Carta Magna.[128]

Além da enorme carga que se extrai do meio ambiente para a fabricação de cada vez mais produtos que satisfazem necessidades forjadas, impressiona a quantidade abundante de resíduos gerados pelo constante estímulo ao descarte e

[127] VARELA, Ana Maria Alves Rodrigues; CARVALHO, Vânia Ágda de Oliveira. *Eles querem te vender, eles querem te comprar*: A obsolescência programada como óbice ao desenvolvimento sustentável e à ética do consumo no século XXI. Revista de direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 136-152, jul. / dez. 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/1349/1779>. Acesso em: 02 set. 2017.

[128] MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: A gestão ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

consumo, conforme exposto no primeiro capítulo. A obsolescência psicológica provoca no consumidor o desejo pelo novo, o que consequentemente leva ao abrupto descarte de produtos, que muitas vezes estão em perfeitas condições. Já a obsolescência de qualidade fomenta o descarte quando projeta o produto para falhar prematuramente, ou quando promove sua irreparabilidade, não disponibilizando meios para que os bens possam ser consertados. O setor de eletrônicos é o mais visado pela obsolescência programada, e é justamente o lixo eletrônico o mais prejudicial para o meio ambiente, em decorrência das substâncias que o compõe, que se espalham violentamente, tendo em vista que são descartados de maneira incorreta, tanto por consumidores, quanto por fornecedores.

Dessa forma, a prática da obsolescência programada mostra-se abusiva, pois serve a um modelo de desenvolvimento voltado apenas ao acúmulo de capital e desatento às consequências nocivas que o consumo desmedido traz a sociedade e ao meio ambiente. O consumidor mais uma vez encontra-se em clara posição de vulnerabilidade, pois, com as fortes estratégias empregadas que o induzem ao ato de consumo, acaba cedendo à manipulação. Além disso, a falta de uma maior conscientização do consumidor sobre as consequências de suas ações no mercado, contribuem para o sucesso da estratégia da obsolescência programada.

4.3 A violação aos princípios consumeristas

Seguindo os apontamentos do capítulo anterior sobre a vulnerabilidade do consumidor, temos que, diante da prática da obsolescência programada essa condição é constatada. No caso da obsolescência de qualidade, o consumidor adquire o produto sem saber de sua predisposição à quebra, ou que será irreparável quando deixar de funcionar. Já no caso da obsolescência de função, adquire um produto esperando que será o mais atual durante um período razoável, mas é surpreendido pelo lançamento de novas versões num curto lapso temporal, o que reduz o valor econômico e funcional de seu bem ou faz cessar o suporte a ele, impossibilitando seu uso. Na obsolescência psicológica o consumidor é compelido a substituir seus

produtos em razão de incrementos superficiais nos novos lançamentos, o que ocorre por meio da publicidade, que atualmente está em todos os lugares e, não raramente, usa de abusividade para persuadir todos os tipos de consumidores, incluindo aqueles mais propensos às armadilhas do consumo, como crianças, que tem sua vulnerabilidade agravada.

A vulnerabilidade técnica contribui para o sucesso da obsolescência programada, pois o consumidor não tem noção do processo de produção, dos materiais utilizados e da real durabilidade dos bens que consome, uma vez que, todas essas informações pertencem ao fornecedor, que geralmente não as divulga. Assim, o consumidor fica à margem da vontade do fornecedor, que determina como serão produzidos e fornecidos seus produtos, podendo agir de maneira imoderada em desrespeito a algumas normas (regras ou princípios) previstas no ordenamento jurídico, tornando nítido o caráter abusivo da prática da obsolescência programada.

Em relação aos princípios consumeristas**,** a prática da obsolescência programada atenta contra o princípio da boa-fé objetiva que exige um comportamento leal e transparente de consumidores e fornecedores. No caso da obsolescência psicológica, quando há abusividade ou enganosidade na publicidade e marketing utilizados pelo fornecedor na promoção de seus produtos, influenciando-o a substituir seus produtos por outros que contam com alterações extrínsecas e superficiais, se está diante de uma clara violação ao princípio da boa-fé objetiva.

No caso da obsolescência de qualidade, ao fornecer produtos projetados para quebrarem ou falharem dentro de um curto espaço de tempo, vendendo-os como se aptos a durarem pelo tempo esperado, ou impedindo a reparação do aludido produto, pela falta de peças de reposição ou alto custo destas e dos serviços reparatórios, o fornecedor age em desconformidade com a boa conduta que dele se espera, impondo desvantagens excessivas ao consumidor, frustrando as expectativas legitimamente criadas, deixando-lhe a mercê de seus arbítrios e sendo, portanto, desleal em sua conduta. Assim, o consumidor não sofre apenas prejuízos econômicos, pois, da mesma forma é afetado moralmente.

Ocorre ainda a obsolescência de função, quando os produtos são disponibilizados na premência de tornarem-se obsoletos pelo lançamento de outros, privando o consumidor dessa informação e impedindo-o de fazer o melhor negócio possível. Além disso, destacam-se os casos em que um novo lançamento faz com que sejam interrompidas as atualizações e suprimentos destinados a versões antigas do produto. Ressalta-se o entendimento de Neves a esse respeito:

> Ora, conquanto seja natural ante o avanço tecnológico que novas plataformas substituam as antigas (mutatis mutandi, como os fornos a gás substituíram aqueles a lenha), ninguém compra um gênero eletrônico – normalmente de alto valor agregado – na expectativa de ter acesso a novidades por um bimestre. Mesmo em face da assombrosa velocidade da tecnologia, abandonar a antiga plataforma é retirar a prestabilidade do produto adquirido e pôr o consumidor em posição de excessiva desvantagem.[129]

A grande maioria dos casos ligados à obsolescência programada são julgados em Juizados Especiais. Porém, destaca-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 984.106-SC (2007/0207915-3), em que a Quarta Turma se manifestou sobre o tema, decidindo da seguinte forma:

> Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo.[130]

Ao se falar no princípio da informação, verifica-se que a prática da obsolescência programada viola tal direito no momento em que omite informações

[129] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 15.

[130] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 984.106 – SC (2007/0207915-3). Recorrente: Sperandio Máquinas e Equipamentos LTDA. Recorrido: Francisco Schlager. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 4 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1233586>. Acesso em: 07 set. 2018.

que seriam relevantes e aptas a influenciar o consumidor em suas decisões de consumo. Na obsolescência de função, o consumidor adquire um produto acreditando que será atual e útil durante um período razoável, mas que, em pouco tempo, torna-se obsoleto, através do lançamento de um novo, que traz inovações tecnológicas, reduzindo sua funcionalidade, em decorrência da interrupção do fornecimento de suporte e componentes para o produto antigo por parte do fornecedor, que sabe da iminência de um novo lançamento, mas oculta tal informação.

É o que se verifica, por exemplo, no Voto proferido pelo Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa em Recurso Inominado nº 2013.100261-0, da Primeira Turma de Recursos da Comarca da Capital/SC:

> 1. Trato de Recurso Inominado interposto contra decisão, fls. 54 – 57, que julgou procedente o pedido de condenação ao pagamento de indenização no valor do produto, R$3.354,93, formulado por M.M.G. em face de D.C.B. LTDA.
>
> A recorrente insurge-se contra a condenação.
>
> 2. O autor alega que o produto adquirido pelo site da ré, com o sistema operacional Windows Vista, tornou-se obsoleto com o lançamento do sistema operacional Windows 7, em apenas um mês. E, que diante do fato do programa de atualização não se estender ao seu produto, o autor não mais teria interesse no computador. Justificou o pedido indenizatório com base na ofensa ao direito de informação clara e precisa, do art. 6º, inciso III, do CDC.
>
> 3. Na forma do art. 6º, inciso III do CDC, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de suas características é um direito básico do consumidor. Portanto, o direito à informação é responsabilidade objetiva do fornecedor. Ora, é inverossímil que o recorrente estivesse devidamente informado da iminência da substituição do sistema operacional e decidiu deliberadamente adquirir o produto, para se ver frustrado no mês seguinte.
>
> 4. Destaque-se que o dever do fornecedor de prestar informação clara e precisa (art. 6º, inciso III, do CDC) se reforça e amplia na medida da complexidade do produto ou serviço. Em outras palavras, não se trata de objeto simples e de compreensão imediata das suas características. Um computador envolve uma complexidade de elementos,

> hardware e softwares, que demandam maior atenção ao dever de informação.
>
> Não basta a mera disponibilização de informações ininteligíveis ao leigo. A complexidade do produto, computador e softwares, demanda especial atenção ao dever de informação, em caráter objetivo. É da jurisprudência:
>
> "Ademais, o fornecedor somente se desincumbe de forma satisfatória do dever de informar quando os dados necessários à tomada de decisão pelo consumidor são por ele cognoscíveis. Não basta, portanto, dar a conhecer, disponibilizar, é preciso que o consumidor efetivamente compreenda o que está sendo informado"
>
> (TJRS, ACív n. º 70044971505, Des. Túlio de Oliveira Martins, j. 5/10/2011)
>
> Neste sentido, o vício de informação se caracteriza pela constatação do comportamento paradoxal do consumidor, independentemente dos dados estarem disponibilizados, afinal, é inverossímil que o consumidor, devidamente bem informado pelo fornecedor, se arrependa de imediato da aquisição de um produto que supostamente funciona como o planejado.
>
> 5. A prática de obsolescência programada é abusiva e fere o princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo e o direito básico à informação clara e precisa. É dever do fornecedor, em atenção à boa-fé contratual e as legítimas expectativas do consumidor, alertá-lo sobre a provável obsolescência do produto quando sabe inequivocamente da iminência de substituição ou atualização.
>
> A atualidade do produto ou serviço é característica de qualidade e valor, portanto insere-se dentre as informações essenciais do produto, cujo dever de prestá-las reflete atenção à direito básico do consumidor, na forma do art. 6º, inciso III, do CDC.[131]

Por outro lado, na obsolescência de qualidade, o consumidor não é informado de que o produto que está prestes a consumir foi deliberadamente planejado para se desgastar com facilidade e falhar em curto período, ou que apresentando falhas ou desgaste, não serão fornecidas peças para sua reparação, o que viola frontalmente o artigo 32, do CDC, que foi tratado no capítulo anterior, mas que será novamente

[131] BRASIL. Primeira Turma de Recursos da Comarca da Capital/SC. Recurso Inominado n. 2013.100261-0. Recorrente: Dell Computadores do Brasil Ltda. Recorrido: Maurício Machado Gonçalves. Relator: Juiz Alexandre Morais da Rosa. Capital, 07, de março de 2011. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/obsolescencia-programada-viola-direito-a-informacao-e-constitui-pratica-abusiva>. Acesso em: 30 jun. 2018.

discutido posteriormente. Também não há informação de que tais peças, quando fornecidas, custarão tanto quanto um novo produto. Portanto, há omissão de informações determinantes para as escolhas do consumidor, ou estas são disponibilizadas de forma insuficiente ou inadequada, burlando seu direito e prejudicando suas decisões de consumo.

Sobre o direito à informação e a durabilidade dos produtos, Bruno Miragem pronuncia-se no seguinte sentido:

> [...] considerando-se a obsolescência programada uma estratégia negocial, é inequívoca a legitimidade dos órgãos e instituições de defesa do consumidor e do meio ambiente para verificar seus efeitos. Tanto no tocante à transparência da política de informação dos fornecedores sobre o uso de matérias-primas e outras informações relevantes do processo de fabricação e oferta ao mercado, quanto do efetivo benefício ao consumidor, mediante redução de preços, assim como a apuração de outros custos sociais e ambientais decorrentes da prática.[132]

O Comitê Econômico e Social Europeu (CESE), sobre o ciclo de vida dos produtos e informação do consumidor, ao discutir a prática da obsolescência programada, apontou algumas medidas aptas ao combate desta. Entre tais medidas destacam-se as que se baseiam no direito à informação, propondo seu fortalecimento, conscientizando o consumidor e reduzindo sua vulnerabilidade, para que esteja melhor preparado e esclarecido sobre todos os aspectos dos produtos fornecidos, e, portanto, menos suscetível a condutas lesivas em seus atos de consumo.

Algumas das propostas do CESE ligadas ao direito à informação:

> O CESE defende que seja indicada a duração de vida ou o número de utilizações previstas dos produtos, para que o consumidor possa escolher com conhecimento de causa. É favorável à experimentação voluntária com a indicação de um

[132] MIRAGEM, Bruno. *Consumo sustentável e desenvolvimento*: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 74, jul. 2013 – dez. 2013, p. 242. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../consumo_sustentavel_e_desenvolvimento.pdf. >. Acesso em: 03 set. 2018.

> preço por cada ano previsto de duração de vida, a fim de encorajar a aquisição de produtos duráveis, devendo a duração de vida indicada ser controlada para evitar abusos em prejuízo do consumidor. Este poderia assim adquirir produtos mais caros no momento da compra, mas mais econômicos a prazo. Isso incentivaria as nossas empresas a produzir objetos mais duráveis. Uma tal indicação deve centrar-se na informação pertinente de que o consumidor precisa, e ser diferenciada consoante as categorias de produto, para evitar um excesso de informação em determinadas embalagens.
>
> [...] importa informar adequadamente os consumidores sobre o ciclo de vida mínimo dos produtos, o que é relevante para a decisão de compra. Neste contexto, serão bem-vindas iniciativas e atividades comerciais e empresariais voluntárias.[133]

A informação revela-se como um instrumento crucial no combate a obsolescência programada, e sua violação destaca a abusividade desta prática. Informações como a média de vida útil esperada para um produto e sua atualidade, são de suma importância para que o consumidor saiba o que está consumindo e possa optar pelos produtos que melhor lhe atendem, evitando futuras insatisfações e promovendo o consumo consciente. É nesse sentido que a legislação e jurisprudência brasileira posicionam-se, priorizando sempre o direito à informação como meio eficaz para enfrentar os recorrentes abusos praticados contra o consumidor.

Frisa-se ainda o Projeto de Lei 335/2015, já mencionado no capítulo anterior, de autoria do Deputado Rômulo Gouveia, e posteriormente alterado pelo relator Deputado Cabo Sabino, que está em tramitação. O Projeto objetiva alterar o texto dos artigos 31 e 32 do CDC, criando a obrigação para o fornecedor de veicular na oferta, manual de instruções ou certificado de garantia dos produtos que

[133] COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. "Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida". CMMI/12. Ciclo de vida dos produtos e informação ao consumidor. Relator Thierry Libaert e Correlator Jean Pierre Haber. Bruxelas, 17 de outubro de 2013, p. 2. Disponível em:<https://dm.eesc.europa.eu/eesc/2013/_layouts/WordViewer.aspx?id=/eesc/2013/10001999/1904/ces1904-2013_00_00_tra_ac/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc&DefaultItemOpen=1&Source=http%3A%2F%2Fdm%2Eeesc%2Eeuropa%2Eeu%2Feescdocumentsearch%2FPages%2Fopinionsresults%2Easpx%3Fk%3Dciclo%2520de%2520vida>. Acesso em: 02 set. 2018.

disponibiliza, o seu prazo de vida útil, para fins de se aferir o tempo razoável para o fornecimento de peças de reposição depois de terminada sua fabricação, iniciativa que seria de grande valia no combate à prática da obsolescência programada.[134]

4.4 A violação aos dispositivos do código de defesa do consumidor

A utilização da obsolescência programada de qualidade, com vistas a desestimular o a reparação de produtos, por meio da falta de peças de reposição no mercado, impedindo a continuidade de seu uso e induzindo o consumidor a recompra, sendo que poderia reparar o seu produto por um custo muito menor, caso houvessem peças de reposição, afronta o artigo 32 do CDC, tanto para produtos ainda em fabricação, quanto para aqueles que já deixaram de ser fabricados, mas ainda existem e são utilizados pelo consumidor. Ilustrando o tema em comento, tem-se o julgado a seguir, em que o consumidor adquiriu um aparelho de TV, que se tornou inútil em um ano e doze dias, em virtude de um vício, que não pôde ser reparado, em razão da ausência de componentes necessários:

> A parte autora adquiriu um aparelho de TV fabricado pela primeira ré, ora apelante, tendo a mesma apresentado defeito um ano e doze dias após sua aquisição, logo, doze dias após o término da garantia, vindo a procurar a assistência técnica autorizada, onde foi informada da extinção do prazo de garantia, tendo autorizado o serviço orçado pela mesma, e não logrando êxito em seu intento, face à ausência de peça de reposição, cuja responsabilidade cabe à fabricante, primeira ré, estando caracterizada a falha desta, quanto à tal responsabilidade, como previsto no artigo 32, do CPDC, o que gerou a determinação do juízo a quo, em sede de sentença, para que fosse dada ciência ao MP da tutela coletiva, vez que tal situação gera prejuízo a todos aqueles que adquiriram tal aparelho de TV.
>
> O fato é que a parte autora se viu com um produto imprestável em período muito inferior àquele previsto para sua vida útil, de 12 a 18 anos, conforme indicado no laudo pericial, laudo este não impugnado por qualquer das partes envolvidas na lide,

[134] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 335 de 2015. Disciplina a oferta de peças e componentes de veículo automotor de via terrestre ao consumidor. Brasília, 11 fev. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946596>. Acesso em: 02 set. 2018.

> tendo sido tal defeito proveniente de desgaste precoce do circuito/placa interno.
>
> O certo é que, independente da validade ou não do prazo de garantia do produto, é responsabilidade do fabricante, ora apelante, assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto, na forma do disposto no artigo 32, do CDC, devendo tal oferta ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei, o que não ocorreu nos presentes autos, vez que quando da ocorrência do defeito, ou seja, um ano e doze dias após a aquisição do produto, querendo a parte autora a sua reparação, a mesma se mostrou impossível face à inexistência das peças de reposição [...].[135]

É possível destacar ainda outra situação envolvendo a obsolescência de função. Em Recurso Inominado, julgado em abril de 2014, pela Primeira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi mantida a condenação da *Apple*, ao pagamento de indenização por danos materiais à recorrente, tendo em vista que " em face de novo software lançado pela ré, o seu aparelho iPhone 3G se tornou inutilizável, o que configura inegável dano ao consumidor. "[136]

O acórdão reconheceu o direito da recorrente, que percebeu que alguns aplicativos, tais como: WhatsApp e Instagram, que utilizava com frequência em seu aparelho, de repente pararam de funcionar. Foi então a uma loja da empresa ré para se informar sobre o mal funcionamento do aparelho e lhe foi dito que para que voltasse a funcionar normalmente o produto precisaria passar por uma atualização em seu software, para a versão IOS 4.3 ou superior. A recorrente então tentou atualizar o aparelho inúmeras vezes, porém sem sucesso, o que fez com que o

[135] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº.: 0006196-91.2008.8.19.0004. Quarta Câmara Cível. Apelante: Philips da Amazônia Indústria Eletrônica Ltda. Apelado: Almira Leandro de Souza Lima. Relator: Des. Sérgio Jerônimo Abreu da Silveira. Rio de Janeiro, 10, de outubro de 2011. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2011.001.49904>. Acesso em: 1 jun. 2018.

[136] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.: 71004479119. Primeira Turma Recursal. Recorrente: Leticia Soster Arrosi. Recorrido: Apple Incorporation. Relator Lucas Maltez Kachny, Rio Grande do Sul, 22, de abril de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2wyEnx4>. Acesso em: 02 set. 2018.

produto se tornasse imprestável. Nesse caso, a empresa foi condenada ao pagamento de valor equivalente à um novo aparelho para a recorrente.[137]

Assim, conforme manifestação do relator do referido recurso:

> [...] a ré torna obsoletos seus aparelhos antigos, mesmo que com pouco tempo de uso, e impõe aos seus consumidores a necessidade de adquirir um novo produto que suporte os novos programas operacionais que a requerida lança no mercado.
>
> Se trata de evidente prática abusiva e que lesa o direito do consumidor ao uso de seu aparelho antigo.[138]

O artigo 12, § 2º, do CDC, enuncia que: "O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. "[139] Portanto, não se pode impedir as empresas de atualizarem seus produtos, lançando novas versões destes, o que frearia o desenvolvimento tecnológico. Entretanto, o lançamento de novos produtos não deve acarretar o fim do suporte aos antigos lançamentos, configurando assim a prática da obsolescência programada, que fere o artigo 32 do CDC, e que apesar de fomentar o consumo, é abusiva e prejudicial ao consumidor que ao adquirir um produto tem a justa expectativa de usufruir dele por período razoável. Sob essa perspectiva se posiciona Laís Bergstein:

> Assim, a partir de uma análise teleológica da norma, conclui-se que, na hipótese de serem lançadas novas versões ou edições de produtos, os fornecedores deverão oferecer meios para que aqueles anteriormente adquiridos pelos consumidores permaneçam funcionando adequadamente até que precisem ser descartados em função de seu desgaste natural. As técnicas

[137] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.: 71004479119. Primeira Turma Recursal. Recorrente: Leticia Soster Arrosi. Recorrido: Apple Incorporation. Relator Lucas Maltez Kachny, Rio Grande do Sul, 22, de abril de 2014. Disponível em: < https://bit.ly/2wyEnx4>. Acesso em: 02 set. 2018.

[138] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.: 71004479119. Primeira Turma Recursal. Recorrente: Leticia Soster Arrosi. Recorrido: Apple Incorporation. Relator Lucas Maltez Kachny, Rio Grande do Sul, 22, de abril de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2wyEnx4>. Acesso em: 02 set. 2018.

[139] BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 29 mai. 2018.

> empregadas para burlar esta regra é que caracterizam a prática ilícita da obsolescência programada.[140]

Dentre as modalidades aqui tratadas, a obsolescência psicológica é a mais distante da abusividade, por ter como essência o estímulo do "desejo pelo novo", que é feito através da publicidade, que exerce papel crucial no comportamento do consumidor, influenciando ou determinando suas ações.

É sabido que a obsolescência psicológica atua no emocional do consumidor, despertando nele o desejo de dispor de seus objetos antigos, fazendo-os parecerem ultrapassados, para adquirir novos que aparentam ser mais modernos, por alterações superficiais, geralmente estéticas, em seu design. A questão reside em determinar até que ponto a publicidade que promove a obsolescência psicológica é abusiva. A promoção de um novo produto, comparando-o aos antigos e ressaltando suas qualidades exclusivas não revela nenhuma abusividade e, portanto, não é ilícita. Por outro lado, publicitar um produto, ridicularizando aqueles que não o possuem, ou que possuem produtos similares, mas obsoletos, incide na abusividade proibida pelo CDC.[141]

No entanto, a publicidade abusiva ou enganosa não está adstrita somente aos casos de obsolescência psicológica. Do mesmo modo, a promoção de um produto obsoleto, ou do qual se tenha conhecimento de que se tornará obsoleto em curto espaço de tempo, por meio de campanhas publicitárias, quando estas informações não constam na campanha, configuram omissão de informações determinantes e por consequência são consideradas publicidade enganosa. É o que ocorre na

[140] BERGSTEIN, Laís Gomes. *Obsolescência programada*: breves notas. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI173165,81042-Obsolescencia+programada+breves+notas>. Acesso em: 02 set. 2018.

[141] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 17.

obsolescência de função, em que são suprimidas informações relativas a atualidade dos produtos, conforme traz o julgado mencionado anteriormente.[142]

No mesmo caminho, no que se refere a obsolescência de qualidade, a publicidade é utilizada para induzir o consumidor a adquirir determinados produtos, desconhecendo o encurtamento de sua vida útil, ou a impossibilidade de sua reparação, sendo portanto, enganosa, tendo em vista a omissão de informações determinantes, que se fossem divulgadas, certamente influenciariam o consumidor em sua tomada de decisão.[143]

Neste enfoque, diante dos casos apresentados, fica exposta a abusividade da prática da obsolescência programada, que, apesar de não estar expressamente tipificada como tal, ao ser utilizada, viola os princípios e direitos do consumidor apontados no decorrer do trabalho, aproveitando-se de sua fragilidade e transgredindo os limites impostos a superioridade do fornecedor. Apesar de ser uma prática de difícil constatação, é inegável que, devido aos seus efeitos lesivos, precisa ser enfrentada e combatida. Nesse sentido, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Felipe Salomão pronuncia-se de forma esclarecedora:

> Vivemos em uma sociedade pós-moderna, de massa, de consumo de massa, onde tudo é induzido a ter vida curta, onde há necessidade de se trocar frequentemente os produtos. É necessário estabelecer um meio-termo: não barrar a evolução tecnológica, a evolução do design, a evolução das coisas como naturalmente ocorre em um regime capitalista, e, ao mesmo tempo, assegurar ao consumidor seus devidos direitos.[144]

---

[142] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2018, p. 17.

[143] CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. *A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e da tutela do consumidor.* Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_22860424_A_OBSOLENCIA_PROGRAMADA_NA_PERSPECTIVA_DA_PRATICA_ABUSIVA_E_A_TUTELA_DO_CONSUMIDOR.aspx>. Acesso em: 06 set. 2018

[144] RODAS, Sérgio. CDC deve proteger consumidor da obsolescência programada, diz ministro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/cdc-combater-obsolescencia-programada-ministro-salomao>. Acesso em: 03 set. 18.

Ante o exposto, faz-se necessário fortalecer o direito à informação do consumidor, qualificando suas decisões de consumo, a fim de que consuma de forma consciente, filtrando os fornecedores que melhor se comportam no mercado. Em segundo lugar, é essencial reconhecer a vulnerabilidade do consumidor diante de tal prática, já que consumir é uma necessidade, e o fornecedor detém o poder de decidir como serão fabricados seus produtos, o que deixa o consumidor sujeito a abusos e violações a seus direitos, em desrespeito às imposições legais que visam protegê-lo.

5 CONCLUSÃO

A prática da obsolescência programada surgiu e se aperfeiçoou no mercado de consumo juntamente com a necessidade de ampliação da demanda por novos produtos, destinando-se não ao atendimento das necessidades dos consumidores, mas às necessidades do próprio mercado. A partir desse entendimento, tal estratégia mercadológica reduz a durabilidade dos produtos, promovendo o consumo em série e revelando-se como um dos pilares da atual sociedade hiperconsumista da qual fazemos parte.

Sob essa ótica, a obsolescência programada manifesta-se de diferentes formas, a fim de abarcar o maior número de relações de consumo possíveis, porém, sempre com o mesmo objetivo, estimular o consumo repetitivo. A obsolescência de função ocorre quando um produto se torna menos funcional, ou sofre depreciação em seu valor econômico em decorrência do lançamento de um novo modelo, com pequenas modificações. Por outro lado, a obsolescência psicológica age no subconsciente do consumidor, induzindo-o, por meio de estratégias de marketing e publicidade, a substituir seus produtos, em pleno funcionamento, por novos, que contam com alterações superficiais em seu design. Por fim, temos a obsolescência de função, que se mostra como a mais perniciosa para o consumidor, uma vez que consiste na deliberada redução da vida útil dos produtos, seja pelo emprego de materiais a se desgastarem ou falharem prematuramente ou pela irreparabilidade do produto ao apresentar vícios, seja pela ausência de componentes no mercado, ou

pelo alto custo destes, o que estimula a substituição do produto ao invés de seu reparo.

Portanto, a referida prática é utilizada com vistas a impor o ato de consumo, imprimindo um ritmo frenético na substituição de bens de consumo e atendendo aos anseios dos fornecedores. Entretanto ressaltam-se os impactos negativos que gera em diferentes setores da sociedade. Dentre tais efeitos salientam-se os danos ambientais ocasionados pela superprodução, que retira sua matéria prima do meio ambiente de forma imoderada, além dos prejuízos gerados pelo descarte incorreto de resíduos, que tem crescido a níveis alarmantes, tendo em vista a rapidez com que os bens são consumidos e descartados atualmente.

Verificados os aspectos que contribuem para o surgimento e consolidação da obsolescência programada, além dos malefícios por ela causados, o presente trabalho tratou de expor os institutos presentes no ordenamento jurídico nacional capazes de afirmar seu caráter abusivo. Ao se analisar o ordenamento jurídico brasileiro, percebeu-se que, a referida prática viola princípios constitucionais, consumeristas e dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que constituem verdadeiras bases para a harmonização das relações de consumo e proteção aos direitos do consumidor.

Com relação aos princípios constitucionais estudados, tem-se que, tal prática fere os princípios da sustentabilidade e função social da empresa, ambos previstos na Lei Maior. Conforme abordado anteriormente, os danos ambientais causados são preocupantes, e tendem a crescer com a perpetuação dos estímulos ao consumo desenfreado. Tais estímulos obstaculizam o desenvolvimento sustentável, que se baseia no crescimento de todos os setores da sociedade, observando todas as variáveis existentes, não só a econômica, como também a ambiental, evitando um desequilíbrio que leve a uma implosão do sistema. No segundo caso, a empresa tem papel fundamental na sociedade contemporânea, pois traz soluções e oportunidades para seu meio, sendo importante agente de desenvolvimento social. Porém, entre seus objetivos principais está a obtenção de lucro, que é viabilizado por práticas

como a obsolescência programada. Dessa forma, diante dos impactos negativos dessa prática, tem-se que, é preciso conciliar os objetivos da empresa com o papel que exerce sobre a sociedade, minimizando os prejuízos provocados por sua atividade.

No âmbito da legislação consumerista, especificamente no principal diploma legal voltado a defesa do consumidor, tem-se a violação aos princípios da vulnerabilidade, informação e boa-fé objetiva. A vulnerabilidade do consumidor é pressuposto absoluto para a aplicação das leis que visam sua proteção e defesa. Partindo da constatação de que as relações de consumo são naturalmente desequilibradas, com o fornecedor em posição de supremacia, e o fornecedor em situação de fragilidade, os recursos do direito consumerista voltam-se à harmonização dessa relação e repressão de eventuais abusos contra o polo mais frágil.

A informação é um direito básico previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, e a principal ferramenta a ser utilizada no combate à obsolescência programada, uma vez que o consumidor vai ao mercado e opta pelo que consumir baseado nas informações que lhe são fornecidas. Ante o exposto, ao se valer da prática da obsolescência programada, o fornecedor, que detém o poder sobre o processo produtivo, omite informações relevantes e determinantes para as decisões de consumo, aproveitando-se do fato de que o consumidor não detém conhecimentos técnicos a esse respeito, ficando à mercê da utilização de estratégias que decretam antecipadamente o fim da vida útil de seus produtos, sendo, portanto, lesivas aos seus direitos. É razoável esperar que informações relativas à durabilidade e atualidade dos produtos sejam de fácil acesso ao consumidor, evitando posterior frustração das expectativas criadas por ele. Essa é a posição adotada pelos órgãos julgadores em recorrentes decisões que se referem a obsolescência programada como prática abusiva.

Nesse sentido, o poder legislativo tem se movimentado para o fortalecimento do direito à informação do consumidor, exigindo que sejam veiculadas informações

referentes à expectativa de vida útil dos produtos, de modo a criar relações de consumo mais equilibradas, com consumidores mais esclarecidos e podendo optar conscientemente por aquilo que melhor lhes atende.

O direito à informação advém do princípio da boa-fé objetiva, que tem como finalidade a promoção da lealdade e transparência entre os agentes nas relações de consumo, repreendendo atitudes prejudiciais, que visem ludibriar ou se aproveitar da vulnerabilidade do consumidor. Tal princípio é visivelmente afetado pela prática da obsolescência programada, já que se vale da vulnerabilidade do consumidor, frustrando suas expectativas, omitindo informações relevantes e infligindo desvantagens manifestamente indevidas no momento em que impõe o ato de consumo.

Faz-se necessário promover a transparência e confiança nas relações de consumo, cumprindo com as premissas do princípio da boa-fé objetiva e amenizando o desequilíbrio entre os polos, objetivos claros da Política Nacional das Relações de Consumo, disposta no artigo 4º, do CDC. Deve-se repreender a irreparabilidade dos produtos, causada pela ausência de meios de reparação, o que desencoraja o consumidor a prosseguir utilizando seus produtos e fomenta o descarte inconsciente e posterior consumo de novos bens. Além disso, é imprescindível atentar para a publicidade abusiva, pois fomenta o consumo desmedido, e no ímpeto de vender os produtos a todo custo, suprime informações relevantes ao consumidor, sendo uma importante ferramenta para o sucesso da obsolescência programada. Inobstante, em virtude do atual dinamismo de informações, a publicidade alcança todos os tipos de consumidores, incluindo aqueles com vulnerabilidade acentuada, como crianças, que acabam moldadas pela indústria, tornando-se agentes de consumo precocemente.

Diante de todo o exposto, o que deve ser perseguido é o equilíbrio entre os objetivos dos fornecedores, de maximizarem seus ganhos, e dos direitos dos consumidores, de consumirem produtos que estejam de acordo com suas expectativas e em conformidade com o prometido em suas ofertas. Não se pode frear o progresso tecnológico, o que, para a sociedade, seria tão prejudicial quanto a

obsolescência programada. Destarte, a abusividade da prática da obsolescência programada, resta confirmada, pois, ainda que não esteja expressamente tipificada no Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva, infringe regras e princípios de proteção ao consumidor, excedendo os limites impostos à atuação do fornecedor no mercado de consumo. Contudo, tal prática pode ser enfrentada e reprimida, através do fortalecimento e efetivação de direitos básicos do consumidor, a fim de garantir a harmonização das relações de consumo.

REFRENCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN. Antonio Herman de Vasconsellos e. *O controle jurídico da publicidade*. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, vol. 3, p. 01-44, abr. 2011b. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>.

BERGSTEIN, Laís Gomes. *Obsolescência programada*: breves notas. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI173165,81042-Obsolescencia+ programada+breves+notas>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 335 de 2015. Disciplina a oferta de peças e componentes de veículo automotor de via terrestre ao consumidor. Brasília, 11 fev. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946596>.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1190. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. Primeira Turma de Recursos da Comarca da Capital/SC. Recurso Inominado n. 2013.100261-0. Recorrente: Dell Computadores do Brasil Ltda. Recorrido: Maurício Machado Gonçalves. Relator: Juiz Alexandre Morais da Rosa. Capital, 07, de março de 2011. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/obsolescencia-programada-viola-direito-a-informacao-e-constitui-pratica-abusiva>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 984.106 – SC (2007/0207915-3). Recorrente: Sperandio Máquinas e Equipamentos LTDA. Recorrido: Francisco Schlager. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 4 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1233586>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº.: 0006196-91.2008.8.19.0004. Quarta Câmara Cível. Apelante: Philips da Amazônia Indústria Eletrônica Ltda. Apelado: Almira Leandro de Souza Lima. Relator: Des. Sérgio Jerônimo Abreu da Silveira. Rio de Janeiro, 10, de outubro de 2011. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2011.001.49904>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.: 71004479119. Primeira Turma Recursal. Recorrente: Leticia Soster Arrosi. Recorrido: Apple Incorporation. Relator Lucas Maltez Kachny, Rio Grande do Sul, 22, de abril de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2wyEnx4>.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. *A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e da tutela do consumidor*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_22860424_A_OBSOLENCIA_PROGRAMADA_NA_PERSPECTIVA_DA_PRATICA_ABUSIVA_E_A_TUTELA_DO_CONSUMIDOR.aspx>.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo; ALVARES, Juliana P. de Almeida. *O dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e a inclusão social dos deficientes visuais.* Revista Mestrado em Direito, Osasco, n. 2, p. 123-143, 2007. Disponível em: <http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2007/vol7/no2/7.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. "*Por um consumo mais sustentável*: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida". CMMI/12. Ciclo de vida dos produtos e

informação ao consumidor. Relator Thierry Libaert e Correlator Jean Pierre Haber. Bruxelas, 17 de outubro de 2013, p. 2. Disponível em:<https://dm.eesc.europa.eu/eesc/2013/_layouts/WordViewer.aspx?id=/eesc/2013/10001999/1904/ces1904-2013_00_00_tra_ac/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc&DefaultItemOpen=1&Source=http%3A%2F%2Fdm%2Eeesc%2Eeuropa%2Eeu%2Feescdocumentsearch%2FPages%2Fopinionsresults%2Easpx%3Fk%3Dciclo%2520de%2520vida>.

CORNETTA, William. *A obsolescência como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos e a fragilidade do CDC para combater esta prática*. 2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19874/2/William%20Cornetta.pdf>.

COSTA, Daniela Viegas da; TEODÓSIO, Armindo dos Santos de Sousa. *Desenvolvimento sustentável, consumo e cidadania*: um estudo sobre a (des)articulação da comunicação de organizações da sociedade civil, do Estado e das empresas. Revista de Administração Mackenzie, São Paulo, v. 12, p. 114-145, mai./jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ram/v12n3/a06v12n3.pdf>.

DANNORITZER, Cosima. *Comprar, tirar, comprar*: a história secreta da obsolescência programada. Documentário. Espanha: Arte France – Televisión Española, Televisión de Catalunya em coprodución com Article Z media 3.14, 2010. Duração: 52 min. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>.

Declaração do Rio de Janeiro. *Estud. av.*, São Paulo, v. 6, n. 15, p. 153-159, ago. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013&lng=en&nrm=iso>.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, vs. 2-4, 1998.

EFING, Antônio Carlos. et al. *Reflexões sobre o tratamento jurídico da obsolescência programada no Brasil*: Implicações ambientais e consumeristas. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 21, n. 3, p. 1266-1292, set./ dez. 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9698/5449>.

El Tiempo. Francia abre uma investigación a Epson por ‘obsolescencia programada’. Disponível em: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-

tecnologia/investigacion-a-epson-por-obsolescencia-programada-en-francia-165940>.

Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 3 de maio de 1989, p. 1663.

FRANCO, Marielza Brandão. *O Superendividamento do Consumidor*. Fenômeno Social que Merece Regulamentação Legal. Revista do Instituto Brasileiro de Direito, Ano I, n. 10, p. 6033-6053, 2012. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6033_6053.pdf>.

FRASÃO, Stanley Martins. *A responsabilidade civil do administrador da sociedade limitada.* Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Ciclo de vida de eletroeletrônicos*. Outubro 2013. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/testes_pesquisas/pdfs/market_analysis.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2018.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa. *Política Nacional de Resíduos Sólidos*: O Direito dos Novos Tempos. Curitiba: Juruá, 2015.

LEONARD, Annie. *A história das coisas*: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade* – função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAZUR, Paul M. *American prosperity*: its causes and consequences. London: Jonathan Cape. 1928.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro, v.1*: empresa e atuação empresarial. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: A gestão ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Consumo sustentável e desenvolvimento*: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 74, jul. 2013 – dez. 2013, p. 242. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../consumo_sustentavel_e_desenvolvimento.pdf. >. Acesso em: 03 set. 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A obsolescência programada:* desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A urgência da educação ambiental*. Revista brasileira de direito municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 16, n. 58, p. 7-9, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>.

PACKARD, Vance. *Estratégia do desperdício*. São Paulo: IBRASA, 1965.

PACKARD, Vance. *The waste makers*, 1961.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista*: Políticas públicas de educação para o consumo sustentável. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, 69-92, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/fb2d5e70eb477493b1590ed4401d8276.pdf>.

PRÔA, Ana Lúcia et. al. (Ed.). Pesquisa: Garanti – 45% dão defeito antes de dois anos. Revista ProTeste, Rio de Janeiro, ano XIII, n. 139, p. 26-28, set. 2014.

RODAS, Sérgio. *CDC deve proteger consumidor da obsolescência programada, diz ministro*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/cdc-combater-obsolescencia-programada-ministro-salomao>.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. *A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder*: Perspectivas jurídicas do consumismo. Revista Quaestio Iuris, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. p. 1771-

1786. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252/18870>.

SCHWARTZ, Fabio. *Direito do consumidor*: Tópicos & Controvérsias. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

SILVA. Júlio C. Augusto da. *Aspectos subjetivos do consumo e implicações no impacto ambiental*. In: I ENCONTRO DE SUSTENTABILIDADE EM PROJETO – ENSUS, 2007, Santa Catarina. Anais. p. 01-08. Balneário Camboriú: 2007. Disponível em: <http://ensus2007.paginas.ufsc.br/artigos-ensus-2007/>.

SLADE, Giles. *Made to Break* – Technology and Obsolescence in America. First Harvard University Press Paperback edition, 2006.

SOUZA, Moutari Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie*: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito do consumidor*, volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *O objetivo da transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo*. Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

UTTERBACK, James M. *Mastering the Dynamics of Innovation*. Harvard Business School Press, 1996.

VARELA, Ana Maria Alves Rodrigues; CARVALHO, Vânia Ágda de Oliveira. *Eles querem te vender, eles querem te comprar*: A obsolescência programada como óbice ao desenvolvimento sustentável e à ética do consumo no século XXI. Revista de direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 136-152, jul. / dez. 2016. Disponível em: < http://indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/1349/1779 >.

VIO, Daniel de Avila. *O poder econômico e a obsolescência programada de produtos*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 43, n. 133, p. 193-202, jan.-mar. 2004, p. 193-194.

ZAMBON, Antônio Carlos et al. *Obsolescência acelerada de produtos tecnológicos e os impactos na sustentabilidade da produção*. RAM, Rev. Adm. Mackenzie, São Paulo, v. 16, n. 4, p. 231-258, ago. 2015. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712015000400231>.

Ciências Criminais

ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Júlia Vale Maciel

RESUMO

O presente trabalho irá abordar o tema da execução provisória da pena dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A possibilidade da aplicação da execução provisória da pena é uma questão que vem sendo discutida bem antes de 2009 por todos os juristas e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Os pontos mais relevantes do tema do presente trabalho são se a execução provisória da pena viola ou não o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, se tal artigo deve ser interpretado de forma literal ou extensiva e como devem ser aplicadas todas as normas previstas no ordenamento jurídico penal que abordam matérias sobre a execução da pena. Para expor tais pontos, entre outros, será feito uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, juntamente com entendimentos de doutrinadores contra e a favor da execução provisória da pena. Dessa forma, será possível ter uma visão ampla de ambos os lados para ao fim concluir qual o melhor momento para se iniciar o cumprimento da pena.

Palavras-chave: execução provisória da pena. princípio da presunção de inocência. caminhos da persecução penal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a execução provisória da pena, que, segundo, o Supremo Tribunal Federal (STF) pode ser aplicado após a confirmação da condenação em 2ª instância.

Entende-se que tal tema tem relevante importância, pois a constitucionalidade da aplicação da execução provisória da pena após a confirmação da condenação em 2ª instância vem sendo questionada em discussões no STF e está tendo repercussão na vida de muitos réus e na própria sociedade.

O questionamento quanto à constitucionalidade da execução provisória da pena se justifica pela necessidade de esclarecimento se tal prisão viola ou não o que é previsto no art. 5º, VLII, da Constituição Federal (CF), com relação ao trânsito em julgado e ao princípio da presunção de inocência, pois diante de uma interpretação literal desse artigo entende-se que o acusado só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, o réu só poderá cumprir a pena após o exaurimento dos recursos cabíveis.

Assim, já de início, pode-se perceber que a execução provisória da pena tem intensa relação conflituosa com o princípio da presunção de inocência, visto que ambos possuem conteúdo controversos, cujos aspectos serão analisados no presente trabalho.

Dessa forma, o primeiro capítulo deste trabalho será reservado para tratar sobre o princípio da presunção de inocência, visando expor sua extensão no ordenamento jurídico nacional e internacional. Nesse capítulo será apresentado em quais ordenamentos, leis ou tratados pode ser encontrado o princípio da presunção de inocência.

O segundo capítulo será destinado para a apresentação e explicação dos ritos processuais penais e seus principais recursos cabíveis durante a persecução penal. Nesse capítulo será possível construir mentalmente uma visão como um todo de todos os ritos processuais penais e qual a função, efeitos e objetivos de cada recurso.

Após a leitura do primeiro e do segundo capítulo, será possível ter compreensão acerca da importância do princípio da presunção de inocência no processo penal e como se dá a persecução penal e seus principais recursos.

Por fim, no terceiro capítulo, após uma breve explicação cronológica acerca da jurisprudência do STF sobre o tema em questão, serão analisados todos os argumentos a favor e contra a execução provisória da pena, ambos terão como fonte decisões do Supremo Tribunal Federal, dando mais enfoque nos julgamentos do *Habeas Corpus* (HC) 84.078-7/MG e 126.292/SP/SP, e os posicionamentos de doutrinadores e juristas acerca do tema.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 A extensão da presunção de inocência dentro do ordenamento jurídico

O princípio da presunção de inocência tem seu marco inicial no final do século XVIII, na Europa Continental, período em que surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, pois o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia,[1] isto é, o acusado era tido como um objeto no processo penal e não possuía qualquer garantia[2].

Assim, durante o período inquisitório, quando havia dúvida quanto à culpabilidade do acusado, presumia-se a favor da culpabilidade, pois a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e consequentemente uma pena leve.[3]

O ato de insurgir-se contra o sistema inquisitório significou proteger o cidadão do arbítrio do Estado, que sempre o presumia, como regra, culpado.[4] A proteção do cidadão também ganhou força em virtude da Revolução Francesa que fez surgir o diploma dos direitos e garantias fundamentais do homem, a Declaração

[1] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[2] FILHO, Fernando Tourinho. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
[3] LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[4] RANGEL, Paulo, *op. cit.*

dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.[5] Nesse diploma o princípio da presunção de inocência ficou previsto da seguinte forma:

> Artigo 9º: **Todo o homem é considerado inocente**, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.[6]

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência passou a instituir que o acusado fosse tratado com mais dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção. Após a consagração do princípio da presunção de inocência na Declaração de Direitos Humanos do Homem e do Cidadão, ele foi previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948, e também consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil.[7]

O princípio da presunção de inocência, como o próprio nome já diz, garante que toda pessoa seja considerada inocente até que seja provado o contrário. Segundo o doutrinador Pacelli, tal entendimento impõe duas regras específicas em relação ao acusado: a primeira, se refere a forma de tratamento que acusado deverá ter ao longo do iter persecutório, qual seja o de momento nenhum sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação[8]; a segunda, se refere ao ônus da prova, que fica sob a responsabilidade do Ministério Público ou da parte acusatória, no caso de a ação penal ser privada.[9] Em relação ao ônus da prova, a defesa estaria apenas responsável em demonstrar a eventual incidência de excludentes de ilicitude e culpabilidade.[10]

---

[5] RANGEL, Paulo, *op. cit.*
[6] FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 26 fev. 2018. (grifei)
[7] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[8] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[9] NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal: Esquemas & sistemas*. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015.
[10] PACELLI, Eugênio, *op. cit.*

As duas regras específicas que Pacelli estabelece se misturam na dimensão interna do processo penal, definida por Aury Lopes em seu livro sobre processo penal. Lopes explica[11] que o dever de tratamento atua na dimensão interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna está presente o entendimento que a carga da prova é inteiramente do acusador e que a dúvida deve conduzir a absolvição do acusado, ou seja, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Sendo assim, a presunção de inocência impõe, na dimensão interna ao processo, regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz.

Na dimensão externa ao processo, Lopes explica que, devido ao princípio tratado, há a proteção contra a publicidade abusiva, visto que a publicidade deve ser retida para evitar que haja um "bizarro espetáculo" acerca do fato criminoso e a estigmatização precoce do acusado. Ele também esclarece que esse princípio deve ser utilizado como limitação ao poder midiático em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial[12].

Em sua obra Processo Penal, Nucci afirma que a presunção de inocência gera dois efeitos práticos[13]:

> a) o ônus da prova pertence à acusação, bastando ao réu negar a prática da imputação ou, simplesmente, invocar o seu direito ao silêncio;
>
> b) as medidas cautelares restritivas da liberdade, do patrimônio ou da intimidade devem ser decretadas com zelo e rigor, somente em situações efetivamente necessárias.

O principal foco desse princípio é a inocência que, para esse autor, é o estado natural do ser humano, ou seja, a pessoa nasce inocente e permanece nesse estado por toda a vida, a menos que o Estado comprove que ela tenha cometido alguma infração penal e, consequentemente, haja uma definitiva condenação criminal contra

[11] LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[12] LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[13] NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal: Esquemas & sistemas*. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015..

ela. Importante ressaltar que, essa definitiva condenação criminal deve ser acompanhada do trânsito em julgado do processo penal para que haja o afastamento absoluto do princípio da presunção de inocência especificamente no caso em concreto, isto é, da infração penal em foco no processo[14].

Nucci classifica o estado de inocência como indisponível, irrenunciável e que constitui parte integrante da natureza humana, sendo merecedor de absoluto respeito, visto que é amparado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é um princípio essencial utilizado para limitar o *jus puniendi*[15].

Embora afirme-se que a intervenção estatal deve ser mínima, visto que a inocência é o estado natural da pessoa, pode-se também afirmar que o princípio da presunção de inocência não se trata de preceito absoluto, sendo assim, possível a aplicação de prisões cautelares e de medidas invasoras à intimidade, desde que sejam visualizadas como autênticas exceções.[16]

Corroborando o entendimento anterior, o doutrinador Pacelli alega que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deve ser revestida de natureza cautelar, juntamente com a imposição de ordem judicial devidamente motivada[17]

Sobre a aplicação de cautelares, a doutrinadora Ana Flavia Messa diz que a prisão processual não ofende o princípio da presunção de inocência, quando é decretada a título cautelar para possibilitar o desenvolvimento do processo e de forma fundamentada. [18]

O doutrinador Guilherme Nucci, em sua obra sobre os princípios constitucionais penais[19] explica que o princípio da presunção de inocência é um

[14] *Id*, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
[15] NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*
[16] NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*
[17] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[18] MESSA, Ana Flavia. *Curso de direito processual.* Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[19] NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

desdobramento lógico do princípio da dignidade da pessoa humana. É com força do princípio da presunção de inocência que haverá a busca de enaltecer o ser humano no processo penal, resguardando a segurança pública na exata proporção da necessidade.[20]

2.2 O princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da presunção de inocência, é um princípio constitucional processual explícito, concernente ao indivíduo[21], e está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.[22]

Cabe ressaltar aqui que o trânsito em julgado, segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, é uma expressão utilizada para indicar que não cabe mais recurso contra decisão judicial. Sendo assim, não podendo mais haver interposição de recurso, a decisão judicial passa a ser considerada como definitiva[23], que sendo condenatória pode ensejar o cumprimento da pena aplicada no caso em concreto pela sentença.

O citado artigo impõe que toda privação de liberdade deve ser revestida de caráter cautelar, com ordem judicial devidamente motivada.[24] Essa motivação deve ser sempre amparada por fundamentação cautelar, devendo sempre a prisão ser tratada como exceção, isso é, em caráter temporário ou preventivo.

---

[20] *Ibid*.
[21] *Id, Processo penal: Esquemas & sistemas*. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015.
[22] BRASIL. *Constituição Federal* (de 22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. 01 mar. 2018.
[23] Brasil. *Tribunal de Justiça do Distrito Fderal e Territórios*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/informacoes/vocabulario-juridico/entendendo-ojudiciario/trânsito-em-julgado>. Acesso em: 14 mar. 2018.
[24] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Destaca-se que a prisão provisória não fere o princípio previsto no art. 5º LVII, da CF, e que tal entendimento já é sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Vejamos:

> Súmula 09 - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.[25]

A fundamentação cautelar, para que haja a prisão temporária ou a preventiva, deve estar sempre em consonância com o artigo 282, do Código de Processo Penal (CPP), que contém a seguinte redação:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.[26]

O artigo acima citado, também prevê, em respeito ao princípio da presunção de inocência, o instituto do trânsito em julgado e que sem ele ninguém pode ser preso, ou seja, a lei brasileira veda expressamente a execução provisória da pena[27].

O Doutrinador Guilherme Nucci[28] alega que as prisões cautelares surgem como firmes disposições estatais para preservar a instrução criminal idônea, jamais podendo serem decretadas no intuito de antecipar a aplicação da pena. O autor Pacelli ressalta que, embora haja a vedação da execução provisória, é possível haver exceções ao princípio da presunção de inocência, em virtude de situações e contexto absolutamente excepcionais, ou seja, predomina-se o entendimento de que o Direito é regras, mas também é exceção.[29]

---

[25] BRASIL. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[26] BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[27] PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

[28] NUCCI, Guilherme de Souza. Processo penal: Esquemas & sistemas. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015.

[29] PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Além da proibição de decretar medidas cautelares com o intuito de executar provisoriamente a pena, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) entendeu que as medidas cautelares também não podem ser decretadas por motivos de ordem pública de forma genérica. Assim é a jurisprudência do TJ/RS:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. **AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CRITÉRIOS INCONSTITUCIONAIS**. {...} 2. PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA DE MODO GENÉRICO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INADMISSIBILIDADE. É inconstitucional utilizar a prisão provisória como pena antecipada para satisfazer o clamor público ou para lograr credibilidade às instituições, bem como pela alegação da garantia à ordem pública baseada apenas na gravidade do delito, porquanto viola o sistema constitucional de direitos fundamentais estruturado nas cláusulas do devido processo legal, presunção de inocência e proporcionalidade. Jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. CONCEDERAM A ORDEM. UNÂNIME.[30]

Outro ponto importante sobre o princípio em questão é que ele impõe que o ônus probatório seja da acusação. Essa imposição é prevista no artigo 156, do Código de Processo Penal, que prevê que a prova da alegação incumbirá a quem fizer, ou seja, caberá à acusação o ônus de provar o que alega contra o acusado. O Superior Tribunal de Justiça segue a mesmo entendimento. Vejamos:

> RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. {...} 9. **O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla**

[30] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus. HC 70035687532/RS. Terceira Câmara Criminal. Paciente: Pamela Tais Gomes Machado. Relator: Des. Odone Sanguiné. Porto Alegre, 06 de maior de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=HC+70035687532&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_ndex&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 26 mar. 2018. (grifei)

> **defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação** -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. {...} TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.[31]

2.3 A adequada nomenclatura para o princípio da presunção de inocência

Acerca da terminologia do princípio da presunção de inocência há algumas discussões sobre qual seria a mais adequada. Há doutrinadores brasileiros que entendem que a melhor terminologia seria "presunção da não-culpabilidade", outros entendem que o melhor seria "presunção de inocência" mesmo e outros que entendem que ambas as terminologias são adequadas.

Os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues afirmam que o princípio da presunção de inocência é equivalente à nomenclatura princípio de não-culpabilidade, mesmo ambos concordando que a redação do art. 5º, LVII, da CF, enseja uma distinção entre as citadas nomenclaturas.[32]

Em contraponto aos autores acima, o autor Paulo Rangel[33] esclarece em seu livro de Processo Penal que não adota a terminologia "presunção de inocência", pois alega que se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado do processo, ele também não pode ser considerado presumidamente inocente. Diante da literalidade do art. 5º, LVII, da CF, que declara que ninguém será considerado

[31] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1643051/MS. Terceira Seção. Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: A. L. S. Dos S. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603259674&dt_publicacao=08/03/2018>. Acesso em: 28 mar. 2018. (grifei).

[32] TÁVORA, Nestor; RODRIGUE ALENCAR, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

[33] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o mencionado autor alega que uma coisa é ter certeza da culpa, outra, bem diferente, é presumi-la.

Rangel[34] explica que o juiz, ao analisar os autos do processo, faz uma operação mental no campo da presunção. Essa operação ocorre mediante a ligação entre um fato e outro, isto é o juiz irá analisar os fatos indicados em decorrência das provas presentes nos autos, ligando-as conforme se dá a sua operação mental. Sendo assim, o juiz pode concluir que a condenação é a aplicação correta e justa da lei, o que indica a presunção da culpa ou, ao contrário, que a absolvição é a aplicação correta e justa da lei, o que indica a presunção de inocência.

Ressalta-se que tanto a presunção da não culpabilidade quanto a presunção de inocência não ferem a Constituição Federal e que vão se tratar de presunção *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma ou não da sentença pelo tribunal, ou seja, consiste em uma presunção relativa, válida até prova em contrário[35].

Com o objetivo de ilustrar melhor o que quer explicar, Rangel dá um exemplo vivido por ele mesmo, qual seja:

> Um aluno estava em pé, na frente da turma, fazendo a apresentação de um trabalho e nós sentados na última cadeira, no final da sala, observando a tudo e a todos. Eis que adentra na sala um aluno novo, que havia sido transferido de turno e que não conhecia ninguém. Sentou ao nosso lado e disse: "Caramba, professor novo esse cara!" Ficamos quietos e apenas sorrimos. No final do trabalho, o aluno nos perguntou se a apresentação foi boa. Nós nos levantamos, assumimos nosso lugar e elogiamos a apresentação. E o aluno novo disse: "Pensei que esse garoto fosse o professor, já ia embora." Conclusão: o aluno novo, ao entrar na sala, fez uma presunção, ligando um fato a outro, qual seja: aquele que fala na frente de uma turma, em pé, explicando a matéria, é o professor. Aqueles que estão à sua frente sentados são os alunos. Sua presunção é *juris tantum*, o que significa dizer, admite prova

[34] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[35] *Ibid*.

> em contrário e foi derrubada no momento em que levantamos e assumimos nosso verdadeiro papel[36].

Diante do exemplo, o autor conclui que o aluno novo fez uma presunção *juris tantum* ao entrar na sala de aula, que foi derrubada pelo ato dos professores se levantarem e assumirem o verdadeiro papel de professor. É com esse exemplo que o autor ilustra uma situação que também pode acontecer no mundo jurídico, quando o juiz, por exemplo, condena ao presumir a culpa, pois, pode haver a interposição de algum recurso do réu e o tribunal entender pela absolvição, que consequentemente irá derrubar a presunção de culpa. O autor finaliza o raciocínio dizendo que a Constituição Federal veda considerar o acusado culpado e não de presumir[37].

Diferente da discussão que ocorre entre os doutrinadores brasileiros, em que se discute se a terminologia adequada, segundo o art. 5º, LVII, da CF, seria "presunção da não-culpabilidade" ou "presunção de inocência", no ordenamento jurídico internacional tem-se de forma clara qual seria a terminologia adequada.

No ordenamento jurídico internacional a presunção de inocência está prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos em seu artigo 8º, 2, que dispõe sobre as garantias judiciais. Vejamos:

> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa[38].

A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado.

Além de ser previsto pela Corte Interamericana, o princípio da presunção de inocência também pode ser encontrado nas Declarações dos Direito do Homem e do Cidadão, em seu artigo 11º, 1, com a seguinte redação:

---

[36] *Ibid*.
[37] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[38] Costa Rica. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos* (em 22 de novembro de 1969). Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. 5 abr. 2018.

> Artigo 11º - Toda pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas[39].

Dessa forma nota-se que o termo utilizado internacionalmente é o "princípio da inocência", o que demonstra uma conotação menos grosseira do que o termo "presunção da não culpabilidade".

3 CAMINHOS DA PERSECUÇÃO PENAL

Inicialmente cabe destacar que, o direito penal, conforme aduz o autor Aury Lopes[40], está baseado sobre o trinômio ação-jurisdição-processo. Quanto à ação, o autor explica que é um direito de possuir o poder de acusar, público, autônomo, abstrato e que, segundo o autor Pacelli, " {...} diz respeito a um momento anterior à formação do processo, no qual se examinam as hipóteses em que seria possível, e sob quais circunstâncias, a provocação da jurisdição."[41].

Quanto à jurisdição, Aury Lopes[42] diz que é aquela que se reveste do caráter de direito fundamental, que também afeta a concepção de competência e quanto ao processo, ele diz que é um conjunto de situações processuais dinâmicas, que irão gerar expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas, pelas quais as partes no fim irão se deparar com uma sentença absolutória ou condenatória. Sobre o processo, Pacelli[43] afirma que é por meio dele que a jurisdição se manifesta, pois sua finalidade engloba dar o devido provimento judicial final, com a solução da controvérsia e a concretização da atuação do direito.

---

[39] FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0 cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

[40] LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

[41] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

[42] LOPES, Aury, *op. cit.*

[43] PACELLI, Eugênio, *op. cit.*

Em outras palavras, Paulo Rangel diz que "Instaurado o processo, através do exercício do direito de agir que deflagrou a jurisdição, cria-se um vínculo entre os sujeitos que funcionará até a solução do caso penal."[44]. Em virtude desse vínculo entre os sujeitos (réu, autor e juiz) que atuam no processo há 3 teorias que tentam explicar a natureza jurídica do processo penal, sendo somente uma aplicada majoritariamente.

Segundo Paulo Rangel[45] a primeira teoria a tentar explicar a natureza jurídica do processo foi a contratualista, que via no processo um acordo entre as partes em aceitar o que era decido pelo juiz, ou seja, o acordo era visto como um contrato entre as partes. A segunda foi a teoria do quase contrato, que entendia que as vontades das partes não eram totalmente livres, a ponto de justificar um contrato propriamente dito, mas, sim, um quase contrato.

Atualmente, a teoria majoritária é a teoria da relação jurídica, que segundo Paulo Rangel[46], entende que a relação jurídica é o vínculo entre dois ou mais sujeitos, em que lhe são atribuídos poderes, ônus, direito, faculdades, deveres, obrigações e sujeições. Dessa forma, pode-se dizer que o processo é a relação jurídica em que " {...} há uma forte ligação entre o autor e o juiz (e vice-versa) e entre este e o réu (e vice-versa) e entre este e o autor (e vice-versa). "[47].

Dessa forma, conclui-se que as relações jurídicas no processo podem ocorrer de diversas formas e é, nesse sentido, que Pacelli[48] afirma que o processo é o gênero e que dentro desse gênero há diferente procedimentos que podem ser adotados conforme o caso concreto.

3.1 Processo e Procedimento

[44] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[45] *Ibid*.
[46] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018
[47] *Ibid*.
[48] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Importa neste momento fazer a diferenciação de processo para procedimento. Segundo Nucci[49], o processo é uma sequência de atos vinculados, que tendem a finalidade de propiciar ao juiz a aplicação da lei ao caso concreto, já o procedimento é o modo pelo qual se desenvolve o processo. Nucci afirma que, seguindo do devido processo legal, o magistrado deve respeitar os procedimentos determinados em lei para cada caso concreto, sob pena de nulidade do processo.

Paulo Rangel explica que o CPP, em seu livro II, trata dos processos em espécie com o Título I, sobre o processo comum, e com o Título II, sobre os processos especiais. No entanto, ele afirma que tais nomenclaturas são equivocadas, pois, como já visto, não se fala em processo comum, em espécie ou especiais e sim em procedimento comum ou especial. Assim, a Lei nº 11.719/2008 reformou o CPP quanto ao tema e distinguiu procedimento de processo.

3.2 Procedimento Comum

O artigo 394, do Código de Processo Penal, prevê da seguinte forma o procedimento comum:

> Art. 394. O procedimento será comum ou especial.
>
> § 1o O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo.
>
> I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;
>
> II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;
>
> III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.[50]

Observa-se que dentro do procedimento comum há 3 ritos: o ordinário, sumário e sumaríssimo. Vejamos como se procede cada um:

[49] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[50] BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

3.2.1 Procedimento Comum Ordinário

No rito ordinário o processo, como já visto, se aplica aos crimes cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 anos de pena privativa de liberdade. Neste rito, Nucci[51] explica que o ajuizamento da ação penal ocorre com o recebimento da denúncia ou da queixa, mas antes de ser recebida, conforme o artigo 395, do Código de Processo Penal, o juiz ao analisá-la poderá também rejeitá-la quando:

> I. Ela for manifestamente inepta;
> II. Faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação;
> III. Faltar justa causa para o exercício da ação penal52.

A denúncia ou a queixa deve estar de acordo com os elementos estipulados no artigo 41, do CPP, sob pena de rejeição, por ser considerada manifestamente inepta. O artigo 41, do CPP prevê que:

> Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a **exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas[53].**

Nucci[54] explica que a exposição do fato refere-se à narrativa do fato criminoso, as circunstâncias aquelas que envolvem o delito na forma de qualificadoras ou causas de aumento. Quanto à qualificação do acusado, quando não se souber o nome, o artigo 259, do CPP, prevê que: "A impossibilidade de

[51] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[52] BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.
[53] BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018. Acesso em: 21 jul. 2018. (grifei).
[54] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física" [55].

A classificação do crime é em relação à tipicidade ou definição do fato jurídico, podendo o acusado se defender dos fatos alegados solicitando o reconhecimento de outra tipicidade, o mesmo podendo o juiz de ofício, ao término da instrução, nos termos do artigo 383, do CPP. Por fim, havendo a necessidade, a parte acusatória pode apontar até o máximo de 8 testemunhas, como previsto no artigo 401, do CPP.

Havendo o recebimento da denúncia ou queixa, o artigo 396, do CPP, impõe que o juiz deverá ordenar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias. Nucci[56] esclarece que a resposta à acusação equivale à defesa prévia e, conforme o artigo 396-A, do CPP, deve conter preliminares, onde a defesa poderá arguir falhas e vícios a serem sanados, justificações alegando excludentes de ilicitude, o oferecimento de novos documentos, propositura de novas provas a serem realizadas e a apresentação do rol de testemunhas, que também terá o limite de oito como na queixa ou denúncia.

O autor Nucci salienta que a apresentação da resposta à acusação é imprescindível, devendo o magistrado nomear um defensor para apresentá-la em 10 dias caso o acusado deixar de apresentá-la, bem como é imposto pelo artigo 396-A, §2º, do CPP.

Após a apresentação da resposta à acusação, o artigo 397, do CPP, estipula que o juiz deverá absolver o acusado quando verificar as seguintes hipóteses:

> I. a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
> II. a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
> III. que o fato narrado evidentemente não constitui crime;

[55] BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018. Acesso em: 21 jul. 2018.
[56] NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*

IV. extinta a punibilidade do agente.57

Não sendo o caso de absolvição sumária, o juiz, seguindo o artigo 399, do CPP, designará dia e hora para a audiência, que deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias, conforme o artigo 400, do CPP. Esse último artigo também prevê que na audiência irá proceder-se a tomada de declarações do ofendido, das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa e dos peritos. Em seguida se dá às acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas e, por fim, o interrogatório do acusado.

De acordo com o artigo 402, do CPP, ao final da audiência as partes podem requerer diligências, de forma oral. Caso haja tais requerimentos as partes deverão apresentar as alegações finais por memoriais no prazo de 5 dias e, no prazo de 10 dias, o juiz irá proferir a sentença (artigo 404, do CPP). As alegações finais também poderão ser apresentadas por memoriais quando o juiz entender pela complexidade do caso ou números de acusados, como previsto no art. 403, §3º, do CPP.

Não havendo o requerimento de diligências, serão oferecidas alegações finais orais por 20 minutos, respectivamente, para a acusação e para a defesa, podendo ser prorrogável por mais 10 minutos e, em seguida, o juiz irá proferir a sentença (art. 403, do CPP).

3.2.2 Procedimento Comum Sumário

O procedimento sumário, conforme o artigo 394, incisos II, do CPP, é aplicável aos casos de crimes cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade, e está previsto no capítulo V, do CPP.

[57] BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018. Acesso em: 21 jul. 2018.

Bem como explicado pelo doutrinador Nucci[58], o nome sumário "é qualidade do que é resumido", isso é, seu objetivo é simplificar a finalização do processo ordinário.

Nucci[59] ensina que esse procedimento inicia-se da mesma forma que no procedimento comum ordinário. Assim que recebida a denúncia ou a queixa, ordena-se a citação do acusado para apresentar a resposta à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias. Cabe diferenciar aqui, que no processo comum sumário o número de testemunhas que poderão ser arroladas tanto pela acusação quanto pela defesa será no máximo de 5, conforme é previsto no artigo 532, do CPP.

Apresentada a resposta à acusação, o juiz poderá absolver o acusado com base no artigo 397, do CPP, se entender pelo cabimento das hipóteses já expostas. Se o juiz assim não entender, designará a audiência de instrução e julgamento, no prazo de 30 dias, como estipulado pelo artigo 531, do CPP, e que será constituída pela mesma sequência das tomadas das declarações e interrogatório como no artigo 400, do CPP.

Quando houverem testemunhas para serem ouvidas por precatória, Nucci ensina que o magistrado deve exigir a carta logo após a apresentação da resposta à acusação, podendo essa declaração ser feita por videoconferência, com base no art. 222, §3º, do CPP. Nucci lembra também que o prazo para ocorrer a audiência é impróprio, ou seja, se não for cumprido, não acarreta sanção.[60]

Após a produção de provas em audiência, as alegações finais neste procedimento deverão ser apresentadas oralmente, visto que, não há qualquer previsão de apresentação das alegações finais por memoriais.[61] Dessa forma, com base no artigo 534, do CPP, as partes terão 20 minutos cada um para fazerem as

[58]NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[59] *Ibid.*
[60] *Ibid.*
[61] *Ibid.*

alegações finais, podendo ser prorrogado por mais 10 minutos, e no fim no juiz proferirá a sentença.

3.2.3 Procedimento Comum Sumaríssimo

O procedimento sumário, conforme o artigo 394, incisos III, do CPP, é aplicável aos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, que segundo o artigo 61, da Lei nº 9.099/95, são "contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa."[62].

Importante salientar que esse procedimento deve ser orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, assim como previsto no artigo 62, da Lei nº 9.099/95.

A Lei nº 9.099/95 prevê em seu artigo 60 a aplicação do instituto da transação penal para casos em que incide o procedimento comum sumaríssimo. No entanto se não houver a possibilidade da aplicação da transação, o rito a ser seguido é o especificado na mencionada lei, deixando assim, de ser aplicado o Código de Processo Penal.[63]

De acordo com a Lei nº 9.099/95, a denúncia ou a queixa poderão ser apresentadas oralmente, sendo reduzidas a termo, já com o dia e hora da audiência marcados, como informa o artigo 78, da Lei nº 9.099/95. Nucci ensina que neste procedimento o limite para o número de testemunhas é 5 e que nesta audiência poderá ser, novamente, buscada a conciliação ou a aplicação da transação penal[64]. Não sendo o caso, Nucci afirma que o defensor poderá apresentar a resposta à acusação e que, em seguida, o juiz receberá ou rejeitará a denúncia ou a queixa[65].

---

[62] BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.
[63] NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit.
[64] *Ibid*.
[65] *Ibid*.

A audiência de instrução e julgamento se dará por analogia ao CPP e a sentença será dada a termo.

3.3 Recursos

No ordenamento jurídico brasileiro os recursos estão previstos no título II, do Código de Processo Penal. O artigo 574, do CPP, inicia o capítulo de recurso descrevendo que esses serão voluntários e, corroborando o mencionado artigo, Nucci estipula que os recurso deverão ser tempestivos e taxativos.[66]

Segundo Nucci, o recurso é um direito da parte de se insurgir contra alguma decisão judicial e alega que se trata de garantia individual do duplo grau de jurisdição, visando assegurar que as decisões preferidas pelo juízo de 1ª instância não sejam únicas. Isso significa na possibilidade dessas decisões serem submetidas a um juízo de reavaliação por uma instância superior.[67]

Além de conceituar, Nucci explica que os recursos são voluntários, pois sua interposição depende tão somente da vontade da parte, são tempestivos, pois possuem um prazo determinado para serem interposto, e são taxativos, pois para o recurso ser interposto, ele deve estar expressamente previsto em lei.[68]

Ainda sobre o conceito de recurso, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues afirmar que "Recurso é o meio destinado à impugnação das decisões, afigurando-se como remédio de combate a determinado provimento, dentro da mesma relação jurídica processual {...}"[69]

3.3.1 Recurso em sentido estrito

[66] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[67] *Ibid*.
[68] *Ibid*.
[69] TÁVORA, Nestor; RODRIGUE ALENCAR, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

O doutrinador Paulo Rangel, afirma que "Recurso, em sentido amplo, é todo meio de defesa pelo qual se impugna uma decisão."[70], como por exemplo, o habeas corpus e a revisão criminal, e que o recurso, em sentido estrito, "é todo remédio jurídico processual pelo qual se visa o reexame, por um órgão jurisdicional superior, de uma decisão não transitada em julgado."[71].

Dessa forma, ele conclui que todos os recursos previstos na Lei Processual Pena são em sentido estrito, nominados pela lei, como, por exemplo, a apelação. No entanto, o artigo 581, do CPP, prevê um recurso inominado e suas 15 hipóteses de incidência de forma taxativa. Vejamos:

> Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
>
> I - que não receber a denúncia ou a queixa;
>
> II - que concluir pela incompetência do juízo;
>
> III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;
>
> IV – que pronunciar o réu;
>
> V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;
>
> VI - (Revogado pela Lei nº 11.689, de 2008)
>
> VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;
>
> VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;
>
> IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;
>
> X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;
>
> XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;
>
> XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;
>
> XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

[70] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[71] *Ibid*.

> XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;
>
> XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;
>
> XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;
>
> XVII - que decidir sobre a unificação de penas;
>
> XVIII - que decidir o incidente de falsidade;
>
> XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;
>
> XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;
>
> XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;
>
> XXII - que revogar a medida de segurança;
>
> XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;
>
> XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.[72]

Diante dessas hipóteses, Nucci afirma que, o recurso em sentido estrito é cabível para impugnar as decisões interlocutórias do magistrado previstas no rol taxativo acima, não se admitindo ampliação por analogia, mas tão somente interpretação extensiva e as exceções previstas no rol, que são: a) decisão que concede ou nega habeas corpus; b) decisão que julga extinta a punibilidade do agente, pertinente ao mérito.[73]

Outras informações importantes sobre este recurso é que seu prazo para interposição, conforme o artigo 596, *caput*, do CPP, é de 5 dias e seu indeferimento comporta interposição de carta testemunhável, prevista no artigo 639, do CPP, no prazo de 48 horas, não possuindo efeito suspensivo.

Conforme o doutrinador Pacelli leciona, em regra, o recurso em sentido estrito não tem efeito suspensivo. Ele só terá esse efeito quando a lei autorizar, como

[72] BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.
[73] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

é no caso do art. 584, §1º, do CPP. Pacelli ensina que, com o efeito suspensivo, a interposição do recurso em sentido estrito contra decisão que denegou a apelação somente iria impedir a execução provisória do julgado, mas que se fosse interposto contra sentença condenatória, na qual fosse determinada a prisão, o efeito suspensivo não impedira a prisão, por efeitos cautelares.[74]

Cabe analisar também o efeito regressivo que o recurso em sentido estrito possui, que, segundo Pacelli, permite a retratatibilidade da decisão, isso é, trata-se da devolução da matéria impugnada.[75]

Por fim, cumpre informar que o recurso em sentido estrito, em regra, é interposto por instrumento, ou seja, é apartado dos autos do processo principal, conforme prevê o artigo, 587, do CPP, para que ao final de seu julgamento o recurso seja anexado no processo principal ou traslado.

3.3.2 Apelação

O recurso de apelação está previsto entre os artigos 593 e 603, do CPP. Seu rol de incidência é previsto no artigo 593, do CPP, da seguinte forma:

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
>
> II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;
>
> III - das decisões do Tribunal do Júri, quando
>
> a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
>
> b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
>
> c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

[74] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[75] *Ibid*.

> d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.[76]

Importa diferenciar aqui os temas que podem ser abordados na apelação contra decisão proferida por juiz singular e os temas que podem ser abordados na apelação contra decisão proferida pelo Tribunal do Júri. Pacelli[77] alega que, em regra, a fundamentação da apelação é ampla, isso é, pode ser impugnado qualquer aspecto da sentença.

No entanto, quando a apelação for contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri, não se aceitará quaisquer impugnações, isso é, as impugnações deverão ser vinculadas às hipóteses legalmente admissíveis para a apelação, visto que, trata-se de jurisdição popular, integrada por leigos, escolhidos entre os representantes do povo. Assim, sobre o assunto, o STF sumulou tal entendimento:

> Súmula 713 do STF: O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.[78]

As hipóteses que possibilitam a interposição do recurso de apelação perante o tribunal do júri estão previstas no artigo 593, do CPP, com a seguinte redação:

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
>
> II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;
>
> III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
>
> a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
>
> b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
>
> c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

[76] BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.
[77] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[78] BRASIL. *Súmulas do Supremo Tribunal Federal.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2580>. Acesso em: 26 jul. 2018.

> d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.[79]

Sobre os efeitos do recurso de apelação, Pacelli ensina que a apelação tem efeito devolutivo, e por ser interposta até mesmo por termo nos autos, a devolução da matéria poderá ser completa.[80] Pacelli também ensina que, a apelação tem efeito suspensivo, com base no princípio da presunção de inocência, o que significa que se a sentença for condenatória e houver a interposição do recurso de apelação, não poderá haver a expedição da guia do cumprimento provisório da pena, visto que o artigo 5º, inciso LVII, da CF prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"[81].

Como estabelecido pelo legislador no artigo 600, do CPP, o recurso de apelação terá prazo de 5 dias para ser interposto, podendo a parte apresentar apenas o termo do recurso, com base no art. 600, §4º, do CPP, para posteriormente, apresentar as razões do recurso de apelação perante o tribunal.

3.3.3 Embargo de Declaração

Os embargos de declaração são previstos no artigo 382, do CPP com o seguinte texto:

> Art. 382. Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão.[82]

Diante da análise do dispositivo, pode-se auferir que o prazo para recurso de embargos de declaração é de dois dias. Além disso, também pode ser interposto perante decisão de 2ª Instância, com base no artigo 620, do CPP.

---

[79] BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.
[80] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[81] BRASIL. *Constituição Federal*(22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.
[82] BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

Pacelli informa que o julgamento dos embargos de declaração não poderá resultar na modificação do julgado, pois seu objetivo é apenas esclarecer pontos sobre os quais existam ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.[83]

3.3.4 Embargos Infringentes e de nulidade

O artigo 609, §2º, do CPP, prevê a aplicação dos embargos infringentes e de nulidade quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, devendo ser opostos no prazo de 10 dias, a contar da publicação do acórdão.

O doutrinador Pacelli disserta que, embora o artigo 609, PÚ, do CPP exija a voluntariedade do recurso, o Supremo Tribunal Federal vem aceitando a aplicação do artigo 942, do Código de Processo Civil, que prevê que quando não houver a unanimidade no julgamento da apelação, o julgamento prosseguirá automaticamente com a convocação dos demais integrantes do órgão julgador.[84]

Dessa forma, o mencionado doutrinador define assim os requisitos básicos de admissibilidade do recurso de embargos infringentes e de nulidade:

> a) a existência de decisão não unânime;
>
> b) que essa decisão seja desfavorável à defesa;
>
> c) que tenha sido proferida no julgamento de recurso em sentido estrito e de apelação. Entretanto, desde que em favor da defesa, até o Ministério Público poderá manejar os citados embargos, na condição de custos legis.[85]

Pacelli ensina que a expressão "embargo infringente ou de nulidade" significa "a matéria impugnável é a mais ampla possível, incluindo até mesmo as questões processuais (daí, de nulidade). "[86]

3.3.5 Recurso especial e extraordinário

[83] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[84] *Ibid*.
[85] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[86] *Ibid*.

Para entender o cabimento de cada recurso deste tópico é preciso esclarecer que cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar questões que tutelam a legislação infraconstitucional e ao Supremo Tribunal Federal julgar questões da própria constituição.

Dessa forma, pode-se dizer que STJ julgará, pela via do recurso especial, causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios quando:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> {...}
>
> III - julgar, **em recurso especial**, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
>
> **a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;**
>
> **b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;**
>
> **c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal**. [87]

E quanto ao STF, caberá julgar, pela via do recurso extraordinário, quando a decisão recorrida:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> {...}
>
> III - julgar, **mediante recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
>
> **a) contrariar dispositivo desta Constituição;**
>
> **b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal**;
>
> **c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.**

[87] BRASIL. *Constituição Federal* (22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018. (grifei).

> **d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.**[88]

Acerca do procedimento tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário, Pacelli ensina que ele é disciplinado pela Lei nº 13.105/15, em seus artigos 1.029 ao 1.035. Extrai-se da mencionada lei que o prazo para a interposição de ambos os recursos é de 15 dias.

Após a interposição, haverá o juízo de admissibilidade do recurso, momento em que se verificará se o recurso possui todos os requisitos para sua admissibilidade, como, por exemplo, quando o recurso for interposto com base em um dissídio jurisprudencial, que com base no art. 1.029, do CPP, o recorrente deverá juntar ao recurso certidão, cópia ou citação do repositório jurisprudencial do acórdão divergente.

Pacelli[89] lembra que quando houver a interposição dos recursos simultaneamente, o julgamento do recurso extraordinário aguardará o julgamento do recurso especial, ou seja, os recursos serão encaminhados primeiro para o STJ e depois para o STF, conforme é estipulado no artigo 1.031, da Lei nº 13.105/95.

Quando os recursos não forem admitidos, caberá agravo, que poderá ser agravo em recurso especial ou agravo em recurso extraordinário, com base no artigo 1.030, da Lei nº 13.105/95.

Por fim, cabe ressaltar que o artigo 1.029, §5º, da Lei nº 13.105/95 prevê a possibilidade excepcional de requerer o efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários.

3.3.6 Recurso Ordinário Constitucional

[88] BRASIL. *Constituição Federal* (22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018. (grifei).

[89] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

O recurso ordinário é de competência tanto do STJ quanto do STF. Quanto ao STJ as hipóteses de incidência do recurso ordinário são previstas no artigo 105, inciso II, da CF. Vejamos:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> {...}
>
> II - julgar, em recurso ordinário:
>
> a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
>
> b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
>
> c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País[90]

Quanto ao STF as hipóteses de incidência do recurso ordinário são previstas no artigo 102, inciso II, da CF. Vejamos:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> II - julgar, em recurso ordinário:
>
> a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
>
> b) o crime político[91]

Quanto aos efeitos, Pacelli, afirma que o recurso ordinário possui efeito devolutivo, podendo o tribunal conhecer toda a matéria de fato e de direito impugnada. [92] E quanto à sua interposição, deverá ser no prazo de 5 dias, com base no artigo 30, da Lei nº 8.038/90.

---

[90] BRASIL. *Constituição Federal* (22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.
[91] *Ibid*.
[92] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

3.3.7 Embargos de Divergência

Os embargos de divergência estão previstos no artigo 1.043, do CPC, que estabelece que:

> Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:
>
> I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; {...}
>
> III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; {...}[93]

Pacelli observa que a divergência apenas se dará em relação as questões de direito, visto que, os recursos especiais e extraordinários têm como pressuposto a possível violação da legislação infraconstitucional ou da própria Constituição.[94]

3.3.8 Agravo em execução criminal

O agravo em execução é previsto pelo artigo 197, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que também prevê que o agravo se dará sem efeito suspensivo.

Destaca-se que o magistrado mencionado no artigo citado se refere ao juiz da execução penal, ou seja, o agravo em execução será cabível contra todas as decisões proferidas pelo juiz da execução penal.

Pacelli entende que o procedimento que deve ser adota quanto ao agravo em execução é o mesmo procedimento adotado do recurso em sentido estrito, visto que é adaptado à teoria dos recursos em matéria processual penal e que permite mais celeridade do juízo de retratação do órgão jurisdicional *a quo*.[95]

---

[93] BRASIL. *Código de Processo Civil* (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.
[94] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[95] *Ibid*.

O prazo de interposição do agravo em execução está sumulado pelo STF, que estabeleceu o prazo de 5 dias para a sua interposição.

Por fim, com base no art. 195, da LEP, o agravo em execução poderá ser manejado pelo MP ou pelo condenado, ou seu cônjuge, representante, parente ou descendente.

3.4 Execução Penal

Segundo o autor Norberto Avena[96] o direito de execução penal é o ramo do direito destinado a regular a execução penal, que tem como fim a solução de questões relacionadas ao cárcere e questões sobre o estabelecimento de medidas que visem à reabilitação do condenado, em outras palavras, é o direito que rege o processo de cumprimento da sentença penal e seus objetivos.

Cabe esclarecer, segundo o autor Rodrigo Estrada[97], que o processo de conhecimento se difere do processo de execução penal, visto que o primeiro analisa um fato típico, antijurídico e culpável, com base em provas, que pode ou não acarretar uma sentença condenatória, já o segundo tem o objetivo de efetivar a sentença condenatória ou decisões criminais, conforme prevê o artigo 1º, da Lei de Execução Penal (Lei nº7.210/84), que assim dispõe: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."[98]

Apesar de ser um direito autônomo, o direito de execução penal possui relação com o direito constitucional, com o direito penal e com o direito processual penal, pois referidos direitos disciplinam matérias que a execução penal deve seguir, como no direito constitucional que estabelece garantias individuais e fixa limites à

[96] AVENA, Norberto. *Execução Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.
[97] ROIG, Rodrigo Estrada. *Execução Penal: Teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[98] BRASIL. *Lei de Execução Penal* (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

pretensão punitiva e o direito processual penal que impõe a observância do princípio do contraditório[99].

Norberto Avena alega que, a partir do artigo 1º da Lei de Execuções Penais, infere-se que a execução penal é um conjunto de normas e princípios que tem como fim efetivar a sentença penal que impõe ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) ou que impõe medida de segurança[100]. Segundo Norberto, o referido artigo estabelece dois fins primordiais da execução penal[101]:

> 1. A efetivação do mandamento incorporado à sentença penal, que visa concretizar o poder punitivo do Estado por meio do título executivo constituído penal sentença.
> 2. A reinserção social do condenado ou do internado, que visa ofertar, durante a execução da pena, meios para os apenados alcançarem a reintegração social.102

O mesmo autor informa que o pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, que ocorre quando há absolvição com imposição de medida de segurança, transitada em julgado e decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.[103]

O processo de execução, geralmente, inicia-se a partir de uma sentença penal condenatória transitada em julgado e desenvolve-se por impulso oficial do juiz, que, ao receber os autos do processo, determina as providências cabíveis para o cumprimento da pena[104].

---

[99] AVENA, Norberto. *op. cit.*
[100] AVENA, Norberto. *Execução Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.
[101] *Ibid.*
[102] *Ibid.*
[103] *Ibid.*
[104] *Ibid*.

Segundo o autor Francisco Vani[105], o juiz mandará expedir a Guia de recolhimento na própria sentença condenatória, essa guia está prevista no artigo 105, da Lei de Execução Penal, e dá forma à execução da pena. Segundo Norberto, a guia de recolhimento possuiu dois requisitos: o trânsito em julgado da decisão condenatória e que o réu esteja ou que venha a ser preso, conforme prevê o artigo 105, da LEP.[106]

Embora seja previsto no ordenamento jurídico que a execução penal somente poderia ser efetivada após o trânsito em julgado da condenação, o Supremo Tribunal de Federal vem aplicando o entendimento de que pode haver a execução provisória da pena após acórdão condenatório de segundo grau, mesmo ainda pendendo recurso da defesa, ou seja, sem o trânsito em julgado da decisão condenatória. Tal tema, devido asua importância, será abordado no próximo capítulo.

4 O MOMENTO CORRETO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA

Anterior ao ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia como possível a aplicação da execução provisória da pena. Vejamos:

> EMENTA: **Presunção de não culpabilidade. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade.A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo**, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça,

[105] BEMFICA, Francisco. *Da Lei Penal, Da Pena e Sua Aplicação, Da Execução da Pena*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense 1995.
[106] AVENA, Norberto. *op. cit.*

> contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência - sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos -, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução.[107]

Em fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas *Corpus* nº 84.078/MG, foi de encontro com a jurisprudência até então aplicada e decidiu que a antecipação da execução penal é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e deferiu o pedido de *habeas corpus* para o paciente, por maioria dos votos. Esse era o entendimento aplicado pacificamente até fevereiro de 2016, quando o STF, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, mudou novamente a jurisprudência e passou a entender que a execução provisória de pena não fere o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e indeferiu o pedido de *habeas corpus* do paciente, por maioria dos votos.

Após o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP à favor da execução provisória, o STF analisou novamente o tema ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246[108], em regime de repercussão geral, em que reafirmou o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal não compromete o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF.

Dessa forma, cabe aqui fazer uma exposição dos fundamentos que basearam os entendimentos contra e a favor da execução provisória da pena após acórdão condenatório que confirmou a condenação em 1ª instância.

4.1 Fundamentos a favor da execução provisória da pena

[107] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 82490/RN*. Primeira Turma. Paciente: Francisco Pereira de Lacerda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1643051&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 05 ago. 2018. (grifei).

[108] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. *ARE 964246/SP*. Tribunal Pleno. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+964246%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y8a482b4>. Acesso em: 05 ago. 2018.

O primeiro argumento a ser tratado aqui é sobre o fato dos recursos extraordinários não tratarem de matéria fática e sim somente sobre matéria de direito. Nesse ponto, o Ministro Menezes Direito, no julgamento do HC 84.078MG, afirma que a análise da matéria de fato se exaure nas instâncias ordinárias e que se deve reservar às instâncias extraordinária e especial somente matérias de direito, para que não seja possível retardar a execução dos julgados, caso contrário se admitir que os recursos de natureza extraordinária possam vedar a antecipação provisória da pena, seria a mesma coisa de atribuir efeito suspensivo aos referidos recursos[109].

O Ministro Joaquim Barbosa, no mesmo julgamento, alega que considera a legitimidade das instâncias ordinárias para proferirem decisões condenatórias e que elas devem ser respeitadas, isto é, não se deve fazer letra morta dessas decisões ao não permitir a execução provisória[110]. Outro argumento é de que não há de se cogitar ônus da prova para o Ministério Público quando se trata de recursos excepcionais interpostos pela defesa, pois não há mais fato para se discutir, restando assim somente questões de direito a serem arguidas[111].

Destaca-se aqui que o Ministro Teori Zavascki alegou, no julgamento do HC 126.292/SP/SP, que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, visto que o acusado até a confirmação da condenação em segundo grau

[109] *Id.* Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 06 ago. 2018.

[110] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 06 ago. 2018.

[111] AGUIAR, Julio Cesar de; PAULINO, Galtiênio da Cruz. *A execução provisória da pena e os direitos e garantias fundamentais: uma análise à luz do garantismo penal e do estado social e democrático de direito*. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 769-788, set. 2016.

foi tratado como inocente e lhe assegurados todos os direitos e garantias a ele inerentes.[112]

O Ministro Luis Roberto Barroso indicou em seu voto, nos julgamentos do HC. 126.292/SP/SP e no ARE 964246/SP que a impossibilidade da execução provisória após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal:

> 1. Incentivou à infindável interposição de recursos protelatórios, o que gerou um uso abusivo e procrastinatórios do direito de recorrer;
>
> 2. Reforçou o aumento da seletividade do sistema penal;
>
> 3. Contribuiu para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.[113]

Seguindo o mesmo pensamento, uma das maiores preocupações dos juristas que defendem a execução provisória é a configuração da prescrição da pretensão punitiva ao se aguardar o trânsito em julgado do processo quando ele vai para as instâncias extraordinárias[114], tendo em vista as inúmeras interposições de recursos protelatórios. A Ministra Ellen Gracie salientou que tal situação gera sensação de impunibilidade na sociedade[115].

Outra questão analisada é sobre o artigo 283, do CPP, que prevê, senão em flagrante, a necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para alguém ser preso. No entanto, há o entendimento de que o disposto pelo artigo não é

---

[112] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2018.

[113] *Ibid.*

[114] AGUIAR, Julio Cesar de; PAULINO, Galtiênio da Cruz. *A execução provisória da pena e os direitos e garantias fundamentais: uma análise à luz do garantismo penal e do estado social e democrático de direito*. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 769-788, set. 2016.

[115] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 10 ago. 2018.

um obstáculo para a aplicação da execução provisória, visto que o próprio artigo admite a prisão temporária e prisão preventiva, que podem ser decretadas com base em fundamentos infraconstitucionais[116].

Quanto ao princípio da presunção de inocência, apesar do art. 5º, inciso LVII, da CF, declarar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, os juristas entendem que a execução provisória não a ofende. Vejamos os entendimentos que concluem tal afirmação.

O Ministro Edson Fachin alega que "a opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias[117]," e que se for dado caráter absoluto ao artigo 5º, inciso LVII, da CF, seria como considerar que a pena restritiva de liberdade só pudesse ser aplicada quando o réu estivesse conformado com a sua pena[118].

Os autores Antônio Suxberger e Marianne Amaral, salientam, em seu artigo sobre a execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório[119], que: "a interpretação meramente literal reduz a efetividade do sistema, atravanca o seu funcionamento operacional e impede a realização de outros princípios caros à Constituição"

Discute-se aqui também, que a presunção de inocência pode ser afirmada até o momento em que a culpa é provada[120]. Sob esse ponto vista, o Ministro Gilmar

[116] *Id*. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10 ago. 2018.
[117] *Ibid.*
[118] *Ibid.*
[119] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. *A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório.* Revista de Direito Brasileira, [s.l.], v. 16, n. 7, p.186-210, 1 abr. 2017.
[120] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Mendes, que votou pela possibilidade da execução provisória, em 2016, relembra o art. 8,2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe: toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Dessa forma, pode-se desenvolver o raciocínio de que, pelo fato das instâncias ordinárias serem competentes para exaurir a análise quanto à autoria e culpa do acusado, a presunção de inocência não mais deve ser aplicada após ser condenado em 1ª e 2ª instância. Além disso, considera-se que a execução provisória é apenas uma dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade[121].

Por fim, destaca-se o entendimento do Ministro Barroso de que a situação é um típico caso de mutação constitucional, em que a compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito, ainda que não tenha havido mudança formal no texto da Constituição Federal[122].

4.2 Fundamentos contra a execução provisória de pena

O recurso especial e o recurso extraordinário versam somente sobre questões de direito e possuem efeito devolutivo. No entanto, isso não quer dizer que possuem menos importância em relação às instâncias ordinárias, isto é mesmo que não existam mais questões fáticas probatórias para se discutir em sede de recursos excepcionais, há ainda questões de direito, que muitas vezes possuem a função de impedir que as penas impostas por decisões de instâncias inferiores sejam aplicadas de forma equivocada.

[121] *Id.* Agravo em Recurso Extraordinário. *ARE 964246/SP*. Tribunal Pleno. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+964246%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y8a482b4>. Acesso em: 13 ago. 2018.

[122] *Id*. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

Tendo em vista os efeitos do recurso especial e do recurso extraordinário, entende-se que mesmo que eles não tenham automaticamente o efeito suspensivo, pois pode ser requerido através de *Habeas Corpus*, não se deve aplicar a execução provisória da pena, visto que se ainda houver questões de direito a serem discutidas há a possibilidade de causar dano ao acusado, que, além de interpor recurso especial ou recurso extraordinário, terá novamente que recorrer para sanar o eventual vício, ou seja, ao invés de aguardar o julgamento dos recursos quanto às questões de direito, a condenação estará sendo executa provisoriamente mesmo com vício, indo assim de encontro com os princípios da economia e da eficiência processual[123].

Quanto ao fato de haver inúmeras interposições de recursos meramente protelatórios, que infelizmente acontecem, não se deve esquecer também que há inúmeros casos em que os recursos visam questões de direito importantes, a fim de sanar eventuais equívocos de decisões anteriores, como por exemplo, na dosimetria da pena imposta ao réu ou nos entendimentos aplicados em instâncias inferiores que não vão ao encontro daqueles aplicados pelo STF ou STJ.

Referente à possibilidade de prescrição da pretensão punitiva estatal, entende-se que a prescrição não se dá exclusivamente por parte da defesa que entra com recursos meramente protelatórios e sim por conta do próprio judiciário que demora em julgá-los.

Destaca-se aqui o entendimento do autor Aury Lopes:

> Efetivamente existe um excesso de demanda da jurisdição do STJ (o que representa um sintoma do mau funcionamento das jurisdições de primeiro e segundo graus) e uma atrofia da estrutura desse tribunal superior, que não dá conta de atender um país de dimensões continentais como o nosso. Essa é a causa da demora nas decisões, que não será resolvida com a limitação da presunção de inocência imposta pelo STF. Os recursos especiais continuarão a demorar para serem julgados, pois a causa efetiva não foi atacada. A diferença é que agora teremos demora com prisão... E se ao final o REsp for provido

[123] KURKOWSKI, Rafael Schwez; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública*. E-civitas, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p.01-38, dez. 2016.

> e reduzida a pena, alterado o regime de cumprimento, anulada a decisão etc., o tempo indevidamente apropriado pelo Estado com essa prisão precoce e desnecessária não será restituído jamais. Quem vai devolver o tempo de prisão indevidamente imposto?[124]

Ao final, como visto, o autor Aury Lopes indaga sobre como se dará a indenização nos casos em que a pena executada provisoriamente for aplicada de forma inidônea. Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres, no julgamento do HC 84.078/MG, salienta a importância de se dar ênfase na gravidade de uma pena corporal ao indivíduo, em homenagem à irreparabilidade do eventual dano que pode ser causado[125]. Ele também ressalva que:

> Em momento algum vamos encontrar, na Constituição, qualquer dos recursos excepcionais - e estou falando do recurso especial e do extraordinário - como causa automática de privação da liberdade de locomoção. Pelo contrário, com essa força da automaticidade, somente o flagrante delito[126].

Vale destacar aqui, para complementar o citado entendimento, o art. 147, da Lei de Execução Penal, que prevê que a pena restritiva de direito somente poderá ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença. Assim, se a própria pena restritiva de direito não pode ser imposta sem o trânsito em julgado, a pena privativa de liberdade, que é mais gravosa, também não pode, bem como é previsto no art. 105, da Lei de Execução Penal.

O artigo 5º, inciso LVII, da CF é claro ao impor que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC 126.292/SP/SP, diz que a seu ver a norma da Constituição citada é precisa e sua interpretação é cessada sob pena de reescrevê-la[127].

---

[124] LOPES, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[125] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 13 ago. 2018.

[126] *Ibid.*

[127] *Id.* Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

Como bem lembrado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 84.078/MG, o princípio da presunção de inocência é consagrado não só nas Constituições democráticas de inúmeros países (como o Brasil), mas, também, em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), dentre outros[128]. Dessa forma percebe-se a importância de se respeitar a supremacia da Constituição Federal e o princípio da presunção de inocência, que segundo o citado Ministro:

> {...} segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de sempre ser considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral[129].

Segundo o autor Aury Lopes, é possível a coexistência do princípio da presunção de inocência com a prisão cautelar, devido ao princípio da proporcionalidade[130] e é por isso que o princípio da presunção de inocência não

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

[128] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 13 ago. 2018.

[129] *Id*. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

[130] LOPES, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

impede a aplicação de prisão cautelar, como a prisão preventiva ou temporária, uma vez que as razões do caso concreto a justifique[131].

Dessa forma, desenvolvem-se os seguintes raciocínios:

> 1.....Se o réu já está preso ao ser proferido acórdão confirmando sua condenação em 1ª instância, é porque houve decretação, por exemplo, de sua prisão preventiva com base em algum dos motivos do art. 312 do CPP, ou seja, com base na ordem pública, econômica, por conveniência ou para garantir a aplicação da lei penal. Se for decretada a execução provisória de sua pena, sem o trânsito em julgado, haverá apenas a mudança do título da sua prisão (prisão preventiva para execução provisória da pena), ou seja, há mera mudança formal, visto que na prática já é concedido ao réu o benefício da progressão do regime antes do trânsito em julgado, como previsto na súmula 716, do STF.
>
> 2.....Se o réu ainda está solto ao ser proferido acórdão confirmando sua condenação em 1ª instância, quer dizer que não houve motivo concreto para qualquer aplicação de prisão cautelar. Dessa forma, entende-se que decretar a execução provisória com base na condenação confirmada em segundo grau e em que os recursos extraordinários não versam sobre matéria fática ou que sua aplicação pode evitar recursos protelatórios e descrédito da sociedade na justiça, configura uma decisão com fundamento insuficiente para a aplicação da execução provisória. Assim, visando esses mesmos motivos, há outras maneiras de evitá-los sem violar o art. 5º, VLII, da CF.[132]

Caber expor aqui a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski acerca do sistema penitenciário brasileiro, em que informa que no Brasil há 600.000 presos

---

[131] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

[132] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 18 ago. 2018.

e que 40% deles estão presos a título de prisões provisórias. Dessa forma, ele alega que autorizar a aplicação da execução provisória da pena significa que "nós vamos trocar 240.000 presos provisórios por 240.000 presos condenados em segundo grau"[133].

O STJ entende que as prisões cautelares não podem ser fundamentadas meramente no perigo abstrato, sendo necessária uma motivação fundamentada em elementos concretos de cada caso. Vejamos:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE DE ARMA DE FOGO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ANTERIOR WRIT JULGADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PATENTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA.FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INSERÇÃO PELO TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS NÃO PRESENTES NO DECISUM. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. Conquanto tenha havido a superveniência do julgamento do mérito do prévio habeas corpus, eventual prejudicialidade do feito deve ser superada diante da patente ilegalidade encartada nos autos.
>
> **2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.**
>
> **3. In casu, verifica-se que a custódia provisória foi imposta ao paciente de forma lacônica, determinando a conversão da prisão preventiva "a fim de garantir a manutenção da ordem pública", sem indicar qualquer elemento concreto que justifique a excepcionalidade da medida.**
>
> 4. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.
>
> 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificando a liminar outrora deferida, para que o paciente possa aguardar em liberdade seu julgamento, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de

[133] *Ibid.*

> decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade, e mantidas as medidas cautelares alternativas já impostas em primeiro grau.[134]

Sendo assim, ao ser decretada alguma das prisões cautelares é necessário que se especifique o motivo e qual a fundamentação que o torna necessária, ou seja, é preciso que exista o *periculum libertatis*[135]. Caso contrário, a liberdade do acusado estará sendo violada arbitrariamente, sem qualquer caráter cautelar.

Portanto, é necessário que a presunção de inocência seja preservada até que se tenha o trânsito em julgado do processo penal e que se respeite todas as normas que tratam desde a prisão em flagrante até a execução definitiva da pena do acusado.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou o tema da execução penal provisória da pena de sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, diante do princípio da presunção de inocência e do trânsito em julgado do processo penal.

O princípio da presunção de inocência visa a proteção do acusado, garantindo que o ônus da prova seja da acusação e que o acusado seja considerado inocente até o trânsito em julgado de seu processo, ou seja, quando não há possibilidade de cabimento de qualquer recurso e a condenação se torna definitiva. Importante relembrar que, embora o princípio da presunção de inocência garanta que o acusado não terá sua presunção de inocência afastada até o trânsito em julgado, nada impede que seja aplicado a ele algum tipo de medida cautelar.

Este princípio representa importante garantia constitucional, pois visa limitar o poder estatal de impor a antecipação do juízo de culpabilidade do acusado antes

[134] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 424.308/AM*. Sexta Turma. Paciente: Deyvison Souza Brito. Relatora: Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702912431&dt_publicacao=27/06/2018>. Acesso em: 18 ago. 2018. (grifei).

[135] LOPES, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

que ele sofra condenação criminal transitada em julgado, estabelecendo assim que o processo penal seja condicionado por parâmetros éticos-jurídicos[136].

Quanto à nomenclatura do princípio da presunção de inocência, pode-se concluir que tanto a nomenclatura "presunção de não culpabilidade" quanto a "presunção de inocência" podem ser utilizados, visto que ambas não ferem a Constituição Federal.

A leitura literal do artigo 5º, inciso LVII, da CF, enseja claramente o entendimento de que a confirmação da condenação por acórdão de 2ª instância não afasta a presunção de inocência, visto que, ainda há cabimento de recursos previstos em lei, como o recurso especial e o recurso extraordinário, que, embora não tenham automaticamente efeito suspensivo, possuem sua importância na persecução penal, devido ao fato de versarem, respectivamente, sobre questões que tutelam a legislação infraconstitucional e questões da própria Constituição. Relembra-se aqui que há a possibilidade excepcional de requerer o efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários por via de *Habeas Corpus.*

Além do princípio da presunção de inocência, a Lei de Execução Penal também vai de encontro com a execução provisória da pena, visto que o pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, que ocorre quando há absolvição com imposição de medida de segurança, transitada em julgado e decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Também contrário à execução provisória da pena é o entendimento do artigo 105, da Lei de Execução Penal, que dispõe que a aplicação da pena privativa de liberdade se dará após o trânsito em julgado.

Embora se tenha a redação clara do artigo 5º, inciso LVII, da CF e de todas as outras normas que versam sobre a execução da pena no ordenamento jurídico

[136] Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 99.289/RS. Segunda Turma. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Relator: Ministro Celso Melo. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em: 14 set. 2018.

brasileiro, o Supremo Tribunal de Federal vem aplicando o entendimento de que pode haver a execução provisória da pena após acórdão condenatório de segundo grau, mesmo ainda pendendo recurso da defesa, ou seja, sem o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Quem defende a aplicação da execução provisória alega que os recursos não têm efeito suspensivo previsto em lei e que se for aguardar o julgamento de recurso especial e/ou recurso extraordinário será o mesmo que atribuir à eles efeito suspensivo. Também alegam que além de terem somente efeito devolutivo tais recursos somente versam sobre matéria de direito. No entanto, mesmo que tais recursos tenham essas duas características, não significa dizer que possuem menos importância em relação às instâncias ordinárias ou que esperar o julgamento deles é estar fazendo letra morta das decisões anteriores.

Embora seja entendido que a aplicação da execução provisória da pena quando pendente julgamento de recurso não viole o princípio da inocência, visto que o acusado foi tratado como inocente até o acórdão preferido em 2ª instância, é imperioso destacar que o princípio da presunção de inocência é previsto em norma constitucional de forma clara e também previsto em constituições democráticas de inúmeros países, demonstrando-se assim a importância de respeitá-lo.

Dessa forma, entra-se aqui na questão de como o artigo 5º, inciso LVII, da CF deve ser interpretado. Claramente que se deve interpretá-lo de forma literal, visto que o artigo é claro e objetivo ao dizer que ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado. Não prospera aqui dizer que a interpretação literal do referido artigo retira a efetividade do sistema criminal, atravanca o seu funcionamento operacional e impede a realização de outros princípios caros à Constituição.

Quanto ao argumento de que há inúmeras interposições de recursos meramente protelatórios, que infelizmente acontecem em alguns casos, não se deve esquecer também que há inúmeros casos em que os recursos visam questões de direito importantes, a fim de sanar eventuais equívocos de decisões anteriores.

Em relação à prescrição da pretensão punitiva, é importante ressaltar que ela não se dá exclusivamente por parte da defesa, que entra com recursos meramente protelatórios, e sim por conta do próprio judiciário que demora em julgá-los, sendo necessário analisar caso a caso para concluir se há realmente recursos sendo interpostos tão somente para provocar a prescrição ou se realmente são para o acusado ter o seu direito ao devido processo legal efetivado.

Vale destacar aqui que a execução provisória da pena pode causar dano irreversível ao acusado. Esse dano além de ir contra os princípios da economia e da eficiência processual possui caráter alto de gravidade, visto que a pena corporal é um dano impossível de ser reparado.

Por fim, conclui-se que a execução provisória é medida extremamente desproporcional e inconstitucional, que viola diretamente a norma constitucional prevista no art. 5º, LVII, da CF, ferindo assim o princípio da presunção de inocência e indo de encontro com leis infraconstitucionais, como, por exemplo, a lei de execução penal que prevê em seu artigo 105 que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada após o trânsito em julgado. Sendo assim, cabe relembrar que há outras medidas cautelares presentes no ordenamento jurídico penal brasileiro que podem ser aplicados sem violar qualquer norma ou princípio, como as que foram expostas no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio Cesar de; PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e os direitos e garantias fundamentais: uma análise à luz do garantismo penal e do estado social e democrático de direito. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 769-788, set. 2016.

AVENA, Norberto. Execução Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BEMFICA, Francisco. Da Lei Penal, Da Pena e Sua Aplicação, Da Execução da Pena. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense 1995.

BRASIL. Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>.

BRASIL. Constituição Federal(22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>.

BRASIL. Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2580

BRASIL. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. ARE 964246/SP. Tribunal Pleno. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+964246%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y8a482b4>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 82490/RN. Primeira Turma. Paciente: Francisco Pereira de Lacerda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1643051&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 84.078/MG. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 99.289/RS. Segunda Turma. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Relator: Ministro Celso Melo. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1643051/MS. Terceira Seção. Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: A. L. S. Dos S. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603259674&dt_publicacao=08/03/2018>.

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Fderal e Territórios. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/informacoes/vocabulario-juridico/entendendo-ojudiciario/trânsito-em-julgado>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus. HC 70035687532/RS. Terceira Câmara Criminal. Paciente: Pamela Tais Gomes Machado. Relator: Des. Odone Sanguiné. Porto Alegre, 06 de maior de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=HC+70035687532&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_ndex&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>.

Costa Rica. Convenção Interamericana de Direitos Humanos (em 22 de novembro de 1969). Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

FILHO, FernandoTourinho. Processo penal. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-dasNa%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

KURKOWSKI, Rafael Schwez; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. E-civitas, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p.01-38, dez. 2016.

LOPES, Aury. Direito processual penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Aury. Prisões cautelares. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MESSA, Ana Flavia. Curso de direito processual. Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Processo penal: Esquemas & sistemas. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROIG, Rodrigo Estrada. Execução Penal: Teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. Revista de Direito Brasileira, [s.l.], v. 16, n. 7, p.186-210, 1 abr. 2017.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUE ALENCAR, Rosmar. Curso de direito processual penal. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

.

Ciências
Criminais

A ANÁLISE CONCEITUAL DO CRIME DE TERRORISMO A LUZ DA LEI Nº 13.260/16

Lucas Schneider da Silva

RESUMO

O terrorismo é um fenômeno que aflige boa parte da humanidade, não só pela ocorrência de um atentado, como também pelos efeitos psicológicos que se estendem além dos ataques e repercutem no cotidiano de uma sociedade. A busca pela definição do termo terrorismo é uma jornada que perdura a quase um Século. Diversos autores e instituições tentaram achar uma definição amplamente aceita, mas seus esforços até o momento não trouxeram uma definição que agradasse a todas as nações. Nesse meio tempo, o fenômeno continua a atormentar o mundo e, dada a característica transnacional que muitas vezes adquire, requer um esforço cada vez maior da comunidade internacional para combatê-lo. Todavia, tal combate se torna difícil uma vez que as nações encaram o fenômeno de forma diferente e, consequentemente, consideram ações diferentes como sendo ou não sendo terrorismo. A falta de consenso a respeito do termo gerou consequências graves em âmbito internacional, sendo que várias normas e tratados de direito internacional foram criadas com o propósito de combater tais práticas, mas possuem a sua efetividade comprometida ou não podem ser aplicados por conta da falta de definição, o que estimula, não só a propagação desse fenômeno, mas também o desvio da lei para atender propósitos particulares dos Estados, que muitas vezes se utilizam do terrorismo para justificar a restrição de direitos de seus próprio cidadãos. O Brasil recentemente definiu o terrorismo, por meio da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, todavia, resta saber se a tipificação empregada pelo nosso país está livre de problemas que dificultem a aplicação dessa lei e podem vir a ameaçar os direitos e garantias fundamentais de nossos cidadãos. Esse trabalho estudou a importância do aperfeiçoamento da definição de terrorismo criada pela citada Lei, visando dar-lhe maior efetividade na prevenção e combate ao terrorismo no Brasil. Para tanto realizou uma pesquisa com a finalidade básica, quanto aos objetivos, descritiva, quanto à abordagem, qualitativa, quanto aos procedimentos, realizou uma pesquisa bibliográfica, que levantou dados e informações provenientes de sítios eletrônicos governamentais e de plataformas de artigos científicos, além de livros. Levantou, também, dados e informações sobre algumas legislações de países nos

quais ocorre a prática do terrorismo, como nos EUA, Inglaterra, Austrália, e, também, alguns exemplos famosos de terrorismo ocorrido no mundo.

Palavras-chave: Terrorismo. Lei nº 13.260/16. Efetividade. Aperfeiçoamento Legal. Combate Nacional e Internacional.

1 INTRODUÇÃO

O advento do Século XXI trouxe a humanidade uma época de mudanças constantes e significativas. Os avanços dos meios de transportes, por exemplo, encurtaram as fronteiras físicas e políticas que separam as nações, revolucionando a maneira como a economia funciona e facilitando a capacidade de bens e pessoas de se deslocarem ao redor do mundo. A chegada da era digital permitiu o fácil acesso de qualquer indivíduo a qualquer tipo de informação, difundindo o conhecimento em uma velocidade e alcance nunca antes presenciados. De fato, os avanços científicos têm, na grande maioria das vezes, nos dado uma melhor qualidade de vida.

Contudo, os avanços tecnológicos também serviram para aprimorar a eficácia daqueles indivíduos com propósitos e intenções ilegais. As empreitadas criminosas do Século XXI são dotadas de uma sofisticação e organização nunca antes vista e que tem exigido dos Estados uma constate evolução nos seus métodos internos de combate ao crime e um maior nível de cooperação internacional, dado o caráter transnacional que essas condutas adquiriram nos últimos anos como é o caso do tráfico de drogas, da lavagem de dinheiro e da corrupção. Dentre tais crimes transnacionais, o terrorismo se tornou um dos mais icônicos e problemáticos para as nações deste Século.

Em um primeiro momento, parece fácil identificar um atentado terrorista, contudo, uma análise mais aprofundada do tema revela que o termo é envolto em controvérsias que dificultam obter seu significado de forma precisa.

Seus métodos se confundem com outros crimes já tipificados, fazendo com que a linha que separa o terrorismo e outras condutas criminosas se torne turva.

O termo é também dotado de carga pejorativa e utilizado de maneira errônea para deslegitimar inimizades políticas ou para a persecução de setores da sociedade opostos ao governo, trivializando, dessa forma, ainda mais o seu significado e permitindo até a distorção da ordem jurídica para restringir os direitos individuais de um inimigo do Estado e legitimar as ofensas que esse país comete contra os direitos e a vida de seus cidadãos.

Para os operadores do direito e agentes estatais, em particular aqueles da área penal, que agem sob o manto de garantias individuais advindas de uma constituição, esse tipo de imprecisão conceitual pode dificultar severamente a atividade de combate a esse tipo de prática bem como causar a violação dos direitos garantidos constitucionalmente, resultando, em ambos os casos, na perda da confiança que a sociedade coloca sobre as entidades estatais para mantê-la segura tanto das ações criminosas como dos abusos do próprio Estado.

Com a recente promulgação da Lei nº 13.260/16, precisamos saber se a tipificação dada pelo nosso país a tal prática está apta para combatê-la tanto no âmbito nacional como também por meio da cooperação internacional. É preciso, portanto, saber quais são os principais pontos de desacordo que impedem a conceituação precisa do termo, como a comunidade internacional vem tratando o combate a tais práticas apesar da falta de consenso entre os países, bem como se o conceito da Lei nº 13.260/16 é adequado para garantir não só a efetividade do combate nacional e internacional a tais práticas, mas também a preservação dos direitos individuais de nosso povo, sendo tais questões o objeto de pesquisa deste estudo.

No primeiro capítulo será analisado o processo histórico do fenômeno a fim de entender as mudanças que ocorreram em seu significado desde de sua concepção, bem como a maneira como a comunidade internacional o tratou durante suas diversas encarnações a fim de melhor contextualizar o tema.

Em seguida, será analisado a problemática conceitual sobre o termo terrorismo, listando as principais causas e consequências da indefinição do termo,

identificando as principais características do fenômeno, analisando as principais divergências a respeito destas características, bem como possíveis soluções para tais divergências, a fim de se alcançar um possível conceito adequado e livre de subjetividade com base no que foi discutido.

Por fim, no capítulo subsequente tudo que foi descoberto nos capítulos anteriores será colocado perante a tipificação adotada pela Lei nº 13.260/16 a fim de se determinar os eventuais problemas advindo da definição de terrorismo adotada e o quão precisa a definição empregada é em relação a real natureza do fenômeno do terrorismo, visto que uma definição má elaborada é capaz de gerar graves violações aos direitos fundamentais garantidos em um Estado Democrático de Direito.

2 HISTÓRIA DO TERRORISMO MODERNO

2.1 Origem do termo e evolução histórica

O uso do medo como uma tática de controle social e político não é um fenômeno recente na história da humanidade. De fato, antes mesmo do aparecimento do termo "terrorismo", há inúmeros relatos de povos utilizando o medo como meio de intimidar seus inimigos ou obter vantagens daqueles que os temem.

A história traz relatos das atividades dos Sicários, um grupo fanático de origem judaica que almejava a liberação política e religiosa da Judeia por meio do assassinato de soldados romanos e traidores da religião. Temos também o exemplo dos *Hashashins* (origem da palavra assassino), uma ordem religiosa muçulmana que atuou durante a época das cruzadas, cometendo assassinatos contra cruzados e muçulmanos em nome de Allah. Eles se tornaram tão temidos que as maiores autoridades políticas e militares da época, como comandantes de exércitos cristãos e sultões mulçumanos, pagavam para não se tornarem alvos de tal ordem (MATUSITZ, 2013, p. 7).

Contudo, foi somente no final do Século XVIII que o termo "terrorismo" surgiu. Durante a Revolução Francesa, o governo francês, liderado pelos jacobinos,

fez do medo uma arma para garantir sua legitimidade. Os inimigos da revolução tinham seus direitos civis, em especial os relativos à defesa judicial, restringidos, sendo sempre condenados à morte sem qualquer recurso defensivo. Todavia, essas práticas não se prologaram por muito tempo, vez que o medo de serem guilhotinados fizeram com que setores do próprio governo se unissem para, por um fim, a tais práticas (HOFFMAN, 1998, p. 3).

Os responsáveis pelas barbaridades buscaram um meio de se eximirem da culpa pelos atos cometidos. Criaram então o termo "terrorismo" para caracterizar os abusos cometidos por parte do Estado e se eximirem da responsabilidade dos atos que haviam autorizado, nomeando de "terror" os atos cometidos com o propósito de manter a ordem social, sendo este último legítimo enquanto o primeiro era ilegal. Por fim, acusaram Robespierre, então líder do governo francês, e seus seguidores de cometerem o crime de terrorismo e o guilhotinaram (HOFFMAN, 1998, p. 3).

Sarah Pellet (2003, p. 10) ilustra bem a conotação estatal que o termo terrorismo possuía. Segundo ela "Desta forma, o Terror, meio de legítima defesa da ordem social estabelecido pela Revolução, foi substituído pelo terrorismo, visando unicamente o terror exercido abusivamente pelo Estado."

Ao final do Século XIX, o termo ressurgiu. A sociedade europeia pós-revolução industrial começou a questionar o papel do Estado perante à sociedade. A Rússia, em particular, passava por várias reformas sociais e econômicas importantes. O Czar Alexandre II tentava, desde 1855, desesperadamente retirar o seu país da situação feudal que se encontrava e equipará-lo as demais potências europeias. Ele alterou drasticamente a ordem social de seu país do dia para a noite, mas não foi capaz de estabilizar as mudanças que fazia, gerando uma enorme insatisfação social contra o regime monárquico russo, que passou a ser o objeto de críticas por parte de elementos dessa nova sociedade russa (HOFFMAN, 1998, p. 5).

Em 1881 Alexandre II morreu em uma explosão causada por um membro do grupo *Narodnaya Volya* (Vontade do Povo). A morte do Czar demonstrou que o

sistema Estatal era relativamente vulnerável e inspirou outros grupos a considerar o uso deste tipo de ação na luta pelos seus objetivos (HOFFMAN, 1998, p. 5).

Nascia ali o terrorismo na forma como o conhecemos hoje, um método de violência extremada utilizado para alcançar determinados fins políticos. Ao final do Século XIX, ainda na Rússia, grupos revolucionários de esquerda, em especial os comunistas anarquistas, perceberam a existência de grandes tensões sociais presentes nas diversas camadas da sociedade e teorizaram que a as normas sociais e leis estatais eram a única barreira que impedia esses diversos grupos de entrarem em confronto entre si e causar o colapso do atual sistema governamental (RAPOPORT, 2006, p. 52).

Decidiram então atacar sistematicamente figuras políticas importantes por meio de métodos brutais, a fim de causar um verdadeiro espetáculo que repercutiria por toda a sociedade. Em teoria, tais ataques eventualmente forçariam o governo a escalar seus esforços no combate de tais práticas e progressivamente o Estado teria de desrespeitar as próprias leis e normas que ele mesmo havia criado, destruindo os direitos civis de seus cidadãos e causando a sua própria deslegitimação perante aqueles. Essa situação polarizaria a sociedade entre aqueles que defendiam e serviam ao governo e aqueles que lhe eram contrários e eventualmente levaria a uma revolução comunista e ao fim do *status quo* original (RAPOPORT, 2006, p. 52).

A primeira geração de terroristas modernos foi responsável por criar muitas das características do fenômeno, que seriam emuladas pelas gerações seguintes e integrariam as ideologias e métodos que balizam a ação dos grupos terroristas atuais (RAPOPORT, 2006, p. 52).

As sociedades da época haviam se tornado apáticas em relação as formas convencionais de transmissão de conhecimento e ideologia. Panfletos, cartazes e oradores em praças públicas não mais eram capazes de motivar as massas que, nas palavras de Nechaev, famoso revolucionário russo, passou a considerá-los como "cuspidores de palavras ociosos" (NECHAEV, 1869, apud RAPOPORT, 2006, p.50). Era necessário portanto, criar uma forma diferente de distribuição de

mensagens, uma que não só retirasse as massas do estupor apático no qual se encontravam, mas também mostrasse que o agente estava determinado a lutar e morrer pelo que acreditava, dando mais legitimidade a sua ideologia. Tal método de difusão da mensagem pela ação persistiria no terrorismo até suas encarnações mais modernas.

Outro elemento importante era como os terroristas se enxergavam. Eles acreditavam que o que faziam era um sacrifício para o bem maior de toda a sociedade e que esta, após a revolução, os trataria como heróis. A arma de escolha era a dinamite, que resultava tanto na morte do alvo, como, em muitos casos, na morte do próprio agente. Era uma arma que um criminoso comum jamais usaria visto que esse é egoísta e objetiva ao lucro e não ao bem-estar de toda a sociedade (HOFFMAN, 1998, p. 22).

Os terroristas da época tinham orgulho de ser chamados como tais. Stepniak, outro famoso revolucionário, descreve o terrorista como "nobre, terrível, irresistível, fascinante, unindo as duas sublimidades do esplendor humano, o mártir e o herói" (STEPNIAK, 2009, p. 39-40). Esse tipo de sentimento seria emulado por todas as gerações seguintes e está presente nos grupos terroristas de nossa era. O terrorista sempre acredita que é um herói, levado a uma luta desesperada contra o mal, este sendo o Estado ou grupos étnicos ou religiosos distintos do seu (HOFFMAN, 1998, p. 22).

O alvo era na maioria das vezes figuras políticas importantes que representavam o Estado, e o assassinato foi método preferido desta geração. O período entre os anos finais do Século XIX até a primeira guerra foi marcado pela era de ouro dos assassinatos, onde a morte de figuras políticas importantes acontecia quase que anualmente. O presidente da França, a imperatriz da Áustria, o primeiro-ministro da Espanha, o rei da Itália, o presidente dos EUA, a casa de Bragança, em Portugal, e o arquiduque Francisco Ferdinando, cuja a morte foi o estopim da primeira guerra mundial, foram todos mortos em atentados terroristas que ocorreram

entre o final do Século XIX e as primeiras décadas do Século XX (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 51).

Foi também nessa época que o terrorismo adquiriu as conotações internacionais que persistem até os dias atuais. Os anarquistas procuravam refúgios fora da Rússia, bem como lançavam ataques que partiam de fora das fronteiras de seu país-alvo. Também forneceram apoio e treinamento a grupos terroristas com propósitos separatistas que se formavam nos grandes impérios multiétnicos em decadência como o Império Austro-húngaro e o Império Otomano. O terrorismo não respeitava fronteiras e qualquer país estava vulnerável a essa tática. Segundo Joanisval Brito e Marcus Vinícius (2017, p. 33):

> Note-se, ainda, o papel fundamental dos revolucionários russos em treinar grupos de outras nacionalidades, como os poloneses, sérvios e armênios. Os russos exportaram essa tecnologia, e a campanha de terror anarquista chegava a diferentes pontos do globo, como a América do Norte, a Europa Ocidental, e também os Bálcãs, o Império Otomano e a Índia, onde o assassinato de autoridades, sabotagens, e assaltos a bancos para financiar essas atividades se tornaram mais intensos.

Essa onda de ataques eventualmente forçou os Estados a se unirem pela primeira vez contra o terrorismo internacional. Os governos de diversos países clamaram pela adoção de estratégias que melhor combatessem essa nova forma de empreitada criminosa, tais como um controle mais rigoroso de fronteiras, maior cooperação policial internacional e a proibição do anarquismo (RAPOPORT, 2006, p. 52).

Todavia, esse esforço durou pouco tempo devido ao fato de os interesses dos países estarem alinhados a lados opostos. Muitos davam apoio direto a grupos terroristas que atuavam contra seus rivais. Outros temiam o retorno de seus nacionais que atuavam em grupos terroristas no exterior ao seu território, como é o caso da Itália, que se encontrava em uma situação de instabilidade política na época. A ainda aqueles que não desejavam se envolver em políticas externas, como é o caso dos

Estados Unidos, e, portanto, se recusaram a cooperar com as demais nações (RAPOPORT, 2006, p. 52).

O último grande legado deixado por esses grupos às gerações posteriores foi o seu conhecimento. Os anarquistas transformaram o método do terrorismo em uma verdadeira ciência. Bakunin, Koprotkin e Nechayev criaram verdadeiros manuais sobre os métodos terroristas, onde descreviam as táticas e os objetivos dessas organizações, disponibilizando o uso desse tipo de estratégia a todos. No futuro, Ernesto Che Guevara, Carlos Marighella, Osama Bin Laden e muitos outros utilizariam e aperfeiçoariam os métodos dos revolucionários anarquistas e escreveriam suas próprias obras que serviriam de guia para os demais grupos de suas próprias gerações (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 28).

Com a intensificação do combate a tais táticas por parte dos Estados e o início da primeira guerra mundial, que trouxe novos problemas para a população europeia, o terrorismo anarquista e separatista se exauriu, todavia seus métodos e estratégias permaneceram e o terrorismo se tornou mais uma opção no arsenal de grupos que utilizam estratégias de combate assimétrico contra o Estado.

A partir do ano de 1930 o significado do termo se alterou novamente. A conotação revolucionária que o terrorismo possuía deu lugar para a perseguição política dos inimigos do Estado que acontecia principalmente na Alemanha Nazista, Itália Fascista e na Rússia Stalinista, e o significado do termo voltou a ser parecido com aquele que possuía na Revolução Francesa. De acordo com Hoffman, o termo "passou a representar as práticas de repressão maciças empregadas pelos Estados totalitários e seus líderes ditadores contra seus próprios cidadãos" (HOFFMAN, 1998, p. 14, tradução nossa).

Esse tipo de terrorismo também se espalhou para além das fronteiras desses países vez que esses Estados passaram a dar apoio a grupos e partidos com ideologias similares as suas e que atuavam em outros países e perdura até os dias atuais, com Estados utilizando os chamados "esquadrões da morte" para intimidar seus cidadãos, inimigos políticos, agentes internacionais humanitários, jornalistas e

qualquer outro que considerem um ameaça a sua forma de governança (HOFFMAN, 1998, p. 15).

Durante os períodos de 1918 a meados de 1960, o terrorismo novamente se transformou e adquiriu a conotação de luta contra as nações colonizadoras. Ao final da primeira guerra, as nações vencedoras, com base no princípio da autodeterminação dos povos, desmantelaram os impérios perdedores, fazendo surgir vários novos Estados. No final da segunda guerra, novamente fizeram o uso de tal princípio, solidificando a nova posição desse como um dos pilares que guiariam a comunidade internacional, sendo inclusive representado expressamente no artigo 1º, II da carta das Nações Unidas (NAÇÕES UNIDAS, 1943).

Todavia, ao usarem tal princípio, os impérios vencedores acabaram por minar sua própria legitimidade, visto que também mantinham o controle sobre vários territórios ao redor do mundo. A partir de então, começou uma forte onda de declarações de independência em todo o globo. Em vários casos, essas potências aceitaram pacificamente a independência dessas nações. Em outros, foi necessário conflito armado e outras táticas, como, por exemplo, o terrorismo (RAPOPORT, 2006, p. 53).

Quando comparados às outras manifestações do fenômeno, os terroristas desta geração tiveram um sucesso considerável. O mundo ocidental estava comprometido com a ideia de autodeterminação dos povos e, portanto, havia menos empolgação por parte das nações colonizadoras para manter tais territórios. A duas guerras mundiais haviam devastado a Europa, causando grande destruição na infraestrutura, perda de contingente militar e crises econômicas, dificultando a capacidade de resposta que as nações coloniais europeias eram capazes de mobilizar para combater essas insurreições (RAPOPORT, 2006, p. 53).

Os Estados Unidos, que agora mantinham seguramente a posição de maior potência mundial, também começaram a exercer sua influência para motivar os países europeus a concederem a liberdade para tais povos. Por fim, outros países

com interesses na independência desses territórios, geralmente para enfraquecer rivais, também deram apoio aos insurgentes (RAPOPORT, 2006, p. 53).

Foi para garantir apoio internacional que os terroristas desta geração decidiram reinventar sua marca. O termo "terrorista", dado as ações da geração anarquista, havia adquirido uma péssima reputação, de modo que seu uso gerava antipatia perante a comunidade internacional, fazendo com que países se afastassem ao máximo de organizações com essas alcunhas. Para garantir a simpatia das populações locais e de países estrangeiros, os terroristas dessa geração passaram a usar termos como "lutadores da liberdade". Segundo tais grupos, eles eram heróis lutando contra a opressão das nações coloniais (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 42).

As principais táticas utilizadas por tais grupos, também mudaram significativamente. O assassinato sistemático de policiais se tornou a principal estratégia destes grupos, visto que esses representavam a manifestação física dos entes os quais eles combatiam, ampliando, dessa forma, os tipos de possíveis alvos quando comparados a geração anarquista. Táticas de guerrilha eram também empregadas junto ao terrorismo, o que mais tarde geraria grande confusão entre as duas formas de se travar conflito e contribuiria a falta de uma definição ampla nos dias atuais (RAPOPORT, 2006, p. 55).

Os grupos dessa geração tentavam evitar a perda de vidas civis a fim de gerar maior apoio e simpatia as suas causas. De fato, o apoio de entes internacionais se tornou tão importante para o funcionamento desses grupos, que esses passaram a perseguir ativamente o reconhecimento de suas lutas perante a Organização das Nações Unidas (ONU), a fim de dar um viés mais nobre as causas que defendiam (RAPOPORT, 2006, p. 55).

Esse sentimento está refletido no discurso feito por Yasser Araft, principal líder da Organização para a Libertação da Palestina (OLP), organização que surgiu nessa era com o propósito de combater o controle exercido pelo Estado Israel na região da Palestina, empregando táticas de guerrilha e terrorismo para alcançar tal objetivo. Perante a Assembleia Geral da ONU ele afirmou que "A diferença entre o

revolucionário e o terrorista está na razão pela qual eles lutam. Quem luta por uma causa justa e pela liberdade e liberação de sua terra de invasores e colonizadores não pode ser chamado de terrorista" (ARAFAT, 1974, tradução nossa).

Com o advento da guerra fria o terrorismo mais uma vez passou a ser encarado sob uma nova perspectiva pelas nações do mundo. Durante tal época ele manteve seu caráter revolucionário, todavia, não mais se tratava de lutas separatistas por países que buscavam a liberdade e a independência. Ao invés disso, esse período foi marcado pela bipolarização ideológica do mundo, no qual as nações se agrupavam em capitalistas ou em comunistas, e as maiores potências do mundo travavam uma guerra ideológica que se espalhou por todo o planeta. É nesse contexto que grupos caracterizados por fortes inclinações ideológicas radicais de esquerda e com fortes tendências nacionalistas, muito similares aos anarquistas de outrora, começaram a atuar em todo o globo (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p.43).

Diferentemente dos terroristas anticoloniais, os terroristas dessa geração não foram capazes de obter relevantes sucessos. As opiniões da comunidade internacional a respeito do emprego de tais táticas começaram a mudar drasticamente para uma direção completamente oposta a que sustentavam entre os anos de 1918 até meados dos anos 60. Tal mudança ocorreu devido à natureza brutal dos ataques, especialmente contra civis e não combatentes, realizados pelos grupos que compunham essa onda, sendo o marco principal para essa mudança de paradigma os atentados realizados em 1972, durantes as olimpíadas em Munique, que foram responsáveis pela morte de 39 pessoas (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p.43).

Desde então, a Organização das Nações Unidas passou a repudiar abertamente esse tipo de prática, aprovando diversas resoluções que tratavam de temas relacionados as práticas empregadas por esses grupos, tais como o sequestro internacional de aeronaves, ataques a oficiais governamentais do alto escalão e diplomatas, atentados com bombas contra instalações de nações estrangeiras e o financiamento de atividades terroristas. A linguagem usada nas reuniões da ONU

também havia mudado. Não mais se falava em lutadores da liberdade e o termo terrorista começa a ser usado abertamente (RAPOPORT, 2006, p.60).

O título da Resolução nº 3034 (XXVII) (NAÇÕES UNIDAS, 1972, tradução nossa), aprovada em 1972, de autoria da Assembleia Geral das Nações Unidas é a que melhor exemplifica a nova postura das Nações Unidas. A resolução é intitulada.

> Medidas para prevenir o terrorismo internacional que expõe a perigo ou mata vidas humanas inocentes ou comprometem as liberdades fundamentais e o estudo das causas subjacentes daquelas formas de terrorismo e atos de violência que existem na miséria, frustração, injustiça e desespero e que causa algumas pessoas a sacrificaram vidas humanas, incluindo suas próprias, em uma tentativa de promover mudanças radicais.

O título longo e altamente descritivo indicava como a ONU trataria o fenômeno futuramente. O terrorismo havia se tornado inaceitável em todas as suas formas e fins. Esta resolução também criou um comitê especial para estudar o fenômeno e propor uma definição ampla, mas seus trabalhos não renderam muitos frutos devidos à posição de indecisão em que os Estados ainda se encontravam em relação ao terrorismo (PELLET, 2003, p. 13).

A comunidade internacional ainda permanecia dividida quanto a utilidade do método terrorista. De um lado, nações como a Inglaterra e a França passaram a impor sanções econômicas e políticas a outros países que promoviam e financiavam esse tipo de atividade. Os Estados que haviam conseguido sua liberdade por meio de táticas de guerrilha e terroristas nos anos anteriores também passaram a repudiar tais técnicas, uma vez que agora elas representavam uma ameaça a sua soberania (RAPOPORT, 2006, p. 57).

Do outro lado, algumas nações continuavam a usar esses métodos para alcançar seus objetivos, financiando essas atividades e dando apoio a esses grupos. Os Estados Unidos e União Soviética foram os principais atores nesse suporte dado, e enxergavam nesse tipo de atividade mais uma forma de expandir suas respectivas influências em novas áreas do globo e ao mesmo enfraquecer seu rival ideológico (RAPOPORT, 2006, p. 57).

Mudanças importantes ocorreram também na maneira como esses grupos passaram a escolher seus alvos e nos métodos empregados. O elemento da propaganda ganhou uma maior importância quando comparados aos terroristas anteriores. Os alvos escolhidos eram sempre aqueles que trariam maior atenção as atividades desses grupos. Nesse sentido, os alvos passaram a ser indiscriminados, podendo qualquer pessoa ser vítima da empreitada terrorista, diferentemente das gerações terroristas anteriores, que escolhiam como alvos autoridades estatais e militares, sendo civis sempre evitados como vítimas (RAPOPORT, 2006, p. 58).

A partir dessa geração, civis se tornaram também alvos aceitáveis, e até preferíveis, uma vez que eram por natureza mais vulneráveis que militares e autoridades políticas. Pode-se alegar que essa vulnerabilidade ampliava ainda mais a repercussão desses atos e, consequentemente, o alcance e o poder dos atos desses grupos. Dessa forma, as situações envolvendo reféns foram a principal tática desta era, dado o caráter dramático que estas geravam. (RAPOPORT, 2006, p. 58).

Ao final dos anos 80 e com o fim da guerra fria, o terrorismo mais uma vez se transformaria, sofrendo novamente uma mudança em seu significado. Agora ele passava a ser marcado pelo caráter altamente religioso que os grupos dessa geração possuíam, podendo ser definido como o uso da violência ou ameaça do uso da violência contra pessoas ou estruturas com o objetivo de espalhar o pânico ou ansiedade na sociedade por motivos político-religiosos (RAPOPORT, 2006, p. 61).

Essa onda surgiu no final da década de 80 e teve como estopim três eventos importantes: a Revolução Iraniana, a chegada de um novo milênio no calendário muçulmano e a invasão do Afeganistão pela União Soviética. A Revolução Iraniana acabou com o Estado secular que o Irã havia se tornado, transformando-o em um estado teocrático e demonstrando a forte influência que a religião ainda possuía naquela região (RAPOPORT, 2006, p. 61-62).

O novo milênio sempre foi considerado para os muçulmanos como um tempo de renovação e mudanças e sempre trouxe uma agitação social quando se aproxima, instigando um forte desejo de mudanças na população muçulmana e

consequentemente fomentou o surgimento de muitos grupos terroristas com o propósito de pôr fim ao *status quo* atual e reorganizar o Estado a sua imagem (RAPOPORT, 2006, p. 61).

Por fim, a invasão do Afeganistão pela União Soviética provocou um sentimento de camaradagem religiosa por todo o mundo muçulmano, fazendo com que soldados de vários países muçulmanos e diversos governos sunitas colaborassem no esforço de guerra do Afeganistão. A União Soviética foi expulsa, e sua derrota contribuiu para o seu colapso, fazendo surgir diversas facções muçulmanas rebeldes em seu território. Para os muçulmanos de todo o mundo, foi graças a religião que eles conseguiram derrotar o importante mal estrangeiro (RAPOPORT, 2006, p. 61).

As religiões tiveram um papel fundamental para os terroristas dessa geração. A religião era o elo comum que unia diversas camadas sociais, de diferentes inclinações ideológicas e de diferentes países. O resultado disso foi um relevante aumento na cooperação de grupos terroristas e no financiamento dado a esses grupos por alguns Estados. A religião também serviu como uma importante fonte de coragem e inspiração. A promessa de recompensas pós-morte fez com que o atentado suicida, semelhante aos dos anarquistas, ressurgisse, sendo essa a tática a característica principal adotada pelos grupos terroristas dessa geração (RAPOPORT, 2006, p. 63).

O ataque ao Metrô de Tóquio, em 1995, pelo grupo Aum Shinrikyo utilizando gás sarin, que resultou na morte de 12 pessoas e feriu outras 3000, trouxe também relevante preocupação para a comunidade internacional de que o uso de armas de destruição em massa por tais grupos havia se tornado uma realidade. (RAPOPORT, 2006, p. 63).

O inimigo principal do terrorismo religioso foi o ocidente, em especial os Estados Unidos e seus aliados. Tentativas de retirar guarnições militares americanas do solo de países do Oriente Médio foram feitas por meio de diversos ataques realizados nas décadas de 90 até a virada do milênio, não só contra Estados Unidos, mas também contra todos os seus aliados. Eventualmente esses ataques culminaram

nos atentados realizados contra o World Trade Center, em 11/09/2001 (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 51)

Sem dúvida o ataque terrorista mais chocante da história, os atentados realizados em setembro de 2001, mudaram a maneira como a comunidade internacional enfrentava o terrorismo. Os Estados Unidos, com apoio da ONU, realizaram diversas invasões aos países considerados como parte do "eixo do mal" a fim de combater os responsáveis. A invasão do Afeganistão, por exemplo, contou com a ajuda de mais de 100 países. Os Estados Unidos, que por muito tempo se utilizou do terrorismo para seus propósitos, agora se voltou contra tal prática com uma fúria nunca vista (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 51).

Em âmbito internacional, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas aprovou a Resolução nº 1373 que estipulou que todos os países-membros adotassem e reforçassem medidas de combate ao terrorismo, como a ratificação as convenções da ONU, o combate ao financiamento dessas atividades e a troca de informações a respeito do combate ao terrorismo. Nicholas Rostow (ROSTOW, 2002, p. 482) nota o fato desta resolução impor obrigações legais aos estados apesar de não ter passado pelo regime normal de criação dos tratados, atribuindo essa peculiaridade ao estado sensibilizado que as nações se encontravam pós "11 de setembro" e demonstrando o impacto que esse evento foi capaz de gerar no combate a tais práticas.

Hoje, apesar de ainda haver muitas dificuldades no combate ao citado fenômeno, pode-se dizer que todas as nações do mundo e organizações internacionais repudiam de uma forma ou de outra o terrorismo e a tendência é pela lenta, mais eventual extinção dessas práticas.

3 A PROBLEMÁTICA CONCEITUAL DO TERRORISMO

A maior frustração de quem estuda o terrorismo é, sem sombra de dúvida, conceituá-lo. Por muitos anos, acadêmicos de todo o mundo e instituições de todo o planeta tentam encontrar uma definição do termo que seja amplamente aceita.

Todavia, o termo possuí uma complexidade tão relevante gravitando em torno de si que qualquer definição proposta por um especialista é, de uma maneira ou outra, inadequada aos olhos de outro estudioso ou alguma instituição.

Elas são ou muito amplas e subjetivas, esvaziando-se de utilidade, ao menos no âmbito penal, e projetadas para atender um objetivo específico de quem as tenta definir ou são muito curtas e objetivas, não agrupando todas as características ou formas como o fenômeno se manifesta (SCHIMID, 2004, p. 381).

Em seus estudos, Alex Schmid (SCHIMID, 2004, p. 381) encontrou não menos que 109 definições acadêmicas distintas bem como apontou que, basicamente, todas as agências dos Estados Unidos com alguma missão preventiva relacionada ao terrorismo possuem sua própria definição. No cenário internacional, a mesma situação se repete, tendo a ONU nunca conseguido formular uma definição ampla a respeito do tema, deixando cada Estado a tarefa de definir o fenômeno.

A situação é tão crítica que alguns autores simplesmente optaram por desistir de tentar definir o termo, todavia, não resolver tal situação é uma receita certa para permitir que injustiças aconteçam, uma vez que tal tarefa ficará nas mãos daqueles que dizem que terrorismo é “o que as pessoas más fazem”, abrindo a possibilidade para que governos abusem de tais definições para perseguir inimigos políticos ou manter a população subserviente, como foi o caso dos regimes autoritários de outrora ou de certos países atuais que consideram qualquer ato de violência contra o Estado como um ato terrorista. Nas palavras de Bret, “sem uma definição do terrorismo não se pode identificar um ato de violência como um ato terrorista nem condenar (ou justificar) aquele ato” (BRET, 2006, p. 1987, tradução nossa).

Além disso, muitos Estados já adotam medidas que são dedicadas a monitorar, restringir bens e direitos de pessoas e organizações consideradas terroristas, entre outras medidas jurídicas, de modo que em âmbito jurídico interno não é mais possível tais países se darem o luxo de deixar o termo indefinido sem que a aplicação de tais medidas gere ilegalidades dentro destes países (GOLDER; WILLIAMS, 2004, p. 271).

3.1 Causas da indefinição

É importante notar que quase sempre as definições dadas são dotadas de inclinações ideológicas pessoais daqueles que as criam, e em vários casos tendem a servir a um propósito específico almejado por quem as fazem. Definições não são necessariamente criadas para abordar objetivamente as condutas que incriminam. Muitas vezes há um interesse específico de um Estado ou um grupo político, que não está necessariamente alinhado com aquilo que a sociedade deseja ou aquilo que for melhor para ela (SCHIMID, 2004, p. 396).

A escolha dos termos utilizados para a definição de um crime é capaz de prejudicar um determinado grupo de pessoas ou permitir a impunidade de outro. Inevitavelmente os interesses políticos dos legisladores acaba por interferir na criação de leis e permite que estas sejam deturpadas para cumprir propósitos políticos, sejam restringindo a ação de adversários, seja permitindo a ação de grupos aliados (SCHIMID, 2004, p. 396).

A respeito desse problema, Philip Schlesing afirmou que "[...]nenhuma definição comum pode ser alcançada a princípio, porque o processo de definição é, nele mesmo, parte de uma maior contestação sobre ideologias ou objetivos políticos." (SCHLESING, apud SCHMID, 2004, p. 396, tradução nossa)

O maior exemplo dessa influência política sobre a conceituação pode ser encontrado nas discussões da ONU a respeito de uma elaboração de uma convenção ampla sobre o terrorismo. A convenção está praticamente elaborada, todavia dois pontos importantes nela impediram a adoção de tal convenção: a inclusão ou não da violação de atos de guerra por Estados como terrorismo e a isenção de atos de terrorismo praticado para combater ocupações estrangeiras (ROSTOW, 2002, p. 488).

Os membros que integram a Organização para a Cooperação Islâmica desejam isentar atos de terrorismo cometidos contra Israel e Índia e ao mesmo tempo condenar as ações de Israel como atos de terrorismo. Israel, por sua vez, recusa-se a

comprometer a tais medidas, assim como muitos outros países do ocidente. Dessa forma, pode-se presenciar como interesse políticos específicos interferem na elaboração de uma definição (ROSTOW, 2002, p. 488).

Outro exemplo desse aspecto da problemática pode ser constatado na maneira como o termo tem sido empregado no campo da política. O terrorismo, assim como muitos outros "ismos", se tornou uma ferramenta utilizada por figuras políticas para, ao mesmo tempo, deslegitimar o discurso de seus adversários, colocando em dúvida a virtude de seus opositores, e implicar que aquele que taxou o outro de terrorista está em uma posição moralmente mais correta.

Dessa forma, a utilização desse tipo de tática política esvazia o conteúdo real do termo, servindo apenas para que partes opositoras dentro de um Estado tentem deslegitimar seu adversário, atribuindo a qualquer ação deles a alcunha de ação terrorista, ao mesmo tempo servindo para justificar suas próprias propostas como necessárias ao combate de tais grupos. Sobre esse problema, Jenkins (1980, p.1. tradução nossa) alega ainda que:

> Alguns governos possuem a tendência de definir como terrorismo todos os atos de violência cometidos por seus oponentes políticos, enquanto extremistas antigovernamentais frequentemente alegam serem vítimas de terror governamental. O que se chama de terrorismo, portanto depende a quem se pergunta. O uso do termo indica um julgamento moral; e se um lado consegue colocar a alcunha de *terrorista* no seu oponente, então indiretamente persuadiu outros a também adotarem a sua posição moral. Terrorismo é o que as pessoas más fazem.

Philip Herbst (HERBST, apud SCHIMID, 2004, p. 397, tradução nossa) segue a mesma linha de pensamento, segundo ele:

> Carregando enorme bagagem emocional, o termo terrorismo é frequentemente usado para definir a realidade com o propósito de colocar um grupo em um plano moral mais elevado, condenar um inimigo, reunir mais membros em torno de uma causa, silenciar ou moldar o debate político e alcançar uma grande variedade de agendas
>
> [...]

> O termo "terrorista" tornou-se o mantra de nosso tempo, carregando uma carga negativa semelhante à que o termo comunista possuía.
>
> [...]
>
> Implicando criminalidade, ilegitimidade e até insanidade, a aplicação do termo põe fim a discussão sobre o grupo estigmatizado ou impede a discussão com eles, enquanto reforça o sentimento de moralidade dos rotuladores, justificando suas agendas e mobilizando suas respostas.

Embora o maior empecilho de se alcançar uma definição esteja no campo da política, este não é o único problema. A própria história convoluta do termo é uma das causas desse impasse. Ao longo de sua existência, o terrorismo se manifestou com diferentes propósitos e diferentes métodos foram utilizados por organizações terroristas para alcançar seus objetivos, fazendo com que sua natureza se transformasse constantemente. Hora ele era instrumento da opressão Estatal, hora ele era tido como meio de desestabilizar o Estado e a sociedade e hora era tido como meio legítimo de luta contra a opressão estrangeira (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 25-60).

No passado, seus alvos eram estritamente figuras políticas, depois passaram a incluir forças de segurança estatais e, atualmente, o fenômeno se tornou indiscriminado em relação a natureza de suas vítimas, sendo de interesse aos grupos terroristas apenas o impacto que determinada vítima produzirá sobre os demais membros da sociedade (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 25-60).

Suas táticas também se modificaram ao decorrer da história, vez que é um tipo de conduta que está intimamente ligada aos avanços tecnológicos, o que contribuí significativamente para a evolução e disseminação do significado dado ao fenômeno. (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 6).

Essas mudanças constantes acabaram por embaçar os limites da conduta terrorista e de outras condutas criminosas com características similares ou de outras formas de combate e violência política e, consequentemente, contribuiu para a dificuldade de se conceituar adequadamente o termo. É também inevitável que este problema continue a existir no futuro devido aos avanços tecnológicos que estão por

vir e que poderão mudar a forma como tais atentados serão realizados (PERRY, 2004, p. 273).

A mídia também contribui para tal problema. Ataques terroristas geram audiência e, consequentemente, ganhos monetários. Como consequência, a mídia tende a tachar qualquer ato que se assemelhe ao terrorismo como tal ou taxa qualquer ato que um grupo terrorista comete como um atentado, mesmo quando esses não são realmente atos de terror, contribuindo dessa forma para o exaurimento do conteúdo do conceito e para a confusão do que verdadeiramente é ou não é um ato terrorista (JENKINS, 1980, p.1).

A mídia também tende a retratar o terrorismo de forma acanhada, sempre misturando termos a fim de projetar uma sensação de imparcialidade aos fenômenos que ocorrem. Dessa forma, a mídia tende a usar diversos termos para retratar os agentes de um atentado como, por exemplo, terrorista, insurgente, guerrilheiro, lutadores da liberdade, entre outros. Deve-se notar, todavia, que cada termo se refere a fenômenos diferentes, inclusive sendo alguns deles autorizados pelo direito internacional, enquanto que o terrorismo é sempre repudiado (HOFFMAN, 1998, p. 28).

A mudança como os grupos terroristas passaram a se denominar é outro fator importante para esse problema. Há muito tempo esses grupos perceberam o significado negativo que o termo havia adquirido e, para se distanciarem das conotações negativas deste termo começaram a nomear suas organizações por meio de palavras que melhor lhe trouxessem legitimidade (HOFFMAN, 1998, p. 21).

Empregam portanto, termos que remetem a ideia de movimentos que buscam a liberdade e independência, exércitos ou organizações militares, movimentos de autodefesa ou retribuição, como é o caso da Frente de Liberação Nacional, o Exército de Libertação Nacional, o Movimento de Resistência Africâner e da Organização dos Oprimidos na Terra, respectivamente, resultando em uma maior turvação do que são de fato ações e grupos terroristas e o que são movimentos legítimos de autodeterminação (HOFFMAN, 1998, p. 22).

Deve-se também relembrar que conceitos são criações humanas e que, portanto, a maneira como doutrinadores conceituam o fenômeno depende de como esses o vivenciaram. Weinberg, Pedazhur e Hirsch-Hoefler demonstraram por meio de seus estudos que a época em que esses estudiosos viveram, a profissão escolhida por eles, a região em que habitam e o campo acadêmico ao qual pertence, influenciam diretamente a construção dos conceitos de terrorismo, fazendo com que os elementos empregados nessas definições apareçam com maior ou menor frequência, ou nem sequer estejam presentes em algumas delas quando comparadas com as definições apresentadas por outros pesquisadores (WEINBERG; PEDAHZUR; HIRSCH-HOEFLER, 2004, p. 783).

O termo "violência", por exemplo, é empregado de forma mais frequente nas definições provindas de pesquisadores do Oriente Médio e da Europa Ocidental do que naquelas advindas de pesquisadores da América do Norte, aparecendo em 83%, 80% e 65% das definições criadas nessas regiões, respectivamente (WEINBERG; PEDAHZUR; HIRSCH-HOEFLER, 2004, p. 784).

O emprego do termo "medo" era menos comum em definições dos anos entre 1982 a 1986, aparecendo em apenas 8% delas, em comparação, o mesmo termo aparece em 40% das definições dos anos precedente de 1977 a 1981. As experiências pessoais vividas por esses estudiosos contribuem diretamente para como eles o descrevem e, consequentemente, para o elevado número de definições existentes (WEINBERG; PEDAHZUR; HIRSCH-HOEFLER, 2004, p. 784).

Pode-se perceber, portanto, que boa parte dos motivos da falta da indefinição são de natureza humana, seja por conta da diferença como os doutrinadores percebem o fenômeno, como esse é retratado pelos noticiários, ou ainda pelo desvio que sofre o termo para atender objetivos políticos. Tal fato reacende a esperanças de que uma definição amplamente aceita e que retrate o fenômeno de forma objetiva é possível de ser alcançada. De uma certa maneira tal definição já existe e está presente na Convenção Internacional Para a Supressão do Financiamento do

Terrorismo (NAÇÕES UNIDAS, 1999) que em seu artigo 2º, I, "b" define o terrorismo como:

> Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.

Tal convenção foi ratificada por mais de dois terços dos membros da ONU, incluindo muitas das grandes potências, o que demonstra que caso os países se dediquem a condenar objetivamente o terrorismo em todas as suas formas e justificativas, é possível se alcançar uma definição ampla e capaz de revolucionar o combate a essas práticas.

3.2 Importância da definição

A primeira razão para se definir o termo é que sem tal definição, é impossível combatê-lo. Não é possível formular táticas e estratégias ou identificar atos, organizações e atores sem antes definir o que é terrorismo. Além disso a ignorância sobre o termo contribuí para espalhar ampliar seus efeitos psicológicos sobre a sociedade, podendo tais efeitos serem combatidos por meio do esclarecimento do que consiste tais práticas, quais seus objetivos e qual a real extensão de seus impactos. A falta de definição contribuí também para a "cultura da desculpa", que segundo Cyrille-Bret consiste na recusa de Estados em aceitar que suas próprias ações se encaixam como atos terroristas, ao mesmo tempo que taxam a ações de seus inimigos como tal (BRET, 2006, p.1994).

A Rússia, por exemplo, taxa todo ato de violência contra o Estado como um ato terrorista, mas não se vê como a possível terrorista de alguém. Esse tipo de atitude e de padrão duplo impede a cooperação entre os Estados bem como a condenação ou não de um ato vez que os terroristas são sempre "eles", justificando os todos os atos cometidos contra os inimigos, inclusive os terroristas (BRET, 2006, p.1994).

O terrorismo deve ser repudiado em todas as suas formas para haver um combate realmente eficaz, não devendo haver exceções para o seu uso. Não pode haver, portanto, desculpas para a legitimação do terrorismo. Por fim, Bret também menciona que se todos forem responsáveis pela definição do termo, então todos irão definir de modo que este não se aplique a seus próprios atos. Tal posição pode ser percebida na própria situação das Nações Unidas, entre Israel e seus aliados e entre a OCI (BRET, 2006, p.1994).

No cenário estrangeiro, a dificuldade de se encontrar uma definição que fosse mundialmente aceita trouxe problemas sérios para o combate de tais práticas em nível internacional. O problema começou por volta dos anos 70, quando as atividades terroristas em todo o mundo começaram a se tornar mais frequentes. Após os atentados em Munique no ano de 1972, a ONU se reuniu para debater o assunto, tendo o secretário-geral proposto que a organização não deveria ser passiva no combate a tais práticas, e sim buscar combatê-las ativamente (HOFFMAN, 1998, p. 23).

Embora muitas nações tivessem concordado com o secretário-geral, um grupo de países de origem árabe, africana e asiática argumentaram que o direito de autodeterminação dos povos legitimaria a prática de atos terroristas contra invasores e colonizadores e que a ONU não poderia intervir no direito desses povos de buscar a autodeterminação. Essa mesma atrição entre o direito de autodeterminação e o uso indiscriminado de violência pelo terrorismo permanece até os dias de hoje é a principal causa que atrapalha a criação de uma convenção que traga uma definição mundial para o fenômeno, frustrando, dessa forma, todas as medidas de combate internacionais que dependam da existência de uma definição (HOFFMAN, 1998, p. 23).

A ONU, todavia, não podia permanecer parada enquanto o terrorismo continuava a atormentar o mundo. A solução encontrada foi realizar uma abordagem setorial do tema. As convenções da ONU e outras convenções internacionais passaram a criminalizar práticas que eram populares entre os terroristas sem,

contudo, definir o que é terrorismo, deixando a cada Estado a tarefa de implementar uma definição e as devidas sanções correspondentes (CRETELLA NETO, 2008, p. 68).

É o caso da Convenção de Haia (NAÇÕES UNIDAS, 1973), que trata de reprimir o apoderamento ilícito de aeronaves, tática bastante comum a partir dos anos 70, e define como criminoso no seu artigo 1º, "a" e "b", qualquer pessoa que:

> a) ilicitamente, pela força ou ameaça de força, ou por qualquer outra forma de intimidação, se apodera ou exerce controle da referida aeronave, ou tenta praticar qualquer desses atos; ou
>
> b) for coautor do crime praticado ou tentado, conforme descrito nesta convenção.

A prática listada é bastante parecida com práticas terroristas específicas muito comuns na década de 70 a 80, todavia, a convenção não usou o termo terrorismo justamente para evitar problemas de aceitação entre os signatários, restringindo-se apenas a listar um tipo de conduta específica como crime.

Obviamente, como cada Estado define diferentemente o que é ou não terrorismo, alguns tratados e dispositivos internacionais têm uma aplicação reduzida, como é o caso dessas diversas convenções, do instituto da extradição e do Tribunal Penal Internacional. Uma definição amplamente aceita ajudaria a coordenação internacional para o combate a tais práticas, harmonizando a utilização de institutos que dependem de mais de uma jurisdição nacional (YOUNG, 2006, p. 31).

Também padronizaria a colheita e repasse de informações para um melhor combate internacional, melhorando, dessa forma, o trabalho desenvolvido pelo Comitê Contra-Terrorismo das Nações Unidas, que recebe informações desencontradas dos diversos países, vez que cada um considera como organizações terroristas, grupos com métodos e propósitos diferentes, e agências policiais de inteligência, que estão ligadas à repressão desse fenômeno (YOUNG, 2006, p. 33).

Ajudaria também a definir os objetivos de ações de combate feitas por coalizões estatais, como é o caso da "guerra ao terror", visto que essas teriam uma melhor noção do que é ou não é um grupo terrorista, melhorando suas táticas e seus

métodos de combate, bem como estipulando objetivos que melhor serviriam para o combate de tais práticas (YOUNG, 2006, p. 33).

A forma mais eficaz de lidar com o terrorismo até o presente momento tem sido a persecução judicial estatal, que muitas vezes requer a cooperação entre os Estados devido ao caráter transnacional da conduta. Neste sentido, Young (2006, p. 32, tradução nossa) afirma que:

> A mobilidade dos terroristas internacionais permite-lhes selecionar sua base de operação e atacar alvos além das fronteiras de seu estado de origem. Simplesmente proibir o terrorismo em um Estado não é suficiente para parar ataques terroristas em todos os estados. Uma definição comum é necessária para fornecer uma jurisdição suficiente com um "denominador comum mínimo" em todo o mundo.

Importante notar também que a falta de uma definição, da capacidade de coordenação entre os Estados e de instrumentos para a implementação das convenções representam uma ameaça à paz e a segurança mundial. A invasão ao Afeganistão realizada pelos Estados Unidos é o resultado da ineficácia da legislação internacional atual que estimula uma espécie de vigilantismo por parte das nações mais poderosas, onde as normas internacionais de guerra como o Direito Humano Internacional e as Convenções de Genebra não são aplicadas como deveriam, vez que, para os americanos, terroristas não se enquadram como combatentes regulares ou civis, excluindo-os da proteção destes institutos e os colocando em um vácuo legal (ACHARYA, 2009, p. 678).

Tal precedente é perigoso, pois se torna uma justificativa para a adoção do terrorismo como uma tática para enfrentar os abusos das nações mais poderosas enquanto estas, devido à falta de medidas eficazes em âmbito internacional, recorrem ao uso da força, gerando um ciclo contínuo de maior desrespeito aos direitos humanos e da propagação da ação terrorista (ACHARYA, 2009, p. 678).

Dessa forma, uma definição ampla é essencial para o combate internacional, bem como evitar abuso aos direitos humanos e para reafirmar a posição moral das Nações Unidas sobre o assunto, uma vez que, como foi afirmado pelo secretário-

geral “A falta de um acordo sobre uma definição objetiva e bem conhecida abala a posição normativa e moral contra o terrorismo e manchou a imagem das Nações Unidas” (NAÇÕES UNIDAS, Doc. A/59/565, tradução nossa)

O abuso dos direitos humanos e civis é uma outra consequência preocupante da indefinição. Governos atuais tendem a restringir cada vez mais direitos e liberdades individuais em nome do combate ao terrorismo. Ataques terroristas tendem a deixar a população fragilizada e inclinada a aceitar que leis mais rígidas para o combate a tais práticas sejam aprovadas. Essas leis, no entanto, tendem a restringir ou excluir direitos e garantias individuais. Há ainda aqueles governos que se aproveitam deste sentimento de vulnerabilidade, bem como das pressões internacionais para o combate ao terrorismo, para justificar a implementação de leis que persigam seus oponentes ou outras ameaças aos seus regimes ou ainda para espionar e monitorar a população (BASSIOUNI, 2004, p. 303).

A própria ONU já apontou para tal problema, tendo o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas Para Os Direitos Humanos apresentado em um de seus relatórios que a indefinição do termo por parte da comunidade internacional é uma porta aberta para que Estados promovam intencionalmente ou não o abuso de direitos humanos por meio da má aplicação do termo, sendo necessário ser observado o princípio da legalidade para que Estados não implementem conceitos vagos ou imprecisos que sejam usados para barrar atos pacíficos de defesa de direitos trabalhistas, de direitos de minorias, de direitos humanos ou protestos de cunho político (NAÇÕES UNIDAS, *Fact sheet nº 32*, 2007, p. 39).

Relatos de aplicação desse tipo de medida vêm de todas as partes do globo. O uso de medidas como detenções ou prisões sem limites temporais ou sem assistência de advogado, instalação de escutas telefônicas ou buscas sem autorização judicial, discriminações em razão de nacionalidade, de raça ou de religião, expulsões ou extradições sem as devidas garantias processuais, instalação de tribunais de exceção, substituição, nas ruas, das Forças Armadas às forças Policiais, têm se tornado cada vez mais comum (MIRANDA, 2003, p. 67).

Não se pode deixar que o medo do terrorismo despreze as liberdades e direitos que custaram anos e inúmeras vidas para serem conquistados. Deve-se combater o terrorismo, sim, mas sempre preservando a essência do Estado Democrático de Direito, pois, se não for feito, estar-se-á apenas fazendo o trabalho que os próprios terroristas pretendem e dando-lhes, dessa forma, a vitória sobre as sociedades (MIRANDA, 2003, p. 67).

Como expõe Jorge Miranda (2003, p. 67):

> O pior que poderia acontecer aos regimes liberais e pluralistas do Ocidente seria, a pretexto do terrorismo, afastarem-se dos grandes princípios jurídicos que tanto custou a conquistar e a sedimentar nas suas Constituições, nas suas leis e nas suas culturas cívicas. O pior que poderia acontecer seria, afinal, a pretexto do terrorismo, ficarem abalados os fundamentos do Estado de Direito.

Portanto, como destaca Ganor (2002, p. 300), demonstra-se a necessidade de se elaborar, em âmbito interno e internacional, uma definição de terrorismo que seja objetiva e livre de inclinações ideológicas para que a mesma não venha a se tornar uma arma nas mãos daqueles que desejam desvirtuar o propósito e a natureza de nossas sociedades e destruir o Estado de Direito

Uma definição também propicia aos agentes do Estado melhores condições de se organizar para o combate de tais práticas e garantir que o devido processo legal ocorra e garante a eficácia do combate transnacional por meio da cooperação internacional (GANOR, 2002, p. 300).

Garante também a responsabilização adequada de quem comete esses atos, inclusive de Estados que financiam tais atividades, bem como evita que o uso de direitos legítimos, como o da autodeterminação não sejam confundidos com ações terroristas, o que deslegitima a atuação daqueles que lutam contra o terror (GANOR, 2002, p. 300).

Garante também o apoio da população local, bem como dos nacionais do país que enfrenta o terrorismo por meio da instituição clara do que é ou não é o terrorismo e também para distinguir o terrorismo de outras formas de violência ou

ações criminosas, em especial, a guerrilha, visto que estas formas possuem legitimidades e posições diferentes no ordenamento jurídico internacional e nacionais (GANOR, 2002, p. 300).

3.3 Elementos essenciais do terrorismo: intenção, motivação, agentes, alvos e métodos

Apesar de todas as mudanças que o fenômeno sofreu desde sua concepção, o terrorismo ainda é essencialmente um método usado para alcançar um determinado fim. Isso quer dizer que algumas de suas características permanecem iguais mesmo quando empregados por organizações com ideologias diferentes e que, portanto, usam táticas distintas. É por esse motivo que Hoffman (1998, p.1) afirma que "... a maioria das pessoas tem uma vaga ideia ou noção do que é o terrorismo, mas não possuem uma definição mais concreta, precisa ou explicativa da palavra"(tradução nossa)

Essa mesma noção geral pode ser constatada nos estudos realizados por Schmid e Jongman (JONGMAN; SCHMID, 2017, p. 2-3) em 1985, nos quais eles colocaram a definição que ambos haviam criado ao escrutínio de mais de cinquenta outros profissionais do ramo e lhes perguntam se sua definição era aceitável. Desses, 19 (33%) disseram que sim, 28 (48%) concordaram parcialmente, 7 (12%) rejeitaram a definição e 4 (7%) não responderam. O fato de que 81% dos correspondentes concordaram na totalidade ou em parte demonstra que há um certo consenso a respeito dos elementos que devem integrar uma definição, bem como demonstra que é possível se alcançar uma definição adequada e de robusta aceitação.

Durante seus estudos, Schmid chegou à conclusão de que há, ao menos, dez elementos que aparecem repetidamente em conceitos do termo, sejam conceitos pertencentes ao mundo acadêmico, sejam definições jurídicas do termo. Esses elementos não aparecem necessariamente juntos nas mesmas definições, todavia aparecem frequentemente entre as várias definições analisadas. Schmid (2004, p. 403-404, tradução nossa) enumera os seguintes elementos:

(1) O uso demonstrativo da violência contra seres humanos;

(2) A ameaça (condicional) de (mais) violência;

(3) A produção deliberada de terror/medo em um grupo alvo;

(4) O ataque a civis, não combatentes, e inocentes;

(5) O propósito de intimidação coerção ou propaganda;

(6) O fato de que é um método, uma tática ou uma estratégia de se travar um conflito;

(7) A importância de comunicar o ato de violência a audiências maiores;

(8) A natureza ilegal, criminosa e imoral do ato de violência;

(9) O caráter predominantemente político do ato;

(10) Seu uso como uma ferramenta de guerra psicológica para mobilizar ou imobilizar setores da sociedade.

Dentro do grupo das definições jurídicas analisadas por Schmid, a natureza criminosa (8), a produção deliberada de terror (3) e a coerção governamental (5) aparecem em maior frequência, estando presentes em 85%, 78% e 53%, dessas definições, respectivamente. Os demais elementos aparecem com menos frequência, sendo que a ameaça (2), os alvos civis (4), o uso demonstrativo da violência (1) e o caráter político (9), aparecem em 42%, 41%, 33% e 25% das definições, respectivamente. A natureza comunicativa (7), a natureza tática (6) e a qualidade de ferramenta psicológica (10) são praticamente insignificantes para tais definições (SCHIMID , 2004, p. 405).

Já nas definições acadêmicas o caráter predominantemente político (9), a produção deliberada do terror (3) e ameaça de violência (2) são os elementos mais comuns aparecendo em 68%, 59%, e 42%. Os demais elementos aparecem em intervalos entre 38% a 27%, com exceção do uso como ferramenta de guerra psicológica (10), que aparece somente em 12% (SCHIMID , 2004, p. 407).

Não é de se surpreender que haja uma robusta discrepância entre a frequência com que os termos aparecem nos conceitos acadêmicos e nas definições jurídicas. Essas definições possuem propósitos distintos, sendo as definições acadêmicas usadas para descrever um fenômeno da maneira mais completa o possível enquanto

que o propósito das definições jurídicas é descrever uma conduta proibida de forma clara e objetiva, nos moldes do princípio da legalidade. Todavia, a troca de informações entre essas definições nos ajuda a identificar algumas características essenciais ao fenômeno, bem como nos ajuda a estabelecer o que dever estar presente em uma definição.

Em primeiro lugar tem-se que uma definição deverá conter a intenção do terrorista. Esta intenção se manifesta por meio da produção deliberada de terror (3), fator com relevante presença nos dois tipos de definição ocupando a posição de segundo lugar em ambos os tipos de definição, e se desdobra ainda no propósito de intimidação, coerção ou propaganda (5).

Temos também a presença de uma motivação para tais ataques, geralmente de viés político (9), importante elemento para a doutrina.

Pode-se também citar que os métodos utilizados para alcançar o objetivo desejado pelas organizações terroristas são de natureza ilícita, imoral e criminosa (8), e envolve o uso demonstrativo da violência contra seres humanos (1) e ameaça (condicional) de (mais) violência (2), o que aponta para o *status* de ilegalidade e clandestinidade dos agentes que utilizam tais métodos.

Os alvos dessas organizações são geralmente civis, não combatentes, e inocentes (4).

A característica tática (6) do terrorismo, o seu uso como uma ferramenta de guerra psicológica (10), e a importância de comunicar o ato de violência a audiências maiores (7) aparece de forma mais insignificante, mas pode-se enquadrá-las dentro dos métodos.

Pode-se, então, identificar quatro componentes básicos que compõem a definição do fenômeno: a intenção, a motivação, os alvos e os métodos utilizados por grupos terroristas e suas peculiaridades. Também deve-se destacar que tipos de agentes podem cometer tais crimes, sendo as divergências e particularidades desses elementos o próximo objeto de estudo deste trabalho.

A produção de uma sensação de insegurança e ansiedade que se estende a uma audiência que vai além das vítimas diretas dos atos é a principal intenção do terrorista. A brutalidade, crueldade e a imprevisibilidade dos atos servem como forma de criar um estado de choque e ansiedade na população e, subsequentemente, permite que o terrorista explore tal vulnerabilidade para trazer atenção para sua causa ou fazer demandas a um governo ou a um ente. É esta intenção do agente que o difere de outros criminosos comuns. O assassinato pode ser cometido por diversas razões, mas se a intenção era causar esse sentimento de insegurança na sociedade, tem-se então um ato terrorista, não um assassinato comum.

Neste sentido, Schmid (2004, p. 405) afirma que:

> Terroristas manipulam nosso medo da morte e tentam maximizar a incerteza, criando dessa forma ansiedade para manipular vítimas atuais, futuras e aqueles que se identificam com estas. Após uma atrocidade terrorista, a questão "serei eu o próximo?" paira sobre a audiência; o efeito psicológico desejado foi alcançado (tradução nossa)[1]

É relevante notar, que a percepção da ameaça terrorista depende do contexto e da maneira como governos comunicam tais atos. Terroristas, por meio do terror, visam demonstrar que o Estado é vulnerável e não possui a capacidade de defender seus cidadãos. O Estado, por sua vez, acaba inevitavelmente caindo nessa armadilha, empregando medidas cada vez mais restritivas que acabam por violar os direitos civis de sua própria população. Isso não só acaba por alterar a percepção da população a respeito do verdadeiro tamanho da ameaça como também acaba por ajudar os terroristas a legitimar suas causas, vez que o Estado acaba por beirar a tirania, seja no tratamento dado aos terroristas, seja no tratamento dado a sua própria população (BASSIOUNI, 2004, p. 303).

Importante também notar que as sociedades reagem de maneira diferente em relação a atentados. Algumas sociedades possuem uma predisposição histórica maior

[1] No original: "Terrorists play on our fear of sudden violent death and try to maximize uncertainty and hence anxiety to manipulate actual and prospective victims, and those who have reason to identify with them. When, following a terrorist atrocity, the question 'will I be next?' looms large in target audiences; the desired psychological impact is reached."

que amplifica os efeitos psicológicos e sociais causados por atos terroristas. Bassiouni menciona, por exemplo, que os atentados suicidas palestinos afetam a população de Israel de forma mais grave do que a sociedade de outros países por conta da bagagem histórica daquele povo (BASSIOUNI, 2004, p. 301).

A percepção de vulnerabilidade que a própria sociedade e seus governantes possuem é também um importante fator para a propagação dos efeitos dos atos terroristas. Nos Estados Unidos, por exemplo, mortes por embriaguez ao volante e por homicídios violentos chegam a 25.000 e 20.000 por ano, respectivamente, no entanto, pouco se fez institucionalmente naquele país para reduzir esse tipo de violência (BASSIOUNI, 2004, p. 302).

Os atentados ao World Trade Center fizeram 3.600 vítimas, todavia, provocaram mudanças radicais na maneira como o governo americano e a ONU passaram a combater este tipo de ameaça. Portanto, não é uma questão de quantidade de vítimas que molda nossa percepção de risco e vulnerabilidade, mas sim como a sociedade percebe subjetivamente a ameaça que uma ação pode ser capaz de trazer. Nas palavras de Bassiouni (2004, p. 302, tradução nossa):

> É o que nós fazemos dessa informação, ou melhor, é o que políticos e a mídia disseminam em uma determinada sociedade e em um determinado espaço de tempo. Objetividade não possuem nenhum elo com a percepção, e esse é um dos principais problemas em lidar com o terrorismo.

Todos esses fatores demonstram que é difícil medir o verdadeiro impacto psicológico que uma ação terrorista causa em uma sociedade. Saber se o pavor e ansiedade se manifestaram de fato e até onde e como se manifestaram é uma tarefa impossível. No entanto, a falta de precisão a respeito do verdadeiro impacto de uma ação terrorista não fará com que tais atos criminosos cessem.

Nesse sentido, o mais prudente parece ser criminalizar tais atos pela intenção, e não pelo resultado, devendo ser dispensada qualquer expressão que remeta a necessidade de comprovação do resultado para a aplicação da lei penal. Trata-se, portanto, de uma espécie crime formal que Capez (2013, p. 288) descreve como

sendo o tipo que "[...]não exige a produção do resultado para a consumação do crime, embora seja possível a sua ocorrência".

O terrorista sempre possui uma motivação por trás de suas ações que ajuda a distinguir seus crimes de outros crimes comuns. Seus objetivos são sempre cercados por motivações políticas, não no sentido de fazerem parte de um partido ou ideologia específica, mas no sentido de que ele deseja, por meio dos atos violentos, obter um espaço na arena política e, consequentemente, mudar as estruturas sociais atuais, influenciando o processo político. Outras motivações, como a religião ou um desejo pessoal de vingança do agente podem estar presentes, contudo, estas são secundárias ao objetivo da organização. As ações do agente e do terrorista são necessariamente destinadas a um fim político (HOFFMAN, 1998, p. 37)

Os anarquistas e os membros da "nova esquerda" desejavam desencadear revoluções proletárias. Os terroristas anticolonialistas visavam à libertação de seus Estados. Os terroristas religiosos buscam reprimir influências estrangeiras de seus territórios ou ainda a criação de Estados seculares. Até mesmo os cultos apocalípticos da quarta geração possuem alguma espécie de propósito político, que se manifesta pelo desejo de verem as próprias sociedades arruinadas (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p.29-59).

A motivação política também ajuda a distinguir essa atividade de outras praticadas por criminosos comuns. Enquanto o criminoso comum visa a ganhos materiais e pessoais, o terrorista acredita ser um herói lutando em prol de todo o bem-estar social. Mais importante, porém, é a função que a motivação possui em distinguir atividades criminosas comuns que também possuem o propósito de intimidar a sociedade e coagir o Estado, tática muito empregada pelo crime organizado, em especial o narcotráfico (SCHMID, 2011, p.84).

O terrorismo se difere das práticas utilizadas por essas organizações por ser motivado politicamente, enquanto aqueles possuem um fim econômico ou de interesse pessoal de seus líderes como é o caso de Pablo Escobar, que aterrorizou a população como forma de ter sua vida e sua permanência em solo colombiano

garantidos pelo governo colombiano, mas não insistiu em nenhuma espécie de mudança política (SCHMID, 2011, p. 87).

Interessante notar que no cenário internacional a inclusão ou não desse termo é nebulosa. As convenções da ONU não tendem a mencionar a motivação, como é o caso da Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo que menciona em seu artigo 2º apenas o propósito de intimidar a população ou o governo, o que nos leva a concluir que organizações criminosas se amoldariam nessas convenções, apesar de sua atividade não ser necessariamente de natureza terrorista (UNITED NATIONS, 1999).

Já a Resolução 49/60, titulada de Medidas para Eliminar o Terrorismo, faz em seu artigo terceiro, menção expressa do propósito político da atividade (UNITED NATIONS, 1972).

Parece ser mais prudente incluir a motivação para se evitar este tipo de confusão e distinguir o terrorismo de outras práticas, promovendo, assim, a tipificação adequada, como é feito por alguns países, como, por exemplo, o Reino Unido, que por meio do Terrorism Act 2000, traz em seu artigo 1º, "c" que o ato terrorista ocorre quando "o uso (da violência) ou ameaça é feito com o propósito de avançar uma agenda política, religiosa, racial ou ideológica" (REINO UNIDO, 2000)

Em relação aos agentes do terrorismo, não há, na doutrina, muita discussão em torno de quem pode cometer atos terroristas, pelo menos, quando se trata de pessoas físicas. Homens, mulheres, crianças, jovens, anciãos, indivíduos sozinhos, em grupos, todos podem ser agentes de tais atos, desde que mantenham um elo com alguma doutrina radical que possa lhe dar motivação política para que suas ações não sejam consideradas movidas por razões pessoais e, consequentemente, se tornem crimes comuns.

Podem, portanto, operar em grupos, células únicas ou ainda se radicalizarem pela internet e atuarem individualmente, como acontece com os chamados "lone

wolfs", indivíduos que operam sozinhos e se radicalizam pela internet, fenômeno que vem ocorrendo com cada vez mais frequência nos dias atuais, com o aumento do uso da internet.

As discussões que se encontram nesse tópico estão relacionadas à inclusão ou não do terrorismo Estatal nas definições. Alguns autores acreditam que tal inclusão não deveria ser feita, uma vez que se trata de fenômenos diferentes. Outros acreditam que a não inclusão abre o caminho para padrões duplos de moralidade sobre o uso de tal violência, onde a forma Estatal é "legal" e a forma dos agentes paraestatais é uma atitude criminosa (SCHMID, 2011, p.88).

Não há dúvidas que em matéria de terrorismo, o Estatal é a forma mais mortífera que existe. Quando o Estado, infinitamente maior que o indivíduo, volta seus recursos para a perseguição de inimigos políticos, os resultados sempre são chacinas de números sem iguais, que fazem o terrorismo não-estatal parecer um crime de leve potencial ofensivo quando comparado. Basta observar todas as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários dos séculos passados para entender a importância de coibir essa prática. Enquanto o terrorismo comum faz vítimas em torno das dezenas, centenas e milhares, o Estatal resulta na morte de milhões. Quanto as modalidades de terror estatal, pode-se citar três formas: O terrorismo exercido diretamente pelo Estado, o apoiado pelo Estado e o tolerado pelo Estado (CRETELLA NETO, 2008, p. 40).

Todavia, o mundo jurídico possui algumas peculiaridades que afetam diretamente esta discussão. Não se pode, ao menos dentro do âmbito do direito penal, falar em responsabilização criminal do Estado, pois o objeto do direito penal é sempre a conduta humana. Somente o ser humano tem consciência das potenciais consequências de suas ações e possui a capacidade mental de escolher entre cometer ou não cometer um ilícito e logo, somente ele pode ser punido por sua desobediência aos preceitos legais penais (CAPEZ, 2013, p. 22).

Em âmbito internacional, a mesma situação ocorre, não existindo até o presente momento nenhuma corte que penalize criminalmente Estados. O artigo 25

do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, fala expressamente que "o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas" (CORTE PENAL INTERNACIONAL, 1998).

Não quer dizer, todavia, que as vítimas do terrorismo Estatal estão desamparadas. No âmbito interno, nossa carta magna traz em seu Título I, os princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, dos quais se destaca em seu artigo 4º, VIII, que lista o repúdio ao terrorismo como um desses princípios (BRASIL, 1988).

Pode-se, então, concluir que o Estado brasileiro tem o objetivo de acabar com tal prática e qualquer utilização desse tipo de ato por um de seus agentes consistiria em uma espécie abuso de poder, conduta proibida pela Lei nº 4.898/65, e que traz em seu artigo 6º a sujeição do agente a sanções administrativas, civis e penais (BRASIL, 1965).

Se o dano foi causado por um agente do Estado agindo nesta qualidade, pode-se aplicar também o artigo 37, § 6º da CF em conjunto com o artigo 43 do Código Civil, que trazem a possibilidade de responsabilizar o Estado na esfera civil pelos danos causados pelos seus agentes (BRASIL, 2002).

Tribunais regionais também oferecem uma avenida para que indivíduos, com base nos direitos humanos e o dever do Estado de garanti-los, façam valer suas pretensões indenizatórias, seja contra o Estado de origem ou qualquer outro que promova tais práticas, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui tal atribuição por meio da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Já os Estados podem recorrer a diversos métodos para impedir a atividade terrorista promovida por outros Estados. Em primeiro lugar podem, com base na defesa de direitos humanos, ingressar nas mesmas cortes regionais.

Podem também, ingressar na Corte de Justiça Internacional quando a obrigação de não fomentar a atividade terrorista vem de um tratado. A comunidade

internacional apontou inúmeros tratados que proíbem o patrocínio ou o uso dessas atividades pelos Estados. A quebra desses tratados é um dos motivos que podem levar a Corte a exercer sua jurisdição (BASSIOUNI, 2002, p. 96).

Há ainda medidas diplomáticas como as sanções previstas no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas e, em última instância, o uso da força previsto no mesmo capítulo, como o que aconteceu no Afeganistão após os atentados de 2001 (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

De qualquer modo, o ponto é que não há a necessidade de incluir o Estado como agente de atividades terroristas em uma definição penal, devendo a punição a tais Estados serem implementadas por outras vias mais plausíveis como a responsabilização civil.

Não se está tentando com tal abordagem excluir a penalização dos Estados, mas a verdade é que um regime de punição de Estados está além de nosso tempo, vez que os Estados não têm interesse em tais legislações, fazendo com que este tipo de penalização seja sempre realizado por meio de métodos indiretos, visto que, este tipo de situação ainda é delicado no ordenamento jurídico internacional. Blum (2013, p. 121, tradução nossa) aponta ainda que os Estados, por questões históricas buscam justamente evitar esse tipo de terminologia, para evitar situações de conflitos. Em suas palavras:

> Estados agora gozam de uma conceitual imunidade normativa, dada a eles por entidades políticas. A culpabilidade dos Estados não é necessária e nem suficiente para resultar em punições; e qualquer noção de culpabilidade do Estado não é reconhecida pelo direito internacional. Não há Estados "culpados", apenas indivíduos ou regimes culpados.

Em relação aos alvos das atividades terroristas, a primeira importante característica a se notar é a diferenciação entre a vítima direta e o verdadeiro alvo, este último sendo a sociedade ou a população. As vítimas diretas são escolhidas principalmente pelo seu caráter simbólico e não pelas suas particularidades pessoais.

Para o terrorista o mais importante é o quanto de audiência será gerado pelos atentados cometidos a uma determinada vítima ou a um determinado grupo. Não se deve confundir tal característica com aleatoriedade na escolha dos alvos pois, apesar de não possuir elos pessoais com as vítimas, a ação terrorista é sempre planejada a gerar uma maior audiência possível e, portanto, os alvos são escolhidos com cuidado, sendo aleatório somente quem será atingido. Deve-se considerar também que certos alvos, tais como figuras políticas, são alvos específicos, mas não se afasta o fato de que a ação terrorista é sempre direcionada a uma audiência maior (SCHMID, 2011, p.101).

Existe, todavia, dois pontos de fricção na doutrina a respeito da natureza das vítimas. O primeiro se refere à qualidade da vítima quanto ao seu *status* de civil ou militar. A linguagem empregada nas definições para descrever o *status* de civil ou militar tende a variar bastante, sendo empregados termos como: inocentes, civis, não-combatentes, civis inocentes, pessoas que não são partes de um conflito, pessoas desarmadas ou indefesas, entre outros. O problema se dá porque cada um desses termos, quando empregados, aumentam ou diminuem o escopo do que pode ser considerado ou não um ato terrorista, devido ao fato de que cada termo tem um significado diferente (SCHMID, 2011, p. 102).

O termo não-combatente por exemplo pode variar desde um soldado que está de folga ou fora de uma zona de conflito até o pessoal de apoio uniformizado, mas não necessariamente militar, como padres e enfermeiras. Quanto a civis, estes diferem entre cidadãos comuns e policiais, caçadores e outras profissões que estão potencialmente armados, dificultando ainda mais determinar o nível de legitimidade de tais atos, se é que há justificativa para o cometimento de atos terroristas (SCHMID, 2011, p. 102).

A verdade, é que todos esses termos são dotados de grande subjetividade e são muitas vezes definidos por interesses políticos e outros critérios não objetivos e, portanto, não possuem a capacidade de regular adequadamente uma definição. Alguns autores afirmam até mesmo que civis são, ao menos nos olhos dos

terroristas, parcialmente culpados, uma vez que são esse que escolhem seus governantes e, portanto, são alvos legítimos para o emprego de violência (SCHMID, 2011, p.101).

Para muitos terroristas, a natureza de suas vítimas pouco importa, sendo irrelevante se são civis ou militares. Os métodos muitas vezes empregados também tendem a reforçar essa ideia, devido à natureza indiscriminada de muitos deles, como bombas ou atentados utilizando aeronaves, que causam relevante destruição em área e consequentemente afetam as mais variadas pessoas. Atentados também podem ter como alvos instalações militares, como o atentado contra o USS Cole ou ao Pentágono feito no dia 11 de setembro. Por outro lado, há ainda grupos que se esforçam para não alcançar civis, o que indica que os alvos escolhidos pelos terroristas variam de grupo para grupo (BRET, 2006, 1996).

Neste sentido, parece mais prudente taxar o terrorista pela intenção de seus atos, e não pela natureza de suas vítimas. É o que acontece, por exemplo, na definição utilizada pela Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (NAÇÕES UNIDAS, 1999), que o define da seguinte forma em seu artigo 1º, "b":

> Qualquer pessoa cometerá um delito, em conformidade com o disposto na presente Convenção, quando, por qualquer meio, direta ou indiretamente, ilegal e intencionalmente, prover ou receber fundos com a intenção de empregá-los, ou ciente de que os mesmos serão empregados, no todo ou em parte, para levar a cabo:
>
> [...]
>
> b) Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.

A Convenção se preocupou somente em taxar a intenção, sendo esta a de causar a morte ou lesões quando o propósito for de intimidação, e excluir da matéria esses tipos de atos quando se trata de conflito armado, visto que nessas

circunstâncias, esses são regulados segundo as regras da 4ª Convenção de Genebra, que dão proteção especial aos não combatentes e civis e proíbe o uso de táticas terroristas contra estes (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Portanto, qualquer pessoa fora de um estado de conflito definido pelas normas internacionais está sujeita a ser vítima de ataques terroristas, devendo o agente ser punido pela sua intenção como discutido anteriormente.

A segunda discussão na doutrina é se o ataque somente a propriedade e objetos pode ser considerado como atentado. No direito internacional e nas legislações nacionais a questão é quase que unanimemente descrita como atentado. Já para a doutrina, alguns autores, como Alex Schmid, não enxergam o ataque a propriedade ou objetos, quando esses não deixam vítimas humanas, como sendo capaz de gerar a intimidação.

Contra tal argumento, Cyrille-Bret cita que há grupos terroristas no Sri Lanka e ativistas ambientais ao redor do mundo que tendem a atacar somente propriedade e bens materiais (BRET, 2006, p. 1998).

Além disso, o World Trade Center não foi escolhido por reunir um relevante número de pessoas, mas por ser um símbolo de cultura e sociedade ocidental. Pode-se também argumentar que um ataque a uma usina nuclear gera um relevante sentimento de apreensão na população devido aos efeitos catastróficos que podem resultar de tal ataque.

Algumas das convenções da ONU apontam para tal possibilidade, como a Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, que em seu artigo 2, I, lista como conduta tipificada o uso de explosivos em lugares públicos, sistemas de transportes, instalação de infraestrutura ou instalações estatais ou governamentais (NAÇÕES UNIDAS, 1998).

Não há, portanto, motivo para não incluir o ataque à propriedade e objeto em uma definição, principalmente se tais propriedades possuem valor simbólico para a população de uma nação.

A respeito da natureza dos métodos empregados por grupos terroristas, também não há muita divergência na doutrina. O terrorista sempre usa métodos que melhor atraem atenção para seus atos e, consequentemente, a maioria desses métodos envolve o uso de violência extrema ou, ao menos, a ameaça de tal violência, que geralmente repercute melhor no mundo midiático dado à brutalidade envolvida (SCHMID, 2011, p. 98).

Dentro desse parâmetro, os grupos terroristas estão limitados somente pela sua criatividade, recursos e sua própria moralidade. Da mesma maneira que um assassinato pode ser cometido das mais diversas formas, o terrorismo também não possui métodos específicos, tendo sido utilizadas variadas estratégias durante à história do fenômeno.

A questão que se pode levantar é se o terrorismo necessariamente envolve somente a violência ou ameaça desta. Os recursos da era digital abriram as portas para um novo campo de atuação, o mundo cibernético.

O chamado ciberterrorismo se tornou uma possível realidade em nossas vidas, com alguns autores afirmando que é só uma questão de tempo para que um desastre seja causado utilizando tais métodos. Outros dizem que tais tipos de ataque já aconteceram e são realidades em nosso tempo. A divergência sobre este de tipo de ação se desenrola em torno do fato de que esses ataques não são feitos com o mesmo nível de violência que os métodos tradicionais envolvem e que, portanto, não seriam capazes de aterrorizar a população, sendo considerados outro tipo de fenômeno distinto do terrorismo, exemplificando mais um mal emprego do termo terrorismo (BRUNST, 2010, p. 51).

Todavia, há estudos que demonstram que a sensação de ansiedade provocada pelo terrorismo eletrônico não difere muito daquela provocada pelos métodos tradicionais. Mais importante foram as consequências políticas geradas pelos ataques simulados nesse estudo. Os grupos expostos a ataques cibernéticos eram mais favoráveis a medidas mais radicais de segurança e monitoramento aplicadas pelo

governo, demonstrando que tais ataques podem ser tão eficientes quantos os métodos comuns (GROSS; CANETTI; VASHDI, 2018, p. 284).

Até o momento, não há registros concretos de ataques eletrônicos que envolvam mortes diretas, todavia, organizações terroristas já começaram a adentrar no mundo virtual, utilizando redes sociais para espalhar propaganda bem como centros de recrutamento e radicalização.

Todavia, há relevantes preocupações acerca do potencial que esse tipo de ferramenta pode trazer aos terroristas. A dependência da tecnologia fez com que sistemas públicos importantes sejam controlados eletronicamente e, embora esses sistemas sejam muito bem protegidos, há sempre a preocupação de que um terrorista venha se apoderar de um sistema importante como, por exemplo, o sistema de controle das comportas de uma represa hidroelétrica, ou ainda o sistema de controle de um reator nuclear.

Brunst (2010, p. 51) cita o caso da falha das represas em 1975 na China, onde represas no Rio Amarelo se romperam, causando a perda de mais de 85.000 pessoas e demonstrando o potêncial destrutivo que esses métodos podem trazer. Ele cita também como em 2002 um hacker foi capaz de penetrar nos sistemas de controle da represa Hoover nos Estados Unidos ou como um jovem interferiu no sistema de ligamento automático das luzes quando uma aeronave se aproxima para aterrissar no aeroporto de Worcester, também nos Estados Unidos.

Esses cenários demonstram que há um motivo de preocupação real visto que há um potencial nesse tipo de ação.

No cenário internacional, ainda é tímida a abordagem pela ONU desse tipo de ataque, mas é possível que este passe a ser incluídos nas convenções internacionais como é o caso da Convenção de Pequim, que complementa a Convenção para Repressão aos Atos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil, com a seguinte redação: “Ataques cibernéticos a instalações de navegação aérea constituem uma ofensa perante esta Convenção” (NAÇÕES UNIDAS, 2010).

Em legislações nacionais já e mais comum ver esse tipo criminalizado, como no caso da Austrália que no seu Código Penal promulgado pelo Act 1995 (AUSTRÁLIA, 1995) define como uma das ações terroristas o ato que:

> (f) interfere seriamente, perturba gravemente ou destrói, um sistema eletrônico incluindo, mas não limitado a:
>
> (i) um sistema de informação; ou
>
> (ii) um sistema de telecomunicações; ou
>
> (iii) um sistema financeiro; ou
>
> (iv) um sistema usado para a prestação de serviços governamentais essenciais; ou
>
> (v) um sistema usado para, ou por, uma utilidade pública essencial; ou
>
> (vi) um sistema usado para, ou por, um sistema de transporte (tradução nossa).[2]

É portanto difícil dizer se os métodos utilizados ainda envolvem necessariamente a violência ou ameaça de violência contra a pessoa ou a propriedade, ou se o terrorismo evoluiu para além de tal limitação, sendo necessário, portanto, avaliar também o *animus* do agente, isto é, se a intenção de espalhar o medo está presente, para determinar se ele é um terrorista ou um hacker a fim de aplicar a norma correta para a punição.

3.4 O princípio da legalidade no direito penal brasileiro

Antes de congregar o que foi exposto nos tópicos anteriores em uma definição legal do fenômeno do terrorismo que possa ser usada para estudar a efetividade da definição adotada pela Lei nº 13.260/16, é necessário entender quais

[2] No original: (f) seriously interferes with, seriously disrupts, or destroys, an electronic system including, but not limited to:
(i) an information system; or
(ii) a telecommunications system; or
(iii) a financial system; or
(iv) a system used for the delivery of essential government services; or
(v) a system used for, or by, an essential public utility; or
(vi) a system used for, or by, a transport system.

são os pilares balizadores da tipificação de uma determinada conduta no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Tais diretrizes são estabelecidas pelo princípio da legalidade, que está consagrado na Constituição Federal de 1998 em seu artigo 5º, insciso XXXIX, cuja redação é "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 1988).

Embora abordado na Constituição de maneira sucinta, este princípio apresenta importantes consequências para a criação de leis penais. Deve-se notar que tal princípio advém de séculos de intensa luta contra os arbítrios do Estado, podendo sua origem ser traçada na *Magna Charta Libertatum*, documento impostos pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, ainda no ano de 1215 garantia que nenhum homem livre seria julgado por crimes que não estivessem previstos em leis locais. Desde de sua concepção, tal princípio se espalhou pela Europa e pelo mundo e nos dias atuais é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, estando presente, em maior ou menor intensidade, em todos os ordenamentos jurídicos das nações ocidentais (CAPEZ, 2013, p. 58).

O princípio da legalidade, na esfera penal, impõe ao Estado algumas obrigações que este deve observar ao tipificar uma conduta. Do ponto de vista político, o princípio garante que os direitos fundamentais relativos a liberdade estejam protegidos do arbítrio do Estado e de seus representantes, a partir do momento que proíbe o Estado de punir um indivíduo sem que tal conduta esteja tipificada previamente em lei. Dessa forma, o indivíduo ganha uma proteção a mais contra os interesses daqueles que exercem o poder Estatal, não podendo ser punido senão por regras de caráter geral, objetivas e impessoais (CAPEZ, 2013, p. 58).

Do ponto de vista jurídico, só se pode falar em crimes e infrações penais quando a conduta praticada se amolda perfeitamente ao texto legal que criminaliza tais condutas (CAPEZ, 2013, p. 59).

A partir de tais observações o princípio da legalidade pode ser desmembrado em seis outros subpríncipios: o princípio da reserval legal, o princípio da anterioridade da lei, o princípio lei escrita, o princípio a da lei estrita, o princípio da lei certa e o princípio da lei necessária (CUNHA, 2015, p. 86).

De acordo com o princípio da reserva legal, um crime só pode ser tipificado por meio de uma lei em sentido estrito. De acordo com tal princípio, outras formas de manifestação do poder legislativo não possuem a legitimidade necessária para tipificar uma conduta como crime. Dessa forma, não se pode criar um crime por meio de medida provisória, por exemplo (CUNHA, 2015, p. 82).

O princípio da anterioridade determina que um agente só será punido por atos praticados após a entrada em vigor da lei penal incriminadora. Uma conduta só passa a ofender bens jurídicos a partir do momento que a lei passa a produzir efeitos, não podendo um agente ser punido por condutas anteriores à data da efetivação da lei criminal (CUNHA, 2015, p. 84).

O princípio da lei escrita proíbe o uso do direito consuetudinário como ferramenta para fundamentar ou agrava penas, devendo o indivíduo somente ser punido na forma como esta escrito na lei. Deve-se notar, todavia, que o costume é utilizado para definir alguns termos acessórios a tipificação criminal, como ocorre no caso do repouso noturno previsto no art. 155, do Código Penal. Tal período é definido com base nos costumes locais (CUNHA, 2015, p. 85).

O princípio da lei estrita proíbe a utilização da analogia como forma de punir condutas que não se amoldam perfeitamente a aquelas descritas na lei. Exemplo clássico é o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela atipicidade da conduta praticada pelo agente que furta sinal de TV, não podendo tal conduta ser equiparada ao crime de furto de energia elétrica, previsto no artigo 155, § 3º do Código Penal, para fins de punição do agente (CUNHA, 2015, p. 85).

O principio da lei certa determina que uma lei não pode descrever uma conduta de forma imprecisa e vaga. É necessário que os termos empregados sejam

objetivos, claros e precisos. Segundo Capez (2013, p. 62), termos como "qualquer conduta contrária aos bons costumes ou qualquer vilipêndio à honra alheia" não devem ser utilizados pois abrem espaço para que os juízes julguem de forma discricionária e, consequentemente, gera enorme insegurança jurídica no meio social.

Deve-se notar, todavia, que algumas vezes é impossível determinar de forma eficiente todas as maneiras que uma conduta criminosa pode ser praticada. O homicídio culposo, por exemplo, pode-se manifestar de diferentes formas, tendo o legislador optado por utilizar um termo genéricos para criminalizar tais condutas, tratando-se, portanto de um tipo penal aberto, descrito por Cunha (2015, p. 87) como o tipo penal que "depende de complemento valorativo, a ser conferido pelo julgador no caso concreto".

Tais tipos, contudo, devem ser considerados como exceção é só devem ser admitidos por absoluta necessidade fática.

Na jurisprudência brasileira, tais tipos são, de uma maneira geral, aceitos pelos tribunais superiores e tribunais recursais, todavia há sempre a possibilidade de que a constitucionalidade de tais tipos seja questionada. Recentemente o artigo 233 do Código Penal, praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público, teve sua constitucionalidade questionada devido a vagueza do termo "ato obsceno". Embora, ao tempo da elaboração deste trabalho, tal questão ainda não tenha sido julgada, a repercussão geral da matéria já foi reconhecida pelo ministro-relator do Recurso Extraordinário 1093553 RG / RS (STF, 2018).

Se tal artigo, presente no Código Penal há décadas, for julgado inconstitucional, o prejuízo sofrido pelo réu, pela vítima e pelo Estado seriam bastante elevados, ressaltando desta forma a importância de respeitar o princípio da lei certa.

Por fim, o princípio da lei necessária restringe o Estado a tipificar criminalmente somente aquilo que for absolutamente necessário. Tal princípio

decorre do princípio da intervenção mínima o qual determina que o Direito Penal deve-se ser a última resposta do Estado, devendo os outros ramos do Direito e outras soluções serem preferidas antes da criminalização de uma conduta (CUNHA, 2015, p. 86).

Deve-se novamente destacar que o terrorismo tem feito com que Estados atropelem direitos e garantias fundamentais, seja por simples descuido, seja para melhorar controlar suas próprias populações, utilizando o combate ao terrorismo como justificativa para legitimar tais agressões aos direitos de suas populações. Nesse sentido, seguir os ditames do princípio da legalidade é essencial para garantir a tipificação correta do terrorismo e ao mesmo tempo preservar os direitos fundamentais do cidadão brasileiro, devendo qualquer afronta a tais princípios ser retirada da lei nº 13.260/16, visto a seriedade das penas cominadas em tal lei.

3.5 Conceituando terrorismo

Com base no que foi demonstrado fica evidente que o combate a tais atividades bem como o respeito aos direitos humanos adquiridos por uma população requer uma definição objetiva e clara.

Já se viu que alguns dos problemas advindos de uma abordagem conceitual setorial, aquela adotada pelas Convenções Internacionais. Elas se limitam a reagir contra o terrorismo, sendo incapazes de prever condutas futuras e dependendo sempre do demorado processo legislativo para criminalizar novas condutas.

Elas não definem o que é o terrorismo, deixando a cargo de cada país ou instituição interna de cada país fazê-lo, dificultando a cooperação para o combate de tais práticas, seja em âmbito nacional ou internacional.

Também tendem a falhar em capturar a intenção do terrorista, embaralhando a conduta criminosa comum com a conduta mais grave do terrorista.

Por tais motivos é necessário, mesmo que já haja ordenamento específico adotado, uma definição genérica, para balizar os esforços de combate a essas

práticas, bem como amparar juízes e outras autoridades a tomar decisões a respeito do que deve ou não deve ser considerado como terrorismo (GOLDER; WILLIAMS, 2004, p. 288).

Quanto a análise das definições, parece ser prudente adotar uma abordagem baseada no propósito do autor, ou seja, adotar como o elemento essencial da definição a intenção de espalhar o medo por conta de uma determinada motivação política.

O elemento da intenção aparece em segundo lugar em ambos os tipos de definições o que demonstra que é peça chave em uma definição. Segundo Richards (2014, p.15, tradução nossa) "a essência do terrorismo está na intenção ou no propósito por trás do ato, e não no ato em si, ou seja, consistem em gerar um impacto psicológico além das vítimas imediatas. Se não há intenção de gerar esse amplo efeito psicológico, não se trata de terrorismo".

A adoção de tal abordagem traz algumas consequências. Em primeiro lugar não há um ato que seja essencialmente terrorista. Esses atos só adquirem tal característica com a intenção do agente. Tal fato é compatível com o que se constata na análise dos atos terroristas. Assassinatos, sequestros, uso de explosivos e outras condutas criminosas podem ser crimes comuns com a ausência de tal intenção (RICHARDS, 2014, p. 15).

Desse modo, a descrição dos tipos de atos que constituem o terrorismo, embora útil para eventuais esclarecimentos, é irrelevante, não sendo necessário listar as várias formas de praticar atentados terroristas que existem ou existirão, bastando listar apenas a violência ou ameaça desta (RICHARDS, 2014, p. 15).

A segunda consequência é que a inclusão de atores específicos também é irrelevante para uma definição, no sentido de que o terrorismo é uma tática ou ferramenta que pode ser usada por qualquer pessoa ou organização. Dessa forma, qualquer pessoa ou entidade pode ser penalizada, repassando a ideia de que o terrorismo é algo que pessoas e entidades praticam, não aquilo que são, o que ajuda a

distingui-lo de outras formas de violência bem como acaba com a ideia de que o terrorismo é relativo quando praticado por certos atores em determinadas situações, como no caso da velha dicotomia entre terrorismo e lutadores da liberdade. Não há atores intrinsecamente terroristas, cabendo a cada um a escolha por usar ou não tais práticas e, portanto, sofrer as consequências legais por tais escolhas (RICHARDS, 2014, p. 16).

Por fim, também não há alvos específicos para o terrorismo. Qualquer propriedade ou pessoa, civil ou não, pode sofrer um atentado, considerando que o propósito do agente é gerar um impacto psicológico que vá além das vítimas imediatas, bastando apenas que tais vítimas ou propriedade possuam um simbolismo suficientes para que sejam escolhidas pelo terrorista como alvos (RICHARDS, 2014, p. 19).

A situação da vítima pode servir como um motivo para maior ou menor reprovação da conduta, mas todos podem ser vítimas. De fato, pode-se argumentar que o direito internacional permite, com base na qualidade das vítimas e em situações particulares, em específica a de guerra, o uso de tais métodos. Há também o fato de que existem terroristas cuja a causa traz certa simpatia, como terroristas que lutam contra um governo tirânico, sabotando estruturas militares e evitando a perda de civis, como é o caso do movimento de resistência francesa na segunda guerra (RICHARDS, 2014, p. 19).

Tais situações devem ser consideradas, principalmente pela comunidade internacional, sendo esta e uma questão em aberto, já que não há ordenamentos específicos a respeito de tais situações, devendo a condenação de cada caso ser analisada a partir de suas especificidades (RICHARDS, 2014, p. 19).

Feitas tais considerações, e considerando que o segredo para uma boa definição é incluir o mínimo de elementos possíveis, mas, ao mesmo tempo, considerar todos os necessários, a definição proposta por Richards (2014, p. 24), parece ser bastante apropriada. Segundo o autor o terrorismo é “o uso da violência

ou a ameaça do uso da violência com o propósito de gerar um impacto psicológico além das vítimas imediatas ou do objeto do ataque por força de motivos políticos".

Tal definição, como aponta o autor, não é perfeita. Como a intenção é o elemento primário para a criminalização, a imputação criminal depende da prova de tal intenção o que segundo o autor têm se tornado bastante difícil, todavia, pode-se dizer o mesmo para qualquer crime que é agravado de acordo com a intenção do agente como a lesão corporal ou homicídio, sendo tal diferenciação uma questão de matéria probatória (RICHARDS, 2014, p. 24).

4 REPERCUSSÕES SOBRE A LEI Nº 13.260/16

4.1 Necessidade da lei nº 13.260/16

No Brasil, o terrorismo sempre foi um problema pouco discutido e raramente é tratado com a seriedade que lhe é apropriada. O Brasil não possui experiências marcantes com tais práticas, ou ao menos, não surgiram casos significantes desde de a redemocratização, permanecendo o país livre de tais práticas, e dando ao assunto uma posição secundária em relação aos diversos outros problemas que o assolam (BUZANELLI, 2013, p.10).

Quando este é retratado nos noticiários, é feito sempre de forma a entender de que se trata de problemas em regiões distantes com problemas políticos e sociais diferentes dos nossos, ou que é um problema que somente afeta as nações que desempenham uma participação elevada no cenário internacional. Por este motivo muitas pessoas afirmam que não há necessidade de uma lei que trate do assunto. Aliás, no pensamento de alguns, tal lei teria efeito oposto atraindo, a ira dos terroristas (BUZANELLI, 2013, p.10).

Este não é o único argumento utilizado contra a criação e existência da Lei n° 13.260/16. Há também aqueles que afirmam que não havia necessidade de tal tipificação, vez que este crime já se encontrava tipificado na Lei de Segurança nacional em seu artigo 20, caput e em outros crimes comuns do Código Penal.

Outros temem que tal lei seria utilizada para a perseguição de movimentos sociais. Tal medo não é infundado, visto a maneira como outros países têm se aproveitado dos esforços e pressões internacionais de combate contra o terrorismo e da situação fragilizada em que suas sociedades se encontram para atropelar direitos e garantias individuais, promovendo leis que servem mais para manter o controle do governo sobre a população do que para combater tais práticas (BUZANELLI, 2013, p.10).

Do ponto de vista normativo, tais argumentos não se sustentam. A Constituição de 1988 em seu artigo 4º, inciso VII, determina que as relações internacionais do Brasil sejam regidas pelo repúdio ao terrorismo, demonstrando que o combate a essa prática é uma das principais missões de nosso Estado, e implicando que este tome providências adequadas para o combate de tais ações, o que exigiria a criminalização de tais condutas. Igualmente, traz em seu artigo 5º, inciso XLIII, um rol de condutas a serem criminalizadas como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, dentre as quais se incluí o terrorismo (BRASIL, 1988).

Trata-se de um mandado de criminalização expresso, definido por Cléber Masson como "matérias sobre as quais o legislador não possuí a faculdade de legislar. Mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral" e, portanto, coube aos nossos legisladores a missão de definir e criminalizar tais práticas adequadamente (MASSON, 2011, p. 24).

Em relação ao argumento de que já havia uma tipificação por meio do art. 20, caput, da Lei n° 7.710/83, Lei de Segurança Nacional (BRASIL, 1983), cuja a redação é:

> Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Deve-se notar que tal artigo sempre gerou relevante controvérsia na doutrina, devido à vagueza que trazia. Parte da doutrina argumentou que o artigo fez apenas

menção de atos de terrorismo, sem contundo definir ou qualificar tais atos, sendo uma cláusula penal em aberto o que atentaria contra o princípio da legalidade estrita, que exige que um crime seja tipificado de forma objetiva e certa, não deixando espaços para interpretações e analogias subjetivas que venham a prejudicar o réu (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 88).

Em contrapartida, havia autores que sustentavam que o legislador, pela impossibilidade de prever todas as formas como o terrorismo se manifesta, se valeu de uma forma de tipificação conhecida como interpretação analógica, que não se confunde com a analogia vez que, segundo Capez (2013, p. 53-54), a analogia trata de tentar preencher um vácuo normativo utilizando normas penais similares, o que não é permitido quando for para prejudicar o réu, enquanto que a interpretação analógica consiste em técnica de tipificação do legislador que, após descrever uma sequência de atos casuísticos, inclui uma formulação genérica que deve ser interpretada nos moldes das condutas anteriores. Dessa forma, não há de se falar em afronta ao princípio da legalidade.

Não havia jurisprudência a respeito de tal controvérsia e prevalecia a tese de que a Lei n° 7.710/83 tipificava o terrorismo, apesar da vagueza e falta de conteúdo para tratar um assunto tão complexo e controverso. Hoje, não há mais tal dúvida visto que o advento da Lei n° 13.260/16 implicou na aceitação da tese de que a Lei n° 7710/83 era insuficiente para lidar com o tema, e trouxe consigo uma legislação muito mais robusta e especializada para lidar com este fenômeno multifacetado, dando melhores condições para os operadores do direito em combater essas práticas e melhorando o preparo do país para o acontecimento de futuros eventos desta natureza (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 90).

Em matéria de relações internacionais, nosso país é signatário de diversos tratados e convenções internacionais que abordam o combate a tais práticas, originados de diversas organizações internacionais. Dos 14 tratados elaborados pela ONU a respeito do combate ao terrorismo, o Brasil assinou e ratificou 13. Em nível

regional, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 93).

Há ainda outras convenções de diversos órgãos como o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que estipula recomendações para o combate financeiro de atividades ilegais como a lavagem de dinheiro e o terrorismo. A aceitação desses tipos de tratados demonstra que o Brasil se comprometeu a combater essas práticas e, portanto, faz com que a comunidade internacional espere de nosso país uma postura adequada para o combate desses crimes, o que implica ao Brasil a obrigação de adequar suas normas para tratar eficientemente do tema e, para tal, uma definição adequada era necessária (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 93).

Mais impactante, porém, foi a Resolução n° 1373 (BRASIL, 2011) aprovada pelo Conselho de Segurança da ONU, logo após os atentados de 11 de setembro de 2001, e adotada pelo Brasil, que, diferente das resoluções e tratados listados anteriormente, traz dois artigos com força vinculante a todos os membros da ONU, e, portanto, não podem ser ignorados, sob pena de medidas mais duras poderem ser tomadas pelo Conselho de Segurança.

Esses artigos impõem aos membros da ONU a adoção de várias medidas para o combate a tais práticas, tais como ações financeiras contra aqueles que patrocinam tais atividades, impedir que países se tornem "locais seguros" onde terroristas possam se abrigar, garantir que terroristas sejam tragos a justiça, bem como outras ações similares de elevada importância para o combate a tais práticas. Destaca-se ainda o artigo 2, alínea "e" que afirma que todos os Estados devem:

> Assegurar que qualquer pessoa que participe do financiamento, planejamento, preparo ou perpetração de atos terroristas ou atue em apoio destes seja levado a julgamento; assegurar que, além de quaisquer outras medidas contra o terrorismo, esses atos terroristas sejam considerados graves delitos criminais pelas legislações e códigos nacionais e que a punição seja adequada à gravidade desses atos (grifo nosso).

A partir da leitura dessa resolução fica evidenciado a necessidade de tipificar o terrorismo por força da pressão exercida pela comunidade internacional.

No plano fático, também não há razões para o Brasil não adotar uma tipificação dessas condutas. É verdade que nossas relações externas são pacíficas, todavia, isso não quer dizer que o Brasil não possa ser alvos de ataques, ou que dignatários brasileiros em solo estrangeiro não possam sofre ataques ou o inverso, onde ataques sejam feitos em solo brasileiro contra dignatários ou cidadãos estrangeiros.

O terrorismo, é um crime que não respeita fronteiras ou nacionalidades, importando para os terroristas somente o impacto de que suas ações trarão para a sua causa. No mundo globalizado de hoje, onde a distância entre as fronteiras é cada vez menor e os meios de comunicação permite a disseminação fácil de ideologias radicalizadoras qualquer país pode ser um possível alvo.

Nesse sentido, deve-se destacar que o Brasil tem cada vez mais procurado uma maior relevância no cenário internacional e que terá que enfrentar, mais cedo ou mais tarde, esse tipo de prática. Os importantes eventos esportivos mundiais realizados em 2014 e 2016, Copa do Mundo e Olimpíadas, e que foram um dos principais motivos para a aprovação da Lei n° 13.260/16, haviam preocupado diversas agências de segurança do país em relação a possibilidade de ataques e a inadequação de nosso sistema normativo (BUZANELLI, 2013, p. 9).

Preocupações estas que mais tardes se comprovariam por meio da operação *hashtag*, Ação Penal n.º 504686367.2016.4.04.7000/PR (TRF 4ª REGIÃO, 2017)., que resultou na prisão de oito indivíduos por crimes previstos na Lei n°13.260/16, em especial os de formação de organização terrorista, sendo esta a primeira aplicação da lei logo no mesmo ano de sua promulgação. Segundo o Ministério Público, os acusados utilizavam-se de meios eletrônicos para trocar informações relativas à prática e exaltação de atos terroristas de cunho jihadista e inclusive mencionavam a possível realização de ataques. Segundo o promotor do caso:

> O conteúdo obtido a partir do afastamento judicial dos sigilos de dados, telemáticos e telefônicos se situa entre a exaltação e celebração de atos terroristas já realizados em todo mundo, passando pela postagem de vídeos e fotos de execuções

> públicas de pessoas pelo Estado Islâmico, chegando a orientações de como realizar o juramento ao líder do grupo ('bayat'), e atingindo a discussão sobre possíveis alvos de ataques que eles poderiam realizar no Brasil (estrangeiros durante os Jogos Olímpicos, homossexuais, muçulmanos xiitas e judeus), com a orientação sobre a fabricação de bombas caseiras, a utilização de armas brancas e aquisição de armas de fogo para conseguir esse objetivo.

Portanto, não se trata mais de uma questão sobre a necessidade de se tipificar o terrorismo. Este já chegou ao nosso país e já é reconhecido pela comunidade internacional como um mal comum que exige que todos os países se empenhem em enfrentá-lo conjuntamente. A questão agora é como enfrentá-lo adequadamente, o que exige uma lei capaz de definir corretamente o fenômeno e ao mesmo tempo garantir que os princípios e garantias fundamentais que regem nosso ordenamento sejam preservados.

A renovação e revisão do arcabouço legislativo antiterrorista não é um fenômeno exclusivo de nosso país tendo diversos países da América do Sul e do mundo passado por experiências similares, devido à mudança de paradigma internacional após o 11 de setembro. Todavia, o Brasil não só vinha evitando essa tarefa, como a fez sem discutir minuciosamente a matéria, tendo a Lei nº 13.260/16 sido aprovada sob um regime de urgência para estar pronta antes dos importantes eventos esportivos de 2014 e 2016 e, principalmente, para atender a pressões de entidades internacionais, sobretudo do GAFI, que já havia ameaçado a colocar o país em sua lista negra de nações que não combatem o terrorismo, devida à insistência do país em não legislar adequadamente sobre a matéria (CAMBI; AMBRÓSIO, 2017, p. 1378).

Tal lista implicaria em sérios impactos econômicos para o país. Conclui-se, portanto, que a Lei nº 13.260/16 não teve como foco primário o combate ao terrorismo, e sim remediar a incompetência administrativa do Brasil, que a anos vinha ignorando recomendações deste órgão e deixou para o último momento possível a discussão dessa matéria tão delicada (CAMBI; AMBRÓSIO, 2017, p. 1378).

Percebe-se, portanto, a necessidade de avaliar minuciosamente os artigos da Lei n° 13.260/16 a fim de se determinar possíveis ameaça aos direitos de nossos cidadãos que foram sacrificados em prol de interesses financeiros, bem como a real efetividade de uma lei aprovada de maneira tão desinteressada pelo governo de nosso país, para se determinar se agora o país possui um sistema normativo adequado ou se tal lei é desprovida da capacidade de combater adequadamente o terrorismo no Brasil, ou ainda, se tal lei é uma ameaça aos direitos de nossos cidadãos.

4.2 Definição de terrorismo segundo a lei nº 13.260/16

Em seu artigo 2º, a Lei n°13.260/16 (BRASIL, 2016) traz o que os legisladores entenderam como sendo terrorismo. De acordo com a redação deste artigo terrorismo é:

> Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.
>
> § 1º São atos de terrorismo:
>
> I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;
>
> IV – sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;
>
> V – atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

> Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.
>
> § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Analisando este artigo pode-se concluir que a intenção (provocar terror social ou generalizado), a motivação (xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião), os autores (um ou mais indivíduos) estão listados no caput do artigo, enquanto que o parágrafo único se preocupou em listar os métodos e alvos empregados. Dessa forma, passa-se a análise da definição.

Em relação ao elemento da intenção, deve-se parabenizar o legislador. Este elemento, quando combinado com a motivação, forma o *animus* subjetivo do autor do crime e distingue o terrorismo de outros crimes comuns, trata-se portando de um crime bipartido, exigindo a presença de duas motivações simultaneamente para a configuração do ato (CABETTE; NAHUR, 2017, p.105).

Neste sentido, o legislador pareceu adotar o critério de definição com base no propósito da ação, o que, segundo Richards (2014, p. 13), em linhas gerais, torna a repudia ao terrorismo mais ideologicamente neutra, não comportando exceções com base na qualidade do autor ou das vítimas, bem como não perdendo tempo em taxar todos as múltiplas formas como o terrorismo pode-se manifestar, podendo este ser considerado um crime comum praticado com a intenção de causar ansiedade e medo na sociedade por conta de uma determinada motivação específica.

Todavia, a intenção da maneira que foi descrita no caput traz alguns problemas. Alguns autores criticam o emprego dos termos “terror social” e “terror generalizado”, alegando que tais termos são vagos demais e não possuem um significado claro, atentando, dessa forma, contra o princípio da legalidade, e permitindo subjetividade suficiente para a qualificação ou exclusão de um ato como

terrorismo com base em inclinações de viés político ou pessoais, representando, dessa forma, uma ameaça perigosa para os direitos individuais e sociais (ABREU; ABREU, 2016, p. 238).

Neste sentido, da Ponte e Kazmierczak (2017, p. 145) destacam que:

> É de se ressaltar que a legislação brasileira vai de encontro com a característica fundamental do terrorismo que é o discurso do terror, ao prever a finalidade de "provocar terror generalizado" por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. No entanto, a lei inova ao prever a possibilidade de "provocar terror social". Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que não possui contornos claros e precisos para apontar de forma objetiva o que é "terror social" e diferenciá-lo do "terror generalizado".

Nenhuma das legislações estrangeiras analisadas neste trabalho empregou tal termo, sempre optando por representar a intenção do terrorista pelo uso de termo mais específicos como é o caso dos Estados Unidos que citam como terrorismo os atos praticados "para intimidar ou coagir a população" ou "influenciar a política de um governo por meio de coerção ou intimidação" ou "afetar a conduta do governo por meio de destruição em massa, assassinato ou sequestros" (ESTADOS UNIDOS, 2018, tradução nossa).

Portanto, o legislador deveria ter sido mais específico em relação aos termos empregados, ficando o elemento da intenção, um dos elementos nucleares deste crime e, portanto, de elevada importância para a tipificação adequada, visto que diferencia o terrorismo dos crimes comuns, comprometido por conta da vagueza de seus termos, dificultando a tipificação adequada da conduta e talvez até causando no futuro a inconstitucionalidade desta lei.

Essa não é toda via uma questão crítica para a constitucionalidade ou não da lei. As expressões empregadas ainda nos remetem a ideia de provocar um estado de medo na sociedade de modo que devem ser interpretadas dessa forma, como aponta alguns autores (DAVID et al., 2018, p. 33).

Em relação à motivação do autor, a Lei n° 13.260/16 afirma que os crimes previstos em seu texto devem ser cometidos por conta de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. Nota-se a ausência, todavia, da principal motivação de um ato terrorista, a motivação política.

Como discutido anteriormente, o terrorismo é uma forma de violência política. Os grupos terroristas sempre almejam compelir a sociedade a atender uma determinada mudança que eles anseiam.

Os anarquistas desejavam o fim da monarquia russa e a instalação da ditadura do proletariado. Os regimes totalitários de outrora usam o terrorismo para desencorajar dissidências políticas em seus Estados. Os terroristas anticolonialistas almejavam a independência de seus territórios. Os comunistas lutavam contra a influência política dos Estados Unidos e pela implementação de governos comunistas. Até mesmo os terroristas religiosos mesclam suas aspirações com intenções políticas, seja para a expulsão de influências estrangeiras de seus territórios, seja para a criação de Estados seculares.

Pode-se argumentar que ao menos quatro quintos da história do terrorismo foi marcada por motivações políticas, sendo o restante, no mínimo, ambíguo quanta a presença de tal motivação (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 24-59).

Desta forma, a não inclusão da motivação política pelo legislador, não só abriu brechas no alcance desta lei, como praticamente a inutilizou, visto que é muito mais provável que um atentado no Brasil tenha cunho político do que religioso e quase nenhum atentado se dá pelas outras razões visto que são motivações muito mais próximas do genocídio do que do terrorismo, como aponta Paulo Henrique Nunes (2017, p. 60).

Ainda segundo o autor tal escolha teria sido feita, pois, o governo da época optou por atender as exigências feitas pelo GAFI e pelo Conselho de Segurança da ONU, sem prejudicar suas relações com Estados do Oriente Médio, onde o uso desta prática por questões políticas é bastante comum, demonstrando mais uma vez a

capacidade que interesses políticos têm de afetar a conceituação do terrorismo (NUNES, 2017, p. 60).

Neste mesmo sentido, Cabette e Nahur (2017, p. 109), alegam que:

> No Brasil, os atos de violência com característica terrorista e motivados por xenofobia, discriminação e preconceitos variados são inexistentes, ao reverso do que ocorre em outros locais. Nada impediria, "ad cautelam", que essas condutas também fossem previstas enquanto elemento subjetivo. No entanto, o dolo deveria, no caso brasileiro, ser mais aberto a outras motivações genéricas.

Todavia, os autores dão a entender que ações de grupos criminosos organizados como o Primeiro Comando da Capital deveriam integrar esse tipo de ação. Em contrapartida, deve-se lembrar que o crime organizado e o terrorismo são, apesar de muitas semelhanças quanto aos métodos, fenômenos diferentes, com propósitos e objetivos diferentes e, portanto, não merecem ser agrupados (BRITO; VINÍCIUS, 2017, p. 108).

De maneira similar Vinícius e Reis (2017, p. 67) alegam que:

> Essa, a nosso ver, é uma grave deficiência na Lei, uma vez que a motivação política, que está, desde as origens do terrorismo moderno, no cerne da percepção do que são essas práticas, não poderia ser desconsiderada na legislação brasileira… A motivação política, repita-se, é a essência do terrorismo e está presente em qualquer definição doutrinária ou legal.

Ponte e Kazmierczak (2017, p. 145) também apontam para esta falha e citam que o texto contido no projeto de lei do senado possuía uma melhor estrutura, não só por incluir a motivação política, mas também por não utilizar os termos "terror social" e "terror generalizado". O projeto dizia que terrorismo era a prática de condutas que "tiverem, por fim, forçar autoridades públicas, nacionais ou estrangeiras, ou pessoas que ajam em nome delas, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe".

A simples adição da motivação política garantiria o escopo adequado de alcance da norma, sem deixá-la muito aberta para a inclusão de ações que não tem

semelhança com o terrorismo, ou muito restrita, deixando de incluir na tipificação de tais condutas, manifestações dessa prática com fundo político.

É o caso, por exemplo, da lei antiterrorismo do Reino Unido, o *Terrorism act 2000* (REINO UNIDO, 2000, tradução nossa), que traz em seu artigo 1º, "c" tal motivação, apontando que terrorismo é quando "o uso (da violência) ou ameaça é feito com o propósito de avançar uma agenda política, religiosa, racial ou ideológica"

Em relação aos autores do crime, a lei não prevê qualificações subjetivas ou quanto ao número de pessoas. Qualquer pessoa em qualquer quantidade pode praticar atos de terrorismo, estando tal questão de acordo como o que foi analizado anteriormente.

O terrorismo é uma ferramenta ou uma tática que serve para qualquer indivíduo ou organização, incluindo o Estado, sendo sábia a decisão do legislador em não diferenciar esses autores com base em qualquer critério. Também pode-se punir os chamados "lobos solitários", fenômeno cada vez mais comuns no qual, indivíduos se radicalizam pela internet e cometem atentados sozinhos ou em pequenos grupos. Dessa forma, basta que os elementos da intenção e motivação e um dos atos previstos no § 1º estejam presentes para que haja a prática de um crime de terrorismo.

Quanto a questão do terrorismo de Estado, embora nenhum autor brasileiro pesquisado tenha levantado tal questão, devemos lembrar que em âmbito de direito penal, não é possível buscar este tipo de responsabilização, visto que o objeto do direito penal é a ação humana e, portanto, disciplinar tal atividade está além da função dessa lei (CAPEZ, 2013, p. 22).

Os métodos ou atos que são considerados como terrorismo estão descritos no § 1º, incisos I, IV e V da Lei n° 13.260/16. Trata-se de um rol taxativo de condutas, ou seja, somente as condutas ali descritas, quando combinadas com os elementos subjetivos no caput do artigo, podem ser consideradas como terrorismo, não cabendo

o uso de analogia para outras condutas que estão além dos limites desse parágrafo (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 105).

A priori poderia se contestar tal decisão visto que, como aponta os estudiosos do fenômeno, o terrorismo não possuí métodos específicos e se manifesta de diversas formas diferentes, o que tornaria impossível e improdutivo tentar listar todas as formas como esta conduta se manifesta.

Todavia, o Direito Penal é regido pelo princípio da legalidade, que restringe a descrição genérica das condutas e requer do legislador que tipifique os crimes de forma clara e objetiva, de modo a não se abranger qualquer espécie de comportamento humano a um determinado tipo penal, visto o perigo que tipos abertos representam para os direitos constitucionais, já que deixam a escolha do que é crime ou não às arbitrariedades de quem julga (CAPEZ, 2013, p. 62).

No Inciso I do § 1º, tem-se condutas que expõe a perigo a coletividade e consiste usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo, verbos autoexplicativos, meio que cause destruição em massa, sendo alguns exemplos dado pelo legislador como o uso de explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos e nucleares (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 109).

Trata-se do emprego de interpretação analógica, onde o legislador exemplifica algumas condutas e depois finaliza com uma descrição genérica, visto que ele é incapaz de prever todas as formas que podem ser utilizadas para se alcançar o objetivo criminoso, o que é permitido em nosso ordenamento.

Cabette e Nahur (2017, p. 110) atentam para o fato de que essas condutas já estão tipificadas em outros lugares do ordenamento, como a lei do desarmamento, que veda a posse, fabricação e o uso de explosivos e os crimes de perigo comum previsto no Título VIII do Código Penal, sendo necessário lembrar que as condutas previstas no parágrafo 1º, I, IV e V desta lei devem sempre ser consideradas junto do dolo específico do caput para diferenciá-las de outras condutas espalhadas pelo ordenamento.

Os incisos II e III foram vetados pois, segundo as jutificativas do veto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016), as condutas descritas eram muito amplas e as penas eram desproporcionais as condutas tipificadas, visto que eles descreviam condutas com ofensividades diferentes e aplicavam-lhe as mesmas penas.

O veto é de fato justificado visto que as penas eram realmente incompatíveis, sendo a depredação de bens, conduta prevista no inciso II, considerada com a mesma ofensividade gerada pela explosão de bens públicos e particulares e o incêndio previstas no mesmo inciso, o que não é consistente. Além disso parte das condutas mais graves, como o incêndio e o uso de explosivos para danificar bens, já estão presentes nos outros incisos.

O inciso IV traz crimes relacionados a deturpação do funcionamento normal da sociedade. Consiste em sabotar ou apoderar-se, com violência contra pessoa, grave ameaça contra pessoa, ou meios cibernéticos, das instalações, serviços e transportes descritos no restante do inciso. O inciso aponta que a violência ou ameaça necessariamente deve ser empregada contra uma pessoa, não importando eventuais danos ao patrimônio, podendo o nível de violência variar. O controle pode ser definitivo ou parcial e não importa o período de duração (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 111).

Trata-se de ataques cibernéticos, fenômeno cada vez mais comum nos dias atuais, e de situações de tomada de reféns, prática também bastante comum entre os terroristas, em especial durante a guerra fria e meados da década de 1970 a 1980.

Por fim, a última conduta prevista no inciso V do parágrafo 1º trata do atentado contra vida ou integridade física da pessoa. Segundo Cabette e Nahur (2017, p. 113), o uso do emprego do verbo no singular indica que não é necessário haver pluralidade de vítimas ou especificidade da vítima. Pode ser terrorismo se atingir tanto apenas uma vítima quanto um grupo de pessoas específicas ou não, sendo levado em conta o número de vítimas apenas para a dosimetria da pena nos moldes do artigo 59, caput do Código Penal.

Também se trata de um crime de atentado, ou de empreitada ou empreendimento, o que significa que basta a prática do ato para que se configure o crime de terrorismo, sendo o resultado somente utilizado para a dosimetria da pena nos moldes do artigo anteriormente citado. Se um terrorista detona uma bomba e não atinge ninguém, o crime ainda estará consumado. Se atinge, a pena será maior (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 113).

Vale notar que os alvos e as vítimas também estão descritos nesses incisos, e podem ser uma pessoa, um grupo de pessoas, uma coletividade indeterminada, ou propriedades públicas ou privadas. Como mencionado anteriormente, ao terrorista importa somente o aspecto simbólico de suas vítimas, pouco importando se são militares, civis, inocentes ou qualquer outra espécie de distinção subjetiva.

Trata-se de uma espécie de crime vago, onde o sujeito passivo é uma coletividade difusa e indeterminada, como, por exemplo a sociedade. Os incisos I e IV demonstram tal situação perfeitamente, enquanto o inciso V, pode possuir um alvo específico, mais em nada altera a tipificação pois o alvo do terrorismo sempre vai além da vítima imediata visto que esse objetiva a intimidação da sociedade como um todo (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 114).

A análise desses incisos e do caput do artigo também nos permite concluir que os bens tutelados são a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio público ou privado, a paz pública e a incolumidade pública.

Também deve-se notar que se trata de um crime de perigo concreto, que segundo Capez (CAPEZ, 2013, p. 287), consiste em expor o bem jurídico tutelado ao perigo de dano, como está presente no caput do artigo 2º dessa lei, e é necessário a existência de uma situação de efetivo perigo, como é o caso dos incisos I, IV e V, que abarcam tais situações. A efetiva concretização do resultado, ou seja, do dano, não é exigida para a tipificação da conduta, mas importa em um aumento da pena base nos moldes do artigo 59 do Código Penal.

Quanto a esse parágrafo, alguns doutrinadores levantaram algumas questões controversas.

O primeiro ponto está relacionado à tipificação de mais um crime de perigo em nosso ordenamento. Segundo alguns autores a punição de um crime deveria se dar após o bem jurídico tutelado sofrer uma ofensa, o que não precisa ocorrer em crimes de perigo, bastando apenas que estes bens jurídicos sejam colocados em uma situação de possibilidade do dano, consistindo, dessa forma, uma ofensa aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da intervenção mínima, pois o Estado está tipificando condutas desnecessariamente, quando o Direito Penal deve ser a última ferramenta a ser utilizada, discussão ainda em aberto na doutrina (ABREU; ABREU, 2016, p. 238).

Tal argumento não se sustenta visto que crimes de perigo já existem em nosso ordenamento desde a promulgação do Código Penal atual, tendo inclusive um capítulo próprio.

Não se pode criar crimes de perigo desnecessariamente, no entanto, alguns crimes, pela própria natureza violenta dos meios empregados, como explosivos e outros meios de destruição indiscriminada, não devem ter a exigência de um resultado concreto, pois em tal situação o Direito Penal se tornaria incapaz de punir inúmeras condutas que ameaçam a sociedade, caso estes resultados fossem sempre exigidos. Nesse sentido, deve existir punição para determinados riscos, dentre os quais, segundo Santos e Piedade (2017, p. 101) , o terrorismo é uma dessas condutas.

Nesse mesmo sentido, Masson (2011, p.44), ao descrever o princípio da ofensividade cita que para haver crime, o bem jurídico deve ao menos ser exposto ao perigo de lesão, o que remete a possibilidade da existência desses tipos de crime.

Segundo ponto de críticas que se faz é em relação ao altíssimo patamar das penas bases. As penas dos crimes previstos nesses artigos variam de 12 a 30 anos, o que, segundo Abreu e Abreu (2016, p. 239), são uma clara violação do princípio da proporcionalidade da pena, uma vez que punem condutas diferentes, a ameaça e o

efetivo uso de explosivos, com a mesma pena. Também questionam o fato de um crime de perigo possuir a mesma pena base de um homicídio qualificado.

Em relação a questão de a ameaça ser igualada ao resultado efetivo, deve-se notar que nosso Código Penal possuí diversos mecanismos iguais nos quais a pena aplicada é a mesma, independente de se tratar de ameaça ou violência efetiva.

É o caso, por exemplo, do crime de constrangimento ilegal que consiste em, por meio de ameaça ou violência, forçar alguém a não fazer o que lei permite, ou fazer o que ela não manda, sendo aplicada a mesma pena independente de qual o meio empregado. Outras condutas, como o roubo, a extorsão e o estupro possuem redações similares. Cabe ao juiz fazer a distinção do grau de reprovabilidade do meio empregado nessas situações, dentro dos patamares de pena mínimas estipuladas pelo legislador, não havendo ilegalidade desse tipo de tipificação (BRASIL, 1940).

Em relação a pena base, o seu valor máximo condiz com o grau de reprovabilidade esperado de condutas terroristas. Deve-se lembrar que esse crime é comparado aos crimes hediondos, os quais possuem algumas das maiores penas previstas no nosso ordenamento devido ao caráter bárbaro de tais condutas, bem como afeta diversos bens jurídicos e é uma ameaça ao próprio Estado de Direito, justificando sua reprovabilidade.

Basta observar alguns dos maiores casos ocorridos no mundo, onde centenas e milhares de pessoas foram mortas para entender a necessidade de se prever a possibilidade de punir com a maior pena possível de nossa legislação.

Os Estados Unidos preveem, inclusive, a pena de morte para tais condutas, e a Austrália prevê prisão perpétua nos casos mais estremados. Igualmente deve-se notar que as resoluções da ONU e tratados sobre o assunto exigem que as condutas previstas em seus textos sejam consideradas condutas graves, reforçando mais uma vez a necessidade de um limite alto da pena base.

Em relação a pena mínima base, no entanto a de se concordar com os autores. Doze anos de pena parece desproporcional quando comparados a outros crimes comuns e outros crimes hediondos.

A pena mais baixa de uma das condutas tipificadas como genocídio, crime também grave e previsto na Lei nº 2.889/56, é de 1 ano de reclusão.

O artigo 33, caput da lei 11.343, lei antidrogas, também conduta comparada a crimes hediondos, traz pena base mínima de 5 anos. O crime de explosão, previsto no Código Penal, é punido com reclusão de 3 a 6 anos.

Nesse sentido, é de se questionar que todas as condutas previstas nos incisos I, IV e V devam merecer penas mínimas tão altas. Melhor seria se o legislador tivesse reduzido esse mínimo e mantido o máximo, deixando ao juiz o trabalho de determinar a pena adequada a ser aplicada no caso ou separado e punidos a condutas com penas diferentes como recomenda David (2018, p. 44).

É o que determina as legislações estado-unidense e australiana que, apesar de prever o uso da pena máxima em seus ordenamentos, deixou as penas mínimas a critério de seus magistrados. Portanto, pode-se alegar que há uma violação ao princípio da proporcionalidade da pena, podendo no futuro essa matéria vir a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por se tratar de afronta aos preceitos constitucionais que regem o direito penal.

Uma última questão aos crimes de terrorismo está relacionada ao concurso material de crimes. A Lei nº 13.260/16 prevê junto à pena das condutas específicas a possibilidade de se punir a ameaça e a violência perpetrada cumulativamente. Resta a dúvida se seria aplicado o artigo 69, 70, caput ou 71, caput. Todavia, o legislador não falou em continuidade delitiva e, portanto, o mais prudente seria aplicação do concurso material simples, devendo o agente responder pelo crime de terrorismo e mais pelo número de crimes violentos ou ameaças que cometeu durante sua empreitada criminosa nos moldes do artigo 69, caput (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 107).

Esse cúmulo é aplicável expressamente nos casos onde a violência e ameaça especificamente são cabíveis e, portanto, outras condutas criminosas distintas não poderão ser cumuladas, como o dano causado por um arrombamento, por exemplo, que consistiria em um crime meio e seria absorvido pela conduta principal. Também só cabem quando a violência ou ameaça não forem elementares do crime, não sendo aplicadas ao inciso V do art. 2º da Lei nº 13.260/16 (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 107).

Por fim, o parágrafo 2º do artigo 2º traz uma norma de contenção que exclui a tipicidade dos crimes previstos no artigo anterior quando praticados por indivíduos ou grupos em manifestações de caráter reivindicatórios, em protestos, ou movimentos de natureza similar.

Trata-se de uma clara tentativa do legislador de preservar os direitos participação política por meio de protestos, o que é admirável visto que as legislações antiterroristas de todo o planeta têm sido utilizadas para suprimir tais direitos. Em Cuba, por exemplo, sequestradores se apossaram de uma balsa sem ferir ninguém e com o intuito de deixar a ilha, não havendo, dessa forma, um crime de terrorismo. Eles foram apreendidos e condenados à morte por fuzilamento pela prática de terrorismo, apesar da baixa ofensividade de seus atos (CABETTE; NAHUR, 2017, p. 114).

No Chile, manifestantes Mapuche, povo indígena da região, foram condenados por "incêndio terrorista" nas cortes do país. Recorreram a Corte Interamericana de Direitos Humanos que entendeu não se tratar de terrorismo, condenando o Chile a indenizar os manifestantes presos desnecessariamente (NUNES, 2017. p. 62).

No entanto, há de se questionar a necessidade de tal excludente. Em primeiro lugar, o direito de manifestação não é absoluto, pelo contrário, deve seguir regras explícitas contidas na carta magna. Na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, XVI, traz que "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que

não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

Neste sentido, a Constituição já excluiria do alcance da norma penal qualquer tipo de tentativa de criminalizar uma manifestação para repreendê-la, não só pelo mal-uso da Lei nº 13.260/16, como qualquer outra imputação penal desse tipo.

Desse modo, Brito e Reis (2017, p. 69) afirmam que:

> Esse dispositivo é desnecessário, pois se os movimentos sociais e outros grupos que protestem contra um governo, estabelecido o fizerem dentro do processo democrático e sem violência, sua conduta é legítima no Estado Democrático de Direito, independentemente do mérito de reivindicações [...] movimentos democráticos atuam dentro da lei e não há permissão no ordenamento jurídico nacional para ilícitos penais. Nesse caso, consoante a LAT, repetimos, o movimento sairia ileso e seus agentes poderiam ser punidos nas formas comuns dos crimes cometidos, o que retira a força punitiva do novo marco de combate ao terrorismo

Também deve-se notar que o Brasil é um dos poucos países que possuem uma cláusula de exclusão da tipicidade, sendo a tendência mundial a de repudiar o terrorismo em todas as suas formas e manifestações.

A redação da Resolução nº 51/210 (NAÇÕES UNIDAS, 2017), Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional, da Assembleia Geral traz em seu artigo 1º que atos de terrorismo são injustificáveis não importa onde ou por quem são praticados. Também aponta que são injustificáveis, independente das considerações políticas, filosóficas, ideológicas, raciais, étnicas, religiosas ou quaisquer outras naturezas invocadas para justificar tais atos. Outras resoluções e tratados da ONU contém redação similar em todos eles, especialmente nos aprovados após 11 de setembro.

Essa exclusão de um tipo de terrorismo particular coloca a moralidade do Brasil em dúvida, especialmente quando considerado que esse tipo de cláusula de exclusão do terrorismo está relacionada com o interesse dos Estados em legitimar um certo tipo de violência, como é o caso dos membros da OIC, que não consideram

como terrorismo atos que envolvam a libertação nacional, legitimando ataques contra Israel e a Índia (ROSTOW, 2002, 488).

Considerando que durante a elaboração dessa lei, houve uma forte pressão de movimentos sociais ligados ao governo da época para barrá-la, e pouco envolvimento de órgãos de segurança, combinado com um curto espaço de tempo para a discussão do problema, há de se questionar se essa cláusula de exclusão de tipicidade e a exclusão do terrorismo político não foram apenas interferências políticas para proteger grupos conhecidos por ocasionalmente empregar violência em seus protestos (NUNES, 2017. p. 62).

O fato dessa cláusula não impedir a responsabilização por outros crimes previstos no ordenamento é um meio excelente para garantir a punibilidade dos agentes, mas sua inclusão, como um todo, é desnecessária.

Portanto, ainda é incerto se essa cláusula e a exclusão do terrorismo político trarão impunidade em âmbito interno e incidentes diplomáticos e desgastes nas relações internacionais de nosso país, por problemas relacionados a extradição e outros institutos de cooperação internacional, vez que, intencionalmente ou não, o Brasil parece, por meio de tal cláusula e a exclusão de motivações políticas, sancionar um certo tipo de terrorismo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, a comunidade internacional tem unificado seus esforços no combate ao terrorismo, de modo que não mais é possível encontrar com frequência o sentimento de paternalismo que tais nações davam aos atos terroristas praticados em nome das mais diversas causas. O terrorismo, hoje, é globalmente repudiado, como deixa claro as diversas resoluções da ONU a respeito do assunto.

Todavia, ainda há nações que se aproveitam de tais táticas, mesmo que indiretamente, para promover interesses políticos transnacionais, repudiando o terrorismo quando lhes convém e deixando de taxar tais atos quantos possuem uma

causa nobre, mesmo que os métodos utilizados afetem pessoas que em nada se relacionam com os problemas desses grupos.

Outro grande problema que advém da pressão internacional em combater o terrorismo é a violação de direitos humanos e garantias fundamentais de um Estado de Direito em nome da segurança nacional. Governos tem se aproveitado das pressões políticas de órgãos internacionais e do estado psicológico sensibilizado de suas nações após ataques terroristas para aprovar legislações que instalam verdadeiros estados de exceção nos quais as garantias individuais são restringidas ao mínimo, fragilizando institutos seculares como o devido processo legal ou direito à liberdade e privacidade entre outros direitos que levaram séculos para serem conquistados.

Apesar de tais problemas, a tendência é que a comunidade internacional aumente seus esforços para combater tais práticas. A solução, em âmbito do Direito Penal, é a elaboração de uma definição legal do crime de terrorismo de forma imparcial, ou seja, não defenda ou permita um determinado tipo de terrorismo, e precisa, que abranja os elementos essenciais do fenômeno, para limitar o uso desvirtuado da legislação penal para perseguir inimigos do governo ou monitorar a população.

A conceituação de terrorismo é não uniforme, mesmo após anos de discussão entre estudiosos e instituições de combate a tais práticas, devido a uma variedade de motivos, tais como: interesses políticos estatais em tais práticas; imprecisão do termo devido ao seu uso pejorativo para deslegitimar adversários na arena política para taxar e perseguir adversários do Estado; mal uso pela mídia, que não noticia fatos em conformidade com a realidade; e ainda pela própria história convoluta do fenômeno, que sofreu diversas alterações em suas táticas ao longo da história e foi percebida de forma diferente pelos estudiosos do assunto.

Contudo, a maioria das discordâncias que existem em torno do tema advém mais de escolhas políticas e do elemento humano do que da incompreensão do fenômeno. Os estudiosos e as instituições parecem concordar que o terrorismo

possui como eixo central a ideia de, por meio do medo, coagir o Estado a algo, por motivos predominantemente políticos e que são tais características que distinguem o fenômeno de outras condutas delitivas. Quantos aos agentes, vítimas e métodos, estes pouco importam para uma definição precisa, uma vez que qualquer pessoa pode praticar tal crime, qualquer pessoa ou propriedade pode ser vítima, desde que tenham algum valor simbólico para o terrorista, e os métodos são extremamente variados, limitados somente pela capacidade do terrorista em adquiri-los ou empregá-los.

Em relação a Lei nº 13.260/16, embora precisa e adequada em relevante parte, é questionável a parcialidade dos legisladores quanto a definição dada ao ato terrorista. Os legisladores optaram por não incluir a motivação política, uma das principais características do fenômeno, presente desde de a concepção do terrorismo, sendo o ato terrorista motivado, segundo esta lei, por motivos de religião, raça, cor, etnia e descriminação, o que na história do terrorismo ocorreu pouquíssimas vezes quando comparado ao terrorismo com fins políticos, prejudicando a aplicação efetiva desta lei.

O legislador optou também pela inclusão de um fragmento legal discriminador quando o terrorismo é praticado em meio a manifestações sociais. Embora haja uma certa nobreza em tentar prevenir que tais movimentos sejam perseguidos por essa lei, deve-se lembrar que o comportamento esperado de manifestações em nada se assemelha ao terrorismo, que exigem dois dolos bastantes específicos: provocar terror social em conjunto com os motivos anteriormente citados. A inclusão deste fragmento legal discriminador era não só desnecessária, como traz a impressão de que o Brasil é simpático quando o terrorismo é praticado em certas situações e por certos agentes.

Pode-se também questionar os valores da pena base mínima que está expressa nesta lei. Quanto ao valor máximo das penas bases, não há questionamentos, em razão da brutalidade que as condutas terroristas muitas vezes adquirem. O valor mínimo é, porém, muito elevado, de forma que se pode argumentar uma violação ao

princípio da proporcionalidade quanto aos patamares mínimos de tais penas. Melhor seria se o Brasil tivesse seguido o exemplo de outras nações do mundo e deixado uma maior liberdade ao juiz da causa para aplicar a pena adequada, ao invés de restringir a patamares tão elevados.

É preciso, portanto, que a Lei nº 13.260/16 seja emendada urgentemente nestes pontos para melhorar sua efetividade e bem como descontaminá-la de ilegalidades capazes de ofender os princípios que regem o Estado de Direito brasileiro e suas garantias constitucionais fundamentais.

Da maneira como se encontrar, a Lei nº 13.260/16 é insuficiente para cobrir a principal forma como o terrorismo se manifestou durante toda a sua existência e ainda pode eventualmente causar degaste nas relações internacionais do Brasil, visto que o combate a tais práticas requer cooperação internacional e a comunidade internacional tem pressionado a todos os países a adequarem suas legislações para melhor dar efetividade a esse combate.

A falha na tipificação correta é um brecha para abrigar terroristas no país, bem como poderá resultar em novas sanções para o Brasil, como as sanções do GAFI, que foram um dos principais motivos para a elaboração da Lei nº 13.260/16. Também pode atrapalhar a aplicação de institutos como a extradição, principal meio de combate quando não há convenções da ONU que abordem uma determinada prática terrorista, dificultando a persecução penal em nível bilateral e degastando a relação com aquele país que não teve seu pedido acolhido.

Por fim, deve-se destacar que devido à globalização e os avanços tecnológicos do último século, nenhum país está completamente a salvo de tais ataques e o Brasil, apesar de suas relações internacionais pacíficas e falta de tais movimentos nos dias modernos, pode ser alvo de tais práticas, principalmente se este continuar a buscar uma posição mais influente no cenário internacional, devendo estar preparado para enfrentar tais situações, sendo, portanto, uma definição penal adequada essencial para o país.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Cláudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroeder. terrorismo x princípio da legalidade: os reflexos do direito penal do inimigo na lei n° 13.260/16. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 226-246, jul./dez., 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1473>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ACHARYA. Upendra D. War on terror or terror wars: the problem on defining terrorism. *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver. v. 37. n. 4, p. 653-679, 2009. Disponível em: <http://djilp.org/wp-content/uploads/2011/08/Acharya-Final.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018. ARAFAT, Yasser. *Speech by Yassser Araft, United Nations General Assembly*, New York, 1974. Disponível em: < https://mondediplo.com/focus/mideast/arafat74-en>. Acesso em 10 de mar. 2018.

AUSTRÁLIA. *Criminal Code Act 1995*. Disponível em: < http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/cca1995115/sch1.html>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BASSIOUNI, M. Cherif. Legal control of international terrorism: a policy-oriented assessment. *Harvard International Law Journal.* Cambridge. v. 43. n. 1, p. 83-103, 2002. Disponível em: < https://works.bepress.com/m-bassiouni/18/>. Acesso em: 23 ago. 2018

BASSIOUNI, M. Cherif. Terrorism: The persistent dilemma of legitimacy. *Case Western Reserve Journal Of International Law*, Cleveland, v. 36. n. 2, p. 299-306, 2004. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1394&context=jil>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BLUM, Gabriella. The crime and punishment of states. *Yale Journal of International Law.* v. 38 n. 1. p. 57-122, 2013. Disponível em: < https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/campuspress.yale.edu/dist/8/1581/files/2016/09/38-1-blum-the-crime-and-punishment-1ro9vm9.pdf>. Acesso em: 23 ago. de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL, *Decreto-lei n° 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL, *Lei n° 4.898, 09 de dez. de 1965*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018

BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n° 10.406*, 10 de jan. de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n° 11.343 de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n° 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. *Resolução n° 1.373, de 28 de setembro de 2011*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3976.htm>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sentença. *Ação Penal n.º 504686367.2016.4.04.7000/PR*. 14º Vara Federal de Curitiba. Autor: Ministério Público. Réu(us): Oziris Moris e outros. Juiz: Marcos Josegrei da Silva. Curitiba, 04 de maio de 2017. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/SENTENAHASHTAGINTEGRA.pdf.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRET, Cyrille-Begorre. The definition of terrorism and the challenge of relativism. *Cardozo Law Review,* Nova York, v. 27, n. 5, p. 1987-2004, 2006. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/806f/1ab0c63a0f4ac45b96e02167f3244a9792e3.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRITO, Joasnisval; VINÍCIUS, Marcus. *Terrorismo:* conhecimento e combate. Niterói: Impetus, 2017.

BRUNST, Philip W. Terrorism and the internet: new threats posed by cyberterrorism and terrorist use of the internet. In: WADE, Marianne (edit); MALJEVIC, Almir (edit). *A War on Terror?* Nova York: Springer, 2010. p. 51-78.

BUZANELLI, Márcio Paulo. Porque é necessário tipificar o crime de terrorismo no brasil. *Revista Brasileira de Inteligência*. Brasília. n. 8, p. 9-14, set., 2013. Disponível em: < http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2018/05/RBI-8-Artigo-1-PORQUE-%C3%89-NECESS%C3%81RIO-TIPIFICAR-O-CRIME-DE-TERRORISMO-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Terrorismo:* lei n° 13.260 comentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Justificativa dos Vetos da Lei n. 13.260/16* . Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13260-16-marco-2016-782561-veto-149753-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2018.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMBRÓSIO, Felipe Augusto Rodrigues. Lei antiterror brasileira (l. 13.260/16): ameaça à democracia e aos direitos fundamentais. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 1370-1397, 2017. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/10915>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1

CRETELLA NETO, José. *Terrorismo internacional:* inimigo sem rosto – combatente sem pátria. Campinas, SP: Millennium, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal:* parte geral. 3 ed. Salvador: JusPODVIM, 2015.

DAVID, Décio Franco et al. Art. 2º, caput e §1º. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). Lei antiterror anotada: lei 13.260. de 16 de março de 2016. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 20-53.

ESTADO UNIDOS. *18 USC 2331, de 9 de abril de 2018.* Disponível em: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section2331&num=0&edition=prelim>. Acesso em: 10 jun. 2018.

GANOR, Boaz. Defining terrorism: is one man's terrorist another man's freedom fighter? *Police Practice and Research*. v. 3. n. 4, p. 287-304, 2002. Disponível em: <http://www.rageuniversity.org/PRISONESCAPE/UK%20ANTI-TERROR%20LAW/One-Mans-Terrorist.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

GOLDER, Ben; WILLIAMS, George. What is “terrorism”? problems of legal definition. *University of New South Wales Law Journal,* v. 27. n. 2, p. 270-295, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1351612>. Acesso em: 23 ago. 2018.

GROSS, Michael L., CANETTI, Daphna e VASHDI, Dana R. The psychological effects of cyber terrorism. *The Bulletin of the atomic scientists.* v. 72. n. 5, p. 284-291, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5370589/>. Acesso em 23 ago. 2018.

HOFFMAN, Bruce. *Inside terrorism.* New York: Columbia University Press, 1998.

JENKINS, Brian Michael. The study of terrorism: definitional problems. *The Rand Corpotarion:* Santa Monica, p. 1-10, 1980. Disponível em: <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/papers/2006/P6563.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

JONGMAN, Albert J; SCHMID, Alex P. *Political Terrorism:* a new guide to actors,authors,concepts, data bases, theories, and literature. Nova York: Routledge, 2017.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado:* parte geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 1.

MATUSITZ, Jonathan. *Terrorism and communication:* a critical introduction. Florida: SAGE Publishing, 2013.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais perante o terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.) *Terrorismo e direito:* os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil**.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53-68.

NAÇÕES UNIDAS. *IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons.* 12 de agosto de1949. Disponível em: < http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. *High-Level Panel on Threats, Challenges and Changes.* 59th session. Doc A/59/565. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-secretary-generals-high-level-panel-report-on-threats-challenges-and-change-a-more-secure-world-our-shared-responsibility> Acesso em: 30 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Measures to Eliminate Terrorism.* Disponível em: < http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/120>. Acesso: 20 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. Resolução 51/210,*Measures to eliminate international terrorism*, A/RES/51/210 (16 de janeiro de 2017), Disponível em: < http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/51/210>. Acesso em: 10 jul. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas, junho de 1945.* Disponível em: < https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> Acesso em: 28 mar. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional Para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, de 9 de dezembro de 1999.* Disponível em: < https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-11.pdf> Acesso em: 29 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para Repressão aos Atos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil (Pequim), de 10 de setembro de 2010.* Disponível em: < https://www.icao.int/secretariat/legal/Administrative%20Packages/Beijing_Convention_EN.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Convention for the suppression of unlawful seizure of aircraft*. Article 1º. Haia,1973. Disponível em: < https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv3-english.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Corte Penal Internacional. *Estatuto de Roma.* 17 de jul. de 1998. Disponível em:< http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *International Convention for the Supression of Terrorist Bombing*, 12 de janeiro de 1998. Disponível em: < https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-9.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Res. da a.g. 3034 (XXVII), GAOR, 2114th plenary meeting, *U.N. Doc. 3034 (XXVII*). Disponível em:<http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3034(XXVII)>. Acesso em: 10 jul. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism:* Fact sheet nº 32. Genebra.

2007. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32EN.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.* 22 de nov. de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

NUNES, Paulo Henrique Faria. Terrorismo no Brasil: análise crítica do quadro normativo e institucional. *Revista de la Facultad de Derecho.* n. 4, p 43-69. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n42/2301-0665-rfd-42-00027.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

PELLET, Sarah. A ambigüidade da noção de terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.) *Terrorismo e direito:* os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil**.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9-20.

PERRY, Nicholas J. The numerous federal legal definitions of terrorism: the problem of too many grails, *Journal of Legislation*, v. 30, n. 2, p. 249-274, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1127&context=jleg>. Acesso em: 23 ago. 2018.

PONTE, Antônio Carlos da; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Terrorismo: análise a lei 13.260/16. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.* São Paulo, v. 11, n. 1, p. 132-148, 2017.

RAPOPORT, David C. *The four waves of modern terrorism*. < http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

REINO UNIDO. *Terrorism Act 2000*. 20 de julho de 2000. Disponível em: < https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/schedule/2>. Acesso em: 10 jul. 2018.

RICHARDS, Anthony. Conceptualizing terrorism. *Studies in Conflict & Terrorism,* v. 37. n. 3. p. 1-26, 2014. Disponível em: <http://roar.uel.ac.uk/4835/1/ConceptualizingTerrorismFinalROAR.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ROSTOW, Nicholas. Before and after: the changed UN response to terrorism since september 11th. *Cornell International Law Journal*, v. 35: n. 3, p. 475-490, 2002. Disponível em:

<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1512&context=cilj>. Acesso em: 23 ago. 2018.

SANTOS, Jordan Espíndola dos; PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. A lei antiterrorismo brasileira e a (i)legitimidade de seus mecanismos característicos de um "direito penal do inimigo". *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição.* Maranhão, v. 3. n. 2. 2017. p. 85-107.

SCHIMID, Alex P. Terrorism: the definitional problem. *Journal Of International Law.* Cleveland. v. 36, n. 2, p. 375-419, 2004. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol36/iss2/8/>. Acesso em: 23 ago. 2018.

SCHMID, Alex P. *The routledge handbook of terrorism research.* New York: Routledge, 2011.

STEPNIAK, Sergey. *Underground Russia:* revolutionary profiles and sketches from life. *Cornel University Library*, 2009. Disponível em: <https://theanarchistlibrary.org/library/sergei-stepniak-underground-russia-revolutionary-profiles-and-sketches-from-life>. Acesso em: 23 ago. 2018.

WEINBERG, Leonard; PEDAHZUR, Ami; HIRSCH-HOEFLER, Sivan. The challenges of conceptualizing terrorism. *Terrorism and Political Violence*, v. 16, n. 4. p. 777-794, 2004. Disponível em: https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/095465590899768. Acesso em: 23 ago. 2018.

YOUNG, Reuven. Defining terrorism: the evolution of terrorism as a legal concept in international law and its influence on definitions in domestic legislation. *Boston College International and Comparative Law Review.* Boston. v. 29, n. 1, p. 23-105, 2006. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol29/iss1/3/>. Acesso em: 23 ago. 2018.

Ciências Criminais

PROPOSTAS LEGISLATIVAS DA SOCIEDADE CIVIL CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA: UMA ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL

Maria Clara de Carvalho Honório Costa

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar propostas legislativas no âmbito material e processual penal apresentadas por representantes da sociedade civil que buscam reduzir o encarceramento em massa. Das 16 propostas apresentadas, foram analisadas as propostas relativas à prisão preventiva e aos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, por serem os marcadores de maior incidência na população prisional brasileira. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, por meio da coleta bibliográfica e documental. Apresentou-se o atual cenário do sistema carcerário brasileiro indicando a importância e a urgência das iniciativas apresentadas, bem como a necessidade de redirecionamento e readequação da política criminal em matéria legislativa à luz da Constituição Federal.

Palavras-Chave: Encarceramento em massa. Propostas legislativas. Crime de furto. Crime de roubo. Tráfico de drogas. Política criminal. Poder Legislativo

1 INTRODUÇÃO

O último levantamento dos números da população carcerária promoveu o Brasil para o terceiro lugar no *ranking* mundial da população prisional, registrando um déficit de 358.663 vagas (BRASIL, 2016). Dentre os inúmeros problemas crônicos vividos no país, o sistema carcerário é, inegavelmente, umas das maiores fontes violadoras de direitos humanos, tendo em vista as condições subumanas a que os presos são submetidos nos estabelecimentos prisionais. Não resta dúvida de que o abuso no uso da prisão, provisória ou definitiva, decorrente da cultura punitiva

arraigada nas instituições políticas, levou ao colapso do sistema prisional tal como vemos hoje.

O objetivo do presente trabalho é refletir sobre as possibilidades de enfrentamento à situação de superlotação carcerária, resultado desta punitividade. Assim, analisar-se-á uma iniciativa de organizações da sociedade civil, lideradas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), denominada "Dezesseis medidas contra o encarceramento em massa" (IBCCRIM, 2017a), cujo objetivo é discutir propostas legislativas que podem contribuir para a redução da superpopulação carcerária. A premissa que envolveu a organização das 16 medidas contra o encarceramento em massa é o uso imoderado da prisão; logo, a solução para tanto passa, necessariamente, por uma política de desencarceramento. Então, as propostas legislativas a serem analisadas buscam impactar a dinâmica sistêmica do aprisionamento, por meio de alterações que atingem direta e indiretamente os principais focos de encarceramento na legislação penal.

Dada a limitação do modelo de estudo, o presente artigo se debruça sobre as três medidas consideradas de maior impacto, tendo em vista o perfil da população prisional brasileira, delineando os pontos positivos que cada alteração seria capaz de proporcionar à descarcerização. Depois, procurou-se expor brevemente o cenário do sistema carcerário, por meio dos dados de pesquisa oficiais acerca da população prisional atualmente. E, por fim, o ensaio tende à análise do necessário redirecionamento da produção legislativa em matéria criminal no Brasil.

2 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: AS 16 MEDIDAS CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

No dia 12 de abril de 2017, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Pastoral Carcerária Nacional, a Associação Juízes para a Democracia (AJD) e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília (CEDD/UnB) apresentaram à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados e à Comissão de Direitos Humanos e Legislação

Participativa (CDH) do Senado, um caderno com 16 propostas legislativas que visam à redução do encarceramento no Brasil (IBCCRIM, 2017a).

A iniciativa tem como pressuposto o combate à cultura do encarceramento, que, inegavelmente, levou o sistema penitenciário a ser uma das origens de um estado de violação massiva de direitos humanos. Tudo porque a resposta penal extrema, que, teoricamente, deveria funcionar como *ultima ratio*, na prática, é utilizada com *prima ratio* na solução dos conflitos sociais (FERRÉ OLIVÉ; ROXIN, 2011 *apud* ANDRADE, 2014). Em outras palavras, as propostas se apresentam como alternativas positivas de solução, visando a contenção do cerne do problema da questão carcerária no Brasil, qual seja: o excesso de prisão.

Diante do atual cenário, não há mais como se falar em "crise", considerando conceitualmente crise como sendo uma conjuntura desfavorável de caráter relativamente transitório. Isso porque, dentro dos últimos 40 anos, quatro Comissões Parlamentares de Inquérito já investigaram o sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2017a), e as conclusões se convergem para o mesmo ponto:

> […] o problema da superpopulação carcerária brasileira não será resolvido enquanto prevalecer a política do encarceramento. Ou seja, enquanto forem presas pessoas as quais poderiam ser aplicadas medidas alternativas à prisão, a mera criação de novas vagas no sistema carcerário não resolverá o problema (BRASIL, 2017b, p. 161).

Não há como ignorar a urgência de reestruturação, ou melhor, de (re)adequação, da legislação penal, sobretudo em matéria processual, ao ordenamento constitucional, de modo haja um efetivo impacto, tanto na redução imediata, quanto na mediata, da superpopulação carcerária no Brasil. Parto desse pressuposto para iniciar a análise das medidas apresentadas, em formato de anteprojeto de lei, que alteram o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Drogas, tendentes à redução do encarceramento provisório, bem como as prisões decorrentes dos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas.

2.1 As alterações nos crimes de furto e roubo

Art. 155 – (...)

Pena – detenção, de 6 meses a dois anos e multa.

§ 1º - (...)

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz aplicará somente a pena de multa. Se houver reparação do dano ou devolução da coisa subtraída pelo agente, até a sentença de primeiro grau, a punibilidade será extinta. (NR)

§ 3º - (...)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de um a cinco anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com invasão de domicílio;

II - com abuso de confiança;

III - mediante fraude, escalada ou destreza;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º (...)

§ 6º (...)

§ 7º - Em todas as hipóteses previstas no artigo, somente se procede mediante representação. (NR)"

"Art. 157 – (...)

(...)

Roubo privilegiado

§ 4º Se o crime for praticado sem violência real e o meio empregado for inidôneo para ofender a integridade física da vítima, ou se o bem for de pequeno valor, o juiz reduzirá a pena de um sexto a um terço.

§ 5º Para fins deste artigo, arma é instrumento que tenha efetividade para lesionar efetivamente a integridade física da vítima. (NR)

Tendo em vista o quantitativo de pessoas privadas de liberdade em razão da prática de crimes contra o patrimônio, a proposta apresenta três pontos principais de reforma que precisam ser considerados pelo legislador: (i) a desproporcionalidade da imputação da pena do crime de furto; (ii) a necessidade de participação da vítima na

relação processual; (iii) a necessidade de flexibilização da cominação da pena do crime de roubo. Segundo os dados do Infopen, o crime de roubo representa 26% das incidências, enquanto o crime de furto representa 12% das incidências entre as pessoas privadas de liberdade (BRASIL, 2016)

Primeiramente, busca-se diminuir a desproporcionalidade da imputação das penas do crime de furto simples e da sua forma qualificada, cuja pena mínima, hoje, é de dois anos e a máxima pode chegar a dez anos de reclusão, após a entrada em vigor da Lei nº 13.654/18 em abril desse ano, haja vista tratar-se de crime de menor gravidade dentro do rol dos crimes que mais encarceram. Esse recrudescimento impede a aplicação de institutos como a suspensão condicional do processo, cujo intuito despenalizador só faz sentido, quando aplicado a delitos sem violência ou grave ameaça, como é o caso do crime de furto, considerando, ainda que o critério objetivo de aplicação do instituto é a cominação abstrata mínima igual ou inferior a um ano.

Sendo assim, o redimensionamento das penas cominadas ao crime de furto visa, primordialmente, evitar a aplicação da pena corporal ao acusado, incentivando o uso de mecanismos de composição e privilegiando a aplicação de penas alternativas.

O outro ponto visa mudar a regra da ação penal do crime de furto, para incluir como condição de procedibilidade da ação penal a representação da vítima. Parte-se do pressuposto de que os bens jurídicos protegidos pela criminalização da conduta de furtar são a posse, a propriedade e, até mesmo, a detenção da coisa móvel (BITENCOURT, 2012). Para Renan Cajazeiras Monteiro (2005), o redirecionamento da titularidade da ação penal do crime de furto pressupõe que o patrimônio está na esfera de disponibilidade do proprietário lesado, sujeito passivo do crime e maior interessado em sua preservação, podendo, por questões pessoais, desinteressar-se dele. Tendo isso em vista, entende-se que a manutenção da ação penal pública incondicionada para o crime de furto impede que a vítima, maior interessada na tutela de seus bens, participe da relação processual, cujo interesse,

muitas vezes não é a persecução penal do ofensor de seu patrimônio, mas a simples devolução da coisa, ou reparação de possível dano pela perda da *res furtiva*.

Além disso, merece destaque a proposta de alteração do dispositivo relativo ao furto privilegiado, que inclui a possibilidade de extinção da punibilidade do agente, sob a condição de restituição da coisa furtada ou a reparação do dano à vítima até a sentença de primeiro grau. Entendo que a ideia foi importar a possibilidade prevista para os crimes de sonegação fiscal, em que se extingue a punibilidade do agente com o adimplemento do débito tributário. Aqui, o legislador optou por criar uma alternativa ao acusado, afastando a possibilidade de punição do Estado, no caso de haver a cessação da violação ao bem tutelado pelo tipo penal, por meio da arrecadação tardia, qual seja: o patrimônio público.

Do ponto de vista estritamente jurídico, parece sensata a repetição desta mesma opção político-criminal ao crime de furto, tendo em vista, sobretudo, tratar-se de crime que tutela bem material integralmente inserido na esfera de disponibilidade da vítima. Todavia, aos olhos do senso comum, e até mesmo da própria justiça criminal, tal medida aplicada ao furto não seria compatível com o que se espera da resposta estatal aos delitos de rua, sendo muito razoável que ao empresário, acusado de sonegar impostos, seja dada a oportunidade de ter sua punibilidade extinta, com o pagamento do débito tributário, e que "batedor de carteiras" seja diretamente submetido ao crivo do sistema penal.

Daí, perceptível o tratamento diferenciado, tanto para criminalização primária, quanto para a criminalização secundária, em relação aos chamados delitos de rua, em comparação com os delitos propriamente cometidos pelas classes mais privilegiadas da sociedade. A primeira entendida como o ato e o efeito criação da lei penal material, isto é, o mecanismo de criação da norma, e a segunda entendida como a atuação repressiva do agente estatal, atuando como mecanismo de aplicação da norma (BARATTA, 1999).

Sob a perspectiva criminológica crítica de Alessandro Baratta, essa dinâmica reflete a tendência do sistema penal brasileiro em:

> [...] privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos de indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas (BARATTA, 1999, p. 165).

Já a alteração proposta para o crime de roubo, por meio da criação da modalidade privilegiada do tipo, proporciona maior flexibilidade ao magistrado já que possibilita a aferição do grau de violência empregado nas circunstâncias do crime no momento da dosimetria da pena. Além disso, considerando que atualmente não há previsão de causas especiais de diminuição de pena para o crime de roubo, a introdução da referida minorante traria um equilíbrio necessário à cominação da pena, sobretudo, naqueles casos em que não há o emprego de violência real e em que o bem não ostenta valor significativo. Além disso, nas hipóteses de aplicação da minorante, o apenado poderia progredir de regime de cumprimento de pena mais rapidamente.

Aliado a isso, a proposta sugere a inserção do conceito de arma da forma como já se definiu legalmente como sendo "*artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas*" (BRASIL, 2000). Não obstante, buscou-se ainda a positivação do entendimento jurisprudencial acerca da necessidade de aferição da potencialidade lesiva da arma utilizada, para que se possa considerá-la como um elemento que exorbita o grau de culpabilidade comum à espécie. À vista disso, a pretensão é possibilitar a aplicação da minorante anteriormente proposta, nos casos em que o instrumento utilizado na ação delituosa não apresenta efetivo potencial para lesar a integridade física da vítima.

Cumpre ressaltar que a mencionada Lei nº 13.654/18, que alterou o Código Penal em abril deste ano, operou significativas mudanças nos crimes de furto e roubo. Ainda que as alterações legislativas analisadas no presente trabalho tenham sido propostas antes da entrada em vigor da referida lei, muito interessa o destaque de alguns pontos tangenciados pela lei, tendo em vista a perspectiva do desencarceramento. Com isso, salienta-se que, ao mesmo tempo que a referida

alteração recrudesceu a imputação das penas nas hipóteses de circunstâncias qualificadoras e majorantes dos crimes, relativamente ao crime de roubo, promoveu o afastamento da possibilidade de majoração da pena pelo uso de arma branca, considerando, para fins de agravamento da pena, apenas o uso de arma de fogo.

A norma promoveu a *abolitio criminis* da majorante do roubo pelo uso de arma branca, por se tratar de uma *novatio legis in mellius*. Nesse ponto, cita-se a relevante explicação exarada no voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do AREsp nº 1.249.427/SP:

> Observe-se, inicialmente, a inocorrência de *abolitio criminis* em relação ao emprego de arma de fogo, cujo *locus* foi alterado, retirando-se a circunstância do § 2º, que preconiza o aumento de pena de 1/3 até a metade, para transplantá-la ao novel § 2º-A, o qual, por sua vez, estipula o recrudescimento em 2/3. O mesmo, contudo, não se pode dizer em relação ao emprego de arma branca, classificação que abrange o uso de faca, armamento presente no caso *sub examine*. A meu ver, ao detalhar a redação da nova majorante, a *mens legislatores* consistiu nitidamente em extirpar da figura do roubo o aumento pela utilização de artefato diverso de arma de fogo. Via de consequência, o emprego de recurso distinto resta agora absorvido pelo arquétipo standard do roubo simples, sem prejuízo de eventual majoração da pena-base quando as circunstâncias do caso concreto a determinarem. Nessa linha de intelecção, há, em verdade, de se reconhecer a ocorrência da *novatio legis in mellius*, ou seja, nova lei mais benéfica, sendo, pois, de rigor que retroaja para alcançar os roubos cometidos com emprego de arma branca, beneficiando o réu (art. 5º, XL, da CF/88), tal como pretende a ilustre defesa (BRASIL, 2018b).

Sendo assim, o diagnóstico da viabilidade dessas propostas legislativas revela a necessidade de readequação e de ponderação da política criminal aplicada aos chamados "crimes de rua", redimensionando-a do Expansionismo para o Minimalismo, como forma de atenuar a função deletéria disseminadora de desigualdades desempenhada pelo sistema penal.

2.2 Alterações na lei de drogas

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em

> depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, com finalidade comercial, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> (...)
>
> § 3º (Revogado)
>
> § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas privativas de liberdade serão obrigatoriamente substituídas por restritivas de direitos ou multa quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.
>
> Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa
>
> Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.
>
> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
>
> (...)
>
> III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações e visar os frequentadores de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
>
> (...)
>
> Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são insuscetíveis de graça e anistia, quando cometidos com objetivo de lucro.
>
> Parágrafo único. É permitida a concessão de indulto coletivo aos condenados pelos crimes referidos no caput deste artigo, nos termos de decreto presidencial

O primeiro ponto de destaque da proposta de alteração da Lei nº 11.343/2006, no que tange ao delito de tráfico de drogas, é o reforço da necessidade de comprovação, por parte da acusação, da finalidade comercial inserida nas

circunstâncias do delito. Embora, sob o ponto de vista formal, pareça desnecessário, busca-se inserir uma distinção axiomática entre as condutas caracterizadoras da comercialização e do consumo de drogas.

É visível a desfuncionalidade da política criminal de combate às drogas no Brasil, tendo em conta, sobretudo, a resistência à necessária distinção entre usuários e traficantes pelas agências estatais. Muito se atribui às semelhanças dos núcleos verbais contidos nos artigos 28 e 33 da lei, bem como à discricionariedade conferida ao magistrado para realizar tal diferenciação na prática. Como as Criminologias Críticas explicam, a política criminal de drogas se orienta pela seletividade na atuação do sistema de justiça criminal, orientada por questões de gênero, raça e classe (DAVIS, 2017; BORGES, 2018).

Guilherme de Souza Nucci (2016) destaca a existência de pontos cegos na Lei de Drogas e o impacto disso no aumento do encarceramento provisório desde a entrada na lei no ordenamento jurídico. Um dos pontos cegos notadamente é diferenciação entre usuário e traficante como atribuição do juiz no caso concreto (NUCCI, 2016), a partir dos termos aparentemente objetivos dispostos no art. 28, § 2º. Sem dúvida, é preciso diminuir os espaços entregues à discricionariedade judicial no âmbito da Lei de Drogas.

Cristiano Maronna (2017) defende que para além da existência de pontos cegos, há na verdade uma espécie de "*cegueira hermenêutica deliberada*" por parte do Poder Judiciário, que não tem interesse em analisar as circunstâncias do caso concreto, a fim de promover a necessária distinção entre usuário e traficante no caso concreto.

Muito se vê na realidade do processo penal aplicado à lei antidrogas a inversão ilegítima do ônus da prova, em que o acusado pelo delito de tráfico de drogas tem que provar que na descrição da sua conduta tida como ilícita, não praticava a comercialização de droga. O Ministro Gilmar Mendes, quando proferiu seu voto no RE 635.659/SP, que julga a descriminalização do porte de droga para o consumo pessoal, expôs que "*é ônus da acusação produzir os indícios que levem à*

conclusão de que o objetivo não era o consumo pessoal", de forma que "s*eria incompatível com a presunção de não-culpabilidade transferir o ônus da prova em desfavor do acusado nesse ponto*" (BRASIL, 2015b, p. 52).

A incorporação pelo Poder Judiciário dos discursos populares estigmatizantes contribui para o reforço da seletividade da justiça criminal (DINU; MELLO, 2017) e para a desfuncionalidade da sistemática da justiça de "combate às drogas" (NUCCI, 2016), isso porque o direcionamento da repressão acaba atingindo apenas a parte mais vulnerável da criminalidade, compreendida por aqueles que se submetem a práticas ilícitas para o sustento do próprio vício, ou ainda, aqueles que estão na base da estrutura da organização criminosa, deixando de fora os agentes que verdadeiramente a financiam.

Entendo que a alteração proposta para o §4º do art. 33 pretende eliminar a possibilidade de fixação de pena privativa de liberdade àqueles casos que se enquadram nos requisitos para a configuração da modalidade privilegiada do tráfico, ou seja, ao agente que seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique à criminalidade organizada. Além de encampar o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, quando declarou inconstitucional a vedação da substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito prevista no dispositivo, a proposta de tornar obrigatória a substituição da pena de prisão, visa adequar a resposta estatal àqueles que certamente serão mais bem tratados com medidas alternativas.

É nesse sentido que Salo de Carvalho explica que a readequação da incidência do direito penal nas condutas de baixo potencial ofensivo ou de menor complexidade surge como possibilidade de redefinição do direcionamento das agências do sistema de justiça criminal (CARVALHO, 2016). Ou seja, alterações que permitam o equilíbrio na cominação das penas na lei de drogas, evitariam o encarceramento desnecessário de pessoas com alto grau de vulnerabilidade, e que uma vez inseridas no sistema alternativo à prisão terão maiores chances de

reabilitação social, além de oportunizar o redirecionamento da repressão estatal aos agentes que verdadeiramente operacionalizam e financiam o grande mercado ilícito.

Na mesma toada, ainda é possível mensurar o alcance do impacto positivo dessa alteração na redução da população carcerária feminina no Brasil, tendo em vista o atual quantitativo apresentado pelo levantamento penitenciário feminino. Segundo o Infopen Mulheres 2016, entre dezembro de 2015 e junho de 2016, contatou-se que 62% das mulheres encarceradas inseridas na amostra utilizada pelo levantamento, respondem por crimes previstos na lei de drogas, isto é, 3 a cada 5 mulheres (BRASIL, 2017c). Por outro lado, tem-se que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos, o que indica a necessidade de se considerar o real impacto do encarceramento feminino sobre o contexto familiar (BRASIL, 2017c). O levantamento faz uma ressalva metodológica quanto à baixa representatividade da amostra coletada para a apresentação dos dados das mulheres encarceradas relativamente ao número de filhos (BRASIL, 2017c)

O encarceramento parental promove profundos abalos na estrutura familiar, sobretudo, devido ao impacto do processo de estigmatização social estendido aos filhos (STELLA, 2009), fruto da "*crença social de que alguns aspectos bio-psico-sociais, como os ligados à criminalidade, passam de pai/mãe para filho*" (SACK; SEIDLER; THOMAS, 1976 apud STELLA, 2001, p. 206), afetando de modo substancial o desenvolvimento individual e social da criança.

Relativamente à alteração da redação do art. 35, a proposta busca a necessária distinção entre a associação para o tráfico habitual e a eventual, mais uma vez como forma de distinguir as pessoas que se envolvem em fatos isolados, daqueles agentes que utilizam o tráfico de drogas como meio de vida.

Essa alteração incorpora o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência sobre a necessidade de haver uma interpretação mais restritiva da redação desse dispositivo no que tange à expressão "*reiteradamente ou não*". Isso porque se reconhece que, para a configuração deste tipo, além da necessária a comprovação da existência de um liame subjetivo entre os agentes, isto é, um

vínculo associativo preexistente, deverá haver a comprovação da estabilidade e permanência da associação para a prática do tráfico.

Para Vicente Greco Filho (2011), pela simples leitura do dispositivo em sua atual redação, aparentemente, pode-se entender que a configuração do tipo se dá pelo simples concurso de agentes, no entanto, nem sempre que houver a pluralidade de agentes, ficará configurado o crime de associação para o tráfico, pois, segundo ele:

> (…) haverá necessidade de um *animus* associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societa sceleris*, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria. (GRECO FILHO, 2011, p. 209-210, grifos do autor).

Rangel e Bacila (2014) concluem que a atual redação do dispositivo praticamente eleva o concurso de agentes a "*uma espécie estranha de formação de quadrilha*", revelando o exagero do legislador nesse ponto, bem como ressaltam a necessidade da caracterização da estabilidade da associação, consoante o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o referido tipo (RANGEL; BACILA, 2014, p. 119).

Na mesma toada, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao assentar que:

> O tipo previsto no artigo **art. 35 da Lei nº 11.343/2006** se configura quando duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade de praticar os crimes previstos nos art. 33 e 34 da norma referenciada. **Indispensável**, portanto, para a comprovação da materialidade, o **animus** associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer tais delitos. (BRASIL, 2009b, grifos do autor).

A alteração sugerida no inciso III do art. 40 da lei antidrogas propõe a inclusão do elemento "*visar os frequentadores*" para a caracterização da causa especial de aumento de pena na hipótese em que o agente praticou o ilícito nas dependências ou imediações dos estabelecimentos elencados no tipo. A incorporação

desse elemento exigirá a comprovação, no caso concreto, de que o acusado tinha como alvo as pessoas que frequentam tais estabelecimentos, as quais, em regra, possuem algum grau de vulnerabilidade. Entende-se que esta alteração incorpora expressamente a verdadeira intenção do legislador de prever tal hipótese de majoração da pena ao agente que tem a intenção de se aproveitar tais condições para efetuar facilmente a comercialização de substância ilícita nesses ambientes.

Além disso, não seria impróprio reconhecer que essa alteração segue a mesma toada da interpretação dada pelos Tribunais Superiores aos casos em que o agente é acusado da prática de tráfico de drogas no interior de transporte público, no sentido de que "*a mera utilização do transporte público para o carregamento do entorpecente não é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006*" (BRASIL, 2014), sendo necessário, portanto, que conste dos autos prova de que o acusado efetivamente pretendia fazer a mercancia da droga no interior do transporte coletivo.

Já a alteração proposta para a redação do art. 44 contempla a necessidade de efetiva incorporação do entendimento sobre a inconstitucionalidade da vedação da concessão de liberdade provisória, operado na Lei dos Crimes Hediondos pela Lei nº 11.464/2007 (RANGEL; BACILA, 2014), bem como da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 97.256/RS. Vide decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 104.339/SP, que declarou a inconstitucionalidade da expressão "liberdade provisória" do art. 44 da Lei de Drogas.

Para Rangel e Bacila (2014) a vedação da aplicação das penas alternativas à Lei de Drogas vai de encontro com a racionalidade do sistema alternativo de pena previsto no Código Penal, também em seu artigo 44, sobretudo em razão do fato de que os tipos de tráfico não são cometidos com violência ou grave ameaça.

Outro ponto importante a ser agregado pelo dispositivo em tela é a previsão da possibilidade de concessão de indulto coletivo aos condenados pelos crimes

previsto no art. 33, caput, e §1º e 34 a 37, em conformidade com o texto constitucional do art. 5º, XLIII, que prevê aos crimes hediondos e equiparados a insuscetibilidade tão somente de anistia ou graça, sendo esta entendida como modalidade de indulto individual (ROIG, 2017). Nas palavras de Rodrigo Roig:

> (...) a Constituição não vedou o indulto coletivo, mas apenas a graça, que é o indulto individual. Como mencionado, a decisão quanto à concessão ou não de indulto é de competência privativa do Presidente da República (art. 84, XII, da CF), competência esta que somente pode ser limitada pela própria Constituição. Como não há vedação constitucional expressa, é possível o indulto coletivo (ROIG, 2017, p. 533-534).
>
> Iniciativa semelhante se verificou no art. 1º, III do Decreto de 12 de abril de 2017, que concedeu indulto a mães:
>
> III – a mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a sentença houver reconhecido a primariedade da agente, os seus bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração de organização criminosa, tendo sido aplicado, em consequência, o redutor previsto no § 4º do referido artigo, desde que cumprido um sexto da pena; (BRASIL, 2017).

Por fim, a proposta de alteração da Lei de Drogas pretende promover a descriminalização das condutas caracterizadoras do consumo pessoal de drogas, por meio da revogação dos artigos 28, 29 e 30. Essa proposta tem como pressuposto toda a discussão sobre os custos sociais suportados em razão da criminalização do consumo de drogas no país, bem como a discussão acerca da inconstitucionalidade do tema sob a perspectiva do bem jurídico protegido.

Não há dúvidas de que as consequências desse discurso proibicionista geram custos em todos os planos da vida social. Alessandro Baratta (1988) explica que a criminalização das drogas produz efeitos de ordem primária e secundária, sendo os primeiros decorrentes do próprio uso da substância entorpecente lícita ou ilícita, gerador de danos à saúde e dependência química, e os segundos decorrentes dos custos sociais da criminalização e da reação social informal. Para Salo de Carvalho (2013), o impacto negativo dos efeitos secundários causados no consumidor e na

sociedade, na maioria das vezes, é maior do que o dano causado pela própria droga em si.

No plano individual, a criminalização das drogas inviabiliza que as agências sanitárias realizem a devida fiscalização sobre as substâncias que são consumidas pelos usuários, o que propicia o consumo de substâncias de baixíssima qualidade, muitas vezes sem o devido equilíbrio de princípios ativos, ocasionando a rápida dependência, intoxicação e overdoses (CARVALHO, 2013). Além disso, a perpetuação de uma visão estigmatizante do usuário como uma figura patológica, provoca sua marginalização na sociedade e incentiva seu ingresso no círculo vicioso da criminalidade (CARVALHO, 2013).

No plano jurídico-penal, embora a Lei de Drogas não tenha previsto a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, a manutenção da natureza criminosa do consumo de drogas provoca outros efeitos penais que reforçam o encarceramento (IBCCRIM, 2017), como, por exemplo, o reconhecimento da reincidência nos casos em que haja condenação anterior por uma das condutas previstas no art. 28. A jurisprudência pacífica das Cortes Superiores orienta-se no sentido de que a condenação anterior por uso de drogas - art. 28 da Lei n. 11.343/06 - pode ser utilizada na aplicação da agravante genérica da reincidência, bem ainda como maus antecedentes, pois essa conduta não deixou de ser crime. Precedentes." Vide acórdão proferido no AgRg no REsp 1713877/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018.

No plano econômico, não há dúvida de que o grande mercado de ilícitos é comandado pelas organizações criminosas de alta complexidade, cuja estruturação e fortalecimento se dão, principalmente, por meio da obtenção de lucros com a venda de entorpecentes altamente capilarizada. A variante da ilegalidade e a ausência de regulamentação dos preços de mercado prejudicam exclusivamente os usuários (CARVALHO, 2013). Outro visível efeito econômico é o fato de que a manutenção da ilegalidade do comércio de drogas para consumo pessoal acaba fazendo o Estado deixar de arrecadar uma importante receita tributária (CARVALHO, 2013).

Para Salo de Carvalho (2013) os efeitos produzidos no plano sanitário e educacional contradizem os próprios fins pretendidos pela política proibicionista voltados à prevenção, já que a resposta penal muitas vezes frustra o acesso do usuário à saúde e à educação. Por exemplo, "*o toxicômano somente poderia optar pelo tratamento público (princípio da espontaneidade) se ao longo do penoso processo de dependência o sistema penal não o capturasse através da criminalização*" (CARVALHO, 2013, p. 244).

As propostas tendentes à descriminalização do porte de drogas para uso pessoal também têm como pressuposto a discussão sobre a inconstitucionalidade dessa criminalização sob o ponto de vista da proporcionalidade da proteção ao bem jurídico tutelado e o papel do direito penal. Outro ponto de debate é a contradição existente entre a política criminal proibicionista materializada no texto do art. 28 e a concretização dos princípios de um estado plural e democrático.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal está discutindo o tema no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, sendo que já foram proferidos três votos favoráveis (com temperamentos) à declaração da inconstitucionalidade do art. 28. Cinge-se a controvérsia em analisar a compatibilidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal em face dos princípios constitucionais da privacidade, da intimidade e da autonomia. Os votos favoráveis à descriminalização discorrem sobre os limites da interferência estatal na esfera privada do indivíduo, bem como acerca da proporcionalidade da resposta penal à ofensa ao bem jurídico da saúde.

Marcelo Almeida Ruivo sintetiza a discussão afirmando que "*a saúde, quer na dimensão individual, quer na dimensão coletiva, merece proteção jurídica, mas não proteção especificamente penal quando se trata de uma autolesão*", na medida em que "*conforme demonstram as melhores investigações criminológicas, se o direito penal é inadequado e ineficiente na proteção da saúde do usuário da droga, por rigor lógico também não pode ser considerado um meio necessário*" (RUIVO, 2016, p. 13).

Conquanto o Supremo ainda não tenha firmado a tese final dessa controvérsia, é possível perceber uma tendência de afirmação da impertinência da aplicação do direito penal em detrimento do discurso da necessidade de redução de danos.

Por fim, é preciso salientar que, muito embora se tenha certeza de que a descriminalização do uso de drogas não seja medida suficiente para redirecionar a política criminal de drogas, é possível crer que represente um primeiro passo rumo à constitucionalização da aplicação da Lei de Drogas no Brasil.

2.3 As alterações dos critérios para a decretação da prisão preventiva

Em razão das limitações do modelo do presente trabalho foi necessário fazer um recorte da análise da presente proposta legislativa, que objetiva, sobretudo, a fixação de critérios e condições mais objetivos para a decretação da prisão preventiva. Sendo assim, apresenta-se para análise apenas as alterações previstas para o artigo 312 do Código de Processo Penal.

> Art. 312. Sem prejuízo das demais regras de hermenêutica, aplicáveis em toda a persecução penal, interpreta-se literalmente a legislação que disponha sobre a decretação da prisão preventiva e sobre seus prazos de duração, não se admitindo a ampliação analógica das suas hipóteses de cabimento, renovação ou prazos de duração, sob pena de invalidade da decisão judicial, sem prejuízo da eventual caracterização de abuso de autoridade.
>
> § 1º. A prisão preventiva apenas poderá ser decretada nas hipóteses abaixo elencadas, preenchidos os demais requisitos do Código de Processo Penal, quando a medida for comprovadamente indispensável: I - para assegurar a eventual responsabilização criminal do imputado, diante da tentativa de fuga ou de elevada probabilidade de fuga, a ser aferida a partir de elementos concretos, demonstrados nos autos, não podendo ser presumida;
>
> II - para se assegurar a obtenção e preservação de elementos informação e provas que interessem à persecução penal;
>
> III - para impedir ou fazer cessar a prática de violência ou grave ameaça contra a vítima, possíveis testemunhas ou

> agentes públicos encarregados da investigação e instrução criminal, diante de fundados indícios, demonstrados nos autos;
>
> IV - para impedir a tentativa ou consumação de crimes submetidos à pena mínima cominada igual ou superior a 4 anos de reclusão, por parte do imputado, se mantido solto, desde que haja suficiente demonstração da elevada probabilidade do mencionado *cometimento de tais delitos, o que não poderá ser presumido.*
>
> § 2º a prisão preventiva jamais poderá ser utilizada, a qualquer título, sem demonstração efetiva da sua imprescindibilidade. A prisão não poderá estar fundada na gravidade abstrata da suspeita ou da imputação, tampouco podendo ser aplicada com finalidades retributivas, expiatórias, com a finalidade de se assegurar a credibilidade do sistema de justiça criminal ou com o fim de se assegurar exemplos edificantes para a comunidade.
>
> § 3º. Situações de clamor público, prognoses de aplicação da lei penal ou da conveniência da instrução criminal, ou risco de consumação de prescrição, não justificam, isolada ou conjuntamente, a aplicação de prisão preventiva.
>
> § 4º. No caso de eventual concurso de pessoas ou de crime plurissubjetivo, a fundamentação será específica para cada investigado ou acusado.
>
> § 5º. Na hipótese do inciso II, acima, a prisão deverá ser imediatamente interrompida tão logo as evidências ou provas houverem sido apreendidas. A prisão não poderá ser empregada como meio de coação para que suspeitos ou acusados produzam provas contra si, de modo a forçá-los a entregar ao Estado prova que porventura tenham em seu poder e cujo paradeiro seja conhecido ou desconhecido pelas autoridades estatais, sem prejuízo da expedição de mandado de busca e apreensão, observados os requisitos do art. 5º, XI, CF e art. 240 e ss., CPP. (...)

A pretensa redução das possibilidades de manejo da prisão preventiva é diretamente proporcional à diminuição da discricionariedade atribuída ao magistrado no momento da decretação, que, atualmente, muito se dá em razão da previsão de requisitos extremamente genéricos e abrangentes como "garantia da ordem pública", "conveniência da instrução criminal" e "assegurar a aplicação da lei penal". Esse amplo espaço interpretativo ofertado pela lei patrocina justificativas para o manejo da prisão no curso do processo que variam de acordo com as ideologias de cada

julgador e transforma o encarceramento provisório em um falso instrumento de legitimação social (VASCONCELOS, 2008).

A proposta de fixação de critérios mais objetivos, que condicionam a decretação da prisão preventiva a uma fundamentação com base em fatos concretamente demonstrados, chama a atenção, mais uma vez, para a necessidade de constitucionalização da aplicação da lei penal. Nesse ponto de discussão, vale reforçar a necessidade da observância do princípio da legalidade como postulado regulador do sistema garantista no campo do direito penal (FERRAJOLI, 2014).

Luigi Ferrajoli defende a adoção do princípio da legalidade em sentido estrito, como uma norma metalegal dirigida ao legislador, cuja função principal é produzir leis, cujo "*conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente à lei*" (FERRAJOLI, 2014, p. 93). Ou seja, a inserção de expressões ambíguas e evasivas na lei penal facilita apreciações excessivamente subjetivas e discricionárias pelo julgador e não atendem plenamente ao que informa o princípio da legalidade.

Para Aury Lopes Júnior (2013), a atual redação do art. 312 dada pela Lei nº 12.403/2001 representou um retrocesso com relação ao texto original apresentado pelo Projeto de Lei nº 4.208/2001, cuja redação previa definições mais precisas das circunstâncias justificadoras da prisão. Se o objeto da prisão cautelar é assegurar a eficácia do processo, os fundamentos de garantia da ordem pública e da ordem econômica, por si sós, não comportam relação com tal finalidade, uma vez que representam a efetiva operação de medida de segurança pública travestida de medida meramente processual, levando à antecipação da pena (LOPES JÚNIOR, 2013). Conclui:

> É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado,

> enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 111).

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli explica que a tutela da ordem pública e da ordem econômica em nada guarda relação com o processo, pois verdadeiramente se destinam "*à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social*" (PACELLI, 2009, fl. 451-452).

De outra banda, os fundamentos que permeiam a prisão cautelar para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, em sua essência, são tidos como fundamentos genuinamente cautelares (LOPES JÚNIOR, 2013; TOURINHO FILHO, 2010, PACELLI, 2009;), sendo uma das lições de Cesare Beccaria a de que "*o acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime*" (BECCARIA, 2001, p. 109-110).

Partindo desse pressuposto, observo que tais fundamentos foram devidamente diluídos ao longo da nova proposta de redação do art. 312 do Código de Processo Penal, sobretudo no texto dos incisos I, II e III. Importante chamar a atenção para a inserção da exigência de demonstração do risco de fuga, a partir de circunstâncias concretas presentes nos autos, muito embora devesse ser desnecessário prescrever ao magistrado que a decisão excepcional sobre a prisão cautelar do acusado não deve ser tomada a partir de ilações e conclusões desvinculadas da realidade fática e probatória (LOPES JÚNIOR, 2013).

No tocante ao fundamento da conveniência da instrução criminal, a proposta apresenta condições legais mais objetivas do que seria efetivamente um risco ao desenvolvimento normal do processo, tais como "assegurar a obtenção e preservação de elementos de informação e provas", "impedir ou fazer cessar a prática de violência ou grave ameaça contra a vítima, possíveis testemunhas ou agentes públicos encarregados da investigação". Somado a isso, a proposta traz vedação

expressa à prisão preventiva decretada como meio de qualquer tipo de coação do acusado, quer para fazê-lo desistir do seu direito ao silêncio, quer para forçá-lo a entregar outros suspeitos ou provas. Nesse sentido, Aury Lopes explica:

> […] não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução criminal quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento, etc). Isso porque, no primeiro caso (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como um "objeto de prova", fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo absurdo prender-se alguém para assegurar o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obrigá-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal, pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo tenetur se detegere* (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 95).

Destaco também a proposta de redação do §2º do art. 312 que incorpora uma importante posição doutrinária e jurisprudencial acerca da impossibilidade de decretação da prisão cautelar baseada na gravidade abstrata do delito, bem como na necessidade de assegurar a credibilidade da justiça criminal, ou ainda, para servir como meio de prevenção geral. Ao dissertar sobre a desvirtuação da prisão preventiva pelo legislador e pelo julgador, quando lhe são atribuídas funções de prevenção, Sanguiné explica:

> [...] se põe em perigo o esquema constitucional do Estado de Direito, dando lugar a uma quebra indefensável do que deve ser um processo penal em um Estado Social e Democrático de Direito, pois vulnera o princípio constitucional da presunção de inocência e da liberdade de todo cidadão e a própria essência do instituto da prisão preventiva (SANGUINÉ, 2001, p. 30).

Acresço aos argumentos quanto às múltiplas violações ao texto constitucional decorrentes da fundamentação genérica do decreto de prisão, o fato de que, além de não atender à garantia de fundamentação dos provimentos judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal, que deveria ser ainda mais valorizado nas decisões que impõem a restrição de liberdade, também impede o pleno exercício da ampla defesa, já que não apresenta os elementos indispensáveis à contradita. Quero dizer

que, na prática, um decreto esvaziado de fundamentação concreta frustra até mesmo o direito de defesa do paciente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme nesse sentido. Vejamos excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da questão de ordem no HC nº 85.298/SP:

> Ora, quanto a este aspecto, é pacífica a jurisprudência desta Casa Maior da Justiça brasileira no sentido de não se admitir a invocação à abstrata gravidade do delito como fundamento de prisão cautelar (HCs 83.782, 85.020, 84.087, 81.613). Isso porque a gravidade do crime já é determinante de uma maior apenação do condenado, não servindo para demonstrar a necessidade de que se devem revestir as diversas modalidades de prisão cautelar (BRASIL, 2005, p. 5-6).

E, também, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC nº 82.797/PR:

> Esse apelo à credibilidade "da justiça e da segurança pública", no entanto, não constitui motivação idônea para a prisão processual, que – dada a presunção constitucional da inocência ou da não culpabilidade – há de ter justificativa cautelar e não pode substantivar antecipação da pena e de sua eventual função de prevenção geral (BRASIL, 2003, p. 5).

Outro ponto de grande valia é o resgate do caráter excepcional da prisão cautelar no processo penal inserido na proposta, porquanto prevê o rol taxativo das hipóteses de decretação, nos moldes já mencionados, além de exigir que a medida seja comprovadamente indispensável. Também se destacou a necessidade de ponderação do binômio suficiência-adequação no momento da escolha das medidas cautelares em cada caso, de modo a impor ao magistrado que faça o juízo de proporcionalidade entre o risco concreto que precisa ser tutelado (constantes no rol do art. 312) e a medida cautelar mais adequada para tanto.

Mais uma vez entendo que a proposta tende à (re)constitucionalização do processo penal, aproximando-se os parâmetros de aplicação da prisão cautelar com o que informa o princípio da não culpabilidade, isto é, fazendo com que as prisões antes do trânsito em julgado sejam, de fato, a *ultima ratio* do sistema (LOPES JÚNIOR, 2013). Ainda que sob a perspectiva constitucional pareça prescindível a afirmação da subsidiariedade da medida cautelar mais gravosa, não é o que se

observa na prática forense, em que a restrição da liberdade parece ser a única opção, o que, segundo Ferrajoli, levou à "*crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso*" (1997 apud LOPES JÚNIOR, 2013, p. 43).

3 A REALIDADE DOS PRESÍDIOS

O último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), a partir de dados coletados entre dezembro de 2015 e junho de 2016, traz um quantitativo alarmante, o que explica muito sobre o atual cenário do sistema penitenciário brasileiro. O relatório promove o Brasil para o terceiro lugar no *ranking* mundial da população prisional, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, ultrapassando a Rússia (BRASIL, 2017).

A conjectura do sistema prisional brasileiro apresenta um cenário caótico representativo das piores barbáries a que um ser humano pode ser submetido. É fato notório que a superlotação é a causa precípua dos diversos problemas enfrentados no sistema. O amontoamento dos presos agrava a situação de insalubridade das celas, dissemina doenças, ocasiona mortes e rebeliões completamente fora do controle dos agentes estatais (BRASIL, 2009a).

Em junho de 2016 a população carcerária brasileira registrava 726.712 pessoas encarceradas nas 1.422 unidades prisionais, que participaram do levantamento, sendo que, no mesmo período, 368.049 era o número de vagas disponíveis no sistema, resultando em um déficit de 358.663 vagas (BRASIL, 2016).

Com efeito, o levantamento da relação de presos de acordo com a natureza da prisão é o que causa o maior sobressalto, diante da constatação de que cerca de 40% das pessoas inseridas no sistema prisional do país sequer foram julgadas e condenadas isto é, quase a metade do total do número de pessoas presas no Brasil é formada por presos provisórios (BRASIL, 2016). E mais, a partir dos dados apresentados, é possível concluir que em alguns estados (Pernambuco, Bahia,

Amazonas, Mato Grosso, Maranhão, Sergipe e Piauí) o número de presos sem condenação ultrapassa o número de presos condenados (BRASIL, 2016).

Outra constatação relevante é que o número de presos provisórios ultrapassa o número de presos condenados ao cumprimento de pena em regime fechado que soma 38% (BRASIL, 2016). Segundo o relatório de pesquisa publicado pelo IPEA em 2015, 37% dos réus, que permaneceram presos provisoriamente durante a instrução processual, cumprem pena em regime diverso do fechado, após a condenação (BRASIL, 2015a). Daí constata-se que "*o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país"* (BRASIL, 2015a, p. 38).

Em relação ao número de presos de acordo com o tipo penal, tem-se que 37% incorreram nos tipos de furto e roubo, ao passo que 28% incorreram no crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2016). A partir daí, conclui-se que esses três tipos penais são os responsáveis por mais da metade da população prisional brasileira.

4 ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL EM MATÉRIA LEGISLATIVA

Diante do cenário exposto, não há dúvidas de que a iniciativa das soluções para a melhoria das condições do sistema carcerário no Brasil envolve necessariamente a elaboração de uma política de desencarceramento em todos os âmbitos, especialmente no âmbito legislativo. Sabe-se que, desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 até meados de 2015, 77 (setenta e sete) novas leis criando novos tipos penais entraram em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, indicando a franca expansão do direito penal (IBCCRIM, 2017), que muito contribuiu para o colapso do sistema prisional.

Para Luiz Flávio Gomes (2011), o populismo punitivista inserido na política criminal caracteriza-se pela introdução de "soluções fáceis" para os profundos problemas do funcionamento do sistema penal, mas que, paradoxalmente, apenas

incrementam a criminalidade e a insegurança. No mesmo contexto, pertinente a observação de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

> **O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente e não em instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos (AZEVEDO, 2005, p. 236).**

Para Salo de Carvalho (2010), há uma anomalia no processo de reformas penais no Brasil, decorrente da ausência de investigações empíricas prévias ao processo legislativo, que resultam na produção de lei penal a partir de dois eixos centrais: a) projetos para responder casos emergenciais como, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos; b) projetos estruturados a partir de sistemas dogmáticos por autoridades em matéria penal, como, por exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Criminais (CARVALHO, 2010). O autor explica que no primeiro eixo, o legislativo atua na produção de leis penais impulsionado pela opinião pública e pela demanda midiática, resultando no fenômeno do populismo punitivista, já no segundo eixo, há uma tendência de elaboração de projetos mais coerentes e harmônicos com a estrutura e principiologia penal e processual penal (CARVALHO, 2010).

A partir daí, conclui que "a tradição legislativa brasileira tem oscilado entre o populismo e o idealismo punitivo, ou seja, entre Leis penais de cunho meramente populistas e Leis penais voltadas à preservação do ideal de harmonia e coerência do sistema jurídico-penal" (CARVALHO, 2010, p. 258). No entanto, explica que durante os debates parlamentares não raro ocorre o encontro de ambos os idealismos, "quando o discurso populista insere elementos estranhos nos projetos ideais originários, retirando a pretensa coerência auferida pelos notáveis" (CARVALHO, 2010. p. 258).

Ao se debruçar sobre os discursos na produção legislativa em matéria de execução penal, Carolina Costa Ferreira (2017) identifica claramente os movimentos político-criminais de natureza expansionista presentes nos discursos parlamentares no Congresso Nacional, e a necessidade de racionalização da produção legislativa penal, por meio do estudo de impacto legislativo, como forma de contenção da criminalização primária, que tanto encarcera, sob o pretexto de ser a solução dos problemas sociais.

Em que pese ser o âmbito executivo o *locus* ideal para a inserção do estudo de impacto legislativo proposto pela autora (FERREIRA, 2017), julgo importante ressaltar que a primeira medida do caderno de propostas legislativas em estudo é a alteração do regimento interno da Câmara dos Deputados para introduzir dentre as atividades de competência da Comissão de Finanças e Tributação, a realização de análise de impacto legislativo na produção ou alteração de lei em matéria penal, no que tange aos aspectos econômicos e orçamentários (IBCCRIM, 2017).

No campo teórico, identifica-se a política criminal como sendo essencialmente política pública (FERREIRA, 2017), sendo "um mecanismo discursivo, social e político para: (i) identificar quais condutas merecem ser criminalizadas; (ii) determinar as estratégias de aplicação do poder punitivo" (FERREIRA, 2017, p. 139). No entanto, a prática revela que as medidas tomadas pelos agentes políticos representantes dos poderes legislativo e executivo têm como pressuposto, quase que exclusivamente, os interesses da opinião pública, de modo que direcionam sua atuação em favor dos seus interesses eleitorais. Já o judiciário, ao priorizar a aplicação da prisão em detrimento das medidas alternativas ao cárcere, incrementa a cultura do encarceramento na mesma proporção que aprofunda as deficiências do sistema (PASSOS; LIGUORI FILHO; GRAVA, 2016), além de colaborar sensivelmente para a perpetuação da seletividade penal.

Como foi defendido ao longo da análise, é urgente a necessidade de adequação da produção e implementação da política criminal em matéria legislativa aos fundamentos do direito penal e processual penal presentes na Constituição, tendo

em vista o objetivo do desencarceramento em massa. O relatório de pesquisa do Ipea (BRASIL, 2015a, p. 92) sobre o tema conclui que *"a menor utilização do sistema de justiça criminal não se impõe apenas como medida de implementação de preceito constitucional, mas também pela sua baixa eficácia e eficiência*". Inegavelmente, essa adequação passa pelo incentivo aos mecanismos alternativos penais em detrimento da redução da resposta penal à prisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o presente artigo procurou apresentar uma análise de três propostas de alteração legislativa: (i) do Código Penal, relativamente aos crimes de furto e roubo; (ii) da Lei de drogas, relativamente à criminalização do uso e tráfico de drogas; (iii) e do Código de Processo Penal relativamente aos critérios de aplicação da prisão preventiva.

As 16 propostas de alterações legislativas apresentadas ao Congresso Nacional buscam impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país. A análise se restringiu aos quatro fatores que mais levam pessoas à prisão, de acordo com os dados estatísticos oferecidos pelo Depen, devido à limitação do modelo de pesquisa adotado, no entanto, já foi possível perceber que a iniciativa tem boas perspectivas de alcançar o objetivo almejado qual seja: reduzir a população prisional brasileira.

As alterações propostas para o Código Penal revelam que o equilíbrio das penas previstas para o crime de furto, além do redirecionamento da titularidade da ação penal, poderiam incentivar mecanismos de composição do conflito em detrimento da aplicação do direito penal, ou ainda possibilitar com maior frequência a aplicação de penas alternativas à prisão. Quanto ao crime de roubo, a proposta de um tipo intermediário, com a previsão de causa de diminuição de pena, poderia diminuir sensivelmente o quantum de pena aplicado para este crime, proporcionando mais rapidamente a progressão de regime prisional.

As alterações previstas para a Lei de Drogas revelam que uma efetiva política de "combate às drogas" deve necessariamente se afastar do sistema de justiça criminal e se aproximar de uma abordagem que garanta saúde redução de danos e direitos humanos. Esta proposta também revela que o sistema de justiça criminal somente será efetivo se houver o direcionamento da repressão àqueles que financiam o tráfico de drogas, oferecendo outras formas de tratamento àqueles que estão na base da criminalidade.

Além disso, esta proposta incorpora diversos entendimentos já consolidados na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir da hermenêutica constitucional da Lei de Drogas, e que já deveriam ter sido encampadas pelas decisões judiciais.

A alteração prevista para o art. 312 do Código de Processo penal incorpora o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da necessidade de adoção de critérios mais objetivos para a decretação da prisão preventiva, bem como reforça o caráter subsidiário da prisão no curso do processo, o que certamente impactaria significativamente na descarcerização pretendida.

Até o momento, 14 das 16 propostas normativas foram assinadas por Deputados e Senadores estando em tramitação no Congresso Nacional na forma de diversos Projetos de Lei, são eles: PLS nº 113/2017, PLS nº 114/2017, PLS nº 115/2017, PLS nº 118/2017, PLS nº 119/2017, PLS nº 121/2017, PL nº 7512/2017, PL nº 7513/2017, PL nº 7514/2017, PL nº 7515/2017, PL nº 7516/2017, PL nº 7517/2017, PL nº 7518/2017, PL nº 7972/2017, PL nº 7973/2017 e a PRC nº 234/2017. A maior parte das propostas de alteração do Código de Processo Penal já foi apensada ao PL nº 8045/2010, no qual se discute o projeto do Novo Código de Processo Penal, como é caso do PL nº 7072/2017, correspondente à proposta nº 14, acerca das mudanças de critérios e condições para a prisão em flagrante e a prisão preventiva parcialmente analisada no presente trabalho.

O PLS nº 118/2017 e o PLS nº 115/2017 correspondem, respectivamente, às propostas de alteração do Código Penal quanto aos crimes de furto e roubo, e de alteração da Lei de Drogas também analisada neste trabalho. Conforme o andamento disponível no sítio eletrônico do Senado Federal, até o momento ambas as propostas não sofreram emendas pela Comissão de Constituição e Justiça, e se encontram no aguardo de designação do relator (BRASIL, 2018).

Apesar do grande esforço empreendido pelas entidades envolvidas na organização das 16 medidas contra o encarceramento em massa, na própria apresentação do projeto já se reconhece que apenas as mudanças legislativas não são suficientes para promover o desencarceramento pretendido. No entanto, é preciso reconhecer que a força do empenho coletivo para a transformação da situação que estamos vivenciando hoje é fundamental, sobretudo, quando a união de esforços tem a pretensão maior de enfraquecer a cultura punitiva tão fortemente arraigada na sociedade e nas instituições públicas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Lozano. Os problemas do Direito Penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 17, p. 99-117, set./dez. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129029>. Acesso em: 2 set. 2018.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias*, Porto Alegre. vol. 7, n. 13, p. 212-241,jan./jun., 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23562.pdf.> Acesso em: 28 ago. 2018.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARATTA, Alessandro. Introducción a la criminología de la droga. *Nuevo Foro Penal*, n. 41, p. 329-346, 1988. Disponível em: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4198>. Acesso em: 4 out. 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. 2017a. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/523314-QUATRO-CPIS-JA-INVESTIGARAM-O-SISTEMA-PENITENCIARIO-BRASILEIRO.html>. Acesso em 12 set. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro. Relatório Final. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017b.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009a.

BRASIL. Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 nov. 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3665.htm >. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações. Infopen – 2016. Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações. Infopen Mulheres 2ª edição. Brasil, 2017c. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Aplicação de Penas e Medidas Alternativas: relatório de pesquisa, 2015a. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7517/1/RP_Aplica%C3%A7%C3%A3o_2015.pdf>. Acesso em 28 ago. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2017. Altera os artigos 33, 35, 40 e 44 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e dá outras providências. Brasil, 2018a. Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128870 >. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 118, de 2017. Altera os artigos 155 e 157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasil, 2018a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128885>. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Agravo em Recurso Especial* nº 1.249.427 – São Paulo. Agravante: Eronildes Teixeira da Hora Junior. Agravado: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, 15 de maio de 2018b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84293082&num_registro=201800355388&data=20180629&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial* nº 1.113.728 – Santa Catarina. Recorrente: Paulo Ricardo Able. Recorrido: Ministério Público de Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 29 de setembro de 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6288183&num_registro=200900574340&data=20091019&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.797 – Paraná. Paciente: Antônio Luiz da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 1º de abril de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79154>. Acesso em 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 122.010 – Mato Grosso do Sul. Paciente: Ricardo Teodoro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de junho de 2014. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000228991&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem em Habeas Corpus* nº 85.298 – São Paulo. Paciente: Law Kin Chong. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de março de 2005. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80302>. Acesso em 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 635.659 – São Paulo. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/2006. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DAVIS, Angela. *Mulheres, cultura e política*. São Paulo: Boitempo. 2017.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6120957>. Acesso em 14 set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 137-180., mar. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134219>. Acesso em: 29 set. 2018.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ROXIN, Claus. *Direito Penal Brasileiro Parte Geral*: Princípios Fundamentais e Sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GANDRA, Thiago Grazziane. A Inconstitucionalidade da Criminalização do Uso de Drogas. *Revista Amagis Jurídica*, Belo Horizonte, v. 10, p. 153-165, jan./jun. 2014. Disponível em < https://www.amagis.com.br/plus/modulos/edicao/download.php?cdedicao=18618>. Acesso em: 22 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Para Onde Vamos com o Populismo Penal? Disponível em: < https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121927228/para-onde-vamos-com-o-populismo-penal>. Acesso em: 29 set. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*: prevenção-repressão. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais et al. Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017b. 62 p., 31 cm. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134754>. Acesso em: 15 set. 2018.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro De Ciências Criminais. 16 medidas contra o encarceramento em massa. Propostas do bloco V: Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 294,, mai. 2017a. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5961-16-MEDIDAS-CONTRA-O-ENCARCERAMENTO-EM-MASSA>. Acesso em: 2 out. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARONNA, Cristiano Ávila et al. 16 medidas contra o encarceramento em massa. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017. (Vídeos institucionais). Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/691-Ato-Publico-e-Debate>. Acesso em: 15 set. 2018.

MONTEIRO, Renan Cajazeiras. A titularidade da ação penal no crime de furto, 2005. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=144176>. Acesso em: 8 set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. A droga da Lei de Drogas. Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/droga-da-lei-de-drogas>. Acesso em 14 set. 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 3-4, jun. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129477>. Acesso em: 29 set. 2018.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas*: comentários penais e processuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RUIVO, Marcelo Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art.. 28 da lei 11.343/2006). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 281, p. 12-13., abr. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128875>. Acesso em: 23 set. 2018.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 29-31, out. 2001. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=1922>. Acesso em: 28 set. 2018.

STELLA, Claudia. As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 237-264., abr./jun. 2001. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=32596>. Acesso em: 16 set. 2018.

TOURILHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponivel em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4657>. Acesso em: 27 set. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Ciências
Criminais

*O PAPEL DO JUIZ CRIMINAL NOS ACORDOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE A PARTIR DA LEI Nº 12.850 DE 2013

Mariana Bonjour Machado

RESUMO

O instituto da colaboração premiada no Brasil veio colocar em questionamento quais os papéis atribuídos ao juiz no modelo acusatório de processo penal brasileiro. O artigo visa analisar o instituto da colaboração premiada, especialmente no que diz respeito à figura do magistrado nos acordos de colaboração. Antes disso, busca-se mostrar que a inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro foi devido a um clamor internacional em adotar novos mecanismos para enfrentar as organizações criminosas, além de explicar que a colaboração não é a tradução do *plea-bargaining* americano, mostrando suas distinções. O tema passou a ser foco de discussões políticas e jurídicas, sensível à comunidade acadêmica, em face da novel norma disciplinadora do objeto sob exame, por meio da Lei 12.850/2013, não deixando de lado a atuação dos profissionais do Direito. Nesse contexto, buscou-se pesquisar o papel do magistrado nos acordos de colaboração premiada, mostrando sua atuação na fase de homologação do acordo e na fase de sentença, analisando, em seguida, se o papel do juiz nos acordos de colaboração premiada respeita o que se espera do juiz no modelo acusatório. Quanto à metodologia, o artigo utiliza revisão bibliográfica e análise documental de julgados do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Organizações criminosas. Eficientismo penal. Colaboração premiada. Papel do juiz. Acordos penais.

1 INTRODUÇÃO

A proliferação da criminalidade no tecido social e a propalada “sensação de impunidade” levaram não apenas a população leiga, mas também os operadores do direito a pleitearem instrumentos de refinamento do aparato persecutório.

Observa-se estarem as organizações criminosas cada vez mais aparelhadas nos segmentos de narcotráfico de drogas ilícitas, extorsão e roubo a cargas, crimes contra a Administração Pública, aos sistemas tributário e financeiro, bem como ao sistema político, todos envolvendo lavagem de dinheiro.

As causas do mau funcionamento dos instrumentos probatórios tradicionais estão normalmente ligadas a algumas das características das organizações criminosas. São algumas delas: profissionalização do crime, dinamismo da corrupção organizada, utilização de meios tecnológicos avançados, caráter transnacional, acesso a informações privilegiadas dos entes públicos, sofisticação estrutural (SILVA, 2017). Por possuir caráter multiforme, o crime organizado teve repercussão no processo penal. Afigura-se necessária a formulação de novas estratégias para obtenção de prova, já que os instrumentos processuais tradicionais não vêm sendo suficientes.

É nesse contexto que surge a demanda por instrumentos diferentes dos já existentes para enfrentamento do problema supracitado. Não adianta mais chegar com as respostas tradicionais, pois o crime segue o caminho da inovação, o que induz pensamento estratégico diferente a fim de constituir instrumentos eficazes para enfrentamento da criminalidade organizada. O Brasil precisou criar instrumentos de combate às organizações criminosas. Essa necessidade está, além da utilidade prática do dia a dia, no fato do Brasil ter se obrigado no plano internacional a sofisticar o instrumental persecutório para enfrentamento de organizações criminosas ao ter inserido no ordenamento jurídico a Convenção de Palermo por meio do Decreto-Lei nº 5.015, de 2004.

Assim, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, aprimorou e detalhou no ordenamento brasileiro a

colaboração premiada. A colaboração premiada se insere como uma lógica de reforço e aprimoramento das técnicas investigativas, já que os instrumentos de investigação tradicionais não se mostraram suficientes para enfrentar o crime organizado (PEREIRA, 2016).

Embora a colaboração premiada não seja um instituto previsto apenas na Lei nº 12.850/2013, tem mostrado sua eficiência no enfrentamento das organizações criminosas. Uma prova disso é a Operação Lava-Jato, que vem obtendo êxito em suas investigações devido aos acordos de colaboração premiada. De acordo com o coordenador da força-tarefa da Operação Lava-Jato, Deltan Dallagnol, a colaboração premiada é um instrumento importante que otimiza o emprego de recursos públicos e direciona-os para diligências específicas com maior probabilidade de êxito. Os diversos acordos de colaboração realizados na Lava-Jato permitiram o ressarcimento de uma grande quantidade de dinheiro aos cofres públicos e a responsabilização de um grande número de pessoas (DALLAGNOL, 2015).

A Lei nº 12.850, de 2013, buscou tratar de um assunto que não faz parte da regulamentação tradicional do Direito Penal brasileiro, de modo a expandir o direito penal para tipificar a organização criminosa (FILIPPETO; ROCHA, 2017). A colaboração premiada não é da tradição jurídica brasileira. Não é que não se pode premiar aquele que auxilia a persecução penal, mas o que não é da nossa tradição é o acordo.

O tema proposto é um dos mais crescentes no mundo jurídico atual e passou a ser foco de discussões políticas e jurídicas. Nesta expansão, não deixou de lado a atuação dos profissionais do direito, dentre estes profissionais buscou-se pesquisar o papel do magistrado nos acordos de colaboração premiada. Dessa forma, o ponto central do estudo será apresentado a partir da análise da figura do juiz criminal no instituto da colaboração premiada.

O objetivo do presente estudo, além de explicitar algumas premissas do instituto em questão, é analisar a inserção do juiz criminal na aplicabilidade concreta do objeto sob exame, tendo com parâmetro a Constituição Federal, seguida da

verificação de compatibilidade com o Código de Processo Penal, sem olvidar a importância da jurisdição penal como última instância de garantia dos direitos subjetivos e da efetividade da ordem jurídica.

A problematização do presente trabalho é descrever a atuação do magistrado nos acordos de colaboração, analisando se o papel designado ao juiz na colaboração premiada é compatível com o desenho tradicional que se tem do juiz brasileiro.

Tendo como premissa princípios diretamente condicionantes do exercício da jurisdição, por exemplo, da inércia, da imparcialidade (equidistância), da separação dos poderes republicanos, é legítimo ao juiz natural ponderar, por atos de ingerência, a respeito do mérito dos termos do acordo premiado?

A hipótese sugere resposta negativa, a qual induz outra questão: quais os motivos determinantes à necessária vinculação do magistrado quanto aos termos da delação contida na Lei nº 12.850, de 2013? A supracitada fundamentação será percebida, em seu referencial teórico, à luz da compreensão dos paradigmas do eficientismo penal.

No tocante à metodologia, ressalta-se que foi utilizada a revisão bibliográfica e análise documental de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). Os julgados utilizados são exclusivamente do STF pelo fato da Suprema Corte ter entendimento conclusivo sobre o tema e por ter apreciado o instituto da colaboração premiada no exercício de competência originária. O tipo de investigação do presente artigo é do tipo jurídico-compreensivo por haver a decomposição de um problema jurídico de acordo com suas vertentes (DIAS; GUSTIN, 2010). Do ponto de vista da sua natureza, a pesquisa será aplicada, pois pretende instituir argumentos que sustentem a hipótese da necessidade de imputação plenamente vinculada ao juízo de admissibilidade quanto aos termos da colaboração premiada negociada pelos órgãos de acusação e de investigação, restando, assim, ao Judiciário, apenas, a verificação dos requisitos formais de existência, validade e eficácia do objeto sob exame, salvo flagrante violação da lei. O referido conjunto argumentativo conterá ideias a serem compartilhadas por outros pesquisadores, pela doutrina e pela jurisprudência.

No primeiro momento do trabalho será demonstrada a inserção do instituto da colaboração premiada no sistema processual brasileiro, mostrando que a expansão do crime organizado fez com que o assunto se tornasse uma preocupação internacional. Em virtude disso, o crime transnacional foi objeto de Convenção das Nações Unidas, a Convenção de Palermo, que teve o intuito de promover a cooperação dos países para enfrentamento das organizações criminosas. Diante disso, o Brasil se sentiu compelido a ter que combater de forma mais eficiente o crime organizado e, assim, legislou a Lei nº 12.850, de 2013, que aprimorou o instituto da colaboração premiada.

Logo depois, mostrar-se-á que a colaboração premiada é conseqüência de um processo de expansão da justiça consensual nos países da *civil law*. Apesar da influência norte-americana, será demonstrado que a colaboração não é uma importação do *plea-bargaining* norte-americano, explicitando suas diferenças. Enquanto a colaboração é um instituto, o *plea-bargaining* é um sistema.

Em seguida, será demonstrado que, por mais que a colaboração premiada tenha natureza de acordo, ela possui algumas diferenças dos demais acordos presentes na legislação brasileira.

Por fim, será explicitada a figura desempenhada pelo juiz no instituto da colaboração premiada, mostrando sua atuação na fase de homologação do acordo e na fase de sentença, analisando, em seguida, se papel do juiz nos acordos de colaboração premiada respeita o que se espera do juiz no modelo acusatório.

2 A INSERÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Vive-se em um mundo globalizado, onde pessoas estão cada vez mais próximas em virtude dos meios de comunicação e das tecnologias avançadas. Entretanto, com essa aproximação, surge também a expansão do crime organizado.

O crime organizado transnacional foi um dos maiores beneficiadores da globalização, tendo se tornado uma ameaça à segurança de sistemas internacionais (SANDRONI, 2007).

A insegurança faz com que a sociedade exija do Estado maior intervenção sob vários ângulos: político, econômico, jurídico, etc. Nesse contexto, há, então, conjuntura para expansão do Direito Penal, pois este ramo do Direito é visto como único mecanismo de intervenção apto a diminuir os riscos da ameaça referenciada (ANTUNES, 2013).

Jesús-Maria Silva Sánchez mostra que a insegurança converte-se em pretensão social, a qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta. Diante da demanda por uma ampliação da proteção penal, as garantias do Estado de Direito devem ser flexibilizadas e não rígidas (SILVA SANCHEZ, 2002).

Ainda, de acordo com Silva Sanchez (2002, p. 81):

> O objeto do Direito Penal da globalização é eminentemente prático. Trata-se de proporcionar uma reforma uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinquência transnacional que evite a conformação de "paraísos-jurídicos-penais".

Assim, sendo uma preocupação de diversos países, o crime transnacional foi objeto de Convenção das Nações Unidas. A Convenção de Palermo, como ficou conhecida, foi assinada por mais de 125 países, dentre eles o Brasil, com o intuito de promover a cooperação para combater o crime organizado de maneira eficaz, tendo recomendado a adoção de novos mecanismos para estimular a colaboração de integrantes de organizações criminosas com a justiça penal.

A Convenção de Palermo, principal instrumento normativo global de enfrentamento das organizações criminosas, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto-Lei nº 5.015, de 2004.

De acordo com Marcelo Varella, organizações internacionais que possuem poder de cogência maior, como a Organização das Nações Unidas (ONU), induzem

países a adotar soluções comuns mais pelo convencimento dos atores internos do que pelo medo de sanções. Isso se dá em razão dos países entenderem o conteúdo correto a ser adotado (VARELLA, 2013).

E foi atendendo aos anseios da Convenção de Palermo e do cenário internacional sobre o tema que o Brasil se sentiu compelido a ter que legislar sobre o assunto, surgindo, assim, a Lei nº 12.850, de 2013, dispondo sobre investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal, além de aperfeiçoar o instituto da colaboração premiada.

A colaboração premiada foi o que mais chamou atenção na nova lei. Apesar de estar prevista em outras leis, como a Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº 9.807, de 1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), a Lei nº 11.343, de 2006 (Lei de Drogas) e a Lei nº 12.683, de 2012 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), foi a partir da Lei nº 12.850, de 2013 (Lei de Organizações Criminosas) que o instituto da colaboração premiada se destacou.

Para fins deste trabalho, o termo colaboração premiada será tratado exclusivamente como instituto delimitado na Lei nº 12.850, reservando a expressão delação premiada como sentido mais amplo para todas as conformações dadas ao direito premial naquelas situações em que o investigado colabora com a persecução penal previstas nas leis acima expostas.

Tal notoriedade se deve pelo fato de a Lei nº 12.850 de 2013 possuir regras específicas e detalhadas em relação ao instituto da colaboração premiada. Como visto, a colaboração premiada já possuía anteriores previsões legais, mas não de forma tão detalhada e aprimorada como na Lei nº 12.850, de 2013 (PINTO, 2013).

A Lei nº 12.850 aperfeiçoou o instituto da colaboração premiada, o que não deixa de significar uma expansão do Direito Penal (FILIPPETTO; ROCHA, 2017). Isso porque, sem dúvida, existia uma dificuldade de utilizar os institutos tradicionais para combater uma criminalidade mais moderna e globalizada, sendo necessárias algumas adaptações às novas circunstâncias. O desenvolvimento tecnológico das

organizações criminosas clamou por instrumentos processuais mais eficientes. Esses instrumentos não suprem garantias do Estado de Direito e sim as compatibilizam à nova realidade da criminalidade organizada (SILVA, 2017).

Antônio Suxberger e Gomes Filho mostram que a expansão do Direito Penal é fato irreversível e dependente de novos instrumentos de solução jurídica dos problemas penais, tais como o negócio penal, que é o caso da colaboração premiada. Ademais, os autores indicam que a aproximação do Direito Penal negocial decorre da funcionalização do Direito Penal como projeção da internacionalização do Direito (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016).

A expansão do Direito Penal fez surgir o desafio de gerenciar os conflitos com o foco nas soluções mais eficientes e pragmáticas, como a delação e a barganha, sem implicar, necessariamente, o abandono da pena. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016).

Dessa forma, vê-se que a inserção da colaboração premiada é decorrente de reclame internacional, em especial da Convenção de Palermo, tendo sido positivada na Lei nº 12.850, de 2013, a fim de enfrentar as organizações criminosas de maneira mais eficaz.

3 A NÃO CORRESPONDÊNCIA AO *PLEA-BARGAINING*

Observa-se, como dito, a expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro. Apesar de não ser o foco do presente trabalho tratar especificamente de todas as justiças negociadas, é relevante entender esse movimento para compreensão ontológica da colaboração premiada.

Os mecanismos da justiça negociada foram introduzidos no processo penal brasileiro com o objetivo principal de deixá-lo mais célere e menos oneroso. A leitura da doutrina induz a ideia de que a celeridade não quer dizer somente rapidez, também, qualidade dos atos processuais. Nesse sentido, o elevado número de processos, as enormes formalidades e burocracias fizeram com que surgisse a

necessidade de adotar mecanismos negociais. Em razão disso, o processo penal acabou dando espaço para a justiça negociada.

Típica de países da *common law*, em especial dos Estados Unidos, a justiça consensual vem se expandindo nos ordenamentos jurídicos de países da *civil law*. Apesar da grande influência norte-americana, é importante observar que a justiça negocial não é a mesma nos Estados Unidos - *common law* - e nos países europeus e latinos americanos – *civil law*.

Dessa forma, é importante observar que a funcionalização explicada acima não é livre de riscos. Isso porque acabou tocando balizas e pilares culturais do nosso direito processual penal, fazendo com que os sistemas experimentassem um processo de desfragmentação. Por mais importante que seja haver um diálogo entre normas internacionais, deve-se levar em consideração que, em virtude de cultura, costumes e princípios distintos, nem todo sistema jurídico de um determinado país consegue ser introduzido em outro. O fato é que a colaboração não é uma importação dos sistemas de *plea-bargaining*, em verdade, a colaboração premiada e seu ingresso no direito brasileiro muito mais se assemelha ao processo de desfragmentação *civil law* e *commom law* do que uma "americanização" de procedimentos criminais de tradição do *civil law* (LANGER, 2004).

A desfragmentação indicada por Langer é caracterizada tanto pelas decisões de reformadores jurídicos quanto pelas diferenças estruturais existentes entre as linguagens acusatórias ou inquisitoriais. Os institutos consensuais europeus e latinos americanos não só diferem do modelo americano como divergem entre si, acarretando uma diversidade dentro do sistema da *civil law*.

O sistema inquisitorial, típico dos países da *civil law*, vê o processo penal como investigação feita por representantes do Estado em que se busca a verdade real. Sendo assim, o processo somente pode ser encerrado se não houver evidência de que tenha ocorrido um crime ou de que o réu o tenha praticado. Já no sistema adversarial, dos países da *commom law*, o processo penal é visto como disputa, sendo, então, permitido que as partes negociem uma solução.

Como bem explicita Langer, o modelo norte-americano dá liberdade para a acusação e defesa negociarem, diferentemente do modelo dos países da *civil law*, que restringe a negociação em virtude de características de suas legislações, no contexto de seus sistemas. Ademais, no sistema norte-americano há uma disputa entre a acusação e a defesa perante um juiz passivo, enquanto no sistema brasileiro o processo penal funciona como uma investigação oficial a fim de determinar a verdade. Nos Estados Unidos, a ampla negociação é admitida porque a acusação possui discricionariedade praticamente irrestrita quanto à persecução criminal (LANGER, 2004).

Visto isso, não há uma importação do modelo norte-americano, até porque o modelo adversarial é extremamente antagônico ao modelo dos países da *civil law* (inquisitorial), o que há é apenas uma inspiração (NARDELLI, 2015).

O *plea bargaining* permite que a pena seja imposta ao acusado sem o devido processo legal, dispensando o procedimento em juízo desde que haja sua conformidade. Já na colaboração premiada, não há o encerramento do processo com as colaborações feitas, necessitando, então, de todo o procedimento normal do processo a fim de se obter provas.

Nesse sentido, explicita Walter Fancaniello Maierovitch (1991, p. 209):

> Nossa jurisdição penal é sempre contenciosa, sendo vedada a exposição de pena sem o devido processo. Tal fato levou Ada Pelegrini Grinover a afirmar que, no nosso ordenamento jurídico, não há lugar para o *bargaining*.

Na visão do Estado Social, não se admite postura passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. De fato, o processo não é um jogo em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito (GRINOVER, 1999).

Diante disso, vê-se que não é verdade que estamos copiando o sistema americano do *plea-bargaining*. Este é um sistema, enquanto a colaboração premiada

é um instituto à disposição de autoridades policiais para garantir maior eficiência da investigação.

4 A DISTINÇÃO ENTRE A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS DEMAIS NEGÓCIOS PENAIS

A natureza da colaboração premiada é a de acordo. Entretanto, a colaboração se difere dos demais negócios penais (acordos em geral) presentes na legislação brasileira.

Enquanto os acordos em geral surgem para solucionar questões atinentes às mazelas do nosso sistema, o acordo de colaboração premiada surge para aumentar o viés repressivo ao enfrentamento das organizações criminosas. Isso porque a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, tendo, então, a finalidade de obter prova e não a de resolver processo.

Nesse sentido, é necessário deixar claro que uma coisa é a ampliação dos acordos que têm por trás uma preocupação do sistema de justiça criminal como um todo em virtude do sistema de justiça não dar conta de toda a criminalidade que a ele seja noticiada. Outra coisa é fazer um acordo de colaboração premiada para aliviar a figura do colaborador e chegar a todos os integrantes e à estrutura da organização criminosa.

Não se pode olvidar, entretanto, que o negócio processual penal está no movimento da valorização dos meios alternativos de solução de conflito. Como dito, a colaboração premiada não é e não poderia ser meio alternativo para solução do crime, mas sua lógica é decorrente da renovação ideológica das práticas jurídicas da contemporaneidade.

Dessa forma, a lógica entre os acordos em geral e a colaboração premiada é totalmente diferente. É certo que na colaboração premiada ninguém prevê acordo para resolver o problema do colaborador e sim para assegurar resposta repressiva mais eficiente à organização criminosa, razão pela qual o acordo com o colaborador tem uma feição peculiar.

O modelo consensual de justiça criminal surgiu com a finalidade de atender aos problemas do sistema penal e sobrecarga das instâncias estatais de repressão penal. Nesse contexto diacrônico, surgiu, em 1995, o primeiro passo oficial no sentido em questão: Lei nº 9.099, introduzindo a transação penal e a suspensão condicional do processo – mecanismos de negociação no processo penal (CAMPOS, 2012).

Já a colaboração premiada tem como finalidade superar dificuldades na coleta de provas e enfrentamento às organizações criminosas de maneira mais eficiente. O fato da criminalidade organizada estar mais sofisticada e com novas tecnologias fez surgir a necessidade de instrumentos também mais sofisticados para conseguir acompanhar a evolução do crime organizado e enfrentá-lo (DALLA; WUNDER, 2018).

A colaboração premiada tem como finalidade chegar a uma resposta penal para os crimes cometidos por organizações criminosas, além de tentar recuperar valores em caso de corrupção e lavagem de dinheiro. Assim, o instituto em questão é um instrumento de efetividade da resposta penal, oferecendo uma solução mais rápida. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016).

A transação penal e a suspensão condicional do processo são mecanismos aplicados apenas a infrações de menor potencial ofensivo, os quais representam, renúncia da renúncia pelo réu à defesa, a concretização antecipada do poder penal. Por outro lado, o instituto da colaboração premiada está pautado pelo incentivo à confissão do acusado, recebendo, em troca, algum benefício. A finalidade disso é facilitar a atividade persecutória estatal, distinguindo-se da barganha em razão da inerente incriminação de terceiros (VASCONCELLOS, 2014).

Assim, os mecanismos legitimados pela Lei 9.099/95 aderem ao conceito da justiça criminal negocial. Entretanto, veja-se que, enquanto esses mecanismos permitem a não ocorrência normal do processo para determinação da culpa por meio de produção de provas, o instituto da colaboração premiada não abre mão do devido processo legal, não podendo haver a supressão da produção probatória. A explicação

disso é pelo fato de tal instituto ter como finalidade a facilitação da persecução penal a partir da obtenção de elementos probatórios (VASCONCELLOS, 2017).

Madson Sousa mostra que a transação penal e a suspensão condicional do processo, mesmo possuindo caráter negocial, são direitos subjetivos dos réus, desde que presentes todos os pressupostos legais. Diferentemente desses institutos, a colaboração premiada é uma figura *sui generis*, pois tem como fundamento a disponibilização de meio de investigação a fim das autoridades obterem êxito na instrução criminal no que toca às atividades ligadas às organizações criminosas (SOUSA, 2013).

Ademais, acrescenta-se que, se partirmos da premissa de que a solução da criminalidade é condenar e que a prova testemunhal é o meio mais eficaz para isso, a colaboração premiada seria, então, o melhor método.

Sendo assim, vê-se que, por mais que a colaboração premiada tenha natureza de acordo, ela se difere em muitos pontos dos demais acordos existentes na legislação brasileira, apesar da universalidade dos fundamentos das composições extrajudiciais.

5 A FIGURA DO JUIZ NO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Primeiramente, cabe explicitar que, ao falar da atuação do magistrado no instituto da colaboração premiada, é necessário referir-se a dois momentos: o da homologação do acordo e o da sentença.

A Lei nº 12.850 de 2013 dispôs de maneira clara que o magistrado não participa das negociações entre as partes para a formalização do acordo de colaboração (art. 4º, §6º da Lei de Organizações Criminosas), ficando responsável pela homologação do acordo. O questionamento que surge é se, na fase da homologação, caberia ao juiz apenas um juízo perfunctório ou se poderia fazer um juízo de valor das cláusulas do acordo.

O art. 4º, §7º e §8º, da Lei nº 12.850 de 2013 explicita que o acordo será remetido ao juiz para verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou adequá-la ao caso concreto. A regularidade é conferir se os requisitos presentes na Lei nº 12.850 de 2013 foram respeitados e seguidos. Já em relação à legalidade, o magistrado deve verificar se as cláusulas não contradizem preceitos constitucionais ou leis vigentes. No que diz respeito à voluntariedade do colaborador, exige-se que a colaboração seja realizada de forma livre, sem coação física ou moral, não importando se a idéia parta do próprio colaborador ou de alguma autoridade. Ou seja, o requisito é a voluntariedade e não a espontaneidade. O colaborador tem que ter a intenção de abandonar o empreendimento criminoso, não importando o que o levou a colaborar (BITTENCOURT; BUSATO, 2014). Em qualquer caso, é facultado ao juiz ouvir o colaborador, sigilosamente, sempre na presença de seu defensor, em caso de dúvidas quanto à voluntariedade do colaborador no momento do acordo (art. 4º, §7º da Lei nº 12.850 de 2013).

Caso o magistrado entenda que a proposta não atendeu aos requisitos legais e, assim, não homologar o acordo, será possível, neste caso, a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal[1]. Entretanto, se a opção for pela adequação da proposta ao caso concreto, é necessário destacar que essa adequação estará limitada aos requisitos legais, não podendo o juízo adentrar em nenhuma questão relativa ao mérito do acordo. A adequação tem que ser em relação à forma e não ao conteúdo.

Na ideia de Valdez Pereira, compete ao magistrado observar os pressupostos formais do acordo, não se envolvendo com os atos investigatórios. Somente com o encerramento da colaboração e da apuração dos fatos é que poderá o juiz reconhecer os efeitos do instituto perante o colaborador, homologando os ajustes em relação ao conteúdo. Ademais, acrescenta que o fato de o magistrado possuir a função de

[1] Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

fiscalizador do acordo no que diz respeito ao atendimento de pressupostos legais e a observância aos direitos e garantias do colaborador dá-se para preservação da imparcialidade judicial (PEREIRA, 2016).

Conforme Filippetto e Rocha, o papel do magistrado no instituto da colaboração premiada é garantir os direitos fundamentais do acusado, permanecendo sempre distante dos atos probatórios e acusatórios (FILIPPETTO; ROCHA, 2017).

Decisões recentes de ministros do Supremo Tribunal Federal mostram qual seria o papel do juiz na homologação do acordo. O Ministro Teori Zavascki, na Petição (PET) 5.733/PR, o qual foi relator, decidiu que no ato de homologação do acordo não há exame de conteúdo dos depoimentos, os quais só serão apreciados pelo magistrado ao proferir a sentença, momento em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo.

Dessa mesma maneira, o Ministro Dias Toffoli, em seu voto no *Habeas Corpus* (HC) 127.483/PR, Pleno, defendeu que o juiz apenas examinará o mérito e a eficácia do acordo no momento da sentença. Ademais, deixou claro que a colaboração faz parte da fase preliminar investigatória, razão pela qual o juízo é, neste momento, preliminar e preambular, não podendo adentrar no mérito, sendo o ato homologatório de colaboração premiada simples fator de eficácia do acordo, limitando-se à pronúncia sobre sua regularidade, legalidade e voluntariedade. O HC 127.483/PR foi impetrado por Erton Medeiros Fonseca, diretor da Galvão Engenharia e um dos réus na operação Lava-Jato, contra ato do ministro Teori Zavascki que homologou o acordo de delação premiada de Alberto Youssef. A defesa de Erton Medeiros Fonseca sustentou ter direito a questionar o ato de homologação, pois seu envolvimento no inquérito resultou da colaboração premiada de Alberto Youssef. De acordo com a defesa, a homologação de acordo ilícito, por consequência, produz provas ilícitas, incidindo sobre sua liberdade de ir e vir. O Ministro Dias Toffoli destacou que a colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850/2013, é apenas meio de obtenção de prova, ou seja, é um instrumento para

colheita de documentos que, segundo o resultado de sua obtenção, poderão formar meio de prova.

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2017, julgou questão de ordem na PET 7.074 QO/DF visando definir os limites de atuação do ministro-relator na homologação de acordos de colaboração premiada celebrados com o Ministério Público. Em conjunto, estava sendo julgado recurso (agravo regimental) do governador de Mato Grosso do Sul, Reinaldo Azambuja, que questiona a distribuição da PET 7003, por prevenção, ao Inquérito (INQ) 4112, de relatoria do ministro Edson Fachin, decorrente da operação Lava-Jato. Em seu voto, o Ministro Fachin observou que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual entre o Ministério Público e o colaborador, e que a Lei nº 12.850/2013 veda a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes, se limitando unicamente a verificar os aspectos de voluntariedade do depoimento, além da legalidade e regularidade dos termos do acordo.

De acordo com Fredie Didier, o negócio processual é ato voluntário, conferindo ao sujeito o poder de estabelecer certas situações jurídicas processuais dentro dos limites que a lei estabelecer (DIDIER, 2015). A própria Lei nº 12.850, de 2013, previu a possibilidade do acordo, entrando, então, a vontade das partes no mundo jurídico e permitindo a modificação, extinção ou criação de situações jurídicas processuais desde que o colaborador forneça informações que ajudem na investigação.

Sendo um negócio jurídico firmado entre a acusação e o colaborador, não pode o juiz emitir juízo de valor sobre o mérito do acordo. Nesse momento, ao juiz cabe homologar o acordo e não valorar as provas. A valoração de provas só ocorrerá no momento da sentença, momento em que as declarações prestadas serão valoradas em face das demais provas produzidas no processo. Quanto à conveniência e oportunidade da colaboração premiada, o juízo de valoração pertence ao Ministério Público, pois é quem deve deliberar, juntamente com o defensor e o investigado, sobre os termos do acordo (BITTENCOURT; BUSATO, 2014). Durante a

negociação, o colaborador dá informações que podem contribuir para a persecução penal e é conforme a potencial contribuição do colaborador que o Ministério valorará o prêmio. O juiz apenas avaliará os resultados obtidos e objetivos pretendidos, concedendo os prêmios na exata medida do que foi pactuado.

Também na Questão de Ordem na PET 7.074 QO/DF, o Ministro Celso de Mello explicitou que, ao proceder à homologação do acordo, essencialmente fundado no consenso das partes envolvidas, o magistrado exerce típica atividade de caráter jurisdicional, pois imprime a mencionado ajuste a própria autoridade de que se acha investido.

Até porque se fosse permitido ao magistrado valorar a colaboração quando da homologação, ele acabaria fugindo do papel que deve exercer na fase de homologação, que é de juiz garantidor, para assumir um papel de produtor de elementos de informação, ferindo o modelo acusatório, vindo, inclusive, a não observar a separação dos poderes, sendo provável caracterização de ativismo judicial (SOUZA, 2016). Não deve ser permitido que o órgão que irá julgar o indivíduo inicie ou participe da investigação à luz do princípio da imparcialidade inerente à função do juiz (TOURINHO FILHO, 2010).

Diante disso, é necessário tomar cuidado com possíveis avaliações de mérito, pois somente no momento da sentença é que o julgador apreciará o conteúdo dos termos do acordo homologado, conforme previsão do artigo 4º, §11, da Lei nº 12.850 de 2013. Na fase de homologação não há juízo de valor sobre as declarações prestadas pelo colaborador, sendo o ato homologatório simples fator de eficácia do acordo (OROSO, 2017).

Na ocasião da sentença, o magistrado irá examinar a eficácia dos termos do acordo homologado. Além da eficácia da colaboração, o juiz também tem que levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso (art. 4º, §1º da Lei de Organizações Criminosas).

Ao juiz cabe analisar se o colaborador cumpriu ou não com o que fora acordado. Caso tenha cumprido e tendo a colaboração sido efetiva, o juiz deve se vincular ao benefício proposto. No entanto, caso não tenha cumprido os termos do acordo, o magistrado não fica vinculado ao benefício, mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual negou a concessão do prêmio ao acusado (MENDONÇA, 2013).

Essa questão chegou até o Supremo Tribunal Federal com o HC 127.483/PR, já anteriormente citado, que teve como relator o Ministro Dias Toffoli. De acordo com voto do relator, se o acordo de colaboração é válido, existente e eficaz, a aplicação do prêmio dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, bem como da veracidade do conteúdo documental. Caso a colaboração seja efetiva, surge, então, um direito subjetivo do colaborador às sanções premiadas estabelecidas no acordo. O Ministro defendeu que, em razão de princípios como o da segurança jurídica e o da proteção da confiança, o Estado deve honrar com o compromisso assumido no acordo, devendo o juiz se vincular ao acordo caso o colaborador cumpra com suas obrigações. No entanto, se a colaboração não se mostrar efetiva, haverá ocorrido, então, o inadimplemento do acordo, tendo como consequência a não aplicação da sanção premial.

Também nesse sentido está o julgamento conjunto do STF que resolveu questão de ordem e negou provimento a agravo regimental em petição em que se discutiam, respectivamente, os limites da atuação do relator em homologação de colaboração premiada e a distribuição ao Ministro Edson Fachin (relator), por prevenção, da Pet 7.003/DF, em razão do Inq 4.112/DF, cujo objeto são fatos relacionados à operação Lava Jato. A questão de ordem foi suscitada pelo relator tendo em conta petição ajuizada pelo governador do Estado de Mato Grosso do Sul e recebida como agravo regimental. Na petição, o governador pretendia o reconhecimento da inexistência de conexão entre os fatos e condutas a ele imputados na Pet 7.003/DF, bem como aqueles apurados no Inq. 4.112/DF, e a consequente determinação da livre distribuição do feito.

O Plenário salientou que o direito subjetivo do colaborador nasce no momento em que ele cumpre seus deveres. Estes são "*condictio sine qua non*" para que o colaborador possa fruir desses direitos. Sendo assim, o acordo homologado gera vinculação condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico.

As legislações internacionais ressaltam a necessidade do julgador se vincular ao acordo homologado em virtude da importância de se ter segurança jurídica e previsibilidade aos acordos e seus resultados. Havendo cumprimento de cláusulas e a efetiva colaboração, surge um direito subjetivo do delator ao prêmio (VASCONCELLOS, 2017).

O acordo, ao ser homologado, deve vincular sim o juiz, que acaba por assumir um compromisso em nome do Estado. Apesar do Ministério Público ser o responsável por celebrar os acordos, os termos do acordo devem ser seguidos e o colaborador não pode ficar desamparado, garantindo estabilidade nas relações entre Estado e particular. Assim, tendo o colaborador cumprido com seu ônus, o ente estatal, representado pela figura do julgador, se vincula aos termos do acordo. Essa segurança jurídica é necessária para que indivíduos continuem fazendo acordos de colaboração, permitindo uma maior efetividade ao instituto da colaboração premiada.

Cabe lembrar que, em razão da colaboração premiada ser meio de obtenção de prova, o magistrado deve se atentar sempre às demais provas do processo, pois uma sentença condenatória nunca poderá se fundamentar apenas nas declarações prestadas no acordo pelo colaborador. Assim, o magistrado deverá analisar as demais provas para verificar se o depoimento do colaborador é condizente aos fatos. A colaboração premiada, por ser meio de obtenção de prova, leva à produção de prova, a ser submetida ao contraditório para produzir efeitos (FILIPPETO; ROCHA, 2017).

Assim, torna-se necessário que outras provas confirmem as informações prestadas pelo colaborador para que o acordo tenha eficácia, evitando que os colaboradores ludibriem o sistema de justiça para se privilegiar dos possíveis benefícios (ERBELLA; SANCHEZ, 2017).

6 QUESTÕES ATINENTES AO PAPEL DESEMPENHADO PELO JUIZ NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Após trazer as análises doutrinárias e o entendimento conclusivo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por ter apreciado o instituto da colaboração premiada no exercício de competência originária dos órgãos extrajudiciais, cabe, na sequência, explicitar a justificação teórica para a perspectiva da não participação do magistrado nos acordos de colaboração e da sua vinculação aos termos do acordo.

Primeiramente, quanto a não participação do magistrado nos acordos de colaboração, é certo que, de fato, o magistrado não deve intervir no mérito do acordo, devendo apenas se atentar aos aspectos formais (juízo de admissibilidade). O acordo deve acontecer no interesse das partes, quais sejam: Ministério Púbico e o colaborador. A exclusão do juiz das tratativas dos acordos é correta e necessária para manutenção de sua imparcialidade. O julgamento por juiz imparcial é garantia de todo indivíduo.

A Constituição da República adotou o sistema acusatório, cujas funções são nitidamente separadas, de julgar, acusar e defender, ao consagrar os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, do promotor natural e da publicidade (PRADO, 2005). A atuação do juiz criminal é limitada aos comandos do princípio acusatório, o qual lhe impõe a reserva da função jurisdicional e impede que ele exerça atividades típicas das partes, dentre as quais se inclui a proposição do material probatório. A imparcialidade para julgar advém da ausência de interesse na causa, ainda que na fase de investigação (FILIPPETO; ROCHA, 2017). A conformação do processo penal brasileiro aos postulados do sistema acusatório é

ideal assumido por todos aqueles que propugnam pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais no âmbito criminal.

Durante a fase de investigação, na qual estão as colaborações premiadas, o juiz criminal deve preservar os direitos e garantias do investigado e nunca assumir o papel de investigador, sendo vedado ao juiz intervir nos autos das investigações para formação do seu convencimento (GARCIA, 2014). O juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares durante a investigação (GRINOVER, 1999), devendo manter-se distante das funções probatórias e acusatórias, uma vez que a iniciativa probante é da acusação (FILIPPETTO; ROCHA, 2017).

O sistema constitucional brasileiro destinou duas instituições para obter a prova necessária para desconstituir a presunção constitucional de inocência: o Ministério Público e a Polícia Judiciária. São estes órgãos estatais que têm a função constitucional de fazê-lo, para, se for o caso, levar o juiz a prolatar uma sentença condenatória. E são esses órgãos que a Lei 12.850, de 2013, permite que façam as negociações para a formalização do acordo de colaboração premiada. Não deve ser permitido que o órgão que irá julgar o indivíduo participe da investigação contra o mesmo à luz do princípio da imparcialidade inerente à função do juiz. A formação legítima da culpa depende da imparcialidade do juiz. Sua tarefa precípua, decidir a causa, é fruto de consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante (PRADO, 2005).

Caso o magistrado participasse do acordo, além de ferir o princípio da imparcialidade, haveria o risco de se ter um juiz ativista, detentor de competências que não lhe são dadas pela Constituição (TASSIRANI, 2013). O juiz, como condição de se manter imparcial, deve ser excluído das tratativas do acordo, como bem destacou o legislador na Lei 12.850, de 2013. Sendo assim, o juiz deve ser garantidor dos direitos fundamentais do colaborador, verificando a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo, não podendo interagir nas negociações, até

porque haveria uma grave violação ao sistema acusatório e um risco do juiz deixar de ser imparcial.

Assim, vê-se que o juiz não participa do acordo, pois a aferição na homologação não implica participar do acordo. A homologação é a forma do juiz ser o salva guarda de direitos e garantias fundamentais do investigado, papel que deve desempenhar durante a fase de investigação, momento em que ocorre a maioria das colaborações premiadas. O juiz é instância de garantia.

A homologação do acordo é papel do juiz por ser ele o mais apropriado para analisar a legalidade das cláusulas, já que é responsável por presidir a produção probatória, sendo, pelo menos em teoria, o mais apto a verificar a eficácia da medida (FILIPPETO; ROCHA, 2017).

Já em relação à vinculação do magistrado aos termos do acordo, é necessário abordar alguns pontos.

Durante o momento da sentença, o juiz analisa o acordo de colaboração e as demais provas juntadas no meio do processo. Após esta análise, tendo o colaborador cumprido com os compromissos assumidos no acordo, passa a ter direito subjetivo ao prêmio, não cabendo discricionariedade do juiz em conceder ou não o benefício. Assim, se a colaboração for utilizada, ao reforço investigativo agrega-se o benefício (PEREIRA, 2016).

Nessa perspectiva, é cabível discordar da opinião de Afrânio Jardim:

> O acordo de cooperação premiada, que tem a natureza de negócio jurídico processual, não pode especificar qual dos quatro prêmios o juiz terá de aplicar na sua futura sentença condenatória. Vale dizer, privilegiar um prêmio e excluir os outros, vedando que o magistrado possa fazer a individualização da pena, que é um preceito constitucional. Este nosso entendimento, permite que, diante do prêmio aplicado pelo juiz, o Ministério Público e/ou réu possam apelar, levando o tema a um salutar controle pelo duplo grau de jurisdição. (JARDIM, 2016, p. 37).

Apesar de a ideia acima ser compreensível, ela não deve prevalece, pois o direito não pode ser entendido apenas como norma ao ponto de se tornar um sistema

fechado. É preciso que haja um sistema com soluções práticas, atendendo aos anseios sociais do momento. Princípios e garantias devem ser flexibilizados a fim de proporcionar um maior eficientismo penal. Assim, é necessário que haja uma adequação ao crime praticado por nova metodologia, permitindo que se flexibilize alguns direitos fundamentais, no caso, a individualização da pena.

A não vinculação do juiz ao acordo traria, certamente, descrédito ao instituto da colaboração premiada. Será que o indivíduo faria o acordo se não fosse certo o direito ao prêmio? Dificilmente optaria por fazê-lo, visto que não seria benfazejo dar informações e não possuir certeza de que receberá frutos em troca. Por consequência, a colaboração premiada não seria um instrumento tão utilizado e eficaz como é atualmente, pois o que garante a eficácia da colaboração é a concessão do prêmio.

Ademais, a não vinculação prejudicaria o princípio da segurança jurídica, princípio presente no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXVI ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"). Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas devem perdurar (SILVA, 2016). Ao fazer o acordo, o colaborador acredita que as cláusulas serão cumpridas e, assim, cumprindo com suas obrigações do acordo, o benefício prometido será concedido. Essa expectativa do colaborador deve ser concretizada, até para que os negócios jurídicos se realizem. Dessa forma, o Estado deve manter a segurança jurídica, propiciando ao colaborador o direito ao prêmio em caso de cumprimento de todas as obrigações acordadas.

Além disso, como já explicitado, a colaboração premiada é um negócio jurídico processual realizado entre o colaborador e o Ministério Público, tendo seus limites e possíveis situações jurídicas estabelecidos pela própria Lei nº 12.850, de 2013. Dessa forma, o juiz não pode escolher as conseqüências jurídicas de um acordo que foi realizado entre outros sujeitos, ficando responsável pela análise dos requisitos de validade, existência e eficácia do negócio, levando em conta os limites

impostos pela Lei de Organizações Criminosas (OROSO, 2017). Como já mencionado, ao juiz caberá apenas avaliar os resultados obtidos e os objetivos pretendidos, concedendo o prêmio na medida do que foi pactuado e na proporção entre o grau de cooperação do agente e o quantum de prêmio a receber.

Assim, homologado o acordo e tendo as informações prestadas pelo colaborador sido eficazes para investigação, o magistrado se vinculará aos termos do acordo, respeitando o princípio da segurança jurídica e evitando qualquer surpresa às partes. Os participantes do acordo, o colaborador e o Ministério Público, não podem ser surpreendidos com mudanças nos termos que acordaram anteriormente, devendo o acordo celebrado ser respeitado (MACEDO, 2016).

Diante do que foi abordado, vê-se que, de fato, o magistrado deve se vincular aos acordos de colaboração.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou o instituto da colaboração premiada no sistema processual brasileiro, além de tratar, especificamente, da figura do juiz criminal brasileiro no instituto. A questão desenvolvida disse respeito aos limites da atuação jurisdicional em acordos de delação premiada, nos termos da Lei nº 12.850, de 2013. Ficou demonstrado que a competência negocial é, de fato, do ministerial, restando, ao juízo, apenas, análise de admissibilidade quanto aos requisitos legais e principiológicos do instituto em questão, sob pena de violar ontologia normativa referente à inércia da jurisdição e imparcialidade, praticando conduta ativista.

O juiz criminal brasileiro terá um papel diferente quando o assunto for organização criminosa. Ele vai ter diante de si o dilema de resposta de efetividade ao enfrentamento ao crime organizado e, ao mesmo tempo, a necessária equidistância quando estiver apreciando os acordos de colaboração, seja para homologá-los, seja para sentenciá-los.

Vê-se que o juiz tem balizas a seguir, como quando o Ministério Público deixa de oferecer a ação penal e o juiz arquiva, Ministério Público pede os favores e o juiz aplica os benefícios. As balizas são claras.

O foco que caracteriza a hipótese de pesquisa restou evidenciado que o contexto do objeto de pesquisa levou em consideração demandas advindas de organismos internacionais, tendo a República brasileira se sentido compelida a ter que legislar sobre o assunto, o que fez com que assumisse compromissos na implementação de políticas, ações e projetos para eficaz combate às organizações criminosas. Esse conjunto de ocorrências convergiu para a edição da Lei nº 12.850, de 2013.

A atuação jurisdicional nos acordos de colaboração premiada estará presente em dois momentos: da homologação e da sentença. Dessa forma, cabe ao magistrado, *ab initio*, a já citada análise de admissão, verificando apenas os pressupostos formais, não adentrando no mérito do acordo em razão da necessária imparcialidade do juiz. Já no momento da sentença, o julgador deve analisar o acordo e as demais provas juntadas no meio do processo, já que uma sentença condenatória nunca poderá se fundamentar apenas nas declarações prestadas pelo colaborador.

Assim, tendo o colaborador cumprido com os compromissos assumidos, o magistrado vincula-se aos termos do acordo, passando o colaborador a ter direito subjetivo ao prêmio, não cabendo discricionariedade ao juiz. Isso para garantir a segurança jurídica, necessária para que indivíduos continuem fazendo acordos de colaboração, permitindo uma maior efetividade ao instituto da colaboração premiada.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. **IBBCRIM:** Tribuna Virtual, São Paulo, v. 1, p. 54-72, abr. 2013. Disponível em:

<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito-Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna>. Acesso em: 10 maio 2018.

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

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC n.° 127.483/ PR**. Tribunal Pleno. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC n.° 94.034-0/ SP**. Primeira Turma. Paciente: Edmilson Buchivieser. Impetrante: Marcos Rogério Félix de Oliveira. Relator (a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546065>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. **Petição 5.733/ PR**. Tribunal Pleno. Requerente: Fernando Antônio Falcão Soares. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 23 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307808669&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. **Petição 7.074/ DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Reinaldo Azambuja Silva. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 de junho de 2017. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/voto-fachin-questao-de-ordem-JBS.pdf>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário 1.093.553: *RE 1093553 RG / RS*. Relator : Ministro Luiz Fux. DJ: 29/03/2018. 2018. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314052352&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2018.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custus Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 1-26, 2012. Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

DALLAGNOL, Deltan. As luzes da delação premiada: a colaboração do delator oferece ao investigador a oportunidade de iluminar o labirinto da corrupção e descobrir os melhores caminhos para desvendá-lo. **Revista Época**, Rio de Janeiro, 4 jul. 2015. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>. Acesso em: 3 jul. 2018.

DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. **Revista Eletrônica de Direito Processual:** REDP, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 107-144, jan./abr. 2018.

DIAS, Maria Tereza; GUSTIN, Miracy B. S. **Repensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie, **Curso de direito processual civil**, 17. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. v. 1.

ERBELLA, Iago Oberlander; SANCHEZ, Claudio José Palma. A colaboração premiada na Lei nº 12.850, de 2013: Inovações trazidas pelo dispositivo e análise acerca da constitucionalidade do instituto. **ETIC:** Encontro de Iniciação Científica, São Paulo, v. 13, n. 13, 2017.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. **Colaboração premiada:** contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal**. 2014. 208 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/publico/ALESSANDRA_DIAS_GARCIA_DISSERTACAO_O_JUIZ_DAS_GARANTIAS.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 71-79, jul./set. 1999. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/busca/?tipo=&titulo=A+iniciativa+instrut%F3ria+do+juiz+n o+processo+penal+acusat%F3rio+&autor=ada&conteudo=>. Acesso em: 16 mar. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). **Delação premiada**:

estudos em homenagem do Ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=707261>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MACEDO, Matteus Beresa de Paula. Delação premiada e direito ao benefício. **Sala de Aula Criminal**, Curitiba, 28 abr. 2016. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/delacao-premiada-e-direito-ao-beneficio>. Acesso em: 27 maio 2018.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Apontamentos sobre política criminal e a "plea bargaining". **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 112, p. 203-210, out./dez. 1991.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850, de 2013). **Revista Custos Legis**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 1-38, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 5 maio 2018.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 331-365, 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>. Acesso em: 3 maio 2018.

OROSO, Catharina Peçanha Martins. **Negócios jurídicos processuais no processo penal**. 2017. 134 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada:** legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PINTO, Ronaldo Batista. Colaboração premiada é arma de combate ao crime. **Consultor Jurídico**, São Paulo, v. 2, 2 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-02/ronaldo-pinto-lei-12850-regulamenta-colaboracao-premiada>. Acesso em: 25 mai. 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUSA, Madson Thomaz Prazeres. **A delação premiada e a falência do Estado na investigação criminal:** uma análise através do garantismo penal. 2013. 22 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, Bahia, 2013. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/a_delacao_premiada_e_a_falencia_do_estado_na_investigacao_criminal._uma_analise_atraves_do_garantismo_penal._-_madson_thomaz_0.pdf >. Acesso em: 25 maio 2018.

SOUZA, Mariana Mei de. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 376-395. 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1 e 2.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito:** direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. 60 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Ciências Criminais

O PAPEL DO JUIZ CRIMINAL NOS ACORDOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE A PARTIR DA LEI Nº 12.850 DE 2013

Mariana Bonjour Machado

RESUMO

O instituto da colaboração premiada no Brasil veio colocar em questionamento quais os papéis atribuídos ao juiz no modelo acusatório de processo penal brasileiro. O artigo visa analisar o instituto da colaboração premiada, especialmente no que diz respeito à figura do magistrado nos acordos de colaboração. Antes disso, busca-se mostrar que a inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro foi devido a um clamor internacional em adotar novos mecanismos para enfrentar as organizações criminosas, além de explicar que a colaboração não é a tradução do *plea-bargaining* americano, mostrando suas distinções. O tema passou a ser foco de discussões políticas e jurídicas, sensível à comunidade acadêmica, em face da novel norma disciplinadora do objeto sob exame, por meio da Lei 12.850/2013, não deixando de lado a atuação dos profissionais do Direito. Nesse contexto, buscou-se pesquisar o papel do magistrado nos acordos de colaboração premiada, mostrando sua atuação na fase de homologação do acordo e na fase de sentença, analisando, em seguida, se o papel do juiz nos acordos de colaboração premiada respeita o que se espera do juiz no modelo acusatório. Quanto à metodologia, o artigo utiliza revisão bibliográfica e análise documental de julgados do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Organizações criminosas. Eficientismo penal. Colaboração premiada. Papel do juiz. Acordos penais.

1 INTRODUÇÃO

A proliferação da criminalidade no tecido social e a propalada "sensação de impunidade" levaram não apenas a população leiga, mas também os operadores do direito a pleitearem instrumentos de refinamento do aparato persecutório.

Observa-se estarem as organizações criminosas cada vez mais aparelhadas nos segmentos de narcotráfico de drogas ilícitas, extorsão e roubo a cargas, crimes contra a Administração Pública, aos sistemas tributário e financeiro, bem como ao sistema político, todos envolvendo lavagem de dinheiro.

As causas do mau funcionamento dos instrumentos probatórios tradicionais estão normalmente ligadas a algumas das características das organizações criminosas. São algumas delas: profissionalização do crime, dinamismo da corrupção organizada, utilização de meios tecnológicos avançados, caráter transnacional, acesso a informações privilegiadas dos entes públicos, sofisticação estrutural (SILVA, 2017). Por possuir caráter multiforme, o crime organizado teve repercussão no processo penal. Afigura-se necessária a formulação de novas estratégias para obtenção de prova, já que os instrumentos processuais tradicionais não vêm sendo suficientes.

É nesse contexto que surge a demanda por instrumentos diferentes dos já existentes para enfrentamento do problema supracitado. Não adianta mais chegar com as respostas tradicionais, pois o crime segue o caminho da inovação, o que induz pensamento estratégico diferente a fim de constituir instrumentos eficazes para enfrentamento da criminalidade organizada. O Brasil precisou criar instrumentos de combate às organizações criminosas. Essa necessidade está, além da utilidade prática do dia a dia, no fato do Brasil ter se obrigado no plano internacional a sofisticar o instrumental persecutório para enfrentamento de organizações criminosas ao ter inserido no ordenamento jurídico a Convenção de Palermo por meio do Decreto-Lei nº 5.015, de 2004.

Assim, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, aprimorou e detalhou no ordenamento brasileiro a colaboração premiada. A colaboração premiada se insere como uma lógica de reforço e aprimoramento das técnicas investigativas, já que os instrumentos de

investigação tradicionais não se mostraram suficientes para enfrentar o crime organizado (PEREIRA, 2016).

Embora a colaboração premiada não seja um instituto previsto apenas na Lei nº 12.850/2013, tem mostrado sua eficiência no enfrentamento das organizações criminosas. Uma prova disso é a Operação Lava-Jato, que vem obtendo êxito em suas investigações devido aos acordos de colaboração premiada. De acordo com o coordenador da força-tarefa da Operação Lava-Jato, Deltan Dallagnol, a colaboração premiada é um instrumento importante que otimiza o emprego de recursos públicos e direciona-os para diligências específicas com maior probabilidade de êxito. Os diversos acordos de colaboração realizados na Lava-Jato permitiram o ressarcimento de uma grande quantidade de dinheiro aos cofres públicos e a responsabilização de um grande número de pessoas (DALLAGNOL, 2015).

A Lei nº 12.850, de 2013, buscou tratar de um assunto que não faz parte da regulamentação tradicional do Direito Penal brasileiro, de modo a expandir o direito penal para tipificar a organização criminosa (FILIPPETO; ROCHA, 2017). A colaboração premiada não é da tradição jurídica brasileira. Não é que não se pode premiar aquele que auxilia a persecução penal, mas o que não é da nossa tradição é o acordo.

O tema proposto é um dos mais crescentes no mundo jurídico atual e passou a ser foco de discussões políticas e jurídicas. Nesta expansão, não deixou de lado a atuação dos profissionais do direito, dentre estes profissionais buscou-se pesquisar o papel do magistrado nos acordos de colaboração premiada. Dessa forma, o ponto central do estudo será apresentado a partir da análise da figura do juiz criminal no instituto da colaboração premiada.

O objetivo do presente estudo, além de explicitar algumas premissas do instituto em questão, é analisar a inserção do juiz criminal na aplicabilidade concreta do objeto sob exame, tendo com parâmetro a Constituição Federal, seguida da verificação de compatibilidade com o Código de Processo Penal, sem olvidar a

importância da jurisdição penal como última instância de garantia dos direitos subjetivos e da efetividade da ordem jurídica.

A problematização do presente trabalho é descrever a atuação do magistrado nos acordos de colaboração, analisando se o papel designado ao juiz na colaboração premiada é compatível com o desenho tradicional que se tem do juiz brasileiro.

Tendo como premissa princípios diretamente condicionantes do exercício da jurisdição, por exemplo, da inércia, da imparcialidade (equidistância), da separação dos poderes republicanos, é legítimo ao juiz natural ponderar, por atos de ingerência, a respeito do mérito dos termos do acordo premiado?

A hipótese sugere resposta negativa, a qual induz outra questão: quais os motivos determinantes à necessária vinculação do magistrado quanto aos termos da delação contida na Lei nº 12.850, de 2013? A supracitada fundamentação será percebida, em seu referencial teórico, à luz da compreensão dos paradigmas do eficientismo penal.

No tocante à metodologia, ressalta-se que foi utilizada a revisão bibliográfica e análise documental de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). Os julgados utilizados são exclusivamente do STF pelo fato da Suprema Corte ter entendimento conclusivo sobre o tema e por ter apreciado o instituto da colaboração premiada no exercício de competência originária. O tipo de investigação do presente artigo é do tipo jurídico-compreensivo por haver a decomposição de um problema jurídico de acordo com suas vertentes (DIAS; GUSTIN, 2010). Do ponto de vista da sua natureza, a pesquisa será aplicada, pois pretende instituir argumentos que sustentem a hipótese da necessidade de imputação plenamente vinculada ao juízo de admissibilidade quanto aos termos da colaboração premiada negociada pelos órgãos de acusação e de investigação, restando, assim, ao Judiciário, apenas, a verificação dos requisitos formais de existência, validade e eficácia do objeto sob exame, salvo flagrante violação da lei. O referido conjunto argumentativo conterá ideias a serem compartilhadas por outros pesquisadores, pela doutrina e pela jurisprudência.

No primeiro momento do trabalho será demonstrada a inserção do instituto da colaboração premiada no sistema processual brasileiro, mostrando que a expansão do crime organizado fez com que o assunto se tornasse uma preocupação internacional. Em virtude disso, o crime transnacional foi objeto de Convenção das Nações Unidas, a Convenção de Palermo, que teve o intuito de promover a cooperação dos países para enfrentamento das organizações criminosas. Diante disso, o Brasil se sentiu compelido a ter que combater de forma mais eficiente o crime organizado e, assim, legislou a Lei nº 12.850, de 2013, que aprimorou o instituto da colaboração premiada.

Logo depois, mostrar-se-á que a colaboração premiada é conseqüência de um processo de expansão da justiça consensual nos países da *civil law*. Apesar da influência norte-americana, será demonstrado que a colaboração não é uma importação do *plea-bargaining* norte-americano, explicitando suas diferenças. Enquanto a colaboração é um instituto, o *plea-bargaining* é um sistema.

Em seguida, será demonstrado que, por mais que a colaboração premiada tenha natureza de acordo, ela possui algumas diferenças dos demais acordos presentes na legislação brasileira.

Por fim, será explicitada a figura desempenhada pelo juiz no instituto da colaboração premiada, mostrando sua atuação na fase de homologação do acordo e na fase de sentença, analisando, em seguida, se papel do juiz nos acordos de colaboração premiada respeita o que se espera do juiz no modelo acusatório.

2 A INSERÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Vive-se em um mundo globalizado, onde pessoas estão cada vez mais próximas em virtude dos meios de comunicação e das tecnologias avançadas. Entretanto, com essa aproximação, surge também a expansão do crime organizado.

O crime organizado transnacional foi um dos maiores beneficiadores da globalização, tendo se tornado uma ameaça à segurança de sistemas internacionais (SANDRONI, 2007).

A insegurança faz com que a sociedade exija do Estado maior intervenção sob vários ângulos: político, econômico, jurídico, etc. Nesse contexto, há, então, conjuntura para expansão do Direito Penal, pois este ramo do Direito é visto como único mecanismo de intervenção apto a diminuir os riscos da ameaça referenciada (ANTUNES, 2013).

Jesús-Maria Silva Sánchez mostra que a insegurança converte-se em pretensão social, a qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta. Diante da demanda por uma ampliação da proteção penal, as garantias do Estado de Direito devem ser flexibilizadas e não rígidas (SILVA SANCHEZ, 2002).

Ainda, de acordo com Silva Sanchez (2002, p. 81):

> O objeto do Direito Penal da globalização é eminentemente prático. Trata-se de proporcionar uma reforma uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinquência transnacional que evite a conformação de "paraísos-jurídicos-penais".

Assim, sendo uma preocupação de diversos países, o crime transnacional foi objeto de Convenção das Nações Unidas. A Convenção de Palermo, como ficou conhecida, foi assinada por mais de 125 países, dentre eles o Brasil, com o intuito de promover a cooperação para combater o crime organizado de maneira eficaz, tendo recomendado a adoção de novos mecanismos para estimular a colaboração de integrantes de organizações criminosas com a justiça penal.

A Convenção de Palermo, principal instrumento normativo global de enfrentamento das organizações criminosas, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto-Lei nº 5.015, de 2004.

De acordo com Marcelo Varella, organizações internacionais que possuem poder de cogência maior, como a Organização das Nações Unidas (ONU), induzem

países a adotar soluções comuns mais pelo convencimento dos atores internos do que pelo medo de sanções. Isso se dá em razão dos países entenderem o conteúdo correto a ser adotado (VARELLA, 2013).

E foi atendendo aos anseios da Convenção de Palermo e do cenário internacional sobre o tema que o Brasil se sentiu compelido a ter que legislar sobre o assunto, surgindo, assim, a Lei nº 12.850, de 2013, dispondo sobre investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal, além de aperfeiçoar o instituto da colaboração premiada.

A colaboração premiada foi o que mais chamou atenção na nova lei. Apesar de estar prevista em outras leis, como a Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº 9.807, de 1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), a Lei nº 11.343, de 2006 (Lei de Drogas) e a Lei nº 12.683, de 2012 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), foi a partir da Lei nº 12.850, de 2013 (Lei de Organizações Criminosas) que o instituto da colaboração premiada se destacou.

Para fins deste trabalho, o termo colaboração premiada será tratado exclusivamente como instituto delimitado na Lei nº 12.850, reservando a expressão delação premiada como sentido mais amplo para todas as conformações dadas ao direito premial naquelas situações em que o investigado colabora com a persecução penal previstas nas leis acima expostas.

Tal notoriedade se deve pelo fato de a Lei nº 12.850 de 2013 possuir regras específicas e detalhadas em relação ao instituto da colaboração premiada. Como visto, a colaboração premiada já possuía anteriores previsões legais, mas não de forma tão detalhada e aprimorada como na Lei nº 12.850, de 2013 (PINTO, 2013).

A Lei nº 12.850 aperfeiçoou o instituto da colaboração premiada, o que não deixa de significar uma expansão do Direito Penal (FILIPPETTO; ROCHA, 2017). Isso porque, sem dúvida, existia uma dificuldade de utilizar os institutos tradicionais para combater uma criminalidade mais moderna e globalizada, sendo necessárias algumas adaptações às novas circunstâncias. O desenvolvimento tecnológico das

organizações criminosas clamou por instrumentos processuais mais eficientes. Esses instrumentos não suprem garantias do Estado de Direito e sim as compatibilizam à nova realidade da criminalidade organizada (SILVA, 2017).

Antônio Suxberger e Gomes Filho mostram que a expansão do Direito Penal é fato irreversível e dependente de novos instrumentos de solução jurídica dos problemas penais, tais como o negócio penal, que é o caso da colaboração premiada. Ademais, os autores indicam que a aproximação do Direito Penal negocial decorre da funcionalização do Direito Penal como projeção da internacionalização do Direito (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016).

A expansão do Direito Penal fez surgir o desafio de gerenciar os conflitos com o foco nas soluções mais eficientes e pragmáticas, como a delação e a barganha, sem implicar, necessariamente, o abandono da pena. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016).

Dessa forma, vê-se que a inserção da colaboração premiada é decorrente de reclame internacional, em especial da Convenção de Palermo, tendo sido positivada na Lei nº 12.850, de 2013, a fim de enfrentar as organizações criminosas de maneira mais eficaz.

3 A NÃO CORRESPONDÊNCIA AO *PLEA-BARGAINING*

Observa-se, como dito, a expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro. Apesar de não ser o foco do presente trabalho tratar especificamente de todas as justiças negociadas, é relevante entender esse movimento para compreensão ontológica da colaboração premiada.

Os mecanismos da justiça negociada foram introduzidos no processo penal brasileiro com o objetivo principal de deixá-lo mais célere e menos oneroso. A leitura da doutrina induz a ideia de que a celeridade não quer dizer somente rapidez, também, qualidade dos atos processuais. Nesse sentido, o elevado número de processos, as enormes formalidades e burocracias fizeram com que surgisse a

necessidade de adotar mecanismos negociais. Em razão disso, o processo penal acabou dando espaço para a justiça negociada.

Típica de países da *common law*, em especial dos Estados Unidos, a justiça consensual vem se expandindo nos ordenamentos jurídicos de países da *civil law*. Apesar da grande influência norte-americana, é importante observar que a justiça negocial não é a mesma nos Estados Unidos - *common law* - e nos países europeus e latinos americanos – *civil law*.

Dessa forma, é importante observar que a funcionalização explicada acima não é livre de riscos. Isso porque acabou tocando balizas e pilares culturais do nosso direito processual penal, fazendo com que os sistemas experimentassem um processo de desfragmentação. Por mais importante que seja haver um diálogo entre normas internacionais, deve-se levar em consideração que, em virtude de cultura, costumes e princípios distintos, nem todo sistema jurídico de um determinado país consegue ser introduzido em outro. O fato é que a colaboração não é uma importação dos sistemas de *plea-bargaining*, em verdade, a colaboração premiada e seu ingresso no direito brasileiro muito mais se assemelha ao processo de desfragmentação *civil law* e *commom law* do que uma "americanização" de procedimentos criminais de tradição do *civil law* (LANGER, 2004).

A desfragmentação indicada por Langer é caracterizada tanto pelas decisões de reformadores jurídicos quanto pelas diferenças estruturais existentes entre as linguagens acusatórias ou inquisitoriais. Os institutos consensuais europeus e latinos americanos não só diferem do modelo americano como divergem entre si, acarretando uma diversidade dentro do sistema da *civil law*.

O sistema inquisitorial, típico dos países da *civil law*, vê o processo penal como investigação feita por representantes do Estado em que se busca a verdade real. Sendo assim, o processo somente pode ser encerrado se não houver evidência de que tenha ocorrido um crime ou de que o réu o tenha praticado. Já no sistema adversarial, dos países da *commom law*, o processo penal é visto como disputa, sendo, então, permitido que as partes negociem uma solução.

Como bem explicita Langer, o modelo norte-americano dá liberdade para a acusação e defesa negociarem, diferentemente do modelo dos países da *civil law*, que restringe a negociação em virtude de características de suas legislações, no contexto de seus sistemas. Ademais, no sistema norte-americano há uma disputa entre a acusação e a defesa perante um juiz passivo, enquanto no sistema brasileiro o processo penal funciona como uma investigação oficial a fim de determinar a verdade. Nos Estados Unidos, a ampla negociação é admitida porque a acusação possui discricionariedade praticamente irrestrita quanto à persecução criminal (LANGER, 2004).

Visto isso, não há uma importação do modelo norte-americano, até porque o modelo adversarial é extremamente antagônico ao modelo dos países da *civil law* (inquisitorial), o que há é apenas uma inspiração (NARDELLI, 2015).

O *plea bargaining* permite que a pena seja imposta ao acusado sem o devido processo legal, dispensando o procedimento em juízo desde que haja sua conformidade. Já na colaboração premiada, não há o encerramento do processo com as colaborações feitas, necessitando, então, de todo o procedimento normal do processo a fim de se obter provas.

Nesse sentido, explicita Walter Fancaniello Maierovitch (1991, p. 209):

> Nossa jurisdição penal é sempre contenciosa, sendo vedada a exposição de pena sem o devido processo. Tal fato levou Ada Pelegrini Grinover a afirmar que, no nosso ordenamento jurídico, não há lugar para o *bargaining*.

Na visão do Estado Social, não se admite postura passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. De fato, o processo não é um jogo em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito (GRINOVER, 1999).

Diante disso, vê-se que não é verdade que estamos copiando o sistema americano do *plea-bargaining*. Este é um sistema, enquanto a colaboração premiada

é um instituto à disposição de autoridades policiais para garantir maior eficiência da investigação.

4 A DISTINÇÃO ENTRE A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS DEMAIS NEGÓCIOS PENAIS

A natureza da colaboração premiada é a de acordo. Entretanto, a colaboração se difere dos demais negócios penais (acordos em geral) presentes na legislação brasileira.

Enquanto os acordos em geral surgem para solucionar questões atinentes às mazelas do nosso sistema, o acordo de colaboração premiada surge para aumentar o viés repressivo ao enfrentamento das organizações criminosas. Isso porque a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, tendo, então, a finalidade de obter prova e não a de resolver processo.

Nesse sentido, é necessário deixar claro que uma coisa é a ampliação dos acordos que têm por trás uma preocupação do sistema de justiça criminal como um todo em virtude do sistema de justiça não dar conta de toda a criminalidade que a ele seja noticiada. Outra coisa é fazer um acordo de colaboração premiada para aliviar a figura do colaborador e chegar a todos os integrantes e à estrutura da organização criminosa.

Não se pode olvidar, entretanto, que o negócio processual penal está no movimento da valorização dos meios alternativos de solução de conflito. Como dito, a colaboração premiada não é e não poderia ser meio alternativo para solução do crime, mas sua lógica é decorrente da renovação ideológica das práticas jurídicas da contemporaneidade.

Dessa forma, a lógica entre os acordos em geral e a colaboração premiada é totalmente diferente. É certo que na colaboração premiada ninguém prevê acordo para resolver o problema do colaborador e sim para assegurar resposta repressiva mais eficiente à organização criminosa, razão pela qual o acordo com o colaborador tem uma feição peculiar.

O modelo consensual de justiça criminal surgiu com a finalidade de atender aos problemas do sistema penal e sobrecarga das instâncias estatais de repressão penal. Nesse contexto diacrônico, surgiu, em 1995, o primeiro passo oficial no sentido em questão: Lei nº 9.099, introduzindo a transação penal e a suspensão condicional do processo – mecanismos de negociação no processo penal (CAMPOS, 2012).

Já a colaboração premiada tem como finalidade superar dificuldades na coleta de provas e enfrentamento às organizações criminosas de maneira mais eficiente. O fato da criminalidade organizada estar mais sofisticada e com novas tecnologias fez surgir a necessidade de instrumentos também mais sofisticados para conseguir acompanhar a evolução do crime organizado e enfrentá-lo (DALLA; WUNDER, 2018).

A colaboração premiada tem como finalidade chegar a uma resposta penal para os crimes cometidos por organizações criminosas, além de tentar recuperar valores em caso de corrupção e lavagem de dinheiro. Assim, o instituto em questão é um instrumento de efetividade da resposta penal, oferecendo uma solução mais rápida. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016).

A transação penal e a suspensão condicional do processo são mecanismos aplicados apenas a infrações de menor potencial ofensivo, os quais representam, renúncia da renúncia pelo réu à defesa, a concretização antecipada do poder penal. Por outro lado, o instituto da colaboração premiada está pautado pelo incentivo à confissão do acusado, recebendo, em troca, algum benefício. A finalidade disso é facilitar a atividade persecutória estatal, distinguindo-se da barganha em razão da inerente incriminação de terceiros (VASCONCELLOS, 2014).

Assim, os mecanismos legitimados pela Lei 9.099/95 aderem ao conceito da justiça criminal negocial. Entretanto, veja-se que, enquanto esses mecanismos permitem a não ocorrência normal do processo para determinação da culpa por meio de produção de provas, o instituto da colaboração premiada não abre mão do devido processo legal, não podendo haver a supressão da produção probatória. A explicação

disso é pelo fato de tal instituto ter como finalidade a facilitação da persecução penal a partir da obtenção de elementos probatórios (VASCONCELLOS, 2017).

Madson Sousa mostra que a transação penal e a suspensão condicional do processo, mesmo possuindo caráter negocial, são direitos subjetivos dos réus, desde que presentes todos os pressupostos legais. Diferentemente desses institutos, a colaboração premiada é uma figura *sui generis*, pois tem como fundamento a disponibilização de meio de investigação a fim das autoridades obterem êxito na instrução criminal no que toca às atividades ligadas às organizações criminosas (SOUSA, 2013).

Ademais, acrescenta-se que, se partirmos da premissa de que a solução da criminalidade é condenar e que a prova testemunhal é o meio mais eficaz para isso, a colaboração premiada seria, então, o melhor método.

Sendo assim, vê-se que, por mais que a colaboração premiada tenha natureza de acordo, ela se difere em muitos pontos dos demais acordos existentes na legislação brasileira, apesar da universalidade dos fundamentos das composições extrajudiciais.

5 A FIGURA DO JUIZ NO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Primeiramente, cabe explicitar que, ao falar da atuação do magistrado no instituto da colaboração premiada, é necessário referir-se a dois momentos: o da homologação do acordo e o da sentença.

A Lei nº 12.850 de 2013 dispôs de maneira clara que o magistrado não participa das negociações entre as partes para a formalização do acordo de colaboração (art. 4º, §6º da Lei de Organizações Criminosas), ficando responsável pela homologação do acordo. O questionamento que surge é se, na fase da homologação, caberia ao juiz apenas um juízo perfunctório ou se poderia fazer um juízo de valor das cláusulas do acordo.

O art. 4º, §7º e §8º, da Lei nº 12.850 de 2013 explicita que o acordo será remetido ao juiz para verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou adequá-la ao caso concreto. A regularidade é conferir se os requisitos presentes na Lei nº 12.850 de 2013 foram respeitados e seguidos. Já em relação à legalidade, o magistrado deve verificar se as cláusulas não contradizem preceitos constitucionais ou leis vigentes. No que diz respeito à voluntariedade do colaborador, exige-se que a colaboração seja realizada de forma livre, sem coação física ou moral, não importando se a idéia parta do próprio colaborador ou de alguma autoridade. Ou seja, o requisito é a voluntariedade e não a espontaneidade. O colaborador tem que ter a intenção de abandonar o empreendimento criminoso, não importando o que o levou a colaborar (BITTENCOURT; BUSATO, 2014). Em qualquer caso, é facultado ao juiz ouvir o colaborador, sigilosamente, sempre na presença de seu defensor, em caso de dúvidas quanto à voluntariedade do colaborador no momento do acordo (art. 4º, §7º da Lei nº 12.850 de 2013).

Caso o magistrado entenda que a proposta não atendeu aos requisitos legais e, assim, não homologar o acordo, será possível, neste caso, a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal[1]. Entretanto, se a opção for pela adequação da proposta ao caso concreto, é necessário destacar que essa adequação estará limitada aos requisitos legais, não podendo o juízo adentrar em nenhuma questão relativa ao mérito do acordo. A adequação tem que ser em relação à forma e não ao conteúdo.

Na ideia de Valdez Pereira, compete ao magistrado observar os pressupostos formais do acordo, não se envolvendo com os atos investigatórios. Somente com o encerramento da colaboração e da apuração dos fatos é que poderá o juiz reconhecer os efeitos do instituto perante o colaborador, homologando os ajustes em relação ao conteúdo. Ademais, acrescenta que o fato de o magistrado possuir a função de

[1] Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

fiscalizador do acordo no que diz respeito ao atendimento de pressupostos legais e a observância aos direitos e garantias do colaborador dá-se para preservação da imparcialidade judicial (PEREIRA, 2016).

Conforme Filippetto e Rocha, o papel do magistrado no instituto da colaboração premiada é garantir os direitos fundamentais do acusado, permanecendo sempre distante dos atos probatórios e acusatórios (FILIPPETTO; ROCHA, 2017).

Decisões recentes de ministros do Supremo Tribunal Federal mostram qual seria o papel do juiz na homologação do acordo. O Ministro Teori Zavascki, na Petição (PET) 5.733/PR, o qual foi relator, decidiu que no ato de homologação do acordo não há exame de conteúdo dos depoimentos, os quais só serão apreciados pelo magistrado ao proferir a sentença, momento em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo.

Dessa mesma maneira, o Ministro Dias Toffoli, em seu voto no *Habeas Corpus* (HC) 127.483/PR, Pleno, defendeu que o juiz apenas examinará o mérito e a eficácia do acordo no momento da sentença. Ademais, deixou claro que a colaboração faz parte da fase preliminar investigatória, razão pela qual o juízo é, neste momento, preliminar e preambular, não podendo adentrar no mérito, sendo o ato homologatório de colaboração premiada simples fator de eficácia do acordo, limitando-se à pronúncia sobre sua regularidade, legalidade e voluntariedade. O HC 127.483/PR foi impetrado por Erton Medeiros Fonseca, diretor da Galvão Engenharia e um dos réus na operação Lava-Jato, contra ato do ministro Teori Zavascki que homologou o acordo de delação premiada de Alberto Youssef. A defesa de Erton Medeiros Fonseca sustentou ter direito a questionar o ato de homologação, pois seu envolvimento no inquérito resultou da colaboração premiada de Alberto Youssef. De acordo com a defesa, a homologação de acordo ilícito, por consequência, produz provas ilícitas, incidindo sobre sua liberdade de ir e vir. O Ministro Dias Toffoli destacou que a colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850/2013, é apenas meio de obtenção de prova, ou seja, é um instrumento para

colheita de documentos que, segundo o resultado de sua obtenção, poderão formar meio de prova.

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2017, julgou questão de ordem na PET 7.074 QO/DF visando definir os limites de atuação do ministro-relator na homologação de acordos de colaboração premiada celebrados com o Ministério Público. Em conjunto, estava sendo julgado recurso (agravo regimental) do governador de Mato Grosso do Sul, Reinaldo Azambuja, que questiona a distribuição da PET 7003, por prevenção, ao Inquérito (INQ) 4112, de relatoria do ministro Edson Fachin, decorrente da operação Lava-Jato. Em seu voto, o Ministro Fachin observou que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual entre o Ministério Público e o colaborador, e que a Lei nº 12.850/2013 veda a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes, se limitando unicamente a verificar os aspectos de voluntariedade do depoimento, além da legalidade e regularidade dos termos do acordo.

De acordo com Fredie Didier, o negócio processual é ato voluntário, conferindo ao sujeito o poder de estabelecer certas situações jurídicas processuais dentro dos limites que a lei estabelecer (DIDIER, 2015). A própria Lei nº 12.850, de 2013, previu a possibilidade do acordo, entrando, então, a vontade das partes no mundo jurídico e permitindo a modificação, extinção ou criação de situações jurídicas processuais desde que o colaborador forneça informações que ajudem na investigação.

Sendo um negócio jurídico firmado entre a acusação e o colaborador, não pode o juiz emitir juízo de valor sobre o mérito do acordo. Nesse momento, ao juiz cabe homologar o acordo e não valorar as provas. A valoração de provas só ocorrerá no momento da sentença, momento em que as declarações prestadas serão valoradas em face das demais provas produzidas no processo. Quanto à conveniência e oportunidade da colaboração premiada, o juízo de valoração pertence ao Ministério Público, pois é quem deve deliberar, juntamente com o defensor e o investigado, sobre os termos do acordo (BITTENCOURT; BUSATO, 2014). Durante a

negociação, o colaborador dá informações que podem contribuir para a persecução penal e é conforme a potencial contribuição do colaborador que o Ministério valorará o prêmio. O juiz apenas avaliará os resultados obtidos e objetivos pretendidos, concedendo os prêmios na exata medida do que foi pactuado.

Também na Questão de Ordem na PET 7.074 QO/DF, o Ministro Celso de Mello explicitou que, ao proceder à homologação do acordo, essencialmente fundado no consenso das partes envolvidas, o magistrado exerce típica atividade de caráter jurisdicional, pois imprime a mencionado ajuste a própria autoridade de que se acha investido.

Até porque se fosse permitido ao magistrado valorar a colaboração quando da homologação, ele acabaria fugindo do papel que deve exercer na fase de homologação, que é de juiz garantidor, para assumir um papel de produtor de elementos de informação, ferindo o modelo acusatório, vindo, inclusive, a não observar a separação dos poderes, sendo provável caracterização de ativismo judicial (SOUZA, 2016). Não deve ser permitido que o órgão que irá julgar o indivíduo inicie ou participe da investigação à luz do princípio da imparcialidade inerente à função do juiz (TOURINHO FILHO, 2010).

Diante disso, é necessário tomar cuidado com possíveis avaliações de mérito, pois somente no momento da sentença é que o julgador apreciará o conteúdo dos termos do acordo homologado, conforme previsão do artigo 4º, §11, da Lei nº 12.850 de 2013. Na fase de homologação não há juízo de valor sobre as declarações prestadas pelo colaborador, sendo o ato homologatório simples fator de eficácia do acordo (OROSO, 2017).

Na ocasião da sentença, o magistrado irá examinar a eficácia dos termos do acordo homologado. Além da eficácia da colaboração, o juiz também tem que levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso (art. 4º, §1º da Lei de Organizações Criminosas).

Ao juiz cabe analisar se o colaborador cumpriu ou não com o que fora acordado. Caso tenha cumprido e tendo a colaboração sido efetiva, o juiz deve se vincular ao benefício proposto. No entanto, caso não tenha cumprido os termos do acordo, o magistrado não fica vinculado ao benefício, mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual negou a concessão do prêmio ao acusado (MENDONÇA, 2013).

Essa questão chegou até o Supremo Tribunal Federal com o HC 127.483/PR, já anteriormente citado, que teve como relator o Ministro Dias Toffoli. De acordo com voto do relator, se o acordo de colaboração é válido, existente e eficaz, a aplicação do prêmio dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, bem como da veracidade do conteúdo documental. Caso a colaboração seja efetiva, surge, então, um direito subjetivo do colaborador às sanções premiadas estabelecidas no acordo. O Ministro defendeu que, em razão de princípios como o da segurança jurídica e o da proteção da confiança, o Estado deve honrar com o compromisso assumido no acordo, devendo o juiz se vincular ao acordo caso o colaborador cumpra com suas obrigações. No entanto, se a colaboração não se mostrar efetiva, haverá ocorrido, então, o inadimplemento do acordo, tendo como consequência a não aplicação da sanção premial.

Também nesse sentido está o julgamento conjunto do STF que resolveu questão de ordem e negou provimento a agravo regimental em petição em que se discutiam, respectivamente, os limites da atuação do relator em homologação de colaboração premiada e a distribuição ao Ministro Edson Fachin (relator), por prevenção, da Pet 7.003/DF, em razão do Inq 4.112/DF, cujo objeto são fatos relacionados à operação Lava Jato. A questão de ordem foi suscitada pelo relator tendo em conta petição ajuizada pelo governador do Estado de Mato Grosso do Sul e recebida como agravo regimental. Na petição, o governador pretendia o reconhecimento da inexistência de conexão entre os fatos e condutas a ele imputados na Pet 7.003/DF, bem como aqueles apurados no Inq. 4.112/DF, e a consequente determinação da livre distribuição do feito.

O Plenário salientou que o direito subjetivo do colaborador nasce no momento em que ele cumpre seus deveres. Estes são "*condictio sine qua non*" para que o colaborador possa fruir desses direitos. Sendo assim, o acordo homologado gera vinculação condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico.

As legislações internacionais ressaltam a necessidade do julgador se vincular ao acordo homologado em virtude da importância de se ter segurança jurídica e previsibilidade aos acordos e seus resultados. Havendo cumprimento de cláusulas e a efetiva colaboração, surge um direito subjetivo do delator ao prêmio (VASCONCELLOS, 2017).

O acordo, ao ser homologado, deve vincular sim o juiz, que acaba por assumir um compromisso em nome do Estado. Apesar do Ministério Público ser o responsável por celebrar os acordos, os termos do acordo devem ser seguidos e o colaborador não pode ficar desamparado, garantindo estabilidade nas relações entre Estado e particular. Assim, tendo o colaborador cumprido com seu ônus, o ente estatal, representado pela figura do julgador, se vincula aos termos do acordo. Essa segurança jurídica é necessária para que indivíduos continuem fazendo acordos de colaboração, permitindo uma maior efetividade ao instituto da colaboração premiada.

Cabe lembrar que, em razão da colaboração premiada ser meio de obtenção de prova, o magistrado deve se atentar sempre às demais provas do processo, pois uma sentença condenatória nunca poderá se fundamentar apenas nas declarações prestadas no acordo pelo colaborador. Assim, o magistrado deverá analisar as demais provas para verificar se o depoimento do colaborador é condizente aos fatos. A colaboração premiada, por ser meio de obtenção de prova, leva à produção de prova, a ser submetida ao contraditório para produzir efeitos (FILIPPETO; ROCHA, 2017).

Assim, torna-se necessário que outras provas confirmem as informações prestadas pelo colaborador para que o acordo tenha eficácia, evitando que os colaboradores ludibriem o sistema de justiça para se privilegiar dos possíveis benefícios (ERBELLA; SANCHEZ, 2017).

6 QUESTÕES ATINENTES AO PAPEL DESEMPENHADO PELO JUIZ NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Após trazer as análises doutrinárias e o entendimento conclusivo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por ter apreciado o instituto da colaboração premiada no exercício de competência originária dos órgãos extrajudiciais, cabe, na sequência, explicitar a justificação teórica para a perspectiva da não participação do magistrado nos acordos de colaboração e da sua vinculação aos termos do acordo.

Primeiramente, quanto a não participação do magistrado nos acordos de colaboração, é certo que, de fato, o magistrado não deve intervir no mérito do acordo, devendo apenas se atentar aos aspectos formais (juízo de admissibilidade). O acordo deve acontecer no interesse das partes, quais sejam: Ministério Púbico e o colaborador. A exclusão do juiz das tratativas dos acordos é correta e necessária para manutenção de sua imparcialidade. O julgamento por juiz imparcial é garantia de todo indivíduo.

A Constituição da República adotou o sistema acusatório, cujas funções são nitidamente separadas, de julgar, acusar e defender, ao consagrar os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, do promotor natural e da publicidade (PRADO, 2005). A atuação do juiz criminal é limitada aos comandos do princípio acusatório, o qual lhe impõe a reserva da função jurisdicional e impede que ele exerça atividades típicas das partes, dentre as quais se inclui a proposição do material probatório. A imparcialidade para julgar advém da ausência de interesse na causa, ainda que na fase de investigação (FILIPPETO; ROCHA, 2017). A conformação do processo penal brasileiro aos postulados do sistema acusatório é

ideal assumido por todos aqueles que propugnam pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais no âmbito criminal.

Durante a fase de investigação, na qual estão as colaborações premiadas, o juiz criminal deve preservar os direitos e garantias do investigado e nunca assumir o papel de investigador, sendo vedado ao juiz intervir nos autos das investigações para formação do seu convencimento (GARCIA, 2014). O juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares durante a investigação (GRINOVER, 1999), devendo manter-se distante das funções probatórias e acusatórias, uma vez que a iniciativa probante é da acusação (FILIPPETTO; ROCHA, 2017).

O sistema constitucional brasileiro destinou duas instituições para obter a prova necessária para desconstituir a presunção constitucional de inocência: o Ministério Público e a Polícia Judiciária. São estes órgãos estatais que têm a função constitucional de fazê-lo, para, se for o caso, levar o juiz a prolatar uma sentença condenatória. E são esses órgãos que a Lei 12.850, de 2013, permite que façam as negociações para a formalização do acordo de colaboração premiada. Não deve ser permitido que o órgão que irá julgar o indivíduo participe da investigação contra o mesmo à luz do princípio da imparcialidade inerente à função do juiz. A formação legítima da culpa depende da imparcialidade do juiz. Sua tarefa precípua, decidir a causa, é fruto de consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante (PRADO, 2005).

Caso o magistrado participasse do acordo, além de ferir o princípio da imparcialidade, haveria o risco de se ter um juiz ativista, detentor de competências que não lhe são dadas pela Constituição (TASSIRANI, 2013). O juiz, como condição de se manter imparcial, deve ser excluído das tratativas do acordo, como bem destacou o legislador na Lei 12.850, de 2013. Sendo assim, o juiz deve ser garantidor dos direitos fundamentais do colaborador, verificando a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo, não podendo interagir nas negociações, até

porque haveria uma grave violação ao sistema acusatório e um risco do juiz deixar de ser imparcial.

Assim, vê-se que o juiz não participa do acordo, pois a aferição na homologação não implica participar do acordo. A homologação é a forma do juiz ser o salva guarda de direitos e garantias fundamentais do investigado, papel que deve desempenhar durante a fase de investigação, momento em que ocorre a maioria das colaborações premiadas. O juiz é instância de garantia.

A homologação do acordo é papel do juiz por ser ele o mais apropriado para analisar a legalidade das cláusulas, já que é responsável por presidir a produção probatória, sendo, pelo menos em teoria, o mais apto a verificar a eficácia da medida (FILIPPETO; ROCHA, 2017).

Já em relação à vinculação do magistrado aos termos do acordo, é necessário abordar alguns pontos.

Durante o momento da sentença, o juiz analisa o acordo de colaboração e as demais provas juntadas no meio do processo. Após esta análise, tendo o colaborador cumprido com os compromissos assumidos no acordo, passa a ter direito subjetivo ao prêmio, não cabendo discricionariedade do juiz em conceder ou não o benefício. Assim, se a colaboração for utilizada, ao reforço investigativo agrega-se o benefício (PEREIRA, 2016).

Nessa perspectiva, é cabível discordar da opinião de Afrânio Jardim:

> O acordo de cooperação premiada, que tem a natureza de negócio jurídico processual, não pode especificar qual dos quatro prêmios o juiz terá de aplicar na sua futura sentença condenatória. Vale dizer, privilegiar um prêmio e excluir os outros, vedando que o magistrado possa fazer a individualização da pena, que é um preceito constitucional. Este nosso entendimento, permite que, diante do prêmio aplicado pelo juiz, o Ministério Público e/ou réu possam apelar, levando o tema a um salutar controle pelo duplo grau de jurisdição. (JARDIM, 2016, p. 37).

Apesar de a ideia acima ser compreensível, ela não deve prevalece, pois o direito não pode ser entendido apenas como norma ao ponto de se tornar um sistema

fechado. É preciso que haja um sistema com soluções práticas, atendendo aos anseios sociais do momento. Princípios e garantias devem ser flexibilizados a fim de proporcionar um maior eficientismo penal. Assim, é necessário que haja uma adequação ao crime praticado por nova metodologia, permitindo que se flexibilize alguns direitos fundamentais, no caso, a individualização da pena.

A não vinculação do juiz ao acordo traria, certamente, descrédito ao instituto da colaboração premiada. Será que o indivíduo faria o acordo se não fosse certo o direito ao prêmio? Dificilmente optaria por fazê-lo, visto que não seria benfazejo dar informações e não possuir certeza de que receberá frutos em troca. Por consequência, a colaboração premiada não seria um instrumento tão utilizado e eficaz como é atualmente, pois o que garante a eficácia da colaboração é a concessão do prêmio.

Ademais, a não vinculação prejudicaria o princípio da segurança jurídica, princípio presente no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXVI ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"). Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas devem perdurar (SILVA, 2016). Ao fazer o acordo, o colaborador acredita que as cláusulas serão cumpridas e, assim, cumprindo com suas obrigações do acordo, o benefício prometido será concedido. Essa expectativa do colaborador deve ser concretizada, até para que os negócios jurídicos se realizem. Dessa forma, o Estado deve manter a segurança jurídica, propiciando ao colaborador o direito ao prêmio em caso de cumprimento de todas as obrigações acordadas.

Além disso, como já explicitado, a colaboração premiada é um negócio jurídico processual realizado entre o colaborador e o Ministério Público, tendo seus limites e possíveis situações jurídicas estabelecidos pela própria Lei nº 12.850, de 2013. Dessa forma, o juiz não pode escolher as conseqüências jurídicas de um acordo que foi realizado entre outros sujeitos, ficando responsável pela análise dos requisitos de validade, existência e eficácia do negócio, levando em conta os limites

impostos pela Lei de Organizações Criminosas (OROSO, 2017). Como já mencionado, ao juiz caberá apenas avaliar os resultados obtidos e os objetivos pretendidos, concedendo o prêmio na medida do que foi pactuado e na proporção entre o grau de cooperação do agente e o quantum de prêmio a receber.

Assim, homologado o acordo e tendo as informações prestadas pelo colaborador sido eficazes para investigação, o magistrado se vinculará aos termos do acordo, respeitando o princípio da segurança jurídica e evitando qualquer surpresa às partes. Os participantes do acordo, o colaborador e o Ministério Público, não podem ser surpreendidos com mudanças nos termos que acordaram anteriormente, devendo o acordo celebrado ser respeitado (MACEDO, 2016).

Diante do que foi abordado, vê-se que, de fato, o magistrado deve se vincular aos acordos de colaboração.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou o instituto da colaboração premiada no sistema processual brasileiro, além de tratar, especificamente, da figura do juiz criminal brasileiro no instituto. A questão desenvolvida disse respeito aos limites da atuação jurisdicional em acordos de delação premiada, nos termos da Lei nº 12.850, de 2013. Ficou demonstrado que a competência negocial é, de fato, do ministerial, restando, ao juízo, apenas, análise de admissibilidade quanto aos requisitos legais e principiológicos do instituto em questão, sob pena de violar ontologia normativa referente à inércia da jurisdição e imparcialidade, praticando conduta ativista.

O juiz criminal brasileiro terá um papel diferente quando o assunto for organização criminosa. Ele vai ter diante de si o dilema de resposta de efetividade ao enfrentamento ao crime organizado e, ao mesmo tempo, a necessária equidistância quando estiver apreciando os acordos de colaboração, seja para homologá-los, seja para sentenciá-los.

Vê-se que o juiz tem balizas a seguir, como quando o Ministério Público deixa de oferecer a ação penal e o juiz arquiva, Ministério Público pede os favores e o juiz aplica os benefícios. As balizas são claras.

O foco que caracteriza a hipótese de pesquisa restou evidenciado que o contexto do objeto de pesquisa levou em consideração demandas advindas de organismos internacionais, tendo a República brasileira se sentido compelida a ter que legislar sobre o assunto, o que fez com que assumisse compromissos na implementação de políticas, ações e projetos para eficaz combate às organizações criminosas. Esse conjunto de ocorrências convergiu para a edição da Lei nº 12.850, de 2013.

A atuação jurisdicional nos acordos de colaboração premiada estará presente em dois momentos: da homologação e da sentença. Dessa forma, cabe ao magistrado, *ab initio*, a já citada análise de admissão, verificando apenas os pressupostos formais, não adentrando no mérito do acordo em razão da necessária imparcialidade do juiz. Já no momento da sentença, o julgador deve analisar o acordo e as demais provas juntadas no meio do processo, já que uma sentença condenatória nunca poderá se fundamentar apenas nas declarações prestadas pelo colaborador.

Assim, tendo o colaborador cumprido com os compromissos assumidos, o magistrado vincula-se aos termos do acordo, passando o colaborador a ter direito subjetivo ao prêmio, não cabendo discricionariedade ao juiz. Isso para garantir a segurança jurídica, necessária para que indivíduos continuem fazendo acordos de colaboração, permitindo uma maior efetividade ao instituto da colaboração premiada.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. **IBBCRIM:** Tribuna Virtual, São Paulo, v. 1, p. 54-72, abr. 2013. Disponível em:

<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito-Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna>. Acesso em: 10 maio 2018.

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

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC n.° 127.483/ PR**. Tribunal Pleno. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC n.° 94.034-0/ SP**. Primeira Turma. Paciente: Edmilson Buchivieser. Impetrante: Marcos Rogério Félix de Oliveira. Relator (a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546065>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. **Petição 5.733/ PR**. Tribunal Pleno. Requerente: Fernando Antônio Falcão Soares. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 23 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307808669&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. **Petição 7.074/ DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Reinaldo Azambuja Silva. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 de junho de 2017. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/voto-fachin-questao-de-ordem-JBS.pdf>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário 1.093.553: *RE 1093553 RG / RS*. Relator : Ministro Luiz Fux. DJ: 29/03/2018. 2018. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314052352&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2018.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custus Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 1-26, 2012. Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

DALLAGNOL, Deltan. As luzes da delação premiada: a colaboração do delator oferece ao investigador a oportunidade de iluminar o labirinto da corrupção e descobrir os melhores caminhos para desvendá-lo. **Revista Época**, Rio de Janeiro, 4 jul. 2015. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>. Acesso em: 3 jul. 2018.

DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. **Revista Eletrônica de Direito Processual:** REDP, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 107-144, jan./abr. 2018.

DIAS, Maria Tereza; GUSTIN, Miracy B. S. **Repensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie, **Curso de direito processual civil**, 17. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. v. 1.

ERBELLA, Iago Oberlander; SANCHEZ, Claudio José Palma. A colaboração premiada na Lei nº 12.850, de 2013: Inovações trazidas pelo dispositivo e análise acerca da constitucionalidade do instituto. **ETIC:** Encontro de Iniciação Científica, São Paulo, v. 13, n. 13, 2017.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. **Colaboração premiada:** contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal**. 2014. 208 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/publico/ALESSANDRA_DIAS_GARCIA_DISSERTACAO_O_JUIZ_DAS_GARANTIAS.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 71-79, jul./set. 1999. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/busca/?tipo=&titulo=A+iniciativa+instrut%F3ria+do+juiz+n o+processo+penal+acusat%F3rio+&autor=ada&conteudo=>. Acesso em: 16 mar. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). **Delação premiada**:

estudos em homenagem do Ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=707261>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MACEDO, Matteus Beresa de Paula. Delação premiada e direito ao benefício. **Sala de Aula Criminal**, Curitiba, 28 abr. 2016. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/delacao-premiada-e-direito-ao-beneficio>. Acesso em: 27 maio 2018.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Apontamentos sobre política criminal e a "plea bargaining". **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 112, p. 203-210, out./dez. 1991.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850, de 2013). **Revista Custos Legis**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 1-38, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 5 maio 2018.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 331-365, 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>. Acesso em: 3 maio 2018.

OROSO, Catharina Peçanha Martins. **Negócios jurídicos processuais no processo penal**. 2017. 134 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada:** legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PINTO, Ronaldo Batista. Colaboração premiada é arma de combate ao crime. **Consultor Jurídico**, São Paulo, v. 2, 2 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-02/ronaldo-pinto-lei-12850-regulamenta-colaboracao-premiada>. Acesso em: 25 mai. 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUSA, Madson Thomaz Prazeres. **A delação premiada e a falência do Estado na investigação criminal:** uma análise através do garantismo penal. 2013. 22 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, Bahia, 2013. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/a_delacao_premiada_e_a_falencia_do_estado_na_investigacao_criminal._uma_analise_atraves_do_garantismo_penal._-_madson_thomaz_0.pdf >. Acesso em: 25 maio 2018.

SOUZA, Mariana Mei de. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 376-395. 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1 e 2.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito:** direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. 60 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Ciências
Criminais

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI NA PRÁXIS: UM OLHAR SOBRE A TEORIA DO RISCO E A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL

Mariana Pestana de Castro

RESUMO

A presente monografia faz uma análise crítica ao Tribunal Do Júri nos dias atuais, tanto na prática, por meio de estudo de caso concreto, examinando sua efetiva constitucionalidade e adequação ao hodierno sistema penal, quanto na teoria, em seu dever ser. Além disso, este exame fará referências à teoria desenvolvida pelo sociólogo Ulrich Beck denominada "sociedade de risco", juntamente com a política criminal atuarial para explicar determinadas práticas do referido tribunal, tendo em vista que o primeiro se trata de uma resposta da sociedade aos riscos em diversos âmbitos, e o segundo refere-se à busca de uma maximização de eficiência no âmbito criminal, por meio de estatísticas e dados atuariais aos supostos grupos de risco. Essas teorias evidenciam uma série de incompatibilidades com o próprio objetivo de eficácia do Direito Penal, já que engloba inúmeros fatores influenciadores à ideia de que a solução de prevenção do risco é a prisão do indivíduo pertencente ao grupo de risco, tais como a economia do país e a prioridade política do país, cuja finalidade se distancia do contexto criminal.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Inconstitucionalidade. Teoria do Risco. Sociedade de Risco. Nova Penologia. Justiça Atuarial. Políticas Criminais. Política Criminal Atuarial

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é um órgão heterogêneo existente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1822, onde os responsáveis por julgar o suposto acusado são meramente sete pessoas comuns, jurados estes que são leigos, domiciliados no local onde ocorreu a conduta dolosa contra a vida. Pertencente à justiça comum, tal órgão

é formado por um juiz responsável apenas por policiar a sessão, controlando as partes e cominando a sanção do autor do delito, caso os jurados entendam pela condenação.

O surgimento deste Tribunal não é um entendimento pacificado na doutrina. Porém, é certo sua práxis exige um acompanhamento aos presentes fatos sociais e à Constituição para atingir sua eficácia no sistema penal, haja vista que caso isso não ocorra, surgirão diversos julgamentos equivocados. Entretanto, a falta de atualização seria apenas uma das razões dos equívocos. Assim, o primeiro capítulo deste trabalho sintetizará um breve resumo histórico e criminológico a respeito da criação e da continuação da aplicação do Tribunal do Júri, de modo que dissertará as razões da legitimidade positiva nas diferentes épocas e da provável falta desta nos dias atuais.

Já o segundo capítulo abordará questões principiológicas do Tribunal do Júri, analisando desde logo sua constitucionalidade durante a audiência plenária, simultaneamente havendo uma comparação com o dever ser que a Constituição prévia ao inseri-los em seu texto, com base em uma percepção obtida em um caso concreto.

E, por fim, o terceiro e último capítulo fará uma abordagem a respeito da Teoria do Risco e da Política Criminal Atuarial, justificando algumas práticas que geram a ineficácia do sistema penal brasileiro, mormente do Tribunal do Júri. Em que pese essa análise, ao que tudo indica, é possível verificar que as práticas deste procedimento são inconstitucionais, observando todo o contexto de seletividade do sistema penal e diante da mentalidade fundada na teoria do risco, cuja fundamentação será abordada ao longo do trabalho. Contudo, é necessário averiguar este assunto de maneira mais difusa a fim de se obter uma resposta mais eficiente.

2 BREVES ESCLARECIMENTOS HISTÓRICOS E CRIMINOLÓGICOS REFERENTE AO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri, desde as suas origens, gerou inúmeras discussões zetéticas por se tratar de um assunto complexo que deve ser observado além da perspectiva das normas, analisando o ordenamento jurídico como um todo, conforme será argumentado abaixo. Isto ocorre porque este sistema de julgamento é influenciado por diversos fatores, mormente políticos, sociais e jurídicos. Não se trata de um trabalho historiográfico, porém analisar algumas questões históricas do Tribunal do Júri resultará em um melhor entendimento a respeito do tema.

Não há um consenso quanto ao momento que deu origem ao Tribunal do Júri por falta de seguridade e especificidade das fontes históricas (BISINOTTO, 2011), mas cabe enfatizar algumas correntes doutrinárias para adentrar na parte criminológica e explicar o assunto. Nesta conjuntura, Tucci defende que a origem deste Tribunal se deu na época mosaica com as leis de Moisés, em que o órgão julgador se assemelhava ao tribunal popular atual (FERREIRA, 2011). Ocorre que, desde essa época, não havia uma proteção aos desfavorecidos por parte das instituições, pelo contrário, sendo possível identificar pressão da maioria, falso testemunho, exploração das classes de renda baixa, entre outros abusos (MESTERS, 2010 apud BEZERRA, 2013, p. 31).

Por outro lado, uma outra corrente defende que seu advento se deu na Inglaterra, na época em que houve um rompimento com as "Ordálias" (Juízo de Deus), o qual submetia o acusado à um desafio para provar sua não culpabilidade, gerando a possibilidade de Deus conceder um milagre, esquivando-o das consequências das ordálias, caso inocente fosse, se instalando, desta forma, um conselho de jurados (HISTORIAZINE, 2016).

Assim, o desenvolvimento do Tribunal do Júri no Brasil sobreveio por influências portuguesas em razão da aliança com a Inglaterra, já que a Carta Magna em 1215 estava influenciando os ordenamentos da Europa (BISINOTTO, 2011). Por isso, sua instauração se deu em um momento politicamente instável e extremamente abalado pela questão da desvinculação do Brasil com Portugal, e sua incidência era apenas para crimes de imprensa (RANGEL, 2011).

Deste modo, tendo em vista a confusão entre crime e pecado, já que, indiscutivelmente, desde os primórdios do Tribunal do Júri na história houve interferência religiosa, e observando a seletividade do sistema e suas influências políticas no Brasil, as quais em diversos momentos se mantiveram extremamente conturbadas, instigadas e manipuladas por valores burgueses, o Júri acabou perdendo seu íntimo democrático popular. O estopim da perda dessa essência se deu mormente após a reforma da Lei 11.689/08, a qual determinou a total incomunicabilidade entre os jurados, não bastasse a obrigatoriedade em exercer este papel (RANGEL, 2011).

No que tange o fato de os jurados não poderem se comunicar, há uma justificativa relacionada aos votos não poderem ser influenciados entre si. Ocorre que a definição de democracia é justamente isso: pessoas da sociedade debatendo a respeito de uma decisão considerada mais justa para todos (RANGEL, 2011). Logo, é com base nisso que surge a reflexão sobre o Tribunal do Júri ainda exercer seu papel democrático.

Destarte, observando que os diversos fatores acima são capazes de intervir significamente no sistema penal, por conseguinte a *persecutio criminis* se torna um instrumento de poder, de modo a manipular politicamente, declarando, assim, a suposta verdade que será transmitida à sociedade (FOUCAULT, 2005). Assim, independente da concepção individual de cada pessoa, a sociedade busca uma defesa social, a qual oferece legitimidade ao Estado para reprimir a criminalidade com instrumentos de controle, tendo como base a reprovação da sociedade diante de certos comportamentos considerados desviantes de valores e normas (BARATTA, 2011).

A teoria psicanalítica de Theodor Reik, a qual se baseia na teoria freudiana do "delito por sentimento de culpa", disserta sobre a dupla função da pena, sendo elas a de satisfazer inconscientemente o desejo de punir para evitar um desvio do próprio julgador, de modo a satisfazer também a sociedade, já que esta se identifica com o criminoso. Outrossim, o indivíduo que se desvirtua das leis é considerado um

elemento do mal, e a sociedade constituída do bem, adquirindo, deste modo, um significado sociopsicológico revelador de uma suposta periculosidade social em relação aos desvios (BARATTA, 2011).

Logo, a função retributiva da pena busca uma motivação para a sociedade julgadora não delinquir, de modo a reforçar o superego, o qual se define como um aspecto da personalidade responsável por retrair instintos primitivos do indivíduo segundo valores relacionados à moral e à cultura, conforme a teoria freudiana da psicanálise (BARATTA, 2011).

Durante o Brasil colônia, havia uma grande diferença de consequências delitivas entre não cidadãos (índios e negros), os quais eram mormente punidos com pena de morte, e cidadãos (portugueses), que geralmente não recebiam nenhuma forma de punição, cabendo salientar que para justificar a aplicação de uma sanção aos não cidadãos, se permitia analisar a vida pregressa, ou seja, eles seriam punidos de qualquer maneira caso houvesse cometido qualquer delito anteriormente (FERREIRA, 2013). Assim, já se inicia uma certa seletividade do sistema punitivo brasileiro.

Após a Revolução Francesa, as idealizações iluministas e a luta pela democracia geraram a ideia de que para um julgamento ser justo, necessitaria ser emanado do povo, tendo em vista que o judiciário era dependente da monarquia e, por isso, não estava sendo imparcial ao elaborar decisões (NUCCI, 2015). Ou seja, de acordo com os ideais e a realidade histórica de lutas e conquistas de direitos da época, o Tribunal do Júri fazia sentido se analisarmos sobre a perspectiva de que o suposto legitimado a exercer julgamentos estava vinculado, comprometendo, deste modo, sua capacidade de decidir de forma neutra e justa.

No mesmo período, ocorreram lutas que se prolongam até os dias de hoje, em busca de Direitos Fundamentais, tais como de igualdade, liberdade e fraternidade. Ao analisarmos sob este aspecto, vale relembrar que estes não são absolutos, ou seja, a todo tempo são flexibilizados ou colocados em situações nas quais algum deverá se sobressair, de acordo com o caso concreto, tendo em vista a ausência de hierarquia

entre eles. Desta forma, não é correto haver predominância sobre bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, já que o Direito à vida, por exemplo, não é menos ou mais importante que algum outro direito fundamental. Por isso, não é razoável, nos dias atuais, admitir um procedimento tão distinto para tão somente crimes dolosos contra a vida, diante de um Estado democrático de direito

Inicialmente, no Brasil, o júri era constituído por 24 cidadãos bons, honrados, inteligentes e patriotas, conforme a lei da época, tendo sido excluído e reinserido na Constituição por diversas vezes a fim de evitar a inserção de um autoritarismo, até sua definitiva implantação na Constituição de 1988 (NUCCI, 2015). Sob este espeque, é extremamente notório que em momento algum o Tribunal do Júri foi implantado espontaneamente. Observa-se que a todo tempo sua inserção se deu em um cenário de luta contra governos tiranos e corruptos, ou simplesmente pelo contágio de direito tanto da metrópole durante a colonização, quanto posteriormente nas alterações de lei.

Contudo, apesar da acepção prática do Tribunal do Júri, há controvérsias relacionadas à capacidade dos jurados em serem juízes de fato, já que são facilmente manipulados e geralmente não estão preparados para terem um olhar técnico mais robusto (STRECK, 2001), que apesar de não ser um requisito de julgamento, é importante para a maior compreensão das teses defendidas.

Por outro lado, a ideia de que o Júri é um meio para se alcançar democracia e justiça foi delimitada em razão de termos saído da tirania, onde o governo era notoriamente corrupto (NUCCI, 1999). Portanto, hoje, com a ascensão de novos valores globais, tratados sobre Direitos Humanos e diversas recomendações relacionadas a forma governamental dos Estados conforme a dignidade da pessoa humana, o júri deixou de ser algo imprescindível para a luta contra atos corruptos de governo.

2.1 Teoria do *Labelling Approach* conforme o Tribunal do Júri

O *Labelling Approach* (ou teoria do etiquetamento) está relacionado com a Sociologia Criminal e sofreu influências como o interacionismo simbólico e a etnometodologia, as quais estão interligadas ao construtivismo social, de modo a explicar a "conduta desviada" e a "reação social" com a qualidade do indivíduo. Ou seja, o crime não se define pelo fato típico ou pelo autor devido à sua personalidade, mas pela seleção que etiqueta o sujeito como criminoso por praticar a conduta definida como tal (ANDRADE, 2004).

As regras que definem quais são as condutas a serem consideradas como desvio são criadas por grupos sociais. O sujeito que se enquadra neste ato desviante é denominado "marginal", gerando o mencionado etiquetamento determinado por aqueles. Destarte, o desvio é fruto da interação entre a prática de determinado ato e a reação das pessoas após o ocorrido, tendo em vista que somente é possível saber se o ato é considerado desvio até observar a reação das pessoas diante da situação (BECKER, 1971).

Nesta lógica, aufere-se que o sistema penal não se limita às normas penais, mas se amplia ao que concerne a criminalização, desde a legislação daquelas, se desenvolvendo pela polícia e pelo *Parquet*, até mecanismos informais de controle, como a família e a mídia, onde já é possível perceber o etiquetamento por meio de termos como "ovelha negra" ou "pessoa difícil" (ANDRADE, 2004).

Sob este espeque, os fenômenos de desvio, as circunstâncias estruturais e funcionais do sistema capitalista, seja de classe social alta (crime de colarinho branco, por exemplo) ou baixa, foram resgatadas pela criminologia crítica (ANDRADE, 2004). Assim, devido a mentalidade de desigualdade social, a moral e a ideologia construídas e difundidas durante as audiências plenárias, há uma tendência a efetivar e legitimar cada vez mais as relações de poder dominantes, já que na maioria dos casos em que o réu faz parte do grupo prejudicado pela seletividade, os jurados optam pela condenação.

Seguindo essa lógica, o doutrinador Baratta (2011, p. 119) discorre:

> As teorias conflituais da criminalidade negam o princípio do interesse social e do delito natural, afirmando que: os interesses que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização – os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos; a criminalidade, no seu conjunto, é criada através do processo de criminalização. Portanto, a criminalidade e todo o direito penal têm sempre natureza política.

Na mesma linha de pensamento, Foucault (2005 p. 261) descreveu a co-culpabilidade às avessas da seguinte forma, em seu livro *Vigiar e Punir:*

> A prostituição patente, o furto material direto, o roubo, o assassinato, o banditismo para as classes inferiores; enquanto que os esbulhos hábeis, o roubo indireto e refinado, a exploração bem feita do gado humano, as traições de alta tática, as espertezas transcendentes, enfim todos os vícios e crimes realmente lucrativos e elegantes, em que a lei está alta demais para atingi-los, se mantêm monopólio das classes superiores.

Deste modo, é possível entender com as ideias acima que a seletividade existe desde a sua origem. Isto ocorre, segundo o doutrinador, em razão de os detentores de poder terem influência no direito penal de modo a defenderem seus próprios interesses durante a criação e aplicação deste. Assim, a sociedade comum tem como ideal de certo ou errado o que está na lei, legitimando o sistema penal voltado ao "pobre, ao negro, à prostituta" e aos outros grupos marginalizados.

Por isso, há uma justificativa no fato de, no júri, ocorrerem discursos disfarçados de bem estar social, mas no fundo com fulcro na seletividade por parte do Parquet, com base na teoria do risco, a qual será fundamentada posteriormente, já que os jurados sabem que o poder está nas mãos deles naquele momento e que a forma de manter a ordem, conforme o sistema, é condenando o "marginal", ou seja, aquele para quem a lei penal foi criada.

Essa teoria de Foucault é facilmente identificada na Lei de Lavagem de Dinheiro, n° 9.613/98, em que o bem jurídico violado é o sistema financeiro. A maior parte dos sujeitos que se enquadram são de "colarinho branco", mas suas

penas são menores e possuem mais benefícios que crimes cometidos por pessoas de classes inferiores. Trata-se de uma "co-culpabilidade às avessas", haja vista que o crime é cometido por um indivíduo da alta sociedade, tendo oportunidade de penas mais brandas, e, como contraponto, crimes menos graves determinam penas mais rigorosas para os crimes mais facilmente cometidos por "marginais" (MOURA, 2006).

O tribunal do júri é um instituto que foi criado de modo a enfatizar ainda mais a democracia e o republicanismo no Brasil, haja vista o próprio povo julgando seus iguais diante a violação de *res pública* (coisa do povo) no ato delituoso. Entretanto, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme art. 3°, inciso III da CF/88 é "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Desta forma, a existência de um sistema penal com etiquetamentos e seletividades, ocorrendo benefícios aos grupos de poder, ofende a própria estrutura do Estado, logo, sua base constitucional.

3 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE PRINCIPIOLÓGICA E DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO ÂMBITO DA PRÁTICA

Conforme a CF 88, em seu art.5º, XXXVIII, o Tribunal do Júri é orientado por 3 princípios que o regem, sendo eles: a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos. Ocorre que, como será refletido adiante, na realidade, mesmo previstos na própria Lei maior, muitos dos princípios geram ilegalidades e inconstitucionalidades na prática.

Por conjectura, atentando-se a presença de jurados leigos julgando um crime que viola um bem jurídico de valor fundamental e essencial tão importante, a ideia do júri aparenta ser um ato perfeito de democracia e justiça, tendo em vista que o poder de julgar é *of the people, by the people and for the people*, de forma direta. Ocorre que, nas audiências, os limites são postergados por todos os integrantes deste tribunal: promotor, defesa, jurados e juiz. (ANTUNES, 2014).

3.1 Plenitude de Defesa e Soberania dos Veredictos

A Plenitude de Defesa, por diversos autores, é equiparada ao princípio da ampla defesa, apesar de tal afirmativa não ser a mais harmônica diante da finalidade que a Constituição Federal ensejou. O conceito de "amplo" é mais restrito que o de "plenitude", sendo, respectivamente, algo vasto, e o outro, além de vasto, perfeito e absoluto.

Tal diferenciação no emprego dos termos dos princípios pela Carta foi proposital, tendo em vista o fato de que a decisão de julgamento no Tribunal do Júri, conquanto se dê de forma limitada, não pleiteia fundamentação. Ademais, a defesa vai além da técnica, englobando argumentos extrajurídicos, já que se conjura à valores sociais, considerações políticas, econômicas, e até mesmo psicológicas (CANO; ANTUNES E SÁ, 2014).

Por diversas vezes, o *parquet* apela nas argumentações, inclusive de forma contraditória aos autos, direcionadas aos jurados, os quais não fizeram a leitura na íntegra do processo. Essa afirmação tem por base o processo de n° 17.693-4/16 em que não havia provas robustas suficientes para não ferir o *in dubio pro reo* do acusado, o qual já se encontrava preso, por questão de autoria delitiva. Todas as provas do caso em questão indicavam que a vítima era na verdade o réu.

Porém, o júri optou por condená-lo após severas apelações da promotora. Destarte, a condenação pode ter ocorrido levando-se em conta que os jurados são influenciados por valores morais distintos um dos outros, motivados por dogmas religiosos, e pelo apelo da Promotora, de modo a ir além do caso concreto, julgando por qualquer motivo que não o presente delito.

No processo citado acima, alguns discursos genéricos foram utilizados pela promotora, tal como "vocês querem uma Ceilândia tranquila? Devem condenar". Entretanto, o exemplo de inconstitucionalidade se deu por meio de outros, a exemplo "a defesa irá alegar legítima defesa, mas vocês sabem que nesse tipo de briga não há quem efetivamente começou". No discurso inconstitucional durante a audiência

plenária, a promotora notoriamente não queria saber quem iniciou os disparos de arma de fogo, mas queria condenar alguém que participou, tendo em vista que ao ver dela todos eram "criminosos".

O Art. 1° do Código Penal (CP) determina o princípio da legalidade e da anterioridade, cuja determinação é de que "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". E, para atribui-lo à alguém, faz-se necessária a utilização do princípio do devido processo legal, presente no art 5°, LIV da Constituição Federal, descrito na seguinte forma: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". E, por fim, o princípio do *in dubio pro reo* está expresso no mesmo artigo referido, no inciso LVII, determinando que "ninguém será considerado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Assim, é notório que a Constituição tenta evitar de qualquer forma a prisão de um indivíduo sem justa causa, espelhando, inclusive, nas leis ordinárias. Deste modo, o promotor de justiça viola não somente os princípios constitucionais, mas as leis ordinárias ao tentar aplicar uma pena à alguém que não cometeu um delito na tentativa de oferecer uma segurança utópica à sociedade.

Desta forma, o caso acima evidencia uma das várias formas em que a teoria do etiquetamento pode se efetivar. Tratando-se de um indivíduo pobre, morador de um lugar tido como perigoso na Ceilândia, reincidente e supostamente tendo participado de uma gangue agrega-se um risco à sociedade que se manifesta no rótulo de "marginal".

Outrossim, existem proibições no Código de Processo Penal que gerariam nulidade da audiência plenária. Contudo, para seu reconhecimento, existe a exigência de produzir um prejuízo mínimo razoável para possibilitar um novo julgamento. Ocorre que, fatos designados, previamente tem esse status por gerarem desvantagem à parte ré.

Por lógica, isso impõe a reflexão de que talvez seja grande a chance de os recursos nesse sentido não serem reconhecidos por conta da discricionariedade do juiz cujo convencimento é influenciado por outros valores, a exemplo a economia processual. Por consequência, torna-se mitigada a democracia por não ser levada em consideração a vontade dos jurados de repetir ou não a audiência plenária, e o princípio da soberania dos veredictos acaba anulando parcialmente a plenitude de defesa pelo fato de as nulidades absolutas do Código de Processo Penal serem expressas, devendo ser respeitadas independente da vontade do juiz ou dos jurados.

E, por último, o advogado de defesa, ao verificar que o discurso do promotor ultrapassou o caso fático visado na audiência, a exemplo o processo mencionado anteriormente, também faz apelações com discursos abstratos para defender seu cliente com o objetivo de desfazer a técnica psicológica coercitiva por parte da acusação, informalmente denominada como "lavagem cerebral", como ocorreu nos discursos da mencionada audiência plenária ocorrida em Ceilândia/DF.

Destarte, cabe salientar que, de acordo com o conceito jurídico de legitimidade, mais precisamente sob o pensamento kelsiniano, em que a legitimidade está interligada à efetividade das normas de modo a corresponder com o procedimento penal ordinário e o sistema constitucional, o princípio da plenitude de defesa observado pelo aspecto da finalidade de sua existência e da hodierna prática do júri, somente é legítimo no âmbito teórico (BULYGIN, 2007).

Todavia, no que tange a sua constitucionalidade e legalidade, como analisado durante o capítulo, há uma desvinculação e uma ofensa na prática, de forma causal, por ir contra a própria Constituição e a sistemática penal, observando que na maior parte dos casos o indivíduo é julgado por valores diversos da sociedade impostos pelos grupos de poder e não por normas, de modo a ensejar um julgamento seletivo injusto e sem a análise efetiva do caso concreto, como vimos o exemplo da Ceilândia.

Ainda neste contexto, não é conferido poder absoluto aos jurados, tendo em vista a possibilidade de apelação contra decisão manifestamente contrária à prova

dos autos, se não for mais de uma vez pelo mesmo motivo, conforme o art 593, III, "d" e § 3°, o que gera as indagações a respeito da justiça neste tribunal, onde há possibilidade de condenar um inocente e inocentar um culpado devido a essas limitações (AMORIM, 2006). Assim, além de não poder haver outra audiência, caso os jurados decidam contrariamente às provas dos autos por mais de uma vez, gerando uma injustiça, não são eles que julgam o recurso, afastando parcialmente sua soberania.

Por outro lado, os jurados estão sujeitos a influência de informações falsas da comunidade e da imprensa a respeito do caso que julgarão (AMORIM, 2006). Assim, seu voto, desprovido da obrigação de imparcialidade, diferentemente da decisão de um juiz togado, tem grande chance de ser injusto, tendo em vista as possíveis notícias equivocadas disseminadas na sociedade.

Destarte, cabe frisar que a soberania dos veredictos prevista na CF, se não for corretamente limitada e aplicada as devidas nulidades ao processo e à audiência, não obstante seguindo todas as normas procedimentais, a probabilidade de gerar um julgamento ilegítimo e injusto, violando inclusive o princípio do in dubio pro reo, é enorme, tendo em vista a influência pelo risco que o Ministério Público e os grupos de poder agregados à mídia se esforçam a demonstrar que o "marginal" oferece.

3.2 Sigilo das votações

O Código de Processo Penal expressa esse princípio pelo seguinte artigo:

> Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
>
> § 1o Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)
>
> § 2o O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que

> possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.

Existe uma sala especial no plenário do júri dos tribunais onde é feita a leitura das perguntas previamente elaboradas aos jurados juntamente com as respostas, sem revelar a pessoa responsável por cada voto. O réu deverá ficar em um local afastado (JESUS, 2015). O princípio constitucional da publicidade veda o segredo de justiça, com exceções de forma que possa gerar o entendimento a favor da ressalva no caso do júri, tendo em vista a finalidade da medida cautelar incidental (RANGEL, 2017).

Em contrapartida, há de se observar que as únicas isenções do princípio da publicidade são abstratas, o que gera uma dificuldade de adequação do júri à elas, tais quais: a defesa da intimidade, o interesse social, a preservação do direito à intimidade do interessado, desde que não prejudique o interesse público à informação, e a possibilidade de acarretar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (CABRAL JÚNIOR, 2017).

Ademais, por estar encarregado de julgar pelos tribunais, o jurado exerce democracia perante a sociedade e ao réu, de modo que, ao praticar com temor esse seu direito/dever, estaria exercendo-o de forma autofágica e paradoxal frente a população, mormente quando fundamentada em suposta ofensa à intimidade abstrata (CABRAL JÚNIOR, 2017).

Ainda sob a perspectiva de violação ao princípio da publicidade, entende-se, outrossim, que a votação, mesmo que sigilosa, seria mais democrática na frente do povo e do réu, não havendo necessidade de uma sala secreta, a qual, de fato, não é exigida pela Lei Maior em momento algum, já que isto não diminui ou aumenta o grau de risco aos jurados (TOURINHO FILHO, 1997). Além disso, a publicidade não é só uma garantia à sociedade, mas também ao acusado, a fim de evitar arbitrariedades e prevaricações (CARVALHO, 2007).

Neste contexto, há uma crítica relacionada ao Art. 93, inc IX da Constituição Federal:

> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

Como mencionado anteriormente, os jurados votam de modo sigiloso, sem fundamentação e em sala secreta. Com base no artigo acima, a única exceção que seria comportada ao princípio da publicidade seria em determinados casos capazes de violar o direito à intimidade ou de modo que não prejudique o interesse público. Desta forma, o sigilo do júri não deveria ser secreto, mormente porque quem exerce o papel de julgador são pessoas leigas, as quais são mais facilmente sujeitas a pressão externa e abertas a influências político-econômicas (SOUZA, 2009).

Por fim, conclui-se que não há uma doutrina dominante em relação a constitucionalidade do sigilo das votações, porém, as exceções ao princípio da publicidade são abstratas a ponto de abrirem margem ao entendimento de que o próprio princípio constitucional do júri fere aquele outro também presente na Carta.

3.3 Princípio da íntima convicção dos jurados

Esse princípio determina que os jurados julgarão por livre convencimento, sem a necessidade de fundamentar e se prender à lei. Ocorre que, esse princípio não está presente na Carta, como os outros citados anteriormente. Sua existência é observada pelo Código de Processo Penal (CPP).

Ao analisar o Art. 155 do Código de Processo Penal, é perceptível uma diferença entre “livre convencimento motivado” e “íntima convicção”:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No primeiro, o convencimento do juiz está preso às provas, conforme o artigo acima, devendo haver justificativa para uma eventual condenação ou absolvição. Já o segundo está ligado ao convencimento dos jurados em audiência.

De forma distinta, doutrinador Lopes Júnior (2017, p. 253) tem o seguinte entendimento a respeito do referido artigo do CPP:

> Para o controle da eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder.

Uma crítica que se faz é no sentido de que a motivação é o meio mais efetivo para garantir o *in dubio pro reo*, já que a sentença está vinculada às provas do processo. Destarte, esse entendimento é plausível, tendo em vista que a garantia cujo risco de violação está presente na Constituição Federal, diferentemente do princípio da íntima convicção que é meramente um artigo de lei ordinária (SOUZA, 2009).

...Novamente, argumenta Lopes Júnior (2014, p.1036-1037):

> O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. Como define IBÁÑEZ, o ius dicere em matéria de direito punitivo deve ser uma aplicação/explicação: um exercício de poder fundado em um saber consistente por demonstradamente bem adquirido. Esta qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional.

Portanto, não se trata de uma crítica voltada ao abolicionismo do Tribunal do Júri, mas apenas uma súplica à exigência da motivação na decisão. Um exemplo de como seria um júri democrático, de modo que não violasse as garantias constitucionais é o caso da Espanha, onde os cidadãos leigos participam da decisão

no que tange aos fatos, porém, o juiz togado decide a questão de direito, motivando e discutindo a sentença (NUCCI, 1999).

3.4 Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

A CF/88 dispõe que o Tribunal do Júri é o juízo natural em casos de crimes dolosos contra a vida. Ocorre que, é evidente que o sistema penal brasileiro exerce uma proteção maior a crimes relacionados a propriedade privada que qualquer outro, observando suas sanções e regimes mensurados. Há discussões a respeito da amplitude da competência do júri, tendo em vista que, por se tratar de cláusula pétrea, a violação se daria apenas se abolisse o júri da Carta (OLIVEIRA, 2010).

Por outro lado, apesar de constitucional, a competência do Tribunal do Júri para crimes dolosos contra a vida não é absoluta. Há algumas exceções na Carta, como é o caso do foro privilegiado, da conexão e da continência (MORAES, 1999). No que tange certos crimes que envolvem violação de mais de um bem jurídico em que um deles é a vida, a exemplo do crime de Latrocínio, houve a necessidade da criação de uma súmula manifestando sobre o assunto:

> Súmula 603
>
> A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri.
>
> Caráter patrimonial do crime de latrocínio: competência da Justiça Comum
>
> "Não há, de fato, espaço para falar-se em aplicação da Lei nº 9.299/96, que afastou a competência da Justiça castrense para julgar os delitos dolosos contra a vida, deslocando-a para a Justiça Comum. É que a condenação transitou em julgado em dezembro de 1995 (fls. 53), anteriormente, portanto, ao referido diploma legal. Seja como for, não há que se confundir o crime patrimonial de latrocínio com delito doloso contra a vida, apto a ensejar a alteração da competência em causa (cf. Súmula 603/STF)." (HC 84355, Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, julgamento em 14.9.2004, DJ de 22.10.2004)
>
> "1. Responde por tentativa de latrocínio, na forma do art. 157, § 3º , última figura, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, quem comete homicídio tentado cumulado com roubo tentado.

> 2. Para configurar a tentativa de latrocínio é irrelevante que a lesão corporal causada à vítima tenha sido de natureza leve, bastando comprovado que o réu agiu com dolo de matar para subtrair mas que por circunstâncias alheias à sua vontade não se consumaram os eventos morte e subtração. 3. No Estado de São Paulo, a competência para processar e julgar recurso de apelação interposto contra sentença condenatória por tentativa de latrocínio é do Tribunal de Alçada Criminal (art. 79,II, 'a', da Constituição Estadual). 4. *Habeas Corpus* conhecido mas indeferido." (HC 74155, Relator Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgamento em 27.8.1996, DJ de 11.10.1996)
>
> Data de publicação do enunciado: DJ de 31.10.1984

Ocorre que, como mencionado no primeiro capítulo, o Tribunal do Júri passou por diversas mudanças de competência devido as mudanças políticas e constitucionais de diversos períodos. O júri, com o advento da República, era competente para julgar crimes de jurisdição federal (FILÓ, 1999). Porém, em 1890 houve sua competência reduzida devido ao Decreto 848/1890 que organizou a Justiça Federal (FILÓ, 1999).

Entende-se, no entanto, que sua redução foi de fato significativa após o golpe de 1964, na Emenda n° 1/69 à Constituição de 1967, limitando aos crimes dolosos contra a vida, admitindo a supressão da Soberania deste Tribunal, cuja intenção era reforçar o regime ditatorial (FILÓ, 1999).

De certo modo, diante da mudança de cenário político, é paradoxal garantir uma soberania popular para atos atentatórios contra o bem jurídico "vida", sendo que até mesmo no Código Penal há uma tutela maior a outros tipos de crime. Porém, no que concerne à constitucionalidade dessa competência na *praxis*, não há que se falar em violação, já que não é absoluta e não há transgressão .

4 TEORIA DO RISCO E POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL NO TRIBUNAL DO JÚRI

A "Sociedade de risco" é uma teoria muito desenvolvida pelo sociólogo Ulrich Beck que reflete como as pessoas vêm lidando com as consequências da consciência de um risco, mais especificamente após a revolução industrial, existente

em diversos âmbitos, como em situações de catástrofes ambientais e crises globais da modernidade.

Após a referida revolução, o Direito Penal abrangiu seu campo de atuação para outras esferas nas quais sua intervenção passou a ser necessária, agindo de forma preventiva diante de contextos de risco, deixando de ser um sistema meramente repressor de condutas repudiadas pela sociedade (MACHADO; GUIMARÃES, 2017).

Deste modo, o Direito Penal Clássico, no cenário da sociedade contemporânea globalizada, foi estruturado de maneira a ampliar o alcance de segurança por meio de leis e medidas de segurança, mesmo que, por algumas vezes, em detrimento de direitos humanos e garantias penais, a fim de evitar ao máximo o risco da sociedade global (MACHADO; GUIMARÃES, 2017).

Em decorrência disso, no Direito Penal Moderno houve o aumento de penas e restrições com o propósito de garantir a sensação de segurança à sociedade, de forma a assumir um caráter meramente simbólico, haja vista que as finalidades da pena foram afastadas (MACHADO; GUIMARÃES, 2017).

Neste contexto, observando que o risco e a expectativa de sempre se estar se prevenindo dele foram adentrados na mentalidade da sociedade, é inegável que no Tribunal do Júri não é diferente. O convencimento dos jurados pela condenação do indivíduo por meio de discursos em torno da sua personalidade, reincidência e maus antecedentes, fazendo a divisão da sociedade em dois grupos – bons e maus – espelham essa situação de simbolicamente precaver o risco que o réu oferece.

Geralmente, para o estabelecimento de políticas criminais de um Estado, é necessária a utilização de verbas estatais para cumprir efetivamente com a sua finalidade. Sendo assim, é de notório saber que, da mesma forma que a economia, o sistema penal do Brasil está em crise, com prisões outrora inimaginavelmente vexatórias.

A política criminal atuarial pensa em soluções por meios estatísticos e exatos de forma semelhante à economia (WERMUTH, 2017). Deste modo, cabe analisar a constitucionalidade e legalidade das audiências plenárias sob a ótica da noção de eficiência da justiça atuarial, tendo em vista as garantias fundamentais garantidas pelo sistema punitivo brasileiro e, ainda, as consequências da sociedade de vigilância que fiscaliza e persegue o tempo todo certos indivíduos considerados grupos de risco.

4.1 Sociedade de risco e seletividade do sistema penal segundo a Criminologia crítica

Na sociedade de risco, há uma conexão entre lógica de distribuição de riquezas e a distribuição de riscos na modernidade (BECK, 2010). Na "sociedade industrial" de Marx e Weber há uma legítima riqueza socialmente produzida que pode ser socialmente distribuída (BECK, 2010). Assim, seguindo a lógica daquela, quanto menos recursos o indivíduo tiver, mais ele se adequa ao grupo de risco.

Todavia, como refletido anteriormente, o sistema penal é direcionado aos grupos etiquetados como marginais. Assim, com base na teoria do risco, ao acrescentar leis e diminuir garantias penais com a finalidade de supostamente oferecer segurança à sociedade, estaria incentivando ainda mais a seletividade, tendo em vista que a população cujo direito penal visa não têm acesso à saúde, educação, entre outros direitos fundamentais que proporcionam uma vida digna.

Neste contexto, a solução dada pelo Direito Penal é restringir o direito à liberdade do indivíduo de modo a aprisioná-lo e, assim, garantir à sociedade que não há risco nas ruas. Contudo, como mencionado, os presídios no Brasil estão em crise da mesma forma que a própria economia do país. Destarte, por lógica, retirar o indivíduo de uma situação crítica e enviá-lo à uma situação pior ainda, gera revolta e um incentivo ainda maior à realidade separatista, já que é aplicado de forma distinta entre pessoas diferentes classes sociais (ANDRADE, 2002).

Portanto, o sistema que teria como finalidade prever o risco e oferecer segurança à população, na verdade, estaria se voltando contra a própria sociedade, já que o Estado não fornece recursos necessários aos grupos desfavorecidos e o aprisionamento pelo "mau comportamento" em sociedade não se revela efetivamente uma solução. Com base na Criminologia crítica, Andrade (2002, p. 86) acredita na seguinte solução para o caso:

> [...] a Criminologia crítica [...] sugere as seguintes estratégias de enfrentamento da questão criminal: a) interpretação separada dos fenômenos de comportamento socialmente negativo que se encontram nas classes subalternas e dos que se encontram nas classes dominantes, uma vez que os primeiros são expressões específicas das contradições que caracterizam a dinâmica das relações de produção e de distribuição, em determinada fase do desenvolvimento da formação econômico-social, na maioria dos casos uma resposta individual e politicamente adequada àquelas contradições, por parte de indivíduos socialmente desfavorecidos, enquanto os segundos devem ser estudados à luz da relação funcional que intercorre entre processos legais e processos ilegais da acumulação e da circulação do capital, e entre estes processos e a esfera política; b) ampliação e reforço da tutela penal, em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica, etc [...], assegurando-se uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos. [...] e) reverter na opinião pública a imagem de criminalidade produzida pelos meios de comunicação de massa, diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, revertendo, também, as relações de hegemonia cultural, com um decidido trabalho de crítica ideológica, de produção científica, de informação, fornecendo à política alternativa uma adequada base ideológica, sem a qual ela estará destinada a permanecer uma utopia de intelectuais iluministas.

Não obstante as soluções acima, ainda há três soluções cumulativas à estas mencionadas, quais são: a despenalização ao máximo de alguns tipos penais, substituindo-se a pena com sanções cíveis ou administrativas, além de privatizar conflitos na medida do possível e abolir a instituição carcerária com a prévia análise das funções dessa pena.

Além disso, existe uma proposta alternativa que propõe a criminalização da violação a direitos sociais, coletivos e difusos, a fim de garantir justiça na

distribuição dos meios de sobrevivência, além de desestimular a divisão de pessoas por "grupos de risco" ou classes distintas, tratando todos os sujeitos como iguais (ANDRADE, 2002).

4.2 Sociedade de risco e política criminal atuarial em audiência plenária

Ao contrário do que ocorre na prática, a finalidade da reincidência, assim como dos antecedentes criminais e da personalidade do agente, é individualizar a pena do indivíduo, como prevê o próprio art. 59 do Código Penal. Esses três elementos são mensurados de formas distintas, a fim de evitar um *Bis in Idem* no momento de aplicação da pena. Entretanto, em audiência plenária, no processo ocorrido na Ceilândia, mencionado anteriormente, os três foram utilizados como se fossem um único elemento – tão somente determinante para demonstrar o risco do réu à sociedade.

Neste contexto, ao afirmar que o acusado era um indivíduo que participava de gangue, que já havia sido preso e que, portanto, não importaria quem havia iniciado o tiroteio, a promotora estaria estimulando a condenação do indivíduo unicamente pelo histórico e pelo grupo social no qual ele pertence, incentivando a ideia de que o réu deveria ser condenado pelo risco que ele oferece e não para cumprir uma pena efetivamente.

Não obstante esse discurso, o argumento se fundou em fazer com o que a Ceilândia se tornasse um lugar mais tranquilo, fazendo os jurados crerem que aumentar a pena de um indivíduo – que já se encontrava preso – seria algo determinante para inexistir desvios naquele lugar.

Essa situação nos remete ao Brasil colônia mencionado no capítulo 1, em que a aplicação da pena para não cidadãos (índios e negros) poderia ser justificada meramente pela vida pregressa do indivíduo, independentemente da participação ou não no delito do caso concreto. Hodiernamente, isso fere gravemente o *in dubio pro*

reo, além de causar uma enorme insegurança jurídica ao sistema penal. Observa-se, desta forma, uma mentalidade arcaica e de retrocesso.

Outrossim, orientar os jurados com a ideia de que desviar das leis transforma o indivíduo em um "elemento do mal" e que, todavia, essa decisão está nas mãos deles, faz surgir um resultado sociopsicológico (BARATTA, 2011). Isso significa que condenando o réu, os próprios jurados se reafirmam como membros da sociedade de bem, se obrigando a seguir as leis e punir o mal (BARATTA, 2011), de forma a evitar um risco.

Por conseguinte, é possível concluir que há uma lógica estatal seguindo a ideia de que deixar o elemento do mal preso é sinônimo de proteção e precaução. Assim, quanto mais condenações, mais segurança se obtém. Este cenário nos remete à uma utópica política criminal atuarial, já que o número elevado de pessoas cumprindo pena apenas causa uma proteção psicológica – mormente por haver pessoas inocentes cumprindo pena e culpados absolvidos (AMORIM, 2006), devido a essa lógica.

Nas palavras de Dieter (2012, p. 21 - 22):

> A pretensão de domínio do risco – que surge com a teoria da probabilidade e se consolida no desabrochar da ciência estatística e seus especialistas, os atuários – seria, portanto, fundante da Modernidade, permitindo o salto tecnológico sem precedentes que a caracteriza. [...] Idealismos à parte, inegável que a lógica atuarial representa uma das mais óbvias expressões do processo de racionalização da vida social, ao colaborar na transformação do místico em científico. Pouco a pouco, a ideia de que o cálculo das probabilidades de sucesso deve ser o critério preferencial para orientar as ações sociais – ou, no mínimo, um elemento indispensável de análise – invadiu o cotidiano, constituindo-se hoje como padrão fundamental de racionalidade.

A *New Penology*, nos Estados Unidos, caracterizada pelo rompimento com modelo disciplinar do "Estado de Bem Estar Social" – Welfare State – surgiu a partir da década de 80 de modo a descartar a reabilitação social, gerando a indagação a respeito da preservação da prisão (DIETER, 2012).

Antes da década de 70, pesquisas já demonstravam que o presídio não era uma instituição efetiva para cumprir com a finalidade de ressocialização, independente do empenho do condenado, devido ao processo de prisionalização (DIETER, 2012) – cultura, tradições e valores criados dentro do cárcere pelos próprios detentos (BARRETO, 2006).

Todavia, após diversos cenários de políticas públicas criminais a respeito deste assunto, superlotações carcerárias – exigindo-se novas penitenciárias – e crise fiscal, surgiu a necessidade de se pensar a respeito de formas alternativas de controle social. Ao final do século XX, a finalidade daquelas deixou de ser meramente cumprir com as funções da pena, mas fazê-lo de forma eficaz e com o menor orçamento possível (DIETER, 2012).

Assim, Dieter (2012, p. 89) completa o pensamento:

> Reservando-se o espaço nas penitenciárias exclusivamente para condenados de alto risco e direcionando-se os demais para o controle panóptico desinstitucionalizado, não só se economizariam recursos gastos com prisionalização inútil, como também aumentar-se-ia o número total de vagas nos presídios em pouco tempo, aliviando-se a desumanidade provocada pela superlotação, já no médio prazo. Neste sentido, em busca por melhores resultados na relação custo/benefício do sistema de justiça criminal, a nova penologia propunha a substituição do "truth" pelo "smart sentencing": ao invés de penas conforme a culpabilidade, medidas de controle adequadas ao risco individual.

Desta forma, o nível do risco era medido de acordo com certos dados tais como reincidência específica, tempo de permanência no presídio nos últimos anos, antecedentes, uso de drogas na adolescência, desemprego nos últimos 2 anos, entre outros (DIETER, 2012). Percebe-se com estes prognósticos atuariais utilizados para classificar o risco do sujeito que há uma semelhança com os mencionados discursos de condenação nas audiências plenárias.

Da mesma maneira, jovens em situação de pobreza – que vivem em famílias com renda de até três salários mínimos – estão vulneráveis ao uso de drogas, à criminalidade e à violência (CASTRO; ABRAMOVAY, 2002). Eles se sentem

discriminados por morarem à margem da sociedade, em periferias, “pela sua aparência física, pela maneira como se vestem, pelas dificuldades de encontrar trabalho, pela condição racial e até pela impossibilidade de se inscreverem nas escolas de outros bairros.” (CASTRO; ABRAMOVAY, 2002, p. 157).

Contudo, é possível compreender, logicamente, que os prognósticos atuariais utilizados para classificar o risco de um indivíduo, quando desfavoráveis, se assemelham à situação de um sujeito que vive em condições precárias, reafirmando a ideia de Foucault cuja premissa é a de um Direito Penal voltado seletivamente aos marginalizados, sendo estes os grupos de risco.

5 CONCLUSÃO

O Tribunal do Júri é uma garantia intimamente relacionada ao republicanismo e à democracia, haja vista o próprio povo julgando seus iguais diante da violação de uma lei do povo. No que se refere a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, apesar da maior proteção a crimes relacionados a propriedade privada, não houve ainda uma abrangência, nem mesmo em caso de Latrocínio, cuja súmula 603 estabelece sua competência ao juiz singular.

Entretanto, esta não é uma competência absoluta. Observando as intenções das alterações do Tribunal do Júri durante os contextos históricos mencionados, entende-se que não faz mais sentido uma competência tão reduzida para o referido Tribunal, já que é um instrumento de manifestação democrática.

Contudo, tendo em vista outros fatores históricos, tais como a ascensão de um sistema penal preventivo e, por conseguinte, a propagação de uma mentalidade seletiva na população, há uma dificuldade em dosar se a democracia e a abrangência desta competência poderiam trazer mais benefícios ou malefícios à população desfavorável – pessoas cujo Direito Penal tem como maior alvo.

A justiça criminal atuarial busca uma eficácia, inclusive econômica, para o sistema penal por meio de dados estatísticos. Ela se relaciona com a teoria explorada

por Ulrich Beck de modo a medir o grau de risco que o indivíduo oferece, tendo como referência prognósticos atuariais que, geralmente, se enquadram aos de um indivíduo em situação precária.

Portanto, entende-se que as consequências da teoria do risco e a seletividade penal refletida sob a perspectiva da justiça criminal atuarial são fatores que influenciam diretamente no que tange à inconstitucionalidade e a ilegalidade na práxis do Tribunal do Júri por meio de discursos desenvolvidos mormente pelo Promotor de Justiça durante as audiências plenárias,

Neste cenário, a ofensa à Constituição é direta, tendo em vista a violação aos princípios do devido processo legal, in dubio pro reo e ampla defesa, já que acaba sendo mitigada. Além disso, de forma indireta há a violação de princípios infra constitucionais, como o da anterioridade e legalidade penais presentes no art. 1° do CP.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Marina Aragão de Paula. A soberania dos vereditos. **Justilex**, v. 5, n. 57, p.46-48, set. 2006. Disponível em: <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=direct&doc_number=000773581&local_base=SEN01>. Acesso: 07 jun 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de**. Verso e reverso do controle Penal (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 2.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECKER, Howard S. **Los extraños**: sociología de la desviación. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.

BEZERRA, Luís Antônio Alves. **O delito de homicídio na Lei Mosaica Religiosidade:**
teofania e aspectos sociojurídicos. 2013. 118f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) — Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia. 2013. Disponível em: < http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/863/1/LUIS%20ANTONIO%20ALVES%20BEZERRA.pdf>. Acesso em: 07 jun 2018.

BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. Origem, história, principiologia e competências do tribunal do júri. **Âmbito Jurídico. Processual Penal**. Rio Grande, v. 14, n. 86, p. 1 - 2. mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9185>>. Acesso em: 16 mar 2018.

BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**. Milão: Giuffrè, 2007.

CABRAL JÚNIOR, Luciano Roberto Gulart. A inconstitucionalidade da votação secreta do tribunal do júri. Revista Espaço Acadêmico. v. 16, n. 191, Abr, 2017. Disponível em:< http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/32653> Acesso em: 07 jun 2018.

CANO, Leandro Jorge Bittencourt; ANTUNES, Rodrigo Merli; SÁ, Alexandre de. **O tribunal do júri na visão do juiz, do promotor e do advogado**: questões práticas fundamentais. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

FERREIRA, Vera Lúcia Lopes. **Aspectos históricos do tribunal do júri ao longo do tempo e sua relevância par ao ordenamento jurídico brasileiro**. Jus, Artigos. Jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19314/aspectos-historicos-do-tribunal-do-juri-ao-longo-do-tempoe-sua-relevancia-para-o-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 16 mar. 2018.

FILÓ, José Luiz. **A defesa na prática:** o tribunal do júri. Campinas: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

HISTORIAZINE. **As ordálias da Idade Média, ou "o juízo de Deus"**. Jul. 2016. Disponível em: <https://historiazine.com/as-ordalias-da-idade-media-d090cbac4831>. Acesso em: 07 jun 2018.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal anotado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Linea Dayana Lopes; GUIMARÃES, Rejaine Silva. Direito penal no contexto da sociedade de risco: um desafio da pós-modernidade. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. v. 3, n. 1, p. 1-16. 2017.

MESTERS, Carlos. **Bíblia livro feito em mutirão**. São Paulo: Paulus, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOURA, Grégore Moreira. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri**: princípios constitucionais. São Paulo: Joarez de Oliveira, 1999.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 25. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

SILVA, Thays do Carmo da. **A seletividade do sistema penal no estado democrático brasileiro**: criminalização, preconceito e afronta ao princípio constitucional. 2014. 69 f. Monografia (Pós Graduação em Direito Penal e Controle

social) — Centro Universitário de Brasília, Brasília. 2014. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7822/1/51200989.pdf>. Acesso em: 07 jun 2018.

SOUZA, Karine Gabriela de. **Tribunal do júri**: O princípio da íntima convicção dos jurados em face à constituição federal de 1988. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasília, 2009. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/65/3/20524871.pdf.> Acesso em: 07 jun 2018.
STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práxis.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, 2017.

O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA DIANTE DA AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO

Marina Batista Viana

1 INTRODUÇÃO

Em primeiro plano, a Constituição Federal marca o período do Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico brasileiro, mormente em relação àqueles submetidos a um processo penal, tendo em vista ser o instrumento legítimo que permite ao Estado impor penas e restringir a liberdade individual. Do princípio da dignidade da pessoa humana, advém os princípios da igualdade, da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz e da presunção de inocência, que pretendem garantir um justo.

Especialmente no que se refere ao devido processo legal, é imprescindível que sejam asseguradas as garantias de exercício do contraditório, para que a defesa seja realizada de forma ampla, assim o juiz poderá buscar a verdade "real" e aplicar o direito de modo mais imparcial possível, o que ratifica o estado de não culpabilidade em que se encontram os acusados enquanto não transitada em julgado eventual condenação.

Na sequência, o segundo capítulo descreve como se opera, em linhas gerais, a persecução penal, quais diferenças e semelhanças entre os procedimentos e, tendo em vista o sistema misto, discussão fundamental é definir a partir de que momento se inicia a fase processual da persecução penal. Sobretudo no que se refere à primeira manifestação do acusado sobre as acusações que pesam contra si, levando-se em conta as principais previsões que estabelecem o ato de contraditar a denúncia

antes do Juízo de Admissibilidade e as causas que poderiam levar à rejeição da denúncia.

Finalmente, no último capítulo, são explanados prejuízos experimentados pelos réus, e de que modo o exercício do contraditório poderia minimizar esses danos, serão analisadas ainda decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que corroboram a relevância dessa resposta preliminar quando prevista em outros procedimentos especiais, além de abordar os efeitos processuais do recebimento da denúncia.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO PROCESSO PENAL

Além das garantias gerais relativas à Jurisdição, tais como "as prerrogativas da magistratura, a proibição de tribunais de exceção, a do duplo grau de jurisdição, a da imparcialidade do juiz e a da motivação das sentenças"[1], no que concerne ao processo penal, alguns enunciados oriundos de nossa Carta Magna mostram-se especialmente relevantes para direcionar os limites do poder punitivo do Estado, dentre eles: o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a presunção de não culpabilidade e a isonomia.

Ademais, há certos postulados que irão orientar o julgador na aplicação da lei penal ao caso concreto, tais como a imparcialidade do juiz, a busca pela "verdade real" e o princípio do *favor rei*.

2.1 O Processo no Estado Democrático de Direito

A palavra "Processo", em seu sentido jurídico, quer dizer uma sequência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica, com a finalidade de possibilitar ao juiz o julgamento de um caso[2]. Com relação especificamente ao processo penal, quando o indivíduo ataca ou ameaça bem jurídico relevante tutelado

[1] FILHO, GRECO, Vicente. *Manual de Processo penal.* 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.
[2] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2017.

pelo direito penal, nasce para o Estado o *jus puniendi*, ou seja, o poder-dever de punir.

A punição dos infratores é prerrogativa exclusiva do Estado uma vez que cada parcela da sociedade já renunciou um pedaço de sua liberdade individual em prol da convivência social e, portanto, cabe ao ente estatal a obrigação de defender os interesses coletivos, como bem enuncia Cesare Beccaria[3], na célebre obra "Dos Delitos e Das Penas". No entanto, modernamente, tratando-se de Estado Democrático de Direito, o *jus puniendi* possui limitação definida pela Constituição, na medida em que o *jus libertatis* do suposto autor do fato deve ser especialmente tutelado[4].

Um Estado Democrático de Direito, é aquele no qual "os direitos fundamentais devem ser preservados como uma garantia institucional intrínseca a um regime constitucional de limitação de poderes e do arbítrio"[5]. O termo "Democrático" qualifica o Estado na medida em que prevê processos de participação amplos o suficiente para que a vontade esteja direcionada aos interesses da população e assim representada nas competências estatais[6]. Por sua vez, Estado de Direito quer dizer que se baseia na lei, na norma e no processo de construção legislativa, conforme conteúdo da Carta Magna[7].

Oportuna é a lição de José Afonso da Silva sobre o que representa um Estado Democrático de Direito[8]:

---

[3] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Moraes. E-book, 2001.

[4] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*. 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

[6] MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

[7] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.

[8] DA SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.173 p.15-34. Jul. Set. 1988.

> A democracia que o Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo [...]; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias [...] e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Convém destacar o posicionamento do célebre doutrinador Eugênio Pacelli[9] acerca da concepção de Estado Democrático de Direito:

> A noção de Estado Democrático de Direito orientada pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Com a promulgação da Carta Magna em 1988, chamada de "Constituição Cidadã"[10], a dimensão processual do ordenamento jurídico brasileiro passou a ser interpretada de modo a resguardar direitos individuais e sociais, tais como a inafastabilidade da prestação jurisdicional, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e a presunção de não culpabilidade, conforme estabelecido em seu art. 5º[11]. Além do imperativo, exposto no próprio *caput* do art. 5º do texto

[9] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

[10] PROMULGAÇÃO DA CARTA MAGNA, 5 de outubro de 1988. *Discurso Proferido por Ulysses Guimarães*. Publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf >. Acesso em: 19 jun. 2018.

[11] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.

constitucional, o qual enuncia que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", prezando pela isonomia.

O disposto na Constituição atual não deixa dúvidas quão indispensável se mostra a vinculação da aplicação do Direito Processual Penal à salvaguarda e à realização dos direitos humanos, posto que fundamentais.[12] Ademais, por um lado o processo penal é o instrumento que concretizará o direito de punir do Estado em face daquele que violou as normas penais – caráter sancionatório e repressivo e por outro, se mostra um importante mecanismo de conter o poder punitivo estatal, que visa garantir as liberdades públicas, de modo a efetivar os valores políticos da democracia[13].

Diz-se então, que com o amparo constitucional, o processo penal permite assegurar aos indivíduos que nenhuma condenação ou pena serão impostas a não ser por meio do devido processo legal, com a observância de todas as garantias individuais contidas – direta ou indiretamente – no Texto[14], consoante voto de relatoria do excelso Ministro Celso de Mello[15]:

> [...] o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

[12] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[13] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª edição. São Paulo, Atlas: 2014.
[14] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª edição. São Paulo, Atlas: 2014.
[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 73.338 – RJ. Primeira Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de agosto de 1996. Pub. DJ: 19/12/1996.

2.2 Princípios e Garantias Constitucionais no Processo Penal

Justamente pelo grau de abstração dos comandos inseridos no Texto da Constituição, devem ser estabelecidos critérios mínimos para dirimir conflitos que envolvam violações a garantias fundamentais[16]. Dessa forma, a interpretação das disposições legais a partir dos princípios é indispensável para direcionar o olhar do julgador no momento de aplicação das leis penal e processual penal.

2.2.1 O Devido Processo Legal

O art. 5º, LIV da Constituição Federal assevera que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", ou seja, garante que os acusados terão direito a um julgamento conforme as leis[17]. É o devido processo legal "que dá fundamento a todo o sistema processual penal"[18].

Por sua vez, o processo penal deve ser visto como uma forma de garantia ativa e passiva[19]: ativa na medida em que, diante de alguma ilegalidade o indivíduo consegue dele se utilizar para reparar essa violação; e passiva porquanto obsta a realização de "justiça pelas próprias mãos" e dá ao acusado a possibilidade de defender-se da incriminação feita pelo Estado, o qual não pode invadir a esfera de liberdade individual sem o devido processo legal.

Ademais, a doutrina divide o devido processo legal entre material e formal[20]. O primeiro revela-se como garantia de que os direitos fundamentais da pessoa serão

[16] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[17] ANTÔNIO ALBERTO MACHADO (2008), em sua obra sobre o Processo Penal elucida que o "devido processo legal tem sua origem remota no *law of the land* da Magna Carta de João Sem Terra de 1215, mas a sua formulação expressa se deu na *Petition of Rights* de 1628, cujo art. 39 prescrevia: "nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país".
[18] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal.* 6ª ed. São Paulo, Atlas: 2014.
[19] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva: 1997.
[20] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2005.

respeitados pelo Estado, o qual não poderá ser arbitrário e se utilizará de medidas proporcionais e razoáveis para exercer seu *jus puniendi*. Já o segundo refere-se à obrigação estatal de observância das regras legais, uma vez que, como bem observa CANOTILHO, "a pessoa tem o direito de exigir que a privação do seu direito seja feita segundo um processo especificado em lei, havendo a observância das diversas prerrogativas inerentes ao processo criado para a aplicação da medida privativa[21]".

Porquanto o ordenamento jurídico prevê como regra a liberdade dos indivíduos, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei[22]" e, mormente em relação as restrições de liberdade oriundas de delitos, além da prévia cominação da pena e da descrição do tipo penal, se faz imprescindível a submissão da pessoa ao devido processo legal – ou melhor, a "submissão do Estado, pois é ele que está impedido de impor penas sem o instrumento legítimo para tanto (JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, 1975)[23].

Para AURY LOPES JR., o que pode traduzir a íntima relação entre as garantias do sujeito passivo e o poder de punir do Estado é o "Princípio da Necessidade", uma vez que:

> [...] o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal [...].

Dessarte, o devido processo legal é a garantia de um processo justo e está composto por alguns fatores legitimantes, como a ampla defesa e o contraditório[24], os quais devem ser assegurados, pois, para que haja privação da liberdade, os

[21] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5 ª ed. Coimbra: Editora Almeida, p. 955. (Apud) BRITO, Alexis de, FABRETTI, Humberto Barrionuevo, LIMA, Marco Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2015.
[22] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.
[23] GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 4ª ed. São Paulo, Saraiva: 1997.
[24] GRINOVER, Ada Pelegrine. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

sujeitos da relação processual penal – Juiz, Ministério Público e Acusado – devem obedecer às formalidades previstas nas leis, já que nem mesmo o conformismo com a acusação não afasta a obrigatoriedade e indisponibilidade do processo[25].

2.2.2 O Contraditório

Apesar de integrarem o mesmo enunciado constitucional, o contraditório e a ampla defesa não se confundem[26], na medida em que o contraditório é o postulado que permite a participação de ambas as partes no processo de formação do convencimento do juiz, enquanto que a ampla defesa, tópico seguinte deste trabalho, se destina precipuamente ao acusado (BADARÓ,)[27].

A acusação (que representa o poder punitivo do Estado) e a defesa (a qual expressa a liberdade do acusado e impede as penas arbitrárias e exageradas) são as partes que integram um processo penal (como regra), às quais deve ser aplicado o princípio do *audiatur et altera pars*, e que portanto, serão ouvidas pelo juiz com imparcialidade[28].

O contraditório, por decorrência do sistema acusatório de persecução penal, assegura "a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los"[29], de modo a permitir a participação das partes na formação do convencimento do juiz[30] e garantir a paridade de armas, na busca por uma equidade processual[31].

---

[25] BRITO, Alexis de, FABRETTI, Humberto Barrionuevo, LIMA, Marco Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2015.
[26] BRITO, Alexis de, FABRETTI, Humberto Barrionuevo, LIMA, Marco Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2015.
[27] Badaró, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2017.
[28] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017..
[29] MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. Princípios fundamentais do processo penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. (apud) LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2014.
[30] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal, 6ª edição*. Atlas, 01/2014.
[31] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Desse modo, exige-se que o contraditório possibilite ao acusado, além do acesso à informação sobre os atos praticados, também a oportunidade de "resposta na mesma intensidade e extensão[32]", ou seja, é imprescindível uma participação simétrica (GONÇALVES, 1992, p. 127) [33], uma vez que constitui pressuposto de validade do processo, já que a sua inobservância, quando configurar prejuízo ao acusado, é passível de decretação de nulidade absoluta[34].

Há que se ressaltar que contraditório não é apenas "contradizer" a acusação, não é somente o debate processual sobre o direito material, mas, sobremaneira, é a igualdade de oportunidade e tratamento no processo. É a simétrica paridade de participação processual entre o Estado e o acusado[35].

Tendo em vista que a estrutura dialética permite uma análise mais profunda sobre o caso criminal, esse mecanismo poderá ser crucial para a formação do convencimento do julgador, diante das contrapostas teses de argumentação acerca dos fatos e da aplicação do direito[36].

Na lição de Niklas Luhmann[37], a legitimidade do processo depende "da informação, da participação e das "probabilidades de obter decisões satisfatórias", conferidas às partes que serão afetadas pela decisão ao fim do procedimento. Logo, a decisão judicial que se alicerça na participação efetiva dos interessados provavelmente tem maior verossimilhança com o evento criminal e assim, melhor aplicabilidade do direito[38].

[32] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[33] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[34] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[35] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
[36] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[37] LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: UNB: 1980.
[38] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Cabe aqui destacar que, apesar das divergências doutrinárias (AURY LOPES JR., 2017)[39], como regra, o princípio do contraditório passa a vigorar em sua plenitude na fase processual da persecução penal, no entanto, no inquérito policial – mesmo se tratando de um procedimento administrativo – existe a possibilidade de exercício do contraditório diferido, quando o juiz, segundo art. 155 do CPP, poderá utilizar as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas[40]. E mesmo que sobrevenham controvérsia quanto ao marco do início da ação penal, a tese do começo da fase judicial com o oferecimento da denúncia nos parece mais aceitável[41] – no capítulo seguinte serão tecidas maiores explicações acerca do tema.

O contraditório trata-se, portanto, juntamente com a ampla defesa, de garantia fundamental de imparcialidade e legitimidade da prestação jurisdicional, visto que sem o diálogo prévio ao pronunciamento judicial – o qual tornará um "acusado" em "réu" – a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta[42].

2.2.3 A Ampla Defesa

Juntamente com o contraditório, o direito de defesa possui relação intrínseca com o devido processo legal, já que, iniciada a persecução penal, deve ser permitido ao acusado ciência dos fatos a ele imputados na denúncia e dos atos processuais, oportunidade de contraditá-los e de se manifestar oportunamente, apresentação de provas, além da inafastável assistência técnica realizada por defensor[43].

[39] Entende que a afirmação de que não existe contraditório no inquérito policial é reducionista, na medida em que o indiciado tem garantia de "acesso" aos autos da investigação (resguardados os limites do "binômio publicidade-segredo"), além de que, a previsão constitucional fala em "acusados em geral" o que denotaria o sentido amplo da abrangência.

[40] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[41] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal.* 6ª ed. São Paulo, Atlas: 2014.

[42] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[43] FILHO, GRECO, Vicente. *Manual de Processo penal.* 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

O princípio da ampla defesa apresenta-se também como uma garantia coletiva, posto que a sociedade tem interesse na negativa de punição das pessoas que não são passíveis de responsabilização penal, tendo em vista os direitos e as liberdades individuais[44]. Nesse sentido, MORENO CATENA[45] corrobora que a defesa técnica, além de ser uma "autoproteção do sistema processual penal" se apresenta como um "imperativo de ordem pública".

Dentro do conceito de ampla defesa existem alguns aspectos a serem considerados, entre eles, a autodefesa e a defesa técnica, sendo essa uma garantia da paridade de armas no debate processual, enquanto que aquela refere-se a atuação do próprio acusado, ativa ou passivamente – como exemplo emblemático, tem-se que o silêncio não pode ser utilizado em seu desfavor[46]. Ademais, a ampla defesa realiza-se também por meio da *defesa efetiva* e pela possibilidade de demonstrar a inocência do acusado por *qualquer meio de prova* hábil[47].

Diante da hipossuficiência presumida do sujeito passivo no processo penal impõe-se a assistência jurídica de uma pessoa com instrução em Direito que vai elaborar uma defesa dos interesses do acusado[48], uma vez que o indivíduo não possui conhecimento técnico suficiente para enfrentar por si só a pretensão punitiva do Estado, o qual conta com representantes da Acusação e autoridades policiais com instrumentos físicos, financeiros e jurídicos para acusar e investigar eventual autor de fato criminoso.

A imprescindibilidade da defesa técnica, além de encontrar previsão constitucional, consagra-se no art. 263 do CPP, o qual enuncia que se o acusado não constituir um advogado particular de sua escolha, lhe será designado um pelo Juízo, ou da Defensoria Pública, ou dos Núcleos de Prática Jurídica das Universidades ou

[44] FOSCHINI, Gaetano. *L'Imputato*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956. p. 26. (apud) JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[45] *CATENA, Víctor M Moreno. La Defensa en el Proceso Penal. Madrid, Civitas, 1982. p. 112. (apud) LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017*.
[46] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[47] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal.* 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[48] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

um advogado por nomeação[49]. Outrossim, Tal garantia é tão indispensável ao processo penal que, caso se desenvolva sem a atuação de um defensor, será considerado irremediavelmente nulo, nos termos da alínea "c", do inciso III do artigo 564 do CPP[50].

Apesar de ser facultado ao acusado o exercício ou não da autodefesa[51], é irrenunciável a defesa técnica pois além de ser garantia da justiça criminal, há um interesse público de que a todos seja assegurado o efetivo contraditório a fim de se obter uma solução justa, conforme ilustra o voto do excelso Ministro Hélio Barbosa[52]:

> Com efeito [...], o direito à ampla defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou seu representado, seu advogado ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita o cometimento da infração e queira cumprir a pena. Noutra senda, o respeito ao devido processo legal também interessa ao Estado, representado na figura do parquet, na medida em que busca o esclarecimento dos fatos, não punindo o inocente.

Além de necessária a existência da defesa técnica, ela deve ser efetiva[53]. O simples fato de haver um defensor constituído ou nomeado não pode ser suficiente para caracterizar a efetividade da defesa do acusado. É imprescindível que haja fundamentação nas peças processuais, expressamente disposto no parágrafo único do artigo 261 do CPP[54], pois caso contrário, a defesa seria meramente formal e não atingiria seu objetivo de assegurar ao acusado as garantias constitucionais.

Sendo assim, a ampla defesa, especialmente defesa técnica, se apresenta como essencial em um sistema de justiça criminal, na medida em que os acusados

---

[49] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[50] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[51] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

[52] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 42496* – SP. Sexta Turma. Relator: Ministro Hélio Barbosa. Brasília, 19 de maio de 2005. Pub. DJ: 06/06/2005.

[53] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

[54] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

terão o direito de tomar ciências dos atos em tempo hábil de apresentar outra versão às imputações, de modo a permitir um contraditório eficaz, que levará a um julgamento em conformidade com o texto constitucional.

2.2.4 A Verdade "Real"

Dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica, que tutela e protege a liberdade das pessoas em geral, é a incidência da norma penal sobre o indivíduo, suposto autor do fato criminoso, deverá recair somente quando não restarem dúvidas acerca da materialidade e da autoria do fato criminoso, uma vez que a restrição é a exceção e a liberdade é a regra[55], tal qual assevera o notável Min. Celso de Mello:

> A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. [...] A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine* judicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.

Por ser inviável a exata reconstrução de evento criminoso passado, dentro do processo penal não é possível atingir a completa certeza sobre o ocorrido, então fala-se em "verdade processual" – "construída dentro do processo, utilizando as provas, as oportunidades processuais e a argumentação", e não "verdade real"[56]:

> No fundo, o princípio da verdade real significa apenas que a prova no processo-crime deve reconstituir os fatos com o maior grau de veracidade possível, ou seja, com satisfatório grau de certeza ou verossimilhança, já que a verdade pura e

[55] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 73338 – RJ. Primeira Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de agosto de 1996. Pub. DJ: 19/12/1996.
[56] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª edição. São Paulo, Atlas: 2014..

> absoluta, por fazer parte do passado, é mesmo impossível de ser restabelecida.

Ademais, esse princípio assegura que, dentro do processo criminal não é permitida a presunção de culpa ou dolo do acusado e nem mesmo a confissão do acusado basta para afastar a necessidade de comprovação do delito, segundo estabelece o 158 do CPP[57], o que significa que os fatos devem ser suficientemente provados para que o juiz possa utiliza-los na sentença[58]. Inclusive conforme lição de Ada Pelegrini, só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal, ou seja, quando não dispõe de meios para assegurar a verdade real[59].

Esse princípio da verdade real, no entanto, não é absoluto, uma vez que deve sempre ser observado o respeito à dignidade humana, sendo, por exemplo, vedadas as provas obtidas ilicitamente. Ademais, com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, respectivamente[60], se tratando de infração penal de menor potencial ofensivo, o legislador admite a possibilidade de consenso entre o Estado (através do representante do Ministério Público) e o acusado (suposto autor do fato), sem haver a necessidade de comprovação das acusações através de prova produzidas em Juízo.

Em nosso ordenamento jurídico, encontra-se vigente o sistema do livre convencimento motivado, chamado também de sistema da persuasão racional[61], uma vez que o magistrado tem liberdade na valoração das provas produzidas pelas partes, ou seja, apesar de não haver vinculação necessária entre a decisão judicial e os elementos de prova que foram trazidos para o processo, o juiz não poderá ignorá-los

[57] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.
[58] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª edição. São Paulo, Atlas: 2014..
[59] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
[60] BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2018.
[61] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo, Atlas: 2014.

pois é dever constitucional, conforme assegura o inciso IX do artigo 93 da CF[62], fundamentar seu entendimento com base nas informações colhidas durante a persecução penal.

Destaca-se ainda, que existem dispositivos – artigos 156, 196, 616 e 209, caput, do CPP[63] – que consagram o referido princípio da verdade real, na medida em que asseguram ao magistrado a iniciativa em determinar providências para buscar esclarecimentos sobre ponto relevante ao julgamento do mérito da causa, tais como ordenar "a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes", "proceder a novo interrogatório de ofício" ou ainda "ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes".

Ora, se faz necessário que o julgador não se atenha aos relatos contidos na exordial apresentada pela acusação, sendo vedada a presunção de que correspondem à realidade, devendo submeter à análises antagônicas para eventual confirmação dos fatos controvertidos a fim de estabelecer efetividade ao processo "enquanto instrumento de pacificação social"[64]. Observa-se aqui o princípio do contraditório, anteriormente tratado neste trabalho.

Portanto, como regra, uma vez que no processo penal se trata do direito indisponível de liberdade de locomoção, o Estado deve investigar a verdade dos fatos, quem realmente os praticou e em quais circunstâncias foram cometidos. Para tal investigação e posterior julgamento devem ser estritamente observadas as normas procedimentais, de modo a não violar esse precioso direito do indivíduo.

2.2.5 A Imparcialidade do Juiz

[62] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

[63] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

[64] BRITO, Alexis de, FABRETTI, Humberto Barrionuevo, LIMA, Marco Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2015.

Uma vez que o Estado é o responsável por administrar a Justiça em substituição aos interesses privados – inclusive no artigo 345 do Código Penal, prevê como criminosa a conduta de exercer as razões por conta própria[65] – exige-se um distanciamento equânime de ambas as partes (acusação ou defesa), pois o julgador deve se preocupar em encontrar a – já abordada – verdade "real" dentro do processo. Conforme oportuna lição de AURY LOPES JR.:

> [...] O Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados. Assim, a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça.

Já que "não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena" devem assegurados os direitos de exercício do contraditório e da ampla defesa, de modo a fortalecer a imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem as partes, mais isento poderá permanecer o julgador[66].

Ademais, a imparcialidade do juiz tem íntima correlação com o sistema acusatório de persecução penal, na medida em que a Constituição Federal, no inciso I do artigo 129, conferiu exclusivamente ao Ministério Público a titularidade das ações penais públicas[67], demonstra a retirada do juiz do papel de acusador penal, e por conseguinte, cabe ao juiz a função precípua de analisar provas dos fatos trazidos à baila a fim de aplicar a devida pena ao acusado, de modo imparcial[68].

---

[65] BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

[66] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

[67] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 jun. 2018.

[68] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2017.

Inclusive, a fim de conferir maior efetividade ao princípio da imparcialidade do magistrado, foram estipuladas no artigo 95 da Constituição Federal[69], garantias aos juízes com o propósito de afastar eventuais influências políticas sobre a decisão a ser prolatada, uma vez que o escopo da prestação jurisdicional é o compromisso com a verdade dos fatos[70].

Além da adoção do sistema de livre convencimento da apreciação das provas, no qual não há hierarquia entre os elementos de prova colhidos e nem imposições legais quanto a sua valoração – basta que o julgador exponha os motivos que o levaram à tomada daquela decisão – de modo a assegurar que o julgamento imparcial não seja comprometido[71]. Ainda são estabelecidos alguns diplomas legais que impõem como regra o afastamento do julgador que por alguma razão encontre-se interessado no julgamento do caso, tornando-se suspeito ou impedido de atuar, em harmonia com os artigos 252 a 256 do CPP[72].

2.2.6 A Presunção de Não Culpabilidade

Durante a Inquisição promovida pela Igreja Católica, Na Idade Média, havia uma presunção de culpabilidade do acusado, na medida em que a dúvida era suficiente para embasar uma condenação. Contudo, após a Revolução Francesa, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem consagra a presunção da inocência como uma garantia do ser humano[73].

---

[69] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 jun. 2018.

[70] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

[71] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal.* 11ª ed. São Paulo, Saraiva: 2016.

[72] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

[73] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2002.

No Brasil, a premissa de que "todo indivíduo é inocente até que se prove o contrário" encontra respaldo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos[74] (da qual é signatário) e o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória";[75] coadunam-se com a adoção do sistema acusatório de persecução penal, que evidencia a proteção da não culpabilidade dos acusados[76], princípio visto pressuposto lógico do processo penal moderno[77].

Segundo FERRAJOLI, o processo penal é o mecanismo através do qual o Estado exerce a jurisdição a fim de obter provas necessárias para a condenação da pessoa que cometeu um delito e aplicar-lhe a pena prevista no texto legal. Ora, até que sejam produzidas regularmente provas que atestem a autoria do indivíduo, ele não poderá ser considerado culpado[78].

Segundo o pensamento do louvável BECCARIA, a seu tempo já apontava que um homem só deveria ser considerado culpado após a sentença de um juiz, pois só assim a sociedade poderia retirar dele a proteção pública, uma vez confirmado que ele decidiu violar as normas gerais de conduta. Esse princípio, seria uma opção pela defesa dos inocentes, ainda que coexista a impunidade de alguns culpados, pois é de maior interesse do corpo social que todos os inocentes sejam protegidos, nada obstante, alguns transgressores não serem condenados[79].

Os cidadãos sofrem perigo por possível cometimento de práticas delituosas uns contra os outros, mais ainda estão vulneráveis quanto ao arbítrio estatal no

[74] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, San José, Costa Rica. Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica").
[75] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.
[76] VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
[77] AMILTON BUENO DE CARVALHO. Lei para que(m)? Rio de janeiro, Editora Lumen Juris: 2001.
[78] FERRAJOLI, op. Cit.
[79] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Moraes. E-book, 2001.

momento de aplicação das sanções. Isso faz com que a presunção de não culpabilidade figure não somente como garantia de liberdade individual, mas também uma defesa social em combate ao alvedrio punitivo do Estado[80].

Destaca-se que a situação jurídica de inocência impõe ao Estado a observância de duas regras em relação ao acusado: uma de tratamento, que ele jamais deve sofrer restrições às liberdades individuais com base na mera possibilidade de condenação, e outra de caráter probatório, pois o ônus de provar a existência do delito e sua autoria cabe exclusivamente à acusação[81].

Com relação à postura do magistrado, ele deve se manter o mais imparcial possível e levar em consideração o referido princípio de modo a evitar uma postura inquisidora, levando em conta que presumidamente, o acusado não é culpado enquanto não se encerrar toda a instrução criminal. Portanto, devem ser resguardados ao máximo os direitos e garantias individuais, principalmente a liberdade, o exercício do contraditório e da ampla defesa[82].

Ademais, malgrado o dissenso doutrinário[83], ao proferir a sentença, o juiz só deve se posicionar pela condenação caso seja inequívoca a materialidade do crime e a autoria (ou participação) do acusado, pois sobre o acusado – qualquer que seja ele ou o fato criminoso a ele imputado – recai o manto da inocência.

Extrai-se da leitura do Código de Processo Penal a compatibilidade com a referida previsão constitucional, já que o julgador, consoante redação dos incisos V e

[80] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Moraes. E-book, 2001.
[81] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[82] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2014.
[83] O célebre doutrinador Paulo Rangel defende que: " A Constituição não presume a inocência, mas declara que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". [...] O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta juris tantum, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a [...] reforma (ou não) da sentença pelo tribunal. Dessa forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Nesse momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência". RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2017.

VII do artigo 386 do CPP, diante da insuficiência de provas para condenação, deve absolver o acusado[84]. E mais, perante órgão colegiado do tribunal, caso haja empate na votação de recurso e a dúvida paire entre a liberdade ou a prisão do acusado, será privilegiada a primeiro opção, de acordo com o estabelecido no parágrafo primeiro do art. 615 do CPP[85].

Para além disso, a presunção de não culpabilidade encontra-se consolidada em nosso ordenamento jurídico, leia-se, no *caput* do artigo 156 do CPP, tanto é que o ônus de provar o que se alega incumbe ao órgão de acusação[86], não se configura dever do denunciado fazer prova de sua inocência. A partir daí também se extrai o "direito de não se auto acusar", o "direito ao silêncio" – do latim, *nemo tenetur se detegere* – na medida em que o silêncio do acusado, segundo o artigo 186 do CPP, não será considerado confissão ficta nem poderá ser empregado para prejudicar sua defesa[87] – apesar da curiosa previsão do artigo 198, que permite o convencimento do julgador em qualquer sentido[88].

Logo, os operadores do direito, diante de dúvidas a respeito de alguma situação fática que pese contra o denunciado, ou ao se depararem com uma norma ambígua, devem fazer a interpretação mais benéfica a sua condição – de modo a priorizar a liberdade e o estado de inocência – conforme estabelece a Carta Maior, princípio que se apresenta como uma máxima dentro do Estado Democrático de Direito.

2.2.7 A Isonomia

[84] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.
[85] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.
[86] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.
[87] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.
[88] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

O princípio da igualdade emana do *caput* do art. 5º da Constituição Federal[89], o qual preceitua um tratamento igualitário: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Apesar das diversas noções de igualdade, dada a fluidez do conceito, é possível enxergá-la por duas óticas: a formal, que pode ser mera ficção jurídica, na medida em que evidentemente nem todos são iguais, desigualdade ignorada pelo legislador; e a dinâmica, no sentido em que cabe ao Estado suprir essas desigualdades para transformá-las em igualdade real[90].

De acordo com a lição de TUCCI, devem ser consideradas as diversidades dos indivíduos para que o tratamento igual a pessoas distintas não leve a injustiças. Na mesma esteira de raciocínio, tratar de modo diferenciado aqueles que se encontram em situações jurídicas semelhantes seria incorrer em iniquidade[91]. No processo penal, conforme ensinamento de SCARANCE, exige-se igualdade de tratamento entre aqueles que se encontram na mesma posição jurídica[92], por exemplo, toda pessoa acusada penalmente pela suposta prática de fato criminoso, em tese, deveria possuir as mesmas oportunidades de defesa.

No entanto, de modo a assegurar a paridade entre os sujeitos do processo penal, a lei assegura que, ao contrário da intimação de advogado particular realizada por publicação oficial, a do Ministério Público e do defensor nomeado será sempre pessoal, conforme assegurado pelo parágrafo quarto do artigo 370 do CPP[93]. A medida não viola o princípio da isonomia, pois visa alcançar a igualdade real entre as partes, já que os membros do Ministério Público, Defensores Públicos e advogados nomeados, têm o dever de ofício, de atuar em todas as causas

[89] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

[90] LEAL, Germana da Silva. *Concretização da Igualdade Material e Políticas Públicas: Visão do Supremo Tribunal Federal*. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 173-191, abr. 2013.

[91] TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

[92] FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2010.

[93] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018..

distribuídas, sem a possibilidade de seleção funcional, diferentemente dos procuradores particulares que optam pela representação em feitos segundo seus interesses profissionais[94].

Do mesmo modo, são admitidas distinções entre os próprios acusados, a depender de particularidades, tais como a condição de problema mental que garante aos acusados, assistência por curador, de acordo com o artigo 151 do CPP[95], ou ainda, para os que não possuem condições financeiras de custear defesa particular lhes é assegurada "assistência jurídica integral e gratuita", consoante a redação do inciso LXXIV do artigo 5º do Texto Constitucional[96].

Outrossim, se mostra razoável que alguns acusados, por uma questão de segurança em razão da atividade exercida, recebam o benefício da prisão (provisória) especial[97], como é o caso de figuras políticas – governantes e representantes legislativos, magistrados, membros do Ministério Público e integrantes das carreiras policiais – listadas no rol do artigo 295 do CPP. Contudo, ainda é difícil encontrar justificativa plausível para um rol tão extenso de beneficiados, em especial no que se refere aos quais portadores de diploma universitário[98].

Convém destacar que o processo penal brasileiro tem atingido apenas a dimensão formal da isonomia entre as partes, uma vez que a imensa maioria dos acusados, provém de classes populares e não gozam de recursos suficientes para custear uma defesa efetiva em ações penais. Muitas vezes incapazes financeiramente

[94] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª edição. Atlas: 2014..
[95] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.
[96] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.
[97] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.
[98] FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2005.

de constituir defensor particular, solicitar produção de provas periciais ou realizar contraprova robusta[99].

Ademais, é exigível a igualdade de armas entre as partes processuais, assegurando-se o equilíbrio de forças entre acusador e denunciado, para a justa formação do convencimento do magistrado[100]. Numa relação processual penal, acusação e defesa devem ter oportunidades similares de se manifestar, ter ciência dos atos, chance de contraditar alegações feitas.

Não obstante, deve-se suprir o desnível de forças que afeta precipuamente o acusado, que é o alvo da ação penal, sujeito que possui seu direito de liberdade colocado em cheque, em oposição ao Ministério Público o qual possui representantes instruídos e contam com o aparato estatal[101]. Sendo assim, não existe ofensa ao princípio constitucional da igualdade na possibilidade exclusiva de revisão criminal possível *pro reo*, prevista apenas para os indivíduos, conforme disposição do artigo 623 do CPP[102], excluindo-se a viabilidade de tal ação *pro societate*.

Ressalta-se ainda que, além da disparidade de recursos para assegurar a igualdade de interferência no processo penal entre os sujeitos ativo e passivo, dado o extenso poder do Estado perante os indivíduos[103], existe outra faceta de desequilíbrio que refere-se ao tratamento dispensado entre os diferentes "tipos" de acusados.

Percebe-se inegável desigualdade processual e de certo modo, perpetuação de privilégios no sistema jurídico, pois, enquanto que, no procedimento para julgar funcionários públicos por crimes funcionais e pessoas com foro especial perante Tribunais, há expressa previsão de contraditar a denúncia antes de ser recebida – de modo a salvaguardar a presunção de não culpabilidade, levando-se em conta o notório prejuízo social e psicológico que experimenta o acusado diante da

[99] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª ed. São Paulo, Atlas: 2014.
[100] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª ed. São Paulo, Atlas: 2014.
[101] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª ed. São Paulo, Atlas: 2014.
[102] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.
[103] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal, 14ª edição*, Editora Saraiva, 2017.

transformação do seu *status* processual para "réu"[104] – denunciados menos favorecidos financeiramente somente podem se manifestar sobre a acusação após seu recebimento, logo, não possuem a oportunidade exercer a defesa processual antes de se tornarem réus, segundo atual interpretação do artigo 396 do CPP[105].

Nos capítulos seguintes será abordado o iter processual de alguns procedimentos criminais, em especial do procedimento comum ordinário, com enfoque no momento em que cabe à defesa se opor pela primeira vez à acusação criminal que pesa contra o indivíduo. Ainda se dissertará sobre como a ausência do contraditório prévio ao recebimento da acusação de modo irrestrito, configura-se frontal desrespeito à ordem constitucional e também serão tratados os motivos que justificam a imprescindibilidade do referido ato para garantir os direitos dos acusados conforme expostos nesta parte do trabalho.

3 OS PROCEDIMENTOS DE PERSECUÇÃO PENAL

Para que uma pessoa seja declarada culpada pelo cometimento de um crime, ela deve ser submetida a um processo judicial. O processo penal é o instrumento através do qual o Estado é legitimado, dentro dos limites constitucionais, a impor sanção prevista lei, de modo a restringir certas liberdades individuais, observando-se que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"[106].

A persecução penal será conduzida de acordo com as normas estipuladas pelo legislador, de modo a assegurar os direitos e preservar as garantias dos acusados, conforme já explanado no primeiro capítulo deste trabalho. No entanto, ainda há diferentes maneiras de conduzir um processo criminal, a depender da pessoa acusada, do crime cometido ou da quantidade de pena cominada em abstrato.

---

[104] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal, 14ª edição*. Editora Saraiva, 2017.

[105] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

[106] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

3.1 O Processo Penal

Convém discorrer breve explicação acerca da teoria do direito processual penal, a qual, consoante PICARDI ergue-se sobre a tríade ação-jurisdição-processo[107]. Quanto à ação, ela é o direito de acusar, sendo este público, autônomo, abstrato e conexo ao caso penal. A jurisdição, além da concepção de poder-dever estatal, mostra-se como um direito fundamental[108]. No que se refere ao processo, este é concebido como "um conjunto de situações processuais dinâmicas [...], pelas quais as partes atravessam rumo a uma sentença" [109].

O processo penal de conhecimento possui como função substancial apurar quem tem razão em face do direito, ao mesmo tempo em que adequa as consequências jurídicas previstas, enquanto que o processo de execução penal, pretende satisfazer o comando já declarado em sentença[110].

A fim de se obter um provimento jurisdicional adequado e em conformidade com a lei, as regras de processamento – que podem estar previstas no Código de Processo Penal ou em legislação penal extravagante – devem ser estritamente observadas pelos sujeitos processuais. Ao conjunto de formalidades reguladoras do processo, dá-se o nome de procedimento, que é o itinerário pelo qual devem percorrer a pretensão acusatória e a resistência defensiva[111].

O modelo de persecução penal adotado nas legislações processuais influenciará diretamente na morfologia do procedimento a ser seguido. Apesar de algumas divergências doutrinárias relevantes[112], no Brasil, pode-se dizer que o

[107] FILHO, GRECO, Vicente. *Manual de Processo penal.* 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.
[108] Art. 5º, CF. BRASIL. 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 mar. 2018.
[109] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[110] FILHO, GRECO, Vicente. *Manual de Processo penal.* 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.
[111] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[112] Tal como o psocionamento de Eugênio Pacelli no seguinte sentido de: "no que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial

sistema processual é misto, já que durante a fase processual é o modelo acusatório que prevalece – assegura-se o contraditório e a ampla defesa, prima-se pela oralidade sobre a escrita e dividem-se as atribuições estabelecidas de cada parte – enquanto que na fase investigatória – marcada principalmente pelo inquérito policial – predomina o sigilo da perquirição, com caráter inquisitivo, sem as referidas prerrogativas constitucionais em sua totalidade[113].

Ademais, o devido processo legal abarca as normas relativas ao procedimento, as quais são efeitos do processo legislativo e, assim, guardam uma concepção garantista, sendo indisponíveis. "O procedimento não pertence às partes, assim como não pertence ao juiz", uma vez que é estabelecido pela lei e, portanto, não é ato de disposição das partes nem do juiz, é uma imposição legal cujas partes têm direito, não sendo facultado ao Estado, no exercício da sua competência punitiva, alterar a condução do rito[114].

3.2 Os Procedimentos Processuais

Há uma dinâmica peculiar de cada procedimento, pois mesmo que todos os processos se iniciem com a denúncia (nas ações penais públicas) e terminem com o trânsito em julgado de uma sentença penal (condenatória ou absolutória), existem variações no modo de integrar todos os atos processuais, os quais são orientados para o futuro, somente regredindo quando houver necessidade de repetição por eventual vício sanável[115].

Após a reforma legislativa[116] do Código de Processo Penal, o procedimento pode ser comum ou especial. O comum pode ser organizado nos ritos ordinário,

---

não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação". PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

[113] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal.* 11ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2016.

[114] BRITO, Alexis de, FABRETTI, Humberto Barrionuevo, LIMA, Marco Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2015.

[115] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

[116] BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 02 jun. 2018.

sumário ou sumaríssimo, conforme a quantidade de pena máxima cominada em abstrato aos crimes[117]. Já o procedimento especial independe da pena aplicável e "contém peculiaridades próprias e específicas, durante a prática dos atos que contém"[118].

É imprescindível que uma regra seja observada: o procedimento comum ordinário possui aplicação subsidiária, como bem descrevem os parágrafo segundo e quinto do artigo 394 do CPP[119], o que significa que deve primeiramente ser averiguado se há algum procedimento mais especializado cabível na persecução penal, e somente na ausência, por exclusão, é que se mostra oportuna a utilização daquele[120].

O rito sumaríssimo é aplicável, consoante artigo 61 da Lei que trata dos Juizados Especiais Criminais[121], às infrações penais de menor potencial ofensivo – crimes cuja pena máxima cominada não ultrapassa dois anos e contravenções penais. Já o sumário é cabível quando o crime possui pena máxima em abstrato inferior a quatro anos, desde que não se configure de menor potencial ofensivo. Enquanto que o ordinário se adequa à persecução de crimes cuja sanção máxima prevista é igual ou superior a quatro anos, conforme o citado artigo 394 do CPP.

Em virtude do oferecimento da denúncia, dentre os artigos 395, 396 e 399, o CPP trata do juízo de admissibilidade a ser realizado – a fim de constatar se os parâmetros legais foram atendidos – e do momento oportuno para o recebimento da denúncia, além da primeira manifestação do acusado sobre as alegações que pesam contra si.

---

[117] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.
[118] TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal – estudo sistemático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
[119] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.
[120] FILHO, GRECO, Vicente. *Manual de Processo penal.* 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.
[121] BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

3.2.1 O Contraditório Prévio ao Recebimento da Denúncia

Antes de dar continuidade ao estudo, se mostra oportuna a descrição dos dispositivos legais em vigência no nosso sistema jurídico que tratam, no decorrer dos anos, da primeira manifestação processual do acusado a partir da denúncia ofertada em Juízo.

Apesar da divergência jurisprudencial[122], a posição que nos parece mais acertada é aquela que entende o oferecimento da denúncia como o marco de início da fase processual e sendo assim, deveriam vigorar os princípios garantidos constitucionalmente aos acusados – mormente o contraditório – desde o momento em que foi oferecida a denúncia.

Da redação do artigo 24 do Código de Processo Penal extrai-se que a ação penal será "promovida por denúncia do Ministério Público"[123], ora, a palavra "**promover**" denota o sentido de "originar, dar impulso, dar causa a, gerar", logo, percebe-se que a ação penal se inicia com o mero oferecimento da exordial. Ademais, uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público não tem sequer a possibilidade de desistir da pretensão punitiva e nem de eventual recurso interposto, consoante exposto nos artigos 42 e 576 do CPP[124],

[122] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HB 9.843 – MT*. Sexta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 21 de março de 2000. Pub. DJ: 14/04/2000.

[123] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 7 mai. 2018.

[124] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

respectivamente, situação que delimita a instauração do processo penal com a apresentação da inaugural do órgão acusador[125].

A partir de então, instaurado o processo penal, a previsão de resposta à acusação antes do recebimento da denúncia pelo magistrado corrobora a essencialidade dessa manifestação para a defesa, conforme o que será abordado a seguir.

a. ..... Procedimento para Crimes de Responsabilidade dos Funcionários Públicos

Instituído em dezembro de 1940, o Código Penal estabelece, em seus artigos 312 a 326, os crimes praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções contra a Administração Pública – que em nada se confundem com as infrações políticas previstas constitucionalmente, as quais fazem referência a crimes políticos[126]. Já em outubro de 1941, o Código de Processo Penal, trata do processamento e julgamento dos supracitados crimes, conforme descrito nos artigos 513 a 518.

Especificamente no artigo 514, encontra-se previsão de contraditório prévio ao recebimento da denúncia em relação a acusados que tenham cometido crimes afiançáveis contra a Administração Pública em razão de sua condição de funcionários públicos[127]. Assim, logo que a denúncia for oferecida, o magistrado ordenará a notificação daqueles para que respondam à acusação e só então é que, após a resposta escrita se passará ao Juízo de Admissibilidade da exordial[128].

[125] NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2017.
[126] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[127] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.
[128] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal V. 5 - Parte Especial: Crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos. 11ª edição. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

b. ..... Normas Procedimentais para Processos de Competência Originária dos Tribunais

A Lei nº 8.038, de maio de 1990, passa a tratar do processamento de ações penais originárias perante os tribunais superiores – o rol das pessoas julgadas perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça encontra respaldo constitucional em seus artigos 102 e 105, respectivamente[129] – e prevê em seu art. 4º que uma vez apresentada a exordial, o acusado será notificado para apresentar resposta por escrito no prazo determinado, só então é que o tribunal passará à deliberação sobre o recebimento ou não da denúncia, inclusive com oportunidade de sustentação oral da defesa[130].

Mais adiante, foi promulgada em maio de 1993, outra norma legal que possui idêntica previsão de exercício do contraditório prévio ao recebimento da denúncia, a Lei nº 8.658, aplicando as mesmas normas relativas às ações penais originárias, àquelas que se iniciem perante os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e os Tribunais Regionais Federais[131]. Ou seja, assim que ofertada a denúncia pelo representante da Acusação, o acusado será notificado para que apresente sua resposta preliminar em um prazo determinado e após essa defesa o órgão colegiado decidirá sobre o recebimento ou rejeição da inaugural, tal como enuncia o art. 4º da Lei nº 8.038.

Em ambos os casos, se trata de evidente benesse jurídica em relação aos demais sujeitos passivos "comuns" de ações penais, pois, neste contexto, as pessoas que possuem foro especial por prerrogativa de função junto às referidas Cortes de Justiça terão a oportunidade de se manifestar diante da acusação mesmo antes do

[129] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

[130] BRASIL. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: 3 jun. 2018

[131] BRASIL. *Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8658.htm#art1>. Acesso em: 4 jun. 2018.

Juízo de Admissibilidade, sendo capazes de exercer de modo mais eficaz o contraditório e a ampla defesa[132].

c. ..... Procedimento dos Juizados Especiais Criminais

No ano de 1995, de modo a estabelecer as regras atinentes ao procedimento comum sumaríssimo, foi publicada a Lei nº 9.099 que reforça a previsão do contraditório prévio ao recebimento da denúncia pelo julgador, momento processual caríssimo à defesa dos acusados penais que veem sua garantia de liberdade em risco diante da acusação estatal[133].

Conforme o artigo 81 da referida Lei[134], caso não haja conciliação nem proposta de transação penal, pelo Ministério Público, será designada data para audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual será dada a palavra ao defensor para que responda à acusação e, em seguida, o juiz decidirá se recebe ou não a denúncia, após tal momento é dada continuidade à colheita de provas, realiza-se o interrogatório, passa-se ao debate final e por fim, à prolação da sentença.

d. ..... Procedimento Previsto na Lei de Tóxicos

Publicada em agosto de 2006, a chamada "Lei de Drogas", no *caput* e no parágrafo primeiro do artigo 55, destaca que o rito processual inicia-se já com o oferecimento de denúncia, após o qual o juiz ordena o chamamento do réu para se defender através de "defesa prévia" por escrito, que consiste nas razões de defesa

[132] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.
[133] GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Juizados Especiais Criminais*. *Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2005.
[134] BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018.

preliminares e exceções, além do direito de especificar provas que pretende produzir e arrolar testemunhas [135].

Observe-se que, até então, não houve o exercício do juízo de prelibação com o despacho sobre o recebimento ou não da denúncia, que será feito somente após o exercício do contraditório[136], o que garante, de certo modo, efetividade aos preceitos do devido processo legal.

e. ..... Procedimento Comum Ordinário

No entanto, quando se trata do rito ordinário do procedimento comum, previsto no Código de Processo Penal, do art. 396 e seguintes, não há oportunidade de exercício do contraditório anterior ao recebimento da exordial, de tal modo que só cabe manifestação processual após sua citação válida – quando já possui o *status* de réu na ação penal. Tal posição encontra-se firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, ilustrada no seguinte julgado[137]:

> Após a edição da Lei 11.719/2008, depois de oferecida a denúncia ou queixa, o Juízo singular pode seguir dois caminhos: rejeitá-la liminarmente, caso se depare com uma das hipóteses previstas no artigo 395 da Lei Adjetiva; ou recebê-la, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, ordenando a citação do acusado para oferecer sua defesa.

Em linhas gerais, a interpretação atual acerca do referido procedimento, se opera, em linhas gerais, da seguinte maneira: o representante do Ministério Público oferece a denúncia, o juiz analisa se a peça não é inepta, segundo as causas elencadas no artigo 395. Então, caso a receba, ordena a citação do acusado para responder à acusação, oportunidade na qual pode alegar causas que levarão à sua

[135] BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018.
[136] RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais.* 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2015.
[137] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 278.248 - SC*. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Julg.: 12/08/14. Pub. DJe: 12/09/14.

absolvição sumária e, caso esta não ocorra, será designada data para audiência de instrução e julgamento, tal como enunciam os artigos de 394 a 405 do Código de Processo Penal.

3.2.2 As Causas de Rejeição da Denúncia

As causas que podem ensejar eventual rejeição da exordial, são tratadas no artigo 395 do CPP, o qual enuncia que deverá ser rejeitada se for manifestamente inepta, caso falte pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou ainda, se faltar justa causa para o exercício da ação penal[138]. Para a melhor compreensão desses motivos, será analisado o conteúdo de cada inciso do referido dispositivo legal.

a. A Inépcia da denúncia

Segundo o inciso I do artigo 41 do CPP, **a denúncia não pode ser considerada inepta**, logo, deve estar em harmonia com o que preceitua o artigo 41 do mencionado diploma legal[139]. Deve descrever o evento criminoso nas circunstâncias de acordo com a realidade concreta, apontar a conduta de cada autor, coautor ou partícipe de modo individual, situar o acontecimento em relação ao local e ao tempo, qualificar o acusado de modo a possibilitar sua identificação, enquadrar o fato com a descrição típica do crime[140] e, quando oportuno, elencar o rol das testemunhas.

---

[138] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

[139] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

[140] Apesar do posicionamento em sentido contrário defendido por parte da doutrina, que entende ser possível a alteração da capitulação do crime imputado desde que realizada antes da sentença, através da crença de que "o réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação legal" e com base no art. 383 do CPP, o que é fortemente criticado por AURY LOPES JR., doutrinador ao qual nos afeiçoamos, o qual sustenta que o processo deve ser instruído desde o início com o tipo penal definido, de modo a evitar a surpresa e o cerceamento da defesa.

Observa-se aqui a vedação à chamada "denúncia genérica", uma vez que ao acusador cabe descrever tanto as circunstâncias que aumentam a pena, como também aquelas que a diminuam – tentativa, privilégio, crime continuado ou concurso formal. O acusador deve ainda fornecer elementos suficientes para que o denunciado possa exercer o contraditório e a ampla defesa de maneira inequívoca, sabendo exatamente quais fatos podem levar à eventual condenação penal e qual a medida do seu envolvimento com o crime em questão[141].

Dessarte, diante da ausência dos elementos do artigo 41 do CPP, em especial quanto à exposição do fato criminoso, a identificação do acusado e a classificação do crime, considera-se inepta a inicial acusatória, levando o juiz à inevitável rejeição[142].

b. Os Pressupostos Processuais e As Condições para o Exercício da Ação

Conforme o Inciso II, os elementos que constituem os **pressupostos processuais**, caso inobservados, também dão causa à rejeição da denúncia. Apesar do conceito ultrapassado[143], pode-se citar como exemplo dos de existência: juiz, acusador e réu – sem o quais claramente seria impossível a ocorrência de um processo penal – e os de validade que costumam ser apontados são: a necessidade de ter juiz competente, imparcial; legitimidade postulatória; citação válida do acusado – os quais são aptos a comprometer a eficácia dos atos processuais praticados, e portanto estariam mais relacionados com a teoria das nulidades[144].

[141] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[142] Apesar da previsão contida no art. 569 do CPP, o qual admite que sejam sanadas omissões na denúncia até o momento da sentença, as máculas não podem referir-se a dados essenciais da exordial, apenas acidentais. FILHO, GRECO, Vicente. *Manual de Processo penal.* 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.
[143] MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Barcelona, Ediciones Jurídicas Europa-América: 1951. v. 1, p. 117 (apud) JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[144] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 13ª ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris: 2014.

Ainda em consonância com o inciso II, as **condições para o exercício da ação** consistem no *fumus commissi delicti* – descrição de um fato supostamente criminoso, amparado em um conjunto mínimo de elementos que comprovem a tipicidade, ilicitude e culpabilidade da conduta, ausente alguma causa de extinção da punibilidade (previstas no artigo 107 do CP[145]) e as partes processuais – ativa e passiva – devem ser legítimas, condições sem as quais a denúncia deverá ser rejeitada.

c. Justa Causa

Por fim, como consta no inciso III, deve haver **justa causa para o exercício da ação penal**, ou seja, a denúncia deve conter evidências razoáveis de autoria e materialidade, para que o poder-dever de punir do Estado seja limitado às bases fáticas conhecidas.

De maneira geral, nas ações penais públicas, a acusação se baseia no inquérito policial, o qual oferece os elementos necessários para formação do convencimento do magistrado pela procedência da denúncia[146], devendo rejeitá-la em caso de ausência da justa causa. Esse critério obriga tanto a autoridade policial quanto o representante do Ministério Público a serem diligentes e capazes de colher um suporte probatório suficiente[147] para mover a máquina estatal em um processo penal – que configura o mecanismo estatal hábil a restringir liberdades individuais de maneira coercitiva – contra o indivíduo, que é investido da presunção de não culpabilidade.

A justa causa constitui uma condição de garantia contra o excesso no direito de acusar, a qual relaciona-se com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a intervenção penal. Encontra correlação com dois fatores: a

[145] BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 4 abr. 2018.
[146] FILHO, GRECO, Vicente. *Manual de Processo penal.* 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.
[147] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

existência de indícios de autoria e materialidade além do o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal[148].

Como bem ressalta BITTENCOURT[149], "o caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes". Portanto, quando se trata da justa causa, exige-se uma proporcionalidade entre os elementos que fundamentam uma intervenção penal, de modo a obstar o excesso de intervenção nas garantias fundamentais do indivíduo[150].

Ademais, ensina DUCLERC[151], "acima das exigências do princípio da obrigatoriedade[152], está, sem dúvida, o princípio da ampla defesa, a impedir, segundo pensamos, que qualquer pessoa seja acusada senão por fatos certos, determinados e descritos de forma clara e objetiva pelo acusador".

Logo, quando ausentes quaisquer dos elementos previstos no art. 395 do CPP, irresistível a rejeição da denúncia pelo juiz, cuja decisão faz apenas coisa julgada formal, e nesse caso, algumas possibilidades se apresentam: caberá recurso em sentido estrito, consoante o inciso I do artigo 581 do CPP, a ser interposto pelo acusador[153], admitindo-se ao Ministério Público a elaboração de nova denúncia

---

[148] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

[149] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal V. 1 – Parte Geral*. 23ª ed. São Paulo, Saraiva: 2017.

[150] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

[151] DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal – V. 1*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2006.

[152] Refere-se à obrigatoriedade do Ministério Público em denunciar os indivíduos que supostamente tenham cometido fato ilícito, típico e culpável, com lastro suficiente de provas de autoria e da materialidade do delito. Na medida em que não se configura faculdade do Estado decidir se persegue criminalmente ou não certas condutas ou certas pessoas. Atrela-se também ao princípio da legalidade que rege o Direito Público, pois o Estado tem que executar aquilo que está na lei, salvo os casos em que pode exercer a discricionariedade.

[153] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

devidamente aperfeiçoada. No entanto, caso a denúncia seja recebida pelo magistrado, não é cabível recurso por parte da defesa.

Diante de tantas causas que podem ensejar à rejeição da inaugural, o controle da exordial deve ser realizado meticulosamente pelo magistrado, dessarte imprescindível a participação do acusado no processo de seu convencimento desde o momento de início da ação penal, considerando-se que a instauração de um processo acarretará prejuízos em vários níveis para o acusado[154].

4 OS PREJUÍZOS PARA OS INDIVÍDUOS DIANTE DO TRATAMENTO PROCESSUAL DESIGUAL

Os transtornos experimentados por aquele que se vê diante de um processo penal sem a prévia chance de contraditar as acusações que pesam contra si, são reconhecidos pelo legislador de tal maneira que vários dispositivos legais, ao longo das décadas, asseguram o direito de manifestação sobre a denúncia antes mesmo do juiz recebê-la.

Contudo, o procedimento comum ordinário – mais abrangente pela sua aplicação subsidiária[155] – ainda não prevê expressamente referida oportunidade aos acusados "comuns", o que configura notório retrocesso jurídico em relação às disposições anteriores que garantiam de modo expresso esse direito caríssimo à defesa.

Acerca do assunto, essencial destacar que o ato que trata do recebimento da denúncia possui conteúdo decisório e que transforma o *status* da pessoa de "acusado" para "réu", sendo assim, deve ser fundamentada. Decisão essa que ainda interrompe a prescrição punitiva do Estado.

4.1 O Processo Penal Como Antecipação da Pena

[154] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[155] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

O Processo Penal apresenta-se como o instrumento que dispõe o Estado para punir aqueles indivíduos que cometem determinadas condutas consideradas como infrações penais[156]. Ora, o tempo tanto cria como extingue o *jus puniendi*, porquanto a pena se opera através da restrição de liberdades e direitos por dado período de tempo e o passar do tempo esvazia o conteúdo da pena, daí pode-se extrair que "a pena é tempo e o tempo é pena"[157].

Se por um lado o Direito reconhece o tempo objetivo do calendário, por outro, permite distorções temporais através de ficções jurídicas. No entanto, enquanto que o tempo social é sobremaneira fluido, a pena baseia-se num tempo fixo de duração da aflição[158], tendo em vista que o tempo é literalmente a medida da pena – tal como previsto no artigo 121 presente no Código Penal a qual dita que a pena é de seis a vinte anos, caso se mate alguém[159].

O Estado, detentor do poder de impor sua dinâmica aos indivíduos, se apossa ilegalmente do tempo do particular, quando permite que um processo dure além do razoável, deixando sequelas irreversíveis, pois mesmo que não seja imposta prisão cautelar, o processo em si já configura pena – o caráter punitivo da sanção penal não se baseia somente no espaço físico limitado, mas também na quantidade temporal de submissão do sujeito ao constrangimento estatal[160].

A máxima constitucional da legalidade, insculpida no art. 5º, inc. XXXIX enuncia que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", porém, o processo penal acaba por se mostrar como antecipação da pena, de modo que viola ainda outro fundamento constitucional: a dignidade da pessoa humana. Especialmente em razão dos processos de estigmatização e

[156] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2017.
[157] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[158] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[159] BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.
[160] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

prolongada angústia os quais vivencia o acusado, sem falar no desgaste econômico[161].

A origem da expressão "estigmatizar" advém do latim *stigma* e refere-se à "marca feita com ferro quente, sinal da infâmia". A Criminologia Crítica denomina de *Labeling Approach*, o fenômeno no qual a pessoa sofre um "etiquetamento", explica que a identidade é algo que se modela conforme as interações com outros indivíduos.

Nos dias de hoje, é perfeitamente possível afirmar que o processo penal ostenta sinal de infâmia, na medida em que essa "etiqueta" degrada a identidade das pessoas que por ele passam como réu. Indiscutivelmente, esse fenômeno não é absoluto, uma vez que varia de acordo com a causa, situação do acusado e duração do processo, que quanto mais longo, maior o estigma impregnado, sobretudo se houver medida cautelar vigente[162]. Oportuna a lição pontual de AURY LOPES JR., sobre a temática[163]:

> A publicidade abusiva dos atos de investigação ou do processo por parte dos meios de comunicação de massa é um problema gravíssimo que enfrenta o moderno processo penal. Somos partidários de que o segredo externo dos atos de investigação ou do processo penal seja uma regra geral, pois, ao mesmo tempo que protege a personalidade e a intimidade do indiciado/acusado, também contribui para o melhor desenvolvimento do processo e a tranquilidade do julgador.

Ademais, a presunção de não culpabilidade é dilacerada, em uma relação inversamente proporcional, à medida que se aumenta a duração do processo penal, gradualmente é reduzida a credibilidade do denunciado. Sem mencionar que o direito de ampla defesa e contraditório, são afetados, uma vez que o desgaste

[161] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[162] FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: 1992. (apud) JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.
[163] JR., LOPES, Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

financeiro e social se prolongam no tempo e prejudicam o devido processo legal, o que, por si só, já constitui antecipação da pena[164].

4.2 A Reforma de 2008 no Código de Processo Penal

Em junho de 2008, o CPP passou por uma reforma através da Lei nº 11.719, na qual, dentre outros, os artigos 396 e 399 foram alterados, os quais tratam especialmente do momento de recebimento da denúncia e do momento para que o acusado se manifeste pela primeira vez sobre as alegações que pesam contra si.

À primeira vista parecia ser clara a previsão do artigo 396 do CPP, a qual dita que "oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, **recebê-la-á** e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias", isto é, no caso de não rejeição preliminar da exordial, o juiz deverá, desde então, recebê-la e só então o réu será citado para tomar conhecimento do processo penal que pende contra si e poderá contraditar a peça inaugural, na forma de "resposta à acusação", conforme os termos do artigo 397 do mesmo diploma legal[165].

No entanto, mais adiante, o artigo 399 do CPP[166] enuncia: "recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado [...]", ou seja, parece sugerir que, primeiramente o acusado será citado para apresentar a defesa por escrito e a partir de então o magistrado decidirá pelo recebimento da denúncia, tendo em vista que o julgador somente intimará para audiência de instrução e julgamento as partes, após o recebimento da denúncia.

Não obstante, entendemos que quando o artigo 396 do CPP utiliza a expressão "**recebê-la-á**" apenas há referência ao ato de "não-rejeição liminar da

[164] JR., LOPES, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo, Saraiva: 2014.
[165] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018.
[166] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018.

denúncia", o que enseja o regular seguimento do procedimento com a citação do acusado para apresentar suas razões de defesa antes que o magistrado possa deliberar sobre a continuidade do feito[167]. Tal entendimento foi acolhido por juristas, que entendiam ser este o *modus procedendi* adequado[168]:

> [...] a interpretação sistemática dos arts. 396, 397 e 399, conduz à conclusão da manutenção da resposta à acusação, antes do recebimento da peça vestibular. Assim sendo, caso a denúncia venha a ser ofertada com base em elementos probatórios colhidos ilicitamente, caberá à defesa apontar o vício na resposta preliminar. A partir de então, a matéria será regida pelo novo art. 157, com a prolação de decisão sobre a inadmissibilidade — ou não — desses elementos e conseqüente desentranhamento. Reconhecida a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, se não houver outros elementos suficientes para embasar a acusação, a denúncia deverá ser rejeitada

Ora, no projeto inaugural da mencionada Lei reformista não constava na redação do art. 396 do CPP[169] o termo "**recebê-la-á**", o que asseguraria a existência de uma fase intermediária entre o oferecimento e o recebimento da denúncia que oportunizaria à defesa exercer o contraditório. Alteração muito criticada pela comunidade científica à época[170]:

> [...] perdeu o legislador ótima oportunidade de consagrar o contraditório na fase preliminar ao recebimento da denúncia no processo comum na Lei 11.719/08. O projeto de lei original encaminhado pelo Poder Executivo (PL 4207/ 01) estabelecia a possibilidade de defesa prévia antes da decisão sobre o recebimento da denúncia, garantindo a ampla defesa nesta importante etapa. Este procedimento foi suprimido pela redação final do art. 396 do CPP disposto na lei mencionada,

[167] CORSI, Fernando Cavagnolli. Qual o Momento Processual Adequado Para o Recebimento da Exordial Acusatória nos Procedimentos Comum Ordinário e Sumário? Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 4, Out/Dez. 2009.

[168] Maria Elizabeth Queijo, O Tratamento Da Prova Ilícita Na Reforma Processual Penal. BOLETIM IBCCRIM, Ano 16, Nº 188, Julho: 2008.

[169] BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei nº 4.207 de 2001. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>. Acesso em: 14 out. 2018.

[170] STOCO, Rui. Garantias Asseguradas nos Julgamentos de Processos da Competência do Tribunal do Júri (A Constitucionalização do Processo Penal). Boletim IBCCRIM, Ano 16, Nº 188, Julho: 2008.

> ao estabelecer que, apenas após o recebimento da denúncia, será citado o réu para o oferecimento de resposta.

Entretanto, parecem desconsiderar todas as implicações negativas experimentadas por aqueles indivíduos que são submetidos a um processo penal[171], os que coadunam-se com a posição do STJ de ser "possível ao Juiz reconsiderar a decisão de recebimento da denúncia, para rejeitá-la, quando acolhe matéria suscitada na resposta preliminar defensiva relativamente às hipóteses previstas nos incisos do art. 395 do CPP"[172] – alegando que "o recebimento da denúncia não impede que, após o oferecimento da resposta do acusado (arts. 396 e 396-A do CPP), o Juízo reconsidere a decisão prolatada e, se for o caso, impeça o prosseguimento da ação penal"[173].

4.2.1 A Ofensa à Isonomia Processual

Consoante o que restou explanado, a referida prerrogativa atualmente não se encontra prevista para grande parte dos acusados "comuns" de nosso Sistema de Justiça Criminal, o que acarreta grandes prejuízos ao indivíduo muito além da esfera processual. Se mostrando indispensável em qualquer sistema processual que se pretenda garantidor do procedimento em contraditório, uma vez que o direito de defesa decorre do princípio constitucional fundamental ao devido processo legal[174] e reflexo direto da presunção de não culpabilidade.

> [...] O princípio da presunção de inocência [...] não pode sofrer relativizações, como aquelas que ocorrem quando se [...] trata de uma presunção relativa. [...] O magistrado deverá examinar, no ato de recebimento da denúncia, se o Ministério Público,

---

[171] TALON, Evinis. *A rejeição da denúncia após a resposta à acusação*. Disponível em: <http://evinistalon.com/rejeicao-da-denuncia-apos-resposta-acusacao/>. Acessado em: 11 de maio de 2018.

[172] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no REsp 1.291.039 – ES*. Quinta Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julg.: 24/09/13. Pub. DJe: 02/10/13.

[173] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 294.518 – TO*. Quinta Turma. Relator Min: Felix Fischer. Julg.: 02/06/15. Pub. DJe: 11/06/15.

[174] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

> através dos indícios contidos no inquérito policial, logrou se livrar da carga que recai sobre si. Na dúvida, a fim de se evitar os custos (por demais altos) do processo penal, deverá o magistrado rejeitar a denúncia[175].

Contudo, ao acusado que guarda foro especial perante Tribunais Superiores, é absolutamente indispensável a resposta preliminar, de modo que constitui grave ofensa ao princípio do devido processo legal e consequentemente do contraditório e da ampla defesa, ou seja, é reconhecida a importância de tal feito. A lição encontra-se no exemplar voto no STJ da Ministra Jane Silva:

> [...] nos procedimentos especiais em que o legislador exigiu defesa preliminar, é evidente a necessidade de motivação da decisão que recebe a denúncia, eis que, nesse tipo específico de procedimento, faculta-se à parte a manifestação pretérita ao ato decisório que deflagra a ação penal, podendo ela, inclusive, ofertar provas, tudo em homenagem ao princípio constitucional do contraditório. A ausência de análise das preliminares suscitadas pelo denunciado em defesa preliminar constitui vício que macula o procedimento e requer a declaração de sua nulidade como forma de cessar o constrangimento.[176]

Ainda relevante, a analogia com o caso em que é pacífica a jurisprudência sobre a possibilidade da citada reforma alterar a eficácia de algumas disposições de leis especiais anteriores, contanto que em benefício do acusado. Nesse sentido[177], no âmbito da Justiça Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal determinou a realização de interrogatório por último na audiência:

> [...] feriu o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, uma vez que tomou como base os procedimentos previstos no Código Eleitoral, em detrimento daqueles presentes na nova redação dada ao Código de Processo Penal, este último mais favorável ao réu. A nova redação conferida pela Lei nº. 11.719/2008 aos arts. 396 e 396-A do Código do Processo Penal configura-se mais benéfica aos réus, uma vez que instituiu a fase preliminar ao interrogatório, conferindo ao acusado a possibilidade de apresentar por escrito um contraditório prévio, em que pode

[175] JR., LOPES, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo, Saraiva: 2014.
[176] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 89.765 - SP*. Sexta Turma. Relatora Min. Jane Silva. Julg.: 26/02/08. Pub. DJe: 24/03/08.
[177] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 107.795 - SP*. Relator: Min. Celso de Mello. Julg.: 28/10/11. Pub. DJe: 04/11/2011.

> invocar todas as razões de defesa, de natureza formal ou material, assim como produzir documentos, especificar provas e propor testemunhas. A nova ordem ritual definida nos artigos 396 e 396-A do Código do Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/2008, revela-se evidentemente mais favorável que a disciplina procedimental resultante do próprio Código Eleitoral. A própria Suprema Corte, em sucessivas decisões, já reconheceu que a inobservância do contraditório prévio previsto no novo Código do Processo Penal constitui causa de nulidade processual absoluta. O interrogatório, de acordo com a nova redação dada ao artigo 400 do Código do Processo Penal, passou a ser o último ato da fase de instrução probatória de um processo penal. É mais benéfico à defesa possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas como eventuais perícias. O acusado terá a oportunidade de esclarecer divergências que não raramente afloram durante a edificação do conjunto probatório.

Destaca-se também o elogiável voto da Min. Carmen Lúcia[178] em outra decisão da Suprema Corte, que apesar de ter indeferido a liminar no *Habeas Corpus* julgado, ao longo de seu discurso, enfatiza que:

> [...] no procedimento especial da Lei nº 8.038/90 o acusado tem a possibilidade de se manifestar sobre a acusação antes de se tornar réu na ação penal. Já no rito do Código de Processo Penal, a primeira manifestação do acusado só ocorre quando ele já é réu no processo, situação, por óbvio, desfavorável e que torna necessária, apenas nesse último caso, a previsão da possibilidade de absolvição sumária.
>
> [...] O procedimento da Lei nº 8.038/90 é, portanto, mais benéfico ao acusado no que se refere ao objeto desta impetração, devendo prevalecer sobre o procedimento comum do Código de Processo Penal, mesmo porque, na espécie vertente, as teses defensivas foram enfrentadas no momento processual oportuno, ou seja, quando do recebimento da denúncia por este Supremo Tribunal, eis que, até então, a ação aqui tramitava.

Portanto, o legislador categoricamente enaltece a relevância de se afastar – enquanto for possível – a "etiqueta" de "processado" de uma pessoa a qual se presume inocente, porquanto consignou em outros textos o exercício do

[178] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 116.653 - RJ. Segunda Turma. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Julg. 18/02/14. Pub. DJe: 11/04/14.

contraditório prévio ao recebimento da denúncia, por entender que a possibilidade de manifestação antes do estigma de "réu" é inestimável e capaz de evitar demasiados prejuízos ao indivíduo.

Ora, levando-se em conta o princípio constitucional da igualdade, nada mais justo do que conferir tratamento similar para acusados "comuns", de modo a interpretar a reforma de 2008 estendendo a contradita prévia ao recebimento da denúncia também ao procedimento comum ordinário[179], porquanto é medida mais benéfica à situação dos acusados.

4.2.2 A Extinção do Direito de Punir

O Estado como Ente Soberano, possui exclusivamente a prerrogativa de infligir penas a qualquer pessoa indeterminada que pratique condutas previstas na legislação penal. Quando alguém determinável comete uma infração penal, nasce a punibilidade, que é a possibilidade de efetivar concretamente a pretensão punitiva.

No entanto, essa pretensão tem um prazo determinado para ser exercida. Diante de eventual inércia do Estado, ocorre a prescrição da viabilidade de punir o indivíduo, o que por conseguinte, extingue a punibilidade, ou seja, ocorre a perda do direito do Estado impor sanção[180].

Outra questão de suma importância que se apresenta perante a inexistência de previsão que assegure o contraditório prévio ao recebimento da denúncia[181], é que a decisão que admite a exordial acusatória serve de marco interruptivo da prescrição

[179] Tramita no Congresso Nacional, projeto de Reforma do Código de Processo Penal, que estabelece o contraditório prévio ao recebimento da peça acusatória. BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Disponível em: <camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010 >. Acesso em: 27 out. 2018.

[180] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, v. 1 – Parte geral (arts. 1º a 120).* 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

[181] CORSI, Fernando Cavagnolli. *Qual o Momento Processual Adequado Para o Recebimento da Exordial Acusatória nos Procedimentos Comum Ordinário e Sumário?* Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 4, Out/Dez, 2009.

da pretensão punitiva, em outras palavras, isso quer dizer que diante de eventual retardo no recebimento da denúncia, o Estado perderia o direito de perseguir criminalmente o indivíduo, extinto seu *jus puniendi*, conforme enuncia o inciso I do artigo 117 do Código Penal[182].

Todavia, como o recebimento da denúncia se opera, muitas das vezes "mecanicamente", sem a devida fundamentação, acaba antecipando o momento em que o acusado se torna réu e, por conseguinte, passa a sofrer de antemão os penosos desdobramentos de um processo penal que se perdura no tempo indefinidamente.

4.2.3 A Necessidade de Fundamentação das Decisões Judiciais

A Constituição estabelece que, como Estado Democrático de Direito que preza pelas garantias fundamentais dos indivíduos, serão devidamente fundamentadas todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sob pena de nulidade[183].

O disposto no inciso IX do artigo 93, foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e assegura que, através do sistema do livre convencimento, o juiz está impedido de agir por emoções ou se deixar levar por fatores externos que não constem nos autos. Desse modo, apesar de ter a liberdade de decidir conforme seu pensamento, ele está restrito pelas provas carreadas ao processo[184].

Lamentavelmente, há certo desprezo pela forma com argumentos utilitaristas, como se o procedimento de persecução penal fosse mero detalhe dispensável, desconsiderando se que a sua observância é, sobretudo, uma garantia de que o

[182] BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.
[183] BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.
[184] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2017.

acusado será processado, julgado e eventualmente condenado sob a égide do devido processo legal, sem deduções arbitrárias[185].

Em uma tentativa de minimizar os recebimentos "automáticos" de denúncias contra os acusados submetidos ao procedimento comum ordinário, o projeto inicial da Lei nº 11.719/2008, não continha no artigo 396 do Diploma Processual[186] a expressão "**recebê-la-á**", porém, com essa intervenção[187], a denúncia é recebida quase que automaticamente, inclusive com respaldo jurisprudencial que considera desnecessária fundamentação dessa decisão:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003). DECISÃO QUE CONFIRMA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO EVIDENCIADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE RECEPTAÇÃO QUALIFICADA PARA A SUA MODALIDADE SIMPLES. TEMA NÃO ANALISADO NO ACÓRDÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO EM
>
> HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.
>
> I - A decisão que recebe a denúncia (CPP, art. 396) e aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (CPP, art. 397) não demandam motivação profunda ou exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser proferido após o desfecho da

[185] MOREIRA, Rômulo de Andrade. *LEI DE DROGAS: TRÊS OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/lei-de-drogas-tres-observacoes-sobre-o-procedimento>. Acesso em: 16 jun. 2018.

[186] BRASIL. Câmara Legislativa. *Projeto de Lei nº 4.207 de 2001*. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>. Acesso em: 14 out. 2018.

[187] BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 36 de 2007*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4137482&disposition=inline>. Acesso em: 17 out 2018.

> instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório.
>
> II - In casu, o Juízo de primeiro grau utilizou fundamentação sucinta, porém suficiente, para afastar as teses arguidas pela Defesa, ao consignar que "rejeito as preliminares arguidas, de ausência de justa causa na acusação de crime de receptação e de infração do artigo 16 do estatuto do desarmamento, eis que a denúncia traz consigo indícios de autoria delitiva quanto a esses delitos, não havendo fato novo que beneficie o acusado Ruan em quaisquer das hipóteses do artigo 397 do CPP" .
>
> [...]

Urge destacar que tal questão não é "meramente procedimental" como afirmam algumas decisões judiciais – talvez para evitar o enfrentamento da provocação trazida – que apelam para a "instrumentalidade do processo", de forma depreciativa e simplista, a qual faz o rito processual ser relativizado em detrimento da garantia que ele representa para o acusado no processo penal. Ainda encontram-se julgados que acertadamente corroboram a imprescindibilidade de fundamentação consistente nas decisões judiciais, de modo a preservar direitos constitucionais indisponíveis[188]:

> HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ESTADO DE DIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP NÃO PREENCHIDOS. 1 – A técnica da denúncia (art. 41 do CPP) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Precedentes. 2 – Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. 3 – Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 4 – Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal".

[188] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.409 - SP*. Segunda Turma. Relatoria: para acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 07 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC84409.pdf >. Acesso em: 30 set. 2018.

Levando-se em consideração a grande aplicabilidade do procedimento comum ordinário aos casos penais, nada mais razoável do que interpretar os dispositivos 396 e 399 do CPP, de maneira análoga às disposições legais já existentes em nosso ordenamento. O que permitiria ao acusado o direito de se manifestar sobre a peça inaugural antes do Juízo de Admissibilidade.

Tendo em vista todas as questões passíveis de contestação e que eventualmente poderiam levar à rejeição da denúncia – decisão da qual a defesa nem mesmo pode interpor recurso. Observados todos os prejuízos experimentados pelos réus em processos penais, dada a longa duração desse instrumento de poder estatal, com decisões sem a devida fundamentação que recebem denúncias muitas vezes ineptas, de modo a interromper o quanto antes a prescrição punitiva.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal foi promulgada no ano de 1988, objetivando rechaçar as arbitrariedades e assegurar os direitos humanos dos indivíduos. De modo a efetivá-los foram enunciadas diversas garantias fundamentais, dentre as quais estão o princípio do devido legal, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da busca pela verdade processual, da presunção de inocência e da isonomia.

Uma vez que a atividade fim da persecução penal é a punição das liberdades individuais de quem, em tese, venha a cometer uma conduta considerada criminosa, os procedimentos estabelecidos nas legislações asseguram o devido processo legal e vinculam a atuação do Estado, garantindo que não sejam violados direitos fundamentais dos indivíduos.

Apesar do enunciado constitucional ditar que se presume a não culpabilidade dos cidadãos, se tornar um “réu criminal” é de maneira geral, interpretado pela sociedade civil, como uma “condenação”, já que o estigma de acusado traz o encargo de “criminoso” ou “bandido”, se refletindo numa exclusão social, causando danos psicológicos e financeiros ao indivíduo, diretamente proporcionais ao tempo de duração desse mecanismo – que geralmente é prolongado.

Considerados os enormes prejuízos experimentados em virtude da submissão ao processo penal, foi expressamente previsto, em diversos dispositivos legais, o direito de se manifestar sobre as acusações antes do recebimento da denúncia pelo magistrado. O referido instituto permite aos indivíduos refutar as diversas causas que poderiam ensejar à eventual rejeição da denúncia, e assim evitar todo o transtorno causado pela instauração do processo penal. Infelizmente, para a maior parte dos acusados essa oportunidade ainda não é garantida pela atual redação Código de Processo Penal que trata do procedimento comum ordinário, nem mesmo após o advento da Lei nº 11.719/2008.

O direito de resposta preliminar ao recebimento da exordial coaduna-se de tal maneira aos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que os Tribunais Superiores reconhecem como imprescindível dentro do procedimento, causa de nulidade absoluta caso inobservado. Inclusive o Projeto de Lei sobre o Novo Código de Processo Penal reconhece o referido direito para todos os acusados, posto que essencial para se garantir um Estado Democrático de Direito mais justo e equânime.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Moraes. E-book, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal V. 1 – Parte Geral*. 23ª ed. São Paulo, Saraiva: 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal V. 5 - Parte Especial: Crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos.* 11ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal.* 11ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: 3 jun. 2018

BRASIL. *Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8658.htm#art1>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 36 de 2007*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4137482&disposition=inline>. Acesso em: 17 out 2018.

BRASIL. Câmara Legislativa. *Projeto de Lei nº 4.207 de 2001*. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615 >. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no REsp 1.291.039 – ES*. Quinta Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julg.: 24/09/13. Pub. DJe: 02/10/13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HB 9.843 – MT*. Sexta Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 21 de março de 2000. Pub. DJ: 14/04/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 42.496 – SP*. Sexta Turma. Relator: Min. Hélio Barbosa. Brasília, 19 de maio de 2005. Pub. DJ: 06/06/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 89.765 - SP*. Sexta Turma. Relatora Min. Jane Silva. Julg.: 26/02/08. Pub. DJe: 24/03/08.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 278.248 - SC*. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Julg.: 12/08/14. Pub. DJe: 12/09/14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 294.518 – TO*. Quinta Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Julg.: 02/06/15. Pub. DJe: 11/06/15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 73.338 – RJ*. Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de agosto de 1996. Pub. DJ: 19/12/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.409 - SP*. Segunda Turma. Relatoria: para acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 07 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC84409.pdf >. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 107.795 - SP*. Relator: Min. Celso de Mello. Julg.: 28/10/11. Pub. DJe: 04/11/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 116.653 - RJ*. Segunda Turma. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Julg. 18/02/14. Pub. DJe: 11/04/14.

BRITO, Alexis de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Ferreira. *Processo Penal Brasileiro.* 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2015.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Lei para que(m)*? Rio de janeiro, Editora Lumen Juris: 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5 ª ed. Coimbra: Editora Almeida, p. 955. (Apud) BRITO, Alexis de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Ferreira. *Processo Penal Brasileiro.* 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, v. 1 – Parte geral (arts. 1º a 120).* 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CORSI, Fernando Cavagnolli. *Qual o Momento Processual Adequado Para o Recebimento da Exordial Acusatória nos Procedimentos Comum Ordinário e Sumário?* Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, V. 2, nº 4, Out/Dez. 2009.

DA SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, V.173, p.15-34. Jul. Set, 1988.

DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal – V. 1*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: 1992 (apud) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

FOSCHINI, Gaetano. *L'Imputato*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956. p. 26 (apud) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo penal.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pelegrine. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Juizados Especiais Criminais*. *Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Câmara Legislativa. *Projeto de Lei nº 8.045/2010*. Disponível em: <camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010 >. Acesso em: 27 out. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 13ª ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris: 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 11ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo, Saraiva: 2014.

CATENA, Víctor M Moreno. *La Defensa en el Proceso Penal*. Madrid, Civitas, 1982. p. 112 (apud) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

LEAL, Germana da Silva. *Concretização da Igualdade Material e Políticas Públicas: Visão do Supremo Tribunal Federal*. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 173-191, abr. 2013.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Barcelona, Ediciones Jurídicas Europa-América: 1951. v. 1, p. 117 (apud) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2017.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973 (apud) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*. 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *LEI DE DROGAS: TRÊS OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/lei-de-drogas-tres-observacoes-sobre-o-procedimento>. Acesso em: 16 jun. 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado.* 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, San José, Costa Rica. *Convenção Americana de Direitos Humanos* ("Pacto de San José de Costa Rica").

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PROMULGAÇÃO DA CARTA MAGNA, 5 de outubro de 1988. *Discurso Proferido por Ulysses Guimarães*. Publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf >. Acesso em: 19 jun. 2018.

QUEIJO, Maria Elizabeth, *O Tratamento Da Prova Ilícita Na Reforma Processual Penal*. BOLETIM IBCCRIM, Ano 16, Nº 188: Julho, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25ª ed, São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STOCO, Rui. *Garantias Asseguradas nos Julgamentos de Processos da Competência do Tribunal do Júri (A Constitucionalização do Processo Penal)*. Boletim IBCCRIM, Ano 16, Nº 188, Julho: 2008.

TALON, Evinis. *A rejeição da denúncia após a resposta à acusação*. Disponível em: <http://evinistalon.com/rejeicao-da-denuncia-apos-resposta-acusacao/>. Acessado em: 11 de maio de 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal – estudo sistemático*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

Ciências Criminais

NECESSIDADE OU NÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Matheus Feitosa dos Santos

RESUMO

O presente trabalho analisa a teoria do domínio do fato, sob os aspectos da doutrina e da jurisprudência brasileira. Portanto, trata-se de um estudo a frente da teoria geral do concurso de agentes e como é realizada a aplicação do Domínio do Fato. Todos esses vetores levando em consideração que o Brasil em seu ordenamento jurídico adota a teoria monista ou unitária que poderia, claramente, ser aplicada em detrimento da teoria supramencionada. Outrossim, tal problemática assumiu reflexo na jurisprudência após o julgamento da Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal e a partir desta decisão da Suprema Corte Brasileira, possibilitou a abertura de um precedente para utilização da teoria em demais casos pelo país como fundamento para condenações de acusados/réus em diversos casos. Consequentemente, causando uma insegurança jurídica para o sistema jurídico, tendo em vista, como já mencionado, nosso ordenamento adota a Teoria Monista ou Unitária onde poderia ser aplicada como fundamento jurídico sem a necessidade de aplicação de qualquer outra teoria. Outrossim, neste trabalho haverá uma verificação sobre a verdadeira necessidade da utilização da teoria do domínio do fato, ou, se somente é mais uma ferramenta do judiciário para ter um maior êxito nos casos de ação penal.

Palavras chaves: Concurso de pessoas. Teoria do domínio do fato. Domínio do fato. Teoria final do fato

1 INTRODUÇÃO

Evidentemente, a maneira mais comum para a prática de um tipo penal são ações realizadas somente por um único indivíduo. No entanto, as práticas envolvendo a participação de dois ou mais indivíduos com a intenção de cometer

crimes tem sido objeto constante de investigações criminais e notícias por parte da mídia.

Nesse sentido verifica-se o aumento substancial de crimes praticados por mais de uma pessoa, e de uma forma muito complexa e organizada, principalmente, nos casos de crimes cometidos contra Administração Pública.

Desta maneira, as investigações e situações fáticas, apresentadas nos cursos das ações penais têm demonstrado um grau de envoltura muito além dos indivíduos que praticaram o núcleo do tipo penal. Fazendo recair diversas dúvidas quanto a quem deve se atribuir a autoria do tipo penal e como proceder acerca dos outros indivíduos que participaram da infração penal.

E partir dessas dúvidas que operadores do direito se utilizam de novas teorias e teses com intuito de resolver a situação problema, como é o caso da Teoria do Domínio do Fato. Operadores do Direito utilizam-se dessa Teoria sem tomar conta que em nosso próprio ordenamento jurídico poderia se encontrar a solução para tais questões com a Teoria que adotamos (Teoria Monista ou Unitária).

O presente trabalho analisará a Teoria do Domínio do fato, tratando da possibilidade, adequação e necessidade de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro como forma de fundamentação para condenações e penas em decisões. Para tanto será necessário um estudo completo acerca do instituto do concurso de pessoas, dando início com forma clara de aplicação, passando então pelas teorias que tratam do assunto, até posteriormente falar acerca das teorias mais modernas que se utilizam muita das vezes de dois ou mais métodos para alcançar soluções nas situações fáticas.

Dessa forma a análise do concurso de pessoas será abordado no primeiro capítulo deste trabalho tratando do conceito com a opinião e apontado de vários doutrinadores; teorias do concurso de pessoas da qual trata teoria pluralística, monista e dualista; distinção entre autoria e participação; por fim a explanação acerca dos critérios utilizados para definir o instituto do autor do crime.

No segundo capítulo será feita uma abordagem acerca da Teoria do Domínio do Fato de uma forma que venha a esclarecer os fundamentos da teoria. Outrossim, fará uma análise propriamente dita acerca de como a teoria faz distinção entre autor e partícipe; como é admitida e figura do autor mediato na teoria; e quais as críticas que a teoria desenvolvida por Welzel e aprimorada por Claus Roxin são atribuídas ao domínio do fato.

Por fim abordagem da aplicação da Teoria do domínio do fato por parte dos Tribunais como forma de fundamentação no devido caso concreto, como, por exemplo, análise do notório caso do "Mensalão" e quais os principais argumentos acerca da Teoria que foram utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para a fundamentação da citada Ação Penal.

Este trabalho de pesquisa buscou utilizar-se da linha dogmática, vez que realizará estudo atual e relevante, buscando a melhor instrumentalização das práticas jurídicas diante dos expostos conflitos de posições doutrinárias e jurisprudenciais, de modo a esclarecer como é feita a adequação, quais as possibilidades e a necessidade da Teoria do Domínio do Fato no Direito Brasileiro.

Ademais, cabe uma análise mais aprofundada do acórdão de Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que se utilizou de Teoria de Roxin e Welzel para basear seus fundamentos. Cabe ressaltar, que esta ação penal fora a primeira utilizar-se de tal teoria como forma de fundamentar acórdão para, no caso específico, condenação de alguns réus. Outrossim, nada mais adequado do que uma análise do acórdão que possibilitou a utilização da teoria do domínio do fato como precedente em outros casos.

2 CONCURSO DE PESSOAS

Para uma melhor compreensão a aplicabilidade da teoria do domínio do fato, deve haver uma explicação acerca de como Direito Penal brasileiro entende e aplica, em sua maior parte, o concurso de pessoas tanto em seu ordenamento jurídico como consolidado na opinião de seus principais doutrinadores jurídicos. Aqui serão

mostrados conceitos doutrinários, previsões legais, requisitos constitutivos e teorias existente acerca do instituto.

2.1 Conceito

Concurso de pessoas pode ser definido como a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. (MIRABETE e FABRINI, 2013, p. 212).

Essa reunião de pessoas no cometimento de uma infração penal dá origem ao chamado *concursus delinquentium.* A cooperação na realização do fato típico pode ocorrer desde a elaboração intelectual até a consumação do delito. (BITENCOURT, 2017, p. 557)

Sendo nas palavras de Cristiano Rodrigues os elementos do concurso "quando dois ou mais agentes concorrem para prática de vontade, liame subjetivo, podendo ocorrer por meio de uma coautoria e participação. (RODRIGUES, 2012, p. 168)

Bittencourt, atesta que, normalmente os tipos penais contidos na parte especial do Código Penal referem-se a fatos realizáveis por uma única pessoa. Contudo, o fato punível pode ser obra de um ou vários agentes. Frequentemente a ação delituosa é produto de concorrência de várias condutas praticadas por sujeitos distintos. (BITENCOURT, 2017, p. 557)

Outrossim, respondem pelo ilícito o que ajudou a planejá-lo, o que forneceu os meios materiais para a execução, o que intervém na execução e mesmo os que colaboraram na consumação do delito. (BITTENCOURT, 2017, p. 557).

Cabe ressaltar que somente as condutas realizadas ao longo do *inter criminis* até a consumação serão considerados como formas de intervenção no delito. Portanto, concurso de pessoas é instituo onde duas ou mais pessoas, se agrupam com intuito de cometer ilícito penal. (BITENCOURT, 2017, p. 558).

2.2 Teorias acerca do concurso de pessoas

São várias as teorias a respeito da natureza do concurso de agente quando se procura estabelecer se existe na hipótese de vários delitos, delas defluindo diversas quanto à aplicação da pena. (MIRABETE e FABRINI, 2013, p. 212).

Outrossim, tem-se discutido se a conduta delituosa praticada em concurso constitui um ou vários crimes. Algumas teorias procuram definir essa problemática por meio das teorias denominadas: pluralística; dualística; e monística. (BITENCOURT, 2017, p. 557)

2.2.1 Teoria Pluralística

Segunda essa teoria, a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igual particular. À pluralidade de agentes corresponde a pluralidade de crimes. (BITENCOURT, 2017, p. 559)

Seria como se cada autor ou partícipe tivesse praticado a sua própria infração penal, independente da sua colaboração para com os demais agentes. Assim, se alguém, tivesse induzido duas outras pessoas a praticar o delito de furto, teríamos três infrações penais distintas. (GRECO, 2016, p. 527)

Mirabete e Fabrini, argui, que há falhas nessa teoria, pois "as participações de cada um dos agentes não são formas autônomas, mas convergem para uma ação jurídica, já que há um único resultado que deriva de todas as causas diversas". (MIRABETE e FABRINI, 2013, p. 226).

Contudo, o Código Penal brasileiro possui algumas exceções a não aplicação da Teoria Pluralista. Guilherme Souza Nucci explicita em seu livro da seguinte forma:

> [...] Como exceção, o código penal adota essa teoria ao disciplinar o aborto (Artigo 124 – "Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque" – e Artigo 126 – "Provocar aborto com consentimento das gestantes", fazendo com que a gestante que permita a prática do aborto em si mesmo responda com incurso no artigo 124 do Código

> Penal, enquanto o agente provocador do aborto, em lugar de coautor responderá com incurso no artigo 126 da mesma codificação[...]

Contudo, essa ideia da teoria pluralista é insustentável, já que, em regra, as condutas praticadas em concurso de agentes dirigem-se à realização de um mesmo crime, mantendo-se a unidade de imputação para todos aqueles que nele participam. (BITENCOURT, 2017, p. 559)

2.2.2 Teoria dualística

A teoria dualista distingue o crime praticado pelos autores daquele cometido pelos partícipes. Para essa teoria, haveria uma infração penal para os autores e outra para os partícipes. (GRECO, 2016, p. 530).

Trata-se, na verdade, de dupla concepção a respeito do papel exercido por cada um dos agentes, cabendo ao autor o desempenho da ação principal e ao partícipe a prática dos atos acessórios. (SANCHES, 2016, p. 371).

Cezar Roberto Bitencourt em sua obra tratado de direito penal leciona que "Para essa teoria há dois crimes: um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica emoldurada no ordenamento positivo, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal. " (BITENCOURT, 2017, p. 559).

Mirabete, traz uma ressalva quanto a teoria dualística, para o autor "o crime é um só fato e que, por vezes, a ação do executor é, menos importante que a do partícipe (casos de mandato, de coação resistível etc.). Ademais, a teoria não se ajusta aos casos de autoria mediada". (MIRABETE e FABRINI, 2013, p. 213)

2.2.3 Teoria monística ou unitária

Para essa teoria o fenômeno da codelinquência deve ser valorado como constitutivo de um único crime, para o qual converge todo aquele que

voluntariamente adere à prática da mesma infração penal. (BITENCOURT, 2017, p. 560).

Outrossim, a teoria monista, adotada pelo nosso Código Penal, aduz que todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas cominadas, na medida de sua culpabilidade. Existe um crime único, atribuído a todo aqueles que para que concorreram, autores e partícipes, embora o delito seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. (GRECO, 2016, p. 530)

Há de observar que, na teoria monística, para que exista o concurso de pessoas é indispensável que haja o nexo causal físico (objetivo) e o psíquico (subjetivo). Ou seja, deve estar presente a consciência e vontade do agente em participar do delito. (BITENCOURT, 2017, p. 560).

Ademais, existem outros requisitos para que haja concurso de pessoas, Cezar Roberto Bittencourt em sua obra "Tratado de Direito Penal", elenca da seguinte forma:

> [...] Pluralidade de participantes e de condutas: Esse é o requisito básico do concurso eventual de pessoas: a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. Relevância causal de cada conduta: A conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Vínculo subjetivo entre os participantes: Deve existir também, repetindo, um liame psicológico entre os vários parti- picantes, ou seja, consciência de que participam de uma obra comum. Identidade de infração penal: Para que o resultado da ação de vários participantes possa ser atribuindo a todos, "tem que consistir em algo juridicamente unitário" [...] (BITTENCOURT, 2017, p. 563-564)

Percebe-se, então, que na teoria monista a figura do partícipe não se trata de figura acessória do crime, este será sempre tratado como coautor e penalmente responsável pela integralidade do ato criminoso (PRADO, 2011, p. 465).

2.3 Da autoria e participação

Em virtude de o Código Penal não ter traduzido os conceitos de autor e partícipe, tais definições ficaram a cargo de nossa doutrina. Surge então, algumas definições restritas, outras mais abrangentes e posições tidas como conciliatórias. (GRECO, 2016, p. 530-531)

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 29, adotou a Teoria Monista para delimitação do concurso de pessoas. (RODRIGUES, 2012, p. 168). E o legislador ao definir no artigo 29 que "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" acolhe a ideia de relação igualitária de tratamento entre autor e partícipes. (BRASIL, 1940)

Conforme aponta Greco e Mirabete, o artigo 29, não distingue, a princípio, os institutos da autoria de participação. Cabendo a doutrina fazer a separação entre coautoria e participação, além do que a Reforma Penal de 1984 terminou por reconhecer a distinção entre ambas. (NUCCI, 2014, p. 295).

Com a Reforma penal, foi acrescentada, ainda, ao caput do artigo a expressão ―na medida de sua culpabilidade‖, tal medida subjetivou a interpretação e abriu a possibilidade da distinção entre autoria e participação. (MIRABETE e FABRINI, 2013, p. 223-224).

Conforme supramencionado a Reforma Penal de 1894, terminou por reconhecer a distinção entre os institutos e acrescentou §§ 1º e 2º no artigo 29, vejamos:

> § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a umterço.
>
> § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser- lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (BRASIL, 1940).

Julio Fabrini Mirabete e Renato Fabrini, ao analisar o tema aponta:

> Sensível às críticas da teoria monista, porém, e em face de decisões reconhecidamente injustas, o legislador procurou regras precisas para distinguir a autoria e participação, como se reconhece na exposição de motivos da Lei n. 7.209 (item 25).

> Enquanto a manutenção da teoria monista se impõe como exigência de certeza, de justiça e de segurança, a referência à culpabilidade é uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma autêntica cláusula salvatória contra os excessos que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante do disposto no artigo 29 do Código Penal (MIRABETE E FABRINI, 2013, p. 213).

Sobre o tema disserta Cézar Roberto Bittencourt:

> Essa foi a teoria adotada pelo Código Penal de 1940, que evitou uma série de questões que naturalmente decorreriam das definições de autores, partícipes, auxílio necessário, auxílio secundário, participação necessária etc. A Reforma Penal de 1984 permanece acolhendo essa teoria. Procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de autoria e participação (BITTENCOURT, 2017, p. 560)

Na busca de melhor compreender o instituto e trazer maior segurança na aplicação da pena a cada um dos colaboradores, no caso de concurso de pessoas, foram elaboradas teorias que diferenciam em categorias os agentes. O reconhecimento de tal diferença, no entanto, não é pacífico. (JUNQUEIRA, 2017, p. 482).

Portanto, cabe análise de tais teoria para melhor compreensão do conceito de autor. Teorias denominadas pela doutrina e jurisprudência como “critério extensivo do autor” e “critério restritivo do autor”

2.3.1 Critério extensivo do autor

Essa teoria parte do princípio da equivalência das condições, os adeptos do conceito extensivo não fazem distinção entre autores e partícipes. Todos aqueles que, de algumas formas, colaboraram para a prática do fato, são considerados autores. (GRECO, 2016, p. 533).

Percebe-se semelhança com a monista na medida em que define que o autor e o partícipe não são figuras distintas, apenas se considera para efeitos de punibilidade

que o cúmplice e o instigador terão a sua punibilidade limitada em face de critérios subjetivos de percepção de sua atuação no fato típico. (CÔELHO, 2015, p. 264)

Cezar Bitencourt, em sua obra Tratado do Direito Penal – Volume I, diserta que existe uma "vontade de autor" e uma "vontade do partícipe", que poderiam levar a sancionar como partícipes agentes que realizaram integralmente os elementos do tipo e que seriam autores, tornando-se um critério que deve ser rechaçado. (BITTENCOURT, 2017, p. 565-566).

Na opinião de Mirabete e Fabrini:

> [...] Autor é não só o que realiza a conduta típica, como também aquele concorre com uma causa para o resultado. Não se faz assim distinção entre autor e partícipe, já que os agentes concorreram para o resultado ao contribuírem com uma causa para o evento[...] (MIRABETE E FABRINI, 2013, p. 216)

Outrossim, o conceito extensivo de autor fundamenta-se na causação do resultado: autor é quem dá causa ao evento. Assim, em princípio, é autor quem, realizando determinado comportamento, causa a modificação do mundo externo. Não é somente quem realiza as características do tipo penal, mas também aquele que, de qualquer maneira, contribui para a produção do resultado. (JESUS, 2014, p. 449).

Em consequência, faz-se necessário estabelecer a distinção com cerne em juízos internos do julgador, ou seja, em critérios estritamente subjetivos, por essa razão o critério extensivo do autor vem sempre unido ao chamado critério subjetivo da participação, que seria um complemento necessário daquela. (BITENCOURT, 2017, p. 565).

2.3.1.1 Critério subjetiva

A teoria subjetiva procura traçar um critério de distinção entre autores e partícipes, valorando o elemento anímico dos agentes. Existe uma vontade ser autor (animus auctoris), quando o agente quer o fato como próprio, e uma vontade de ser

partícipe (animus soci), quando o agente deseja o fato como alheio. (GRECO, 2016, p. 533).

A crítica aponta dois problemas principais da teoria subjetiva de autor: critérios baseados em fenômenos psíquicos (intelectuais ou emocionais), como vontade ou ânimo de autor ou de partícipe, não são determináveis diretamente e, portanto, são imprecisos; em tipos penais que excluem autoria mediata (delitos de mão própria , por exemplo), sujeitos não qualificados não podem ser autores e sujeito qualificados não podem ser apenas partícipes, por mais que queiram o fato como próprio ou como alheio, respectivamente. (DOS SANTOS, 2012, p. 345).

Todavia, tal posicionamento não se mostra eficiente para a conclusão de casos concretos, Zaffaroni em sua obra "Manuel de Direito Penal" comenta a temática da seguinte forma:

> Esse critério subjetivo de distinção foi usado pela jurisprudência alemã, onde ainda persiste, e conduziu a soluções totalmente absurdas. Assim, afirmou-se que um assassino profissional contratado num país estrangeiro, que fora enviado para matar asilados croatas com uma pistola de gás venenoso, não era autor, porque não queria o fato como seu, pois o interesse pelo resultado pertencia à potência que o enviava; afirmou-se que a irmã da parturiente que, a pedido desta – prostrada e sem forças – afogou o recém-nascido na banheira, não era autora, e sim, cúmplice, porque não queria o fato como seu, nemtinha interesse pessoal no seu resultado. A observação mais superficial indica indefensabilidade desta posição. (ZAFFARONI, 2011, p. 596).

Como dispõem Zaffaroni e Bittencourt, a criação de um caráter exclusivamente subjetivo para distinção de autoria pode gerar interferências no curso da ação penal. Portanto, tal posição não deve ser rechaçada, tendo em visto a existência da teoria com melhores argumentos. (BITTENCOURT, 2017, p. 566).

2.3.2 Conceito restritivo do autor

Outrora, o critério restritivo de autor, por sua vez, tem como ponto de partida o entendimento de que nem todos os intervenientes no crime são autores. Além

disso, preceitua que somente é autor quem realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, apenas o autor (ou coautores) prtica (m) o verbo núcleo do tipo: mata, subtrai, falsifica etc. (BITENCOURT, 2017, p. 566).

De forma mais objetiva, Mirabete coloca o conceito nas seguintes palavras "autor é aquele que reúne os caracteres ônticos e típicos para sê-lo, sendo a cumplicidade e a instigação formas de extensão e punibilidade". (ZAFFARONI, 2013, p. 596).

O conceito restritivo de autor é a primeira tentativa científica de distinguir autor e partícipe, com base no critério objetivo-formal da ação típica; conforme mencionado o autor realiza a ação típica (o núcleo do tipo penal) enquanto o partícipe realiza ação de instigação ou de ajuda extratípica para a realização do tipo de injusto, punível por extensão da punibilidade da ação típica. (DOS SANTOS, 2012, p. 343)

A teoria restritiva encontra-se numa situação diametralmente oposta à do conceito extensivo. Pelo fato de partir da teoria da equivalência das condições, os adeptos do conceito extensivo não fazem distinção entre autores e partícipes. Em contraponto, na concepção restritiva, todos aqueles que, de alguma forma, auxiliassem, mas que não viessem a realizar a conduta narrada pelo verbo do tipo penal seriam considerados partícipes. (GRECO, 2016, p. 531-533).

Deduz-se daí a necessidade de desenvolver critérios que identifiquem a conduta do autor, distinguindo-a das formas de participação acessória. (BITENCOURT, 2017, p. 567).

2.3.2.1 Critério objetivo-formal

Para teoria objetivo-formal, autor é aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo; todos os demais que concorrem para essa infração penal, mas que não realizarem a conduta expressa pelo existente no tipo serão considerados partícipes. (GRECO, 2016, p. 534).

Eugênio Pacelli, em sua obra "Manual de Direito Penal" afirma que considera autor todo aquele cujo comportamento entre no círculo que o tipo pretende abarcar, enquanto, qualquer outra ação causal ao delito só poderá ser considerada participação. Outrossim, autor seria quem executa o núcleo da ação típica, por outro lado, a participação ocorre quando o colaborador, sem executar pessoalmente a ação típica (núcleo), atua meramente de forma preparatória ou em apoio para conclusão da ação delituosa. (PACELLI, 2017, p. 360)

Gustavo Junqueira traz crítica a essa teoria em sua obra, no sentido de que "a teoria não resolve problemas simples, pois considera, a princípio, o mandante (mentor intelectual) como partícipe junto a isso temos a dificuldade da teoria em explicar a autoria mediata". (JUNQUEIRA, 2017, p. 484)

Nesse sentido, Bitencourt em seu tratado de direito penal, concluiu que apesar desse critério indicar que a autoria se refere à realização dos elementos do tipo, essa teoria não foi capaz de mostrar quais elementos materiais do tipo identificaria a conduta do autor frente às contribuições causais constitutivas de mera participação. Cabe ressaltar ainda que muito se criticou a versão clássica dessa teoria, pois partindo de suas premissas não haveria uma explicação contundente de como se daria a conduta do coautor e do autor mediato na descrição do fato típico. (BITTENCOURT, 2017, p. 567)

Tal concepção crítica é partilhada por Zaffaroni, que em seu manual descreve: Esta teoria também acaba sendo insustentável, porque se alguém aponta uma arma a outro, enquanto um terceiro se apodera de sua carteira, ao invés de ser um roubo com arma seria um delito de constrangimento ilegal, cometido pelo que aponta a arma e um furto pelo que se apodera da res‖ (ZAFFARONI, 2013, p. 597).

2.3.2.2 Critério material-objetivo

A teoria objetivo-material, como assevera Jescheck, buscou suprir os defeitos da teoria objetivo formal. (GRECO, 2016, p.532). A mencionada teoria, considera

autor quem contribui objetivamente de forma mais efetiva para ocorrência do resultado, não necessariamente praticando a ação nuclear típica. Partícipe, por outro lado, é o concorrente menos relevante para o desdobramento causal, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo. (SANCHES, 2016, p. 372).

Bitencourt acerca, em sua obra Tratado de Direito Penal, do tema disserta que a teoria objetivo-material, procurou suprir os defeitos da formal-objetiva, considerando a maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição causal do autor em comparação a do partícipe, ou a maior importância objetiva da contribuição causal do partícipe, ou ainda a maior importância objetiva da contribuição do autor em relação à contribuição do partícipe. (BITTENCOURT, 2017, p. 567-568)

Mais adiante conclui a ideia que, no entanto, a desconsideração do aspecto subjetivo e a tentativa de estabelecer diferenças objetivo-materiais com base na causalidade conduziram essa teoria ao fracasso. (BITENCOURT, 2017, p. 568).

Outrossim, trata-se de critério gerador de insegurança, na medida em que não se sabe, com precisão, o que vem ser "contribuição objetiva mais importante". Ficando na dependência exclusiva daquilo que o intérprete irá considerar relevante. (CAPEZ, 2015, p. 356)

2.3.2.3 Critério final-objetivo

De caráter objetivo-subjetivo, o critério final-objetivo, também chamado de teoria do domínio do fato, busca a harmonização de critérios objetivos a uma conduta subjetiva no sentido de melhor distinguir autores e partícipes. (BATISTA, 2004, p. 69),

Este critério pressupõe de que serio o autor o sujeito que detém o domínio consciente do fato considerado típico. Este critério, portanto, exige-se sempre uma valoração que deve se perfazer frente a cada tipo e a cada conduta no caso concreto (ZAFFARONI, 2013, p. 597).

Por se tratar do tema da presente pesquisa, a teoria do domínio do fato será desenvolvida com maior detalhe no capítulo que se segue.

3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Tendo sido feito análise acerca do concurso de pessoas e suas respectivas teorias, passa-se ao importante estudo da Teoria Do Domínio do Fato, que é propriamente dita objeto de pesquisa do presente do trabalho. Como mencionado, o estudo da teoria vai de encontro com fundamento teórico utilizado para reconhecimento da autoria, e consequentemente a condenação dos réus na Ação Penal n.º 470 que tramitou no Supremo Tribunal Federal.

3.1 Conceito

A teoria do domínio do fato ou somente domínio do fato, é uma teoria mista que combina critérios objetivos e subjetivos para determinação de autoria, foi criada por Hans Welzel e, posteriormente, trabalhada de maneira detalhada por Claus Roxin. Cumprindo os critérios do domínio do fato, o autor é o indivíduo que detém o domínio da conduta típica, isto é, determina, o "se" e o "como" de sua realização (QUEIROZ, 2013, p. 337).

De maneira mais enfática, Bitencourt trata do assunto em obra da afirmando que nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva são capazes de fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria. Outrossim, a teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Muito embora a teoria suponha um controle final "aspecto subjetivo", não requer-se somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Ademais, para Bittencourt, autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. (BITTENCOURT, 2017, p. 568)

Na mesma linha de raciocínio, Damásio de Jesus, diz que partindo de uma ideia restritiva e empregando um critério objetivo subjetivo, autor seria aquele que tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (“se”, “quando”, “onde” (JESUS, 2014, p. 449).

Levando em consideração que o domínio do fato abarca aspectos tanto objetivos quanto subjetivos, ressalta-se que o senhorio do autor sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso concreto como pela direção que é imprimida a ela, não devendo ser confundida com o dolo, porque o dolo também há na participação (o cúmplice e o instigador agem com dolo), sem que haja domínio do fato. (ZAFFARONI, 2011, p. 598).

Para melhor compreensão, para essa concepção, autor seria aquele que controla finalisticamente o fato, ou seja, quem decida a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições. Outrossim, podemos afirmar que tem o controle final do fato: a) aquele que, por sua vontade, executa o núcleo do tipo (autor propriamente dito); b) aquele que planeja a empreitada criminosa para ser executada por outras pessoas (autor intelectual); c) aquele que se vale de um não culpável ou de pessoa que atua sem dolo ou culpa para executar o tipo, utilizada como seu instrumento (autor mediato). (SANCHES, 2016, p. 373).

Portanto, não basta ao domínio do fato apenas a finalidade da conduta (ação de natureza humana), faz-se necessária que a posição objetiva do sujeito determine o domíniodas circunstâncias do ato criminoso (FELICIANO, 2009, p. 125).

Partindo deste pressuposto, Roxin disserta que para que haja o domínio do fato por indivíduo não executor, deve-se apresentar vontade reitora de sua parte, tal situação foi denominada como “domínio da vontade”. Outrossim, o domínio do fato vai ser exercido quando o executor, isto é, o autor imediato, agindo mediante coação ou incorrendo em erro, não tendo domínio da sua vontade, é controlada ou dominada pelo “homem de trás”, que é o autor mediato. (BITTENCOURT, 2017, apud, ROXIN, 2000, p. 569).

Caso o executor realize a conduta tipicamente descrita pessoalmente, dolosamente e sem estar sob coação ou subordinação total à vontade do "homem de trás", tal ato será denominado como domínio da ação. (BITTENCOURT, 2017, p. 569). Sendo tanto o domínio da vontade quanto o domínio da ação manifestações do domínio do fato, o que Roxin denomina "duplo domínio do fato integral". (AFLEN, 2014, apud, ROXIN, 2000, p. 125).

Já no caso de coautoria, Alflen afirma que é a própria autoria, cuja peculiaridade consiste em que o domínio final do fato sobre a conduta delitiva encontra-se não com um indivíduo, mas com vários conjuntamente. Nesse sentido, explica que toda conduta final radica, como regra, em uma multiplicidade de atos isolados finalisticamente relacionados uns com os outros, e que constituem um todo unitário, por conta disso, cada indivíduo não é autor de uma parte, senão coautor do todo, de forma que cada um se responsabiliza como coautor do fato integral. (ALFLEN, 2014, apud, Welzel, 1939, p. 91)

Cumpre ressaltar que no âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato, com seu conceito restritivo de autor, limita-se aos delitos dolosos. Somente nestes se pode falar em domínio final do fato típico, pois os delitos culposos caracterizam-se exatamente pela perda desse domínio. (BITENCOURT, 2017, p. 570).

Na mesma linha de raciocínio Damásio de Jesus em sua obra "Direito Penal – Parte Geral" leciona que "inexiste distinção entre autoria e participação: é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico deixando de observar o cuidado objetivo necessário". (JESUS, 2014, p. 450).

Rogério Greco em sua obra, trata a teoria do domínio do fato afirmando que vem sendo adotada por grande número de doutrinadores, com foco em resolver o problema com argumentos das teorias objetivas e subjetiva, acrescentando, ainda, um dado extremamente importante, qual seja, a chamada divisão de tarefas. Quando se refere ao domínio do fato, não quer dizer que o agente deva ter o poder de evitar a prática da infração penal a qualquer custo, mas, sim, que com relação à parte do plano criminoso que lhe foi atribuída, sobre esta deverá ter o domínio funcional. O

domínio será, portanto, sobre as funções que lhe foram confiadas e que têm uma importância fundamental no cometimento da infração penal. (GRECO, 2016, p. 534).

3.2 Autoria

No ordenamento jurídico brasileiro, quando há ocorrência de uma infração penal, com características de instituto do concurso de pessoas, tem-se a necessidade de preenchimento de certos requisitos, com a vontade ciente e voluntária dos agentes. Tais sujeitos que praticam a ação delituosa devem ser julgados na medida de sua culpabilidade, conforme descreve o artigo 29 do Código Penal. (BRASIL, 1940)

Conforme dito anteriormente o Código Penal Brasileiro em seu artigo 29 define que "*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade"*. (BRASIL, 1940). Importante ressaltar, ainda, que o Código traz uma importante definição, trata-se, do inciso primeiro do artigo 18 indicando que "*a gente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo"* prática crime doloso. Outrossim, fica claro que ao agente é atribuída sanção na medida da importância das suas ações na atividade delituosa. (BRASIL, 1940).

No entanto, sob o prisma da teoria do domínio, especificamente o finalismo de Welzel, trata-se de uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que distingue com autor de partícipe, admitindo a figura do autor mediato, além de possibilitar uma melhor compreensão da coautoria. (BITTENCOURT, 2013).

Cristiano Rodrigues leciona em sua obra acerca dos critérios do domínio final do fato, indicando que será autor aquele que possuir o "domínio sobre o final dos fatos", ou seja, possuir o comando e o controle da situação. Cabe ressaltar que seria denominado autor independente de realizar, ou não o núcleo do tipo penal. (RODRIGUES, 2014, p. 169).

Pablo Alflen em sua obra “teoria do domínio do fato” explica que para Welzel o autor é só aquele que, mediante a direção consciente do curso causal dirigido à produção do resultado típico, tem o domínio do resultado típico‖, nesse contexto Welzel descreve a existência de duas espécies fundamentais de autoria, quais sejam, o autor doloso e o autor culposo. Deste modo, destaca - se: a) A autoria estruturada sobre o domínio finalista do fato, dos delitos dolosos; b) autoria estruturada sobre a causação de um resultado evitável, dos tipos culposos (ALFLEN, 2014, apud, Welzel, 1939, 156).

Bittencourt afirma ainda que “A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação”. (BITTENCOURT, 2017, p. 570).

Após apresentação de conceitos basilares acima, é possível afirmar que na teoria do domínio do fato, há uma distinção entre as funções desempenhadas pelos os agentes concorrentes de uma ação delitiva, ou seja, existe uma variação entre os tipos de autoria, que na visão de autores como Damásio de Jesus e Rogério Greco seria da seguinte forma: autoria propriamente dita que seria o autor seria detentor do domínio da ação (imediata); autoria intelectual; autoria mediata em que autor seria o detentor do domínio da vontade; e a coautoria. (JESUS, 2014, p. 451-452).

3.2.1 Autoria imediata

Para determinar a autoria, Alflen afirma que de acordo com a concepção welzeliana, autoria direta consiste na realização direta, voluntária e conscientemente final do fato porque, tendo preenchido os pressupostos pessoas objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre a sua decisão e execução. (ALFLEN, 2014, p. 91)

Outrossim, na autoria propriamente dita, o autor realiza materialmente a conduta típica (executor material individual), age sozinho, não havendo indutor, instigador ou auxiliar. O autor tem o total domínio da conduta. (JESUS, 2014, p. 451).

Nesse mesmo sentido ao analisar a autoria imediata Greco afirma que o autor pode ser aquele que executa diretamente a conduta descrita pelo núcleo do tipo penal, ocasião em que será reconhecido como autor direto ou autor executor, ou poderá ser, também, aquele se vale de outra pessoa, que lhe serve, na verdade, como instrumento para a prática da infração penal, sendo, portanto, chamado de autor indireta. (GRECO, 2016, p. xx)

Ressalte-se que, como bem entende Zaffaroni, embora se diga que a autoria direta tem natureza pessoal, esta não exclui a utilização de outro na realização da conduta, isto se permite se o segundo indivíduo for utilizado como mero instrumento físico para a realização da conduta sem agir por meios próprios, será então mera massa mecânica. (ZAFFARONI, 2013, p. 578).

No entendimento de Nilo Batista o conceito de autor direto para a teoria do domínio do fato não põe como essencial a simples adequação da conduta ao tipo penal para daí decorrer o domínio do fato. Como afirma o doutrinador, não-autores podem ver suas condutas subsumíveis na descrição legal; a diferença específica a incidir sobre o gênero reside em que só o autor possui o domínio do fato. (2004, p. 78)

3.2.2 Autoria intelectual

Na autoria intelectual, o indivíduo planeja, organiza e coordena o fato delituoso, sem, necessariamente participar com efetividade da concretização do crime. O seu raio de participação se limita ao campo abstrato, ele cria e decide como a ação conjunta irá se desenrolar para a concretização do objetivo (PRADO, p. 403).

O sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de organização criminosa que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta. O código penal brasileiro agrava a pena do autor intelectual, referindo- se ao sujeito que "promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes", essa é a definição do artigo 62, inciso I do código. (JESUS, 2014, p. 452).

Note-se que a chamada autoria intelectual se distingue da autoria direta pelo fato de o sujeito meramente idealizar a ação delituosa, ou seja, no caso constitui o crime produto de sua criatividade (DAMÁSIO, 2014, p. 19). Ressalta-se acolhimento pelo direito penal pátrio, encontra guarida na própria Constituição da República, que define no XLIII, do seu art. 5°, que:

> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988)

Como visto, para a teoria monista, não há distinção entre autor e partícipe, o que, no caso da autoria intelectual, pode levar a anomalias na dosagem da pena. O indivíduo que planejou e coordenou toda a infração penal teria a mesma pena culminada daquele que, em pobre exemplo, apenas municiou as armas que seriam utilizadas no crime. (CASTRO, 2014, 29).

Se para a teoria restritiva, autor é quem executa o núcleo do tipo, o autor intelectual sempre seria considerado mero partícipe, mesmo considerando que, sem ele, o ato delituoso nunca teria se realizado. Percebe-se daí um paradoxo (BITENCOURT, 2017, p. 452).

A domínio do fato se mostra de forma mais adequada para se identificar a autoria intelectual, vez que os atos do autor fazem-se essenciais para a prática do crime. A imputação de autoria ensejaria a pena a análise da existência e quantificação do domínio deste sobre o fato típico. (BITENCOURT, 2017, p. 452).

Tomando como exemplo o caso do chefe da organização criminosa supramencionado, que não necessariamente pratica o núcleo da ação, mas planeja e organiza a atividade dos demais, tem o domínio finalístico do fato. Sua contribuição para a concretização do trabalho delitivo se mostra essencial e, sem ele, o injusto penal poderia não acontecer. Ele, portanto, possui o domínio funcional do fato e o domina na medida de sua contribuição. (CASTRO, 2015, apud, ALFLEN, 2014).

3.2.3 Autoria mediata

Há, segundo a teoria do domínio do fato, a chamada autoria mediata (ALFLEN, 2014, p. 89, apud, WELZEL, 2003.).

Neste caso, o indivíduo pretende a prática de determinada conduta e, para tanto, se vale de um sujeito intermediário, um instrumento de sua conduta. Aqui não cabe invocar o desígnio da participação, visto que, de acordo com o que doutrina o referido autor, não há participação, uma vez que o autor mediato tem o domínio do comportamento e da vontade de seu executor material. É o autor. (DAMÁSIO, 2010, p. 460). Destarte, o indivíduo utilizado como instrumento não tem domínio do fato, sendo apenas elemento da vontade do executor.

Nesse sentido todo processo de realização da figura típica, segundo essa teoria, deve apresentar-se como obra da vontade reitora do "homem de trás", o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato. Originariamente, a autoria mediata surgiu com a finalidade de preencher as lacunas que ocorriam com o emprego da teoria da acessoridade extrema da participação. (BITTENCOURT, 2017, p. 570).

Zaffaroni, sobre o domínio do autor mediato, dispõe:

> [...] O determinador tem o domínio do fato quando o determinado não realiza uma conduta (autoria direta), o que não exige maiores demonstrações. Também tem o domínio do fato aquele que se vale de quem age sem dolo, por que é evidente que é o único que tem o domínio do fato, já que não domina o fato quem não dirige a conduta até o resultado buscado pelo

> outro. Igualmente, tem domínio do fato aquele que se vale de uma conduta realizada em cumprimento de um dever jurídico, porque o interposto é ameaçado com uma pena pela ordem jurídica e o determinador cria a situação em que esta cominação se opera[...] (ZAFFARONI, 2013, p. 579).

Outrossim, para que haja a aplicação da autoria mediata, todos os requisitos necessários de punibilidade devem ser encontrados no indivíduo do "homem de trás", no autor mediato, e não no executor, autor imediato. Não há que se falar em autoria mediata, por exemplo, nos crimes de mão própria. Mais uma vez, o comportamento doloso determina a imputação da autoria (BITENCOURT, 2017, p. 571).

Roxin, ao dissertar sobre o assunto, enumera as hipóteses de autoria mediata, todas envoltas pelo chamado domínio da vontade haja vista a total sujeição do indivíduo executor aos desígnios do autor mediato, senhor de sua vontade. Segundo ele são: a) Domínio de vontade em virtude de coação; b. Domínio da vontade em virtude de erro ou domínio de conhecimento; c. Domínio da vontade no emprego de menores e inimputáveis em geral; d. Domínio da vontade em virtude de mecanismos de poder organizados. (BITTENCOURT, 2017, p. 571)

Sobre o assunto, Rogério Grego em sua obra "Curso de Direito Penal – Parte Geral" afirma que as hipóteses mais comuns de autoria mediata decorrem do erro, da coação irresistível e do uso de inimputáveis para a prática de crimes, o que não impede a possibilidade de sua ocorrência em ações justificadas uma situação de exclusão de criminalidade para aquele.

Tal afirmação de Greco tem embasamento no próprio Código Penal Brasileiro, que mesmo sem conceituar, admite crimes de autoria mediata. Acerca do tema, Damásio de Jesus lista as hipóteses, sendo elas: a) ausência de capacidade penal do instrumento por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (artigo 62, inciso III, do Código Penal); b) coação moral irresistível ou obediência hierárquica (artigo 22 do Código Penal); c) erro de tipo escusável determinado por terceiro, em que o instrumento age sem dolo (artigo 20, § 2°, do Código Penal); e d) erro de proibição invencível (artigo 21, caput, do Código Penal).

No caso do domínio da vontade por mecanismos organizados de poder, Roxin expõe que ocorre nas hipóteses de crimes intrínsecos às instituições fortemente hierarquizadas, admitindo-se seja pelo crime relacionado às organizações criminosas em geral, seja por crimes societários (CASTRO, 2014, p. 26, apud, ROXIN, 2000, p. 652).

Observa-se, em suma, que nas hipóteses de domínio da vontade por estruturas de poder organizadas, os conceitos objetivos de autoria mediata e participação não têm guarida, recorrendo-se a um conceito aberto e mais abstrato de domínio do fato, isso se dá, segundo Feliciano, para adequar-se à teoria aos escopos de política criminal, uma vez que, embora não falte ao executor nem a liberdade tampouco a responsabilidade penal (trata-se, pois, de autor culpável). Ainda assim, o agente remoto assume o papel de autor mediato porquanto o agente próximo não se apresenta, no contexto organizacional, como individualidade livre e responsável, mas como figura anônima e substituível. (FELICIANO, 2009, p. 128).

3.2.4 Da participação

Partícipe, na doutrina do domínio do fato, é quem efetiva um comportamento que não se adapta ao verbo do tipo e não tem poder de quem efetiva um comportamento que não se adapta ao verbo do tipo (JESUS, 2016, p. xx). A doutrina, de um modo geral, tem considerado duas espécies de participação: instigação e cumplicidade. (BITENCOURT, 2017, p. xx)

Nas sábias palavras de Rogério Greco, o instituto da participação é definido como:

> [...]. Informamos ser o autor o protagonista da infração penal. É ele quem exerce o papel principal. Contudo, não raras as vezes, o protagonista pode receber o auxílio daquele que, embora não desenvolvendo atividade principais, exercem papéis secundários, mas que influenciam na prática da infração penal. Estes, que atuam como coadjuvantes na história do crime, são conhecidos como partícipes. [...] (GRECO, 2016, p. 548)

Na opinião da doutrinadora Beatriz Vargas o vocábulo partícipe pode ser empregado no sentido amplo, para significar, todos aqueles que participam da realização do crime: é os conceitos extensivos de partícipe. Neste sentido, o termo engloba tanto os autores quanto os partícipes propriamente ditos. Todos são participantes. Afirma ainda que, em um sentido genérico pode-se dizer que a participação e concurso são noções equivalentes. Para o efeito de distinguir entre os diversos agentes do crime, no entendo, a palavra partícipe é usada para destacar, dentre todos os agentes, somente aqueles que, embora concorrendo para a prática da infração penal, desempenha atividade diversa da do autor. (GRECO, apud, VARGAS, 2016, p. 549)

As ações realizadas pelo partícipe são contribuições para a efetivação do ilícito penal, porém, a de se destacar, que sua "conduta não se amolda ao núcleo da figura típica". (JESUS, 2009, p. 26). Além disso, o partícipe não tem nenhum poder diretivo sobre o crime, isto é, "não possui o domínio finalista do fato. (BOCKELMANN, 2016, p. 59)

No mesmo sentido, Damásio de Jesus e Rogério Greco, aponta que a participação a frente da teoria do domínio do fato, expõe as seguintes características:

> Distinguem-se autor, coautor e partícipe. O autor detém o domínio do fato; o coautor, o domínio funcional do fato, tendo influência sobre "se" e o "como" do crime; o partícipe só possui o domínio da vontade da própria conduta, tratando-se de um "colaborador", uma figura lateral, não tendo o domínio finalista. (JESUS, 2016, p. xx)

Frente ao exposto, percebe-se mais uma vez a necessidade da perfeita apreciação da finalidade das condutas para a correta percepção do domínio possuído por cada agente na concorrência ao crime. O partícipe é aquele que possui menor gradação de domínio da conduta delituosa, pois como apresentado, o "o delito não lhe pertence" (JESUS, 2009, p. 27).

3.2.5 Princípio da acessoriedade da participação

Analisando de forma mais profunda o instituto da punibilidade do partícipe, compreende-se de forma imediata seu caráter secundário, para haver a participação, pressupõe- se a existência de um crime e, logicamente, de um autor. “Para que a contribuição do partícipe ganhe relevância jurídica é indispensável que o autor ou coautores iniciem, pelo menos, a execução da infração penal”. (BITTENCOURT, 2017, p. 573).

Os limites dos efeitos da participação tem sido alvo de discussões quanto ao seu alcance, para tanto foram postas várias teorias que procuram delimitar de maneira mais efetiva a fim de adequar a imputação do partícipe ao caso concreto. Destacam-se as teorias da acessoriedade máxima; acessoridade mínima; acessoridade limitada; e hiperracessoriedade. (GRECO, 2016, p. 551).

Adentrando sobre as teorias de acessoriedade, Paulo César Busato descreve todas elas da seguinte forma:

> [...]. Na acessoriedade extrema sustenta que para punibilidade do partícipe, o autor deve ter realizado ação típica, antijurídica e culpável. Acessoriedade mínima defende que a punibilidade do partícipe resta condicionada à realização, por parte do autor, de uma ação típica. Acessoriedade limitada propõe que a punibilidade do partícipe seja condicionada à realização do injusto pelo autor. [...] (BUSATO, 2017, p. 692).

Ademais, cumpre ressaltar que não há uma definição sobre qual teoria deve ser seguida. A maior parte dos doutrinadores brasileiros como Rogério Greco e Juarez Tavares, acreditam que acessoriedade limitada seja a teoria mais adequada a ser seguida, justamente para delimitar a punibilidade do partícipe. Segundo esses autores, isso se dá justamente "depois da restruturação do tipo injusto encetado pelo finalismo", tendo em vista que a acessoriedade limitada determina apenas o indivíduo concretizador do ato delitivo principal tenha realizado fato típico antijurídico. (TAVARES, 2012, p. 358).

3.2.6 Das espécies de participação

Apesar do Código Penal Brasileiro não definir o que deve ser entendido por participação, a doutrina exemplifica, que há várias formas do instituto sendo há de mais destaques: instigação, determinação, chefia, organização, ajuste, cumplicidade. Contudo há um foco maior em duas espécies: instigação e cumplicidade. (BITTENCOURT, 2017, p. xx)

Sobre a instigação Juarez Tavarez em sua obra discorre da seguinte forma:

> A *instigação* significa determinação dolosa do autor a realizar tipo de injusto doloso: o instigador provoca a decisão do fato mediante influência psíquica sobre o autor, mas não tem controle sobre a realização do fato, reservado exclusivamente ao autor. Os meios de influência do instigador no psiquismo do autor são inúmeros: persuasão, pedidos, presentes, ameaças etc. A influência sobre o psiquismo do autor para determinar decisão de realizar um tipo de injusto parece pressupor ação, excluindo a hipótese de instigação por omissão. (TAVARES, 2012, p. 378 - 379)

Percebe-se que ao discutir-se sobre instigação, nota-se que o partícipe estimulou ou incutiu uma ideia de um fato criminoso determinado na mente de um agente também determinado. A conduta dolosa do partícipe deve dirigir-se a contribuir, acessoriamente, para a prática de determinada infração penal, que será levada a efeito por uma ou várias pessoas determinadas. (GRECO, 2016, p. 360-361)

A instigação é a dolosa colaboração de ordem espiritual, psicológica. Contudo a cumplicidade é a dolosa colaboração de ordem material, objetivando o cometimento de um crime doloso. (PACELLI, apud, BATISTA, 2017, p. 68), observa-se que no instituto da cumplicidade, segundo entendimento de Renato Sanches, que está prestação tem um caráter totalmente material, o partícipe então pratica uma ação afim de auxiliar o autor do núcleo do tipo penal. (SANCHES, 2017, p. 98).

Rogério Greco, em sua opinião, aponta que a cumplicidade pode ser conhecida também por “prestação de auxílios materiais”, que tem objetivo facilitar materialmente a prática da infração penal, por exemplo, cedendo a carro para aquele

que deseja evadir de um determinado local após concretizar roubo de uma residência privada. (GRECO, 2016, p. xx).

Cumpre ressaltar, ainda que, qualquer que seja a modalidade de participação, para que esta seja penalmente relevante deve-se aferir a indispensável presença de eficácia causal da ação ou omissão do partícipe, bem como da consciência de participar do ato delituoso.

Outrossim, para ser considerado partícipe, o indivíduo precisa ter plena consciência de que suas ações, influenciarão a ação nuclear do tipo, bem como o do resultado. (BITENCOURT, 2017, p. 574).

3.2.7 Críticas a teoria do domínio do fato.

Evidentemente que a Teoria do Domínio do Fato está longe de ser uma unanimidade entre doutrinadores, especialmente entre os brasileiros, o que se nota, na realidade, são críticas feitas a teoria e/ou até a desnecessidade em utiliza-la em nosso ordenamento pátrio.

O Grande tema de debate, entre os estudiosos da área, se dá em questão da imputação da autoria utilizando-se do domínio do fato como raciocínio jurídico central. Apesar de sua aparente eficácia no que tange a resolver os problemas de imputação no caso concreto, é arriscado falar, como citado acima, que se trata de um consenso entre os doutrinadores de direito. Em verdade, alguns deles comentam diversas críticas acerca de sua aplicabilidade como teoria "final e "unitária" na resolução das ocasionais dúvidas na imputação de autoria. (ASSIS, apud, JAKOBS, 2013, p. 34)

Segundo Jakobs, devido a própria estrutura, o domínio do fato não demonstra ser o único critério para a determinação da autoria porquanto existem situações específicas em que autor não é dotado apenas do domínio do fato, mas também de um dever que tem como conteúdo uma contribuição positiva a outra pessoa ou a uma instituição estatal, como, a Administração Pública. (JAKOBS, 2013, p. 34)

Em suma, não se tem domínio sobre o fato de ilícito penal em hipóteses em que não há o dever de não o cometer. Nos aludidos casos o sujeito "obrigado positivamente" não se organiza, ou faz de maneira precária, na medida em que possa evitar a concretização ou não realização do tipo, entretanto, sempre responde como autor. O que há é um dever de não realizar o fato ou permitir que ele aconteça (ASSIS, 2013, p. 34).

Partindo para o ponto de vista do Direito Brasileiro, pode constatar que a teoria do domínio do fato não preenche nenhuma lacuna, eventual, que o legislador brasileiro possa ter deixado na pretensão punitiva do Estado.

Isso porque o artigo 29 do Código Penal, supramencionado, sem deixar dúvidas acerca de aderir a teoria monista, ao enunciar que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas" com a expressão "na medida da sua culpabilidade" adota a teoria restritiva do autor, abordando de maneira totalmente eficaz os possíveis vícios que determinados casos concretos podem trazer. (BITENCOURT, 2017, p. 561).

Portanto, conclui-se, que, muito embora, a teoria do domínio do fato se adequa perfeitamente a alguns casos em crimes dolosos. Esta deixa lacunas acerca de demais situações, nesse sentido, não cobrindo possíveis lacunas deixadas no ordenamento jurídico brasileiro, que na forma de seu artigo 29 cumpre com a pretensão punitiva do Estado.

4 DA AÇÃO PENAL Nº 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analisada a funda o instituto do concurso de pessoa e posteriormente a teoria do domínio do fato, faz-se necessário analisar a teoria em um caso prático. A Ação Penal n. 470 do Supremo Tribunal Federal, popularmente chamada de "mensalão" é o caso mais notório ao utilizar-se dessa teoria como fundamento para pretensão punitiva.

Ressalta-se que o Processo supramencionado transitou em julgado, uma vez que já foram analisadas todas as questões de ordens e mérito, consequentemente.

Por se tratar de um caso de extrema relevância no mundo jurídica, importar utilizar-se como ponto de pesquisa, partindo de uma análise dos fundamentos da acusação, defesa e sentença, limitando, o raio de análise ao primeiro Acórdão condenatório.

4.1 Breve síntese do caso

Como mencionado, anteriormente, trata-se de Ação Penal movida pelo Procurador Geral da República, na qual ofereceu denúncia no dia 11 de março de 2006, contra 40 pessoas, nas quais eram parlamentares, outros membros do Partido dos Trabalhadores - PT, empresários e funcionário de empresas públicas e privadas sob a suspeita de formação de organização criminosa, que tinha como objetivo "loteamento política dos cargos públicos em troca de apoio às propostas do Governo". (BRASIL, 2012, p. 5617).

A ação foi iniciada tendo em vista a apresentação de uma gravação de vídeo, onde um ex-funcionário da Empresa de Correios e Telégrafos "solicitava e também recebia vantagem indevida para ilicitamente beneficiar um suposto empresário", mediante contratações futures das quais resultaram vantagens indevidas tanto para o corruptor quanto para servidores e dirigentes dos correios. (BRASIL, 2012, p. 5.616).

A partir deste vídeo, criou-se, Comissão Parlamentar de Inquérito com foco de investigar os fatos e responsabilizar os agentes pelo cometimento de tais atos infracionais. Em uma de suas colheitas de depoimentos, a CPI indagou o ex-deputado federal Roberto Jefferson, onde o mesmo admitiu a existência de corrupção de parlamentares, do qual fazia parte, divulgando detalhes do que seria um ordenado repasse de verbas do Partido dos Trabalhadores para a chamada "base aliada do Governo" em troca do apoio às pretensões do Governo Federal no Câmara dos Deputados. (BRASIL, 2012, p. 5.617).

O ex-deputado federal ainda citou quem seriam os responsáveis pelo comando da organização criminosa. Indicando, assim, seus prováveis líderes, a peça acusatória traz da seguinte forma:

> Em depoimento que prestou na Comissão de Ética da Câmara dos Deputados e também na CPMI "dos Correios" Roberto Jefferson afirmou que o esquema era dirigido e operacionalizado entre outros, pelo ex-Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu, pelo ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares, e por um empresário do ramo de publicidade de Minas Gerais, até então desconhecido do grande público, chamado Marcos Valério, ao qual incumbia a distribuição do dinheiro (2012, p. 5619).

Após oferecimento da denúncia, no dia 12 de novembro de 2007, após a publicação do acórdão no Diário da Justiça, o Inquérito 2245 é convertido na Ação Penal 470. Sendo de relatório do Ministro Joaquim Barbosa.

Presentes os pressupostos processuais para o recebimento da denúncia. Esta foi recebida após deliberação do Plenário. Os acusados ofereceram suas devidas Respostas Acusações que, posteriormente, foram julgadas improcedentes em trinta e oito casos. Nos casos dos Réus Sílvio Pereira, no dia 24 de janeiro de 2008, este realizou acordo para suspender o processo por três anos, com base na Lei 9.099/95; E no dia 16 de setembro de 2010 ocorre o falecimento do réu José Janene, consequentemente o plenário declarou extinção do processo contra o ex- deputado federal conforme artigo 107, inciso I, do Código Penal.

Após o cumprimento das devidas diligências, da inquirição de todas as testemunhas arroladas pelas partes, bem como interrogatório dos réus e da juntada de todo conjunto probatório necessário para instrução do processo, apresentou-se prazo para manifestações das partes por alegações finais por memoriais e posteriormente o prosseguimento com o julgamento da ação.

O julgamento durou pouco mais de quatro meses. Os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela condenação de vinte e cinco dos quarenta réus originalmente denunciados, pelos crimes de formação de quadrilha, peculato,

corrupção ativa, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de organização financeira e evasão de divisas.

4.2 Da denúncia

Conforme dito, anteriormente, a exordial acusatória tentou descrever e fundamentar as supostas atividades ilícitas dos agentes da organização criminosa denunciados.

Segundo o Procurador Geral da República o conjunto probatório produzido no âmbito do presente inquérito demonstra a existência de uma sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, além das mais diversas formas de fraude. (2012, p. 5.621).

A organização foi dividida em três "núcleos" organizados e dotados de diferentes finalidades, muito embora estivessem interligados em suas ações. O Ministério Público, então, descreveu a existência de três divisões: o núcleo central, o núcleo operacional e o núcleo financeiro. (BRASIL, 2012, p. 57. 774).

O primeiro núcleo, também denominado de político, era composto por José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genoíno. A acusação afirma que como dirigentes máximos, tanto do ponto de vista formal quanto material, do Partido dos Trabalhadores, os denunciados, em conluio com outros integrantes do Partido, estabeleceram um engenha esquema de desvio de recursos de órgãos públicos e de empresas estatais e também de concessão de benefícios diretos ou indiretos a particulares em troca de ajuda financeira. O objetivo desse núcleo principal era negociar apoio político, pagar dívidas pretéritas do Partido e custear gastos de campanha e outras despesas do PT e dos seus aliados. (BRASIL, 2012, p. 57.774)

O segundo núcleo, também denominado de operacional - era integrado por Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias. Coube a esse núcleo, oferecer a estrutura empresarial

necessária para operacionalizar os repasses dos recursos que seriam aplicados na "compra" do apoio parlamentar. (BRASIL, 2012, p. 57.774 - 57.775)

Como forma de trabalho o Ministério Público menciona uma parceria conjunta com dirigentes do Banco Rural:

> Em conjunto com os dirigentes do Banco Rural, notadamente o falecido José Augusto Dumont, Marcos Valério desenvolveu um esquema de utilização de suas empresas para transferência de recursas financeiros para campanhas políticas, cuja origem, simulada como empréstimo do Banco Rural, não é efetivamente declarada, mas as apurações demonstraram tratar-se de uma forma de pulverização de dinheiro público desviado através dos contratos de publicidade. (BRASIL, 2012, p. 57.775).

Por fim, o terceiro núcleo, denominado de financeiro, constituído por José Augusto Dumont (falecido), José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Tabelo, principais dirigentes do Banco Rural à época que em troca de vantagens indevidas, ingressou na engrenagem criminosa com o aporte de recursos milionários, mediante empréstimos simulados, além de montar uma sofisticada estrutura de lavagem de capitais para o repasse dos valores pagos aos destinatários finais. (BRASIL, 2012, p. 57.775).

O Ministério Público conclui explicando como os três núcleos operacionavam conjuntamente. O Procurador Geral da República afirmou que o primeiro núcleo imprimia as diretrizes da atuação da quadrilha, valendo-se da experiência e conhecimento dos outros dois núcleos na prática reiterada de crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a administração pública e de lavagem de dinheiro. Em troca, os executores dos comandos, pertencentes ao núcleo central (político) recebiam benefícios indevidos desse. (BRASIL, 2012, 57.126)

Cumpre ressaltar, que os denunciados, não mencionados em nenhum dos núcleos, são, ex-parlamentares beneficiados pelos esquemas praticados pela organização criminosa.

O Procurador Geral da República não se preocupou somente em imputar fatos aos denunciados, como também em trazer um conjunto de provas que de fato não

deixasse dúvidas quanto a autoria dos denunciados. Portanto, houve uma grande preocupação em demonstrar a autoria e materialidade dos fatos imputados, com provas documentais, testemunhais etc, procurando sempre que possível demonstrar quem estava na cadeia de comando da organização criminosa. Como por exemplo:

> Dentro do organograma da quadrilha em específico, José Janene, Pedro Corrêa e Pedro Henry ocupavam o topo de sua estrutura, possuindo o domínio do seu destino (DENÚNCIA, p. 5.709).[...]Dentro do organograma dessa quadrilha, Valdemar CostaNeto ocupava o topo de sua estrutura, possuindo domínio do seu destino. (DENÚNCIA, p. 5.717).

O Procurador-Geral da República, no que se diz respeito a José Dirceu, afirmou que ficou comprovado que o acusado, para articular o apoio parlamentar às ações do governo, associou-se aos dirigentes do seu partido e a empresários do setor de publicidade e financeiro para corromper parlamentares. As provas coligadas no curso do inquérito e da instrução criminal comprovam, sem sombra de dúvida, que o réu agiu sempre no comando das ações dos demais integrantes dos núcleos político e operacional do grupo criminoso. **"*Era, enfim, o chefe da quadrilha*".** (BRASIL, 2012, p. 51.833).

4.3 Do acórdão

Conforme andamento processual disponível pelo portal do Supremo Tribunal Federal, o julgamento foi iniciado no dia 02 de agosto de 2012. Tendo sido realizado a leitura do relatório pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa e posteriormente dando-se início às sustentações orais do Ministério Público Federal e das defesas dos réus.

Encerradas as sustentações orais pelas partes, passou-se a deliberar acerca das várias questões preliminares, sobretudo nulidades, em sessão plenária, onde foram rejeitadas todas suscitada, salvo a preliminar de cerceamento de defesa pela não intimação de advogado constituído pelo réu Carlos Alberto Quaglia (BRASIL, 2012, p. 51.637). Consequentemente, deu-se início à leitura dos votos dos magistrados.

Tendo em vista a grande repercussão, complexidade e extensa quantidade de réus o Ministro Relator Joaquim Barbosa, propôs, que a leitura do voto segue a mesma estrutura lógica do acórdão de recebimento da denúncia.

Dessa forma o Relator explicou que a exposição dos crimes imputados aos réus foi dividida em capítulos, pela necessidade de julgar cada fato criminoso, tal como narrada na denúncia. Porém, cumpre ressaltar, que isto não significa uma sucessão cronológica: os fatos ocorreram simultaneamente, no período que se estende do final do ano de 2002 até o mês de junho de 2005, quando o réu Roberto Jefferson denunciou a existência de um esquema de pagamento de propina a Deputados Federais da base aliada do Governo Federal. (BRASIL, 2012, p. 52.257).

Outrossim, tomando todo cuidado para que se tivesse um maior nível possível de organização, o julgamento não deixou de ser complexo. Após 53 sessões plenárias e decorridos quatro meses cada réu teve sua imputação apreciada detalhadamente frente ao extenso conjunto de provas, em muitos casos sob concorrência de diversos delitos. (BRASIL, 2012, p. 52.257).

Importante colocar, que para dar maior celeridade ao processo tendo em vista sua grande complexidade e volumosidade. Acordaram os ministros, pela condenação de vinte e cinco réus pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas. (BRASIL, 2012, p. 51.637-51.658).

4.4 Do uso da teoria do domínio do fato como fundamentação

Depois de um breve retrato do como se deu a "montagem" do acórdão pelos Ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal, pode-se visualizar que a teria do domínio do fato foi ponto central da discussão acerca da definição da autoria dos agentes denunciados. Tal discussão se deu muito por conta da não individualização das ações cometidas pelos agentes no âmbito dos três núcleos citados anteriormente no início deste capítulo.

Em trecho do voto do Ministro-Relator Joaquim Barbosa, descreve a teoria do domínio do fato nessas palavras:

> Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir comportamento típico. Nisso está a ação final.

Outrossim, tendo como ponto de referência esse entendimento, levado pelo Ministro Relator, acerca do domínio do fato, os Ministros do Supremo realizaram uma análise de todos os fatos descritos na peça acusatória com intuito de exemplificar a imputação de cada agente à época.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que uma divisão nesse campo tinha um caráter indispensável, ao que interessa à presente ação penal, pois existem crimes que tinha em seu polo ativo vários agentes, caso dos chamados "crimes empresariais", em que se utilizava a pessoa jurídica para a ação delituosa. Destacam os Réus José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares por várias condutas típicas nesse sentido. E na visão do Tribunal, ambos, tinha direito de saber o conteúdo dos fatos pelos quais há de responder no juízo penal. (BRASIL, 2012, p. 52.775).

O Ministro Gilmar Mendes em um dos seus votos proferidos, destaca o seguinte ponto no mesmo sentido:

> [...]Conveci-me, após análise da prova, como bem destacado pelo Relator, que - não obstante a proeminência e a ênfase atribuídas a Marcos Valério, Ramon Hollebarch e Cristiano Paz tinham conhecimento e domínio sobre os fatos (*participaram de reuniões, assinaram cheques, foram avalistas das operações de crédito, participaram na distribuição dos lucros, etc*) [...]

Nota-se que o Supremo focou em análise dos fatos frente à teoria do domínio do fato no que diz respeito à organização criminosa em si e seus respectivos núcleos.

Em outras palavras, analisava-se a possibilidade de imputação dos réus como autores mediatos (domínio da vontade) ou coautores (domínio funcional) do crime.

Nesse sentido o Ministro Lewandowski afirmou em seu voto que quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Seria necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa (domínio do fato). (BRASIL, 2012, 52.775).

A Ministra Rosa Weber no mesmo sentido expôs da seguinte forma:

> [...], mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça [...] (BRASIL, 2012, p. 56.845).

Como já tratado ao decorrer desta pesquisa, o domínio do fato foi desenvolvido como teoria de imputação de autoria que tentar aperfeiçoar a objetividade pura da teoria restritiva. Esse aperfeiçoamento se dá principalmente nos casos em que há um mandante, dotado dos "aparatos de poder", por onde determina a concretização do injusto penal. Desse modo, não mais seria considerado partícipe o "homem de trás", que domina o fato penal, sendo considerado, de fato, autor ou coautor. (ASSIS, apud, ROXIN, 2013, p. 45).

Pierpaolo Bottini, nesse sentido, explica de forma simplificada que a teoria do domínio do fato serve apenas para fixar os limites entre autoria e participação. Por isso, a construção da imputação, de acordo com ele, se passa pelas seguintes etapas: 1) identificar que o agente conhecia os fatos e colaborou com a empreitada criminosa; 2) usar a teoria do domínio do fato para fixar sua responsabilidade como autor ou partícipe do delito. (BOTTINI, 2013).

Trata-se de uma questão central na Ação Penal 470. Muito embora diversas descrições da teoria e de sua origem histórica estejam corretas, fica a impressão de que, em alguma medida, se utilizou da teoria como elemento de imputação de responsabilidade e não para distinguir os réus de autores e partícipes. (BOTTINI, 2013).

Em alguns pontos do Acórdão fica claro o ponto de vista de Bottini, onde pode-se perceber o uso da teoria do domínio do fato com uma espécie de presunção de responsabilidade aos dirigentes de empresas que, a princípio, teriam sempre o domínio dos fatos praticados em sua instituição.

Destaca-se os seguintes trechos do Ministro Luiz Fux:

> [...] Importante salientar que, nesse esteiro âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências. a) é viável ao acusado comprovar que inexistia poder decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *iuris tantum* de autoria[...] (BRASIL, 2012, p. 52.776).

Como bem se sabe, na doutrina, a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis pela determinação da conduta delitiva. E tal estratégia merece atenção, devendo ser minada por análises cuidadosas dos fluxos de poder e responsabilidade dentre das instituições. (BOTTINI, 2013).

Tal raciocínio torna-se extremamente perigoso à correta aplicação da lei penal vigente, uma vez que flerta com a chamada "responsabilidade objetiva", teoria que defende a responsabilização penal independentemente da análise do dolo ou da culpa e que não é admitida no Direito Penal Brasileiro. (BITENCOURT, 2013).

A constatação que alguém tinha o domínio do fato do crime é relevante para fixação da autoria, mas não é suficiente. A simples demonstração de que alguém é dirigente de uma empresa não significa que ele seja responsável por qualquer ato

típico prático em seu seio. Tais atos devem ser demonstrados, descritos na inicial, e não presumidos pela posição hierárquica ocupada na estrutura institucional.

Nesse sentido Bitencourt, afirma que, muito embora o domínio do fato suponha um controle final, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato.

Pablo Aflen, dissertando sobre o caso da Ação Penal 470, vulgo "mensalão" comenta da seguinte forma:

> "Conforme foi possível verificar até aqui, os equívocos praticados pela jurisprudência brasileira, no que diz respeito ao emprego da teoria do domínio do fato para fins de delimitação da autoria, são evidentes, a ponto de não se poder afirmar se há uma concepção predominante, quais os critérios realmente adotados ou, inclusive, se a jurisprudência se dispôs, deliberamente, a construir uma nova vertente (o que não parece ser o caso, devido à falta de uniformidade e coesão verificada entre as decisões). Logo, como referido inicialmente, o julgamento do famigerado "caso mensalão" não destoaria da confusa práxis jurisdicionais brasileiras até então evidenciada."

Portanto, conforme bem observa Bottini, há um entendimento histórico correto acerca da teoria do domínio do fato. Porém, o equívoco na aplicação da presunção de responsabilidade realça uma preocupação com segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro. (BOTTINI, 2013).

Ademais, há de se destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido que o entendeu que o Código Penal, em seu artigo 29, serviria de total forma como fundamento para aferir a autoria e participação dos réus.

Gilmar Mendes afirma, que a teoria do domínio do fato não é algo novo empregado. Afirmar ainda que para da doutrina nacional o legislador de 84 não se definiu por nenhuma das posições dogmáticas relativa ao conceito de autoria e da distinção entre autoria e participação. No entanto, à medida que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação do erro de tipo, à medida em que aceitou o errio de proibição e, finalmente, à medida em que abandonou o

rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso de pessoa na medida da sua culpabilidade.

Afirmar, O Ministro em parte final de seu da seguinte forma:

> [...] a solução do caso não reclama, grandes construções teóricas, na verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no artigo 29 do Código Penal "*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". [...]*

5 CONCLUSÃO

Realizado estudo acerca do instituto do concurso de pessoas, da teoria do domínio do fato, e do Acórdão da Ação Penal 470, com todas peculiaridades possíveis nesses tópicos, torna- se possível responder o questionamento proposto no início deste trabalho. Há necessidade da teoria do domínio do fato no direito brasileiro?

O critério do domínio do fato exige sempre uma valoração que deve ser avaliada frente tentativa de materializar uma conduta dolosa. Não se pode ter na teoria do domínio do fato somente critérios objetivos ou critérios subjetivos, mas uma análise de acordo com os dois critérios, fato esse que levou ao estudo e aplicação de tal teoria no julgamento da ação penal nº 470.

Pode-se observar que adotamos no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do concurso de pessoas que está previsto no artigo 29 do Código Penal, onde prevê a possibilidade de qualquer um participar de ato ilícito e ser julgado de acordo com culpabilidade de seus atos. Outrossim, nota-se que há uma individualização das condutas dos agentes.

O Código Penal Brasileiro traz, ainda, importante informação contida em seu artigo 62. Onde explana que a pena será agravada ao agente que promove, organiza, coage, induz, instiga ou determina alguém a cometer crime sujeito a sua autoridade. Partindo desse ponto de vista, a Teoria do Domínio do fato não preenche nenhuma lacuna, eventual, que o legislador brasileiro possa ter deixado na pretensão punitiva do Estado.

Não podemos deixar de mencionar, voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Penal nº 470, neste mesmo sentido, onde afirmar categoricamente que a solução para o caso não necessitava de construção teóricas, bastava olhar, a luz do princípio da legalidade, que a resposta encontra-se no mencionado artigo 29 do Código Penal. Dessa forma, Mendes, foi o único Ministro do Supremo Tribunal Federal, a perceber indícios de autoria sem necessidade da aplicação da Teoria do Domínio do Fato.

Sem mencionar que o Domínio do Fato, conforme leciona Bittencourt, muito embora, se adeque alguns casos de crimes dolosos, deixa a lacunas acerca de demais situações (como crimes culposos), mostrando a acertada escolha do legislador brasileiro pela teoria monista que com artigo 29 e 62 cumpre totalmente a pretensão punitiva do Estado.

Portanto, respondendo ao questionamento inicial, não há a necessidade de aplicação da teoria do domínio do fato nos casos concretos no judiciário brasileiro, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico prevê e preenche de forma clara a possibilidade de autor e partícipe serem julgados de acordo com seus atos e na medida de sua culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Universitas JUS. Brasília. v. 25, n. 2, p. 15-33, jul./dez. 2014.

BATISTA, Nilo. *Crítica ao Mensalão*, 1ª Edição. São Paulo: Editora Revan, 2015.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*, 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Penal (1940). *Código Penal*. Brasília: Senado Federal: ALFLEN, Pablo Rodrigo.Teoria do domínio do fato. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o as regras aplicadas ao Direito Penal Material no âmbito do Direito Brasileiro. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 03 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre regras aplicadas ao processo penal no âmbito do Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - AP: 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 17/12/2012. Data de Publicação: DJ 04/02/202013, p. 145.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral Um.* 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado.* 10ª edição. Niterói: Editora Impetrus, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Volume I*. 19ª edição. Niterói: Editora Impetrus, 2017.

JESUS, Damásio. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002

LENZA, Pedro. Direito Penal Esquematizado. São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

MASSON, Cleber. *Direito Penal – Parte Geral*, 11ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2017. QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*, 12ª Edição. São Paulo, jusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 1ª Edição. São Paulo; Forense, 2017.

VELLOSO, Ricardo Ribeiro. *Teoria do domínio do Fato e a Autoria no Direito Penal*, 1ª edição. São Paulo: Livraria Paulista, 2004

RECUPERAÇÃO DE ATIVOS ENTRE BRASIL E SUÍÇA: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO.

Nara Léa Ferreira Caetano

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o crime de lavagem de capitais com a maior quantidade de detalhes possível, para que se possa ter uma adequada noção acerca das características e forma de incidência desse delito no mercado financeiro.

Tão logo, por se tratar de uma questão atual, pois o crime de lavagem de capitais está incluso em um novo contexto do Direito Penal, traz uma análise sobre a recuperação de Ativos no âmbito internacional e a eficácia do acordo firmado entre o Brasil e Suíça por meio de dados fornecidos pelo sitio do Ministério da Justiça.

A lei busca ter um novo conceito de aplicação do tipo penal para as condutas correlacionadas aos bens, direitos e valores vindos da lavagem de dinheiro, de forma direta ou indireta.

Analisar o acordo firmado entre à República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, que atualmente englobam quatro acordos firmados por eles.

O primeiro deles será o Decreto nº 6974/09 que tem por finalidade promulgar o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça.

O segundo terá por finalidadeé o diploma legal internacional produzido como o objetivo promover a cooperação para prevenção e combate mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional, que se trata da convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).

O terceiro tem como finalidade areação dos Estados frente à corrupção, que consiste como uma forte ameaça à estabilidade e à segurança da sociedade, tendo como forma o enfraquecimento das instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e tendo como comprometimento o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito, que trata no decreto da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida).

O quarto e último trará a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), assim como o próprio nome relata, o principal objetivo dessa convenção é o possível combate ao tráfico de drogas.

Verificar os porquês nos processos de repatriação no acordo firmado entre República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça não se consegue alcançar a totalidade do dinheiro desviado fruto da lavagem de dinheiro.

Tal crime de lavagem de capitais traz uma nova contextualização, que, por conseguinte tem o nome de microcriminalidade e que acaba afetando não só os interesses individuais considerados, que tem como enorme potencial lesivo para a sociedade, tomando também contornos internacionais.

À toda evidência, o controle dessa espécie de crime depende, em grande parte, da recuperação desses bens e ativos, retirando o poder financeiro dos “lavadores”.

Atualmente, há no Brasil uma situação caótica quanto à recuperação de ativos, bastando um dado para demonstrar tal desorganização e ineficácia: não se sabe exatamente a quantidade de ativos recuperados desde 1998. Daí a necessidade de se sistematizarem as atividades relacionadas à recuperação de ativos.

Esses ativos ilícitos contaminam as instituições financeiras, afetando a liquidez e a confiança das entidades de créditoe formando uma quantidade enorme de capital especulativo, que gera instabilidade financeira e possibilidade de crises agudas, com sua "fuga" em massa dos países, principalmente aqueles em desenvolvimento, dependentes dessa espécie de capital, deixando para trás um rastro de destruição.

Para o combate do crime de lavagem de dinheiro no Brasil possui algumas instituições que tem por finalidade e principal atuação no combate a esses crimes, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que é membro do GAFI, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça, o Banco Central do Brasil (BACEN) e a iniciativa conhecida como Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), seria algum deles.

De tal forma, afora todas as repercussões e desdobramentos que as investigações relacionadas à Operação Lava Jato têm causado junto à sociedade e às instituições brasileiras, existe um aspecto muito revelador que vem demonstrando de uma forma mais concreta na pratica obteve um aperfeiçoamento dos órgãos nacionais no combate ao crime em seu viés internacional.

2 CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO JURIDICA INTERNACIONAL

2.1 Analise da lei e crimes de lavagem de dinheiro

O termo lavagem de capitais (ou de dinheiro) "teve origem aproximadamente no ano de 1920, em virtude de gangsters e mafiosos americanos, dentre estes o famoso Al Capone, utilizarem lavanderias e caça níqueis para colocarem em

circulação no sistema econômico-financeiro dinheiro oriundo de contrabando e prostituição, buscando uma "destinação lícita" para a pecúnia."[1]

Além disso o Brasil tenha assumido a partir da assinatura da Convenção de Viena no ano de 1988, diante de toda a comunidade internacional, assumindo o compromisso de exercer postura rígida e repressiva quanto se referissem ao crime de lavagem de dinheiro que surgisse do tráfico de entorpecentes, tão somente, em 03 de março de 1998 decretado o diploma legal que fazia com que tipificasse a lavagem de dinheiro e produziria, junto ao Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, tendo assim como uma de suas principais funções que seria, promover o esforço conjunto por parte dos vários órgãos governamentais do Brasil que cuidam da implementação de políticas nacionais voltadas para o combate à lavagem de dinheiro, evitando que setores da economia continuem sendo utilizados nessas operações ilícitas. [2]

Tão logo, por se tratar de uma questão atual, pois o crime de lavagem de capitais está incluso em um novo contexto do Direito Penal, pode ser chamado de microcriminalidade e que com isso acaba afetando não somente os interesses individualmente considerados, como naquele tradicional, mas também e principalmente interesses difusos, de toda a coletividade, com enorme potencial lesivo para a sociedade, além de geralmente tomar contornos internacionais.[3]

Porém, fazendo uma análise detalhada e lucida da questão que ainda que possa ser evidente a pluriofensividade dessas condutas, os regimentos estão dirigidos a uma regrada socioeconômica normal. Assim afetando relações interpessoais e com isso prejudicando o patrimônio individual, causando a delinquência organizada e os processos de lavagem de dinheiro para possuírem objetos e finalidades mais especificas, distintos da criminalidade tradicional, desenvolvendo em grande escala e

[1] GOMES, Luiz Flávio. Alguns aspectos relevantes sobre a lei de lavagem de capitais. Disponível em: Acessado em 20 mar. 2018.

[2] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial. 2. Ed - São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

[3] Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União - Brasília, Ano 5 – número 18/19, páginas 121-145 – jan./jun. 2006. Disponível em: Acessado em 30 de mar. 2018.

com espírito empresarial uma série de macro atuações, algumas de caráter supranacional, que terminam por influenciar de maneira importante o próprio sistema econômico.[4]

Trazendo como análise da dogmática, assim como bem expressa Willian Terra de Oliveira, perante esse quadro que se costuma afirmar que tais condutas de lavagem de dinheiro atingem somente interesses e metas pessoais ou transindividuais, tendo assim por que motivo obem juridicamente protegido seria capaz de ser outro senão a própria ordem socioeconômica. O sistema econômico é na verdade o substrato e a quintessência global de interesses individuais, mas trata-se de um bem jurídico independente e autônomo, porém de característica coletiva.[5]

Como efeito, de um modo intricado, a lavagem de ativos afeta tanto a ordem econômica como a ordem financeira, como pode se perceber ao se decompor os delitos em três fases: a ocultação do capital desviado, a cobertura, como objetivo distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem; e a integração, na qual se converte em capital lícito.

O crime de lavagem de capitais não é controlável apenas mediante repressão individual, com pena privativa de liberdade, necessária, mas insuficiente, uma vez que as agentes de umas empresas criminosas geralmente podem ser substituídas[6]. A econômica, por meio de sanções com objetivos patrimoniais, é mais eficaz, no termo de enfraquecer o poder financeiro dessas organizações criminosas, impedindo seu autofinanciamento e desestruturando-a efetivamente.

Desta forma, impedir com que um chefe de organização criminosa não faz com que ela não a exista mais, pois, seu lugar- tenente, provavelmente terá um substituto que passara a dirigi-la. Porem se atingirmos a sua parte financeira, poderá

[4] CALLEGARI, André Luís, Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro, São Paulo: Livraria do Advogado, 2011, P. 90 e 91.

[5] CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flavio, DE Oliveira, William Terra, Lei de Lavagem de Capitais, Revista dos tribunais, 2015, P. 323.

[6] CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flavio, DE Oliveira, William Terra, Lei de Lavagem de Capitais, Revista dos tribunais, 2015, P. 178

fazer com que essa organização enfraqueça substancialmente ou até mesmo vim a destrói-la. Para que consiga atacar o poder financeiro da organização criminosa é imprescindível uma ajudar e colaboração nacional e internacional no reconhecimento de fundos patrimoniais ilegais, no confisco desses bens e na adequação das legislações dos países soberanos sobre essa criminalidade, partindo dos princípios estabelecidos e aprovados nas convenções internacionais[7]

A proposta para readaptar tal quadro, portanto, é a de que a criação de cadastro de bens que venham a ser apreendidos em procedimentos criminais, também como a normatização do deposito e guarda de bens, podendo assim evitar o aparecimento e o uso indevido, assim com permitir maior rapidez na alienação dos bens, resultando os valores obtidos para que possa ter o combate à criminalidade e tendo o ressarcimento dos cofres públicos.

Trazendo uma análise e um debate entre alguns enfoques políticos na reunião daEstratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) onde diz como fara para combater a lavagem de dinheiro e repatriar o capital lavado em outros países, traz uma forma de metas específicas sobre a recuperação de ativos. Interiormente, os objetivos refere a reunião e promoção de liberação de bancos de dados, para que possa melhorar a transmissão e compartilhamento de informações, trazendo assim a criação de um cadastro nacional de bens apreendidos, e mudanças legislativas, fazendo com que acabe com o rol de crimes antecedentes; criando ações civis de confisco; estimular os procedimentos de medidas assecuratórias e assim trazendo a alienação antecipada para precaução do valor de bens; destinar valores aos estados e o Distrito Federal, cuja perda tenha sido decretada no âmbito da Justiça Estadual ou Federal; disciplinar a administração e destinação dos bens apreendidos no curso e após trânsito em julgado.[8]

[7] SCARTEZZINI, Cid Flaquer, A Situação do Brasil Quanto à Lavagem de Dinheiro Sujo, 2011, P. 15. Disponível em: Acessado em 14 mar. 2018.

[8] Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União - Brasília, Ano 5 – número 18/19, páginas 121-145 – jan./jun. 2006. Disponível em: Acessado em 30 de mar. 2018.

Esse último procedimento judicial, incidente ao feito principal, tem o objetivo de alienar ativos apreendidos, passíveis de perdimento ou expropriação definitivos, antes do trânsito em julgado da sentença penal, para evitar a perda de seu valor econômico pelo decurso do tempo[9]. Não está previsto na lei antilavagem, mas está no art.46[10]

Barros, apesar de não fazer a mesma sugestão, percebe, com grande perspicácia, a problemática, sinalizando para a interdependência entre os ramos jurídicos, penal e civil.

As junções de tais dispositivos procedimentais complementares são relevantes entre a fusão de sistemas jurídicos no processo penal como também em outros do processo civil. Cria-se um tipo de administração até então desconhecido na lei processual penal [...][11]. Verifica-se, portanto, que a simples aplicação subsidiária de normas processuais penais não garante a concretude dos efeitos condenatórios adiante explicitados e torna inviável a recomendação legal que objetiva resguardar os bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados. Para a perfeita adequação do dispositivo enfocado aos interesses da sociedade e do Estado, impõe a flexibilização da justiça penal [...].[12]

Conforme a legislação brasileira básica, tem por objetivo a prevenção e repressão ao crime de lavagem de capitais (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998), tendo como forma de inspiração do chamado princípio da justiça penal universal, sendo assim recepcionado pelas diretrizes do Direito Penal Econômico Internacional, conforme parâmetros que estrão sendo estabelecidos em tratados e

[9] Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União - Brasília, Ano 5 – número 18/19, páginas 121-145 – jan./jun. 2006. Disponível em: Acessado em 30 de mar. 2018.

[10] Art. 46. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.
§ 1º omissis

[11] BARROS, Marco Antônio de, Lavagem de Capitais, 5ª Ed. São Paulo: Juruá, 2017, P. 109.

[12] BARROS, Marco Antônio de, Lavagem de Capitais, 5ª Ed. São Paulo: Juruá, 2017, P. 109.

convenções firmados como estratégia de recuperação de política criminal transnacional.[13]

Advém, conforme um dos pontos de partida é preciso mencionar a Convenção de Viena, celebrada durante a Conferência das Nações Unidas de 19/12/1988, com o objetivo de deliberar sobre a adoção de uma política contra o tráfico de entorpecentes e substâncias psicotrópicas.[14]

Como forma desse tratado multilateral, os Estados signatários, que estão dentre eles o Brasil, declararam assumiram com comprometimento de tipificar como infração penal todas e quais quer ações constituídas na substituição, como na conversão ou ocultação de bens provenientes do tráfico de drogas (art. 3, §1º, b).[15]Estimulado,para que fosse possível ter tamanhointeresse internacional de ser realizado o combate para ter maior eficiência aos diversos ramos de atividades ilícitas ligadas ao narcotráfico, o Brasil ratificou os termos daquela Convenção por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.[16]

Contudo, o Projeto de Lei considerado conforme e a matéria apenas foi encaminhado ao Legislativo após 5 anos, estando assim posteriormente transformado na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. E foi a partir da edição dessa lei que o Brasil efetivamente aderiu aos esforços de outros países hemisféricos, com os quais passa a trocar informações e a prestar mútuo auxílio na prevenção e repressão a esse tipo de criminalidade. [17]

---

[13]Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998: Lei da Lavagem de Dinheiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acessado em: 20 mar. 2018.

[14]Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acessado em 19 abr. 2018.

[15]Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acessado em 19 abr. 2018.

[16]Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acessado em 19 abr. 2018.

[17] PRADO, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Vol. I - 15ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, P. 409.

Muito se estudar a respeito de se possuir uma significativa massa dos crimes de lavagem de capitais que chega a ultrapassar o espaço territorial, marítimo e aéreo da supremacia de qualquer Estado. Por essa razão, a cooperação internacional formou-seem uma dimensão imprescindível para que fosse possível obter tamanho êxito no combate ao crime organizado. Desse modo, é mesmo necessário tornar efetiva a reciprocidade na cooperação internacional de natureza investigativo repressiva, notadamente para conter o avanço de um tipo de criminalidade altamente sofisticada. [18]

Dessa forma, estes atuais estágios de capitais que se encontram os criminosos são segmentados e movimentados no sistemaeconômico financeiro de forma a limitar a possível identificação dos possíveis capitais de lavagem de dinheiro para que seja possível rastrear e identificar a origem do capital.[19]

> "Na segunda etapa do processo de 'lavagem' pratica-se a dissimulação, também conhecida por fase de controle ou estratificação, identificada em linguagem internacional como empilage, que corresponde ao acúmulo de investimentos, que visam maquiar a trilha contábil dos lucros provenientes do crime antecedente.
>
> Nesta fase da ação criminosa, a conduta se reveste de várias e sucessivas operações e transações econômico-financeiras, inclusive nos chamados "paraísos fiscais", feitas com o emprego de sofisticados meios eletrônicos e com o propósito de disfarçar e diluir a ilícita origem do dinheiro sujo, sendo então utilizadas muitas contas bancárias, investimentos diversificados, aplicações em bolsas, etc., envolvendo a participação de pessoas físicas e jurídicas empenhadas em camuflar os ativos ilícitos (...). É no desenrolar desta "superposição de transações" que o ciclo de 'lavagem' basicamente se efetiva, eis que é inerente à dissimulação o objetivo final de estruturar o lucro ilícito com nova aparência de ativos lícitos. Portanto, nesta fase, também se apresenta a estruturação, ou seja, a ação do agente lavador que efetua aplicações de grandes volumes de dinheiro gerados pela atividade criminosa (crimes antecedentes), porém,

[18] BARROS, Marco Antônio de, Lavagem de Capitais, 5ª Ed. São Paulo: Juruá, 2017, P. 44.

[19] Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União - Brasília, Ano 5 – número 18/19, páginas 121-145 – jan./jun. 2006. Disponível em: Acessado em 30 de mar. 2018.

> "estruturados" ou divididos em quantias menores, abaixo do valor para o qual a lei exige o registro da operação. "[20]

No Brasil, podemos relatar que, durante a década de 1990, que a economia do pais não era atrativa para que pudesse ser feito as lavagens de capitais, devido ao alto índice de implementação deixava de ser favorável ante a desvalorização da moeda nacional. Devido a abertura internacional da nossa economia nacional (ocorrida no respectivo Governo Collor) e com a implementação do Plano Real, que em virtude desse plano trouxe estabilidade à moeda e ainda conseguiu aquecerão mercado nacional e internacional com as altas taxas de juros, que em virtude disso o Brasil se tornou um local favorável para que se fosse possível os lavadores de ativos sujos conseguissem começar a atuar no pais.[21]

2.2 Fases da lavagem de dinheiro

A Lavagem de dinheiro requer no seu processamento a execução de alguns procedimentos, ou fases, que tem como objetivo disfarçar a origem criminosa dos ativos financeiros, para que ao final sejam vistos como recursos limpos ou legais. [22]

Possui quatro teorias que relatam sobre qual é o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro.

Na primeira teoria que relata sobre o crime de lavagem de dinheiro de tutela o bem do delito antecedente sofre críticas porque se de tal modo fosse estariam admitindo que o delito antecedente não teria capacidade de tutelar o seu objeto de forma mais autônoma assim fazendo com que necessitasse de uma outra legislação criminal, que seria a Lei 9.613/98, para tutelar o seu objeto de forma eficaz.[23]

---

[20] BARROS, Marco Antônio de, Lavagem de Capitais, 5ª Ed. São Paulo: Juruá, 2017, P. 44.

[21] Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União - Brasília, Ano 5 – número 18/19, páginas 121-145 – jan./jun. 2006. Disponível em: Acessado em 30 de mar. 2018.

[22] Site do COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em: Acessado em 29 mai. 2018: http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-dedinheiro

[23] Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998: Lei da Lavagem de Dinheiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acessado em: 30 mar 2018.

Desta forma, na primeira teoria é defendida por Silvia Bagacigalupo e Miguel Bajo, estes citados por Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim, diz que tem por finalidade uma norma de lavagem de dinheiro seráela a mesma da receptação: que possa impedir o originário delito que está se ocultando, que afeta, portanto, o bem jurídico deste delito. Se com a lavagem, oculta-se um delito fiscal, o objeto de proteção tanto de um quanto do outro delito será o erário público.[24]

Criticando esta teoria Antônio Sergio A. De Moraes Pitombo diz que o referido entendimento não parece ser o correto, porque almeja criar um supertipo cuja função seria atuar nas hipóteses de ineficácia de outro tipo penal[25], o que implicaria a própria negação da idéia de tipo. Cada situação, socialmente valiosa merece a tutela do respectivo tipo individualizador da conduta proibida.[26]Não se mostram idênticos os bens jurídicos, porque o agente, na lavagem de dinheiro, não contribui com a manutenção do ataque ao bem jurídico já lesionado ou posto em perigo pelo autor do delito antecedente.[27]

Em análise da segunda teoria que tem por finalidade o entendimento sobre o bem tutelado pelo delito de Lavagem de Dinheiro é a Administração da Justiça, porque com a execução dessas crime riquezas são geradas, são incrementadasnas sociedades como licitas fazendo assim com que dificultem o conhecimento autoral e material do crime antecedente tentado e está ocultação, dissimulação e integração de bens buscaria também evitar sua punição. Sendo assim, o crime de lavagem de dinheiro serviria para travar estes bens ilícitos e punir o delito prévio [28]

[24]BONFIM, Marcia MonassiMougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de Dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 28.
[25]PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.
[26]PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.
27 PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.
[28]MORAES, Sérgio Augusto Santos de. Combate ao Crime de Lavagem de Dinheiro no Brasil. Paracatu-MG.

Tem diversas críticas relativas a essa teoria, de forma que possui medidas que asseguram no Código de Processo Penal brasileiro que consegue perfazer tal função que tem a lavagem de dinheiro, como exemplo aplicável seria o sequestro de imóveis.[29]

Em observação a teoria que diz que o bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro é a Administração da Justiça, Antonio A. De Moraes Pitombo, citando José de Faria Costa,diz que pode defender que a incriminalização das condutas penalmente relevantes se fundamenta em uma ordem de razões que se não deve confundir com as razões "fracas" que eventualmente advenham de motivos laterais de mera eficácia de um sistema. Criar-se um tipo legal para[30], desse jeito, melhor ou mais facilmente desenvolver, legalmente, uma qualquer atividade persecutória é atitude político-legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos.[31]

Perdura ainda uma terceira corrente sobre qual é o bem tutelado pela lavagem de dinheiro, nesta fase e tido como o bem tutelado é a Administração da Justiça e a Ordem Econômico-Financeira, fazendo assim com que o crime de lavagem de dinheiro é um delito pluriofensivo, que é capaz de obter dois bens como tutelados, sendo que um desses bens e tutelado em principal, a ordem econômico-financeira, enquanto o outro bem, a administração da justiça, é tutelado de forma subsidiária, a esta teoria se filiam os autores Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim.[32]

Na quarta teoria relata sobre a ordem econômica, conforme expresso no artigo 170 da Constituição Federal, que é o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro, sendo essa teoria a mais possível de se compreender, pois nesse delito são

[29] BONFIM, Marcia MonassiMougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de Dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 28.
[30]PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 77.
[31]PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 77.
[32] BONFIM, Marcia MonassiMougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de Dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30.

empregadas as formas mais legais postos pelo ordenamento para que possa ser utilizado pela população de uma forma legal para que seja possível a lavagem de dinheiro, além de com isso aferir diversos princípios do direito constitucional econômica.[33]

Segue este raciocínio o doutrinador Eros Roberto Grau,diz que a ordem econômica trazida pela Constituição Federal de 1988 é composta por princípios os quais organizam e dão as diretrizes das condutas econômicas, quais sejam, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa[34], fazendo assim com que haja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de forma que haja garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a livre associação profissional ou sindical, a propriedade e a sua função social, a livre concorrência.[35]

Marco Antônio de Barros diz que a lei de lavagem de dinheiro tem como grande escopo garantir a segurança do sistema econômico-financeiro e suas operações transações e outras formas de movimentar a economia[36].

Ainda nestes termos, para William Terra de Oliveira (1998), citado por Ana Karina Viviani em artigo publicado na Internet em 2004, a ordem socioeconômica seria que o bem protegido, ocorre que o mesmo frisa, ainda, que se procura alcançar a proteção de interesses metapessoais ou interindividuais, evitando, por conseguinte, a erosão do sistema democrático com o comprometimento do destino econômico de toda a sociedade.[37]

---

[33]MORAES, Sérgio Augusto Santos de. Combate ao Crime de Lavagem de Dinheiro no Brasil. Paracatu-MG.

[34] GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direíto. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 179-180.

[35] GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direíto. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 179-180.

[36] BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à lei 9.613/98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 4-6.

[37]DINO, Alessandra e MAIEROVITCH, WálterFanganiello, Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa – São Paulo: Editora Unesp, 2010.

Chega-se então à conclusão que o delito de lavagem de dinheiro tem como bem jurídico tutelado a ordem econômica, disposta no artigo 170 da Constituição Federal, devido ao fato de que ao se lavar dinheiro estaria sendo lesado vários princípios que compõem a ordem econômica, como por exemplo, o princípio da livre iniciativa, da vedação a concorrência desleal, da propriedade privada.[38]

Portanto o crime de lavagem de dinheiro é um crime que devido ao fato de tutelar a ordem econômica faz parte do Direito Penal Econômico.

2.2.1 Colocação

Esta fase consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, onde sãotomadas providencias para dificultar a identificação da procedência dos valores. Trata-se da fase mais arriscada para o "lavador" em razão da sua proximidade com a origem ilícita. Para Maiorovitcheste é o momento onde se procura "apagar a mancha caracterizadora da origem ilícita".[39]

Segundo o COAF esta fase

> "é a colocação do dinheiro no sistema econômico. Objetivando ocultar sua origem, o criminoso procura movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal. A colocação se efetua por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens. Para dificultar a identificação da procedência do dinheiro, os criminosos aplicam técnicas sofisticadas e cada vez mais dinâmicas, tais como o fracionamento dos valores que transitam pelo sistema financeiro e a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie".[40]

[38] MORAES, Sérgio Augusto Santos de. Combate ao Crime de Lavagem de Dinheiro no Brasil. Paracatu-MG.

[39] DINO, Alessandra e MAIEROVITCH, WálterFanganiello, Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa – São Paulo: Editora Unesp, 2010.

[40] Site do COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em:http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-dedinheiro. Acessado em 29 mai. 2018.

Em geral os agentes procuram introduzir esses valores no sistema financeiro em pequenas quantias, que, de forma isolada, acabam por não chamar a atenção das autoridades. Essa é a razão da grande preocupação com os registros das instituições financeiras. [41]

O agente criminoso atua de forma a realizar negócios jurídicos, transações comerciais, dentre outras modalidades de ações com vistas a terminar de encobrir a origem criminosa dos bens, valores ou direitos.Segundo Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo na dissimulação "realiza-se série de negócios ou operações financeiras, uns seguidos dos outros, para disfarçar de vez a origem criminosa".[42]

Há dissimulação se procura dar aos bens aparência de legalidade, o que lhe permite ser integrado ao sistema financeiro, só podendo ser a dissimulação através de meios fraudulentos.[43]

André Luis Callegari, denomina a fase de dissimulação de etapa de "mascaramento" dos bens, dizendo que o propósito desta fase é desligar os bens da sua origem através de complicadas e variadas transações financeiras, sendo estas de várias formas, misturadas e sobrepostas umas às outras.[44]

O autor supracitado conclui quenesta fase precisar fazer com que desapareça o vínculo existente entre o criminoso e o bem procedente de sua atuação, razão pela qual é usual o recurso à superposição e combinação de complicadas operações financeiras que tratam de dificultar o seguimento do que se conhece como "pegada ou rastro do dinheiro.[45]

---

[41] BONFIM, Marcia MonassiMougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de Dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 29.

[42] PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 37.

[43] VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. º 41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 12.

[44] CALLEGARI, André Luís. Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

[45]CALLEGARI, André Luís. Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.187.

Pode servir de exemplo de ação dissimulatória de bens ou valores a criação de empresas de fachada ou a venda ou exportação de ativos.

2.2.2 Ocultação

Nessa fase ocorre a ocultação das evidências, por meio da realização de uma série de negócios ou movimentações financeiras, com o intuito de dificultar ou impedir o rastreamento contábil dos ganhos ilícitos. Trata-se da fase da lavagem propriamente dita, pois é onde se dissimula a origem dos valores para que sua procedência não seja identificada.[46]

Segundo o COAF esta fase

> "consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas "fantasmas"". [47]

Portanto, nesta fase cria-se uma teia de complexas transações financeiras, em sua maioria internacionais, com origem e/ou destino em países cujas jurisdições se caracterizam por não cooperarem com as investigações referentes à lavagem de dinheiro. Trata-se da fase mais complexa do processo e que impactam diretamente os maiores riscos de vulnerabilidade aos sistemas financeiros.[48]

Nessa fase de ocultação o agente tem como objetivo esconder a face ilícita do bem, valor ou patrimônio oriundo do crime antecedente. Antônio Sérgio A. de

[46] DINO, Alessandra e MAIEROVITCH, WálterFanganiello, Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa – São Paulo: Editora Unesp, 2010.
[47] Site do COAF, Disponível em:http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-dedinheiro. Acessado em 29 mai. 2018.
[48] BONFIM, Marcia MonassiMougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de Dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 29.

Moraes Pitombo, diz que "na ocultação, busca-se escamotear a origem ilícita, com a separação física entre o agente e o produto do crime anterior".[49]

Celso Sanchez Vilardi, que também tem o entendimento de que é na fase de ocultação do crime de lavagem de dinheiro que se busca distanciar o bem, direito ou valor da fonte criminosa para depois disto integrá-lo no sistema econômico-financeiro.[50]

Sobre a fase da ocultação, pode se dizer que esta é a fase em que os delinquentes procuram desembaraçar-se materialmente das importantes somas em dinheiro que foram geradas pelas suas atividades ilícitas. O montante arrecadado normalmente é transladado a uma zona rural ou local distinto daquele em que se arrecadou.[51] Com essa semelhança, coloca-se este dinheiro em estabelecimentos financeiros tradicionais ou em estabelecimentos não tradicionais (casas de câmbio, cassinos e etc) ou, ainda, em outros tipos de negócios de condições variadas (hotéis, restaurantes, bares, etc).[52]

Ainda sobre a fase de ocultação, André Luis Callegari, diz que esta fase serve para que além de ocultar o valor, bem ou patrimônio decorrente de ilícito prévio, porém com a cautela de não ocultar a identidade dos seus titulares, pois sendo a ocultação em pequenas quantias a identificação do titular da quantia não geraria nenhuma suspeita dos órgãos fiscalizadores da procedência destes bens.[53]

São exemplos de ações com o fim de ocultar os bens, uma grande quantidade de depósitos de dinheiro em quantia as médias ou pequenas em contas correntes ou poupanças em diversos Bancos.

---

[49] PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 36.
[50] VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. º 41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 17.
[51] CALLEGARI, André Luís. Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.184-186.
[52] CALLEGARI, André Luís. Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.184-186.
[53] CALLEGARI, André Luís. Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.186.

2.2.3 Integração

Nesta fase busca-se inserir os recursos de origem ilícita no sistema econômico. Trata-se da fase final do processo, mas que muitas vezes se encontra interligada ou até mesmo sobreposta à etapa anterior. A incorporação do capital, agora com aparência lícita, é feita geralmente por meio de investimentos no mercado mobiliário e imobiliário. Essa integração do capital "limpo" por meio das etapas anteriores faz com que este dinheiro pareça ter sido ganho de maneira lícita.[54]

Segundo o COAF esta fase se caracteriza como aquela que

> "os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades – podendo tais sociedades prestarem serviços entre si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal".[55]

Costuma-se dá com a criação ou investimentos em negócios lícitos, ou ainda mediante a aquisição de bens em geral (imóveis, obras de arte, ouro, jóias, ações embarcações, veículos automotores etc).[56] sendo o capital, com aparência lícita, reintroduzido nos setores econômico, financeiro e produtivo da cadeia econômico-financeiro do país, tal como ocorre com as operações de fundos legítimos.[57]

Além disso, salienta-se que todos os dias surgem novas técnicas de lavagem de dinheiro, diferenciando-se das já expostas, a par de que são muito mais complexas, tornando-se impossível a listagem de todas as formas de referida prática delitiva.[58]

---

[54] DINO, Alessandra e MAIEROVITCH, WálterFanganiello, Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa – São Paulo: Editora Unesp, 2010.

[55] Site do COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em:http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-dedinheiro. Acessado em 29 mai. 2018.

[56]BARROS, Marco Antônio de"Lavagem" de capitais e obrigações civis correlatas, 5ª Ed. São Paulo: Juruá, 2013, P. 45.

[57]BARROS, Marco Antônio de"Lavagem" de capitais e obrigações civis correlatas, 5ª Ed. São Paulo: Juruá, 2013, P. 45.

[58]MORAES, Sérgio Augusto Santos de. Combate ao Crime de Lavagem de Dinheiro no Brasil. Paracatu-MG.

Antonio Sérgio, A. de Moraes Pitombo, citando Rodolfo Maia Tigre, diz que a fase da integração é realizada através da integração dos valores "no sistema produtivo, por intermédio da criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens".[59]

André Luis Callegari, afirma que chegando na fase de integração é muito difícil rastrear a origem dos bens se já não foi feito este trabalho, pois nesta fase os bens, valores ou patrimônios por terem aparência de lícitos, obtidos através de operações financeiras legais, não são percebidos como advindos de crimes antecedentes, portanto bens ilícitos. [60]

Serve como exemplo de ação integrativa de bens ou valores a compra de uma concessionária de automóveis, de uma imobiliária ou a criação de um lava-jato ou estacionamento de carros.

2.2.4 Condutas típicas

De acordo com o Art. 1º da Lei 12.683/2012, as condutas típicas do delito de lavagem de dinheiro consistem em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de alguma infração penal. [61]

---

[59] PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 37.

[60] CALLEGARI, André Luís. Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.188.

[61] Decreto N. 5.687 de 31 de Janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupçãol. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm**.Acessado em: 29 mai. 2018.**

Portanto, na lavagem de dinheiro os núcleos dos verbos são ocultar e dissimular. Ocultar significa esconder, encobrir, não revelar, enquanto dissimular significa encobrir com astúcia, não dar a perceber, calando ou simulando.[62]

Na ocultação o agente busca afastar todas as evidências do crime ou a infração cometida quando do recebimento do bem ou valor, dificultando identificar a origem do dinheiro ou daquele bem. Para tanto, valem-se cada vez mais de técnicas sofisticadas para encobrir seus rastros, utilizando-se, por exemplo, do fracionamento do dinheiro para introduzi-lo no sistema financeiro por meio de transferências bancárias de pequeno valor, de forma a não despertar suspeitas dos órgãos fiscalizadores. [63]

Na dissimulação busca-se o disfarce, a falsa aparência, por meio do emprego de engodo, artimanha, astúcia, para tornar invisível o produto do crime. Um exemplo de dissimulação da origem é o caso dos sorteios de loteria, em que o agente compra o bilhete premiado do ganhador, entrega o real valor do prêmio, com ágio, e declara que ganhou na loteria, prática utilizada no caso conhecido como dos anões do orçamento.[64]

A distinção entre as duas condutas é no primeiro há o mero encobrimento, enquanto no último há emprego de astúcia, de engano, para encobrir, para tornar imperceptível, ou não visível.[65]

Sem ocultação ou dissimulação, devidamente tipificada, não terá o delito de lavagem de dinheiro.

---

[62] Decreto N. 5.687 de 31 de Janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupçãol. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm**. Acessado em: 29 mai. 2018.**

[63] PRADO, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Vol. I - 15ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, P. 412.

[64] PRADO, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Vol. I - 15ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, P. 412.

[65] PRADO, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Vol. I - 15ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, P. 412.

3 PRINCIPAIS ACORDOS DE COOPERAÇÃO JURIDICA FIRMADOS ENTRE BRASIL E SUÍÇA

Analisar o acordo firmado entre à República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça entre os anos de 2016 e 2017, que atualmente englobam quatro acordos firmados por eles.

Devido a legislação que melhor fundamenta os decretos de acordo entre Brasil e Suíça sejam anteriores aos anos de 2016 e 2017, o mesmo servira de base para os estudos pois se encontra em vigor mesmo sendo do ano de 2009, trata-se de decretos atualizados e aplicados em casos atuais.[66]

O primeiro deles será o Decreto nº 6974/09 que tem por finalidade promulgar o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça.[67]

O segundo terá por finalidade a junção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).[68]

O terceiro tem como finalidade a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida).[69]

O quarto e último trará a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena).[70]

---

[66]BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613, com alterações da Lei 12.683/2012/ Pierpaolo Cruz Bottini, Gustavo Henrique Badaró. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 28.

67 Decreto 6974/09 | Decreto nº 6.974, de 7 de outubro de 2009. Disponível em:https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/819536/decreto-6974-09. Acessado em: 06 abr. 2018.

[68]Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[69]Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), Decreto 5687/06. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acessado em 28 mai 2018.

[70]Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19 abr. 2018.

Através do tamanho crescimento do fenômeno crime organizado mantendo se sustentado através de possíveis atos de lavagem de dinheiro e sua elevada engenharia, as autoridades internacionais, desde o ano de 1980, gerou inúmeros documentos supranacionais retornado ao combate a essa pratica. Tais documentos surgiram do esforço conjunto dos países para desenvolver políticas uniforme de combate à lavagem de dinheiro, o que resultou na criação de leis similares ou com institutos parecidos, na esfera material e processual, facilitando a cooperação internacional.[71]

Nesse ínterim, merecem destaque os tratados internacionais – instrumentos clássicos os direitos internacionais realizados entre sujeitos de direito internacional público, destinados a produzir efeitos jurídicos.[72]Incrementadono ordenamento jurídico brasileiro, estando eles: Convenção de Viena, Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida. Os tratados em questão foram de suma importância para o aprimoramento da política criminal internacional de combate à lavagem de dinheiro, e também foram de grande influência na construção do marco legal e na interpretação das normas referentes ao crime em analise especialmente no caso da legislação brasileira especial.[73]

Para mais dos tratados internacionais, podemos ressaltar as possíveis figuras das organizações internacionais e regionais que operam nas pressões e recomendações aos países mais evoluídos, assim tendo uma influência e conduta nos Estados, no qual pese não os liguem juridicamente (os chamados utensílios de soft law). Além disso, a maior relevância dessas organizações é o GAFI que exerce o papel principal no regime antilagem de dinheiro, assim, atuando pelo meio de suas

[71] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613, com alterações da Lei 12.683/2012/ Pierpaolo Cruz Bottini, Gustavo Henrique Badaró. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 28.

[72] REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14.

[73] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613, com alterações da Lei 12.683/2012/ Pierpaolo Cruz Bottini, Gustavo Henrique Badaró. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 28.

recomendações – 40 Recomendações GAFI – e de seus utensílios de coação que permitem a implementação de sanções políticas e econômicas aos países desidiosos.

Claramente que por tanto os instrumentos de hard Law quanto os soft law são adotados de forma que se adequem as realidades político-sociais de cada país, havendo uma análise previa de compatibilidade com os institutos constitucionais e os princípios que regem a criação e interpretação normativa nacional.[74]

3.1 Convenção de Viena

Mesmo que não tenha relatado de modo expressivo o termo de Lavagem de Dinheiro em sua redação, a referência principal quando fazemos analise ao crime de lavagem de dinheiro, é a Convenção das Nações Unidas Contra o TráficoIlícito de Entorpecentes e SubstanciasPsicotrópicas (Viena, 1988), popularmente conhecida como a Convenção de Viena. Assim como o próprio nome relata, o principal objetivo dessa convenção é o possível combate ao tráfico de drogas.[75]

A Convenção de Viena mostrou-se num contexto de tamanha relevância e internacionalização das atividades de organizações criminosas e da preponderância ideológica de guerra às drogas, que conseguiu ganhar espaço nos Estados Unidos entre o ano de 1980 e que globalizou subsequentemente. Na frente do atual cenário, tornou-se indispensável a criação de um registro internacional que tivesse relevância na implementação de direitos e obrigações jurídicas (hard law) a meio de que os Estados signatários para que fosse possível dar maior eficácia ao combate à lavagem de dinheiro e, assim consequentemente, ao tráfico de drogas.[76]

---

[74] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613, com alterações da Lei 12.683/2012/ Pierpaolo Cruz Bottini, Gustavo Henrique Badaró. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 28.

[75] Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19 abr. 2018.

[76] Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19 abr. 2018.

É numa acepção ao texto de seu preâmbulo, de que modo ficar expressa e preocupação com a magnitude e a grande magnitude da tendência da produção e do tráfico ilícito de entorpecentes e de tais substancias psicotrópicas, que com isso representa uma grande ameaça à saúde e o bem- estar de nos seres humanos e que tem efeitos bastantes adversos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade e a crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes e de substancias psicotrópicas nos diversos grupos sociais e, em particular, pela exploração de criança em muitas partes do mundo[77], por tanto nessa análise, tanto na qualidade de consumidores como na condição de instrumentos utilizados na produção, na distribuição e no comercio ilícitos de entorpecentes e de substancias psicotrópicas, o que constitui um perigo de gravidade incalculável."[78]

Analisa ainda "os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias licitas de ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados"[79], em clara analise a lavagem de dinheiro praticado por estas organizações criminosas.

Deste modo, a Convençãoexige aos Estados- parte o compromisso jurídico de adotar medidas cabíveis de natureza penal sobre essa analise transferir bens que derivam de relacionados ao tráficos internacionais de drogas, tendo assim a ocultação ou o encobrir a natureza, do destino, da movimentação ou da propriedade verdadeira de bens, "os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para

[77] Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19 abr. 2018.

[78] Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19 abr. 2018.

[79] Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19 abr. 2018.

caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse. ”[80]

O relatório vai mais a fundo, deixa claro o poder de persuasão do discurso antidrogas, quando estabelece como fim a erradicação do tráfico ilícito de drogas através da adoção de medidas de controle das substancias utilizadas na produção das drogas e da busca da compressão das causas geradoras de sua demanda bem como a melhoria na cooperação internacional.[81]

O referido tratado se limita a pratica de lavagem de dinheiro aos métodos realizados como bens advindos do tráfico ilícito de drogas, ou melhor, este crime é o único que antecede ao crime de lavagem de dinheiro. Tal peculiaridade levou a análise de classificação de quanto a abrangência de crimes antecedentes, no fato da Convenção de Viena, é colocada como legislação de 1ª geração[82]. Propensão dos dispositivos legais a respeito do referido crime e a ampliação do catalogo de atitudes que antecedem para além dos supostos delitos básicos de tráfico de drogas, trazendo assim, como de 2ª Geração,[83] a legislatura que regem uma lista ímpar de crimes premissas além do tráfico de drogas, como elencava a legislação brasileira anteriormente as mudanças advindas da lei 12.683/2012[84], analisando como 3ª geração[85], aquelas leis que afirmam que qualquer ato possa ser considerado crime antecedente de lavagem de dinheiro, analisando assim atual legislação brasileira em vigor.

---

[80] Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19 abr. 2018.

[81] DE CARLI, Carla Veríssimo, Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. P.87.

[82] DE CARLI, Carla Veríssimo, Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. P.87.

[83] DE CARLI, Carla Veríssimo, Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. P.87

[84] LEI Nº 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012Disponivem em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm. Acessado em: 20 abr.2018.

[85] DE CARLI, Carla Veríssimo, Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. P.87.

De tamanha relevância também, levaram em analise as medidas antecipadas no tratado em comento que tinha por objetivo dar uma eficácia significativa ao combate aos referidos crimes, de modo que o confisco (do item de crime; dos bens, no qual os produtos tenham sido transformados ou dos bens nos quais tenha sido misturado), a não oponibilidade de sigilo bancário (para produção de prova relativa a documentos bancários, financeiros ou comerciais), a extradição, a assistência jurídica reciproca, a transferência de procedimentos penais, a técnica de entrega vigiado, e a cooperação internacional interagências. [86]

3.2 Convenção de Palermo

A convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), é o diploma legal internacional produzido como o objetivo promover a cooperação para prevenção e combate mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.[87]

Em referência a Convenção, com analise nos seus primeiros artigos, traz exposições relevantes sobre os termos de combate ao crime organizado, tal como, a definição de organização criminosa (grupo estruturado de 3 ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, diretamente ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material)[88] e Infração Grave (ato que constitua infração punível com uma pena de

[86] DE CARLI, Carla Veríssimo, Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. P.87.

[87] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[88] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior)[89] este é de suma relevância para o assunto de lavagem de dinheiro.

A Convenção de Palermo desfruta também sobre o meio de sua incidência, assim aplica aos crimes de um grupo crimino organizado, à lavagem de dinheiro, à corrupção e a obstrução da justiça, diante de todos os delitos com sua pena máxima de quatro anos ou mais, sempre que tais infrações sejam de caráter transnacional e envolvem um grupo criminoso organizado.[90]

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional[91]foi a primeira convenção a fazer referência a expressão do crime de lavagem de dinheiro, referindo na como a convenção ou transferência de bens, quando que o faz tem total consciência de que esses bens são produtos de crimes, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na pratica da infração penal a furtar- se dá consequência jurídica de seus atos e outras atividades assemelhadas.[92]

Deste forma, altera em relação à Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas[93]ao apontar que diversos crimes podem ter como origem os bens passiveis de lavagem, desenvolvendo à chamada legislação de 2ª Geração. O texto aponta que a lavagem decorre da mais ampla gama possível de

[89]Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[90] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[91]Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[92] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[93]Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19 abr. 2018.

infrações principais ou infrações graves,[94] conceituando-as como atos que constituam infrações puníveis com uma pena de privação de liberdade cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com a pena superior[95]ou praticadas por meio de organização criminosa,[96] relacionadas à corrupção, ou os crimes de obstrução de Justiça[97].

Também tem como relevância no tal documento internacional é a ressalva de não se aplicar as disposições relativas à lavagem de dinheiro e as pessoas que tem cometido o crime antecedente (autolavagem), quando assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado- parte[98] (não é o caso do Brasil, por exemplo).

A Convenção de Palermo foi inserida ao direito brasileiro em 12 de março de 2004, por meio do Decreto nª 5015/04.[99]

3.3 Convenção de Mérida

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) é o outro tratado de suma importância no sistema antilavagem. Segundo o teor de seu princípio, o documento surgiu como uma forma de suprir a necessidade de reação dos Estados frente à corrupção, que consiste como uma forte ameaça à

[94] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[95] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[96] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[97] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[98] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

[99]Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

estabilidade e à segurança da sociedade, tendo como forma o enfraquecimento das instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e tendo como comprometimento o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito.[100]

O Estado-parte tem total convencimento que a corrupção deixou de ser um problema local para ser um fenômeno transnacional, que tem afetado toda a sociedade e economia, procurando, por conseguinte, estreia cooperação internacional. Há também o reconhecimento de vínculos da corrupção com outras formas de delinquência; em particular, o crime organizado e a lavagem de dinheiro.[101]

Em seus artigos iniciais, a Convenção de Mérida aborda sobre as medidas a serem empregada para o combate e a prevenção da corrupção no âmbito público, com tais dispositivos que gestão da Fazenda Pública, translucidez na administração pública e independência dos órgãos do Ministério Público e do Judiciário. Já em analise ao seu artigo 12[102], a Convenção aborda a forma a serem adotadas como forma de combate a corrupção no âmbito privado, tendo assim como prevenção a possibilidade de criminalização da propina neste setor, assim como aconselha que os Estados previnam conflitos de interesses, determinando restrições apropriadas, através de um período razoável, às atividades profissionais de ex- funcionários públicos ou que haja a contratação de servidores públicos por meio do setor privado depois de sua renúncia ou de sua aposentadoria.

Quanto a tais questões de relevância à lavagem de dinheiro, bem como as Convenções de Viena e de Palermo, a Convenção de Mérida designa aos Estados-parte a sua criminalização nas modalidades modificações e de transferência de bens,

[100]Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), Decreto 5687/06. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acessado em 28 mai 2018.
[101]Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), Decreto 5687/06. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acessado em 28 mai 2018.
[102]Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), Decreto 5687/06. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acessado em 28 mai 2018.

assim como de ocultação ou a dissimulação. Também ressalva em seu artigo 23, o apadrinhamento de uma definição mais ampla provável de delitos antecedentes, pressupondo ainda que estes podem ocorrer fora do Estado interessado (no caso de análise do princípio da dupla incriminação).

De Carli destaca como novidade da Convenção de Mérida em Relação às de Viena e Palermo, no que tange à sistemática da antilavagem que deve ser adotada pelas instituições financeiras, tais como as disposições [103] que tem como objetivo o detalhamento das medidas que as empresas de instituições financeiras (incluídas as que remetem dinheiro) tem de operar, para que possa incluir informações exatas e validas sobre os remetentes nos formulários de transferência eletrônica de fundos e de mensagens conexas; as que mantenham essa informação durante todo o ciclo de operação e que examinem, de maneira mais minuciosa, as transferências de fundos que não contenham informação detalhada sobre o remetente.[104]

O Brasil promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção em 31 de janeiro de 2006, através do Decreto 5687/06.[105]

4 ANÁLISE NA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

4.1 Mecanismo de combate a lavagem de dinheiro

Em relação ao pedido das comunidades econômicas e jurídicas internacionais desde os anos 80 e a grande necessidade de se ter mais precaução com o Sistema Econômico Nacional em virtude dos desequilíbrios causados por conta dos lavadores de dinheiro, o Legislativo Brasileiro aprovou a Lei 9.613/98 em março de 1998. No ano que esta Lei foi editada, o grande demandante da lavagem de dinheiro era o

[103] Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), Decreto 5687/06. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acessado em 28 mai 2018.

[104] DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. P. 13.

[105] Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), Decreto 5687/06. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acessado em 28 mai 2018.

tráfico internacional de entorpecentes, daí a grande preocupação desta lei com o narcotráfico, o que explica referência legal a um rol taxativo de crimes antecedentes. [106]

A Lei buscou ter uma nova aplicação do tipo penal para as condutas relacionadas a bens, direitos ou valores oriundos, de forma direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais, de tal modo que, mantendo o crime sobre analise do artigo 180 do Código Penal Brasileiro (que trata de crimes de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, tendo o seu próprio proveito ou alheio, de coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, ou adquirir, receber ou ocultar), procura-se abranger, sob o comando desse dispositivo, a grande variedade de ilícitos contra o patrimônio.[107]

Depois que a Lavagem de dinheiro passou a ser utilizada de forma muito indiscriminada para que com isso pudesse tornar lícitos os ganhos perante todos os tipos de crimes, inclusive o de corrupção por agentes de estados, as alterações introduzidas na legislação (Lei 12.683/2012) modernizaram o arcabouço legal nacional, buscando alinhá-lo aos da comunidade internacional.[108]

A Lei nº 9.613/98 que caracteriza o crime de lavagem de dinheiro tem com intuito além do estabelecimento de um novo tipo penal, como ter a coibição da no intuito de utilizar o sistema financeiro nacional como meio para que possa ser feito a lavagem de dinheiro, a instituição do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e a criação de normas penais, processuais penais e

[106] CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.
[107] Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998: Lei da Lavagem de Dinheiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acessado em: 15 mai 2018.
[108] WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014.

administrativas específicas para a prevenção e punição dos delitos de lavagem de dinheiro.[109]

Além do alicerce legal, várias instituições estatais e não estatais desempenhampapel de suma relevância/importante no combate à lavagem de dinheiro, sendo o Banco Central, ao Lado do Conselho de Controle de Atividades Financeiras(COAF) e daEstratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro(ENCCLA11), ator fundamental nessa luta.

4.2 Procedimentos e departamentos de cooperação a recuperação de ativos

Contém diversas instituições que tem por finalidade a atuação na detecção e prevenção do crime de lavagem de dinheiro no Brasil, notadamente o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que é membro do GAFI, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça[110], o Banco Central do Brasil (BACEN) e a iniciativa conhecida como Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), entre outros.[111]

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) que hoje está à frente de ações de prevenção da lavagem de dinheiro. É uma unidade de inteligência criada no âmbito do Ministério da Fazenda pela Lei 9.613/98 (alterada pelas leis

[109] MORAIS, Neydja Maria Dias de. O crime de lavagem de dinheiro no Brasil e em diversos países. Jus Navigandi.

[110] ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. 2010. Disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-doc/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

[111] ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. 2010. Disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-doc/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

10.701, de 9/7/2003 e 12.683 de 9/7/2012) e com organização e estrutura definidos pelo Decreto 2.799/98.[112]

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras tem por fins coordenar e propor métodos de cooperação e trocas de informações relacionadas a lavagem de dinheiro que possam viabilizar e efetivar no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. Para a consecução deste objetivo, tem competência para requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas e, caso conclua pela existência de crime previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro[113], de formar a dar indícios de sua prática, ou de outro ilícito, que deva dar ciência às autoridades competentes para que com isso instaurem osprocedimentos cabíveis. Órgão que também compõe o aparato estatal de combate aos crimes de lavagem de dinheiro é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado por meio do Decreto 4.991, de 18 de fevereiro de 2004[114], e subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça. O DRCI, por meio de sua Coordenação-Geral de Recuperação de Ativos, desempenha importante papel na atividade estatal de recuperação de ativos de origem ilícita. [115]

O Banco Central, autoridade administrativa encarregada de promover a aplicação da Lei 9.613/1998, que tem por finalidade a atuação no sentido de regular e fiscalizar o sistema financeiro de tal forma para que possam ser obedecidas as boas práticas do setor, notadamente a atualização dos cadastros dos clientes; instituição de controles internos para verificar, além da adequada identificação do cliente, a compatibilidade entre as correspondentes movimentações de recursos, atividade

[112] . Banco Central do Brasil: Ação do Estado e papel do Banco Central. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?ACAOESTADO> Acessado em: 30 mai. 2018.
[113] CARLI, Carla Veríssimo de. Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
[114] Decreto nº 4.991, de 18 de fevereiro de 2004.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4991.htm . Acessado em: 01 jun. 2018.
[115] CARLI, Carla Veríssimo de. Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

econômica[116] e capacidade financeira dos usuários do sistema financeiro nacional; manutenção de registros de operações;[117] comunicação de operações ou situações suspeitas ao Banco Central; promoção de treinamento para seus empregados; e implementação de procedimentos internos de controle para detecção de operações suspeitas.[118]

Por fim, cabe destacar a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003 para suprir a falta de articulação e de atuação estratégica coordenada do Estado no combate à lavagem de dinheiro.[119] Além da articulação entre os órgãos envolvidos no combate a esses ilícitos, a ENCCLA define metas anuais, bem como ações e recomendações para a consecução dessas metas, a serem realizadas pelos membros da Estratégia.[120]

Por meio da formação de uma rede de diretores multidisciplinares composta por mais de60 órgãos, a ENCCLA compreende todas as fases de atuação do Estado, desde a prevenção, fiscalização, controle, investigação e persecução.[121]É essa forma de Estratégia tem motivado um modelo bem-sucedido de articulação estatal e constituição de um espaço perdurável de integração para oBrasil fazendo assim formulações de políticaspúblicasde cunho verdadeiramente estratégico, afastando as atuações isoladas ou casuísticas, muitas vezes duplicadas ou incoerentes, as quais têm lugar quando o país não está organizado no enfrentamento a esses crimes. [122]

São diversos os avanços que conseguiram fazer por meio das iniciativas da ENCCLA, para muito além das operações repressivas, como por exemplo: a criação

[116] Banco Central do Brasil: Ação do Estado e papel do Banco Central. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?ACAOESTADO>. Acessado em 01 jun. 2018.
[117]Banco Central do Brasil: Ação do Estado e papel do Banco Central. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/?ACAOESTADO>.Acessado em 01 jun. 2018.
[118] Banco Central do Brasil: Ação do Estado e papel do Banco Central. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/?ACAOESTADO>.Acessado em 01 jun. 2018.
[119] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.
[120] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.
[121] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.
[122] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.

do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro; a implementação do Cadastro Nacional de Clientes do Sistema Financeiro;[123] a criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro, viabilizando a interrupção do fluxo financeiro das organizações criminosas; a criação das delegacias especializadas em crimes financeiros; a estruturação do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosa[124], no âmbito dos ministérios públicos estaduais; a recuperação de ativos e o ressarcimento ao erário; a criação de diversas bases de dados, tais como o Cadastro Nacional de Entidades, o Cadastro de Entidades Inidôneas e Suspeitas[125], o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa, o Sistema Nacional de Bens Apreendidos;[126] além de diversas propostas legislativas, merecendo destaque a recente mudança da Lei de Lavagem de Dinheiro[127], que colocou o Brasil no mesmo patamar de legislação dos países que melhor combatem o referido crime.[128]

Os avanços do Brasil no combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro pormeio de seus diversos órgãos de fiscalização e de inteligência e das iniciativas da ENCCLA foram objeto de reconhecimento internacional por parte do Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo[129], organismo que por objetivo avaliar os países e formular recomendações com vista à prevenção e a repressão da lavagem de dinheiro e do

[123] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.
[124] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.
[125] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.
[126]Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.
[127]-. Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998: Lei da Lavagem de Dinheiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acessado em: 15 mai 2018.
[128] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID3239224CC1F4A299E174AC9813FDIPTBRNN.htm . Acessado em: 30 mai. 2018.
[129] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID3239224CC1F4A299E174AC9813FDIPTBRNN.htm . Acessado em: 30 mai. 2018.

financiamento do terrorismo, cujos padrões, inclusive, são reconhecidos pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional. [130]

4.3 Efetividade dos acordos firmados entre Brasil e Suíça na recuperação de ativos

Nos últimos anos, os números e a prática indicam que a Confederação Helvética é um dos países mais importantes e cooperantes com o Brasil no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, especialmente no que tange à recuperação de ativos de origem ilícita.[131]

Ressalta, que o país da Suíça, berço de grandes bancos mundiais e que é um dos primeiros Estados soberanos estrangeiros que passam pela mente das pessoas quando se fala do assunto lavagem de dinheiro, como sendo este país um paraíso fiscal, onde as leis não combatem este tipo de crime.[132]

De tal forma, há anos que a Suíça coopera com outros Estados na repatriação de bens adquiridos de forma ilícita, tendo ratificado diversos acordos multilaterais sobre o tema, e também acordos bilaterais, como por exemplo o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Confederação Suíça, que entrou em vigor no Brasil por força do Decreto nº 6.974, de 07 de outubro de 2009.[133]

Ademais, a Suíça dispõe ainda de uma base legal nacional, interna, representada pela lei federal sobre assistência internacional em matéria penal (Loisurl'entraide penal einternationale, EIMP),[134] a qual lhe permite cooperar amplamente com outros Estados no âmbito da assistência jurídica em matéria penal.

---

[130] Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID3239224CC1F4A299E174AC9813FDIPTBRNN.htm . Acessado em: 30 mai. 2018

[131] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.

[132] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.

[133] Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998: Lei da Lavagem de Dinheiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acessado em: 02 jun. 2018.

[134] https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-f.pdf . Acessado em 02 jun. 2018.

Esta lei permite às autoridades competentes da Suíça, em particular, atuar na recuperação de ativos e proceder à restituição de bens ou valores bloqueados, apreendidos ou sequestrados, por meio da assistência judicial internacional.[135]

O Escritório Federal de Justiça (OFJ) é a autoridade central que coordena os assuntos de assistência jurídica e o ponto de contato central para as autoridades nacionais e internacionais e seus respectivos representantes. De acordo com cada caso concreto, tal órgão tem ainda a função dar andamento e distribuir procedimentos de assistência judicial para as procuradorias cantonais ou autoridades federais de persecução criminal daquele país.[136]

Cumpre-nos nesse texto artigo trazer ao conhecimento uma visão geral dos procedimentos judiciais na Suíça em relação à restituição de bens ou valores adquiridos ilicitamente, de acordo com a mencionada lei de assistência judicial (EIMP).[137]

O art. 74a da EIMP regulamenta de maneira clara e acessível a restituição de ativos, dispondo que, a pedido, os objetos e os bens que forem bloqueados a partir de uma medida cautelar serão restituídos à autoridade estrangeira competente, uma vez finalizado o procedimento de assistência jurídica, relativo ao confisco ou à restituição em favor do legítimo proprietário.[138] Os objetos ou bens, que incluí principalmente o produto ou o resultado de um delito, seu valor de substituição, incluindo quaisquer outros benefícios ou valor de compensação. A restituição pode efetuar-se em qualquer fase do procedimento judicial estrangeiro, entretanto geralmente ocorre após uma sentença de confisco final e executória do Estado requerente. O referido dispositivo prevê que se os objetos e bens bloqueados são manifestadamente de origem ilícita, em determinadas circunstâncias abre-se a

[135] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.
[136] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.
[137] https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-f.pdf . Acessado em 02 jun. 2018.
[138] https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-f.pdf . Acessado em 02 jun. 2018.

possibilidade de eles serem restituídos inclusive sem uma sentença final e executória.[139]

Uma vez que o Estado requerente tenha analisado e decidido pelo confisco dos bens em litígio baseados em informações bancárias e outros meios de prova, a restituição de objetos e bens de origem ilícita será geralmente assunto de uma solicitação de auxílio jurídico em separado. Sucintamente, o procedimento jurídico de restituição de bens ou valores na Suíça consiste em quatro fases, descritas brevemente a seguir.[140]

4.3.1 A localização

Todo caso de recuperação de ativos começa com a descoberta e a identificação de bens ou valores de pressuposta proveniência ilícita no País estrangeiro, no qual investigam os fatos que sejam penalmente relevantes. As investigações financeiras para as identificações e localizações dos bens podem também ser feitas por meio dos canais de cooperação informal previstos e conduzidos regularmente entre os países (por exemplo, contato entre Polícias, entre Unidades de Inteligência Financeira, por meio de redes de cooperação internacionais, etc.). A localização dos ativos adquiridos de forma ilícita é um requisito imprescindível para seu bloqueio.[141]

4.3.2 O bloqueio provisório

Pode ser uma forma de bloqueio provisório do bem ou valor. Se os ativos se encontram na Suíça, seu bloqueio pode ser solicitado com a utilização de uma solicitação de assistência jurídica internacional, dirigida à autoridade central suíça.

[139] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.
[140] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.
[141] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.

Segundo o disposto no art. 18 EIMP[142], as autoridades competentes da Suíça podem, pela solicitação explícita de outro Estado, decretar medidas provisórias, inclusive antes de uma solicitação formal, com o objetivo de impedir que os bens se transfiram a outro lugar. Este tipo de bloqueio provisório e derivado de bens e é possível sempre que um procedimento de assistência jurídica posterior não seja considerado manifestamente inadmissível ou inoportuno. Tais medidas cautelares se derrogarão caso o Estado estrangeiro não apresente um pedido de cooperação jurídica formal no prazo estabelecido pelas autoridades suíças.[143]Desta forma, o pedido formal pode se feito pelo Estado requerente, poderá solicitar a transmissão de informações e documentos para fins probatórios, incluindo dados sobre o fluxo financeiro e sobre propriedade sobre os bens. Logo, a solicitação de auxílio jurídico formal tem dois objetivos: em primeiro lugar manter a situação existente e impedir que os suspeitos de crimes possam continuar dispondo dos bens correspondentes; em segundo, reunir as provas necessárias para que as autoridades jurídicas competentes do Estado requerente possam dar andamento aos respectivos processos e decretar uma sentença de confisco.[144]

4.3.3 O confisco e a restituição ao titular

A documentação bancária, assim como qualquer outro documento transmitido pelas autoridades suíças, servirá como meios de prova no Estado requerente. Tendo por base esta documentação, o Estado solicitante poderá decretar um confisco em favor do tesouro público, uma restituição dos ativos ao titular ou outra destinação de acordo com a lei. Com isso, segundo a análise das autoridades suíças, a propriedade

[142] https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-f.pdf . Acessado em 02 jun. 2018.
[143] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.
[144] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.

dos bens passará do titular atual para a pessoa ou pessoas que sejam citadas na sentença ou ao Estado[145].

4.3.4 A restituição

Durante as fases descritas anteriormente, os bens e valores em questão se manterão bloqueados. A autoridade competente suíça poderá derrogar o bloqueio provisório e decretar a restituição dos bens unicamente com base em uma sentença final e executória e de uma nova solicitação de cooperação jurídica do Estado requerente.[146]

Pensamento este extremamente deturpado, como demonstra RaúlCervini[147] , porque é visto na legislação suíça uma preocupação no combate ao crime de lavagem de dinheiro adotando para isso medidas penais como:

> a) Art 305 bis: Toutepersonnequi a commisunacteappropriépourqu'ilsoitdifficile d'identifierl'origine, ladécouverte ou laconfiscation de valeurspartimonalesdontilsavait ou auraitdûprésumerqu'ellesétaientdes crimes[148]
>
> b) Art 305 ter: Quiconque a professionnellementJ'accepterai, j'observerai, jedonneraiduplaisiraucessionnairedesbienspatrimoniaux d'untiers et unomis de vérificateur conforme à lavigilanceexigée par lescircusnâncias, l'identitédutitulairedudroitéconomique[149]

Como se observa a legislação suíça no tocante a lavagem de dinheiro adotou a terceira geração de pensadores sobre o rol de delitos antecedentes, e sendo assim,

[145] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.
[146] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.
[147] CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flavio, DE Oliveira, William Terra, Lei de Lavagem de Capitais, Revista dos tribunais, 2011, P. 196.
[148] CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flavio, DE Oliveira, William Terra, Lei de Lavagem de Capitais, Revista dos tribunais, 2011, P. 196.
[149] CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flavio, DE Oliveira, William Terra, Lei de Lavagem de Capitais, Revista dos tribunais, 2011, P. 196.

entende haver o delito de lavagem de dinheiro quando o bem adveio de qualquer atividade ilícita anterior.[150]

4.4 Análise comparativa da recuperação de ativos entre o Brasil e Suíça

A Operação Lava Jato que é o crime que está ligado aos capitais lavados, acaba de completar quatro anos de duração e depois de 52 fases até o presente momento deflagradas, uma operação da Policia Federal com maior respaldo contra a corrupção[151] e a a investigação que possui maior amplitude criminal com relação aos desvios de verbas públicas no Brasil, tendo assim apresentado fatos incontestáveis: a forma decisiva como a cooperação jurídica internacional pode colaborar para o deslinde da autoria e materialidade de diversos crimes, representando um mecanismo de obtenção de provas processuais fundamental para a comprovação cabal de fatos criminosos e para a recuperação de ativos ilícitos localizados no exterior.[152]

De tal forma, afora todas as repercussões e desdobramentos que as investigações relacionadas à Operação Lava Jato têm causado junto à sociedade e às instituições brasileiras, existe um aspecto muito revelador que vem demonstrando[153] – de uma forma mais concreta na pratica – obteve um aperfeiçoamentodos órgãos nacionais no combate ao crime em seu viés internacional.[154]

---

[150] CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flavio, DE Oliveira, William Terra, Lei de Lavagem de Capitais, Revista dos tribunais, 2011, P. 323.

[151] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[152] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[153] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[154] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho

Desta forma, pode ser demostrado de uma forma mais concreta o panorama constando os números e o desempenho obtidos através da operação lava jato, até o presente momento, em relação aos pedidos de cooperação jurídica internacional referentes ao tema.[155] Desta forma, concretizam os ótimos resultados que podem ser alcançados quando se tem há conscientização das autoridades nacionais sobre a necessidade de enfrentamento ao aspecto internacional do crime, aliado à existência de uma Autoridade Central e de instituiçõespreparadas e coordenadas para atuar com essa matéria.[156]

No âmbito das atribuições concedidas a Autoridade Central[157]para a cooperação jurídica internacional exercidas pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/SNJ) do Ministério da Justiça[158], incumbe à Coordenação-Geral de Recuperação de Ativos[159] tem por finalidade a realização e analise e a tramitação dos

da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[155] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho
da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[156] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho
da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[157]As funções e finalidades da denominada “Autoridade Central” foram previstas pela primeira vez no âmbito da Convenção da Haia de 1965, sendo concebida como órgão técnico nacional designado por cada um dos Estados Partes de um tratado para centralizar comunicações e ações de cooperação jurídica internacional. No âmbito de atribuições da Autoridade Central, encontram-se as seguintes missões: receber, tramitar e analisar os requisitos de admissibilidade dos pedidos de cooperação jurídica internacional; estabelecer um canal direto e central de comunicação com jurisdições estrangeiras; aplicar a experiência adquirida em casos semelhantes para tornar a cooperação jurídica mais célere e efetiva; cobrar o cumprimento e monitorar o andamento das solicitações de cooperação jurídica internacional; e difundir às autoridades e cidadãos nacionais temas relacionados à cooperação jurídica internacional.

[158] ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. 2010. Disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-doc/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

[159]**Decreto nº 4.991, de 18 de fevereiro de 2004.**Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4991.htm . Acessado em: 01 jun. 2018.

pedidos de assistência jurídica internacional em matéria penal, incluindo aqueles que versam sobre recuperação de ativos no exterior.[160]

Atualmente, contém 3.800 pedidos para análise de cooperação jurídica internacional em matéria penal e em recuperação de ativos encontram-se em andamento.[161] Para se ter uma ideia da dimensão anual desses números, apenas compreendendo que entre o período de abril de 2014 até março de 2018,[162] foram recebidos noDepartamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça7.100 pedidos novos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, sendo 4.500 ativos e 2.600 passivos.[163]

De tal maneira, desde o início das investigações foram recebidos 510 pedidos de cooperação jurídica internacional, sendo 263 ativos e 247 passivos.[164] Estes números compreendem apenas os pedidos analisados e tramitados em matéria criminal, que configuram a grande maioria dos casos de cooperação jurídica internacional relacionados à Operação Lava Jato,[165]também está incluso a tramitação de informações espontâneas que é oficialmente entre o Brasil e os países estrangeiros.

---

[160] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[161] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[162] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[163] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[164] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[165] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

Apesar do enfoque deste artigo estar na cooperação em matéria criminal, convém enfatizar também a tramitação, no DRCI/SNJ[166].

Voltando especificamente à área criminal, em relação às 263 solicitações ativas de assistênciajurídica analisadas e tramitadas pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça DRCI/SNJ[167], que foram encaminhadas ao exterior, sua maioria foi formulada pelo Ministério Público Federal (MPF), acompanhada de outros pedidos oriundos da Polícia Federal (PF) e também da Justiça Federal.[168] De uma forma geral, os pedidos feitos pelo MPF e pela PF têm por finalidade a obtenção de provas diversas: quebras de sigilo bancário; buscas, apreensões e oitivas de testemunhas; bem como medidas assecuratórias sobre bens e valores – tais como bloqueios, apreensões e sequestros – e repatriação de ativos localizados no exterior. [169]As solicitações oriundas da Justiça Federal, em geral, têm por objeto a realização da citação dos réus, de intimações ou o depoimento de testemunhas de defesa que se encontram em território estrangeiro.[170]

Também possui pedidos feitos pela Receita Federal do Brasil e pela Controladoria Geral da União, que tem por fim o objetivo a autorização daqueles países requeridos para a utilização de provas em procedimentos que têm acordo firmado com Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica

[166]ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. 2010. Disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-doc/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

[167]ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. 2010. Disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-doc/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

[168]ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. 2010. Disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-doc/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

[169]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[170]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

Internacional da Secretaria Nacional de Justiça,[171] de tal forma amplia as possibilidades de uso de informações e documentos, inicialmente fornecidos para instrução de processos penais relacionados às investigações da operação Lava Jato, mas que também podem ser de interesse processual para outras esferas.[172]

Além do grande quantitativo de pedidos de cooperação jurídica em matéria penal, outro indicador que demonstra o aumento da efetividade e da celeridade na obtenção de medidas processuais e provas no exterior refere-se aos resultados obtidos até o momento.[173] Todas as 510 solicitações e informações ativas e passivas de cooperação em matéria penal sobre a referida investigação, em 320 dessasjá foi possível receber restituições de diligências ou algum tipo de resposta com informações conclusivas.[174] Desses pedidos de cooperação, 275 teve seu cumprimento integral ou parcialmente cumpridos; 13 processos de cooperação jurídica em matéria penalforam restituídos independentemente de seu cumprimento, por solicitação da própria autoridade requerente; 6 processos foram devolvidos para adequações; e apenas 26 dos processos não foram analisados pelasautoridades requeridas.[175]

Desta forma, os pedidos de cooperação jurídica formalizados no âmbito da Operação Lava Jato vêm obtendo resultados muito satisfatórios, até mesmo acima da

[171]ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. 2010. Disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-doc/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

[172]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[173]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[174]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[175]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

média, se comparados ao parâmetro geral dos demais casos.[176]De tal maneira, não so pela demanda de restituições cumpridas já obtidas, mas pelos prazos de obtenção dessas respostas, as quais, em sua grande maioria, encontram-seabaixo da média geral.[177]

O desempenho dos casos que envolvem recuperação de ativos no exterior. Somente em relação à Operação Lava-Jato, já foi possível obter confirmação oficial sobre o bloqueio no exterior de cerca de US$ 430 milhões e a repatriação definitiva de US$ 135 milhões. [178]Esses valores recuperados no exterior já representam cerca de 50% do total dos valores repatriados oficialmente mediante mecanismos de assistência jurídica internacional.[179] Estes altos índices observados decorrem, em boa parte, dos acordos de delação premiada, nos quais os réus colaboradores se comprometem a identificar e a auxiliar na recuperação de ativos que foram desviados e mantidos no exterior,[180] fato que pode dispensar a necessidade de aguardar o trânsito em julgado dos processos para se obter a perda desses valores, aliado à atuação próxima entre as autoridades centrais dos países e entre os respectivos órgãos de investigação e persecução.[181]

[176]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[177]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[178]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[179]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[180]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[181]Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho

Tais resultados trazem na pratica, o progresso das instituições, o eficiente trabalho e o aperfeiçoamento das autoridades nacionais que atuam com processos criminais sobre o tema da cooperação jurídica internacional,[182] compreendida atualmente como ferramenta acessível e cada vez mais eficiente para o combate internacional ao crime e para a realização da justiça.[183]

5 CONCLUSÃO

Dessa forma, considerando o exposto, foi abordado o surgimento e a caracterização do crime de lavagem de capitais, com a preocupação de se demonstrar como o mencionado crime ocorre e quais são seus traços que não podem ser desconsiderados durante sua persecução penal.

Ademais, foi feita uma crítica à lei brasileira que tipifica penalmente a prática de lavagem de capitais, visto que tal lei (9.613/98), que teve como principal objetivo a busca do (pseudo)efetividade na implementação desse delito, simplesmente viola um princípio constitucional (presunção da não culpabilidade) e viola, também, traços intrínsecos a essa figura típica, como o fato de ser um crime acessório.

As fontes do trabalho se efetivaram os estudos doutrinários sobre o tema e a decisões jurisprudenciais, demonstrando-se como os doutrinadores e juízes se debruçam sobre o tema, principalmente na aplicação da lei 9.613/98.

Após análise em relação a prática de lavagem de capitais e a lei brasileira que a tipifica criminalmente (9.613/98, alterada pela lei 12.683/12), conclui-se que a pratica no Brasil, tem uma tendência em se tentar repudiar de formar mais incisiva o

da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[182] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

[183] Junior, Isalino Antonio Giacomet. Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional. Disponivel em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

crime em comento, considerando todos os prejuízos que tal delito ocasiona ao mercado e ao país de maneira geral.

O presente trabalho se propôs a analisar a recuperação de ativos no âmbito internacional com análise do acordo entre à República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça bem como a repatriação do dinheiro desviado.

A proposta para readaptar tal quadro, portanto, é a de que a criação de cadastro de bens que venham a ser apreendidos em procedimentos criminais, também como a normatização do deposito e guarda de bens, podendo assim evitar o aparecimento e o uso indevido, assim com permitir maior rapidez na alienação dos bens, resultando os valores obtidos para que possa ter o combate à criminalidade e tendo o ressarcimento dos cofres públicos.

De tal forma, a lavagem de ativos afeta tanto a ordem econômica como a ordem financeira, como pode se perceber ao se decompor os delitos em três fases: a ocultação do capital desviadoque possa impedir o originário delito que está se ocultando,o objetivo principal consiste em inserir o ativo na economia formal, afastando-o da origem ilícita, de modo a dificultar o rastreamento do crime que afeta, portanto, o bem jurídico deste delito, a cobertura, como objetivo distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem; e a integração,dos benefícios financeiros como se lícitos fossem. Nessa etapa, o dinheiro é incorporado na economia formal, geralmente através da compra de bens, criação de pessoas jurídicas, inversão de negócios, tudo com registros contábeis e tributários capazes de justificar o capital de forma legal na qual se converte em capital lícito.

O crime de lavagem de capitais não é controlável apenas mediante repressão individual, com pena privativa de liberdade, necessária, mas insuficiente, uma vez que as agentes de umas empresas criminosas geralmente podem ser substituídas[184].A repulsa econômica, por meio de sanções com objetivos patrimoniais, é mais eficaz,

[184]CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flavio, DE Oliveira, William Terra, Lei de Lavagem de Capitais, Revista dos tribunais, 2015, P. 323.

no termo de enfraquecer o poder financeiro dessas organizações criminosas, impedindo seu autofinanciamento e desestruturando-a efetivamente.

Esse último procedimento judicial, incidente ao feito principal, tem o objetivo de alienar ativos apreendidos, passíveis de perdimento ou expropriação definitivos, antes do trânsito em julgado da sentença penal, para evitar a perda de seu valor econômico pelo decurso do tempo[185].

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos**. Disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-doc/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Ano da edição: 1999. Edição: 6ª Ed. 2011. Editora Revan.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas.** São Paulo: Oliveira Mendes, 2017.

Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União - Brasília, Ano 5. Disponível em: Acessado em 30 de mar. 2018.

BONFIM, Marcia MonassiMougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de inheiro.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613, com alterações da Lei 12.683/2012**/ Pierpaolo Cruz Bottini, Gustavo Henrique Badaró. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial.** 2. Ed - São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

[185] Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União - Brasília, Ano 5 – número 18/19, páginas 121-145 – jan./jun. 2006. Disponível em: Acessado em 30 de mar. 2018.

CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flavio, DE Oliveira, William Terra, **Lei de Lavagem de Capitais**, Revista dos tribunais, 2015.

DE CARLI, Carla Veríssimo, **Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DINO, Alessandra e MAIEROVITCH, WálterFanganiello, **Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa**. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed.. São Paulo. Editora Atlas.

GOMES, Luiz Flávio. Alguns aspectos relevantes sobre a lei de lavagem de capitais. Disponível em: Acessado em 20 mar. 2018

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direíto**. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

JUNIOR BALTAZAR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Ano da edição: 2011. Editora: Verbo Jurídica.

JUNIOR, Isalino Antonio Giacomet. **Noções sobre Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Suíça.**

JUNIOR, Isalino Antonio Giacomet. **Quatro anos de Operação Lava Jato: desempenho da cooperação jurídica internacional.**Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n38. Acessado em 03 de set. 2018.

MIRABETE, JulioFabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004a. v. 1.

MORAES, Sérgio Augusto Santos de. **Combate ao Crime de Lavagem de Dinheiro no Brasil**. Paracatu- MG.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Régis, **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Vol. I** - 15ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCARTEZZINI, Cid Flaquer, **A Situação do Brasil Quanto à Lavagem de Dinheiro Sujo**. 2011. Disponível em: Acessado em 14 mar. 2018.

VILARDI, Celso Sanchez. **O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. º 41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro. São Paulo**: Atlas, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminología: aproximación desde unmargen**. Ano de edição: 2014. Editora: Editorial Temis S.A.

Sítios eletrônicos:

Banco Central do Brasil: Ação do Estado e papel do Banco Central. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/?ACAOESTADO> Acessado em: 30 mai. 2018.

Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998: Lei da Lavagem de Dinheiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acessado em: 20 mar. 2018.

Convenção Contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acessado em 19 abr. 2018.

Site do COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em: Acessado em 29 mai. 2018: http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-dedinheiro

Decreto N. 5.687 de 31 de Janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupçãol. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004- 2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acessado em: 29 mai. 2018.

Decreto 6974/09 | Decreto nº 6.974, de 7 de outubro de 2009. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/819536/decreto-6974-09. Acessado em: 06 abr. 2018.

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), Decreto 5687/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acessado em 28 mai 2018.

LEI Nº 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012 Disponivem em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm. Acessado em: 20 abr.2018.

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), Artigo 2,A, Decreto 5015/04. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm acessado em 28 mai 2018.

Decreto nº 4.991, de 18 de fevereiro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4991.htm . Acessado em: 01 jun. 2018.

Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro. Acessado em 30 mai. 2018.

Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID3239224CC1F4A299E174AC9813FDIPTBRNN.htm . Acessado em: 30 mai. 2018.

https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-f.pdf . Acessado em 02 jun. 2018.

Ciências Criminais

RESSARCIMENTO À VÍTIMA:
DESVIRTUALIZAÇÃO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA EM FAVOR DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA

Pedro Borges

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como finalidade verificar a aplicabilidade do ressarcimento à vítima no processo penal, sem a desvirtualização da pretensão punitiva, em decorrência de uma pretensão indenizatória. Com a implementação do inciso IV, no artigo 387, do Código de Processo Penal, determinado na sentença condenatória a estipulação de um valor que minimamente repare o dano sofrido pela vítima, apesar da nobreza do legislador ao se preocupar com a vítima de um ilícito penal, criou-se a problemática da possível mistura entre dois institutos totalmente distintos, enquanto no direito penal se tem a pretensão punitiva, o Direito civil tem a pretensão indenizatória, então com a utilização do inciso citado, poderia se ter uma privatização e desvirtuação do Direito Penal, entretanto a jurisprudência tem mitigado a literalidade do inciso, com o intuito de não infringir os princípios regentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Ressarcimento à vítima. Desvirtualização da pretensão punitiva. Pretensão Indenizatória.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal é oriundo do Decreto Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941[1], no decorrer dos anos sofreu várias alterações tópicas, dentre as mais recentes está o Projeto de Lei nº 4.203/2001 que se transformou na Lei nº 11.689/08, no qual estabeleceu critérios para a organização do Tribunal do Júri,

[1] BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 01/06/2018.

referentes à convocação e sorteios dos jurados, instrução e preparação do processo para julgamento em plenário2.

O Projeto de Lei nº 4.205/2001 que deu origem a Lei nº 11.690/2008, proibiu a produção de provas por meios ilícitos, esclarecendo sobre as provas antecipadas, periciais e testemunhais[3]. Por fim, o Projeto de Lei nº 4.207/2001 que originou a Lei nº 11.719/08 trata sobre a suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libeli* e procedimentos, além de ter sido inserido o inciso IV, no art. 387 e o art. 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal[4], dispositivos que versam sobre a fixação mínima da reparação de danos na sentença penal condenatória.

É notória a crise carcerária em que o Brasil se encontra, o país tem a 3º[5] maior população carcerária do mundo, além disso, grande parte desses presos praticaram crimes contra o patrimônio, seja ele público ou não. Além disso, o sistema carcerário brasileiro está com a lotação superior à da permitida, mais precisamente com um déficit de vagas de 358.663[6].

Conforme foi explicado anteriormente, o Brasil, além de possuir uma grande população carcerária, está enfrentando a superlotação. Vale lembrar o fato de um

[2]CÃMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei 4203/2001.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26553, Acesso em 01/06/2018

[3] BRASIL, **Lei nº 11.690/2008**, de 9 de junho de 2008. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-publicacaooriginal-99461-pl.html> Acesso em 01/06/2018.

[4] CÃMARA DOS DEPUTADOS, Emenda/Substitutivo do Senado **EMS 4207/2001 => PL 4207/2001**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382653>, Acesso em 01/06/2018

[5] BARRETTO, Eduardo. **Brasil é o terceiro país com mais presos no mundo, diz levantamento.** Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-o-terceiro-pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-levantamento-22166270, Acesso em 01/06/2018

[6]INFOPEN. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 01/06/2018

preso custar mais que um estudante[7] e ainda, o fato de que na maioria dos casos, o indivíduo que cumpriu a integralidade da pena acaba retornando para o sistema carcerário, que diversos são os motivos desse fator e não se pode concluir de forma enfática que o sistema prisional não realiza a ressocialização, entretanto, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça[8], algumas vezes, o presídio não está realizando a sua função social.

Portanto, pelos argumentos expostos, em síntese, se tem as seguintes situações: uma enorme população carcerária, um sistema carcerário que não atende à demanda necessária, um presidiário custando para os cofres públicos mais que um estudante e, por fim, um presídio, que na maioria das vezes, não exerce o papel de ressocializar o indivíduo que cometeu o crime.

Diante desses fatores expostos, discorre-se sobre a aplicação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal[9], que possui a finalidade de "reparar o dano sofrido pela vítima sendo essa reparação decretada já na sentença condenatória do réu", uma vez que o réu, basicamente, necessita pagar um grande valor de impostos para manter o indivíduo no sistema prisional e em alguns casos realizar ele próprio a reparação do dano sofrido, em outras palavras, a vítima acaba tendo o prejuízo dobrado.

Inicialmente o presente artigo, ira discorrer a reparação do dano, segundo o artigo citado anteriormente e dos seus aspectos gerais. O conceito e intenção do legislador ao editar a norma citada, sendo realizada uma breve explicação da *Ação*

[7] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Carmen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-preso-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>, Acesso em 01/06/2018

[8] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa.** Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>, Acesso em 01/06/2018

[9] BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 01/06/2018

Civil Ex Delicto, pois em ambos os institutos, penal e cível, resta à possibilidade de reparação do dano de um ato criminoso produziu[10];

Será abordada a possível inconstitucionalidade do artigo debatido, em razão da possibilidade de o juiz decretar de ofício o valor para reparação, com isso, alguns princípios como ampla-defesa, contraditório, inércia do Poder Judiciário, em tese, estariam sendo violados, além da problemática mistura entre a pretensão acusatória e indenizatória, e por último, será realizada uma breve comparação com outros ordenamentos jurídicos de como é realizada a reparação do dano sofrido pela vítima.

2 REPARAÇÃO DO DANO: ASPECTOS DO DANO; ASPECTOS GERAIS, CONFORME O ARTIGO 387, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo na sua literalidade é claro[11], é a reparação da vítima pelo acusado, na sentença condenatória, contudo, cabe desenvolver mesmo que minimamente o conceito de sentença.

A sentença no processo penal é o ato jurisdicional, à qual se encaminha todo o processo, em outras palavras, é o ato no qual o juízo soluciona ou não o mérito da causa[12], devendo a sua composição ter três partes: iniciando com o relatório, tem um resumo dos acontecimentos no processo, incluindo, os trâmites processuais e argumentos da defesa e acusação. Logo após, se tem a motivação e fundamentação, considerando os motivos de fatos e direitos que levaram o juízo a tomar a decisão, em razão da garantia constitucional que todas as decisões devem ser fundamentadas. Logo, o juiz irá expor os motivos de fato e de direito que foram considerados na sua

[10] MAYRA JOHASHI. **Ação Civil "Ex Delicto".** Disponível em:<https://mah00.jusbrasil.com.br/artigos/150967375/acao-civil-ex-delicto>, Acesso em 01/06/2018

[11] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 01/06/2018

[12] TRISTÃO, Adalto Dias. ***Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança.*** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 27.

decisão, e por último, a conclusão, sendo a decisão propriamente dita, onde é prestada a tutela jurisdicional, concluindo a sentença[13].

Em se tratando de natureza jurídica da sentença, consiste na declaração de vontade do juiz, segundo o que acredita ser justo [14]. Portanto, a sentença pode ser definida como o ato jurisdicional, cuja finalidade de terminar com o processo, manifesta-se acerca dos fatos debatidos no processo e da participação do imputado, impondo-se neles uma pena ou absolvendo-o, exercendo ou não o *jus puniendi* atribuído ao Estado.[15]

Contudo, nesse trabalho acadêmico não terá como estudo toda e qualquer sentença, e, sim a sentença condenatória no processo penal, onde ocorre a materialização do *jus puniendi*, a pretensão punitiva do Estado se materializa, podendo ter eficácia nas medidas restritivas de Direito[16].

Em decorrência desse fato, a sentença condenatória após o trânsito em julgado provoca a chamada coisa julgada. Logo, surge inicialmente a irrecorribilidade da decisão e a sua produção exterior dos seus efeitos[17].

A coisa julgada é uma garantia do cidadão e da sociedade, que impede que o cidadão seja novamente julgado pelo mesmo fato, trazendo a segurança jurídica necessária para a convivência no Estado de Direito, impedindo possíveis inquisições do Estado[18].

Após compreender o conceito e as consequências da sentença condenatória no Processo Penal, cabe dissertar sobre a intenção do legislador ao inserir o inciso IV, no art. 387, do Código de Processo Penal. O legislador ao inserir o artigo norteador desse trabalho acadêmico teve a intenção de dar uma maior celeridade ao

[13] **CAPEZ. Fernando. Código penal comentado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.** p. 378.
[14] Ibidem.
[15] LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 883.
[16] MOSSIN0. Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri. SP: Manole. 2010, p. 881.
[17] LOPES JÚNIO, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 813.
[18] Ibidem, p. 914.

procedimento de reparação do dano sofrido pela vítima, uma vez que não iria necessitar passar por uma nova produção de provas, já que a sentença com a estipulação do valor já constitui título executivo[19].

Entretanto, essa mistura entre o processo civil e processo penal gerou vários questionamentos, pois foram permutados dois institutos totalmente distintos, enquanto o procedimento penal têm diversas garantias em razão do direito tratado, a liberdade, o procedimento civil não possui essas garantias para com o réu, pois se trata basicamente das questões patrimoniais[20], assunto esse que será melhor explicado nos próximos tópicos.

2.1 Ação Civil *Ex Delicto*

Como foi explicado no tópico anterior, a responsabilidade civil é distinta da criminal, enquanto a primeira apura a responsabilidade de um ilícito civil, a segunda apura a responsabilidade criminal, mas cada uma no âmbito jurisdicional competente[21].

Mesmo que as esferas da ilicitude civil e penal sejam distintas, ocorrem situações em que a mesma situação produz efeitos em vários campos do direito, como, um homicídio culposo ocorrido em decorrência de um acidente de transito[22], em que esse fato tem consequências na esfera civil, reparação efetivada aos familiares da vítima e na esfera criminal, a condenação pelo crime descrito no artigo 186 do Código Civil Brasileiro[23], e, além disso, na esfera administrativa, com a suspensão do direito de dirigir veículo automotor (art. 293 da Lei n. 9.503)[24].

---

[19] SILVA, LC. **Manual de processo e prática penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 163
[20] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 233.
[21] SILVA. Luiz Cláudio. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 6.
[22] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 233.
[23] BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.405**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 02/06/2018
[24] BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. **Lei nº 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9503.htm>. Acesso em 02/06/2018

Logo, apesar da separação de jurisdição, é possível um ato repercutir nas diversas esferas processuais, inclusive, independente entre si, conforme, dispõe o art. 935 do Código Civil Brasileiro[25], que a responsabilidade civil é independente da criminal, ou seja, é plenamente possível uma absolvição na esfera penal e uma condenação em outra esfera do direito brasileiro[26]. Pelo dispositivo legal, mesmo não ocorrendo à sentença condenatória e ainda que ocorra a sentença condenatória em ambos os casos, é possível o ajuizamento de uma ação cível,[27] mas somente em algumas situações que serão a seguir apresentadas.

Inicialmente, cabe a exceção efetuada pelo próprio legislador, em que no Artigo 66, do Código de Processo Penal[28], impossibilita o ajuizamento da ação cível, quando não tiver sido comprovada a inexistência material do fato.

Esse artigo tem como intuito evitar a rediscussão da existência material do fato, imagine a anomalia jurídica que poderia ocorrer, se tendo uma sentença penal reconhecer a inexistência de um fato, e ao mesmo tempo, uma sentença cível reconhecendo a existência do mesmo fato[29].

As demais causas de excludentes de ilicitudes do Estado de necessidade são a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, conforme dispõe o art. 65 do Código de Processo Penal[30], a sentença absolutória poderá fazer coisa julgada no Juízo Cível.

---

[25] BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.405**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 02/06/2018

[26] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 234.

[27] JESUS. Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 108.

[28] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 02/06/2018

[29] SILVA. Luiz Cláudio. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 6.

[30] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 02/06/2018

No caso do estado de necessidade amparado no Art. 23, inciso I, do Código Penal[31], uma vez que comprovado no Juízo Cível que a vítima não causou o estado de necessidade, é possível o ressarcimento dos danos sofridos, para si ou seus familiares[32]. Em outras palavras, o Réu tem a exclusão do ilícito penal, mas não a responsabilidade civil de indenizar. Mesmo raciocínio se faz nas demais causas de excludente, caso a vítima não tenha dado causa a situação, ela poderá ser indenizada, entretanto, caso a vítima tenha dado causa, a sentença absolutória fará coisa julgada na responsabilidade civil[33].

Como foi explicada a sentença absolutória na esfera penal não faz coisa julgada na esfera cível, nos casos em que não ocorreu o *jus puniente* estatal. Além disso, em decorrência dos princípios constitucionais que guiam o Processo Penal Brasileiro como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, dentre outros, uma prova que no procedimento penal não é suficiente para derrubar esses princípios constitucionais citados, pode ser mais do que suficiente para uma condenação na esfera cível[34].

Ou seja, em síntese, pelas garantias realizadas no direito processual penal, as garantias constitucionais e a tutela efetivada, é plenamente possível uma absolvição no procedimento penal e uma condenação na esfera cível, contudo, deve-se observar os artigos 66 e 67 do Código de Processo Penal, pois determinam o não impedimento da propositura da ação civil no despacho, determinando o arquivamento do inquérito e a decisão que extinguir a punibilidade, dentre outros.

Pelo exposto, a vítima de certa forma terá os seus direitos patrimoniais resguardados, diversas são as formas de se buscar o ressarcimento do mal sofrido pela vítima, com a inclusão do inciso IV, no art. 387, do Código de Processo Penal,

---

[31] BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 02/06/2018

[32] SILVA. Luiz Cláudio. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 160.

[33] Ibidem, p. 161.

[34] LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 238.

pois se tornou obrigatório o valor mínimo já na sentença condenatória, entretanto, é possível a pretensão de um valor maior em outra esfera do Direito Brasileiro, sendo essa inclusão uma forma de prestar maior assistência à vítima e dar maior celeridade aos procedimentos[35].

Com isso, a vítima está tendo uma maior valorização no processo penal, enquanto, muitas vezes, ocorre somente a preocupação com o autor do ilícito penal, por exemplo; nas suas formas de ressocialização. A vítima acaba sendo abandonada pelo ordenamento jurídico, contudo, o papel e a importância da vítima no Processo Penal serão tratados de forma mais ampla no tópico seguinte.

3 PRINCÍPIO VITIMOLÓGICO: A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Etimologicamente, o léxico "vitimologia" pode ser conceituado como "o estudo da vítima", já que tal palavra deriva do latim "victima", "ae" e da raiz grega "logo"[36]. Entende-se que a vítima é toda a pessoa que tem os seus interesses sacrificados, sofrendo algum dano ou atingida por algum mal[37]. Apesar desse conceito estar um pouco desatualizado, pois a vítima pode ser considerada sem ter o seu interesse diretamente prejudicado, como exemplo, as testemunhas ou seus familiares. Outro exemplo se dá quando ocorre o crime de genocídio, considerando que incalculáveis são as pessoas que se sentem amedrontadas, humilhadas e ameaçadas, podendo também ser consideradas como vítimas[38].

Levando em consideração o princípio da individualização da pena, dentre outros, não é possível levar em consideração um número tão alto de vítimas, por

[35] JESUS. Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106.
[36] EVERTON JUNIOR, Antônio Augusto Costa. **Aspectos da Vitimologia**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 jun. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37633&seo=1> Acesso em 02/06/2018.
[37] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.1495.
[38] SILVA, João Felipe. **Vitimologia e direitos humanos**. Argumenta Journal Law - PR, n. 18, p. 223-250, set. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/10-18>. Acesso em: 01 set. 2018.

isso, o sistema brasileiro adotou a forma imediata do titular do interesse atingido pelo crime[39].

A vitimologia tem como um dos objetivos, o estudo das diversas causas que envolvem os crimes, suas causas e consequências, buscando-se a compreensão do comportamento da vítima, a relação existente com o criminoso, e assim, procura-se entender o impacto do crime na sua vida e na sociedade como um todo[40].

Nesse contexto, antes do surgimento do Direito Penal como é conhecido atualmente, mais precisamente do Código de Hamurabi, a vítima se encontra no centro do sistema punitivo, fundada na vingança privada, o criminoso passava por castigos corporais, incluindo a morte, em outras palavras, era necessário experimentar a mesma dor e sofrimento que veio causar na vítima, inclusive determinadas leis eram aplicadas para buscar uma indenização em favor da vítima[41].

Com a concepção humanitária da pena, fundada no princípio da proporcionalidade, o processo penal, se faz necessário para aplicação de sanções penais pelo estado[42], não se confundindo com a vingança privativa, assim deve-se observar uma série de regras que compõe o devido processo penal, controlando o poder praticado pelo Estado, distinguindo a pena da vingança, tornando assim a vítima mero dado estatístico e subtraída de sua condição de pessoa lesada.

Após o período da Segunda Guerra Mundial, tempos em que o mundo testemunhou o horror provocado pela ideologia nazista, a vítima se tornou novamente o centro das atenções criando-se o termo “Vitimologia”, reafirmando a importância para os estudos do Direito Penal e da Criminologia a compreensão da

[39] Ibidem
[40] Ibidem
[41] SILVA, João Felipe. **Vitimologia e direitos humanos**. Argumenta Journal Law - PR, n. 18, p. 223-250, set. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/10-18>. Acesso em: 01 set. 2018.Ibidem
[42] Ibidem

vítima, estudando os seus traços psicológicos, econômicos, traçando um perfil da vítimas e dos seus diversos graus de vitimização[43].

Então, Louis B. Mendelshon, com essa nova concepção da vítima como sujeito passivo na eclosão do delito, pesquisou e realizou a classificação da vítima em três grupos: vítima inocente, sendo considerada a de menor importância no delito, aquela que não contribuiu em nada na realização do crime. Em seguida, vítima imprudente; caracterizada pela participação do delito, e por último, a vítima agressora; que deve ser considerada como coautora do resultado requerido pelo agente[44].

Pelos elementos expostos pode se concluir que ao longo do tempo, a vítima desenvolveu maior importância na compreensão do crime como um todo. Alguns pontos serão destacados e explicados para demonstrar a vítima no processo penal brasileiro.

Uma forma de resguardar o interesse da vítima foi à criação do Programa Nacional de Proteção à Vítima positivada no ordenamento pátrio, por meio da Lei nº 9.807/99[45]. Tendo como objetivo o estabelecimento de definições e regras acerca da proteção, assistência e reinserção social das vítimas e testemunhas que se encontrem em estado de perigo e contribuindo com o Estado na investigação ou do procedimento penal[46]. Utilizando do aparelhamento estatal para garantir a segurança na residência da vítima, escolta e segurança nos deslocamentos.

Em seguida, se tem a composição civil dos danos ou a transações penais previstas na Lei dos Juizados Especais Criminais (Lei nº. 9.099/95)[47]. Sendo constituído de um acordo entre a vítima e o acusando, com a aceitação da vítima

[43] Ibidem
[44] Ibidem.
[45] BRASIL, Proteção a vítimas e testemunhas. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9807.htm>. Acesso em 03/06/2018.
[46] SILVA, João Felipe da. Argumenta: **Revista Jurídica**, 2013. 225. p. 22
[47] BRASIL. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm, Acesso em 03/06/2018

renuncia-se o Direito de representação, findando o procedimento penal, podendo ser considerado mais uma forma de beneficiar a vítima.[48]

Estabelece o art. 268 do Código de Processo Penal que poderá intervir como assistente ao ofendido ou representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31, quais sejam: cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

A vítima ou seus familiares podem intervir no procedimento penal, como foi visto anteriormente, o precursor da ação penal, via de regra, é o Estado representado pelo Ministério Público, entretanto, poderá o ofendido ingressar da ação penal como assistente de acusação, auxiliando na sua pretensão acusatória e fiscalizando a atuação do Poder Público,[49] positivada no art. 268, do Código de Processo Penal[50].

Para a maioria dos doutrinadores e da jurisprudência[51], esse artigo é compatível com a Constituição Federal de 1988[52]. Para Aury Lopes Junior, esse instituto contamina o procedimento penal em busca da vingança pessoal e econômica, uma corrente doutrinária compreende não ser possível a fixação no valor mínimo na sentença condenatória sem o pedido expresso da parte requerente, e não ser possível esse pedido ser realizado pelo Ministério Público, devendo o assistente de acusação realizar tal feito[53], contudo, esse assunto será melhor explorado nos tópicos seguintes.

---

[48] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p 779.
[49] Ibidem, p. 564.
[50] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 03/06/2018
[51] BRASIL. STJ. **HC 9396/SP**. 5a Turma. Impetrantes: Martin Lopez Martinez e outros. Impetrada: Décima Terceira Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator, Ministro Gilson Dipp. Julgado em 30-6-1999, DJe de 16-8-1999< https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900408209&dt_publicacao=16/08/1999> Acesso em 07/06/2018
[52] ORTEGA, Flávia Teixeira. **Assistente de acusação - breve resumo e atual entendimento jurisprudencial.** Disponível em: https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/308502738/assistente-de-acusacao-breve-resumo-e-atual-entendimento-jurisprudencial> Acesso em 03/06/2018.
[53] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 566.

4 OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA ESTIPULAÇÃO DO VALOR: POSSÍVEL MISTURA DA PRETENSÃO PUNITIVA COM A PRETENSÃO INDENIZATÓRIA

O Direito Penal Brasileiro é regido por diversos direitos fundamentais, que garantem a segurança do indivíduo perante o Estado, caso não existissem os princípios constitucionais que delimitam o Poder Estatal, o Direito penal poderia ser utilizado com objeto de fins políticos, censura e demais inquisições[54].

Diversos são os princípios norteadores do Procedimento Penal, contudo, pelo objeto de pesquisa desse trabalho acadêmico, se faz necessária a citação dos princípios que poderiam ser afetados na aplicação literal do art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal[55].

Princípio da correlação ou da relatividade, sendo considerado o princípio pelo qual o juiz, somente, pode julgar dentro do pedido formulado pela acusação, sendo-lhe vedado julgar *extra petita*.[56]

Princípio da ampla defesa, princípio fundamental inserido no art. 5, inciso LV, da Constituição Federal[57], esse princípio tem como fundamento a utilização de todos os meios possíveis no direito brasileiro do réu se defender perante a acusação.[58]

Princípio do contraditório, inserido no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal[59], assegura ao réu o direito de contraditar os fatos criminosos que lhe foram

---

[54] JUNQUEIRA. Gustavo. **Manual de direito penal:** parte geral / Patrícia Vanzolini. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

[55] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 05/06/2018

[56] http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=261, Acesso em 05/06/2018

[57] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08/06/2018

[58] SILVA. Luiz Cláudio. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 161.

[59] BRASIL. **Constituição da República Federativa do** *Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08/06/2018

atribuídos, utilizando-se de todos os meios de provas admissíveis em direito, inclusive, utilizando de provas ilícitas[60], caso essa seja a única forma de inocentar o réu[61].

Pelos princípios elencados, se cria a problematização da possível inconstitucionalidade do artigo em referência, além da mistura entre os institutos de natureza punitiva e patrimonial. Levando em consideração que deverá o juiz na sentença condenatória estipular o valor mínimo, sem o pedido expresso do Ministério Público ou assistente de acusação, esse valor necessita passar pelo crivo do contraditório e ampla defesa. Na decretação de ofício como determina a literalidade do inciso, estariam sendo violados todos esses princípios constitucionais elencados.

Diversos são os doutrinadores que criticam o artigo 387, inciso IV implantado no Código de Processo Penal, considerando a mistura das pretensões de natureza acusatória e indenizatória.

Aury Lopes Junior afirma que a inserção desse instituto no Código de Processo Penal é uma verdadeira afronta aos princípios constitucionais que guiam a pretensão acusatória do Estado, não deveria o legislador misturar a pretensão de punir com a pretensão indenizatória, podendo, inclusive, ocorrer "condenações de fato disfarçadas de absolvição de fato", como por exemplo; o réu é condenado à insignificante pena de multa, quando na realidade o que se pretende é uma indenização na esfera cível, desvirtuando o procedimento penal e ocorrendo uma privatização do processo penal[62].

E para o mesmo autor, não poderá de hipótese nenhuma o juiz declarar de ofício a reparação mínima, sem o pedido expresso na peça acusatória, sob pena de infringir o princípio da congruência, e assim, a sentença se tornar nula e ser

[60] ORTEGA, Flávia Teixeira. É possível utilizar prova ilícita no processo para beneficiar o acusado? Disponível em:< https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/361395321/e-possivel-utilizar-prova-ilicita-no-processo-para-beneficiar-o-acusado> Acesso em 05/06/2018.
[61] LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.
[62] LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.

considerada *extra petita*, além de que o valor deve ter a ocorrência do contraditório e da ampla defesa[63].

Damásio de Jesus corrobora a tese auferida no parágrafo anterior, em que entende a possibilidade da fixação do valor mínimo de indenização seja precedido de pedido expresso do autor, na denúncia, ou da queixa-crime[64]. Entretanto, essa posição não é definitiva, a quem defenda que a regra é bastante clara ao determinar que o juiz, independentemente de qualquer provocação, ou seja, *ex officio*, deverá fixar a parcela mínima de reparação sempre que possível. O texto da lei é fulgente ao determina que o juiz fixará, portanto, com ou sem pedido na peça acusatória. Sobre esse respeito, argumenta que a defesa não será surpreendida com tal fixação, levando em consideração que a condenação imposta pelo juiz criminal, implica em reconhecimento jurídico do dever de indenizar, de acordo com a literalidade da lei[65].

Afirma, ainda, a não ocorrência da chamada privatização do procedimento penal, uma vez que a fixação da reparação em sede de condenação criminal não resolve de maneira definitiva o dever reparatório, considerando a letra da lei em que determina uma valor mínimo.[66]

Existe da mesma forma, quem defenda a unificação dos institutos, levando em consideração, o tempo útil do processo, em que deve-se buscar a celeridade, pois a sua não utilização provoca uma demora infindável na solução do conflito, beneficiando o mau pagador, contudo, o pedido de reparação deve ser requerido pela parte oposta, se submetendo ao contraditório e ampla defesa[67].

Portanto, pelo exposto; três são os sistemas processuais quanto à responsabilidade Civil e Penal, sendo eles: sistema de confusão, possibilitando em

[63] Ibidem. p. 235.
[64] JESUS. Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 343.
[65] MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 955.
[66] Ibidem.
[67] SILVA, Marco Antônio Marques. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 595

que as duas pretensões (civil e penal) sejam deduzidas num mesmo pedido e na mesma ação. O sistema de livre escolha permite que a parte possa ingressar com ação no juizado cível ou no juizado penal, e por último; o sistema de separação, em que a ação pode ser proposta, tanto no juizado cível quanto no penal[68].

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tem precedentes da impossibilidade de aplicação do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal nos casos em que o juízo esteja impossibilitado de auferir o valor, em razão da insuficiência probatória acerca do prejuízo efetivamente causado[69]. Nos casos considerados mais complexos, em quem a análise de eventual prejuízo demandar uma dilação probatória específica, que necessariamente deve ser realizada no juizado cível, como decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal nº 470/MG, mais conhecida como mensalão, em que a Corte negou o pedido formulado pelo Ministério Público para arbitramento da quantia mínima a título de reparação[70].

O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando, conforme o entendimento de Aury Lopes Junior, em que se faz necessário o pedido de ressarcimento de forma expressa pelo Ministério Público ou pelo querelante. Para assim, obedecer aos princípios que norteiam o Processo Penal[71].

---

[68] BRASIL. STJ. **REsp 1645902/DF**. 6ª Turma Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Joaquim Gomes da Costa. Relatora, Ministra: Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600647656&dt_publicacao=24/08/2016> Acesso em 07/06/2018.

[69] BRASIL. STJ. AgRg no **REsp 1645902/DF**. 6ª Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Rosivaldo Fernandes de Jesus. Relatora, Ministra: Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603364503&dt_publicacao=25/05/2017> Acesso em 07/06/2018

[70] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AP 470: baixe a íntegra do acórdão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>, Acesso em 05/06/2018

[71] BRASIL. STJ. **RMS 56.074/MS**. 5ª Turma. Recorrente: A.C.L. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 10/04/2018. DJe 18/04/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703217600&dt_publicacao=18/04/2018>. Acesso em 08/06/2018

Além disso, na reparação na sentença condenatória ocorre a possibilidade de se incluir danos morais, nos crimes em que se tem violência contra a mulher, o Tribunal em questão levou em consideração a valorização da vítima no processo penal[72], e a inevitável agressão à dignidade humana, isto é, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo do simples dissabor, interfira no comportamento psicológico do ser humano[73].

Ou seja, o juiz, ao fixar o dano moral na sentença condenatória, terá que ter, no processo elementos probatórios dessa situação, para assim, evitar que novamente a vítima passe pelo constrangimento da ação probatória, sendo o dano moral presumido dos casos de violência doméstica sofridos pela mulher, mas pelos princípios republicanos, é necessária a aplicação do contraditório, ampla defesa e pedido expresso.

Outra discussão acerca desse instituto seria a possibilidade de o Ministério Público requerer o pedido indenizatório, considerando se tratar de um pedido patrimonial, possivelmente desvirtuando a função inicial do Ministério Público, contudo, esse assunto será discutido no tópico seguinte.

4.1 A legitimidade ativa para realizar o pedido da indenização: Ministério Público ou assistente de acusação

A Constituição Federal de 1988 atribui ao Ministério Público a função de instituição permanente, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sócias e individuais indisponíveis.

Pelas atribuições elencadas e pela função institucional, o Ministério Público se coloca como uma instituição independente dos demais poderes, devendo se

[72] BRASIL. STJ. **REsp 1675874/MS**. Terceira SEÇÃO. Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: A.L.S. DOS S. Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018)< http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1675874> Acesso em 08/06/2018.

[73] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 6. Ed. 2ª Triagem. São Paulo; Malheiros, 2016, p. 45.

submeter apenas à Constituição Federal, em razão de possuir atribuições de fiscal da lei, garantidor do ordenamento jurídico, bem como defensor do Estado democrático de direito[74].

A independência em relação aos demais poderes se faz como um pressuposto necessário para exercício do papel fiscalizatório no qual foi atribuído[75], contudo, da mesma forma se faz necessário importantes vedações aos promotores e procuradores, nas quais se destacam; a proibição de receber, a qualquer título, honorários, porcentagens e custas processuais; de exercer a advocacia; de participar de sociedade comercial; de exercer outra atividade pública, salvo magistério, de exercer atividades político-partidárias, bem como de receber auxílios ou contribuições de pessoas jurídicas[76].

Em outras palavras, significa dizer que o membro do Ministério Público deve se dedicar exclusivamente ao desempenho das duas funções institucionais, proibindo a prática da advocacia e não possuindo legitimidade para a defesa dos direito individuais disponíveis[77].

Em razão do ressarcimento a vítima na sentença condenatória se tratar de um direito patrimonial e disponível, a uma parte da doutrina defende a impossibilidade do parquet para postular em nome de particular lesado o interesse patrimonial[78], argumentando que ninguém, poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo

[74] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[75] MARQUES, Igor Souza. **Considerações sobre a (i) legitimidade do Ministério Público para requerer a fixação do valor mínimo indenizatório em favor da vítima na sentença penal condenatória**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 set. 2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56825&seo=1>. Acesso em: 27 ago. 2018.

[76] BRASIL, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. **Lei nº 8.625**, de 12 de fevereiro de1993., dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em 01/08/2018.

[77] MARQUES, Igor Souza. **Considerações sobre a (i) legitimidade do Ministério Público para requerer a fixação do valor mínimo indenizatório em favor da vítima na sentença penal condenatória.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 set. 2016.
Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56825&seo=1>. Acesso em: 28 ago. 2018

[78] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 600/602

nos casos previstos na legislação, levando ainda em consideração, que a reparação de dano é direito individual disponível[79].

Contudo, essa posição doutrinária não está sendo acompanhada pela jurisprudência[80], pois considera a intenção do legislador em facilitar a indenização do dano causado à vítima[81], abrindo a possibilidade para que já na própria esfera criminal tenha reparado o seu prejuízo diante do ilícito contra si cometido, ou seja, a finalidade da norma processual indica, por si só, a legitimidade do Ministério Público para o pleito indenizatório no juízo criminal[82], tendo em vista, a celeridade almejada pelo legislador.

Portanto, pelo exposto, apesar da ocorrência da divergência entre jurisprudência e doutrina, o Ministério Público possui legitimidade para pleitear um direito patrimonial e disponível, em razão da celeridade processual proposta pelo legislador.

5 A REPARAÇÃO DO DANO SOFRIDO PELA VÍTIMA EM OUTROS PAÍSES

A Organização das Nações Unidas (ONU) com a adoção da Resolução nº 40/34, na qual tratou sobre a declaração dos princípios básicos da justiça às vítimas da criminalidade e do abuso de poder, se tornou uma orientação aos países

[79] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues**. Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. E atual. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 339/340.

[80] BRASIL. TJDFT. **Acórdão n.1118396, APR20121310018846**. Terceira Turma Criminal. Apelante (s): Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Wilterlan da Silva Pereira. Relator, Desembargador Demetrius Gomes Cavalcanti. Julgado em: 16/08/2018. Publicado no DJE: 23/08/2018. Pág.: 324/327.

[81] BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 1686224/MS**. 6ª Turma. Agravante: Pedro Morais. Agravado: Maria Aparecida Gamarral. Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 03/04/2018, DJe 9/04/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76631180&num_registro=201701790294&data=20180409&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 02/09/2018

[82] BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 720.055/RJ**. 6ª Turma. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Pablo Felipe Barbosa Silva. Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 03/04/2018, DJe 9/04/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501311836&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>. Acesso em 02/09/2018

signatários, no sentido das medidas a serem adotadas para efetiva reparação das vítimas e os seus familiares, dentre elas está a assunção pelo Estado na reparação financeira, quando o condenado não possuir recursos para sua realização[83], diante dessa resolução, diversos países criaram fundos públicos para quando o réu não possuir condições de arcar com o prejuízo econômica sofrido pela vítima, o Estado arcará. Assumindo a solidariedade com fundamento para a adoção de políticas públicas realizando a efetiva reparação das vítimas.[84]

A Holanda, por exemplo; adotou um mecanismo denominado *Schadefonds Geweldmisdrijven*[85], sendo o fundo financiado pelo Ministério da Justiça holandesa. A política pública em questão serve para atender vítimas de crimes violentos, na sua modalidade dolosa, sendo necessárias provas objetivas acerca do crime tratado e da comprovação da lesão praticada ter sido mentalmente ou fisicamente grave, se provando esse fato, por meio de laudo médico.[86]

No sistema jurídico português, os bens perdidos no processo são vendidos e o valor da sua venda é utilizado para formar um conjunto de recursos para satisfação da vítima, mas garante ao Estado a sub-rogação do direito lesado até o limite em que lhe propiciou a satisfação do dano[87]. Na Espanha também existe a previsão

[83] A Resolução nº40/34, de 29 de novembro de 1985, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu item 12 dispõe que: Quando não seja possível obter do delinquente ou de outras fontes uma indenização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indenização financeira: a) Às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como consequência de atos criminosos graves; b) À família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como consequência da vitimização. ONU. **Resolução nº40/34**, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/DireitosHumanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneirose-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justicarelativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

[84] MARTIN, Isabel Ceballos. *Legislación sobre víctimas de delitos*. Madrid: Tecnos, 2000.

[85] ***CRIMINAL Injuries Compensation***. Disponível em: < https://schadefonds.nl/english>. Acesso em: 29 de agosto 2018.

[86] SILVA, Cristiano Correia e. **A ineficácia do art. 387, IV, do Código de Processo Penal no âmbito dos tribunais do júri do Distrito Federal e a indenização das vítimas e seus familiares**. 2015. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015, p. 165.

[87] Ibidem, p. 166.

legislativa para a reparação de vítimas por parte do Estado, mas somente para a vítimas de terrorismo[88].

A França possui em sua legislação a reparação financeira do dano sofrido pela vítima ou familiares, nos crimes dolosos, que tenham como consequências morte, lesão grave ou perda parcial da sua capacidade laborativa[89], sendo o *quantum* indenizatório utilizado não possui critérios objetivos, portanto, se leva em consideração, a gravidade da lesão, além da condição pessoal da vítima antes e depois do delito[90].

Nos países citados, a reparação da vítima é considerada uma política pública, e quando o acusado não possuir recursos para o ressarcimento, o Estado realiza, diferentemente do Brasil.

6 CONCLUSÃO

O instituto que repara o dano sofrido pela vítima no âmbito da sentença condenatória causou uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial, em razão da possibilidade de se ter misturado duas pretensões totalmente distintas, a pretensão penal com a pretensão indenizatória. Dadas as garantias constitucionais que guiam o *jus puniendi* estatal, para muitos, ocorreu a privatização do procedimento penal.

E para os autores que discordam desse instituto, argumenta-se a possibilidade da reparação no processo civil, portanto, não poderia ter o legislador ter misturado os institutos em busca da celeridade processual, desvirtualizando o procedimento penal. Além do mais, esse inciso é passível de inconstitucionalidade, pois, pela sua literalidade em determinar que o juiz aplique de ofício a reparação econômica do

[88] ESPANHA. **Real Decreto nº 1.211**, de 18 de julho de 1997. MARTIN, Isabel Ceballos. *Legislación sobre víctimas de delitos*. Madrid: Tecnos, 2000.

[89] SILVA, Cristiano Correia e. **A ineficácia do art. 387, IV, do Código de Processo Penal no âmbito dos tribunais do júri do Distrito Federal e a indenização das vítimas e seus familiares**. 2015. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Página 167

[90] ROLIM, Waldir. De como ressarcir os danos causados às vítimas de infrações penais. **Revista Jurídica LEMI**. Belo Horizonte. n. 157. p. 42. dez. 1980.

mal sofrido, muitos princípios que regem o Direito Penal seriam violados, e superados. Essa questão criou a problemática da legitimidade para realizar o pedido, uma vez que não é da competência de o Ministério Público pleitear direito individual e disponível.

Apesar das divergências suscitadas, e por melhor que sejam os argumentos utilizados por quem é desfavorável, a utilização do inciso norteador desse trabalho acadêmico, se faz necessário a reparação da vítima já na sentença condenatória, e para não desvirtuar o procedimento penal ou violar a Constituição, a jurisprudência tem mitigado a literalidade do inciso.

Inicialmente, não se misturou os institutos distintos, pois pela literalidade da lei, só se determina o valor mínimo para reparação, e caso esse valor não seja suficiente, poderá a vítima requerer uma indenização maior na esfera cível, somente se aproveita toda instrução probatória no procedimento penal para fixar um valor mínimo.

No tocante a constitucionalidade, o juiz não poderá decretar de ofício a reparação, pois nesse caso diversos princípios constitucionais seriam violados, por isso, se faz necessário o pedido expresso para que assim, ocorra a ampla defesa, contraditório e a sentença não seja *extra petita*, sendo o Ministério Público parte legitima para o caso, em razão da intenção do legislador, de justamente prestar uma maior assistência a vítima.

A reparação a vítima no procedimento penal é um avanço na política criminal, e já utilizada em diversos países, que por muito tempo não foi utilizada no Brasil, apesar das divergências, se encontrou um meio termo para a utilização desse artigo, em que se equilibra, as garantias e direitos constitucionais do réu, com a valorização da vítima na política criminal.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Eduardo. **Brasil é o terceiro país com mais presos no mundo, diz levantamento.** Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-o-terceiro-

pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-levantamento-22166270, Acesso em 01/06/2018.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.405**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 02/06/2018

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689,** de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 01/06/2018.

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. **Lei nº 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9503.htm>. Acesso em 02/06/2018.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Carmen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-preso-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>, Acesso em 01/06/2018

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>, Acesso em 01/06/2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08/06/2018.

BRASIL, **Lei nº 11.690/2008**, de 9 de junho de 2008. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-publicacaooriginal-99461-pl.html> Acesso em 01/06/2018.

BRASIL, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. **Lei nº 8.625**, de 12 de fevereiro de1993., dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em 01/08/2018.

BRASIL. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm, Acesso em 03/06/2018

BRASIL. Proteção a vítimas e testemunhas. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9807.htm>. Acesso em 03/06/2018.

BRASIL. STJ. AgRg no **REsp 1645902/DF**. 6ª Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Rosivaldo Fernandes de Jesus. Relatora, Ministra: Maria Thereza de Assis Moura, julgado

BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 720.055/RJ**. 6ª Turma. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Pablo Felipe Barbosa Silva. Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 03/04/2018, DJe 9/04/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501311836&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>. Acesso em 02/09/2018

BRASIL. STJ. **HC 9396/SP**. 5a Turma. Impetrantes: Martin Lopez Martinez e outros. Impetrada: Décima Terceira Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator, Ministro Gilson Dipp. Julgado em 30-6-1999, DJe de 16-8-1999< https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900408209&dt_publicacao=16/08/1999> Acesso em 07/06/2018

BRASIL. STJ. AgRg no **REsp 1645902/DF**. 6ª Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Rosivaldo Fernandes de Jesus. Relatora, Ministra: Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603364503&dt_publicacao=25/05/2017> Acesso em 07/06/2018

BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 1686224/MS**. 6ª Turma. Agravante: Pedro Morais. Agravado: Maria Aparecida Gamarral. Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 03/04/2018, DJe 9/04/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76631180&num_registro=201701790294&data=20180409&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 02/09/2018

BRASIL. STJ. **REsp 1645902/DF**. 6ª Turma Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Joaquim Gomes da Costa. Relatora, Ministra: Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600647656&dt_publicacao=24/08/2016> Acesso em 07/06/2018.

BRASIL. STJ. **REsp 1675874/MS**. Terceira SEÇÃO. Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: A.L.S. DOS S. Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018)< http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1675874> Acesso em 08/06/2018.

BRASIL. STJ. **RMS 56.074/MS**. 5ª Turma. Recorrente: A.C.L. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 10/04/2018. DJe 18/04/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703217600&dt_publicacao=18/04/2018>. Acesso em 08/06/2018

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AP 470: baixe a íntegra do acórdão.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>, Acesso em 05/06/2018.

BRASIL. TJDFT. **Acórdão n.1118396, APR20121310018846**. Terceira Turma Criminal. Apelante (s): Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Wilterlan da Silva Pereira. Relator, Desembargador Demetrius Gomes Cavalcanti. Julgado em: 16/08/2018. Publicado no DJE: 23/08/2018. Pág.: 324/327.

CÃMARA DOS DEPUTADOS, Emenda/Substitutivo do Senado **EMS 4207/2001 => PL 4207/2001**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382653>, Acesso em 01/06/2018

CÃMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei 4203/2001. A**ltera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=265533>, Acesso em 01/06/2018.

CAPEZ. Fernando. **Código penal comentado.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 6. Ed. 2ª Triagem. São Paulo; Malheiros, 2016.

CRIMINAL Injuries Compensation. Disponível em: < https://schadefonds.nl/english>. Acesso em: 29 de agosto 2018.

ESPANHA. **Real Decreto nº 1.211**, de 18 de julho de 1997. MARTIN, Isabel Ceballos. *Legislación sobre víctimas de delitos*. Madrid: Tecnos, 2000.

EVERTON JUNIOR, Antônio Augusto Costa. **Aspectos da Vitimologia**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 jun. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37633&seo=1> Acesso em 02/06/2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

INFOPEN. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 01/06/2018.

JUNQUEIRA. Gustavo. **Manual de direito penal:** parte geral / Patrícia Vanzolini. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Igor Souza. **Considerações sobre a (i) legitimidade do Ministério Público para requerer a fixação do valor mínimo indenizatório em favor da vítima na sentença penal condenatória**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 set. 2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56825&seo=1>. Acesso em: 27 ago. 2018.

MARTIN, Isabel Ceballos. ***Legislación sobre víctimas de delitos***. Madrid: Tecnos, 2000.

MAYRA JOHASHI. **Ação Civil "Ex Delicto".** Disponível em: <https://mah00.jusbrasil.com.br/artigos/150967375/acao-civil-ex-delicto> Acesso em 01/06/2018.

MOSSIN0. Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri. SP: Manole. 2010.

ONU. **Resolução nº40/34**, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/DireitosHumanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneirose-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Assistente de acusação - breve resumo e atual entendimento jurisprudencial.** Disponível em: https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/308502738/assistente-de-acusacao-breve-resumo-e-atual-entendimento-jurisprudencial> Acesso em 03/06/2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **É possível utilizar prova ilícita no processo para beneficiar o acusado?** Disponível em: < https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/361395321/e-possivel-utilizar-prova-ilicita-no-processo-para-beneficiar-o-acusado> Acesso em 05/06/2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24 ed. - São Paulo: Atlas, 2016.

ROLIM, Waldir. De como ressarcir os danos causados às vítimas de infrações penais. **Revista Jurídica LEMI**. Belo Horizonte. n. 157. p. 42. dez. 1980.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues**. Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. E atual. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

SILVA, Cristiano Correia e. **A ineficácia do art. 387, IV, do Código de Processo Penal no âmbito dos tribunais do júri do Distrito Federal e a indenização das vítimas e seus familiares**. 2015. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, João Felipe da. Argumenta: **Revista Jurídica**, 2013.

SILVA, João Felipe. **Vitimologia e direitos humanos**. Argumenta Journal Law - PR, n. 18, p. 223-250, set. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/10-18>. Acesso em: 01 set. 2018.

SILVA. Luiz Cláudio. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Marco Antônio Marques. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal*: prática de aplicação de pena e medida de segurança.*** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Ciências Criminais

ESTUDO DA LEGALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Plínio Marcos de Abreu Rodrigues

RESUMO

O presente trabalho busca discutir a legalidade do instituto de condução coercitiva no procedimento penal. Criado em 1942, este instrumento teve um importante papel a sua época; porém, com o passar dos anos e a consequente modernização dos códigos processuais, este instituto se tornou incompatível com o procedimento atual. Esquecido dentre diversos artigos reformados, voltou a fazer parte dos noticiários e a levantar dúvidas quanto a sua aplicabilidade no meio do mundo jurídico, após as investigações da operação lava-jato; foi, depois deste episódio, alvo de duas Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental no STF, questionando a sua conformidade.

Palavras-chave: Operação lava jato. Condução coercitiva. Legalidade. ADPF. STF.

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia visa estudar a aplicabilidade e consequente legalidade de um instituto que tem sido bastante utilizado pelos órgãos auxiliares à justiça – tais como as policias e o ministério público –, durante as fases inquisitoriais e processuais, com vistas a obtenção de provas, por meio da repressão do investigado.

Estudar a aplicabilidade de uma norma exige, sobre o assunto, a visualização a partir de um espectro macro, até o aspecto micro, em seus detalhes. A condução coercitiva – objeto de estudo desta monografia – precisou ser avaliada desde a sua concepção, considerando os motivos para a sua criação à época, até a sua possibilidade de manutenção nos dias atuais.

Para tanto foi explorado no capítulo inicial os diversos tipos de prisões existentes na legislação atual, tais como: prisão temporária, em flagrante, preventiva, especial e civil. Esse paralelo serviu para demonstrar que a condução coercitiva, por mais banal que possa parecer, carrega características sutis das prisões processuais, podendo ser considerada, neste sentido, por alguns autores, um tipo de prisão, pois estabelece uma situação de privação de liberdade – mesmo que temporária – do conduzido.

Entender que a prisão no Brasil é considerada a *ultima ratio* estatal, ou seja, a forma mais grave de punição legal existente, nos faz refletir da necessidade de tamanha agressividade em meio a fase de um inquérito policial ou de um processo que ainda não julgou o réu em caráter definitivo.

No capítulo seguinte foi explanado as diversas situações pela qual as partes precisam necessariamente comparecer em juízo, sob pena de prejuízo processual. No entanto, nota-se nestas situações, que mesmo o dano mais grave – ocasionado pela ausência da parte –, ainda pode ser convalidado por instrumentos processuais que garantem o prosseguimento da demanda. Portanto não se faz necessário utilizar-se da força do estado para trazer a juízo partes que decidiram – em parte exercendo até mesmo o direito a legitima defesa – não comparecer.

Assim foi construída a argumentação que dará base ao capítulo final da monografia, onde se discutiu a necessidade e adequação do referido instituto. Nesta parte se demonstrou as possibilidades de defesa do réu no âmbito do procedimento penal, além da amplitude de tal direito, encerrando a argumentação no processo arguido no STF neste ano, que julgou exatamente esta demanda, indo de encontro ao objetivo desta monografia – discutir a legalidade/aplicabilidade da condução coercitiva no procedimento penal atual.

2 MEDIDAS CAUTELARES E AS PRISÕES PROCESSUAIS

Quaisquer medidas de antecipação de tutela no decurso do processo, por meio de restrições de qualquer natureza aplicadas ao réu, são classificadas como medidas

cautelares ou prisões processuais. Essas medidas visam, em caráter geral, evitar que ocorra um acontecimento futuro que prejudique a ação penal ou adiantar uma decisão observada pelo julgador como direito líquido e certo do autor.

O Código de Processo Penal, no Art. 282, define as condições para que se observe a aplicação das referidas medidas, a saber:

> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 1° As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 2° As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 3° Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 4° No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 5° O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 6° A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

> I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 1° As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 2° As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 3° Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 4° No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 5° O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 6° A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Diante disso, vale notar o binômio "necessidade - adequação" existente neste trecho, vez que, o julgador não pode se utilizar de tais medidas, a fim de aplicar a pena no caso concreto; o referido dispositivo deve ser utilizado apenas se comprovada a sua real necessidade, observando às circunstâncias do fato e as condições pessoais do autor[1].

[1] BRITO, Alexis Couto de. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 232-234.

A restrição de liberdade do indivíduo é, no procedimento processual, a *ultima ratio* estatal; dessa maneira, a aplicação de tal medida deve ser observada com muito afinco pelo juiz, de forma a existir uma "gradação punitiva", e, caso condenado, ainda exista alguma coerção a ser aplicada.

Obviamente, as medidas cautelares e prisões processuais, não tem caráter punitivo, e, como verificado anteriormente, visam apenas garantir algum direito líquido e certo e/ou evitar um prejuízo maior futuro às partes no processo. Nesse escopo vale considerar o instituto da condução coercitiva – que será o objeto de estudo deste trabalho.

O interrogatório é uma das principais fases da persecução processual, e consiste na oitiva de testemunhas e partes processuais, a fim de esclarecer, por meio das declarações, questões controvertidas. É neste momento que se tem aplicado o instituto da condução, como meio de obrigar os envolvidos no processo a participar dos interrogatórios. No entanto, tal situação cria um limiar na privação da liberdade do indivíduo, que, mesmo podendo ficar em silencio em sua inquirição, se faz obrigado – podendo inclusive haver uso da força estatal – a ir a presença do juízo para prestar declarações.

2.1 Poder geral de cautela

O poder geral de cautela consiste na possibilidade do juiz, titular deste direito, agir conforme seu livre convencimento, atuando de maneira cautelar – mesmo que sem requerimento das partes envolvidas no processo –, além dos limites legais, visando a proteção de possíveis perigos que o réu porventura pudesse estar exposto, conforme descrito no Art. 5°, XXXV, a saber, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"[2].

[2] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. II**. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 736.

Dessa forma, deve agir o julgador, utilizando-se dos meios necessários para garantir os direitos constitucionais, prestando uma tutela efetiva, mesmo que *de ofício*, no decorrer do processo, a fim de colher seu resultado útil.

A admissão, pelo Código Penal, de medidas cautelares no processo penal taxativamente, não pode, contudo, ser confundida com o poder geral de cautela. Tal poder surge originalmente no procedimento cível, e alguns juristas admitem o seu uso no procedimento penal, vez que, por meio deste instrumento, acreditam em a possibilidade do juiz superar as limitações legais frente ao processo.

No entanto, abrir margem a isso, afasta o direito penal do princípio da legalidade; vez que o processo penal visa proteger o interesse público, questão que nem sempre se leva em conta no procedimento civil, onde as partes, geralmente, defendem interesses particulares.

Nesse contexto, Eugênio Pacelli afirma que[3]:

> [...] a admissão de cautelares não previstas em lei pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade, ficando em mãos do magistrado de primeiro grau a escolha de providencias cujo controle de pertinência e de adequação [...] seria muito mais difícil, na medida em que sustentamos o não cabimento de habeas corpus contra o deferimento de medida cautelar.

Portanto, o poder geral de cautela, em regra, deve ser evitado na persecução penal, devendo ser avaliado pelo magistrado, as condições em que se estabelecerão, de maneira a não causar um evento gravoso e irreversível ao processo. Neste sentido, a condução coercitiva não pode se caracterizar como uma medida cautelar, tampouco como um poder geral exercido pelo juiz, além dos limites constitucionais; ademais, vejamos os tipos de restrição de liberdade processuais aceitos pelo ordenamento.

2.2 Aspectos gerais do ato prisional

[3] PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 525.

O ordenamento jurídico brasileiro trata da restrição de liberdade com muito cuidado, tendo em vista que o ato prisional é a *ultima ratio* possível de ser aplicada no rol punitivo. Neste sentido, para os crimes considerados mais graves, a maior punição que pode ser aplicada é a pena de 30 (trinta) anos de prisão[4].

Na realização da prisão, são estabelecidas diversas garantias à pessoa, a fim de garantir os direitos do cidadão, com as mais necessárias cautelas, devendo, inclusive, serem informadas a este, conforme prescrito no Art. 5°, LXIII, CF.

Neste contexto, incluem-se, o direito ao preso permanecer em silêncio, o direito a comunicação a família, o direito de constituir advogado, o direito a ciência dos motivos de sua prisão, além do nome daqueles que o executaram.

Realizado este procedimento inicial, a autoridade realizadora do ato, deve encaminhar o auto de prisão ao juiz competente em até 24 (vinte e quatro) horas da realização do ato – no caso da prisão em flagrante, sendo necessária ainda uma audiência de custódia–, além de encaminhar uma cópia ao Ministério Público, de forma que seja verificada a legalidade do ato.

O Art. 306, § único, CPP, ainda define que, caso o preso não tenha indicado advogado, a autoridade ainda encaminhará uma cópia à Defensoria Pública, com intuito de se estabelecer um defensor.

O Art. 284, CPP, determina, ainda, que não se deve empregar o uso da força em ocasiões de prisão, salvo mediante resistência ou tentativa de fuga. No caso da prisão via mandado judicial, o agente responsável, deverá, além disso, entregar uma cópia do mandado ao preso, acompanhado dos detalhes da diligencia. Vale observar ainda o previsto na Súmula Vinculante 11, STF, a qual diz:

> "Só é licito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da

[4] BRASIL. **Lei n° 2.848**, de 07 de dezembro de 1940, Art. 75. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

> autoridade e de nulidade da prisão ou ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

O cerceamento da liberdade de um indivíduo, isto posto, deve ser, além de motivado, cercado de garantias. Tal definição se constituiu a partir da constituição de 1988, a qual, buscou impedir o abuso e excesso de autoridade por parte do detentor do monopólio da força – o Estado.

Aury Lopes Junior[5], diante disso, afirma que qualquer tipo de ato restritivo deva ser encarado como uma restrição da liberdade do indivíduo, sendo, portanto, por ele, defendido que apenas as detenções nos casos previstos em lei possam existir; senão vejamos:

> "Infelizmente, esse é um nível de evolução democrática e processual ainda não alcançado por muitos juízes e tribunais, que ainda operam na logica inquiritória, determinando a condução do imputado que não comparece.
>
> Mais grave ainda são aqueles que admitem que a polícia possa fazer a condução coercitiva de suspeitos. Ora, a condução coercitiva é uma espécie de detenção, pois há uma inegável restrição da liberdade de alguém, que se vê cerceado em sua liberdade de ir e vir. A Constituição somente admite a restrição da liberdade em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de um juiz (competente, é claro)."

Dessa maneira, se considerado o ato prisional, como a *ultima ratio*, e, sendo esta, recheada de garantias constitucionais, e a exceção das exceções, vale considerar esta analise supracitada de Lopes Junior, a despeito de outros atos restritivos, dentre os quais o instituto da condução coercitiva, em seu critério de validade, que iremos considerar nos próximos capítulos.

2.3 Prisão temporária

A prisão temporária surge no contexto do período do governo militar, como uma prisão para "averiguação", ou seja, o indivíduo suspeito era recolhido pela

[5] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14° ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 560.

autoridade policial para que pudesse ser averiguado e logo depois ser solto, sem qualquer mandado ou possibilidade de audiência de custódia[6].

No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 – mesmo com as garantias referentes ao acusado de "presunção de inocência" e "direito a não autoacusação" – tal instituto foi mantido no rol de detenções previstas com o título de "prisão temporária".

Atualmente, por meio da Lei 7.960/89, a prisão temporária destina-se a garantir a tutela da investigação policial, ou seja, antes de instaurada a ação penal propriamente dita. Neste contexto, vale ainda observar que o Art. 2° da referida lei ainda define que, a modalidade de prisão temporária, somente pode ser realizada a pedido (seja do MP ou da Autoridade Policial), evitando seu uso *ex officio* pelo julgador.

Cabe ainda descrever os requisitos para sua efetivação, quais são[7]:

> I. ....."Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
>
> II. .....Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
>
> III. .....Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável, formação de quadrilha, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e crimes previstos ne Lei de Terrorismo."

[6] BRITO, Alexis Couto de. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 240

[7] BRASIL. **Lei n° 7.960**, de 21 de dezembro de 1989, Art. 1°. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

Pacelli afirma ainda que, para manutenção da prisão temporária, deve ser levado em conta a existência concorrente dos requisitos I e III do artigo supracitado (segundo o autor, o requisito do inciso II está contemplado na aplicação do I), tendo em vista que a existência de apenas um deles não pode configurar hipótese de obtenção da prisão temporária[8].

Por fim vale salientar o prazo de manutenção da temporária, deve ser de no máximo 5 (cinco) dias – podendo ser prorrogado por mais 5 (cinco), fundamentadamente – levando em conta que, caso o investigado esteja preso, o inquérito policial não pode durar mais que 10 (dez) dias; e, que, o réu pode ser preso apenas uma vez temporariamente, mesmo que a primeira seja por período menor que dez dias.

2.4 Prisão em flagrante

Previsto no Art. 302 do CPP, este é o tipo mais conhecido dentre as modalidades de cerceamento da liberdade. Segundo Alexis Brito[9], o "flagrante", diz respeito ao *flagrare*, ou seja, os fatos que apontam incontestavelmente a autoria do delitivo penal em um exato momento, e, portanto, justificaria a aplicação deste tipo de prisão.

Vale observar que existem duas situações que devem ser observadas para que ocorra o flagrante, quais são: lapso temporal e a certeza da autoria. O primeiro requisito diz respeito ao decurso do tempo entre o acontecimento do crime e a própria *notitia criminis*, observado nos incisos I e II do artigo supracitado – "está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la". O segundo procura evitar a prisão de um inocente, tendo em vista que todos são inocentes, até que prove o contrário; no entanto, ele permite a ideia da presunção, observado nos incisos III e IV – "é perseguido, logo após, pela autoridade ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; é encontrado, logo depois, com

[8] PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 553
[9] BRITO, Alexis Couto de. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 243

instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração".

Citados anteriormente, os incisos I e II, são considerados, respectivamente – pela doutrina – como flagrante próprio e impróprio, assim como, os dos incisos III e IV, como flagrante presumido, devido as suas características.

Além disso, a doutrina ainda faz uma distinção do flagrante em quatro espécies, a saber: preparado, forjado, esperado e prorrogado. Os dois primeiros não são abraçados pela legislação brasileira; o "preparado", por meio da Sumula 145 do STF, que proibiu a possibilidade de provocação de cometimento de um crime por uma pessoa, a fim de se causar o flagrante; o "forjado", por se tratar de uma ilegalidade – "plantar provas" em uma cena, é um exemplo desse tipo de situação. O "esperado" parte de uma ação policial que tenta impedir a ocorrência de um crime, que mesmo assim ocorre, ocasionando a situação de flagrante; o "prorrogado" surge da interpretação de algumas leis penais extravagantes, o qual permitem ao agente público aguardar o desenrolar de uma situação, com vistas a escolher o "melhor momento", para a realização do flagrante.

Por fim é importante notar que o rito da prisão em flagrante é o mesmo das demais prisões, com exceção do momento de sua ocorrência – o mesmo do cometimento do crime -, devendo, portanto, atender a produção do auto de prisão, comunicação ao juiz competente, ao MP e à família do preso em até 24 horas.

2.5 Prisão preventiva

A prisão preventiva "revela a cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo" (PACELLI, 2016, p. 556).

Conforme Pacelli a prisão preventiva tem natureza cautelar, ou seja, deve ser aplicada e justificada apenas nos casos em que houver ameaça ao andamento da

persecução penal. Observe que esta não deve ser a primeira, mas sim, a última medida adotada no decorrer do processo, tendo em vista que não objetiva punir o réu, mas apenas assegurar que seja concluído o processo.

Os Arts. 311-313, CPP, definem as condições para ocorrência da prisão preventiva, conforme descrito abaixo:

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial."
>
> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
>
> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)."
>
> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
>
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
>
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
>
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
>
> IV - (revogado).
>
> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida."

É importante entender o aspecto da referida restrição de liberdade, tendo em vista que a cautelar processual não pode ser mais danosa que a própria pena do crime investigado; ou seja, em casos onde a pena para o delito não for a de prisão, ou em crimes culposos, não se cabe a possibilidade de prisão preventiva[10].

Neste sentido, a manutenção da prisão preventiva permanecerá apenas até a ocorrência das causas de sua imposição; cessando-as, e não havendo mais riscos ao processo, deverá o réu ser posto em liberdade. Bem como, tornando a haver novas causas de risco, poderá ser novamente preso preventivamente.

2.6 Prisão especial

As prisões especiais são assim chamadas, por manterem formas e condições especificas, a depender da pessoa, função pública, atividade religiosa ou formação escolar.

O art. 295 do CPP é que regulamenta essa distinção, senão vejamos:

> Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:
>
> I - os ministros de Estado;
>
> II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;
>
> III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;
>
> IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";
>
> V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
>
> VI - os magistrados;
>
> VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

[10] PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 557

> VIII - os ministros de confissão religiosa;
>
> IX - os ministros do Tribunal de Contas;
>
> X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;
>
> XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.
>
> § 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.
>
> § 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.
>
> § 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.
>
> § 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.
>
> § 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Pacelli faz dura crítica a esse dispositivo, pois, considera, ser esta uma maneira de resolver parcialmente uma deficiência do próprio sistema prisional brasileiro. Os estabelecimentos prisionais, segundo ele, não têm condições adequadas para o recolhimento do preso, e, portanto, são criadas tais manobras legislativas a fim de criar um tratamento diferenciado para as pessoas supracitadas.

Por fim, vale considerar que a prisão especial, nada mais é que um desdobramento das prisões provisórias, isto é, das prisões cautelares, obedecendo desta forma, todos os requisitos pertinentes a ela; com exceção apenas de quem é aplicado o dispositivo.

2.7 Prisão civil

Existia nos primórdios do ordenamento jurídico previsão legal para a ocorrência de prisão civil, ou seja, aquela que não era arbitrada nem por decisão administrativa, tampouco penal; se justificava pela dívida entre pessoas.

Sua característica não era punitiva, mas sim uma técnica de execução coercitiva estatal, diante disso só valeria para as últimas três parcelas devidas, considerando as demais obrigações de pagar.

Após a constituição de 1988, passou a ser admitida apenas duas hipóteses para a sua aplicação: a dívida de alimentos e a condição de depositário infiel. No entanto, com o advento do Pacto de San José da Costa Rica – do qual o Brasil foi signatário – não foi mais admitida a prisão por dívidas comuns[11]; passando desde então a ser aceita apenas na forma de dívida de alimentos, devido ao seu risco perante a quem se deve.

3 PRODUÇÃO DE PROVAS

Entender que o processo é um procedimento pelo qual o Estado irá aplicar a jurisdição à demanda, ou seja, exercer o poder dever de dizer o direito com força definitiva no caso concreto, é essencial para entender este capitulo acerca das produções de provas.

Nota-se que as provas são importantes para constituir o convencimento do magistrado que porventura irá decidir a questão e, portanto, as partes devem se fazer ouvir e fazer ouvir, além de suscitar fatos pelos quais o juiz deverá seguir ou não, definindo, assim, o resultado útil do processo[12].

É importante dizer também que o interesse de agir parte de todos os atores processuais. Do juiz por buscar/querer encontrar a verdade real dos fatos, do autor em querer a satisfação da sua necessidade, e, sobretudo do réu, em se defender da força definitiva estatal; não sendo, portanto, errado, acreditar, de modo geral, que o maior interessado no estabelecimento das provas, talvez seja o réu, dentro desta relação, vez que busca comprovar a sua inocência.

---

[11] BRASIL. **Súmula Vinculante 25**, STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[12] DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 315-317.

Do exposto, não é exagero firmar, tendo em vista que ao réu cabe a plenitude da defesa, além do direito de não produzir provas contra si mesmo, e, sobretudo o direito ao silencio, que este não deveria ser obrigado a participar de atos que desabonassem essa estrutura. Afinal, não se fazer presente em juízo (levando em consideração, que é conhecido o domicilio do réu e que não há riscos envolvidos) é também um meio de defesa.

Neste sentido Tourinho Filho[13], afirma que:

> "Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelece-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*."

Portanto refletir acerca dos aspectos processuais, antes da decisão definitiva – contendo a condenação ou absolvição do acusado – é essencial para que não haja excessos no *modus operandi* processual; afinal, é o conjunto dos elementos processuais que levam ao julgamento do réu, não os meios em si pelos quais se chegam a tais resultados.

Diante disso, vale destacar, conforme diz Demercian, que "o direito à prova no processo penal (...) não é irrestrito, a despeito da vigência dos princípios da verdade real, do contraditório e da ampla defesa."[14]; ou seja, o autor não pode se valer de qualquer e ilimitado meio para provar seu argumento ou requerer a sua demanda.

Do contrário, pelo conhecido princípio da ampla defesa e da presunção de inocência, a legislação permite ao réu – em aspectos gerais – o uso de qualquer ferramenta para o exercício de sua defesa; sem deixar de obedecer às formas e prazos processuais.

---

[13] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 563.

[14] DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

Consequentemente o procedimento penal possui um rito, e este deve ser rigorosamente obedecido sob pena de nulidade. E, por conseguinte, não se deve, o autor ou o julgador, como forma de embaraçar o acusado, utilizar-se das formas de produção de prova repressivas deliberadamente no procedimento penal.

A exemplo disso temos o instituto da condução coercitiva – que é o objeto de estudo desta monografia – amplamente usado na jurisdição hoje, na qual, algumas das vezes, fica perceptível o uso desse meio de prova apenas com o objetivo de constranger o réu.

Em suma, o fato do réu ser conduzido por meio de força policial, a presença do juiz, simplesmente para responder um interrogatório – no qual pode permanecer calado, sem, portanto, contribuir de maneira efetiva ao processo – pode gerar na opinião pública um pré-julgamento sobre o acusado.

Contudo não é o objetivo desta assertiva se ater aos aspectos políticos de tal decisão, mas evidenciar o conflito de interesses, entre uma norma (criada à época com um objetivo, no qual não comporta atuação com os princípios do direito moderno) e os princípios processuais supracitados.

Ora, o acusado, enquanto ainda subsiste o processo, não pode ser considerado culpado; tampouco ter tolhido os seus direitos como cidadão. Dessa maneira, a razoabilidade deve ser aplicada pelo magistrado no caso concreto.

3.1 Atos em que deve haver a presença do réu

Eugênio Pacelli defende que comparecer em juízo é uma faculdade das partes; principalmente na fase de produção probatória, conforme descreve[15]:

> "Que ele tem direito a ser ouvido é mais que certo, independentemente da nova Lei nº 10.792, pois já era uma exigência do Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 1). Todavia, o exercício desse direito ocorrerá segundo o devido procedimento legal, e não segundo a vontade exclusiva do réu. O eventual não comparecimento na data de audiência una

[15] PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 386.

> designada pelo juízo, enquanto não justificado, pode e deve ser entendido como manifestação do direito ao silêncio, afinal ninguém pode ser coagido a comparecer perante o juiz, a não ser quando se tratar de réu preso, eis que o réu não pode manifestar livremente a sua vontade. E, nos termos do art. 399, § 1º, CPP, o acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 185, com a redação dada pela Lei nº 11.900/09."

No entanto existem situações nas quais o andamento processual depende da manifestação e presença das partes, sob pena de prejuízo ao processo. Nestes casos, cabe ao magistrado determinar a revelia, ou seja, a ausência da parte, ou, em casos específicos, observando todos os requisitos legais, determinar a sua condução coercitiva.

Para isso o próprio Pacelli considera que[16]:

> "Advirta-se que, em processo penal, à revelia, verificada a partir da ausência injustificada do acusado por ocasião da realização de qualquer ato relevante do processo, tem como única consequência a não intimação dele para a prática dos atos subsequentes, exceção feita à intimação da sentença, que deverá ser realizada sob quaisquer circunstâncias. Segundo o disposto no art. 367, para o reconhecimento e a aplicação da revelia, basta o não comparecimento a qualquer ato do processo, sem justificativa, bem como a mudança de residência, sem comunicação do novo endereço.
>
> Como se observa, a sanção decorrente da revelia tem em mira a tutela do regular andamento do feito, de modo a afastar eventuais obstáculos que a alegação de ausência do acusado poderia acarretar. Exatamente por isso, não basta a alteração da residência, sem comunicação do juízo, para a aplicação da revelia. É preciso que, de tal fato, decorra a ausência do réu na realização da audiência ou de outro ato processual em que seja exigida a sua presença."

Neste sentido reside um conflito de princípios, que, por um lado, defende a opção pela consideração da amplitude de defesa da parte, quando esta optar pelo não comparecimento a qualquer uma das fases do processo; tendo em vista que ao réu é defeso o *nemo tenetur se detegere*. E, por outro, promove o devido andamento legal

[16] PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 630.

do processo, de forma que esta não se constitua em mora, ocorrendo assim a perda do objeto do processo.

A seguir serão destacados alguns procedimentos processuais, pelos quais as partes interessadas devem estar presentes, seja perante alguma autoridade policial ou judiciária; a fim de que se reúnam elementos para, no próximo capitulo, discutir a questão da necessidade de se conduzir ou não obrigatoriamente uma parte ao referido ato, durante o decorrer do processo.

3.1.1 Audiência de acareação

Delimitada pelo código de processo penal, define que[17]:

> "A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.
>
> Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação."

Neste contexto, conforme apontado por Tourinho Filho[18], o referido meio constitui-se na confrontação de duas ou mais pessoas "cara a cara", os quais possuem depoimentos contrários sobre o mesmo fato. Somente terá fundamento, quando a incompatibilidade de versões recaírem sobre circunstâncias relevantes do processo, que não puderem ser inferidas pelo julgador por meio das demais provas. Vale considerar também que tal prova pode ser requerida por qualquer uma das partes, ou *ex officio* pelo juiz.

[17] BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.689**, de 3 de dezembro de 1941, Art. 229°. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.
[18] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 627.

O artigo subsequente prossegue, considerando uma hipótese de relevância, senão vejamos[19]:

> "Se ausente alguma testemunha, cujas declarações divirjam das de outra, que esteja presente, a está se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente."

Em relação a isso, refletindo sobre os princípios garantistas que recaem sobre o réu, conforme evidenciado pelo artigo supracitado, Tourinho Filho tolhe uma importante consideração, senão vejamos[20]:

> "Note que o indiciado ou réu não é obrigado a participar da acareação. Se ele tem até o direito ao silêncio, com muito mais razão o de opor-se a uma acareação que lhe poderá ser prejudicial".

Perceba que tal observação vai ao encontro da questão principal deste trabalho, vez que ao réu, enquanto em sua plenitude de defesa, não pode ser exigido de participar da produção probatória; cabendo ao autor apresentar os pressupostos de sua pretensão.

3.1.2 Identificação do acusado

O reconhecimento é fase importante do inquérito; porém, como afirma Tourinho

[19] BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.689**, de 3 de dezembro de 1941, Art. 230°. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

[20] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 627.

Filho[21], é uma prova altamente precária, pois, depende da percepção humana do ofendido, que em muitos casos não tem condições de realiza-la sem incorrer em erro.

A identificação do acusado, decorre, como o próprio termo define, da definição do ofensor, ou seja, de quem é o réu na produção do inquérito policial. É essencial, pois, sem essa definição precisa, não há de se falar em processo.

Esse procedimento deve ocorrer, em regra, com a presença do suspeito frente a vítima, que deve indicar, dentre algumas pessoas, àquela que cometeu a infração penal, conforme descreve o art. 226, CPP[22], a ver:

> "Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
>
> I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
>
> Il - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
>
> III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
>
> IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
>
> Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento."

3.1.3 Audiência de conciliação

[21] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 625.

[22] BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.689**, de 3 de dezembro de 1941, Art. 226°. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

Por mais inusitado que possa parecer, o processo penal, assim como o processo civil, comporta o andamento de uma audiência de conciliação, conforme previsto no art. 520, CPP[23]:

> "Art. 520. Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo."

O referido ato ocorre no juizado especial e objetiva realizar a transação penal entre as partes; vale observar que dentre os requisitos para que ocorra a composição, o réu não pode ter cometido crime penalizado por pena restritiva de liberdade, nem ter sido beneficiado por outra transação nos últimos cinco anos.

É importante observar que a audiência de conciliação não é essencial ao processo, ou seja, não é obrigatória a sua propositura para o andamento da demanda. No entanto a doutrina dominante defende ser ela uma "condição de prosseguibilidade", conforme defendido por Fernando Capez.

A ausência das partes em uma audiência de conciliação, pode gerar consequências ao procedimento; Avena[24] diz que, havendo ausência do autor da ação, pode ser adotado um de dois caminhos: perempção da ação – ocasionando a extinção da ação – ou a mera ausência da vontade de transigir – devendo o julgador dar prosseguimento ao processo.

No caso da ausência do querelado, o julgador também fica em face de duas escolhas; a primeira em dar prosseguimento a demanda sem a manifestação do réu nos autos, ou, ordenar a condução coercitiva do acusado.

No entanto, a segunda opção, no caso de ausência do réu, não parece a mais adequada, pois, a ausência desta parte devidamente intimada, deve ser entendida como meio de defesa. Ora, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo,

[23] BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.689**, de 3 de dezembro de 1941, Art. 520°. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 mai. 2018.
[24] AVENA, Norberto Claúdio. **Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 769-770.

tampouco ser compelido a estar presente em uma transação sem o desenvolvimento do devido processo legal.

Note que o objetivo desta discussão não é meramente atacar o instituto da condução coercitiva, mas apenas entender o seu grau de aplicabilidade no decorrer do processo, de modo que não se banalize essa ferramenta a fim de satisfazer vontades pessoais da parte acusatória.

3.1.4 Interrogatório

Considerado pela doutrina como uma das etapas mais importantes do procedimento penal, o interrogatório, de acordo com Tourinho Filho[25] e Eugenio Pacelli[26], é considerado meio de defesa, não – conforme entendimento antigo – meio de prova.

Neste sentido, deve ser garantido ao réu todas as prerrogativas constitucionais da amplitude de defesa, dentre as quais podemos destacar o direito ao silêncio, consubstanciado no art. 5°, conforme segue[27]:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"

Tal consideração foi reforçada com a promulgação pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica, o qual dispõe no art. 8°[28]:

---

[25] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 586.
[26] PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 43.
[27] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988, Art. 5°. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

> "2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
>
> g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;"

Dessa maneira, obrigar o réu a participar de um ato pelo qual não é obrigatória a sua conivência, tampouco sua manifestação, tendo em vista que é oportunidade de própria defesa, é contraditório. Conduzir coercitivamente um cidadão que preferiu exercer nesta etapa o seu direito ao silêncio não deveria ser a maneira adequada de agir, tampouco torna-lo culpado por esta atitude.

É importante notar que permitir a ausência do réu ao interrogatório, por vontade própria, não prejudica a ação; tendo em vista que o convencimento do juiz deve ser construído por meio dos elementos probatórios reunidos durante o procedimento penal.

Vale dizer ainda, conforme destacado por Pacelli, que a adoção dos princípios do direito ao silencio e da não autoincriminação foram incorporados apenas após a edição do código de processo penal, conforme descrito em sua obra[29]:

> "A Lei nº 10.792/03, que alterou vários dispositivos do CPP, veio, enfim, consolidar o que já era uma realidade, ao menos em âmbito doutrinário: o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito de entrevistar-se com seu advogado antes do referido ato processual (art. 185, § 5º); o direito de permanecer calado e não responder perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa (art. 186, caput, e parágrafo único)"

Isso implica claramente em um conflito de alcance, onde, por um lado, temos um código de processo penal antigo, consolidado nos princípios seguidos pela

[28] BRASIL. **Decreto n° 678**, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.
[29] PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 43.

doutrina e jurisprudência à época, e, por outro, a realidade processual moderna, na qual o procedimento deixou de ter um "ritmo inquisitivo", ainda, segundo Pacelli[30]:

> "(...) o interrogatório do réu era realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como meio de prova, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual art. 198, já revogado implicitamente), seja pelo não comparecimento em juízo. É autorizada, então, a sua condução coercitiva (art. 260, CPP)."

Assim deve-se compreender a gravidade do instituto em questão, tendo em vista que a mera condução, por mais breve que seja, por meio de força policial, limita os direitos de liberdade do acusado, que nesta fase do processo, não pode, ainda, ser considerado culpado; e, em, tratando-se de figura de grande importância, ainda há de se falar do constrangimento público, pelo qual o réu é submetido em um ato como este.

A história recente[31] demonstra o excessivo uso desta ferramenta, que é utilizada como troféu no combate a corrupção, sendo que, no entanto, verifica-se pouca utilidade prática – vez que o depoimento dessas pessoas, ainda na condição de réus, não contribui para o convencimento do juiz. A não ser no âmbito da busca por apoio popular, que tem um peso importante, quando se tratando de figuras públicas e políticas que estão em julgamento.

Vale observar mais uma vez, que o objetivo desta dissertação, não é discutir o viés político do uso desses meios no decorrer do processo penal; mas, discutir a real efetividade dessas ferramentas, que mobilizam o poder público – tal como a polícia e o próprio poder judiciário, sem o devido retorno – do ponto de vista probatório – ao processo. A seguir iremos entrar mais a fundo na questão levantada por esta monografia, no sentido de verificar as discussões atuais sobre o tema, e, verificar o que diz a jurisprudência dos tribunais superiores a respeito.

---

[30] PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 7.

[31] *A LAVA JATO EM NUMEROS NO PARANÁ*. ***Ministério Público Federal***. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 18 mai. 2018.

4 A CONDUÇÃO COERCITIVA

A condução coercitiva foi um instrumento criado em 1942, junto com o texto base do Código de Processo Penal vigente até hoje, nele o art. 260[32] prevê que:

> "Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença"

Descriminando o texto, de forma a compreender melhor os conceitos envolvidos neste preceito, podemos considerar que o acusado, para estes fins, é o indivíduo que ocupa o polo passivo do processo penal, contra quem foi oferecido a ação penal.

A intimação, conforme citado no artigo, pressupõe a citação; ou seja, o réu/acusado neste momento já foi notificado do início do procedimento penal, e, portanto, tem conhecimento da ação, tornando-a válida.

Por fim temos a ideia dos atos pelo qual o acusado necessita estar diante do juiz, relacionado por um rol meramente exemplificativo – dos quais alguns foram citados no capítulo anterior – permitindo então, na negativa da intimação, a expedição de um mandado que solicite a autoridade a condução de réu ao juízo.

Diante disso fica perceptível que tal instituto foi criado originalmente, em regra geral, contra o réu, para ser utilizado estritamente pelo juiz, de maneira a promover o andamento do processo em fases nas quais este deveria se fazer presente, independentemente de sua vontade.

Note, ainda, que a referida ferramenta que deveria ser utilizada apenas no procedimento penal, no entanto, dado o caráter inquisitorial da investigação policial – fase anterior a abertura do processo – analogamente, tem sido utilizado, também, pelas autoridades policiais, com o preceito de elucidar os indícios de autoria do fato, no curso do inquérito.

[32] BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.689**, de 3 de dezembro de 1941, Art. 260°. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.

É importante destacar, todavia, que na investigação policial não há de se falar de contraditório e ampla defesa, por conta da natureza da própria apuração; portanto o investigado não precisa dizer a verdade, podendo, entretanto, ser obrigado a participar de ações como a reconstituição, até interrogatório do próprio agente responsável pelo inquérito.

Passando para a fase processual, Alexis Couto descreve de maneira clara a posição antiga do entendimento do processo penal, face a visão moderna sobre o assunto; segundo ele o referido código desrespeitava diversos princípios, pois, era originário de um regime autoritário instaurado na década de 40.

Numa sequência lógica, Couto afirma que[33]:

> "1°) (...) o interrogatório era ato obrigatório (art. 185), e para garanti-lo,
>
> 2° permitia a condução coercitiva do réu (art. 260), pois,
>
> 3° mantendo-se calado, o silêncio seria utilizado em seu desfavor (art. 186)."

Dessa maneira estava prejudicada a defesa do réu, que era obrigado a produzir prova – independentemente de ser favorável a si.

No sentido de corrigir tal situação, foi editada a Lei 10.792/03, que alterou, dentre outros artigos, o Capitulo III – do Interrogatório do Acusado. Nessa proposta, foram revogados os artigos 186 e 191, a saber:

> "Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa. – REVOGADO.
>
> Art. 191. Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo. – REVOGADO."

Contudo, como o próprio autor pontua, restou esquecido o art. 260, que tratava da condução coercitiva, não entrando no rol desta reforma. Entretanto, por

[33] BRITO, Alexis Couto de. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 204.

ser derivado de outros atos que não são obrigatórios ou não são recepcionados, Alexis defende que este artigo seja considerado ilegítimo.

4.1 Conceito (Análise dos arts. 260 E 367, CPP)

Alexis Couto em seu livro "Processo penal brasileiro", alarga a discussão acerca do art. 260, CPP; segundo ele, mesmo que analisando apenas os aspectos teóricos de tal norma, em nenhuma delas é possível a sua manutenção. Para isso ele aborda a condução sobre duas faces: como meio de prova e como meio de autodefesa[34]:

> "Se o interrogatório é meio de prova, não se pode obrigar o réu a fazer prova contra si mesmo.
>
> Se o interrogatório é meio de autodefesa, não se pode obrigar o réu a se defender."

Observe que em nenhuma hipótese o instituto da condução coercitiva encontra amparo nos princípios adotados pelo processo penal atualmente. Se considerado prova no processo, o acusado não é obrigado a produzir provas; e se for considerado meio de defesa, o réu não é obrigado a fazê-lo pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Aury Lopes Jr., em sua obra "Direito processual penal", acompanha essa linha de raciocínio, e vai além, ao citar, ainda, a violação ao princípio da presunção de inocência, conforme vemos[35]:

> "Ora, mais do que nunca, é preciso compreender que o estar presente no processo é um direito do acusado, nunca um dever. Considerando que o imputado não é objeto do processo e que não está obrigado a submeter-se a qualquer tipo de ato probatório (pois protegido pelo *nemo tenetur se detegere*), sua presença física ou não é uma opção dele. Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O acusado tem o direito de silêncio e de não se submeter a qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer."

[34] BRITO, Alexis Couto de. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 205.
[35] JR., Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 560.

O autor ainda cita, ainda, o caso da condução no decurso da instrução de inquérito, o qual diz:

> "Ora, a condução coercitiva é uma espécie de detenção, pois há uma inegável restrição da liberdade de alguém, que se vê cerceado em sua liberdade de ir e vir. A Constituição somente admite a restrição da liberdade em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de um juiz (competente, é claro)."

Assim Antônio Alberto Machado, resume bem a visão da doutrina acerca deste dispositivo legal, ao demonstrar em sua obra que[36]:

> "Quanto à condução coercitiva do réu para interrogatório, conforme dispõe o art. 260 do CPP, tem-se entendido que o direito ao silêncio, assegurado pela Constituição Federal (art. 5o, LXIII), bem como o direito de autodefesa, facultam ao réu a opção de não comparecer em juízo para ser interrogado, assim, não faz sentido conduzir alguém à forca para um interrogatório em que esse alguém poderá optar por manter-se calado."

Conclui-se dessa maneira que a manutenção, ou seja, a aplicação no caso concreto da condução coercitiva não condiz com os princípios processuais adotados pelo direito penal na atualidade; perceba que o processo é o meio pelo qual o juiz, pelo interesse das partes, irá reunir elementos que o auxiliem no julgamento do caso. Não cabe ao julgador fazer justiça, tampouco transparecer isso por meio de seus atos, mas, exercer a jurisdição.

Em casos de relevante interesse público, cada ato emanado no procedimento penal, é interpretado como uma opinião intima do julgador. O juiz deve manter a sua equidistância ao processo, agindo de maneira neutra. Caso perceba que a parte prolata o processo em busca de benefício próprio, a legislação entrega ferramentas eficazes para que se resolva isso.

O magistrado não precisa conquistar apoio popular para dar efetividade as suas decisões; ora, se o réu está sendo conduzido à juízo por força policial por diversas vezes, a opinião pública facilmente será levada a considerar que o réu tem

[36] MACHADO, Antônio Alberto. 6° ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 491.

participação culposa na demanda. Não se pode, em hipótese alguma, utilizar-se de ferramentas processuais, para promover a opinião popular sobre o acusado, de forma a justificar suas decisões.

4.2 Estudo das garantias processuais

Avena descreve muito bem a dicotomia entre os princípios adotados pela constituição federal, concebida em 1988, e alguns dispositivos do antigo código de processo penal, que está em vigor atualmente; diante disso ele afirma que[37]:

> "O tema relativo ao sistema processual penal adotado no Brasil é controvertido, não havendo posição uniforme a respeito. A doutrina e a jurisprudência majoritária apontam o sistema acusatório. Entretanto, há orientação em sentido oposto, compreendendo no direito brasileiro o sistema misto ou inquisitivo garantista.
>
> Para os adeptos da primeira corrente, a consagração do modelo acusatório está clara em várias disposições da Constituição Federal, em especial naquelas que se referem à obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX) e às garantias da isonomia processual (art. 5.º, I), do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII), do devido processo legal (art. 5.º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV) e da presunção de inocência (art. 5.º, LVII)."

Observe que, enquanto o modelo atual de processo, é o acusatório – no qual o juiz tem a função de apenas julgar, imparcialmente, cabendo às partes a obtenção de provas – destacam-se diversos outros dispositivos que seguem o caráter inquisitivo – onde o juiz reúne os poderes de acusar, defender e investigar o réu, invariavelmente, conforme segue[38]:

> "Já os defensores do segundo entendimento aduzem que, muito embora a Constituição Federal tenha incorporado regras pertinentes ao sistema acusatório, o direito brasileiro agasalhou resquícios do sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional, do que é exemplo a faculdade conferida ao juiz de produzir provas *ex officio*, prevista genericamente no

[37] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Manual de Processual Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 4.
[38] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Manual de Processual Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 4.

> art. 156 do CPP e ratificada em várias outras disposições do mesmo Código e da legislação complementar.
>
> Analisando estas duas linhas de pensamento, aderimos à primeira delas, considerando que, de fato, vigora no Brasil o sistema acusatório, entendimento este respaldado em diversas decisões do STF e do STJ. Afinal, todos concordam que, embora inexista um dispositivo legal expresso na Constituição Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas que conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório. Por outro lado, também não há dúvidas de que os dispositivos, pelos quais muitos autores sustentam ter sido adotado o sistema inquisitivo garantista, encontram-se incorporados à legislação infraconstitucional. Neste contexto, duas soluções se apresentam: ou se consideram inconstitucionais, por violação do sistema acusatório, os dispositivos infraconstitucionais que consagrem procedimento incompatível com as regras desse modelo; ou, então, busca-se conferir a tais previsões legislativas interpretação conforme a Constituição Federal. O que não se pode é cogitar de uma terceira possibilidade, qual seja, a da coexistência do sistema inquisitivo previsto em dispositivos de legislação infraconstitucional juntamente com o sistema acusatório assegurado em normas constitucionais, pois tal situação, a nosso ver, implica negar vigência à Constituição Federal enquanto Lei Maior."

Dessa maneira, conforme defende o autor, deveria ser considerada a inconstitucionalidade de tais itens, que vão de encontro às concepções da constituição, estabelecida cerca de 40 anos após a criação do código, à égide de novos preceitos sociais.

Neste sentido, vale, ainda, destacar o que afirma Pacelli, senão vejamos[39]:

> "Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta.
>
> Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: "ninguém será

[39] PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 8.

> considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, CF).
>
> A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado."

Note que, de fato, houve uma mudança na postura do legislador; passando de uma posição autoritária – conforme dito pelo autor – para uma posição mais garantista, ou seja, de maior igualdade entre as partes, além da manutenção dos princípios de inocência ao réu – ainda não condenado em sentença penal.

Assim, é importante ressaltar, fazendo menção ao proposto nesta monografia, que a condução coercitiva do acusado fere esta lógica garantista, pois, contrapõe princípios desta natureza – tais como o direito ao silencio e o afastamento da obrigatoriedade de produção de provas pelo réu – à própria manutenção deste instituto.

4.3 Princípio do nemo tenetur se detegere

O termo *"nemo tenetur se detegere"* vem do latim, e para o direito brasileiro tem diversos significados – todos pacificados, dos quais podemos destacar o "direito ao silêncio", "direito a não autoacusação" ou "direito de não produzir provas contra si mesmo"; para o ordenamento jurídico, tem o mesmo valor dos incisos LVII e LXIII, do art. 5° da CF, onde se lê[40]:

> "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
>
> (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;"

[40] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988, Art. 5°. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2018.

Neste sentido Greco Filho sintetiza esta ideia em sua obra, na qual podemos destacar[41]:

> "Entende-se o princípio como decorrência ou complemento da presunção de não culpabilidade (art. 5°, LVII) e tem diversos desdobramentos processuais, entre os quais o de que o ônus da prova dos elementos do crime é da acusação, o de que o silêncio não pode ser entendido como confissão ficta, o de que ninguém pode ser compelido a participar de reconstituição de fato delituoso ou de que lhe seja exigido qualquer comportamento que possa, por exemplo, levar à produção de prova negativa, como submeter-se ao exame de alcoolemia ou colheita de sangue ou outro tecido para qualquer perícia com a qual não concorde, inclusive o DNA."

Trazendo esse conceito para o assunto desta monografia, vale observar que, se o réu não tem a obrigação de produzir prova contraria a si, ainda mais, o de permanecer calado, porque então este poderia ser conduzido contra a própria vontade a presença do julgador? Tal hipótese, dessa maneira, configura um conflito aparente de princípios; onde, por um lado, se compele o réu a um ato processual com o fim de se produzir prova – inclusive podendo ser contrária a si – e, por outro, garante-se, no mesmo ato, a possibilidade de não manifestação do acusado.

Vale observar ainda que, a defesa negativa – ou seja, a defesa exercida pelo direito de não fazer – baseada nestes princípios, não geram prejuízo processual, conforme descrito em um trecho da obra de Aury Lopes[42]:

> "Às partes não incumbem obrigações, mas cargas processuais, sendo que, no processo penal, não existe distribuição de cargas probatórias, na medida em que toda a carga de provar o alegado está nas mãos do acusador. Destaca-se no pensamento do autor as noções de dinâmica, movimento e fluidez do processo, bem como o abandono da equivocada e sedutora ideia de segurança jurídica que brota da teoria de Bülow.
>
> (...) Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance,

[41] GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 80.
[42] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38.

> assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no nemo tenetur se detegere. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga."

4.4 A condução coercitiva e o processo penal

A lava jato, nome do maior processo já julgado na história da justiça brasileira, foi o maior motivador da presente discussão. O site[43] da operação apresenta, como forma de demonstrar efetividade no combate ao crime, o número de 227 mandados de condução coercitiva expedidos até o presente momento, conforme vemos:

Figura 1 - Infográfico operação: lava jato

[43] *A LAVA JATO EM NUMEROS NO PARANÁ*. ***Ministério Público Federal***. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 22 ago. 2018.

Fonte: MPF (2017)

No entanto, cabe ressaltar, conforme demonstrado durante os capítulos desta assertiva monográfica, o citado instrumento deve ser um meio, não um fim processual. A sociedade brasileira, por mais óbvio que possa parecer, não pode ultrapassar, tampouco alargar, os limites legais da jurisdição, em nome da justiça social. O desejo de alcançar uma sociedade honesta passa por um processo de educação legalista; não podemos nos utilizar das demandas processuais, que são claramente legitimas, como mero instrumentos de combate, tal qual a revolução francesa nos ensina – onde cortavam-se cabeças aos milhares nas guilhotinas, como forma de satisfazer o ego de justiça da nação.

Nunca na história deste país, personagens da alta sociedade política e econômica, foram investigados dessa maneira. Portanto é fácil compreender os anseios das instituições investigadoras em promover ações que coloquem a opinião

pública contra os investigados. Observe que não está se falando em impunidade – caso tenham cometido crimes, estes devem sim ser julgados ao rigor da lei – mas no uso excessivo de instrumentos processuais, na tentativa de obtenção de apoio popular as acusações realizadas.

4.5 A Impetração das ADPF 395 e 444 no STF

Tramitaram no Supremo Tribunal Federal[44] duas ADPF – 395 e 444 – que questionavam a legalidade da execução de condução coercitiva a investigados, com o fim de se realizar interrogatórios, no decurso do processo.

Sinteticamente falando, a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – é, de acordo com Alexandre de Moraes[45], um instrumento criado pela Constituição Federal de 88, que tem por objetivo, dentre outras situações, evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público – não cabendo, segundo o autor, contra sumulas do STF, por não se enquadrarem como atos lesivos, mas, apenas expressões de orientações reiteradas da Corte – dos quais não há mais remédios eficazes para sanar a lesão – tais como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção ou ação popular. Sua imputação deve ser realizada na Suprema Corte, podendo produzir efeitos liminares, no caso de decisão por maioria absoluta, e, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão. É importante notar, ainda, que sua decisão terá eficácia *erga omnes*, ou seja, produzirá efeitos vinculantes a todo o Poder Público; não apenas àquela matéria em específico.

Para Gilmar Mendes, ministro do STF, que deliberou medidas liminares nas referidas ADPF, por meio do DJe n° 49, de 09 de março de 2018, a condução coercitiva é obsoleta, pois a própria Constituição Federal permitiu o direito ao silêncio, retirando o seu maior objeto de ser. Em suas considerações diz, ainda, que a

[44] LIMINARES IMPEDEM REALIZAÇÃO DE CONDUÇÕES COERCITIVAS PARA INTERROGATÓRIO DE INVESTIGADOS. **STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271>. Acesso em: 31 mai. 2018.

[45] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 826.

própria condução coercitiva, restringe a liberdade de locomoção e a presunção de culpabilidade, sendo, portanto, incompatíveis com a Constituição. Desde então, em caráter liminar, está proibido a condução coercitiva de investigados, até decisão final do plenário do STF, conforme descrito no despacho[46]:

> "Em consequência, deve ser declarada a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal.
>
> Acrescento que, ainda que se vislumbrasse espaço para a condução coercitiva para interrogatório, esse seria uma excepcional restrição da liberdade do acusado. Nesse contexto, não vejo como, mesmo quem considere a condução possível, se possa deixar de exigir a rigorosa observância da integralidade do art. 260 do CPP, ou seja, intimação prévia para comparecimento não atendida.
>
> As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual. Muito embora alegadamente fundada no interesse da investigação criminal, essa restrição severa da liberdade individual não encontra respaldo no ordenamento jurídico.
>
> Tenho por suficiente o perigo de lesão grave aos direitos individuais, autorizando o deferimento da medida liminar por decisão unipessoal.
>
> Em consequência, a medida liminar merece acolhida."

Em 14 de junho de 2018, coube ao plenário do STF, a votação da referida medida em definitivo; do julgamento, ficou decidido – por 6 votos a 5 – a proibição da condução coercitiva, tanto de réus, quanto de investigados, para depoimento.

Dentre os argumentos citados pela contrariedade do instrumento, vale destacar, que ficam prejudicados, segundo os ministros que votaram neste sentido, a garantia da não autoincriminação, do contraditório e ampla defesa – que neste caso compreende, inclusive, o direito ao silêncio -, do devido processo legal, bem como da liberdade de ir e vir; o Ministro Marco Aurélio foi, ainda, além e defendeu que a condução coercitiva causa um desgaste irreparável a imagem do réu, manchando sua dignidade pessoal, votando pela sua proibição.

[46] MENDES, Gilmar. **Medida cautelar na ADPF 395**. 2018. 35 págs. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – STF, Brasil.

Já, em favor da manutenção deste instituto, votaram Carmen Lúcia, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luis Fux e Alexandre de Moraes; no entanto, ainda assim, apresentaram ressalvas, tais como, a impossibilidade de haver abuso por parte da autoridade coatora, da sua razão acontecer apenas quando da ausência injustificada do investigado, como também na sua aplicação apenas quando em desfavor de medida mais grave – como uma prisão temporária ou preventiva.

5 CONCLUSÃO

Compreender o processo e a sua causa de ser, amplia a nossa visão acerca da aplicabilidade de determinadas normas. Isolar determinados institutos em face de um procedimento tão amplo, como é o processo penal, nos impede de analisar com clareza o binômio necessidade-adequação de cada uma das etapas integrantes deste todo.

A condução coercitiva, objeto de estudo desta assertiva monográfica, ficou evidente nos últimos anos, devido as grandes investigações realizadas pela Polícia Federal e Ministério Público – tal como a lava jato. O seu uso exacerbou-se nas diversas fases que eram deflagradas, ocupando os noticiários nacionais quase que diuturnamente.

O apelo popular a esta operação foi massivo, e a resposta encontrada pelas autoridades investigativas, para manter tal apoio, foi a de divulgar cada etapa superada. Contudo passaram a se tornar evidentes alguns procedimentos específicos mais utilizados em questão.

Dentre eles estava a já citada condução coercitiva, que até certo ponto era visto como mero procedimento ordinário, mas passou a ter papel importante, pois era a porta de entrada ao juízo, na maior parte das vezes, de pessoas influentes política e economicamente, que nunca haviam sido jurisdicionadas de tal forma – na ânsia de se obter o resultado útil e a obtenção da justiça social.

Contudo, muito passou a se confundir a respeito da aplicabilidade de tal norma, pois a sua interpretação começou a extrapolar os limites literais do texto legal, com o objetivo de atender a vontade do parquet e o anseio popular. Dessa maneira, se tornou necessário discutir a aplicabilidade deste instituto, que cada vez mais fugia do seu propósito original; discussão essa que chegou ao plenário de STF em julho de 2018.

Vale destacar que esta analise não objetivou descontruir, tampouco desmerecer, o papel desta e de outras operações, que, pela sua importância no combate à corrupção, se tornaram marcos na história jurídica brasileira; mas verificar a real necessidade de certos procedimentos que, na maior parte das vezes, não encontrou o resultado útil esperado.

Ora, conduzir coercitivamente um acusado ao juízo, com vistas a constranger sua pessoa, bem como tentar retirar dali alguma confissão ou respostas de um interrogatório; permeado nos dias atuais pela autonomia das partes, bem como da ampla defesa e contraditório, onde este pode ficar, inclusive calado, sem qualquer prejuízo processual, parece minimamente arcaico.

Vale dizer, ainda, que a condução coercitiva já apresentou um papel importante na legislação penal. Época a qual o réu já adentrava ao processo com a vestimenta de culpabilidade, onde até o seu silencio poderia ser interpretado como fundamento para uma condenação futura.

No entanto a legislação evoluiu, ou melhor dizendo, se adaptou à realidade social; assim, tais artigos, que faziam parte de um procedimento anterior, já não encontram mais espaço de atuação no procedimento atual, conclusão defendida por esta monografia e concluída pelo plenário do STF.

REFERÊNCIAS

A LAVA JATO EM NUMEROS NO PARANÁ. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 18 mai. 2018.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Manual de Processual Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

AVENA, Norberto Claúdio. Processo Penal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Súmula Vinculante 25, STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRITO, Alexis Couto de. Processo Penal Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. Curso de Processo Penal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. Curso de Processo Penal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMINARES IMPEDEM REALIZAÇÃO DE CONDUÇÕES COERCITIVAS PARA INTERROGATÓRIO DE INVESTIGADOS. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271>. Acesso em: 31 mai. 2018.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14° ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. 6° ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar. Medida cautelar na ADPF 395. 2018. 35 págs. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – STF, Brasil.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. II. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Ciências Criminais

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA JUSTIÇA DE PRINCÍPIOS FLEXIBILIZADOS

Priscilla Vasconcelos da Silva

RESUMO

A justiça restaurativa é um modelo de justiça processual penal baseado em valores e princípios próprios que visam à resolução consensual do conflito objetivando não a punição, e sim a responsabilização do infrator, reparação da vítima e a restauração das relações rompidas entre as partes envolvidas (ofensor, vítima e comunidade). Trata-se de via alternativa ao modelo retributivo focado na punição daquele que delinquiu. No processo penal tradicional há o afastamento da vítima, a qual é substituída pelo Estado. O sistema penal retributivo está deslegitimado e ineficiente, visto que não consegue atingir os propósitos aos quais se objetiva. Diante de tal cenário a o modelo restaurativo se apresenta como meio eficaz para aliviar a sobrecarga do sistema penal em colapso. A justiça restaurativa, no entanto, é alvo de críticas quanto aos seus procedimentos no que se refere a flexibilização de alguns princípios do direito penal retributivo, o que poderia ensejar a adoção de um direito penal do inimigo. Neste trabalho serão analisados os princípios básicos do processo de cada um dos sistemas apontando algumas (in) compatibilidades entre eles com o objetivo de demonstrar que a flexibilização necessária ao desenvolvimento do processo restaurativo em nada se aproxima da criação de um direito penal do inimigo. Para tal, foi utilizada como base a pesquisa bibliográfica, literária em livros, periódicos, artigos, teses, dissertações, sites da web, dentre outros que versam sobre a Justiça penal.

Palavras-Chave: Justiça restaurativa. Justiça retributiva. Princípios norteadores. Flexibilização de princípios. Direito penal do inimigo.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a ineficiência do sistema penal é evidente a necessidade de se buscar alternativas capazes de promover mudanças concretas nas instituições repressivas do Estado. Neste contexto a justiça restaurativa aparece como uma

opção de se fazer justiça com resultados mais satisfatórios e eficazes do que o sistema retributivo vigente. É certo que a fórmula de responder à violência do crime com a violência da punição aplicada pelo Estado é adotada há séculos, o que justifica o senso comum de que só pela imposição de penas duras é que se resolverá o problema da criminalidade.

É por esta razão que a sociedade clama frequentemente por respostas penais mais rigorosas, com a edição de leis cada vez mais severas, sem se dar conta que estas medidas só ampliam o poder do Estado de punir o que efetivamente não surtirá os efeitos que são esperados. Acredita-se que a imposição da pena é a única alternativa viável para resolver os problemas das pessoas em conflito com a lei.

Entretanto, o que se vê atualmente é o seguinte: a) varas criminais abarrotadas com inúmeros processos compostos por conflitos que poderiam ser resolvidos antes de serem judicializados; b) sistema carcerário caótico, funcionando na contramão do que deveria; sendo de fato escola para cometimentos de novos crimes ao invés de espaço destinado à ressocialização do infrator; c) segurança pública que agoniza mergulhada em meio à criminalidade e violência crescentes.

É diante deste cenário de decadência do sistema penal que se identifica a necessidade preemente de se adotar novas formas de resolução dos contenciosos penais, de modo a evitar que o infrator e a sociedade continuem sofrendo as consequências irrecuperáveis geradoras do modelo de sanções de reposta ao crime utilizadas pelo sistema retributivo. Mesmo ante as críticas referentes acerca da flexibilização de alguns princípios do modelo tradicional, que leva algumas correntes a entenderem o processo penal restaurativo como um tipo de direito penal do inimigo, a justiça restaurativa se apresenta, como via alternativa à justiça retributiva-punitiva a fim de viabilizar a solução consensual de conflitos criminais.

A metodologia adotada neste trabalho foi a pesquisa teórica para verificação *a priori*, dos fundamentos e princípios processuais das justiças retributiva e restaurativa. Em seguida, ante a sistemática de tais elementos norteadores que regem o processo penal verificar a (in) compatibilidade principiológica entre os modelos

restaurativos e retributivo, tendo por base a Constituição Federal Brasileira e as normas regulamentadoras da justiça restaurativa declaradas no âmbito internacional e interno.

2 DIREITO E JUSTIÇA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

2.1 Justiça e direito na sociedade

O conceito de Justiça é comumente atrelado ao conceito de Direito desde a antiguidade, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho. Isto acontece porque a ideia de justiça engloba valores inerentes ao ser humano, tais como o direito à igualdade, liberdade, fraternidade, dignidade, equidade, moralidade, segurança, entre outros.[1]

Ainda nas palavras de Cavalieri: "o direito é uma intervenção humana, um fenômeno histórico e cultural concebido como técnica para a pacificação social e a realização de justiça."[2] Desse modo, se entende que enquanto a Justiça remonta a um rol exemplificativo de valores sociais dinâmicos, o Direito é um conglomerado de normas e princípios que são aplicados para garantia da justiça.

Neste ponto, cabe analisar alguns conceitos de justiça construídos ao longo da existência humana, com a finalidade de entender como esse conceito de punição foi atrelado ao conceito de justiça. Para tal, mister observar a concepção de justiça, em Aristóteles, tida como a mais relevante das virtudes do bem viver, por agregar um pouco de todas as demais virtudes.

Nas diretrizes do filósofo, a principal regra da justiça é o fato de que, ninguém é justo ou injusto consigo mesmo, mas só com outrem. Em outras palavras, a justiça tem como destinatário o outro. A justiça em Aristóteles possui ainda três elementos: alteridade, débito e proporção. A alteridade representa a bilateralidade da

[1] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, justiça e sociedade. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 18, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

[2] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, justiça e sociedade. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 18, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017

justiça, já o débito se traduz no fato de que todos estão contraindo dívidas uns para com os outros, seja a dívida simbólica ou material.[3]

A civilização romana, dentre outras, buscou nos gregos a inspiração para os princípios de justiça que ainda temos hoje: igualdade, neutralidade e eficácia. Essas três dimensões fundamentais se condensam na imagem de Têmis, deusa que era para os gregos a inspiração para tais princípios e os quais eram nela simbolizados.

A divindade grega é representada de olhos vendados, para demonstrar sua imparcialidade, com uma balança em uma das mãos, indicando que deve existir equilíbrio nos julgamentos e decisões. Os pratos iguais da balança de Têmis indicam que não há diferenças entre os homens quando se trata de julgar os erros e acertos. Na outra mão, a deusa traz a espada que representa o poder coercitivo necessário à aplicação do Direito.

Nas palavras de Rudolf Von Ihering:

> "A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente; completam-se mutuamente; e na realidade, o verdadeiro estado de direito só pode reinar quando a força despendida pela justiça para empunhar a espada à habilidade que emprega em manejar a balança."[4]

Atualmente é questionamento comum se há justiça ou injustiça das leis principalmente no âmbito do órgão aplicador do Direito. É nesse momento, o da aplicação da lei ao caso concreto, que se verifica se a lei positivada é, ou não, adequada para alcançar o resultado que atenderá aos padrões de justiça, assim entendidos pela sociedade.

Neste ponto surgem dois entendimentos: um defende que a aplicação do direito se renova continuamente em total sincronia com as constantes modificações da sociedade e, o outro, que o direito nem sempre tem acompanhado, satisfatoriamente, a constante mutação social, por ainda estar preso às disposições

[3] *JUSTIÇA segundo Aristóteles*. Disponível em: <https://eticaejustica.wordpress.com/justica-segundo-aristoteles> acesso em 15 set. 2017.
[4] IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

literárias das leis, na mais das vezes, ultrapassadas e não condizentes às necessidades da sociedade, fato este que leva à crença de um direito injusto.

É diante da observação do cenário atual que entra a discussão sobre a atuação do aplicador do Direito na adequação desta lei estática ao fato real, que se apresenta, obviamente, carregado com todas as particularidades inerentes às ações de cada indivíduo, enquanto ser único que é.

Vale lembrar que a lei não é criação do aplicador dela, mas sim do legislador que ao editá-la deverá observar todo o cenário social buscando adequar o respeito aos princípios de direitos inerentes ao indivíduo, e as formas de sanções efetivamente eficazes para garantir que o justo e a paz social sejam alcançados sem violar os direitos da pessoa humana.

Sobre isto Cavalieri aduz que cabe ao legislador fazer a lei, mas que a obra da criação do direito não lhe é exclusiva, uma vez, que diferentemente do que se leciona, os operadores do direito – os juristas, os magistrados, os advogados – atuam efetivamente neste processo de criação. Nesse sentido aduz o autor:

> "Creio que a justiça está para o direito como o horizonte está para cada um de nós. Quanto mais caminhamos em direção ao horizonte – dez passos, cem passos, mil passos, - mais ele se afasta de nós, na mesma proporção. Nem por isso o horizonte deixa de ser importante porque é ele que nos permite caminhar. Pois também o direito, na permanente busca da Justiça, está sempre caminhando, em constante evolução."[5]

Na Justiça penal, o objetivo é manter o convívio pacífico da sociedade. Para isto é conferido ao Estado o poder punitivo. A partir do Século XVIII a privação de liberdade dos transgressores das leis penais passou a ser instrumento de ação do Estado no exercício do seu *jus puniendi*. Entretanto, o que ocorreu é que as prisões se tornaram a principal forma de punição; tal fato apontou de pronto para a flagrante ineficácia do Estado em suas funções de conferir aos seus nacionais a convivência pacífica.

[5] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, justiça e sociedade. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 18, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

A partir daí se entendeu que cercear a liberdade do infrator, de forma indiscriminada, não resolve os problemas de violência e cometimentos de novos crimes, além do fato de não coadunar com as funções que legitimam a justiça penal. Nos mesmos moldes alerta Aury Lopes Júnior: "A ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência".[6]

Nota-se, portanto, que o modelo e concepção de fazer justiça penal na cultura contemporânea ainda têm como base as mesmas diretrizes daquela usada no passado, qual seja a punição mais gravosa para aquele que transgride. Em outras palavras, neste sistema a única forma possível de fazer justiça é a aplicação efetiva das sanções previstas nas leis àquele que transgrediu.

Logo, tem-se uma paz social pautada única e exclusivamente na justiça punitiva, frente às condições em que se apresenta o cenário penal ao longo da história resta evidente que este sistema há muito (talvez tão logo após ter sido adotado) dá sinais de ineficácia e incapacidade de promover a justiça ou a paz social. É em função desta realidade que surgem, ainda na década de 70, os primeiros movimentos de justiça restaurativa, questionando o modelo de resolução de conflitos e violências.

A justiça restaurativa aponta para a importância da reversão de padrões, da necessidade de desconstruir paradigmas de classificações do ser humano em homens bons e homens maus. Libertando estes últimos de amarras que os mantêm presos à condição de maus, sem qualquer oportunidade de levar os outros indivíduos a compreenderem o percurso que o levou até aquele momento e, principalmente, ao fato gerador da situação de violência.

[6] LOPES JUNIOR, 2006 *apud* CRUZ, Rafaela Alban. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. *Tribuna Virtual*, ano 1, n. 2, mar. 2013. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao02_Rafaela.pdf> Acesso em: 15 set. 2017.

Conforme palavras de Cavalieri, a finalidade do Direito é a realização da justiça, por sua vez a justiça tem por objetivo a transformação social, ou seja, a construção de uma sociedade justa, definição esta que vai ao encontro do expressamente previsto no art. 3º da Constituição Federal Brasileira.

Logo, se observa que a ideia da justiça restaurativa está intimamente ligada a todos os parâmetros de ideais de justiça que se pretende alcançar, assim sintetizada no estudo lançado em 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ): "O trabalho da Justiça Restaurativa é conectar as pessoas a uma experiência profunda e vivencial de Justiça." [7]

2.2 Definindo a justiça restaurativa

A justiça restaurativa é tradicionalmente conceituada como método ou técnica de resposta ao crime que busca solucionar conflitos, baseando-se em valores e princípios, com objetivo de reparar danos gerados pelo delito e restaurar as relações entre as partes envolvidas – vítima, ofensor, e sociedade – que participam diretamente do processo em patamar de igualdade.

Daniel Van Ness explica a justiça restaurativa usando as palavras de Gerry e Jonhstone: "é um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e outras formas de comportamentos problemáticos". [8]

Tony Marshall definiu a justiça restaurativa como "um processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa vêm discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da ação e a suas implicações no futuro" [9], e

[7] CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). *Justiça restaurativa*: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016.
[8] VAN NESS, 2007 *apud* ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[9] MARSHALL, Tony. F. Seeking the whole justice. In: HAYMAN, S. (Org.). *Repairing the damage*: restorative justice in action. London: ISTD, 1997. Disponível em:

ainda explica que na aplicação das práticas restaurativas as partes decidem em conjunto a melhor forma de resolver os desdobramentos gerados pela ofensa.

2.3 Delineamentos conceituais

A crescente insatisfação com a justiça criminal tradicional ensejou os primeiros trabalhos sobre justiça restaurativa, que segundo Braithwaite se manifestou no Ocidente em 1974, na cidade de Kitchener (Ontário, Canadá), a partir de um programa de reconciliação que consistia em mediação de conflitos, entre vítima e ofensor, depois da cominação da decisão judicial. A partir daí surgiu a necessidade de se desenvolver conceitos acerca da denominada justiça restaurativa.

Albert Eglash, na década de 70, no texto "Beyond Restitution: Creative Restitution" usou pela primeira vez a expressão "Justiça Restaurativa", muito embora práticas restaurativas já fossem utilizadas desde os primórdios das civilizações humanas tanto do oriente, como do ocidente. A garantia da justiça na solução de conflitos entre muitos povos da antiguidade era alcançada pela aplicação de princípios restaurativos, essa tradição, no entanto, foi suplantada pelos modelos de justiça criminal existentes na atualidade em quase todas as nações.

Foi a partir dessa transposição que a ideia de justiça se estabeleceu e se solidificou sob o pilar da punição. A equivalência entre punição e justiça se assentou no senso comum tornando-se, de fato, uma cultura mundial. Howard Zehr escreveu sobre o tema afirmando:

> "É muito difícil compreender que o paradigma que consideramos tão natural, tão lógico, tem, de fato, governado nosso entendimento sobre o crime e justiça por apenas alguns poucos séculos. Nós não fizemos sempre da mesma forma e, ao invés desse modelo, as práticas de Justiça Comunitária acompanharam a maior parte de nossa história. Por todo esse tempo, técnicas não-judiciais e formas não-legais de resolução de conflitos foram amplamente empregadas. As pessoas, tradicionalmente, eram muito relutantes em apelar para o Estado, mesmo quando o Estado pretendia intervir. De fato,

<https://www.un.org/ruleoflaw/files/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2018.

> quem apelasse ao Estado para a persecução penal poderia ser estigmatizado por isso. Por séculos, a intervenção do Estado na área de persecução criminal foi mínima. Ato contínuo, era considerado um dever das comunidades resolver suas próprias disputas internas". [10]

Eglash classificou a justiça criminal em três tipos: retributiva, focada na punição; a distributiva, baseada na reeducação; e a restauradora, focada na reparação do dano, e na reabilitação técnica do ofensor, de forma supervisionada, para encontrar formas de pedir perdão à vítima de seu ato, e depois auxiliar outros ofensores a fazerem o mesmo.[11]

Nota-se que os dois primeiros modelos – retributivo e distributivo – são focados no crime e no infrator, enquanto que no modelo restaurativo se vislumbra a participação da vítima no processo, concentra-se na reparação do dano causado e na reabilitação do infrator, promovendo a conscientização da ofensa causada por sua ação.

No entanto, o modelo restaurativo, não obstante continuar focado na reparação dos danos decorrentes do crime preconiza que tal reparação deverá se voltar para a vítima direta do crime. Mas vai, além disso, haja vista busca atenuar os danos da ofensa que determinado delito causou indiretamente a terceiros e ao próprio ofensor.

Nils Christie, em 1977, afirmou em um artigo no The British Journal of Criminology, que nos modelos tradicionais de justiça penal o "Estado rouba o conflito dos cidadãos" inviabilizando que vítima e ofensor possam tomar consciência de suas parcelas de responsabilidade e culpa e os verdadeiros motivos

[10] ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

[11] SLAKMON, C., R. de Vitto; PINTO, E. R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/justice_pub_restorative%20justice.pdf> Acesso em: 20 abr. 2018.

que levaram ao fato criminoso. Chamando para si à responsabilidade de resolver o litígio, o Estado anula a atuação das partes envolvidas.[12]

No mesmo sentido, Randy Barnet, também em 1977, doutrinou a favor da "restituição pura" como alternativa na justiça penal. Para o autor o crime é uma ofensa direta a determinado indivíduo e não ao Estado, "consistindo sua forma pura na compensação pelo dano causado sem passar pela imposição de sofrimento ao ofensor", nas palavras de André Ribeiro Giamberardino.[13]

Howard Zehr afirmou que a justiça precisa ser vivida, que a simples informação de que a justiça foi feita e que o ofensor irá para a cadeia não é capaz de garantir a sensação de justiça, assim ensina: "Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência da justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isto por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça." [14]

Para Zehr a justiça restaurativa não é só uma nova forma de fazer justiça, mas uma possibilidade de alcançá-la por outras formas. Pois, além de gerar prejuízo o crime gera um dano essencial que é a perda de confiança a nível interpessoal e social e "o que realmente as vítimas e as comunidades precisam é ter sua confiança restaurada", sendo obrigação do ofensor demonstrar que é confiável. Neste sentido afirma Zehr:

> "O objetivo da justiça deve ser para incentivar este processo. O objetivo primordial da justiça, então, deveria ser o restabelecimento da confiança. A tentativa de conseguir isso em ambos os níveis pessoal e social pode fornecer um guarda-chuva unificador para a nossa resposta ao crime. Ao invés de substituir outros, os objectivos mais tradicionais, que se tornaria a principal consideração na sentença, oferecendo

[12] CHRISTIE, Nils. Conflicts as property, *The British Journal of Criminology*, v. 17, 1977. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a046783>. Acesso em: 12 mar. 2018.
[13] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. 2014. 238 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
[14] ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

> razões e limites para a aplicação de metas, como a incapacitação e punição." [15]

Observa-se, até aqui, que há uma diversidade de entendimentos e ausência de consonância entre os muitos autores sobre a definição e os objetivos da justiça restaurativa, que ora é considerada como um movimento social pelos direitos das vítimas, ora como técnicas capazes de solucionar conflitos criminais por meio de simples conciliação e reconciliação entre os envolvidos, e em outros momentos como meio de intervenção não-estatal de assistência às partes na resolução do conflito criminal. Conforme fica explicitado nas palavras de Johnstone e Van Ness:

> "Alguns consideram a justiça restaurativa como uma nova técnica social ou programa que pode ser usado no interior dos nossos sistemas de justiça criminal. Outros procuram, em última análise, abolir grande parte do edifício de punição do Estado e substituí-lo por respostas baseadas na comunidade que ensinam, curam, reparam e restauram vítimas, autores de crimes e suas comunidades. Outros, ainda aplicam a visão de cura e restauração a todos os tipos de conflitos e danos. Na verdade, o objetivo final e foco principal, eles sugerem, deveria ser a mudança da maneira como vemos a nós mesmos e nos relacionamos com outros da vida cotidiana."[16]

2.4 A evolução do conceito

Para Ivo Aertsen[17], o sistema restaurativo, em linhas gerais, é um processo solucionador de problemas orientado para reparar danos para a vítima e sociedade, não somente baseada na punição, mas na conscientização do infrator sobre o que a vítima e a comunidade pensam sobre o delito por ele cometido. O autor explica que não se trata de uma técnica ou método ou um montante de princípios, justiça restaurativa é uma ação orientada para dar uma resposta efetiva ao crime e que proporcione uma reparação máxima do dano causado à sociedade e a vítima.

---

[15] ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

[16] VAN NESS, 2007 *apud* ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

[17] Ivo Aertsen é diretor, professor e pesquisador do Instituto de Criminologia de Leuven, da Faculdade de Direito da Universidade de Leuven, Bélgica; coordenador de Linha de Pesquisa em Justiça Restaurativa no Instituto de Criminologia de Leuven. Graduado em Direito e Psicologia, doutor em Ciência Criminológicas, na Universidade de Leuven; ex-presidente do Fórum Europeu de Justiça Restaurativa (2000-2004).

Aertsen afirma que a justiça restaurativa é uma forma de reconectar a vida das partes buscando o reequilíbrio das relações rompidas pelo fato delituoso. Neste processo é fundamental colocar vítima, infrator e sociedade juntos para buscar a resposta ao crime, prática esta que garante maior efetividade na aplicação da justiça criminal, "a vítima e a comunidade contribuem com a sociedade para ajudar na resposta ao crime", e ainda acrescenta ser um equívoco considerar as práticas restaurativas como ideológicas, pois elas são aceitas por órgãos e organismos internacionais." [18]

"O que é a justiça criminal nos dia de hoje?", questiona Aertsen. Para ele, é fundamental pensar se a justiça criminal tradicional é capaz de ajudar a sociedade a conviver em paz, se as respostas aos crimes são legítimas e se a pena aplicada coaduna com os princípios de justiça assim considerados. É a partir das respostas encontradas que será possível reconhecer na justiça restaurativa uma alternativa ao reequilíbrio do cenário de caos que afeta todo o complexo de justiça criminal.

Citando Zehr, o professor diz que "é possível ver o crime com outras lentes", e acrescenta que o confronto com os infratores não os ajudam a ajustar o seu modo de agir, não faz mudar o descrédito que a população desenvolveu em relação à justiça, não responde às crises instaladas dentro do sistema de justiça criminal, não resolvem a falta de efetividade da pena.[19]

Em 2012, a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução nº 2002/12, a qual estabelece Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, adotando o seguinte conceito de justiça restaurativa:

> "Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros

[18] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *TJDFT realiza palestra sobre justiça restaurativa*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/abril/tjdft-realiza-palestra-sobre-justica-restaurativa>. Acesso em: 15 ago. 2018.

[19] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *TJDFT realiza palestra sobre justiça restaurativa*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/abril/tjdft-realiza-palestra-sobre-justica-restaurativa>. Acesso em: 15 ago. 2018.

> indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles) (BRASIL, 2002).” [20]

Diante das várias definições até aqui é possível destacar dois aspectos solidificados dentro do conceito de justiça restaurativa: a busca na mudança de paradigmas dentro do convívio social no que refere à resolução de conflitos criminais; e o princípio da direta participação de vítimas e ofensores no processo de resolução do conflito, de modo que sejam eles os responsáveis por encontrar a solução adequada. Neste sentido, corrobora a definição dada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir da Resolução 225:

> “A Justiça Restaurativa traz, como objetivo principal, a mudança dos paradigmas de convívio entre as pessoas, para construir uma sociedade em que cada qual se sinta igualmente responsável pelas mudanças e pela paz, ou seja, instituindo a ideia da corresponsabilidade e de um poder *com* o outro, de forma a deixar de lado esse poder *sobre* o outro, que é causa de tanta insatisfação e, por conseguinte, de violência. Em resumo, a Justiça Restaurativa resgata o justo e o ético nas relações, nas instituições e na sociedade. Dessa forma, para além de remediar o ato de transgressão, a Justiça Restaurativa busca, também, prevenir e evitar que a violência nasça ou se repita. Assim, não se resume a um procedimento especial voltado a resolver os litígios, apesar de compreender uma gama deles.”[21]

2.5 Conclusão

Ante ao exposto, se observa que não existe um conceito único e engessado de justiça restaurativa, que se trata, ao contrário, de definição ainda em construção, conceito em aberto e dinâmico que em última análise retrata a própria ideia das práticas restaurativas, as quais se moldam a cada caso concreto sem estabelecer

[20] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 da ONU*: princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal: 37ª sessão plenária. 24 de Julho de 2002. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

[21] CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). *Justiça restaurativa*: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016.

respostas padrão, que só poderão ser determinadas quando buscadas a partir da peculiaridade de cada caso.

Após ter clara a definição de justiça restaurativa e os ideais aos que se propõe o próximo capítulo será dedicado ao estudo dos princípios sob os quais se estruturam os processos penais, tanto do sistema retributivo, como dos adotados pela justiça restaurativa. Para em momento posterior fazer as considerações acerca da flexiblilização de alguns destes princípios estruturantes do processo penal.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Faz-se necessário antes de se tratar dos princípios e valores que norteiam a justiça restaurativa fazer um comparativo com o modelo de justiça tradicional – retributiva. Para tanto, será abordado inicialmente os princípios basilares que regem o sistema processual penal em termos gerais.

No entanto, necessário ressaltar, que alguns dos princípios regentes do processo penal são internacionalmente estabelecidos e outros serão analisados à luz das diretrizes da Constituição brasileira e do Direito processual penal brasileiro. Em um segundo momento será traçado uma breve análise entre os dois modelos de justiça (retributiva e restaurativa) abordando as características e diferenças de cada qual. Para só então, passar ao estudo dos princípios regentes e valores da justiça restaurativa.

3.1 Justiça retributiva

O direito processual penal é ramo de direito público que regula por meio de normas e princípios atos interdependentes que visam alcançar a prestação jurisdicional do Estado com o objetivo de solucionar conflitos de natureza penal. Assim, quando uma infração penal é cometida nasce para o Estado o *jus puniendi*, que é o direito-dever de punir o autor do ilícito penal aplicando as normas e princípios de maneira consubstanciada de modo a garantir que ao presumido autor do fato seja aplicada a pena justa e adequada.

Nas palavras de Nucci: "Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto." [22]

Logo, o objeto do processo penal é a prestação jurisdicional, entre o *jus puniendi* do Estado e o direito de liberdade do presumido autor do fato infringente da norma. Ensina Fernando Capez: "Sem o processo não há como solucionar o litígio (ressalvados os casos em que se admitem formas alternativas de pacificação), razão por que é instrumento imprescindível para resguardo da paz social."[23]

O processo penal é regido por alguns princípios que lhe são próprios e estão disciplinados na Declaração dos Direitos Humanos, Estatuto de Roma, dentre outros, no âmbito internacional, bem como nas leis regentes de cada nação. Nos regimes democráticos, o processo penal é um instrumento garantidor da liberdade individual, nos Estados totalitários, ao contrário, consideram-se as razões do Estado. O processo penal brasileiro é regido por garantias expressas na Constituição Federal bem como em outros diplomas legais.

Princípios processuais penais segundo Miguel Reale são: "verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade" [24]

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi consolidada a ideia de uma ética universal a partir de um consenso sobre valores que deveriam ser respeitados pelos Estados, o objetivo era definir uma ordem mundial pautada no respeito à dignidade humana. O Brasil, como Estado-membro, adotou um sistema normativo compatível com a Declaração, estando os princípios processuais penais em consonância com os ditames do documento.

---

[22] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[23] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[24] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

3.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da Legalidade é o basilar de toda ordem jurídica, uma vez que é a lei que institui toda a regulamentação para promover e garantir o convívio pacífico e equilibrado entre os indivíduos na sociedade. O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, enuncia que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Na esfera processual penal, a diretiva da legalidade se encontra, no art. 5°, inciso XXXIX, da Constituição Federal. O brocardo *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* certamente representa a mais importante característica de legalidade no campo penal, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prevê que "Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita".

No artigo X da Declaração está consagrado o princípio do Devido Processo Legal (*due process of law*), que confere ao indivíduo o direito de não ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, este alcança qualquer liberdade. *In verbis:* "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir se seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela."[25].

Na Carta Magna, o princípio está previsto no artigo 5º, inciso LIV. Trata-se de um princípio maior do qual deriva todos os outros. O Devido Processo Legal subdivide-se em outros, todos devidamente elencados na Constituição Federal e diplomas normativos.

3.1.2 Princípio do Contraditório e da Ampla defesa

[25] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

No art. 5º, LV, CF está previsto o princípio do Contraditório, que confere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito de contradizer os fatos a eles imputados. No artigo está consagrado o direito à ampla defesa, sendo permitido usar todos os meios e recursos necessários para exercício da defesa, desde que não constituam prova ilícita, a fim de provar a veracidade de suas alegações, podendo, inclusive, negar ou se calar. O princípio do contraditório está previsto no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

3.1.3 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da Presunção de Inocência, ou da Não culpabilidade está previsto no art. 5º, LVII da CF: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.". Significa dizer que, enquanto a sentença não se tornar definitiva, ninguém poderá ser considerado culpado. Para Capez o princípio da presunção da inocência se desdobra em três aspectos:

> "a) no momento da instrução processual, como presunção relativa de não culpabilidade, invertendo o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual."[26]

Tal princípio está declarado no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei." No artigo 66 do Estatuto de Roma de 1988 está previsto, *in verbis*:

> "1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar

[26] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

> convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável."[27]

A presunção de inocência ou não culpabilidade também está expressa na Declaração dos Direitos Humanos no artigo XI:

> "1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional." [28]

3.1.4 Princípio da Verdade Real

Princípio da Verdade Real é o dever do juiz investigar os fatos a fim de compreender como eles ocorreram no caso concreto, para entender as condições em que foram os fatos executados e quem os praticou. Para atender a esta fase imprescindível à formação de sua convicção, pode, o juiz, buscar provas por todo meio cabível no curso do processo para garantir o desfecho mais adequado ao processo criminal. Neste sentido comenta a professora Ada Pellegrini Grinover: "no Processo Civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal [...] no Processo Penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento a verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença". [29]

3.1.5 Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal

No processo criminal prevalece o princípio da Indisponibilidade (ou da obrigatoriedade) que é a base de muitos sistemas penais pelo mundo, nestes o crime

[27] BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm> Acesso em: 10 abr. 2018.
[28] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.
[29] CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

é considerado ofensa irreparável aos interesses da sociedade e a pena é forma de restauração do ordenamento jurídico violado.

O princípio da indisponibilidade da ação penal quer dizer que uma vez iniciado o processo a vítima não terá mais poder sobre ele, pois a ação passa a ser de titularidade do Estado, que entra como o único capaz de resolver os conflitos criminosos, sejam eles quais forem por meio de aplicação de penas.

As normas penais visam assegurar a convivência pacífica entre os indivíduos na sociedade e tem caráter público para garantir que o *jus puniendi* do Estado, "daí a regra de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para apreciarem a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal, quer do inquérito policial" [30] Este princípio se encontra fundamentado no artigo 42 e 576 ambos do Código de Processo Penal.

3.1.6 Princípio da Inércia ou da Iniciativa das Partes

Princípio da Inércia ou da Iniciativa das Partes (*ne procedat iudex ex officio)*, disciplina que, em regra, o juiz não se manifesta sem ser provocado, ou seja, a jurisdição é inerte. A Constituição Federal disciplina em seu art. 129, I que cabe privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública e, ao ofendido, a ação penal privada, bem como, a subsidiária da pública (art. 29 e 30 do Código de Processo Penal Brasileiro; art. 5º, LIX, CF).

3.1.7 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é o direito que tem a parte de buscar revisão das sentenças proferidas pelo juiz de primeira instância junto ao órgão jurisdicional superior. A Constituição Federal outorga a vários órgãos esse poder de reexame em seus arts. 102, II, 105, II e 108, II.

[30] CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

3.1.8 Princípio do Promotor Natural e Imparcial

Princípio do Promotor Natural e Imparcial confere ao indivíduo o direito de ser acusado por órgão imparcial do Estado designado em lei, a fim de que seja garantido julgamento isento. É vedada a designação de procurador ou promotor *ad hoc* no sentido de fixar prévia orientação.

3.1.9 Princípio da Identidade Física do Juiz

Princípio da Identidade Física do Juiz, consiste na vinculação do juiz ao processo. De acordo com esse princípio o mesmo juiz que participou da instrução criminal, ou seja, da fase de produção de prova, deverá proferir a sentença. Essa exigência atende ao disposto no art. 399, § 2º do Código de Processo Penal, que passou a vigorar por determinação da Lei n. 11.719/2008.

3.1.10 Princípio do Favor Rei

O princípio do favor rei diz que na dúvida deve sempre favorecer o acusado. Existindo dúvida ou duas interpretações absolve-se o réu por insuficiência de provas, podendo-se resumir deste modo: havendo conflito entre o *jus puniendi* do Estado e *o jus libertatis* do acusado, assegura-se o direito de liberdade do acusado. A previsão legal está disposta no art. 386, inciso VII; 617 e 621 do Código de Processo Penal.

Restam assim elencados os princípios de base que devem ser observados em qualquer processo penal. O rito processual é técnico, e os procedimentos e observância dos princípios, e de todo conjunto normativo devem ser observados integral e detalhadamente pelo aplicador da Lei, a fim de garantir que todas as fases processuais se desenrolem, cada uma ao seu tempo, e sem inversão de ordem para se chegar a uma sentença mais justa possível.

3.2 Tipos de processo penal

O processo penal pode ser de três tipos: 1) Inquisitivo o qual se caracteriza pela ausência do contraditório; pela concentração no órgão judicial das funções de acusar, defender e julgar; 2) Acusatório, caracteriza-se pela possibilidade do contraditório; pela publicidade dos atos processuais, por um regime de provas racional; e 3) Misto, nesse tipo de processo a fase de investigação é dirigida por um juiz de instrução sem a possibilidade do contraditório e a segunda fase, a de julgamento, presidida por outro juiz, o juiz da causa.

O sistema acusatório foi acolhido pela Constituição brasileira, o seu texto assegura o contraditório, a ampla defesa e o princípio da presunção de não culpabilidade, além de prever expressamente a separação das funções de acusar, defender e julgar.

Na visão de Nucci, se as disposições Constitucionais fossem seguidas de forma exclusiva seria possível dizer que o sistema processual penal brasileiro é acusatório. "Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado (...)" [31] Entretanto, a doutrina majoritária pacificou entendimento de que diante das garantias constitucionais não se pode entender o sistema processual penal como outro a não ser o acusatório.

3.3 Justiça restaurativa

> "As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos." [32]

Todo o processo restaurativo é baseado em princípios, alguns deles advêm da justiça retributiva, outros, no entanto, são próprios do modelo. Evidente que alguns

[31] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[32] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 da ONU*: princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal: 37ª sessão plenária. 24 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

princípios do sistema tradicional são mitigados pela justiça restaurativa, uma vez que se mostram incompatíveis com seus próprios princípios e divergem do objetivo visado. No entanto, há princípios basilares que regem qualquer tipo de processo que busque a solução de controvérsias, pois são eles os responsáveis por assegurar os direitos fundamentais a todos os indivíduos.

A Resolução nº 2002/12 da ONU é o documento que elenca os princípios sob os quais se fundamenta a justiça restaurativa e ainda assenta orientações a serem observadas pelos Estados quando da implementação dos programas. Essa orientação geral visa garantir que os modelos restaurativos sejam semelhantes em todos os Estados, no entanto cada país criará suas regulamentações a fim de adequar os programas a sua realidade interna, mas sempre assentados sobre as orientações do documento da ONU.

3.3.1 Princípio da Voluntariedade

Dentre os princípios norteadores pode-se destacar o princípio da Voluntariedade, participar do processo restaurativo é manifestação de vontade das partes, tem que ser ato espontâneo, não podendo existir obrigatoriedade. Assim também ensina Aertsen[33] quando afirma que a voluntariedade é um dos princípios mais importantes da justiça restaurativa, já que não pode ser imposta em nenhuma hipótese aos envolvidos no conflito.

As partes é que devem decidir se querem resolver o conflito penal usando a justiça restaurativa ou a justiça comum. Devendo ser informadas sobre o procedimento do novo modelo, sobre a possibilidade de desistência a qualquer momento e que em havendo a desistência o processo terá prosseguimento no modelo tradicional. Neste sentido disciplina a Resolução nº 2002/12 da ONU:

[33] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *TJDFT realiza palestra sobre justiça restaurativa*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/abril/tjdft-realiza-palestra-sobre-justica-restaurativa>. Acesso em: 15 ago. 2018.

> "Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais".[34]

3.3.2 Princípio do Consensualismo

O princípio do Consensualismo determina que as sessões restaurativas só poderão ter início após um acordo para a fixação de regras de conduta, as quais deverão ser observadas durante todo o processo, este deve ser marcado pela cooperação das partes que devem ser previamente esclarecidas sobre os direitos que lhes assistem, conforme a Resolução da ONU, *in verbis:* "A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior." [35]

3.3.3 Princípio da Confidencialidade

O princípio da Confidencialidade é uma segurança que tem as partes de que tudo o que for pronunciado na sessão será mantido sob sigilo, vedando que qualquer das informações possam ser utilizadas a favor, ou contra. Assim, as declarações prestadas pelo ofensor não poderão ser usadas para agravar a pena na justiça comum, caso ele se recuse a restauração com a vítima. Conforme art. 14 da Resolução: "As discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser

[34] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 da ONU*: princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal: 37ª sessão plenária. 24 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

[35] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 da ONU*: princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal: 37ª sessão plenária. 24 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional.” [36]

3.3.4 Princípio da Imparcialidade

O princípio da Imparcialidade determina que a postura do mediador deve ser neutra e imparcial, devendo ele analisar os fatos de maneira técnica e conduzir o processo de modo que as partes encontrem por si mesmas a forma de resolução do conflito que satisfaça a todos, pois só assim se poderá alcançar a restauração.

As regras do processo devem ser claras e previamente estabelecidas devendo atender aos interesses de cada um dos envolvidos, sem atribuir benefícios que desarmonize o processo em razão de concessões que privilegiem uma parte em detrimento da outra. Assim, dita o art. 18 o documento da ONU: “Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.” [37]

3.4 CONCLUSÃO

Elencados os princípios restaurativos e retributivos, cabe ressaltar que muito embora não se paute pelo rigor a justiça restaurativa é sistematizada nesses princípios primordiais. O não rigorismo se justifica, unicamente, pela necessidade de adaptação dos programas restaurativos a cada caso concreto, pois só assim é possível construir o cenário de justiça que satisfaça as especificidades de cada feito.

---

[36] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 da ONU*: princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal: 37ª sessão plenária. 24 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

[37] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 da ONU*: princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal: 37ª sessão plenária. 24 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

Passa-se agora ao estudo comparativo dos dois modelos de justiça criminal. Em linhas gerais, serão apontadas as principais diferenças que os distanciam. Imprescindível, para tanto, delinear alguns conceitos sobre o direito penal e o papel que tem desempenhado nas sociedades. Todo o conjunto possibilitará demonstrar que a justiça restaurativa é poderosa ferramenta para reequilibrar o sistema penal, mas que para tanto é necessário romper paradigmas que ditam que a justiça penal só pode ocorrer por meio do binômio crime-sanção.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA X JUSTIÇA RETRIBUTIVA

4.1 Principais diferenças

O crime para a justiça retributiva é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei. A culpa é determinada pela justiça e o foco está no infrator, o objetivo é intimidar e punir. Essa dinâmica é uma disputa, regida por regras sistemáticas, travada entre o transgressor e o Estado. O modelo tradicional de justiça penal usa a pena como instrumento de controle social, logo a pena tem caráter retributivo, assim explicitado por Capez e Prado:

> "Pena. Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade."[38]

Na justiça restaurativa o crime é entendido como uma violação de pessoas e relacionamentos. Não se trata de disputa entre o infrator e o Estado e sim de busca de soluções que promovam a reparação do erro, a reconciliação entre vítima e ofensor, e ofensor e comunidade, e como consequência natural, a aquisição de segurança pública em algum nível.

A justiça retributiva se apresenta sobre dois pilares a aplicação da pena como retribuição ao mal praticado pelo infrator e a aplicação da pena como forma de

[38] CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

prevenção da criminalidade. Destarte, pode-se de plano afirmar que o objetivo primeiro e último da retribuição é transmitir aos indivíduos da sociedade que eles são controlados por um Estado atento a qualquer ação antissocial.

Nestes moldes, a aplicação das sanções penais não mais coaduna com a ideia de ressocialização no qual se pauta a justiça penal. Muito ao contrário, a pena se torna uma arma de repressão em massa. A máxima condenação do infrator é exemplo para desestimular as práticas delitivas. Nesse cenário, o foco é o crime cometido em afronta ao Estado e a intolerância por parte do mesmo diante de tal afronta e nada mais.

O propósito do modelo da justiça restaurativa é desenvolver na sociedade a cultura de refletir e debater de modo racional sobre os problemas de origem delituosa que eventualmente ocorram. O foco não é o crime como fato, mas sim as consequências do crime nas relações sociais. A justiça restaurativa não visa à punição por si só, mas a conscientização dos motivos que levaram àquela pena. Nas palavras de Leonardo Sica "o objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime".[39]

Importante apontar as diferenças entre os valores nos quais se baseiam cada um dos modelos de justiça apresentados, pois enquanto a justiça retributiva utiliza o conceito de crime como ato de afronta à sociedade; a justiça restaurativa utiliza o conceito mais realístico ao dizer que crime é um ato que gera danos, a vítima, causando-lhe traumas.

Na justiça retributiva há a primazia do interesse público quando o Estado passa a exercer o monopólio da justiça criminal representando vítima e sociedade. Na justiça restaurativa, ao contrário, há soberania das partes e participação da comunidade diretamente interessada ou afetada pela prática delitiva.

[39] SICA, L. *Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa*. 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/28064/bases_para_modelo_brasileiro.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

A culpa individual voltada para o passado é característica do modelo retributivo, já no restaurativo o foco está no futuro quando se busca a restauração das relações numa dimensão social, por meio da responsabilidade das partes envolvidas – vítima, transgressor e sociedade.

A justiça restaurativa é uma justiça participativa, pautada pelo comprometimento com a inclusão e com um modelo de justiça baseada no respeito, na tolerância. No viés contrário segue a justiça retributiva que atua de maneira excludente e com total indiferença às reais necessidades das partes afetadas. Sobre as diferenças entre os dois modelos de justiça ensina Zerh:

> "Justiça retributiva. O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A Justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre o ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas. Justiça Restaurativa. O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A Justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança" [40]

Pedro Scuro Neto elaborou um quadro comparativo que permite melhor compreensão sobre a Justiça Restaurativa e aponta as diferenças em relação à Justiça Retributiva. [41]

Quadro 1 - Crime e justiça: pressupostos[42]

Justiça Retributiva	Justiça Restaurativa
Infração: noção abstrata, violação da lei, ato contra o Estado.	Infração: ato contra pessoas, grupos e comunidades.
Controle: Justiça penal.	Controle: Justiça, atores, comunidade.

[40] ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.
[41] SCURO NETO, Pedro. Por uma justiça restaurativa real e possível. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 99, p. 193-207, set. 2005.
[42] SCURO NETO, Pedro. *Manual de sociologia geral e jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 103.

Compromisso do infrator: pagar multa ou cumprir pena.	Compromisso do infrator: assumir responsabilidades e compensar o dano.
Infração: ato e responsabilidade exclusivamente individuais.	Infração: ato e responsabilidade com dimensões individuais e sociais.
Pena eficaz: a ameaça de castigo altera condutas e coíbe a criminalidade.	Castigo somente não muda condutas, além de prejudicar a harmonia social e a qualidade dos relacionamentos.
Vítima: elemento periférico no processo legal.	Vítima: vital para o encaminhamento do processo judicial e a solução de conflitos.
Infrator: definido em termos de suas deficiências.	Infrator: definido por sua capacidade de reparar danos.
Preocupação principal: estabelecer culpa por eventos passados (Você fez ou não fez?).	Preocupação principal: resolver o conflito, enfatizando deveres e obrigações futuras. (Que precisa ser feito agora?).
Ênfase: relações formais, adversativas, adjudicatórias e dispositivas.	Ênfase: diálogo e negociação.
Impor sofrimento para punir e coibir.	Restituir para compensar as partes e reconciliar.
Comunidade: marginalizada, representada pelo Estado.	Comunidade: viabiliza o processo restaurativo.

Fonte: SCURO NETO, 2000, p. 103.

Inegável que a justiça restaurativa rompe com o modelo retributivo, quando considera que a violação causada à vítima e a sociedade é mais importante do que a causada ao Estado. Fato que aponta claramente para a principal diferença entre os dois modelos de justiça que se pauta especialmente, no tratamento dispendido às partes afetadas pelo crime e na busca pela restauração das relações.

Para sintetizar, ensina Scuro Neto, o que é fazer justiça nos moldes da justiça restaurativa:

> "[...] significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes."[43]

4.2 As três concepções de aplicação do processo restaurativo

Johnstone e Van Ness apresentaram três concepções de justiça restaurativa: a concepção do encontro, que se refere à liberdade dos envolvidos na resolução do conflito; a concepção reparadora, focada na efetiva reparação do dano; concepção transformadora, na qual as ferramentas restaurativas são apontadas como formas de elaboração de uma justiça comunitária apta, a partir de aspectos individuais dos envolvidos, a propiciar uma transformação na maneira que cada pessoa percebe e encara seu modo de vida.[44]

André Ribeiro Giamberardino afirma que o ponto central da justiça restaurativa está "na participação ativa e criativa dos sujeitos criminalizados e vitimizados, na criação de espaços e oportunidades de diálogo e mútua compreensão". Giamberardino classifica os processos restaurativos em três tipos.[45]

A primeira é a Mediação vítima-ofensor, o processo consiste em reunir vítima e infrator na presença de um mediador, com o objetivo de construir um acordo restaurativo a partir de um debate sobre a origem e as consequências da conduta delitiva na esfera individual.

A segunda é a chamada Reunião coletiva ou *conferencing*, trata-se de um momento que proporcionará um diálogo no qual também se discutirá os motivos e as

[43] SCURO NETO, Pedro. Por uma justiça restaurativa real e possível. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 99, p. 193-207, set. 2005.
[44] VAN NESS, 2007 *apud* ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
[45] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. 2014. 238 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

consequências do crime cometido visando buscar uma reparação do dano, mas numa prospecção coletiva, não individual.

E a terceira são os chamados Círculos decisórios ou *sentencing circles*, a pretensão desta técnica é proporcionar um diálogo entre grupos de pessoas envolvidas na situação ocasionada pelo cometimento do delito visando buscar uma reparação ou minimizar danos e traumas ocorridos em virtude do fato criminoso.

Diante de todo o exposto e da apresentação da dinâmica sob a qual se desenvolve o processo restaurativo é possível visualizar que em nenhum momento as partes são afastadas ou substituídas, como ocorre no sistema retributivo, aliás, como já foi estudado, a participação dos envolvidos em todas as fases do processo é condição *sine qua non*; observa-se ainda a busca pela composição do conflito, outra característica inexistente no modelo tradicional.

Por fim, nota-se que todo o processo leva à compreensão e conscientização de todo o contexto fático referente ao fato delituoso, o que permite que a sanção estabelecida tenha caráter de reparação e responsabilização, e não caráter repressivo a exemplo do que ocorre no modelo retributivo.

4.3 Princípios dos Processos Restaurativos e Retributivos: (In) Compatibilidades

Questão importante quando se trata do movimento restaurativo é quanto à compatibilidade de seus princípios com a principiologia do processual penal tradicional, sob o aspecto operacional da justiça restaurativa observa-se que seus enfoques de abordagem se apresentam em perfeita consonância com os objetivos da Constituição brasileira e de documentos internacionais, como exemplo a já citada, Resolução nº 2002/12 da ONU.

Muito embora só se possa vislumbrar tal ideia quando as práticas restaurativas são vistas como instrumentos capazes de promover a concretização do

ideal democrático e não como alternativa para aplicação da pena de forma eficaz. [46] Entretanto, é preciso ter em mente que o procedimento restaurativo não é, ainda, expressamente previsto em lei como devido processo legal em sentido formal.

Tendo por base tudo o que foi apontado até aqui, passa-se agora, para um breve estudo, a partir das diretrizes preconizadas pela ONU e à luz da legislação pátria, com a finalidade de verificar quais os princípios do processo penal tradicional também norteiam a justiça restaurativa e quais são, por ela, flexibilizados.

4.3.1 Princípio da Legalidade

O processo é necessariamente formal, visto que é com a estrita observância das regras que as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade na aplicação da jurisdição nos moldes do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Uma das críticas que se tece sobre a justiça restaurativa frente aos princípios constitucionais é que sua aplicação gera a privatização do direito penal. Afirma-se que o infrator é submetido a um processo ilegítimo sob o controle de pessoas destituídas de autoridade pública.

Destarte, é de se observar que a utilização de outras formas de solução de conflitos penais compatibiliza-se, perfeitamente, com a garantia constitucional de acesso à justiça inserido no art. 5º, inciso XXXV, da CF. Além disso, é possível afirmar que justiça restaurativa atende de maneira rápida e eficaz ao direito da célere e efetiva prestação jurisdicional, prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF.

Os programas de justiça restaurativa estão em total consonância com a Constituição que dispõe em seu art. 98 sobre a criação de Juizados Especiais, órgãos de intervenção que tem por finalidade promover a conciliação entre as partes envolvidas em crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que a pena

[46] SILVA. Mário Edson Passerino Fischer da. *Reflexões sobre a (in)viabilidade da adoção de um modelo restaurativo de justiça no âmbito do processo penal brasileiro*: uma análise a partir da ótica da instrumentalidade constitucional do processo. 2015-2016. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_1053_1090b.pdf> Acesso em: 28 ago. 2018.

máxima em abstrato não ultrapasse dois anos. A criação dos Juizados Especiais foi regulamentada pela Lei 9.099/95 e da leitura do seu art. 76, que permite a transação penal, como exemplo, conclui-se que a justiça restaurativa em nada contraria a legislação pátria. Sobre a lei que previu a flexibilização das vias punitivas, Luiz Vicente Cernicchiaro comenta:

> "A lei 9.099/95 constitui um sistema jurídico. Em sendo assim, reúne normas orientadas por princípios próprios. Anote-se. Princípios tradicionais do Direito Processual Penal foram repensados. Assim, o princípio da indisponibilidade, do contraditório e o exercício da defesa plena pelo acusado. Afastou-se a instrução criminal, como antecedente lógico da sentença penal condenatória. O *status* de condenado pode resultar independentemente de sentença condenatória transitar em julgado." [47]

No ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 225 a qual traça parâmetros e orientações acerca do que é, como deve ser aplicada, e os benefícios da justiça restaurativa. Em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181 que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. No capítulo VII o documento trata da possibilidade de acordo de não-persecução penal, *in verbis*: "quando os delitos forem cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal [...]". Os incisos do art. 18 da Resolução listam os requisitos que devem ser atendidos para a concessão da não-persecução penal.

4.3.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não são aplicados pela justiça restaurativa, porquanto o processo restaurativo é pautado pela voluntariedade e a colaboração das partes. Isso não significa dizer que o imperativo constitucional seja desrespeitado, o que ocorre é que a não obrigatoriedade de resolver o conflito

[47] CERNICCHIARO, 1996 *apud* CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). *Justiça restaurativa*: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016.

pelas vias restaurativas leva à necessidade, para que ela se torne realizável, de que antes do início das sessões exista a assunção da responsabilidade por parte do infrator. A linha em que segue o processo restaurativo não é a de atribuir culpa ou autoria, e sim a de elucidar os motivos que o levaram a tal prática, não tendo o que se falar, nesses moldes, em contraditório no processo restaurativo.

No tocante a ampla defesa há que se ressaltar que durante todo o processo o mediador confere oportunidade para todas as partes se pronunciarem de forma igualitária a fim de alcançar a resposta que satisfaça a cada um equilibradamente. Tal prática pode ser considerada, por assim dizer, em a ampla defesa da justiça restaurativa, já que é permitido ao infrator falar sobre as razões que o levaram a cometer o ilícito.

Neste sentido aduz Renato Campos Pinto De Vitto:

> "A prática restaurativa [...] Deve ocorrer preferencialmente em local neutro para as partes, e se desenrola, basicamente, em duas etapas: uma na qual são ouvidas as partes acerca dos fatos ocorridos, suas causas e consequências, e outra na qual as partes devem apresentar, discutir e acordar um plano de restauração. Ressalte-se que é fundamental assegurar aos participantes boa informação sobre as etapas do procedimento e consequências de suas decisões, bem como garantir sua segurança física e emocional."[48]

4.3.3 Princípio da Presunção de inocência ou da não culpabilidade

É necessário que existam provas suficientes de autoria e materialidade para que os processos da justiça restaurativa possam ser iniciados, conforme a Resolução 2002/12 da ONU, no entanto, isso não quer dizer que o cometedor do crime deva ser "condenado" antes do fim das sessões. Conforme, apresentado, o princípio restaurativo da confidencialidade não permite que a admissão de culpa pelo infrator seja utilizada contra ele quando não há acordo de restauração ao fim do processo.

[48] SLAKMON, C., R. de Vitto; PINTO, E. R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/justice_pub_restorative%20justice.pdf> Acesso em: 20 abr. 2018.

Contudo, ainda que a confissão seja o primeiro passo para viabilizar a aplicação dos métodos restaurativos, esta não poderá ser usada para condenação ou agravamento de pena na justiça comum, a qual deverá observar as regras do processo penal que prima pela presunção da não culpabilidade. Ambos os princípios – confidencialidade (restaurativo) e presunção de inocência (retributivo) – podem coexistir. Não há que se falar em mitigação ou prejuízo para o autor do delito, visto que cada um é aplicado em processos que não se comunicam.

4.3.4 Princípio da Indisponibilidade da ação penal

Ainda que o sistema jurídico brasileiro determine que o processo penal se paute pelos princípios da Obrigatoriedade, da Indisponibilidade da ação penal pública e do *nulla poena sine judicio* (proibição de aplicação da pena sem processo anterior), fato é que desde o advento da Constituição Federal de 1988 há um forte movimento de flexibilização de tais princípios, que pode se justificar em dois pontos: primeiro, o direito não é algo estático no tempo e no espaço; segundo, o colapso no qual imerge o sistema penal tradicional.

Conforme citado, a lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe importantes inovações à sistemática do processo penal, merece destaque o princípio da discricionariedade regrada, que rompe com a rigidez do princípio da indisponibilidade da ação penal, porquanto, excepcionalmente, autoriza ao Ministério Público dispensar a persecução criminal para dispor de medidas alternativas. Nos dizeres de Aury Lopes:

> "A nosso ver, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública não foi fulminado ainda, mas foi mitigado. Nos moldes tradicionais, não poderia o Ministério Público dispor da ação penal, não podendo dela desistir, transigindo ou acordando. Ao MP, continua sendo usada a desistência pura e simples da ação penal de iniciativa pública, como é possível ao querelante na perempção da ação penal privada ou o perdão. É

> a consagração do princípio da Discricionariedade regrada sempre sujeito ao controle judicial.” [49]

Entretanto, conforme citado anteriormente em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público promulgou a Resolução nº 181 que permite o acordo de não persecução penal nos casos de crimes cometidos sem lesão ou grave ameaça, desde que atendidos os requisitos estabelecidos pelo documento.

O que significa que mesmo os sistemas regidos pelo princípio da Obrigatoriedade admitem sua atenuação abrindo espaço para uma discricionariedade para os órgãos criminais configurar quais infrações apresentam grau de insignificância suficiente para tornar a *persecutio criminis* dispensável, adotando vias capazes de dirimir o conflito satisfatoriamente para os atores do fato delituoso.

Trata-se, como se pode notar, de meio alternativo para a resolução do conflito sem que se proceda um processo penal formal, em outras palavras, trata-se de aplicação de métodos de justiça restaurativa, uma vez observado que um dos requisitos para a realização do acordo de não persecução penal é justamente reparar o dano ou restituir a coisa à vítima.

Diante de todo exposto há que se ressaltar que não ficam aqui elencados todos os meios legais de legitimação da justiça restaurativa, no entanto, os citados mostram a sua compatibilidade e, mais que isso, sua adoção, pelo sistema de justiça criminal.

A partir de tais identificações verificar-se-á se a justiça restaurativa pode ser considerada uma forma de direito penal do inimigo ou, ao contrário, modelo viável de resposta ao crime pautado por princípios flexibilizados diante da necessidade de se adaptar à realidade de caos no qual está inserido o sistema penal pela incapacidade de cumprir suas promessas de fazer uma justiça verdadeiramente justa.

4.4 Justiça restaurativa X direito penal do inimigo

[49] LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Na maioria das sociedades modernas o direito penal adquiriu um papel de educador social, fato intrigante e igualmente incômodo, se analisado sob as perspectivas sociais e democráticas que deveriam predominar sobre os sistemas autocráticos e repressivos. Entretanto, na contramão disso o fenômeno do Estado Penal avançou enquanto que o Estado Social encolheu ao priorizar o setor repressivo ante os investimentos sociais. Tal fato mostra um Estado delineado por linhas autocráticas e repressivas.

As políticas criminais e as leis penais assumiram o papel de tranquilizadores da sociedade, criando assim um simbolismo do direito penal. Esse efeito simbólico induz os indivíduos a crerem que o sistema repressivo é medida suficiente para garantir o equilíbrio entre o cometimento de crimes e a punição do infrator, o qual não voltará a delinquir porque recebeu uma pena tão severa – e porque não dizer cruel – que jamais se atreverá a reincidir.

A criação de tal ficção só é possível num cenário de caos, onde uma sociedade intimidada pelos altos índices de criminalidade aciona o Estado para intervir em qualquer tipo de comportamento antissocial tornando-o uma infração tutelada pelo direito penal. Leonardo Sica, assim destacou: "o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.".[50]

Diante de tal raciocínio, resta claro a pretensão de se educar a sociedade segundo as diretrizes do direito penal, fazendo com que toda infringência às leis, independente do grau de relevância e ofensa, sofram as punições mais graves possíveis. No entanto, o que ocorre na prática é a utilização indevida do direito penal, visto que é fantasiosa a ideia de que é possível responder de forma efetiva e eficiente a todas as infrações penais com sanções cada vez mais severas de modo a reduzir a criminalidade a um patamar baixo o suficiente para um maior e melhor controle social.

[50] SICA, 2002 *apud* GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo> Acesso em: 14 set. 2018.

Neste ínterim, a realidade é que a severidade da pena não é fator suficiente para diminuir as condutas infratoras, mas a capacidade do Estado em responder de forma satisfatória às infrações penais, por outro lado, é caminho eficaz de controle da criminalidade. Assim, já lecionava Beccaria, em 1764, "a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade [...]".[51]

Deste modo, as vias alternativas de aplicação do direito penal surgem como poderoso trunfo, pois ao mesmo tempo em que oferecem respostas eficazes às infrações penais, também promovem, por meio de suas técnicas efetiva reeducação social. Entretanto, a aplicação de modelos alternativos de resolução de conflitos penais, observadas à luz de seus princípios, pode significar, de acordo com algumas correntes doutrinárias, a adoção de um direito penal do inimigo.

4.4.1 Direito penal do inimigo

A expressão direito penal do inimigo foi criada pelo alemão Günter Jakobs, na da década de 80, o objetivo do autor era distinguir o direito penal do cidadão pautado pela tradição garantista observadora de todos os princípios fundamentais, e o direito penal do inimigo, um direito despreocupado com tais princípios fundamentais, vez que o infrator não deve ser considerado um cidadão e sim um inimigo do Estado.

Segundo o autor, o direito penal se estabelece em dois extremos quanto suas regras, de um lado estão o cidadão, em relação ao qual o direito penal só reage após a ocorrência do fato, do lado oposto está o inimigo, que recebe uma resposta prévia do direito penal, a ação visa interceptar a ocorrência do fato, para tal se combate a

[51] BECCARIA *apud* GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo> Acesso em: 14 set. 2018.

"perigosidade" do indivíduo. [52] Nesse sentido leciona o autor: "a punibilidade se adianta um grande trecho, até o âmbito da *preparação*, e a pena se dirige a assegurar *fatos futuros*, não a sanção de *fatos cometidos*".[53]

Jakobs preconiza que a primeira forma de manifestação do direito penal do inimigo é a antecipação da punibilidade, a segunda é a desproporcionalidade das penas aplicadas, geralmente muito altas, e por fim, a terceira forma, é a relativização de determinadas garantias materiais e processuais, que chegam mesmo a ser suprimidas. [54]

Em suma, o direito processual penal do inimigo caracteriza-se por um processo direcionado para determinados indivíduos rotulados como inimigos, os quais se diferenciam de cidadãos comuns e, portanto, merecem ser submetidos a um direito penal distinto daquele aplicado aos demais indivíduos da sociedade.

Neste ponto, cabe refletir acerca da seguinte questão: a flexibilização dos princípios do processo penal, inclusive os constitucionais, pela justiça restaurativa, significa a adoção de um direito penal do inimigo?

4.5 A legitimidade da flexibilização de princípios

Ressalta-se, aqui, que o direito penal do inimigo possui características próprias, que concerne em suprimir fases e garantias do processo penal comum – direito penal do cidadão –, e neste ponto, frisa-se, que tais características em nada se assemelham as flexibilizações permitidas no processo da justiça restaurativa.

Cabe frisar que a supressão é o mesmo que extinção, enquanto a flexibilização se refere a uma diminuição na abrangência de determinado princípio.

---

[52] JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003 *apud* GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo> Acesso em: 14 set. 2018.

[53] JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003 *apud* GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo> Acesso em: 14 set. 2018.

[54] JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003 *apud* GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo> Acesso em: 14 set. 2018.

Para se flexibilizar direitos e garantias dentro dos sistemas positivados é necessário que tal possibilidade esteja prevista em lei.

Destarte, como visto no início do capítulo anterior, Cavalieri define o Direito como um fenômeno histórico e cultural, um conglomerado de normas e princípios criados pelos homens para garantir a pacificação social e realização da justiça. [55]

Diante disto, não há como considerar o Direito como algo estático. Para atender as demandas da sociedade em constante evolução ele também deve evoluir sob o risco de não conseguir garantir a paz e a justiça. Desta maneira, o próprio Direito autoriza a flexibilização de direitos e garantias que se apresente em desalinho com o sistema jurídico, mas tal mitigação só é permitida nos moldes das normas legais.

Exemplo clássico é a Lei 9.099/95 que permite a transação penal, por força da previsão do art. 98, da Constituição Federal, outro é o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade previsto no art. 5º, inciso LVII da CF, *in vervis*: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Conforme já visto, o princípio da presunção da inocência é uma das orientações estruturantes do direito penal, no entanto ele não obsta a aplicação das prisões provisórias se elas forem fundamentadamente indispensáveis. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que não existe incompatibilidade entre o princípio da não culpabilidade e a necessária limitação do direito da liberdade do acusado.

Diante do estudo exposto resta evidente que a flexibilização de princípios do processo penal não significa a adoção de um direito penal do inimigo. Para tanto, é preciso compreender que o modelo restaurativo não se opõe à justiça penal retributiva, ao invés disso guarda relação de complementariedade. Em outras

[55] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, justiça e sociedade. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 18, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

palavras, não se pretende suprimir a justiça retributiva, vez que a justiça restaurativa não se mostra viável para resolver todos os tipos de conflitos penais. Neste sentido, a coexistência entre as duas justiças penais (restaurativa e retributiva) se demonstra viável e necessária.

Imprescindível salientar que a justiça restaurativa não representa uma forma de direito penal do inimigo, a finalidade do modelo restaurativo não é criar um novo sistema jurídico penal, mas sim contribuir para que paradigmas do atual sistema sejam transformados. O foco é a mudança de perspectivas nas soluções de conflitos penais. O modelo restaurativo retrata um progresso dentro do sistema penal que já não se sustenta ou justifica dentro dos moldes atuais. Neste sentido Luiz Flávio Gomes asseverou que o sistema tradicional da Justiça Criminal:

> "[...] acha-se, desde sempre, em crise. Porque absolve ou condena, mas não 'resolve' o problema criminal (praticamente nada de positivo faz para a solução verdadeira do problema). Porque impõe suas decisões com 'imperium', mas sem 'auctoritas'. Porque se preocupa exclusivamente com o castigo do agente culpável – isto é, com a pretensão punitiva do Estado, que é só um dos sujeitos implicados no problema criminal – mas não atende às legítimas expectativas dos restantes: da vítima, da comunidade, do próprio infrator. A efetiva reparação do dano causado pelo delito, a preocupação com a reinserção social do delinquente e a pacificação das relações interpessoais e sociais afetadas pelo crime não são considerados seriamente pelo modelo clássico, que atua guiado mais por critérios de eficiência administrativa do que de justiça e equidade. Há, portanto, espaço para o crescimento no Brasil da chamada Justiça restaurativa."[56]

Ante o exposto conclui-se que a justiça restaurativa não é viável a todas as situações de crime, no entanto, possui enorme potencial de transformação do sistema. A aplicação de suas técnicas é perfeitamente possível para ressignificar a percepção que se tem sobre a infração penal. Os métodos pautados em princípios éticos e morais, do sistema restaurativo, proporcionam espaços para diálogos onde se

[56] GOMES, 2008 *apud* SANTOS, Lucas Nascimento. *Justiça restaurativa e princípio da presunção de inocência*: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa. 193 f. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/11321/1/LUCAS%20NASCIMENTO%20SANTOS.pdf> Acesso em: 16 set. 2018.

promove a inclusão do indivíduo no processo, atribuindo a todas as partes envolvidas parcela de responsabilidade pelo crime. Viabilizando, desta forma, a restauração das relações afetadas pelo crime e a ressocialização do ofensor, e ainda, promovendo a paz social.

5 CONCLUSÃO

O panorama do sistema de justiça criminal punitivo é caótico e a impossibilidade de se atingir os fins aos quais se destina testemunha à falência do método em três frentes: o controle social, a prevenção do crime e a ressocialização do infrator. O que se constata é que o sistema não funciona, logo, se depreende que as penas punitivas não surtem o efeito esperado.

No entanto, esse problema se arrastou ao longo de alguns séculos sem ser questionado, há uma insistência em fazer o mesmo sempre, logo se segue cometendo o mesmo erro reiteradas vezes o que desencadeia um processo de aumento de violência, criminalidade e reincidências no crime.

Neste sentido ensina Ela Wiecko V. de Castilho: "é preciso reconhecer os efeitos nocivos da pena de prisão e a necessidade de se identificar mecanismos diversos da privação da liberdade como resposta às condutas criminalizadas [...]"[57].

A justiça restaurativa provoca nos indivíduos, estejam eles na condição de vítimas, infratores, operadores do direito, legisladores ou doutrinadores a necessidade de reverem paradigmas, de reconstruírem valores a partir de novas experiências, incitando, deste modo, um desenvolvimento social pautado em novos parâmetros mais humanizados do ideal de justiça, o que claramente aponta para uma sociedade com menos índices de criminalidade e mais responsabilidade social dos indivíduos.

[57] CASTILHO, Ela Wiecko V. *Roubo e furto no Distrito Federal*: avaliação da efetividade das sanções não-privativas de liberdade. 2009. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/roubo-e-furto-no-df-avaliacao-da-efetividade-das-sancoes-nao-privativas-de-liberdade.pdf> Acesso em: 15 set. 2018.

Desse modo, ainda que sejam muitas as críticas que se tecem sobre a flexibilização dos princípios do processo penal pela justiça restaurativa há que se levar em consideração que se trata de método que possui técnicas que demonstram sua eficácia para muito além de uma simples alternativa de resolução de conflitos criminais.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm> Acesso em: 10 abr. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Ela Wiecko V. *Roubo e furto no Distrito Federal*: avaliação da efetividade das sanções não-privativas de liberdade. 2009. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/roubo-e-furto-no-df-avaliacao-da-efetividade-das-sancoes-nao-privativas-de-liberdade.pdf> Acesso em: 15 set. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, justiça e sociedade. *Revista da EMERJ*, v. 5, n.
18, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property, *The British Journal of Criminology*, v. 17, 1977. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a046783>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). *Justiça restaurativa*: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016.

CRUZ, Rafaela Alban. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. *Tribuna Virtual*, ano 1, n. 2, mar. 2013. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao02_Rafaela.pdf> Acesso em: 15 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *TJDFT realiza palestra sobre justiça restaurativa*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/abril/tjdft-realiza-palestra-sobre-justica-restaurativa>. Acesso em: 15 ago. 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. 2014. 238 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo> Acesso em: 14 set. 2018.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

JUSTIÇA segundo Aristóteles. Disponível em: <https://eticaejustica.wordpress.com/justica-segundo-aristoteles> acesso em 15 set. 2017.

LOPES Jr. Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARSHALL, Tony. F. Seeking the whole justice. In: HAYMAN, S. (Org.). *Repairing the damage*: restorative justice in action. London: ISTD, 1997. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 da ONU*: princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal: 37ª sessão plenária. 24 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Lucas Nascimento. *Justiça restaurativa e princípio da presunção de inocência*: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa. 193 f. 2013. Dissertação

(Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/11321/1/LUCAS%20NASCIMENTO%20SANTOS.pdf> Acesso em: 16 set. 2018.

SCURO NETO, Pedro. *Manual de sociologia geral e jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCURO NETO, Pedro. Por uma justiça restaurativa real e possível. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 99, p. 193-207, set. 2005.

SICA, L. *Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa*. 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/28064/bases_para_modelo_brasileiro.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SILVA. Mário Edson Passerino Fischer da. *Reflexões sobre a (in)viabilidade da adoção de um modelo restaurativo de justiça no âmbito do processo penal brasileiro*: uma análise a partir da ótica da instrumentalidade constitucional do processo. 2015-2016. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_1053_1090b.pdf> Acesso em: 28 ago. 2018.

SLAKMON, C., R. de Vitto; PINTO, E. R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/justice_pub_restorative%20justice.pdf> Acesso em: 20 abr. 2018.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Ciências
Criminais

APLICAÇÃO DA LEI DO FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE TÉCNICA-JURÍDICA SOBRE UMA POSSÍVEL RESISTÊNCIA NA APLICAÇÃO DA LEI DO FEMINICÍDIO EM 03 (TRÊS) CASOS

Rosana de Cássia Gonzaga de Almeida

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como pano de fundo o crime de feminicídio, crime mais perverso de violência contra a mulher. A delimitação do tema é relevante, pois traz a realidade da violência de gênero, bem como uma provável omissão do Judiciário na aplicação da lei do feminicídio, além de características machistas no teor das decisões. Neste contexto, utilizou-se a Metodologia de Análise de Decisões para selecionar 03 (três) decisões e analisá- las de acordo com a Integridade do Direito de Ronald Dworkin. As cidades escolhidas foram Ceilândia- DF e Taguatinga- DF. O estudo foi realizado com base em livros, artigos, relatórios, periódicos, revistas, jurisprudências e sites relacionados ao tema. Neste sentido, a análise comprovou que o feminicídio é um crime de Estado, no sentido de que o mesmo é responsável pela violação dos Direitos femininos e pela perpetração do crime de feminicídio em seu território, e ainda, que a tipificação do crime, embora muito importante, não tem sido eficaz para que haja uma real mudança na situação das mulheres vítimas de violência de gênero.

Palavras-chave: Feminicídio. Integridade do Direito. Machismo. Feminismo

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer que o objetivo do presente trabalho é demonstrar uma possível resistência na aplicação da Lei 13.104/2015 em virtude de uma influência do machismo no Judiciário, analisando conceitos de termos importantes como feminicídio, machismo e patriarcalismo evidenciando uma relevância empírica e teórica acerca do tema.

Assim, as problemáticas relacionadas a gênero estão diretamente interligadas a uma sociedade machista, que colocam as mulheres em um patamar inferior, de desigualdade e submissão ao homem. Dessa forma, ao considerar o machismo como um problema histórico cultural, reproduzido pelo senso comum predominante na sociedade brasileira, o tema de pesquisa se faz importante e significativo para o universo jurídico, uma vez que traz a realidade da violência de gênero bem como uma provável omissão do judiciário em relação a estes casos.

Não resta dúvida, portanto, de que a criminalização de homicídios femininos foi muito significativa, uma vez que evidencia essa problemática trazendo uma realidade que não é demonstrada no seio social, e representa um avanço no entendimento de discriminação, violência e ausência de políticas públicas que visem à prevenção e extinção desses crimes. Este tipo de violência (feminicídio) é a forma mais cruel de violência contra a mulher, e está relacionado a um desejo de domínio masculino, ou seja, ao machismo (a uma negação a independência feminina) e à manutenção do patriarcalismo, que viola os Direitos Humanos das mulheres.

Desta forma, o problema de pesquisa procura demonstrar que devido ao fato de o machismo ser um problema cultural, é possível que o judiciário tenha uma resistência em aplicar a qualificadora do crime de femicídio, nos casos de homicídios femininos, ou tentar burlar esta qualificadora.

A presente pesquisa será realizada através da Metodologia de Análise de Decisões – MAD, que fará um estudo e análise de 03 (três) decisões referentes a casos de feminicídio, sendo 02 (dois) na cidade satélite de Ceilândia-DF e um na cidade satélite de Taguatinga- DF, que foram escolhidas em razão de a autora residir nesta localidade e pelo fato de no Distrito Federal o número de feminicídios ter aumentado em 60% no ano de 2018, tendo como líder a cidade satélite de Ceilândia com o maior índice de feminicídio, ocupando o terceiro lugar em feminicídio consumado e o primeiro lugar em tentativas. (Secretaria de Segurança Pública, 2018)

Além disso, buscar-se-á através desta análise uma possível resistência na aplicação da lei do feminícidio que foi inserida no Código Penal Brasileiro no ano de 2015, nas decisões.

Ademais, a pesquisa relacionará as decisões com o princípio da Integridade do Direito proposto por Ronald Dworkin, objetivando verificar de forma efetiva se os juízes estão esgotando todo o conjunto de princípios em suas decisões, para que estas sejam justas e equitativas.

Para desenvolver tal análise, no primeiro capítulo serão abordados o conceito de machismo e patriarcalismo, bem como a diferença entre os dois e, por fim, será estudado o contexto histórico das lutas femininas até a criação e os efeitos da Lei Maria da Penha.

O segundo capítulo abordará o conceito do feminicídio e a relevância da criação da Lei 13.104/2015 para o Brasil e, posteriormente, será feita uma reflexão sobre a Integridade do Direito proposta pelo autor Ronald Dworkin, para posterior análise das decisões.

No terceiro e último capítulo, serão analisados a funcionalidade do Tribunal do Júri, o debate acerca da subjetividade e a objetividade da qualificadora do feminicídio, bem como a análise técnica de 03 (três) decisões referentes a casos de feminicídios julgados no Tribunal do Júri de Ceilândia-DF, onde buscar-se-á demonstrar uma possível resistência por parte dos julgadores em aplicar a qualificadora do feminicídio nesses casos.

2 MACHISMO E SEUS IMPACTOS SOCIAIS

Embora ainda muito presente na sociedade, o machismo, por vezes, é uma realidade de difícil percepção. Mesmo em falas femininas, há comportamentos que ao serem analisados podem apresentar algum teor machista. Desta forma, ainda que indiretamente, podemos dizer que mesmo com a evolução que tivemos sobre as

questões de gênero o machismo está intrínseco na sociedade brasileira. Logo, também se encontra nos discursos proferidos pelo Judiciário.

Em consonância com o que foi dito, o autor David Alexandre diz que, ao procurar essas ações de forma detalhada, percebemos o machismo de forma silenciosa e resiliente na sociedade. Ao analisarmos quantitativamente e qualitativamente os discursos de homens e mulheres, percebemos que os avanços que tivemos sobre as questões de gênero não estão sendo suficientes. (MARTINS, 2016.)

As problemáticas relacionadas a gênero estão diretamente interligadas às sociedades extremamente machistas, que colocam as mulheres em um patamar inferior, de desigualdade e submissão ao homem.

Considerando que o preconceito é a fonte da violência, os grupos minoritários como mulheres e homossexuais são excluídos e considerados inferiores dentro dessa sociedade, e por consequência disto o preconceito desencadeia também a discriminação. Nestas estruturas sociais, portanto, propaga-se o processo histórico reiteradamente registrado na história do mundo ocidental: o poder concentra-se no homem branco. (LOURO, 2000)

Ademais, a ideologia machista se origina e cria raízes na desigualdade e, portanto, podemos considerá-la uma das diversas formas de preconceito, uma vez que o preconceito geralmente é consequência da desigualdade social. Com isso, não podemos dizer que existem pessoas livres de preconceito. Mesmo que não se queira, absorve-se muito de nossa herança cultural que vem repleta de segregações aos diferentes.

O machismo é, assim, um problema cultural que não se restringe a um conjunto de práticas, mas sim àquilo que dá significado a essas condutas e que as define como práticas e condutas machistas.

Nesse Segmento, Vinicius Siqueira afirma que:

> O machismo está impregnado na cultura. Logo, a cultura é, também, machista. Não se trata de um conjunto de práticas, mas daquilo que dá validade e significação para este conjunto de práticas e para aquilo que, em última instância, define quais práticas estão neste conjunto. (SIQUEIRA, 2013)

É importante frisar, ademais, que existe diferença entre machismo e patriarcado.

No pensamento machista, o homem sempre é superior a mulher. Logo, o conceito do que é o machismo se resume em opiniões e atitudes que expressam uma desigualdade entre os gêneros.

A identidade humana passa impreterivelmente pelo machismo, pois os educadores (pais e professores) são, ainda que de forma involuntária repetidores e mantenedores do machismo, a sociedade nasce e forma seu caráter nessas diretrizes. Desde criança existe uma superioridade do menino pelo fato dele ser "macho" e uma inferioridade em relação a menina. O machismo é uma sensação e uma presença interna tanto no indivíduo quanto na sociedade. (MARTINS, 2016)

O patriarcalismo está, por sua vez, presente na relação familiar, onde a mulher se encontra submissa ao pai e posteriormente ao marido. Mas não se limita somente a essa esfera, uma vez que o patriarcado se mostra de forma sutil e está diretamente ligado aos sistemas de dominações como capitalismo e escravismo.

De forma simplificada, podemos dizer que o machismo é formado de entendido atitudes, comportamentos e opiniões sobre a mulher. Já o patriarcado frequentemente pode ser caracterizado pela dominação que o homem exerce sobre a mulher, embora seja algo mais complexo e amplo. (SIGNIFICADOS, 2017)

Maria do Perpétuo Socorro corrobora da mesma opinião dizendo que o patriarcalismo é caracterizado por uma autoridade imposta sobre mulheres e filhos no meio familiar, permeando toda a sociedade. O patriarcado funda a estrutura da sociedade e recebe reforço institucional. Com isso, os relacionamentos interpessoais são marcados pela dominação e violência. O fato de que suas raízes estão na

estrutura familiar não pode ser esquecido, pois é importante para o ponto de vista analítico e político. (BARRETO, 2004)

O patriarcalismo ainda está presente em diversos lugares da sociedade ocidental, o que nos faz voltar ao que foi dito acima, onde dissemos que ainda não temos conquistas suficientes contra o preconceito e violência de gênero. Entretanto, alguns valores "universais" estão perdendo espaço.

Podemos assim dizer que o machismo não é somente uma ideologia. A influência desta dominação impede e ofusca, com frequência, os avanços e as lutas das minorias que veem essa prática com mais clareza que os demais da coletividade e buscam mudanças nestas relações de dominação.

Roger Lancaster (1992 apud GUTMANN, 2013, p.72) apoia este pensamento ao dizer que "machismo é resiliente não apenas porque constitui uma forma de 'consciência'; não é uma 'ideologia' no sentido clássico do conceito, mas um campo de relações produtivas". (GUTMANN, 2013)

O machismo é, por conseguinte, um problema de gerações que ainda levará outras tantas gerações para que se possa perceber as mudanças esperadas por essa minoria que há muito tempo está plantando, ou melhor, implantando o espírito de igualdade para o combate ao machismo e tantas outras formas de preconceito.

Hoje, embora estas lutas ainda não tenham efeitos significativos, podemos ver que aos poucos o machismo vai perdendo o seu espaço, assim como o patriarcalismo.

Nota-se que atualmente, questões como o homossexualismo, racismo e violência contra a mulher estão sendo temas de críticas sociais e debates por meio de manifestações artísticas e culturais diversas, que representam ainda que minimamente um avanço que facilita a luta dos grupos minoritários contra a desigualdade e combate à discriminação de gênero.

2.1 Contexto Histórico do Feminismo

Desde muito tempo até hoje, mulheres sofreram e sofrem diversas discriminações, preconceitos e violências. A imagem da mulher foi relacionada à ideia de fragilidade e fraqueza, que as introduziam em uma situação de dependência da figura masculina, originando uma cultura patriarcal e machista.

A partir da Revolução Industrial, as mulheres passaram a sair de suas casas para trabalharem fora como operárias nas fábricas e indústrias, deixando o espaço doméstico como seu único trabalho diário. Segundo os dados históricos, não foram poucos os problemas enfrentados pelas mulheres. Além de terem que trabalhar fora, também tinham que trabalhar no ambiente doméstico e familiar, e cuidar dos filhos e dos maridos, o que na verdade ainda acontece nos dias atuais. Além desse duplo trabalho (em casa e nas indústrias), no ambiente laboral eram hostilizadas e eram submetidas a uma carga horária muito alta e exaustiva. (RIBEIRO, 2017)

A passagem do século XIX para o século XX foi reconhecida mundialmente pela luta pelos Direitos das mulheres, que foram trazidas e marcadas pelo desenvolvimento e ascensão do movimento feminista.

Neste mesmo período, no Brasil, a luta das mulheres para que tivessem uma vida digna, de liberdade, e fossem consideradas pessoas de Direito equiparadas aos homens, começou com a busca pelo Direito ao voto, que foi conquistado em 1932 quando foi criado e promulgado Código Eleitoral brasileiro. (PINTO, 2010)

A restrição que se tinha quanto à participação feminina no voto no Brasil se deu pelo predomínio de uma sociedade patriarcal que discriminava a figura feminina, colocando-a em um plano inferior. Tem-se então a primeira onda do feminismo, que perdeu força a partir da década de 1930, e só apareceu novamente de forma relevante em 1960. (BUONICORE, 2017)

Observamos que é relativamente recente o reconhecimento da ofensa à mulher como violação aos Direitos humanos, visto que foi através da interferência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que estes temas ganharam repercussão, principalmente pelo apoio dos movimentos feministas da

década de 1960 que também lutavam contra a violência doméstica contra a mulher. No Sistema Interamericano, esse reconhecimento formal ocorre apenas com a Convenção de Belém do Pará, adotada em 1994. (GONÇALVES, 2013).

As questões de gênero significam os papéis sociais que são desenvolvidos de acordo com o sexo da pessoa humana. Nesta problemática, o papel da mulher é o mais estudado em decorrência da desigualdade sexual que acarreta prejuízo da mulher. O gênero (feminilidade e masculinidade), ao contrário do sexo, simboliza uma construção cultural que deriva da vida em sociedade, e varia de acordo com a história e com o país que está sendo estudado. (RIBEIRO, 2018)

Na segunda fase do feminismo, surge um dos mais importantes brocardos "não *se nasce mulher, se torna mulher*" (BEAUVOIR, 1949). Betty Friedan em 1963 publicou um livro de extrema importância para o feminismo chamado *"A mística feminina*".

De acordo com Simone de Beauvoir (2009, p. 07), em sua obra O Segundo Sexo, "Todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade."

Em consonância com o trecho supracitado, a feminilidade e a masculinidade são destinos impostos por educadores e pela sociedade. Desta feita, não basta ser do sexo feminino para ser mulher, para ser mulher é necessário ter feminilidade. (*BEAUVOIR*, 2009)

Durante essa década, o movimento feminista ganhou muita força na França e nos Estados Unidos, pois lá se vivenciava um bom momento para ascensão dos movimentos libertários como o feminismo. Entretanto, no Brasil se vivenciava um momento de repressão total a luta política legal. Desta forma, foi somente em 1970, com toda limitação e dificuldade

encontradas no contexto em que o País se encontrava, que começaram as manifestações femininas no Brasil.

Em 1975, a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou que os próximos 10 anos seriam a década da mulher, e naquele ano no Brasil houve um debate sobre o tema "O papel e o comportamento da mulher na realidade brasileira".

O feminismo no Brasil, em 1980, entra em uma fase de grande agitação na luta pelos Direitos das mulheres, pois havia grupos para uma grande quantidade de temas – violência, sexualidade, igualdade no casamento, Direito ao trabalho dentre outros. Apesar de o movimento feminista brasileiro ter origem na classe média intelectual, o movimento tinha uma relação, ou seja, era interligado com as classes populares e com isso passamos a ter um discurso e percepções para ambos os lados. (PINTO, 2010)

A Constituição de 1988 é uma das que mais garante Direito para a mulher no mundo, este fato se dá graças aos esforços do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM) e o Centro Feminista de Estudos e Assessoria.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) constatou a existência e a persistência de padrões e comportamentos socioculturais discriminatórios que prejudicam o gênero. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apud, Organização dos Estados Americanos, 2007).

O século XXI possui como um dos pontos principais a luta para a erradicação da violência contra mulher, principalmente no âmbito familiar e doméstico. Além das Delegacias Especiais da Mulher que se encontram em vários lugares do País, a principal conquista foi a Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para impedir a violência doméstica e familiar em desfavor da mulher.

2.1.1 Lei Maria Da Penha: Caso Concreto

Em uma madrugada do ano de 1983, Marco Antônio Heredia Viveiros (Heredia) simulou um latrocínio com uma espingarda e atirou à queima-roupa na coluna de Maria da Penha, que por essa agressão sofreu ferimentos graves e foi

submetida a várias operações, ficando paraplégica e com diversos outros traumas físicos e psicológicos.

Ainda em processo de recuperação, foi mantida em cárcere privado, sofreu outras agressões e uma nova tentativa de assassinato em que Heredia derrubou-a da cadeira de rodas sob um chuveiro extremamente danificado. O crime só não se consumou porque Maria foi socorrida pela empregada doméstica. Após essa tentativa, Maria da Penha procurou a Justiça

e separou-se de Marco Antônio. Heredia havia agido de forma premeditada, uma vez que semanas antes tentou persuadir a senhora Fernandes a fazer um seguro de vida a seu favor e cinco dias antes da agressão induziu-a a assinar um documento vendendo seu carro para um comprador desconhecido. (BRASIL, 2012)

O caso Maria da Penha não provocou uma reação nacional. Com o sentimento de abandono por parte da Justiça, ela escreveu um livro "Sobrevivi", onde conta sua história. O livro chegou ao conhecimento de duas entidades de defesa de Direitos Humanos que lhe ajudaram a delatar a indiferença do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A denúncia foi aceita pela Comissão, que declarou a obrigação do Estado brasileiro pelas violações dos Direitos Humanos sofridas pela vítima. A Comissão aconselhou o Brasil para que tomasse medidas pertinentes no sentido de providenciar a imediata responsabilização do agressor quanto às indenizações da vítima pelos danos suportados e, em um plano mais abrangente a adoção de uma legislação plausível com as responsabilidades assumidas pelo Brasil. (CIDH, resolução nº54, 2001)

Marco Antônio Heredia Viveiros foi o maior exemplo da fragilidade do sistema judiciário, visto que todas as vezes que Heredia foi condenado, conseguiu manter-se livre, como se não tivesse cometido crime algum, levando a anulação do processo. (CIDH, apud, GONÇALVES, 2013, p 244 a 247).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi fundamental para que o marido da Sra. Fernandes fosse preso no ano de 2002, pois foi a Comissão que recomendou ao Estado que levasse a cabo uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade civil do autor do delito de tentativa de homicídio contra a Sra. Fernandes, e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes públicos que tenham impedido que o responsável tenha sido punido de forma rápida e efetiva (mesmo com essas recomendações da CIDH. Heredia só foi julgado 19 anos e meio posteriores às violações; vale atentar-se, ademais, que o crime prescreveria com 20 anos, mostrando assim, segundo a CIDH que as decisões judiciais internas neste caso foram negligentes, ineficazes ou omissas por um longo período por parte das autoridades judiciais brasileiras e que houve demora injustificada no julgamento do acusado, colocando em risco haver prescrição do delito). Recomendou-se, também, a reparação efetiva e imediata à vítima, assim como a adoção de medidas, em âmbito nacional, para eliminar a tolerância do Estado em relação à violência doméstica contra mulheres. (GONÇALVES, 2013, p 247).

O Brasil, de certo modo, passa por um processo de transformação, pois a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso *Maria da Penha vs. Brasil* gerou um espaço de debate sobre o problema, que passou a ser um tema de grande polêmica no ordenamento jurídico pátrio. A Lei n° 11.340 de proteção às mulheres que sofrem violência doméstica foi sancionada em 2006, mas ainda é bastante discutida.

2.2 Impactos Sociais

Como dito no tópico anterior, os debates acerca da efetividade da Lei Maria da Penha são muito recorrentes. Alguns autores ressaltam que a efetividade não se deu de maneira uniforme no país por causa dos “diferentes graus de institucionalização dos serviços protetivos às vítimas de violência doméstica”. (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015)

A Lei Maria da Penha estabeleceu mecanismo de enfrentamento à violência doméstica em que figura como agressor o homem e vítima a mulher. O legislador brasileiro, inicialmente, não conseguiu assimilar que a violência doméstica não fica restrita a homem/mulher. Ou seja, não importa se a vítima seja homem ou mulher, ou que a violência seja decorrente de união homoafetiva, bastando apenas que seja perpetrada no âmbito doméstico para se ter a proteção estabelecida na lei.

Em termo, gênero não fica restrito ao conceito de homem e mulher. Estaria vinculado à compreensão psicológica que reproduz uma relação de poder onde se entrelaçam as categorias de gêneros. Nesse ponto, a Lei Maria da Penha pecou ao estabelecer como sujeito passivo da violência doméstica, única e exclusivamente, a mulher.

A quinta turma do STJ – Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 277.561-AL em 06 de novembro de 2014 entendeu que é possível a aplicação da Lei Maria da Penha na relação entre mãe e filha. A corte reafirmou o entendimento que o objeto de tutela da Lei é a mulher em situação de vulnerabilidade, não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do gênero do agressor.

Outrossim, entende a jurisprudência do STJ no REsp 827.962/RS, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011, que o sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem como a mulher, desde que esteja presente o estado de vulnerabilidade caracterizado por uma relação de poder e submissão: “A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011)

Por fim, como a lei do feminicídio entrou em vigor em 2015, anos depois da Lei Maria da Penha, abriu-se alguns questionamentos quanto à eficácia dessa lei mais antiga. A lei número 13.104, de 9 de março de 2015, alterou o artigo 121 do Código Penal incluindo outra circunstância qualificadora do homicídio – o feminicídio. O feminicídio está localizado no artigo 121, § 2º, VI do Código Penal

como uma das circunstâncias qualificadoras, e ele é definido como homicídio de mulher em razão de ser mulher, ou seja, ser do sexo feminino.

A lei do feminicídio veio complementar a Lei Maria da Penha no combate à violência contra mulher, e o fato de ela necessitar de complemento é considerado como um ponto negativo, pois isso mostra que ela não está sendo suficientemente eficaz e necessita de complementação de outros instrumentos jurídicos. Por si só a Lei não está sendo suficiente para combater ou ao menos diminuir esses crimes, precisando de complemento para fortalecer a proteção e a punibilidade de quem pratica esse tipo de violência.

3 FEMINICÍDIO: CONCEITO E RELEVÂNCIA NO BRASIL

Como dito no capítulo anterior, acredita-se que a Lei do feminicídio foi implantada no Brasil para suprir a Lei Maria da Penha, uma vez que esta não abrange a violência contra a vida das mulheres. Sendo assim, é omissa e falha ao não abordar o homicídio de mulheres como o desdobramento mais grave da violência contra a mulher, que atinge o bem mais importante do ordenamento jurídico: a vida.

Com este mesmo raciocínio, Mello (2016, p.140) alega que um dos pontos cegos deixados pela Lei Maria da Penha foi o fato de prever apenas a lesão corporal relacionada à violência doméstica, não abrangendo o mais grave desdobramento dessa mesma violência: a morte.

A criminalização de homicídios femininos foi de extrema importância, uma vez que evidencia essa problemática, trazendo uma realidade que não é demonstrada no seiosocial e representa um avanço no entendimento de discriminação, violência e ausência de políticas públicas que visem à prevenção e extinção desses crimes.

A Lei 13.104/2015 qualifica a morte por razões de gênero na relação de mulheres heterossexuais e também dos transexuais, sendo um grande avanço cultural e jurídico. Desta forma, sempre que houver violência de gênero, caracterizar-se-á o feminicídio. Mas, vale lembrar e considerar que nem toda morte de mulher será um

feminicídio, somente aqueles homicídios decorrentes do fato do gênero, da mulher ser mulher, terá a configuração do crime de ódio que é o feminicídio.

Ao criar a Lei nº 13.104/2015, o Legislativo adotou a terminologia do feminicídio que também foi adotada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Esta terminologia é igualmente usada Carmen Hein, ao citar fonte de Lagarde para expressar a morte de mulheres, baseada no gênero e na discriminação contra a mulher.

> A violência de gênero é a violência misógina contra as mulheres pelo fato de serem mulheres, situadas em relações de desigualdade de gênero: opressão, exclusão, subordinação, discriminação, exploração e marginalização. As mulheres são vítimas de ameaças, agressões, maus-tratos, lesões e danos misóginos. As modalidades de violência de gênero são: familiar, na comunidade, institucional e feminicida. (LAGAR nn DE, 2007, apud CAMPOS, 2016, p.105).

A CCJ transformou o conceito de feminicídio em morte por razão de gênero, estendendo sua definição. Mas a Procuradoria da Mulher do Senado Federal, mesmo mantendo a definição de feminicídio como morte de mulheres em razão de gênero, limitou o conceito em

duas definições: I) violência doméstica e familiar; II) menosprezo ou discriminação à condição de mulher, reduzindo as demais situações nos termos da segunda definição.

Antes da lei 13.104/2015, as mortes em razão do gênero incidiam nas qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que eram frequentemente manipuladas para discriminar as vítimas, colocando-as em patamares inferiores (CAMPOS, C.H. de. 2016). Com a segunda definição do parágrafo anterior, esta lei passa a incorporar essas ações misóginas que antes não eram previstas na legislação, fazendo com que a tipificação de um crime com o nome de feminicídio, represente uma quebra de padrões que traz uma realidade que via de regra não é reconhecida na sociedade. Com isso, o Direito cresce como instituição ao reconhecer essa problemática.

Assim, de acordo com Stela Nazareth Meneghele Ana Paula Portella (2017, p.3080):

> Os feminicídios são mortes femininas que se dão sob a ordem patriarcal, uma forma de violência sexista que não se refere a fatos isolados, atribuídos a patologias ou ciúmes, mas expressa ódio misógino, desprezo às mulheres e constituem mortes evitáveis e, em grande maioria, anunciadas, já que grande parte representa o final de situações crescentes de violências.

Entre as grandes dificuldades que se enfrenta para análise e verificação do feminicídio, tem-se a falta de dados estatísticos válidos e comparáveis sobre o assunto em todos os meios institucionais e das esferas de governo (BRASIL Senado, 2013).

Em 2013, o número de homicídios femininos no Brasil com características de violência foi de 4.762, mostrando 13 mortes femininas diárias. Do total de homicídios femininos apontados, 50,3% foram cometidos por um familiar da vítima; sendo 33,2% dos assassinos, parceiros ou ex-parceiros da vítima. (WAISELFISZ, 2015)

A violência praticada no âmbito familiar contra a mulher gera diversos traumas não só à mulher, mas a quem presencia a agressão causando danos psicológicos muitas vezes irreparáveis. Com isso, os dados do mapa de violência de 2015 querem dizer que geralmente esses tipos de agressões contra a mulher (feminicídio, estupro, ou lesão corporal) são provocados, ou seja, têm como sujeito ativo pessoas muitas próximas da vítima, normalmente pessoas com as quais as vítimas tiveram algum vínculo, seja doméstico familiar ou por meio de relacionamento íntimo.

Em relação a números, os assassinatos masculinos são superiores aos femininos. Entretanto, os homicídios masculinos não estão associados diretamente com as relações afetivas. Dentre os assassinatos femininos a minoria está ligada a causas secundárias, enquanto a maioria seria reflexo das relações domésticas, familiares ou íntimas, ao contrário dos homicídios masculinos cuja maioria está agregada a questões estruturais sociais de criminalidade. (MENEGHEL, PORTELLA, 2017)

O Mapa de Violência do ano de 2015 permite concluir que geralmente os crimes de homicídios femininos ocorrem no âmbito familiar e doméstico, pois grande parte dos assassinatos de mulheres estão atrelados a questões de posse e domínio que determinado homem exerce sobre a mulher. Embora não se possa deixar de analisar e investigar os assassinatos de mulheres em outros contextos, podemos inferir dos dados e do artigo supracitado que o número de mortes masculinas em relações íntimas ou de afeto são muito menores do que as femininas nessas mesmas circunstâncias. (WAISELFISZ, 2015).

De acordo com Shana Schlottfeldt, as Diretrizes Nacionais, buscando compreender para julgar e averiguar as questões de gênero que levam a mortes violentas, concluiu que as motivações que desencadeiam tais crimes podem estar relacionadas a: não aceitação do término do relacionamento; ao sentimento de posse em relação a mulher; ao controle sobre o corpo da mulher, à restrição de sua independência profissional, financeira, social ou intelectual; ao enquadramento da mulher como objeto sexual; às demonstrações de repulsa e ódio pela mulher e por seu gênero. (ONU MULHERES; SPM; SENASP, 2016, p. 43, apud, SCHLOTTFELDT, 2017, p.2)

De acordo com Carmen Hein (2016, p. 112):

> Os estereótipos e os pré-conceitos de gênero estão na base das atitudes preconceituosas e discriminatórias contra mulheres e podem ser identificados em muitas situações: por exemplo, muitos homens acham que mulheres não devem trabalhar fora e são violentos quando elas procuram trabalho; na visão de que as adolescentes femininas são promíscuas, por isso podem ser estupradas; nos ditos populares *mulher gosta de apanhar*; *em briga de marido e mulher ninguém mete a colher*; *matou por amor*, dentre outros.

Pode-se dizer em consonância com a autora supracitada que os preconceitos relacionados a gêneros no Brasil estão em formas simples de se expressar, no meio social em que se vive, bem como no comportamento que se adota diante de algumas situações. Desta forma, esses contextos e atitudes abrem margem para que as

pessoas não evitem ou até mesmo aceitem que os crimes de ódio relacionados a gênero ocorram.

Destaca-se que o meio ou forma com que foi praticada a agressão contra as mulheres demonstra maior presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis/banais. Geralmente as agressões se dão por meio de arma branca; 27,1 % dos casos acontecem no domicílio da vítima, e algumas vezes os ataques se dão pelas costas, ou seja, dificultando ainda mais a defesa da vítima que já se encontra em estado de vulnerabilidade em relação ao agressor. Muitas vezes, o autor da agressão expõe a vítima ao sofrimento prévio à execução. (SCHLOTTFELDT, 2017, p. 02; BRASIL. Ministério da Justiça - SRJ, 2015, p. 39; WAISELFISZ, 2015, p. 39).

Shana Schlottfeldt, (2017, p. 02- 03) em seu artigo Feminicídio, feminicídio e o entendimento dos operadores do Direito brasileiro ao tratar a morte de mulheres em razão do gênero, diz que: "Atores do sistema de justiça têm dificuldade em enxergar a violência doméstica como estruturante das relações sociais, explicando o conflito a partir de uma lógica individual e tradicional, em que a violência final contra a mulher é episódica. [...] As manifestações dos Tribunais de Justiça em geral demonstraram pouca permeabilidade à discussão sobre violência de gênero".

Nota-se que, em consonância com o que foi exposto por Shana Schlottfeldt, poderia haver uma resistência por parte do Judiciário ao aplicar a lei do feminicídio, cujo tema é de extrema relevância social.

O Brasil possui um número muito alto de assassinatos femininos e a maioria desses crimes estão presentes nas classes minoritárias (jovens, negras, pobres e que vivem em locais com pouca ou nenhuma segurança), o que torna o feminicídio um crime de controle e submissão.

Podemos considerar que o Estado brasileiro é em parte um grande responsável pelo alto índice de mortes femininas no País em virtude de sua conduta omissiva. As autoridades policiais e judiciais, na maioria dos casos, não investigam ou arquivam processos relacionados ao feminicídio. Logo, o feminicídio é um crime

de Estado, uma vez que este é omisso e não proporciona as suas cidadãs segurança pública. (MENEGHEL, PORTELLA. 2017)

Marcela Lagarde corrobora este pensamento ao dizer que para que ocorra o feminicídio devem concorrer a impunidade, a omissão, a negligência e a conivência das autoridades do Estado, que não criam segurança para a vida das mulheres, razão pela qual o feminicídio é um crime de Estado. Lagarde introduz a responsabilidade do estado na produção das mortes de mulheres. (CAMPOS, 2016).

Quando o Estado se omite e não toma providencias sobre algo que ganha uma proporção grandiosa, significa que este não está cumprindo com o seu dever de proteger seus cidadãos, desrespeitando neste caso os Direitos Humanos das mulheres que são vítimas desses crimes e aumentando o sofrimento dos familiares dessas vítimas. Isso porque, quando se trata de feminicídio, não se fala só no crime de homicídio, mas também em uma discriminação, ou melhor, uma segregação, que acaba com a vida da vítima e de seus familiares.

Percebemos, assim, que além da dominação trazida pelo machismo que foi enraizada em toda sociedade, o feminicídio traz também a negligência e omissão do Estado, que ao não proporcionar segurança, educação e ao fechar os olhos para os crimes de gênero do país, contribui direta e indiretamente para a morte de suas cidadãs.

É importante que se analise de forma técnica como os juízes tem decidido os casos de feminicídio no país, pois, embora se trate de uma norma nova, e por isso com poucas decisões em razão do lapso temporal que os crimes contra a vida levam para serem julgados, é importante analisar como essas primeiras decisões têm sido tomadas para que se verifique na base inicial se os juízes têm atendido a integridade do Direito que Dworkin propõe, bem como os princípios gerais pertencentes à sociedade e ao ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, é necessário entender o que é a integridade do Direito segundo Ronald Dworkin e por que ela será tão importante para o nosso terceiro capítulo, o

de análise de decisões, uma vez que através desta teoria saberemos se as decisões tomadas foram as mais corretas e se os nossos magistrados foram íntegros ao julgar os casos que serão avaliados. Por isso, o próximo tópico a ser estudado visa esclarecer o que é a integridade do Direito segundo o autor supracitado.

3.1 Reflexão Sobre A Integridade Do Direito

A integridade tem como objetivo entender o Direito como um conjunto de princípios, dos quais os mais significativos são a justiça, a equidade e o devido processo legal. Desta forma, é essencial que os magistrados apliquem esses princípios quando forem decidir, pois o Direito deve buscar sempre a melhor interpretação, a melhor decisão e estas pertencem e estão na integridade.

Ver o Direito não só como justiça e equidade mas como integridade possibilita uma melhor interpretação do Direito, mesmo que isso exija que o intérprete se afaste da aplicação de determinadas normas. Desta forma, caso o julgador brasileiro queira ser integro ao decidir, por vezes terá que se afastar de algumas normas e considerar regras e princípios positivados para que tenha a interpretação mais equânime e justa possível. (ASSIS, 2017)

Em razão disto, a integridade só faz sentido a pessoas que buscam e desejam justiça e equidade, e por mais que sejam diferentes, estes princípios se encontram entrelaçados e juntos proporcionam a melhor hermenêutica jurídica.

Não basta, entretanto, que os princípios sejam adotados apenas por um indivíduo da sociedade. É imprescindível que este princípio seja compartilhado dentro do grupo social,

pois é através desses princípios gerais em comum que normas e princípios são formados e gerenciam as decisões dos magistrados.

Ademais, a integridade do Direito busca a decisão mais adequada para o caso concreto, ou seja, o Direito precisa estar em consonância com os princípios que

fundamentaram e formularam suas regras para que tenha sentido. Caso contrário, a interpretação será desarrazoada. (ASSIS, 2017).

Diante do exposto acima, é importante que as decisões tomadas por nossos juízes tenham uma argumentação coerente, que atenda os princípios gerais do ordenamento jurídico e que sejam as mais adequadas para cada caso, pois é dentro da análise do caso concreto que o intérprete percebe que a norma é apenas o início da complexidade que o Direito possui, e é com essa amplitude e diversidade do Direito que o intérprete deve buscar a melhor decisão.

De acordo Ronald Dworkin (2002;2007), o ordenamento não deve se basear apenas em normas positivadas, pois existe uma razão para essas regras terem sido estabelecidas e por isso é importante uma aplicação integra do direto. O magistrado não deve, porém, se vincular à ideia inicial da norma.

A explicação é simples: embora seja importante saber como uma regra foi criada para melhor aplicá-la em determinado caso, a integridade exige uma constante evolução, e isto desvincula o magistrado da ideia inicial da norma. Caso não houvesse essa desvinculação, o magistrado ficaria preso ao passado.

Desta forma, faz-se necessário entender que o Direito como integridade deve estar em constante evolução e aperfeiçoamento, por isso pede-se aos magistrados que adequem a lei como um todo à atualidade, nunca confiando em suas convicções pessoais. Ou seja, o que a teoria de Dworkin tenta explicar é que o Direito é muito mais amplo que um conjunto de normas positivadas.

O fato de o Direito se encontrar intimamente coadunado com a integridade o torna muito mais amplo e complexo que a mera interpretação da norma em sentido estrito. Assim, ao decidir, os nossos magistrados devem considerar essa amplitude que a integridade do Direito possui, para decidir caso a caso, esgotando todas as vias interpretativas e tendo consciência de que mesmo que sua decisão seja muito boa, ela ainda pode não ser a melhor.

Todavia, enfrenta-se no sistema jurídico brasileiro um problema atrelado à forma com que os intérpretes do Direito têm utilizado ao princípio do livre convencimento do juiz, uma vez que ao proferir uma decisão, via de regra o julgador se vale de regras para satisfazer não só o Direito, mas suas convicções pessoais.

Por esta razão é que a base teórica de Dworkin auxilia a análise crítica das decisões, por propor um parâmetro que visa afastar a arbitrariedade do julgamento. O autor diz que, para que a decisão seja justa, equitativa e íntegra, deve-se verificar se ela obedece aos princípios constitucionais do ordenamento jurídico, se as vias interpretativas se restam esgotadas, bem como se ela está em consonância com o caso concreto.

Desta forma, em consonância com o que foi exposto, no capítulo seguinte três decisões nas quais estão presentes as qualificadoras do feminicídio serão estudadas e analisadas, com o objetivo de saber se os magistrados estão decidindo de acordo com a integridade e amplitude que contém o Direito.

4 ANÁLISE DAS DECISÕES

Para iniciar este capítulo, onde se tem como ponto principal a análise das decisões, faz-se mister esclarecer ainda que de forma simplória alguns pontos para que, no momento em que as decisões estiverem sendo estudadas, não haja dúvidas de qual momento a decisão foi tomada, ou com base em que argumento o magistrado optou por decidir desta ou daquela forma.

Diante disso, inicia-se explicando, resumidamente, como funciona o Tribunal do Júri no Brasil, a fim de proporcionar uma melhor compreensão para o leitor e, posteriormente, será exposto ao leitor um debate a cerca do caráter objetivo ou subjetivo da qualificadora do feminicídio em razão da importância que esta discussão terá para a análise técnica das decisões.

4.1 Funcionalidade do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri é um órgão colegiado de primeira instância do Poder Judiciário, formado por um juiz togado e 25 jurados leigos, dos quais são selecionados 07 para compor o conselho de sentença. É um órgão especial porque tem como competência julgar os crimes dolosos contra a vida, quais sejam: "homicídio doloso, infanticídio, participação em suicídio, aborto - tentados ou consumados – e seus crimes conexos". (LIMA, 2017. DISTRITO FEDERAL, 2015)

Quando se fala do procedimento do Júri, é necessário entender que este possui duas fases, ou seja, ele é denominado como um procedimento bifásico. A primeira fase é denominada *judicium accusationis* e a segunda é chamada de *judicium causae*.

A *judicium accusationis*, ou juízo de acusação, é a fase responsável por receber/admitir a denúncia ou a queixa e produzir as provas do crime. Nesta fase prevalece o princípio in dúbio pro societate, onde o mínimo de elementos de materialidade e autoria devem ensejar a decisão de pronúncia. Lembrando que as decisões de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária finaliza essa primeira fase. (DISTRITO FEDERAL, 2015)

Na segunda fase, a denominada de *judicium causae*, ou juízo da causa, é a preparação para o julgamento em plenário, ou seja, perante o conselho de sentença que como dito acima é formado por 07 jurados vindos de pessoas do povo. Esta fase depende da primeira, uma vez que só é possível iniciá-la se houver a decisão de pronúncia do magistrado, que como dito, determina que houve indícios suficientes de materialidade e autoria do crime. Esta fase terminará com a decisão do juiz togado/presidente do Tribunal Popular. (LIMA, 2017. DISTRITO FEDERAL, 2015)

4.2 Objetividade ou subjetividade da qualificadora do feminicídio. Art. 121, VI do Código Penal Brasileiro.

Outro ponto que deve ser analisado antes de adentrar na análise das decisões e responder as perguntas objeto desta pesquisa é sobre o caráter objetivo e subjetivo em que uma qualificadora é submetida.

Desta forma, faz-se mister entender que as qualificadoras objetivas, resumidamente, estão atreladas aos meios e à forma de execução em que o crime ocorre. Já as qualificadoras subjetivas estão atreladas aos motivos e à finalidade do criminoso em cometer o crime. (BIANCHINI, 2016)

Com a incidência da lei 13.104/15, que trata do feminicídio, o art. 121 do Código Penal (1940-2015), passou a ter uma nova redação:

> Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...)
>
> Homicídio qualificado
>
> §2º Se o homicídio é cometido:
>
> (...)
>
> **Feminicídio**
>
> VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (...)
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.
>
> § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
>
> I. .....- violência doméstica e familiar;
>
> II. .....- menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Atualmente, enfrenta-se no universo jurídico uma discussão acerca da qualificadora do feminicídio ser de ordem objetiva ou de ordem subjetiva. Como principal argumento defendendo ser uma qualificadora de ordem subjetiva, temos o discurso de que o fato de o crime ser cometido por razões da condição do sexo feminino ocorreria pela motivação e não pelo meio de execução, uma vez que razão seria sinônimo de causa e motivo. (BIANCHINI, 2016;CUNHA, 2015;FREITAS FILHO, 2015)

Do ponto de vista do promotor de justiça Rogério Sanches (2015), diante do reconhecimento do homicídio privilegiado, não seria possível incidir a qualificadora

do feminicídio por terem a mesma natureza. Desta forma, a qualificadora sequer chegaria a ser

quesitada aos jurados. Contrário a este argumento, Amom Albernaz Pires (2015) acredita que a qualificadora do art. 121, VI do CP é de ordem objetiva, pois advém de uma hipótese legal de violência doméstica e familiar prevista no art. 5º, I, II e III da Lei 11.340/2006. Desta forma, ao formar o Conselho de sentença, será quesitado objetivamente aos jurados, se houve alguma incidência, no crime, de violência doméstica e familiar, ou menosprezo à condição de mulher em razão do conceito de violência contra mulher trazido pela Lei Maria da Penha. A figura de homicídio privilegiado, portanto, seria completamente compatível com a qualificadora do art. 121, VI, do CP, tendo-se a figura de um homicídio privilegiado-qualificado.

A consideração da qualificadora do feminicídio como subjetiva, de modo a substituir as qualificadoras de motivo torpe ou fútil, é dirimir os esforços do legislador em tentar dar mais proteção às mulheres contra esse tipo de crime, que ao longo da história do Brasil e do mundo as aterroriza. Ademais, o caráter subjetivo da qualificadora pode afastá-la da apreciação dos jurados que compõem o Conselho de sentença quando incidir com o homicídio privilegiado, o que geraria mais impunidade e ineficiência da Lei.

Nesta senda, preza-se pelos argumentos que defendem a ordem objetiva da qualificadora prevista no art. 121, VI do Código Penal, tendo em vista a interpretação teleológica, histórica e lógica que integram a hermenêutica jurídica brasileira, que requer que atenhamo-nos ao contexto histórico e social em que a lei foi criada, bem como a intenção do legislador ao elaborar a lei. (SANTANA, 2017)

Tal posicionamento proporciona às mulheres brasileiras mais segurança e confiança no Ordenamento jurídico pátrio, pois acarreta maior punição aos agentes que cometem o crime de feminicídio, considerado como crime de ódio pelos estudiosos, bem como pelo Estado que tem tentado reprimi-lo.

Corroborando com este último argumento exposto, tem-se o apoio de alguns tribunais, como TJDFT e STJ, que serão vistos no próximo tópico deste trabalho, onde serão estudados pontos de três decisões de primeiro grau do Distrito Federal, mais especificamente da cidade satélite de Ceilândia, com o intuito de responder algumas perguntas objeto deste trabalho.

4.3 Análise Técnica Jurídica de 3 casos de 1ª Instância da cidade satélite de Ceilândia – DF.

Neste tópico serão analisadas três decisões de primeira instância da cidade satélite de Ceilândia – DF, onde buscar-se-á responder a problemática da pesquisa através das seguintes perguntas: os operadores do Direito têm aplicado as qualificadoras do feminicídio? Os juízes de primeira instância estão decidindo de acordo com a integridade do Direito? Há características machistas no teor da decisões?

Nesta senda passaremos a análise de caso, onde inicialmente analisaremos duas decisões de pronúncia que como explicado no primeiro tópico do capítulo, é o momento em que se verifica a materialidade e autoria do crime, prevalecendo o princípio do *in dubio pro societate*.

4.3.1- Processo: 2015.03.1.006972-7 Vara: 11 - TRIBUNAL DO JÚRI DE CEILÂNDIA

O acusado matou sua companheira por meio de golpes de instrumento perfuro- contundente, causando-lhe as lesões descritas no laudo de exame cadavérico, que foram a causado óbito. Segundo inquérito policial, o autor e a vítima tinham um relacionamento amoroso. No dia e local mencionados nos autos, o denunciado, tomado por sentimento de posse, desferiu facadas na companheira, interrompendo sua vida. O denunciado empreendeu fuga, mas posteriormente se entregou aos policiais militares, oportunidade em que foi preso.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT ofereceu a denúncia por infração ao artigo 121, § 2º, I e VI, do Código Penal, alegando que o motivo torpe se deu pelo sentimento egoístico de posse que o denunciado tinha em relação à vítima. E pela qualificadora do feminicídio, pelo contexto de violência doméstica e familiar (feminicídio), pois autor e vítima tinha (sic) relacionamento amoroso. O acusado, por meio da defesa técnica, requereu o decote da qualificadora atinente ao motivo torpe, deixando para se manifestar sobre os demais termos da imputação em plenário.

Na oitiva do agente de polícia, este declarou que soube que o acusado era companheiro da vítima, que perguntou a testemunha e esta alegou que viu o acusado correndo portando uma faca, bem como encontrara crianças na residência da vítima, ocasião em que os infantes diziam que o acusado teria “matado a mãe deles". [...] Indagou ao acusado o motivo do crime e este não respondeu, apenas disse que “não estava arrependido".

A irmã da ofendida, ouvida em juízo, declarou que residia no mesmo lote que a vítima, e no dia "a vítima falou que ia para o trailer trabalhar". [...] O acusado "ficou dizendo

para a vítima não ir para o trailer", enquanto a vítima argumentava que "já tinha combinado com a tia de ir trabalhar".

Interrogado em juízo, o incriminado fez uso do Direito constitucional que lhe assegura permanecer em silêncio.

4.3.2- Processo: 2015.03.1.010270-0 Vara: 11 - TRIBUNAL DO JÚRI DE CEILÂNDIA

No dia 15 de abril de 2015, o denunciado de forma livre e consciente matou sua companheira por meio de disparos de arma de fogo, causando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame Cadavérico, que foram a causa do óbito. Segundo inquérito policial, o autor e vítima eram casados há 20 anos e a esposa vinha sendo

constantemente vítima de violência doméstica por parte do acusado, razão que levou a vítima a querer o divórcio. No dia e local mencionados nos autos, o acusado, tomado por sentimento de posse, efetuou disparos de arma de fogo contra a companheira, interrompendo-lhe a vida. Após isto, o denunciado foi preso em flagrante e a arma foi apreendida no local do crime.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT ofereceu a denúncia por infração ao artigo 121, § 2º, I e VI, do Código Penal e artigo 14, da Lei n. 10.826/2003, alegando que o crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa vítima, uma vez que esta foi colhida de surpresa, pois se encontrava com o acusado em sua residência. Disse que não esperava receber os disparos efetuados em si e que o motivo do crime é torpe, pois este se deu pelo sentimento egoístico de posse que o denunciado tinha em relação à vítima e por não aceitar que ela (vítima) se separasse dele. Ademais, o crime incide na qualificadora do feminicídio pelo contexto de violência doméstica e familiar (feminicídio), pois autor e vítima eram casados.

Posteriormente, em alegações finais, o MPDFT requereu a pronúncia do acusado como incurso no preceito secundário do artigo 121, § 2º, I, IV e VI, do Código Penal e artigo 14, da Lei n. 10.826/2003. O acusado, por meio da defesa técnica, requereu a impronúncia quanto aos delitos principal e conexo e, alternativamente, o decote das qualificadoras.

Na oitiva do agente de polícia e do Delegado, estes declararam que em entrevista informal o acusado informara que havia discutido com a esposa e, após esta dizer que ele "não era homem para matá-la", teria efetuado três disparos contra a vítima.

O policial militar que morava nas proximidades da residência da vítima afirmou que aproximadamente 02 horas após o caminhão de mudança deixar a residência pertencente ao casal e esta adentrar ao local, ele teria ouvido quatro ou cinco disparos provenientes do interior da casa. Posteriormente, o acusado teria saído da residência ensanguentado, ocasião em

que o militar indagou-lhe o que havia acontecido e este respondeu "a gente está se matando". Então, perguntou como estava a esposa, tendo o autor respondido "vai lá ver como ela tá".

O irmão da vítima asseverou que em data pretérita, o acusado ameaçou a vítima de morte quando este foi procurá-la na casa de seu pai e esta se encontrava na faculdade. Nesta oportunidade, o acusado teria dito "quando ela acabar o curso de Direito eu vou matá-la. Não sei por que uma pessoa dessa idade quer fazer curso de Direito", posteriormente sua irmã (a vítima) teria lhe confidenciado que o acusado teria ameaçado dar um tiro nela.

Interrogado em juízo, o incriminado fez uso do Direito constitucional que lhe assegura permanecer em silêncio.

O juiz de primeiro grau, na primeira decisão, optou por pronunciar o réu, considerando, primeiramente, o fato de o crime ter acontecido por motivo torpe, porém não acolhendo a qualificadora do feminicídio. Já na segunda decisão, o juiz de primeiro grau optou por acolher a qualificadora do feminicídio, porém não acolheu a do motivo torpe. Os juízes se justificaram com os seguintes argumentos:

> 1.....As vítimas e os acusados mantinham um relacionamento amoroso.
>
> 2.....Que no que concerne à qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal, relativa ao feminicídio, posto que praticado contra a mulher por "razões da condição de sexo feminino, com contexto de violência doméstica e familiar (feminicídio), pois autor e vítima tinham (sic) relacionamento amoroso", não deve prosperar porque tal descrição já está inserida no contexto fático da primeira qualificadora analisada, ou seja, o motivo torpe.
>
> 3.....A violência doméstica e familiar contra a mulher está tratada na Lei n. 11.340/2006 e no seu artigo 5º, estando conceituada como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Portanto, é possível inferir que a morte da vítima decorreu da sua condição de

> gênero feminino. No entanto, esta circunstância não subsiste de forma autônoma, tendo em vista que tal condição já está inserida no "sentimento egoístico de posse" proveniente da relação amorosa subsistente com o acusado. Desta forma, considerando que as qualificadoras articuladas, em verdade, convergem para uma única situação de fato e de Direito, não é possível desdobrá-las sob pena de incidência em *bis in idem*.
>
> 4.....Algumas renomadas vozes doutrinárias já assumiram o posicionamento de que a referida qualificadora é de índole subjetiva, de modo que, nesta condição, seria incabível a sua cumulação com outra qualificadora de mesma natureza, notadamente as que se referem à motivação do fato.
>
> 5.....Embora não despreze outros entendimentos no sentido de que se trataria de qualificadora objetiva, adiro à tese acima manifestada, sem prejuízo de posteriores estudos aprofundados na matéria.
>
> 6.....Com estas considerações, a qualificadora inserta no artigo 121, § 2º, I, do Código Penal não comporta acolhimento, na presente hipótese, por não se encontrar desassociada e independente da qualificadora prevista no inciso VI do mesmo artigo e parágrafo. (DISTRITO FEDERAL, 2015)

Diante da fundamentação dos magistrados nesta decisão de pronúncia, pode-se responder com precisão a primeira pergunta objeto desse trabalho, qual seja: Os operadores do Direito têm aplicado as qualificadoras do feminicídio?

Pode-se inferir da decisão de pronúncia referente ao processo 2015.03.1.006972- 7 acima exposta, que embora o Ministério Público – MP tenha inserido na exordial acusatória a qualificadora do Art. 121, §2º, VI, o magistrado optou por não a considerar na decisão de pronúncia, ou seja, o magistrado não acolheu a qualificadora do feminicídio.

> Em resposta, podemos inferir da decisão de pronúncia no trecho “ Noutro giro, no que concerne à qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal, relativa ao feminicídio, posto que praticado contra a mulher por "**razões da condição de sexo feminino, com contexto de violência doméstica e**

> **familiar (feminicídio), pois autor e vítima tinha (sic) relacionamento amoroso"**, conforme descrito na peça acusatória, **não merece prosperar.** (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Porém, no que concerne a decisão de pronúncia do processo 2015.03.1.010270- 0, diferentemente da primeira, o magistrado optou por não considerar a qualificador de motivo torpe prevista no art. 121, I do CP e aplicar a qualificadora do feminicídio art. 121,VI.

> "Com estas considerações, a qualificadora inserta no artigo 121, § 2º, I, do Código Penal não comporta acolhimento, na presente hipótese, por não se encontrar desassociada e independente da qualificadora prevista no inciso VI do mesmo artigo e parágrafo". "julgo parcialmente procedente a denúncia e PRONUNCIO o acusado, já individualizado nos autos, por infração ao artigo 121, § 2º, IV e VI". (DISTRITO FEDERAL, 2015)..

Desta forma, nota-se que não houve a aplicação das qualificadoras sobre o argumento de que se configuraria *bis in idem*, tendo em vista que o sentimento de posse decorria do relacionamento amoroso que a vítima tinha com o acusado, e considerar o relacionamento amoroso como contexto de violência doméstica é penalizar o acusado duas vezes sobre o mesmo fato. Ademais, de acordo com a interpretação do magistrado as duas qualificadoras seriam de ordem subjetiva e não poderiam conviver no mesmo processo:

> "Desta forma, considerando que as qualificadoras articuladas, em verdade, convergem para uma única situação de fato e de Direito, não é possível desdobrá-las, sob pena de incidência em bis in idem". (...) "A referida qualificadora é de índole subjetiva, de modo que, nesta condição, seria incabível a sua cumulação com outra qualificadora de mesma natureza, notadamente as que se referem à motivação do fato". (DISTRITO FEDERAL, 2015)

Como foi explanado nos tópicos anteriores e inclusive mencionado pelo magistrado ao pronunciar o réu, a qualificadora do feminicídio está atrelada ao art. 5º da Lei Maria da Penha. Isso significa dizer que se trata de uma qualificadora de ordem objetiva em decorrência de estrita previsão legal e de estar atrelada diretamente ao crime e não ao seu agente.

Diante disto, nada impede que a qualificadora do feminicídio se cumule com a qualificadora de motivo torpe, uma vez que o sentimento de posse, bem como o ciúmes, estão interligados a questões de transtornos psicológicos do agente e pode se concretizar mesmo sem haver um relacionamento amoroso. Com isso, o fato dos acusados e das vítimas terem um relacionamento, na verdade incide na questão de violência doméstica e familiar expressa na Lei 13.104/15.

Note que os magistrados sabem que a violência doméstica e familiar está conceituada no art. 5º da Lei.º11. 340/2006 que foi aderida pela Lei do Feminicídio e que faz incidir a qualificadora no caso. Porém, não a acolhem, ou quando acolhem, tentam minimizar não acolhendo a qualificadora de motivo torpe, o que faz com que a tentativa do legislador em punir mais severamente os crimes de violência de gênero seja frustrada.

Diante da primeira decisão, o Desembargador George Lopes proferiu um acórdão pela 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território - TJDFT que também serve como crítica argumentativa para a segunda decisão, no qual aduz que a qualificadora do feminicídio não pode ser usada como substitutiva das qualificadoras de motivo torpe ou fútil que são de natureza subjetiva, uma vez que o esforço do legislador em dar mais proteção a mulheres brasileiras, vítimas de uma cultura machista, seria inutilizado. Para o autor,

ambas as qualificadoras podem coexistir por terem naturezas diferentes. Enquanto o motivo torpe está ligado à motivação do homicida, o feminicídio é objetivamente ligado à violência doméstica e familiar. O sentido teleológico da lei 13.104/15 estaria perdido se a qualificadora do feminicídio fosse de ordem subjetiva. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIO, 2015)

Corroborando com o esse entendimento, a quinta turma do STJ (2018) aduz que “As qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não possuem a mesma natureza, sendo certo que a primeira tem caráter subjetivo, ao passo que a segunda é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea”. E com o mesmo entendimento a sexta turma deste colendo Tribunal Superior aduz que:

> Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de bis in idem no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Desta forma, em resposta à primeira questão, nota-se que o magistrado não aplicou a Lei 13.104/2015. Ou seja, não acolheu a qualificadora do feminicídio prevista no art. 121 §2º, VI, o que faz ser negativa a resposta da primeira pergunta. Já na segunda, embora tenha sido aplicada a qualificadora, esta foi acolhida em detrimento à qualificadora de motivo torpe, frustrando o esforço do legislador.

Diante do exposto, passa-se a tentar responder a próxima pergunta objeto deste trabalho, qual seja: Os juízes de primeira instância estão decidindo de acordo com a integridade do Direito?

Nota-se que a integridade do Direito busca de todas as formas que o aplicador do Direito decida da melhor forma possível, garantido princípios básicos: equidade, devido processo legal e justiça. Faz-se mister que o magistrado esgote todas a vias interpretativas e tenha consciência de que mesmo que sua decisão seja coerente, ela não consubstanciava a melhor decisão. Isto, pois o magistrado tentou fundamentar sua decisão, mas não esgotou todas as vias interpretativas.

Em razão disso, do ponto de vista técnico, a impressão causada é que houve uma arbitrariedade do magistrado ao decidir não só de acordo com o Direito, mas sim com suas

convicções pessoais, usurpando o princípio do livre convencimento do juiz que é muito discutido no ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se que o magistrado, de forma bem clara, não se dispôs a estudar profundamente a matéria para decidir o caso em tela. Pelo contrário: este deixou para aprofundar os estudos posteriormente, o que mostra, além da arbitrariedade, a

violação do princípio do devido processo legal, pois decidiu de forma rasa e genérica. Tal posicionamento é percebido quando este afirma na decisão que "embora não despreze outros entendimentos no sentido de que se trataria de qualificadora objetiva, adiro à tese acima manifestada, sem prejuízo de posteriores estudos aprofundados na matéria". (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Em consequência desta possível arbitrariedade, a decisão de pronúncia em epígrafe se mostra injusta e desigual, o que caracteriza que houve a violação dos três princípios básicos da Integridade do Direito segundo Dworkin que, em tese, reduziria as chances de práticas arbitrárias dos magistrados, qual seja: "a justiça, a equidade e o devido processo legal". (DWORKIN. 2007)

Para Dworkin (2007), a melhor decisão está em consonância com a integridade do Direito, que seria capaz de controlar a arbitrariedade do juiz por ser composta por princípios básicos do Direito que norteiam as normas positivas. Percebe-se que a decisão analisada também não coaduna com a Integridade do Direito proposta por este autor.

Em consonância com o que foi exposto, passa-se a análise da terceira pergunta objeto desta pesquisa: Há características machistas no teor da decisões?

Embora seja muito difícil inferir da decisão uma expressão típica machista ou patriarcal, vê-se que os magistrados poderiam optar por uma argumentação mais protetiva em consonância com a intenção do legislador e com o contexto social em que a qualificadora do feminicídio foi criada e está inserida.

Quando os magistrados optam simplesmente por afastar as qualificadoras na decisão de pronúncia, mesmo reconhecendo que a vítima morreu em decorrência do seu gênero, em um contexto de violência doméstica e familiar e que o motivo foi o sentimento de posse considerado torpe, percebe-se que eles estão fechando os olhos para uma realidade brasileira que assombra milhares de mulheres no Brasil.

> A violência doméstica e familiar contra a mulher está tratada na Lei n. 11.340/2006 e no seu artigo 5º, estando conceituada como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Portanto, é possível inferir que a morte da vítima ... decorreu da sua condição de gênero feminino, no entanto, esta circunstância não subsiste de forma autônoma, tendo em vista que tal condição já está inserida no "sentimento egoístico de posse" proveniente da relação amorosa subsistente com o acusado.". (DISTRITO FEDERAL, 2015)
>
> "Conforme descrito na exordial, o delito teria sido praticado sob a motivação torpe, pois o acusado teria agido por "sentimento egoístico de posse" em razão de não aceitar o fim do relacionamento mantido com a vítima.". (DISTRITO FEDERAL, 2015)

A conduta dos magistrados implica, possivelmente, em uma resistência ao não aplicar a qualificadora do feminicídio ou de tentar de alguma forma burlá-la, não a aplicando em conjunto com a qualificadora de motivo torpe, uma vez que em razão do contexto social que se vive no Brasil, a denominação "feminicídio" traz um peso maior ao processo. Desta forma, é possível que essa resistência venha da cultura machista tão enraizada na sociedade do país ou que ao menos se preste a reforçar tais práticas.

Não aplicar a qualificadora implica em desconsiderar os dados importantes que demonstram que dos feminicídios que acontecem no país 50,3% foram cometidos por um familiar da vítima ou pessoas próximas a ela; sendo 33,2% dos assassinos parceiros ou ex- parceiros da vítima e que 27,1 % dos casos acontecem no domicílio da vítima, utilizando-se armas brancas e em meios que dificultam sua defesa. (WAISELFISZ, 2015, SRJ, 2015)

Como dito no primeiro capítulo, o machismo é algo cultural, intrínseco em nosso meio e no ser humano de forma geral. Mesmo que não se tenha a intenção de proferir pensamentos e atitudes machistas, em algum momento acontece de se externar de alguma forma essa cultura. Por isso entende-se que:

> O machismo está impregnado na cultura. Logo, a cultura é, também, machista. Não se trata de um conjunto de práticas, mas daquilo que dá validade e significação para este conjunto de práticas e para aquilo que, em última instância, define quais práticas estão neste conjunto. (SIQUEIRA,2013 apud MARTINS, 2016 p.06)

Desta forma, pode-se inferir das decisões em epígrafe que, embora de forma discreta, há uma resistência por parte dos magistrados em aceitar a questão de gênero e também

na vontade do legislador em dar mais proteção às mulheres. Dizer que a qualificadora do feminicídio é de ordem subjetiva de forma a não aplicá-la e considerar só o motivo torpe, ou considerar só a qualificadora do feminicídio e desconsiderar o motivo torpe, é o mesmo que dizer que a criação da lei do feminicídio não tem importância, visto que antes da criação da lei 13.104/2015 os homicídios femininos já eram na maioria das vezes penalizados pela qualificadora de motivo torpe ou fútil, ou então anular a qualificadora do motivo torpe, que ainda existe no Código Penal Brasileiro.

Agora, passaremos a análise do terceiro e último caso, onde será analisada uma sentença de condenação que, como explicado no primeiro tópico do capítulo, é o momento em que após se verificar a materialidade e autoria do crime, o caso passa pelo crivo do conselho de sentença e termina com a decisão do juiz togado.

4.3.3- Processo: 2016.07.1.003649-8 Vara: 11 - TRIBUNAL DO JÚRI DE TAGUATINGA

O acusado tentou matar sua companheira por meio de golpes de chave de fenda, causando-lhe as lesões descritas no laudo juntado ao processo, que só não resultou em morte por circunstâncias alheias à vontade do agente. Segundo consta nos autos, o autor e vítima tinham um relacionamento amoroso e o acusado rotineiramente a agredia e a ameaçava de morte. No dia e local mencionados, o acusado apossou-se de uma chave de fenda e, em razão de desavenças entre o casal,

passou a agredir a vítima que, embora ferida, conseguiu correr e pedir ajuda. O denunciado foi preso em flagrante, tendo aludida prisão sido convertida em preventiva.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT ofereceu a denúncia por infração ao artigo 121, § 2º, II e VI, combinado com (c/c) art. 14 e art. 61, II, "f" ambos do Código Penal - CP alegando que o motivo fútil se deu por desavenças existente entre o casal, o que demonstra a imensa desproporção entre o crime e a causa moral e que o crime foi praticado contra mulher envolvendo violência doméstica e familiar, feminicídio. O acusado, por meio da defesa técnica, requereu a desclassificação do crime para lesão corporal de natureza grave, tendo em vista a ausência de *animus necandi*, bem como a exclusão das qualificadoras.

Na oitiva dos agentes de polícia, estes declararam que ao chegarem ao local, o acusado admitiu ser o autor dos golpes e a vítima se encontrava caída e muito ensanguentada.

Os vizinhos declararam que o casal vez ou outra discutia e, que ao escutarem a vítima pedir ajuda e verem-na ensanguentada, ligaram para o SAMU e para a polícia a fim de socorrê-la.

Interrogado em juízo, o incriminado confessou que golpeou sua companheira com uma chave de fenda após agressões verbais da vítima, mas que não tinha a intenção de matá-la.

O magistrado considerou que havia provas suficientes de autoria e materialidade e pronunciou o acusado, submetendo o caso e as qualificadoras ao conselho de sentença, a quem compete analisar aprofundadamente todas as provas coligidas aos autos.

O colendo Conselho de Sentença, em resposta aos quesitos formulados, por maioria de votos, reconheceu a materialidade. A autoria não absolveu o réu, não admitiu atese de homicídio privilegiado e admitiu as qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio.

Consoante com a decisão do Conselho de sentença, o juiz togado de primeiro grau proferiu sentença penal condenatória nos seguintes termos:

> (...)
>
> **Os motivos já foram considerados para qualificar o crime, portanto não podem ser valorados neste estágio de aplicação da pena, como forma de se evitar que a mesma circunstância duplamente exaspere reprimenda.** (...)
>
> Como circunstâncias do crime, **considero que a segunda qualificadora**, de ter sido o **crime praticado contra mulherenvolvendo violência doméstica e familiar.** Conforme tem decidido a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, interpretando o artigo 61 do Código Penal, **havendo duas ou mais qualificadoras, aquelas que não servirem para qualificar o delito devem ser adotadas na fixação da pena-base.** (Acórdão n.813661, 20040710045010EIR, Relator: MARIO MACHADO, Revisor:
>
> GEORGE LOPES LEITE, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 18/08/2014, Publicado no DJE: 25/08/2014. Pág.: 58
>
> (...)
>
> **O comportamento da vítima não seria suficiente para desencadear uma resposta com golpes de chave de fenda**, tal como ocorreu. Considerando todas as circunstâncias judiciais, nos termos acima expendidos, entre elas o de ser o crime duplamente qualificado, **fixo a pena-base em 14 (quatorze) anos de reclusão.** Se uma qualificadora abstratamente cominada é suficiente para aumentar a pena mínima de 6 (seis) para 12 (doze) anos, é **plenamente adequada a pena-base neste patamar.**
>
> (...)
>
> **Reconheço a atenuante da confissão espontânea**, nos termos da alínea d do inciso III do art. 65 do Código Penal. **Não incidem circunstâncias agravantes**, razão pela qual **diminuo a pena em 1 (um) ano, e fixo-a provisoriamente em 13 (treze) anos** de reclusão.
>
> (...)
>
> Em razão de tratar-se de **homicídio na forma tentada**, como acima reconhecido, cumpre aplicar a causa geral de diminuição, prevista no artigo 14, II, parágrafo único, do Código Penal. O melhor critério para se estabelecer a quantidade da diminuição é aferir as fases percorridas pelo agente no iter criminis. **Quanto mais próximo da consumação, menor será a diminuição**. No caso, diante do

> informado no laudo de exame de corpo de delito da vítima, fls. 303-304, houve perigo de vida, razão pela qual **reduzo a pena pela metade, e torno-a definitiva em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, ante a inexistência de causas de aumento. (DISTRITO FEDERAL, 2017)

Diante da fundamentação do magistrado nesta sentença de condenação, pode-se responder com precisão a primeira pergunta, qual seja: os operadores do Direito têm aplicado a qualificadora do feminicídio?

Observa-se que o magistrado tentou fundamentar sua decisão, mas não esgotou todas as vias interpretativas, faltando razoabilidade e motivação na sentença.

> Reconheço a atenuante da confissão espontânea, nos termos da alínea d do inciso III do art. 65 do Código Penal. Não incidem circunstâncias agravantes, razão pela qual diminuo a pena em 1 (um) ano, e fixo-a provisoriamente em 13 (treze) anos de reclusão.

Do ponto de vista técnico, a impressão causada é que houve uma arbitrariedade do magistrado ao decidir não de acordo com o Direito, mas sim com suas convicções pessoais. Nota-se que o magistrado não expôs as suas razões em decidir e, dessa forma, tem-se, além da arbitrariedade, a violação do princípio do devido processo legal, pois decidiu de forma genérica. Pode-seinferir da sentença de condenação referente aoprocesso 2016.07.1.003649-8 acima exposta que o magistrado acolheu as qualificadoras de motivo fútil e do feminicídio previstas no art. 121§2º,II e VI na decisão de pronúncia, submetendo as qualificadoras ao crivo do Conselho de Sentença que, por sua vez, responsabilizou o acusado pelo crime duplamente qualificado, ou seja, o condenou por feminicídio e pelo motivo fútil. Porém, no que concerne a sentença condenatória, percebe-se que o magistrado optou por qualificar o crime como o motivo fútil considerando o feminicídio, apenas uma circunstância do crime ou fazendo um juízo de valor.

Deste modo, a resposta para a primeira pergunta é parcialmente positiva, uma vez que houve a aplicação da qualificadora do feminicídio na decisão de pronúncia. Mas esta não foi considerada para qualificar o crime o que seria importante, em razão do valor social que carrega. Ademais, esta qualificadora também não foi utilizada

como agravante na segunda fase da dosimetria, e com isso vê-se que houve uma incoerência em relação à qualificadora.

Diante do exposto, passa-se a tentar responder a próxima pergunta objeto deste trabalho, qual seja: os juízes de primeira instância estão decidindo de acordo com a integridade do Direito?

Como dito nas decisões anteriores, a integridade do Direito busca garantir princípios básicos: equidade, devido processo legal e justiça. O magistrado precisa se aprofundar em cada caso e ter consciência de que ainda assim sua decisão pode não ser a melhor.

Diante do resultado da quesitação dos jurados, no momento da dosimetria, ou seja, de aplicar a pena, o magistrado optou por qualificar o crime pelo motivo fútil e considerar o feminicídio na pena base, definida na primeira fase da dosimetria.

Para justificar a decisão, o magistrado utilizou o seguinte argumento:

> Como circunstâncias do crime, **considero que a segunda qualificadora**, de ter sido o **crime praticado contra mulherenvolvendo violência doméstica e familiar.** Conforme tem decidido a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, interpretando o artigo 61 do Código Penal, **havendo duas ou mais qualificadoras, aquelas que não servirem para qualificar o delito devem ser adotadas na fixação da pena-base.** (BRASÍLIA, 2014)

Para uma melhor compreensão, a aplicação da pena segue 3 fases de acordo com o art.68 do CP, caraterizadas como: 1ª Fase – circunstâncias judiciais do art. 59 do CP – 2ª Fase

– circunstâncias atenuantes e agravantes art.61, 62 e 65 ambos do CP – e 3ª Fase – causas de aumento e de diminuição previstas em cada crime.

Em consonância com o artigo 68 e 61 do Código Penal, o magistrado teria errado ao considerar a segunda qualificadora na pena base, uma vez que esta deveria ter sido considerada na 2ª fase da dosimetria da pena. Ademais, é importante destacar que os agravantes e atenuantes não são quantificadas no Código Penal, mas de

acordo com a sexta turma do STJ elas não devem ser superiores às causas de aumento de pena, ou seja, não devem ultrapassar 1/6, 2/3 da pena. Assim, como regra, deve-se adotar a fração de 1/6 como limite máximo para quantificar as agravantes. (BRASIL,Superior Tribunal de Justiça, 2016; BOSCHI, 2013, p.240-241)

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PRECEDENTES
>
> DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.[…]2. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto) (HC 282.593/RR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014).3. Hipótese em que pena foi elevada em 100%, na segunda fase, em face de circunstância agravante, sem fundamentação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte.4. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2016)

Em face do art. 93, IX da Constituição Federal, toda decisão judicial deve ser motivada, ou seja, deve ser explicada, fundamentada, para que as partes do processo tenham conhecimento sobre a maneira como o magistrado decidiu, evitando arbítrios e interferências estranhas ao sistema legal em vigor (ideologias; arbitrariedades; subjetividades do pensar dos juízes) para que se tenha um controle da atividade jurisdicional. A falta de motivação, além de ferir uma garantia constitucional, implica em nulidade processual pois é algo essencial ao contraditório e ampla defesa, bem como ao devido processo legal (garantia constitucional da qual decorre todas as outras). (ARALDI, 2012; JÚNIOR, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2008)

Verifica-se que no decorrer sentença penal condenatória do caso em epígrafe que o juiz togado não esclareceu as causas que o levaram a decidir, faltando na

decisão a garantia constitucional acima supracitada, qual seja, a motivação da decisão, restando prejudicado o conhecimento e o controle das partes na atividade judicial. Ademais, a decisão resta-se desproporcional, em razão das frações aplicadas pelo magistrado ao estabelecer o quantum da pena na primeira fase, uma vez que apesar de alegar que as circunstâncias do judiciais do delito eram graves e não justificavam o cometimento do crime, o magistrado optou por aplicar o mínimo de pena estabelecido pela qualificadora, qual seja, 12 anos.

Além deste fato, o magistrado valorou na primeira fase exatamente o *quantum* de 1/6 que deveria ser utilizado como mínimo para agravar na segunda fase e, quanto à atenuante, esta também foi aplicada abaixo do mínimo previsto para esta fase.

Como se vê, na primeira fase da dosimetria prevista no art. 59 do CP, onde são consideradas as circunstâncias judiciais do crime, o magistrado considerou o feminicídio como uma circunstância para valorar o crime e aplicou 14 anos de reclusão como pena base. Porém, não houve aplicação de nenhuma agravante na segunda fase. Nesta etapa, foi considerada apenas a atenuante da confissão, considerada preponderante pela súmula n.º 545 do STJ. Além disso, o magistrado deveria ter qualificado o crime considerando a qualificadora mais grave, que no caso em análise, sem dúvida seria o feminicídio e não o motivo fútil, em razão do valor social em que a Lei 13.104/2015 se insere.

Em caso de pluralidade de qualificadoras, uma deve ser usada para qualificar o crime, enquanto a outra deve ser usada como agravante, ou seja, na segunda fase da dosimetria da pena e residualmente como circunstância judicial. Em consonância com esse pensamento o Superior Tribunal de Justiça, considera que:

> Consoante a jurisprudência desta Corte, em se tratando de crime de homicídio, com pluralidade de qualificadoras, uma poderá qualificar o delito, enquanto as demais poderão caracterizar circunstância agravante, se forem previstas como tal ou, residualmente, circunstância judicial. (STJ, quinta turma, 2016)

Observe que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não determina quando uma das qualificadoras deve ser usada como circunstância judicial ou agravante, elas apenas apontam que na hipótese de incidência de duas qualificadoras uma deve qualificar e as demais devem ser usadas como agravantes genéricas, se cabíveis, ou residualmente serem usadas como circunstâncias judiciais. (BRASIL-STJ, 2018; BRASIL-STF, 2011)

Observe que tanto o STF como o STJ não especificaram quais seriam as situações residuais. Assim, o magistrado optou por adotar a teoria que entende devido à literalidade do art. 61 do Código Penal. Quando uma qualificadora for também hipótese de agravante do art. 61 do CP, esta não poderá atuar como agravante genérica, mas também não poderá ser desconsiderada na dosimetria. Desta forma, impõe-se o seu reconhecimento residual como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, a ser levada em conta na primeira fase da dosimetria, de forma a retirar a pena do mínimo legal. (BELO,2014)

Porém, divergindo desse pensamento, o autor Ricardo Augusto Schmitt (2013) declara que o dispositivo não impede o reconhecimento da qualificadora como uma agravante, pois esta não qualificou o crime, devendo, nesses casos, considerá-la como circunstância agravante. (SCHMITT, 2013)

Acolhendo esta teoria, o magistrado teria se equivocado ao considerar o feminicídio como uma circunstância judicial e não como agravante na segunda fase da dosimetria da pena. Apesar de a diferença ser em tese pequena, é importante demonstrar que até o momento o magistrado fixou tudo no mínimo legal: qualificou o crime considerando a pena de 12 anos, ou seja, no mínimo da qualificadora; considerou o feminicídio como uma circunstância de pequena valoração para o caso.

Se considerarmos a pena base de 12 anos pela qualificadora de motivo fútil, o feminicídio como agravante na segunda fase e aplicássemos o mínimo de agravamento, ou seja,

1/6 da pena consoante a jurisprudência, ter-se-ia como agravamento de pena de 2 anos, exatamente o que foi considerado pelo magistrado para aplicar a pena de 14 anos de reclusão na primeira fase. A atenuante também foi considerada abaixo do mínimo para reduzir a pena.

Em consequência desta incoerência da decisão de pronúncia em epígrafe se mostra injusta e desigual, o que caracteriza que houve a violação dos três princípios básicos da integridade do Direito, a justiça, a equidade e o devido processo legal, que reduzem as chances de práticas arbitrárias. (DWORKIN. 2007)

O autor declara em sua obra que é necessário seguir os princípios constitucionais e esgotar as formas interpretativas do ordenamento jurídico para que se possa ajustar a norma ao caso concreto. Somente desta forma é possível alcançar uma decisão composta por justiça, equidade e integridade, que para o autor é a melhor e a mais coerente decisão.

Diante desta afirmação, percebe-se pela análise acima exposta que a sentença não atende ao princípio constitucional da motivação e da razoabilidade, restando-se desproporcional. Logo, restou-se ferido todos os princípios basilares da Integridade do Direito, uma vez que para Dworkin a melhor decisão está em consonância com a Integridade do Direito, que seria capaz de controlar a arbitrariedade do juiz. (DWORKIN, 2007)

Assim, percebe-se que a decisão analisada também não coaduna com a Integridade do Direito proposta por este autor.

Em consonância com o que foi exposto, passa-se a análise da terceira pergunta objeto desta pesquisa: há características machistas no teor da sentença condenatória?

Nesse caso, embora tecnicamente não esteja tão explicitas as características machistas e patriarcais, vê-se que em dados momentos o magistrado poderia ter tomado uma posicionamento que conferisse a vítima e aos seus familiares uma

maior proteção em consonância com a intenção do legislador e com o contexto social em que a qualificadora do feminicídio foi criada e está inserida.

Quando o magistrado, na primeira fase da dosimetria, opta por qualificar o crime como tentativa de homicídio por motivo fútil art. 121, §2º, II e colocar o feminicídio como uma circunstância judicial mesmo reconhecendo que a vítima quase morreu em decorrência do seu gênero em um contexto de violência doméstica e familiar dizendo que o motivo foi o sentimento de posse nutrido pelo acusado, ele minimiza dentro do caso o contexto social em que a qualificadora do feminicídio foi criada e está inserida, fechando os olhos pra importância que essa tipificação, essa denominação "feminicídio", traz para a realidade feminina do Brasil.

Ademais, a conduta do magistrado implica possivelmente em uma resistência ao não aplicar a Lei do feminicídio para qualificar o crime no momento da dosimetria, ou de tentar de alguma forma burlar a significância dessa qualificadora, optando por colocá-la como circunstâncias do crime. Desta forma, diante do contexto social que se vive no Brasil, é possível que esta resistência venha da cultura machista tão enraizada na sociedade do País ou que ao menos se preste a reforçar tais práticas. Não aplicar a qualificadora, implica em desconsiderar os dados que demonstram que dos feminicídios que acontecem no país. 33,2% dos assassinos são parceiros ou ex-parceiros da vítima e 27,1 % dos casos acontecem no domicílio da vítima, utilizando-se de meios que dificultam sua defesa e geralmente com armas brancas. (WAISELFISZ, 2015, SRJ, 2015)

Em pesquisa recente apresentada pelo G1 em parceria com portal com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em comparação com os dados do ano de 2016, no ano de 2017 houve um aumento de 6,5% de mulheres vítimas de homicídio no Brasil. Em 2016 foram registrados 4.201 homicídios dolosos (sendo 812 feminicídios). Já no ano de 2017 este número cresceu, tendo como resultado 4.473 homicídios dolosos, sendo 946 feminicídios, ou seja, a cada 2 horas uma mulher morre no País. Vê-se que os "operadores do sistema

justiça criminal precisam olhar para a morte de mulheres e saberem quando registrá-las como feminicídios, em um processo que não é apenas técnico, mas também cultural, já que a morte de mulheres é, de certa forma, naturalizada e as violências contra a mulher no cotidiano são aceitas e reproduzidas". (G1; Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Núcleo de Estudos da Violência da USP; 2018)

Ou seja, optar por qualificar o crime em razão do motivo fútil ao de feminicídio é o mesmo que dizer que a criação da lei do feminicídio não tem importância, visto que antes da criação da Lei n.º 13.104/2015 os homicídios femininos já eram na maioria das vezes penalizados pela qualificadora de motivo torpe ou fútil. Isto é desconsiderar o valor social que esta Lei carrega, diminuindo sua importância para o caso. Diante disto, pode-se dizer que, embora de forma discreta, há uma resistência por parte do magistrado em aceitar a questão de gênero, e má vontade do legislador em dar mais proteção às mulheres. Aplicar nas duas primeiras fases da dosimetria as penalidades mínimas e na última aplicar a causa de diminuição de pena na metade gera uma desarrazoabilidade e desproporcionalidade na sentença.

Segue os trechos da sentença:

> O comportamento da vítima não seria suficiente para desencadear uma resposta com golpes de chave de fenda, tal como ocorreu. Considerando todas as circunstâncias judiciais, nos termos acima expendidos, entre elas o de ser o crime duplamente qualificado, fixo a pena-base em 14 (quatorze) anos de reclusão. Se uma qualificadora abstratamente cominada é suficiente para aumentar a pena mínima de 6 (seis) para 12 (doze) anos, é plenamente adequada a pena-base neste patamar.
>
> "Reconheço a atenuante da confissão espontânea, [...] Não incidem circunstâncias agravantes, razão pela qual diminuo a pena em 1 (um) ano, e fixo-a provisoriamente em 13 (treze) anos de reclusão".
>
> "reduzo a pena pela metade, e torno-a definitiva em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ante a inexistência de causas de aumento".

Como dito no primeiro capítulo e nas demais análises, o machismo é algo cultural, intrínseco em nosso meio e no ser humano de forma geral. Mesmo que não se tenha a intenção de proferir pensamentos e atitudes machistas, em algum momento acontece de se externar de alguma forma essa cultura. Por isso entende-se que:

> O machismo está impregnado na cultura. Logo, a cultura é, também, machista. Não se trata de um conjunto de práticas, mas daquilo que dá validade e significação para este conjunto de práticas e para aquilo que, em última instância, define quais práticas estão neste conjunto. (SIQUEIRA, 2013 apud MARTINS, 2016 p.06)

Repare que o magistrado aplicou a qualificadora no mínimo legal previsto. Para valorar a pena base, ele considerou 1/6 de 12 anos, ou seja, o mínimo de valoração segundo a jurisprudência. Na segunda fase, ele atenuou abaixo do previsto na jurisprudência, reduzindo a pena de 14 para 13 anos. Já na terceira fase, o magistrado reduz à metade. Considerando o que preconiza o art. 14, II do CP, a pena deve ser diminuída entre o patamar de 1/3 até 2/3 e, dentro desse critério, o magistrado reduz à metade, ou seja, trazendo para porcentagem 33,33% até 66,66%, ele reduz em 50%, ou seja, o mais próximo do máximo de redução. Assim, infere-se da sentença que, possivelmente, houve uma arbitrariedade e resistência do magistrado em aplicar a qualificadora, o que demonstra um machismo dentro da decisão do caso em epígrafe.

O magistrado entra em contradição com seu argumento quando diz que "quanto mais próximo da consumação, menor será a diminuição" e diminui a pena na metade em face do art. 14, II do CP, mesmo sabendo que a vítima quase morreu em decorrência dos golpes de chave de fenda.

Veja o seguinte argumento:

> Quanto mais próximo da consumação, menor será a diminuição. No caso, diante do informado no laudo de exame de corpo de delito da vítima, fls. 303- 304, houve perigo de vida, razão pela qual reduzo a pena pela metade, e torno-a definitiva em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ante a inexistência de causas de aumento. (DISTRITO FEDERAL, 2017)

Vê-se que neste argumento também houve uma demonstração de incoerência que pode indicar a dúvida razoável sobre a conduta ser baseada em machismo, posto que há contradição do magistrado. Afinal, como o mesmo disse, quanto maior o risco, menor a diminuição. Porém, ele reduz quase ao máximo, o que não condiz com o que ele fundamentou na própria sentença.

Desta forma, a resposta para esta última pergunta, objeto deste trabalho, é afirmativa, no sentido de que é possível, ainda que indiretamente inferir, desta decisão posicionamentos que podem ter embasamento machista e patriarcal que moldam a sociedade brasileira. De toda sorte, mesmo que não tenha este fundamento, a incoerência argumentativa gera espaço para arbitrariedade na decisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As problemáticas relacionadas a gênero estão diretamente interligadas a uma sociedade machista, que coloca as mulheres em um patamar inferior, de desigualdade e submissão ao homem. Desta forma, ao considerar o machismo como um problema histórico cultural, reproduzido pelo senso comum predominante na sociedade brasileira, o tema de pesquisa se faz importante e significativo para o universo jurídico, uma vez que traz a realidade da violência de gênero, bem como uma provável omissão do judiciário em relação a estes casos.

Esse tipo de violência (feminicídio) é a mais cruel das formas de violência contra a mulher e está relacionada a um desejo de domínio masculino, ou seja, ao machismo (a uma negação a independência feminina) e à manutenção do patriarcalismo, que viola os Direitos Humanos das mulheres.

Em 2013, o número de homicídios femininos no Brasil com características de violência foi de 4.762, mostrando 13 mortes femininas diárias. Do total de homicídios femininos apontados, 50,3% foram cometidos por um familiar da vítima; sendo 33,2% dos assassinos, parceiros ou ex-parceiros da vítima e, de acordo com uma reportagem da ONU, o Brasil é o país com a 5ª maior taxa de feminicídios no ano de 2016. (WAISELFISZ, 2015, p. 70. ONU, 2016).

A criminalização de homicídios femininos foi muito significativa, uma vez que evidencia essa problemática. Ela traz uma realidade que não é demonstrada no seio social e representa um avanço no entendimento de discriminação, violência e ausência de políticas públicas que visem à prevenção e extinção desses crimes. Porém, como o problema está relacionado ao machismo, percebe-se que só a tipificação não está sendo eficaz.

Em pesquisa recente apresentada pelo G1 em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em comparação com os dados do ano de 2016, no ano de 2017 houve um aumento de 6,5% de mulheres vítimas de homicídio no Brasil. Em 2016 foram registrados 4.201 homicídios dolosos (sendo 812 feminicídios). Já no ano de 2017 este número cresceu, tendo como resultado 4.473 homicídios dolosos, sendo 946 feminicídios, ou seja, a cada 2 horas uma mulher morre no País. (G1; Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Núcleo de Estudos da Violência da USP; 2018).

Através da Metodologia de Análise de Decisões, foram selecionados 03 (três) casos de feminicídio, com o objetivo de verificar, empiricamente, através do de conceitos teóricos como machismo, feminismo, e feminicídio, se os magistrados estão apresentando uma resistência frente à nova lei de proteção às mulheres, Lei nº13.104/2015, uma vez que mesmo com a tipificação os casos de feminicídio têm aumentado, o que gera a ideia de impunidade.

Com a análise das decisões, verificou-se que de forma geral os magistrados tem apresentado uma resistência frente à Lei nº 13.104/2015, seja não aplicando a nova qualificadora, ou aplicando, mas tentando minimizar seus efeitos no caso concreto. Ademais, ainda que discretamente, os magistrados, em dados momentos, apresentaram características do machismo ao proferir as decisões, o que fere de forma direta a Integridade do Direito proposta pelo autor Ronald Dworkin, que busca através da integridade afastar a arbitrariedade dos magistrados.

Assim, pode-se dizer que a criminalização do problema em si, embora represente uma medida de proteção do Estado às suas cidadãs, não está sendo

suficiente para erradicar a violência de gênero no Brasil, uma vez que o machismo encontra-se presente em toda a sociedade brasileira e as discussões sobre temas como feminicídio, bem como estudos sobre as questões de gênero ainda enfrentam muita resistência no país.

REFERÊNCIAS

ARALDI, Danusa Cristina Araldi. "O Princípio da Motivação das decisões judiciais e o Processo Eletrônico". **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP.**Disponível em<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_principio_da_motivacao_das_decisoe s_judiciais_e_o_processo_eletronico.pdf>.

ASSIS, Larissa Melo Ambrozio de.**"Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal."** 2017. 224 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2017. p. 29 a 31.

BARRETO. Maria do Perpétuo Socorro Leite. *PATRIARCALISMO E O FEMINISMO: Uma retrospectiva histórica.***Revista Ártemis**, v. 1, 2014, p. 64. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2363>. Acesso em 23 dez 2014

BEAUVOIR, Simone de. **" O Segundo Sexo" tradução Sérgio Milliet**, 2.ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p.13

BELO, Eliseu Antônio da Silva. "**Multiplicidade de qualificadoras e dosimetria da pena**". 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/28202/multiplicidade-de-qualificadoras-e- dosimetria-da-pena>. Acesso em 05 maio 2014

BOSCHI, José AntonioPaganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. GOVERNO FEDERAL.*Maria da Penha*. 2012.Disponível em:<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/maria-da-penha-1>. Acesso em 05.04.2012 última modificação 23 dez 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça - SRJ. "**A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntumo no Brasi**l". Centro de Estudos Sobre o Sistema de Justiça. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-

Direitos/politicasdejustica/publicacoes/Biblioteca/publicacao_feminicidio.pdf/>. 2015, p.39;

BRASIL. Senado Federal. "**Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher. Brasília: Senado Federal**". Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da- comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 294.594/SP, QUINTA TURMA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Brasília, 16 de junho de 2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 430.222/MG, QUINTA TURMA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Brasília, 22 de março de 2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 433.898/RS, SEXTA TURMA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Brasília, 24 de abril de 2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 437.157/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Brasília, 17 de abril de 2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 99809, Primeira Turma, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI,Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>

BUONICORE, Augusto C. *"A história das mulheres brasileira que foram à luta por seus Direitos"*. **Revista Pragmatismo Político**. 2017. Disponível em <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/03/historia-mulheres-brasileiras-luta-Direitos.html>. Acesso em Acesso em 08.03. 2017

CAMPOS, C. H. de**.** *"Violência, Crime e Segurança Pública Feminicídio no Brasil - Sistema Penal & Violência"*.**Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós- Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.**Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan.-jun. 2015

CAPEZ, Fernando. **"Código Penal Comentado"**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 253: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *"Resolução nº54, Caso Maria da Penha Fernandes"*. Disponível em https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em 03 out 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. "**Lei do Feminicídio: breves comentários"**. JusBrasil. Disponível em<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>. Acesso em 20 nov 2017.

DISTRITO FEDERAL. TJDFT: Recurso em Sentido Estrito. Acórdão n. 904781/DF, rel, Des, George Lopes, 1ª Turma Criminal, J. 29.10.2015

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Morais. *"Metodologia de Análise de Decisões- MAD*". **Univ. JUS**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GONÇALVES, Tâmara Amoroso."**Direitos Humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**"São Paulo.ed. Saraiva. 2013, p. 166, p 244 a 247.

GUTMANN, Matthew. "– O Machismo" – (Publicado Originalmente no Livro) – Meaningof Macho: Being a Man in Mexico City. Berkeley and London: UniversityofCalifornia Press, 1996. – Traduzido por Michele Markowitz, Publicado em Antropolítica – Niterói, n.34, p. 95- 120, 1. set. 2013.

LOURO, Guacira Lopes. **"O CORPO EDUCADO PEDAGOGIAS DA SEXUALIDADE"**. 2ª ed. Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2000.

MARTINS, David Alexandre. "Machismo na Sociedade Contemporânea: Conceituando e Definindo o Machismo". 2016. Disponível em https://www.passeidireto.com/arquivo/19722683/msc---conceituando-e-definindo-o- machismo>. 2012

MELLO, Adriana Ramos. *"Feminicídio: Uma Análise Sociojurídica do Fenômeno no Brasil*".**LMJ Mundo Jurídico**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 140 - 167, jan. - mar. 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993

MENEGHEL Stela Nazareth; PORTELLA AP. *Feminicídios: conceitos, tipos e cenários*. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v.22, n.9, p 3077-3086, 2017,p. 3080

MENEGHEL, Stela Nazareth and PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. Ciênc. saúde coletiva v.22, n.9, pp.3077-3086, 2017. ISSN 1413-8123. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017229.1141. 2017>

NABUCO FILHO, João.*Feminicídio*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, 2015. Disponível em:

<http://www.usjt.br/revistaDireito/numero-3/12- jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>. Acesso em 13.set.2015.

OLIVERA, Taynara Pires. "FEMINICÍDIO: Crime por omissão do Estado".2016. Defesa(Monografia)- CENTRO UNIVERSITÁRIO INSTITUTO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE BRASÍLIA – IESB RELAÇÕES INTERNACIONAIS

ONU MULHERES. Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres. *Diretrizes e Nacionais Feminicídio. Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres.* Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2016

ONU-ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU: *Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução.* Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais- buscam-solucao/>. Acesso em 06 abril 2016.

PINTO, Célia Regina. "FEMINISMO, HISTÓRIA e PODER". **Rev. Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010, p. 16 e 17.

PINTO, Ronaldo Batista. "**Violência doméstica: Lei Maria da Penhacomentada artigo por artigo**". 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 84.

RIBEIRO, Paulo Silvino. "**O papel da mulher na sociedade**"; Brasil Escola. Disponível em <http://brasilescola.uol.com.br/sociologia/o-papel-mulher-na-sociedade.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

SANTANA, Juliana. "**Da Hermenêutica Jurídica e da Interpretação Jurídica**". JusBrasil. 2016. Disponível em <https://jucamposs24.jusbrasil.com.br/artigos/412260445/da- hermeneutica-juridica-e-da-interpretacao-juridica>

SCHLOTTFELDT, Shana "**Feminicídio, feminicídio e o entendimento dos operadores do Direito brasileiro**". **Revista IBCcrim.** Brasília 2016.

SIGNIFICADOS. Significados de machismo. Disponível em <https://www.significados.com.br/machismo/)>. Acesso em 15. março.2017

SIQUEIRA, Vinicius. "**Machismo o que é?**". **Colunas Tortas**. 2013. Disponível em:<https://colunastortas.com.br/machismo-o-que-e/>. Acesso em 26 jun 2013

SIRENA, Gustavo. "**Aplicação da Pena**". 2012. Disponível em <https://tj-ac.jusbrasil.com.br/noticias/3096011/artigo-da-semana-aplicacao-da-pena>. 2012

VELASCO, Clara. CAESAR, Gabriela. REIS, Thiago. G1. "**Cresce o nº de mulheres vítimas de homicídio no Brasil; dados de feminicídio são subnotificados**". 2018. Disponível em<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres- vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>. Acesso em07.03.2018.

WAISELFISZ J.J. **Mapa da violência 2015**. Homicídio de mulheres no Brasil. Brasília DF. 2015, p.39 e 70 Disponível em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>

YONEKAWA, Luciana. Tradução: "COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS

HUMANOS. Accesoalajusticia para mujeresvictimas de violencia em las Américas. 2007)

ANEXO DOS PROCESSOS

Processo: 2015.03.1.006972-7

Circunscrição: 3 - CEILANDIA

Vara: 11 - TRIBUNAL DO JÚRI DE CEILÂNDIA AÇÃO PENAL: 2015.03.1.006972-7

RÉU: MARCOS ALEXANDRINO

VÍTIMA: MARINEIDE FREIRE FERREIRA

INCIDÊNCIA: ARTIGO 121, § 2º, I E VI, DO CÓDIGO PENAL

Decisão:

O representante do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com lastro no Auto de Prisão em Flagrante n. 313/2015, lavrado pela 15ª Delegacia de Polícia, ofereceu denúncia em desfavor de MARCOS ALEXANDRINO, já

qualificado nos autos, por infração ao artigo 121, § 2º, I e VI, do Código Penal, narrando a prática delitiva nos seguintes termos:

No dia 15 de março de 2015 (domingo), por volta das 20h, na , (sic) QNN 5, Conjunto J, em frente à Casa 48, via pública, Ceilândia/DF, MARCOS ALEXANDRINO, de forma livre e consciente, com intenção homicida, matou MARINEIDE FREIRE FERREIRA, por meio de golpes de instrumento pérfuro-contundente, causando-lhe as lesões descritas no laudo de exame cadavérico a ser juntado, que foi a causa eficiente de sua morte. Segundo consta no inquérito policial que acompanha a presente denúncia, autor e vítima tinham um relacionamento amoroso. No dia e local acima mencionados, o denunciado, na via pública, tomado por sentimento de (sic) egoístico de posse, desferiu facadas na companheira, ceifando- lhe a vida.

Após, o denunciado empreendeu fuga. Em razão da revolta de populares que pretendiam linchar o denunciado, ele se entregou a policiais militares, oportunidade em que foi preso. O crime foi cometido por motivo torpe, vez que foi motivado pelo sentimento egoístico de posse que o denunciado mantinha em relação à vítima.

O crime foi praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino, com contexto de violência doméstica e familiar (feminicídio), pois autor e vítima tinham (sic) relacionamento amoroso.

A constrição em flagrante do acusado foi convertida em prisão preventiva, nos termos da decisão proferida às fls. 26/30. A presente ação penal foi deflagrada pelo recebimento da denúncia acima consignada, em 27 de março de 2015, conforme decisão de fls. 69. O Citação às fls. 93/94.

Resposta escrita à acusação apresentada às fls. 96/97 por intermédio da Defensoria Pública do Distrito Federal. Ingressaram ao acervo probatório o laudo de perícia necropapiloscópica n. 610/15 (fls. 51/54), o laudo de exame de corpo de delito - cadavérico n. 11199/15 (fls. 55/64) e o laudo de exame de local de morte

violenta n. 11192/15 (fls. 126/163). Produzida a instrução criminal, foram ouvidas as testemunhas MARINA DE

LOS SANTOS (fls. 172) e LEÔNIDAS DE ALMEIDA (fls. 175), bem como os informantes JOSÉ FREIRE FERREIRA (fls. 173) e CECÍLIA FREIRE FERREIRA (fls. 176/177).

Interrogatório às fls. 178. Encerrada a instrução, o titular da ação penal ofertou alegações finais, postulando a pronúncia do acusado como incurso no preceito secundário do artigo 121, § 2º, I e VI, do Código Penal (fls. 182/189). O acusado, ao seu turno, por meio da defesa técnica, requereu o decote da qualificadora atinente ao motivo torpe, deixando para se manifestar sobre os demais termos da imputação em plenário, conforme manifestado às fls. 190/192. É o relatório.

DECIDO.

I..... Preliminar:

Encerrada a primeira fase do rito escalonado do júri, verifico que não existem quaisquer irregularidades hábeis a inquiná-lo de nulidade, eis que, em todos os atos processuais, foram observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Assim, passo ao juízo de prelibação. Pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, adstrito à existência da prova da materialidade do delito e suficientes indícios de sua autoria, sendo de boa técnica usar linguagem concisa e moderada, evitando-se exame aprofundado da prova, a fim de não influir indevidamente no convencimento daqueles que são os juízes naturais da causa, conforme o disposto no artigo 413, § 1º, do Código de Processo Penal.

II..... Materialidade:

Nesse passo, constato que a materialidade do delito, em tese, doloso contra a vida, pode ser aferida pela prova pericial produzida, quais sejam, o laudo de perícia necropapiloscópica n. 610/15, às fls. 51/54, o laudo de exame de corpo de delito - cadavérico

n. 11199/15, às fls. 55/64 e o laudo de exame de local de morte violenta n. 11192/15, às fls.

126/163.

Devidamente demonstrada, portanto, a existência material do fato típico.

III..... Autoria:

Emerge do acervo probatório coligido aos autos elementos indiciários da autoria do fato narrado na denúncia em face do acusado. Neste sentido, a testemunha MARINA DE LOS SANTOS, às fls. 172, afirmou que no dia fato, dirigia-se para a Rua "J", quando deparou com o acusado, o qual trajava camisa e bermuda amarelas, bem como portava na mão uma faca suja de sangue. Neste momento, o implicado enrolou a faca na blusa. Em seguida, ao chegar até a referida rua, avistou a vítima no chão, sangrando. No mesmo giro, o Agente de Polícia LEÔNIDAS DE ALMEIDA, às fls. 175, aduziu que, no dia do fato, dirigiu-se até o local, onde populares diziam que o autor da agressão seria uma pessoa chamada MARCOS, vindo a saber posteriormente que tal sujeito era o companheiro da vítima. Ao empreender diligências com o fito de capturá-lo, tomou conhecimento de que o réu havia se apresentado perante um Posto Policial.

Alegou que, em contato com a testemunha MARINA, esta afirmou ter visto o acusado correndo e portando uma faca, bem como encontrara crianças na residência da vítima, ocasião em que os infantes diziam que "Marcos teria matado a mãe deles". Em entrevista com o acusado, indagou-lhe o motivo do fato, mas não obteve resposta, tendo apenas dito que "não estava arrependido". Ouvido às fls. 173/174, o irmão da vítima, JOSÉ FREIRE FERREIRA, asseverou que no dia da ocorrência, viu a vítima caminhando, bem como avistou o acusado, na esquina, atrás de um poste, interregno em que os fatos aconteceram. Em dado momento, foi chamado por sua esposa, a qual afirmou que "Marcos havia furado a vítima", acrescentando: Que o declarante desceu correndo e viu a vítima com um buraco no peito. Que o acusado não estava lá nesse momento. Que o declarante ouviu de uma moça que ela viu o

acusado com uma faca cheia de sangue. Que algumas pessoas tentaram linchar o acusado, que acabou se entregando numa delegacia no sentido P Norte. Que uma testemunha, de nome Marina de Los Santos, afirmou ao declarante ter visto o momento em que o acusado desferiu as facadas na vítima. Que uma criança falou para o declarante que viu o momento do esfaqueamento e afirmou ter sido o acusado o autor dos fatos. Que a criança narrou que, naquele momento, gritou: "matou, matou, matou!".

Que a criança disse ao declarante que viu o acusado sentando em cima da vítima.

A irmã da ofendida, CECÍLIA FREIRE FERREIRA, ouvida em juízo às fls. 176/177, declarou que residia no mesmo lote que a vítima e, no dia do fato, entre 06h e 07h, "a vítima falou que ia para o trailer trabalhar". Posteriormente, a vítima retornou, com o fito de trocar a calça que trajava, que a incomodava. Neste momento, o acusado "ficou dizendo para a vítima não ir para o trailer", enquanto a vítima argumentava que "já tinha combinado com a Tia de ir trabalhar", ao que o réu retrucava "que a vítima não iria, pois ele não iria deixar". Neste momento, a declarante deixou o local, passando a andar, tendo avistado que dois rapazes começaram a conversar com o casal por cerca de dois minutos, e em seguida se retiraram. Decorridos por volta de cinco minutos, a declarante retornou, tendo tomado conhecimento do óbito da vítima. Interrogado em juízo, o incriminado fez uso do Direito constitucional que lhe assegura permanecer em silêncio (fls. 178). Assim, após a apreciação dos elementos probatórios coligidos, sobressaem os indícios necessários para a materialidade delitiva e indicativos de que o réu tenha sido o autor da conduta narrada na denúncia, cabendo, exclusivamente, aos senhores jurados o exame aprofundado da matéria, sob pena de indevida invasão na competência que a Carta Magna reservou ao júri popular. Presentes, pois, os pressupostos previstos no artigo 413 do CPP, é de rigor a pronúncia.

IV..... Qualificadoras:

O Ministério Público do Distrito Federal imputou ao réu as qualificadoras previstas no § 2º, I e VI do artigo 121 do Código Penal, assim descritas: O crime foi cometido por motivo torpe, vez que foi motivado pelo sentimento egoístico de posse que o denunciado mantinha em relação à vítima.

O crime foi praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino, com contexto de violência doméstica e familiar (feminicídio), pois autor e vítima tinha (sic) relacionamento amoroso.

A primeira circunstância articulada encontra amparo suficiente para a pronúncia, conforme os depoimentos testemunhais coligidos, cujos excertos se seguem: Que a testemunha ouviu de uma amiga da vítima que o acusado era muito ciumento (MARINA DE LOS SANTOS - fls. 172- verso).Indagado sobre motivos para o crime, o depoente relata que um dos irmãos da vítima dizia que o acusado era muito ciumento e não gostava dos locais que a vítima frequentava (LEÔNIDAS DE ALMEIDA - fls. 175-verso). Que o acusado já chegou a relatar que não gostava que a vítima trabalhasse à noite, pois tinha muito movimento de homens (CECÍLIA FREIRE FERREIRA - fls. 177).

Nessa esteira, ressalte-se ques segundo a prova testemunhal amealhada, vítima e acusado mantinham um relacionamento amoroso, cumprindo destacar que a ofendida exercia o ofício de garçonete em um estabelecimento comercial, no período noturno, conforme noticiado às fls.172, 173-verso, 174 e 176.

Conforme apurado, no dia do fato, o acusado se opôs à ida da vítima ao trabalho, supostamente em função do ciúmes por ele nutrido, dada a presença de homens no estabelecimento em que a vítima trabalhava, conforme acima aludido.

A par do disposto, deflui-se que a circunstância articulada encontra amparo na prova produzida, de modo que deve ser apreciada pelo Conselho de Sentença. Noutro giro, no que concerne à qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal, relativa ao feminicídio, posto que praticado contra a mulher por "razões da condição de sexo feminino, com contexto de violência doméstica e

familiar (feminicídio), pois autor e vítima tinha (sic) relacionamento amoroso", conforme descrito na peça acusatória, não merece prosperar a tese. No caso em tela, note-se que tal descrição já está inserida no contexto fático da primeira qualificadora analisada, ou seja, o motivo torpe. De fato, o sentimento egoístico de posse nutrido pelo réu em relação à vítima está intrinsecamente ligado ao envolvimento amoroso mantido pelo casal e dele é decorrente. Observe-se o teor do disposto no artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.104/2015, de 10 de março de 2015: Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 2º - A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I

- violência doméstica e familiar; A violência doméstica e familiar contra a mulher está tratada na Lei n. 11.340/2006 e no seu artigo 5º, estando conceituada como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial".

Portanto, é possível inferir que a morte da vítima MARINEIDE decorreu da sua condição de gênero feminino, no entanto, esta circunstância não subsiste de forma autônoma, tendo em vista que tal condição já está inserida no "sentimento egoístico de posse" proveniente da relação amorosa subsistente com o acusado.

Desta forma, considerando que as qualificadoras articuladas, em verdade, convergem para uma única situação de fato e de Direito, não é possível desdobrá-las, sob pena de incidência em bis in idem.

Observe-se que, nesta circunstância, da forma como descrita na denúncia, a violência doméstica contra a mulher constitui o gênero, e o sentimento egoístico de posse é uma espécie dela derivada, tendo em vista que a agressão ao sexo feminino pode ser manifestada por motivos diversos.

Não obstante o pouco tempo de vigência da Lei que instituiu a figura do feminicídio, algumas renomadas vozes doutrinárias já assumiram o posicionamento de que referida qualificadora é de índole subjetiva, de modo que, nesta condição, seria incabível a sua cumulação com outra qualificadora de mesma natureza, notadamente as que se referem à motivação dofato. Neste particular, embora não despreze outros entendimentos no sentido de que se trataria de qualificadora objetiva, adiro à tese acima manifestada, sem prejuízo de posteriores estudos aprofundados na matéria, mesmo porque, lamentavelmente, uma vez mais, o legislador brasileiro contenta-se em acrescentar novos dispositivos penais sem parecer se preocupar com sua complexa aplicação no campo jurisdicional.Ressalte-se que, independentemente do argumento levantado a respeito da possibilidade ou não de acumulação das qualificadoras, insta que o Ministério Público delineie as condutas de forma a conferir-lhes qualificações autônomas e diversas, o que não aconteceu.

Com estas considerações, a qualificadora inserta no artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal não comporta acolhimento na presente hipótese, por não se encontrar desassociada da própria motivação do fato, já reputada torpe. Assim, decoto a referida circunstância da imputação, por evidenciar excesso acusatório.

V..... Dispositivo:

Ante o exposto, com base no disposto no artigo 413 do Código de Processo Penal, julgo parcialmente procedente a denúncia e PRONUNCIO MARCOS ALEXANDRINO, já individualizado nos autos, por infração ao artigo 121, § 2º, I, do Código Penal, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Egrégio Conselho de Sentença desta Circunscrição Judiciária.

VI..... Prisão Preventiva:

Em atendimento ao disposto no artigo 413, § 3º, do Código de Processo Penal, observa-se que, como já consignado, a constrição em flagrante do acusado foi

convertida em prisão preventiva, sob os argumentos lançados na decisão de fls. 26/30. Neste instante processual, consigne-se a confirmação da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria, consoante pronúnciaproferida. Segundo constou da instrução criminal realizada em juízo, o acusado já teria agredido fisicamente a vítima em data anterior (fls. 173 e 176), ocasião em que a agressão foi cessada pela interferência de terceira pessoa.

Ademais, ao ser questionada sobre a relação do acusado com os filhos menores da vítima, a irmã da ofendida (fls. 176), relatou que "um dos filhos dela já relatou que o acusado agredia algumas das crianças e que ele usava drogas na presença deles", o que determinou o encaminhamento dos menores a um abrigo, pelo Conselho Tutelar. Há ainda nos autos, relatos testemunhais tanto do consumo abusivo de álcool pelo acusado, bem como da prática de agressões contra a mulher também em outro relacionamento anterior (fls. 173 e 176).

Tais circunstâncias demonstram a periculosidade concreta do acusado e a necessidade de sua retirada do meio social. Em linha do disposto, inalterados os fundamentos expendidos na decisão de fls. 26/30, a cujo teor me reporto, não tendo havido mudança no contexto fático e jurídico demonstrado, comprovados a materialidade do fato e indícios suficientes de autoria, MANTENHO A PRISÃO PREVENTIVA de MARCOS ALEXANDRINO, qualificado, com supedâneo no artigo 312, do Código de Processo Penal, para garantia da ordem pública.

Expeça-se a recomendação de prisão.Certificada a preclusão, abra-se vista sucessiva dos autos ao Ministério Público e à Defesa técnica para a apresentação do rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de cinco, e eventual pedido de juntada de documentos ou requerimento de diligências, de acordo com o artigo 422, do Código de Processo Penal. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Ceilândia - DF, 02 de julho de 2015. LUCAS SALES DA COSTA Juiz de Direito Substituto.

Processo : 2015.03.1.010270-0

Circunscrição : 3 - CEILANDIA

Vara : 11 - TRIBUNAL DO JÚRI DE CEILÂNDIA AÇÃO PENAL: 2015.03.1.010270-0

RÉU: AILSON GUEDES FERREIRA

VÍTIMA: NEIDE RODRIGUES RIBEIRO

INCIDÊNCIA: ARTIGO 121, § 2º, I, IV E VI, DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 14, DA LEI N. 10.826/2003

D e c i s ã o

O representante do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com lastro no Auto de Prisão em Flagrante n. 374/2015, lavrado pela 23ª Delegacia de Polícia, ofereceu denúncia em desfavor de JAILSON GUEDES FERREIRA, já qualificado nos autos, por infração ao artigo 121, § 2º, I e VI, do Código Penal e artigo 14, da Lei n. 10.826/2003, narrando a prática delitiva nos seguintes termos:

No dia 15 de abril de 2015, por volta das 13h, no interior da residência do casal, situada na QNN 24, Conjunto I, Casa 44-A, Ceilândia/DF, o denunciado JAILSON GUEDES FERREIRA, de forma livre e consciente, com intenção homicida, MATOU a vítima NEIDE RODRIGUES RIBEIRO, por meio de disparos de arma de fogo, causando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame Cadavérico a ser juntado oportunamente, que foram a causa eficiente de sua morte.

Segundo consta no inquérito policial que acompanha a presente denúncia, autor e vítima eram casados, sendo que NEIDE vinha sendo constantemente vítima de violência doméstica por parte do denunciado, decidindo separar-se dele.

No dia e local acima mencionados, o denunciado tomado por sentimento egoístico de posse, efetuou disparos de arma de fogo contra a companheira, ceifando-lhe a vida. Após, o denunciado foi preso em flagrante e a arma foi apreendida no local do crime. O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa, uma

vez que NEIDE foi colhida de surpresa, uma vez estar em sua residência apenas com o denunciado, ocasião em que não esperava receber os disparos efetuados em si.

O crime foi praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino, em contexto de violência doméstica e familiar (feminicídio). A constrição em flagrante do acusado foi convertida em prisão preventiva, nos termos da decisão proferida às fls. 47/51. A presente ação penal foi deflagrada pelo recebimento da denúncia acima consignada, aos 04 de maio de 2015, conforme decisão de fls. 76.Citação às fls. 88/89. Resposta escrita à acusação apresentada às fls. 92/94, por intermédio de advogado particular constituído às fls. 90.

Ingressaram ao acervo probatório o laudo de perícia necropapiloscópica n. 911/15 (fls. 61/64), o laudo de exame de corpo de delito - cadavérico n. 16335/15 (fls. 65/66) e o laudo de exame de local de morte violenta n. 15009/15 (fls. 118/209).

O Ministério Público do Distrito Federal ofertou aditamentos à denúncia, às fls. 211/212 e 242, para o fim de incluir na imputação a qualificadora inserta no artigo 121, § 2º, I, do Código Penal, bem como o delito constante no artigo 14, da Lei n. 10.826/2003, nos seguintes termos:

O crime foi cometido por motivo torpe, já que o denunciado, movido por sentimento egoístico de posse, matou a vítima por não aceitar que ela se separasse dele e pusesse fim ao relacionamento entre ambos (fls. 211/212).

Em datas e horários que não se podem precisar, anteriores à data de 15/04/2015 e na referida data, inclusive, o denunciado ainda portou arma de fogo de uso permitido, qual seja, uma pistola marca TAURUS, PT 58 HC, calibre 380, cromada, nº KSI10002, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 242).

Produzida a instrução criminal, foram ouvidas as testemunhas LUDOVICO SOLAGNA NETO (fls. 231), ADRIERLIS RIBEIRO DUARTE (fls. 232), LEONARDO CARVALHO SANTANA (fls. 233), WENDEL DIAS CERQUEIRA

(fls. 234), ADRIANO SOARES LAURO (fls. 238), RONIEL RANGEL BONFIM FERREIRA (fls. 239), MARILZE

STOBERL (fls. 241), bem como os informantes MAURÍCIO RODRIGUES RIBEIRO (fls. 235/236), SÉRGIO RODRIGUES RIBEIRO (fls. 237 e ONILDA MARIA GUEDES FERREIRA DE ABREU (fls. 240).

Interrogatório às fls. 276/277.

Encerrada a instrução, o titular da ação penal ofertou alegações finais, postulando a pronúncia do acusado como incurso no preceito secundário do artigo 121, § 2º, I, IV e VI, do Código Penal e artigo 14, da Lei n. 10.826/2003 (fls. 289/301).

O acusado, ao seu turno, por meio da defesa técnica, requereu a impronúncia quanto aos delitos principal e conexo, alternativamente, o decote das qualificadoras, conforme manifestado às fls. 304/326.

É o relatório.

DECIDO.

I – Preliminar:

Encerrada a primeira fase do rito escalonado do júri, verifico que não existem quaisquer irregularidades hábeis a inquiná-lo de nulidade, eis que, em todos os atos processuais, foram observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, passo ao juízo de prelibação.

II – Materialidade

Nesse passo, constato que a materialidade do delito, em tese, doloso contra a vida, pode ser aferida pela prova pericial produzida, quais sejam, o laudo de perícia necropapiloscópica n. 911/15, às fls. 61/64, o laudo de exame de corpo de delito – cadavérico n. 16335/15, às fls. 65/66 e o laudo de exame de local de morte

violenta n. 15009/15, às fls. 118/209. Devidamente demonstrada, portanto, a existência material do fato típico.

III Autoria

Emerge do acervo probatório coligido aos autos, elementos indiciários da autoria do fato narrado na denúncia em face do acusado. Neste sentido, o Agente de Polícia LUDOVICO SOLAGNA NETO, às fls. 231, afirmou que participou das investigações a respeito da ocorrência, tendo entrevistado informalmente o acusado, o qual teria admitido a prática do fato. Segundo relatou, o acusado informara que havia discutido com a esposa e, após esta dizer que ele "não era homem para matá-la", efetuou três disparos contra a vítima.

No mesmo giro, o Delegado de Polícia ARIERLIS RIBEIRO DUARTE, às fls. 232, aduziu que, ao indagar ao acusado sobre o ocorrido, este respondeu que a vítima teria dito "você não é homem" e "eu atirei nela".

O Policial Militar WENDEL DIAS CERQUEIRA, às fls. 234, afirmou que morava nas proximidades da residência do casal constituído pelo acusado e vítima. Aduziu que no dia do fato, entre 09h e 10h, a ofendida recebeu um caminhão de mudança em frente à casa pertencente ao casal. Após o referido caminhão deixar o local, a vítima retornou para o interior da residência, e, cerca de duas horas e meia após, ouviu quatro ou cinco disparos provenientes do interior da casa. Decorridos entre dez e vinte minutos, passou a ouvir gritos do acusado, o qual abriu o portão da residência, onde apareceu ensanguentado. Ato seguinte, indagou-lhe o que havia acontecido, ao que o acusado respondeu "a gente está se matando". Então, perguntou como estava a esposa, tendo o réu respondido "vai lá ver como ela tá".

Ouvido às fls. 235/236, MAURÍCIO RODRIGUES RIBEIRO, irmão da vítima, asseverou ter conhecimento de que, em data pretérita, o acusado ameaçou de morte a vítima. Conforme relatou, certa feita, o acusado compareceu até à casa do pai do declarante, procurando a ofendida, a qual se encontrava na faculdade. Nesta oportunidade, segundo informado por seu genitor, o acusado teria dito "quando ela

acabar o curso de Direito eu vou matá-la. Não sei por que uma pessoa dessa idade quer fazer curso de Direito". Ainda de acordo com o declarante, a vítima chegou a lhe confidenciar que o réu já proferira diversas ameaças verbais, como "vou te dar um tiro".

De acordo com SÉRGIO RODRIGUES RIBEIRO (fls. 237), irmão da ofendida, um vizinho de nome ANTÔNIO informara que, no dia do fato, o acusado "disse que iria matar a vítima". Por sua vez, a testemunha MARILZE STORBEL, às fls. 241, afirmou que, em contato com o acusado, este "contou que a vítima contou para ele quetinha o caso e, após isso, teria disparado".

Interrogado em juízo, o incriminado fez uso do Direito constitucional que lhe assegura permanecer em silêncio (fls. 276/277).

Assim, após a apreciação dos elementos probatórios coligidos, sobressaem os indícios necessários para a materialidade delitiva e indicativos de que o réu tenha sido o autor da conduta narrada na denúncia, cabendo, exclusivamente, aos senhores jurados o exame aprofundado da matéria, sob pena de indevida invasão na competência que a Carta Magna reservou ao júri popular. Presentes, pois, os pressupostos previstos no artigo 413 do CPP, é de rigor a pronúncia.

IV - Qualificadoras

O Ministério Público do Distrito Federal imputou ao réu as qualificadoras previstas no § 2º, I, IV e VI do artigo 121 do Código Penal, assim descritas: O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa, uma vez que NEIDE foi colhida de surpresa, uma vez estar em sua residência apenas com o denunciado, ocasião em que não esperava receber os disparos efetuados em si.

O crime foi praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino, em contexto de violência doméstica e familiar (feminicídio).

O crime foi cometido por motivo torpe, já que o denunciado, movido por sentimento egoístico de posse, matou a vítima por não aceitar que ela se separasse dele e pusesse fim ao relacionamento entre ambos.

A primeira circunstância articulada encontra amparo indiciário suficiente para a pronúncia, conforme os depoimentos testemunhaiscoligidos. Nesta esteira, consoante os elementos constantes nos autos, observa-se a ausência de testemunhas presenciais, posto que no momento do fato encontravam-se apenas vítima e acusado, no interior da residência ond moravam. Não obstante, as próprias circunstâncias do fato estampado permitem inferir, indiciariamente, a ocorrência da qualificadora articulada, nos moldes descritos na denúncia.

Segundo o apurado, vítima e réu eram casados há cerca de vinte de anos, de modo que, em razão dessa convivência de longa data, é crível que a ofendida eventualmente não pudesse supor ou esperar a prática do fato, sendo possível que não esperasse o ataque.

A par do disposto, deflui-se que a circunstância articulada não está manifestamente desassociada do acervo coligido, de modo que deve ser apreciada pelo Conselho de Sentença.

Noutro giro, no que concerne às demais qualificadoras imputadas, previstas no artigo 121, § 2º, incisos I e VI, do Código Penal, cumpre tecer as seguintes considerações.

Conforme descrito na exordial, o delito teria sido praticado sob a motivação torpe, pois o acusado teria agido por "sentimento egoístico de posse" em razão de não aceitar o fim do relacionamento mantido com a vítima. Note-se que tal descrição, mediante outras palavras, já diz respeito à própria violência doméstica em razão do gênero feminino.

De acordo com o acervo probatório coligido, vítima e acusado eram casados, como já relatado, há mais de 20 (vinte) anos, de forma que mantinham um envolvimento íntimo e de afeto, do qual decorreu o sentimento de posse nutrido pelo acusado. Do mesmo modo, a suposta não aceitação do fim deste relacionamento, conforme declarações prestadas pelos irmãos da vítima (fls. 235/236 e 237), é

inerente à relação íntima de afeto já albergada pelo inciso VI do §2º do artigo 121 do Código Penal.

Note-se que o núcleo da violência doméstica prevista na qualificadora relativa ao feminicídio é justamente a existência de um relacionamento afetivo. Assim, este elemento normativo do feminicídio, qual seja, o relacionamento afetivo mantido com mulher, já contempla a descrição contida na qualificadora relativa ao motivo torpe, tal como descrita, vez que faz referência justamente às decorrências do relacionamento afetivo havido entre os envolvidos.

Assim, note-se que a descrição concernente ao motivo torpe já está amoldada à hipótese legal contemplada no inciso VI, ou seja, no feminicídio. Vejamos. O sentimento egoístico de posse nutrido pelo réu em relação à vítima está intrinsecamente ligado ao envolvimento amoroso mantido pelo casal e dele é decorrente. Observe-se o teor do disposto no artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.104/2015, de 10 de março de 2015:

Feminicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena: reclusão, de 12 a 30 anos. § 2º - A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; A violência doméstica e familiar contra a mulher está tratada na Lei n. 11.340/2006 e no seu artigo 5º, está conceituada como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Portanto, é possível inferir que a morte da vítima NEIDE decorreu em razão da sua condição de gênero feminino, ou de parte vulnerável da relação entre um casal.

Desta forma, no presente caso, entende-se que as circunstâncias concernentes ao "sentimento egoístico de posse" e à não aceitação do término da relação, pelo acusado, não subsistem de forma autônoma, tendo em vista que tais fatos já estão inseridos na violência doméstica e familiar, advinda da condição de sexo femininio.

A este respeito, convém destacar que a violência de gênero pode se manifestar de diversas formas. Na hipótese, ela teria se manifestado pelo sentimento de posse do acusado em supostamente não aceitar o término do casamento. No entanto, tal circunstância não subsiste de forma independente, vez que ambas as qualificadoras se inserem em um único contexto. Desta forma, considerando que as qualificadoras articuladas, em verdade, convergem para uma única situação de fato e de Direito, não é possível desdobrá-las, sob pena de incidência em bis in idem.

Não obstante o pouco tempo de vigência da Lei que instituiu a figura do feminicídio, renomados doutrinadores assumiram o posicionamento que referida qualificadora é de índole subjetiva e, nesta condição, seria incabível a sua cumulação com outra qualificadora de mesma natureza, notadamente as que se referem à motivação do fato. Nesta esteira, colaciono a lição de FERNANDO CAPEZ, Código Penal Comentado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 253: (9) Feminicídio (§ 2º, VI): Incluída pela Lei n. 13.104, de 9-3-2015, trata de uma qualificadora de natureza subjetiva, na medida em que diz respeito aos motivos determinantes do crime. Consiste em praticar homicídio doloso qualificado contra vítima mulher por razões da condição de sexo feminino. Consideram-se razões de condição do sexo feminino, nos termos do novo § 2º-A, quando o crime envolve violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [...].

Além do dolo de matar, é necessário atingir vítima mulher por motivação relacionada com a condição de sexo feminino - dolo específico ou elemento subjetivo do injusto. De qualquer forma, todo feminicídio é espécie do gênero homicídio doloso qualificado.

Com base neste entendimento, deflui-se que, anteriormente à vigência da Lei n. 13.104/2015, os crimes dolosos contra a vida praticados em desfavor da mulher, em razão desta condição, eram tipicamente amoldados nas circunstâncias subjetivas insertas nos incisos I ou II do § 2º do Código Penal, conforme o caso.

Assim, a partir da inovação legislativa, as circunstâncias genéricas relativas aos motivos torpe e fútil foram absorvidas pelo feminicídio, como corolário do

princípio da especialidade, e ainda, como forma de punir com mais rigor os crimes praticados com violência contra a mulher, vez que a inclusão legislativa, de certo modo, força a tipificação do delito como hediondo.

Por tais razões, não prosperam as alegações ministeriais, no sentido de que a violência de gênero é independente dos motivos imediatamente determinantes para a execução do delito.

A este respeito, reporto-me ao entendimento esposado por ALICE BIANCHINI e LUIZ FLÁVIO GOMES:

> […]
>
> pode-se ter uma violência ocorrida no âmbito doméstico que envolva, inclusive, uma relação familiar (violência do marido contra a mulher dentro do lar do casal, por exemplo), mas que não configure uma violência doméstica e familiar por razões da condição de sexo feminino (ex. marido que mata a mulher por questões vinculadas à dependência de drogas). O componente necessário para que se possa falar de feminicídio, portanto, como antes já se ressaltou, é a existência de uma violência baseada no gênero (Ex.: marido que mata a mulher pelo fato de ela pedir a separação)(http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as- questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015).

Muito embora não se ignore entendimentos em sentido contrário, ou seja, no sentido de que a qualificadora prevista no inciso VI do § 2º do artigo 121 do Código Penal é objetiva, neste momento, adiro à corrente subjetiva, sem embargo de posterior consolidação jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema.

De qualquer forma, para fins de imputação de qualificadoras diversas, é mister que a peça acusatória delineie condutas autônomas e independentes entre si. Com estas considerações, a qualificadora inserta no artigo 121, §2º, I, do Código Penal não comporta acolhimento, na presente hipótese, por não se encontrar desassociada e independente da qualificadora prevista no inciso VI do mesmo artigo e parágrafo.

Assim, decoto a referida circunstância da imputação, por evidenciar excesso acusatório. V - Crime Conexo O "dominus litis" imputou ao acusado o delito previsto no artigo 14, da Lei n. 10.826/2003, narrando que: Em datas e horários que não se podem precisar, anteriores à data de 15/04/2015 e na referida data, inclusive, o denunciado ainda portou arma de fogo de uso permitido, qual seja, uma pistola marca TAURUS, PT 58 HC, calibre 380, cromada, nº KSI10002, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 242).

A referida arma de fogo foi apreendida às fls. 15, em decorrência do fato descrito na denúncia, cabendo destacar que seu estado de ilegalidade pode ser extraído pelos documentos acostados às fls. 269 e 273, segundo os quais o acusado não possuía o registro da arma nem o respectivoporte. Frise-se que, de acordo com a prova testemunhal, o acusado já tinha sido visto portando arma de fogo, anteriormente ao fato objeto da ação penal:

Que o acusado andava diuturnamente com duas armas nacintura. Que o acusado sempre portava uma pistola cromada. Que já viu o acusado portando tais armas em momentos anteriores (MAURÍCIO RODRIGUES RIBEIRO - lfs. 235-verso).

Que o declarante já viu o acusado portando armas, as quais ele mesmo mostrava: uma 38, uma pistola e uma arma grande, salvo engano uma espingarda. Que viu essas armas várias vezes, e ele sempre portou arma. Que já viu essas armas faz tempo, mas a última vez que viu foi cerca de um mês antes dos fatos (SÉRGIO RODRIGUES RIBEIRO - fls. 237).

Assim, demonstrada a materialidade e indícios de autoria do delito conexo, cabe ao Conselho de Sentença a sua apreciação.

VI – Dispositivo

Ante o exposto, com base no disposto no artigo 413 do Código de Processo Penal, julgo parcialmente procedente a denúncia e PRONUNCIO JAILSON GUEDES FERREIRA, já individualizado nos autos, por infração ao artigo 121, § 2º,

IV e VI, do Código Penal e artigo 14, da Lei n. 10.826/2003, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Egrégio Conselho de Sentença desta Circunscrição Judiciária.

VII - Prisão Preventiva Em atendimento ao disposto no artigo 413, § 3º, do Código de Processo Penal, observa-se que, como já consignado, a constrição em flagrante do acusado foi convertida em prisão preventiva, sob os argumentos lançados na decisão de fls. 47/51.

Neste átimo processual, note-se a confirmação da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria, consoante pronúnciaproferida. Insta destacar que a constrição cautelar do acusado foi submetida à apreciação da Segunda Instância, em sede do Habeas Corpus n. 20150020150506, cuja ordem foi denegada, sob os fundamentos exarados no Acórdão n. 873574, cuja cópia faço acostar.

Em linha do disposto, inalterados os fundamentos expendidos que determinam a custódia, reportando-me ao conteúdo do referido Acórdão, não tendo havido mudança no contexto fático e jurídico demonstrado, comprovada a materialidade do fato e indícios suficientes de autoria, MANTENHO A PRISÃO PREVENTIVA de JAILSON GUEDES FERREIRA, qualificado, com supedâneo no artigo 312, do Código de Processo Penal, para garantia da ordem pública.

Expeça-se a recomendação de prisão.

Certificada a preclusão, abra-se vista sucessiva dos autos ao Ministério Público e à Defesa técnica para a apresentação do rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de cinco, e eventual pedido de juntada de documentos ou requerimento de diligências, de acordo com o artigo 422, do Código de Processo Penal. Publique-se. Registre-se. Intimem- se. Ceilândia - DF, 17 de agosto de 2015. GILMAR RODRIGUES DA SILVA -Juiz de Direito.

Processo : 2016.07.1.003649-8

Circunscrição : 7 - TAGUATINGA

Vara : 11 - TRIBUNAL DO JÚRI DE TAGUATINGA

Classe : Ação Penal de Competência do Júri Assunto : Homicídio Qualificado

Autor : MINISTERIO PUBLICO

Réu : JOSE ANTONIO GONCALVES DE SOUZA

Sentença

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS ofereceu denúncia, fls. 2-2B, contra JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE SOUZA, devidamente qualificado, dando-o como incurso nas penas cominadas no art. 121, § 2º, incisos II e VI, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal.

Segundo os termos da denúncia, na data de 20 de fevereiro de 2016, por volta de 18:50h, na QSC 08, casa 42, nesta cidade de Taguatinga, o acusado, com vontade livre e consciente, podendo agir de modo diverso, fazendo uso de uma chave de fenda, com intenso ânimo de matar, desferiu golpes na sua amásia Rosimeiry Ferreira do Nascimento, causando- lhe lesões. O crime teria sido cometido por motivo fútil, posto que o acusado teria tentado matar a vítima em decorrências das desavenças existente, bem como praticado contra mulher envolvendo violência doméstica e familiar.

O réu JOSÉ ANTONIO GONÇALVES DE SOUZA foi pronunciado, fls. 386- 389 verso, como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e VI, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal, para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

O réu foi pessoalmente intimado da referida decisão, fl. 397.

As partes não recorreram, tendo aludida decisão transitado em julgado, conforme certidão de fl. 399.

O feito foi relatado e julgado preparado para julgamento em Plenário, fls. 408- 409 verso.

Em plenário, o representante do Ministério Público sustentou a integralmente a acusação.

A combativa Defesa sustentou as teses de absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação para lesão corporal, o reconhecimento da tentativa de homicídio na forma privilegiada e o não reconhecimento das qualificadoras.

O colendo Conselho de Sentença, em resposta aos quesitos formulados, por maioria de votos, reconheceu a materialidade, a autoria, não absolveu o réu, não admitiu a tese de homicídio privilegiado e admitiu as qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio.

Em face do exposto, em conformidade com a Decisão do colendo Conselho de Sentença, julgo procedente a pretensão punitiva do Ministério Público e condeno o réu JOSÉ ANTONIO GONÇALVES DE SOUZA, como incurso nas penas cominadas no art. 121, § 2º, incisos II e VI, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena, com observância do que prescrevem os artigos 59, 61, 62, 65 e 68, do Código Penal.

A culpabilidade, como juízo de censura, no caso em análise, não exorbitou das previsões dogmáticas do tipo penal.

Os antecedentes criminais do acusado não são ruins. Sem elementos para avaliar a conduta social do acusado.

A personalidade do réu também não pode ser avaliada nesta dosimetria por falta de elementos seguros nos autos para delineá-la.

Os motivos já foram considerados para qualificar o crime, portanto não podem ser valorados neste estágio de aplicação da pena, como forma de se evitar que a mesma circunstância duplamente exaspere reprimenda.

Como circunstâncias do crime, considero que a segunda qualificadora, de ter sido o crime praticado contra mulher envolvendo violência doméstica e familiar.

Conforme tem decidido a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, interpretando o artigo 61 do Código Penal, havendo duas ou mais qualificadoras, aquelas que não servirem para qualificar o delito devem ser adotadas na fixação da pena-base. (Acórdão n.813661, 20040710045010EIR, Relator: MARIO MACHADO, Revisor: GEORGE LOPES LEITE, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 18/08/2014, Publicado no DJE: 25/08/2014. Pág.: 58)

As consequências do crime foram ínsitas ao tipo.

O comportamento da vítima não seria suficiente para desencadear uma resposta com golpes de chave de fenda, tal como ocorreu. Contudo, essa circunstância não majora em nada a pena, vez que conforme entendimento jurisprudencial o comportamento da vítima só é considerado para beneficiar o acusado.

Considerando todas as circunstâncias judiciais, nos termos acima expendidos, entre elas o de ser o crime duplamente qualificado, fixo a pena-base em 14 (quatorze) anos de reclusão. Se uma qualificadora abstratamente cominada é suficiente para aumentar a pena mínima de 6 (seis) para 12 (doze) anos, é plenamente adequada a pena-base neste patamar.

Reconheço a atenuante da confissão espontânea, nos termos da alínea d do inciso III do art. 65 do Código Penal. Não incidem circunstâncias agravantes, razão pela qual diminuo a pena em 1 (um) ano, e fixo-a provisoriamente em 13 (treze) anos de reclusão.

Em razão de tratar-se de homicídio na forma tentada, como acima reconhecido, cumpre aplicar a causa geral de diminuição, prevista no artigo 14, II, parágrafo único, do Código Penal. O melhor critério para se estabelecer a quantidade da diminuição é aferir as fases percorridas pelo agente no iter criminis. Quanto mais próximo da consumação, menor será a diminuição. No caso, diante do informado no laudo de exame de corpo de delito da vítima, fls. 303-304, houve perigo de vida,

razão pela qual reduzo a pena pela metade, e torno-a definitiva em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ante a inexistência de causas de aumento.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada será inicialmente semiaberto, nos termos do art. 33, § 2°, b, do Código Penal.

Analisando sob o prisma da Lei n. 12.736/2012, que acrescentou o § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, verifica-se que o tempo de prisão provisória, no presente caso, não altera o regime inicial acima fixado, uma vez que o acusado encontra-se preso desde 20/2/2016, fls. 11 e 37-38, e somente poderá progredir após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena.

Não concedo ao réu o Direito de apelar em liberdade, uma vez que permanecem hígidos os motivos para a prisão preventiva, nos termos das decisões de fls. 37-38, e fls. 386-389 verso, devendo ser mantida a segregação cautelar para a garantia da ordem pública, pelas mesmas razões fáticas e jurídicas ali expostas, agora com mais razão, diante desta condenação.

Recomende-se o acusado na prisão em que se encontra.

Custas e despesas processuais por conta do acusado.

Sentença lida e publicada em audiência e intimados todos os presentes. Registre-se. Cumpra-se.

Sala das Sessões Plenárias do Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, Distrito Federal, aos 2 dias do mês de fevereiro de 2017, às 15 horas e 20 minutos. Taguatinga - DF, quinta-feira, 02/02/2017 às 15h06. João Marcos Guimarães Silva Juiz de Direito.

Ciências Criminais

A APLICAÇÃO DISTORCIDA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Thaynara Rocha de Sá Chaves

RESUMO

O presente estudo se baseia na análise da aplicação distorcida da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no crime de lavagem de dinheiro. Essa teoria ganhou destaque em um dos casos de maior repercussão no país, o julgamento da Ação Penal nº 470, que tramitou no Supremo Tribunal Federal (STF). Quando de sua incorporação no sistema penal brasileiro, sobretudo da sua aplicação a partir do dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro, a utilização dessa emblemática tese gerou diversos debates tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Neste passo, verificou-se a ausência de um estudo mais aprofundado sobre o tema e da fixação de requisitos sólidos para sua aplicação, o que contraria princípios basilares do sistema penal brasileiro, haja vista que essa defende a punição do indivíduo ainda que não existam provas suficientes sobre o conhecimento da ilicitude, admitindo, portanto, a responsabilidade objetiva no delito de lavagem de dinheiro.

Palavras-chaves: Teoria da cegueira deliberada. Lavagem de dinheiro. Ação Penal nº 470.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina da cegueira deliberada, também conhecida como teoria das "instruções do avestruz", busca responsabilizar aquele que se coloca deliberadamente em uma posição de desconhecimento diante de uma possível ocorrência ilícita.

Essa teoria originou-se na Inglaterra, país em que se adota a tradição jurídica do *Common Law*. Posteriormente, expandiu-se para os Estados Unidos, quando

começou a ser fortemente aplicada pelos Tribunais Federais estadunidenses para suprirem as lacunas existentes no sistema jurídico e solucionarem os casos que o agente se coloca voluntariamente em uma posição de ignorância, diante da elevada suspeita de um fato ilícito, criando meios para impedir o conhecimento pleno da situação.

Utiliza-se, neste momento, o elemento subjetivo da alta probabilidade do conhecimento do fato ilícito pelo sujeito. No entanto, observa-se que a premissa utilizada para a aplicação da teoria é vaga, fato que ocasionou discussões sobre o tema nos Tribunais e na doutrina estadunidense.

Recentemente, a jurisprudência brasileira incorporou a doutrina da cegueira deliberada a partir da interpretação extensiva do instituto dolo eventual, enquadrando a conduta do agente que se coloca na posição de desconhecimento do fato ilícito como dolosa. Tal aplicação gerou debates e preocupação entre doutrinadores do Direito pátrio, haja vista a introdução de uma teoria criada na tradição *Common Law* e que não há sequer um estudo aprofundando sobre o tema.

A corrente doutrinária desfavorável à aplicação da teoria afirma que este instituto em nosso ordenamento jurídico é inconcebível por haver a extensão do conceito de dolo para sua aplicação, sem que haja, ao menos, uma previsão legislativa para tanto[1]. Afirmam que os institutos do conhecimento pleno do dolo e da culpa são alterados com a finalidade punitiva do Poder Judiciário, ultrapassando os limites de princípios fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira.[2]

A corrente favorável, por sua vez, afirma ser possível o uso da cegueira deliberada, mas com a exigência de que estejam presentes os seguintes requisitos: ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que bens, direitos ou valores provenham de crimes; atuar de forma indiferente quanto à suspeita; e, por último, a

[1] PHILIPPI, Patrícia. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 55, 2014.

[2] CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017, p. 10.

escolha deliberada do agente em permanecer ignorante sobre os fatos, quando tenha alternativa para agir. Preenchidas tais premissas, a teoria estaria apta para ser aplicada.

Com base nesses questionamentos e nessas divergências, em relação à incorporação da teoria da cegueira deliberada na jurisprudência brasileira, o presente trabalho insurge para analisar sua aplicação, a partir de uma pesquisa descritiva, com base nas normas legais, doutrinas e jurisprudências do Direito pátrio.

Primeiramente, realizar-se-á um estudo sobre a tradição jurídica que vigora na Inglaterra e nos Estados Unidos, qual seja, o *Common Law*, por serem locais onde a teoria se originou e tem sido bastante aplicada, como mencionado anteriormente. Em seguida, a tradição jurídica C*ivil Law* será apreciada, uma vez que pertence aos países da América Latina, entre eles, o Brasil.

A finalidade desse tópico será abordar como foram construídas tais tradições, analisar o funcionamento do sistema e o papel dos juízes em cada uma delas, tendo em vista que os julgamentos da primeira tradição jurídica se baseiam em casos anteriormente julgados, os chamados precedentes, enquanto a segunda tradição jurídica, os julgamentos se amparam nas leis criadas pelo Poder Legislativo, dessa forma, os juízes não podem decidir de forma contrária ao que está disposto na norma, com exceção de existir alguma inconstitucionalidade nesta.

Após sucinta análise sobre as tradições, o trabalho discorrerá sobre a origem da cegueira deliberada na tradição C*ommon Law*. Nesse tópico, será abordado como os Tribunais do sistema jurídico anglo-saxão e dos Estados Unidos da América começaram a incluir a teoria nos seus julgamentos, bem como os requisitos exigidos por estes para a configuração da doutrina da cegueira deliberada, principalmente as premissas empregadas pelo Direito estadunidense, pois este estabeleceu alguns elementos subjetivos necessários para sua aplicação.

Posteriormente, analisar-se-á como ocorreu a incorporação da doutrina da cegueira deliberada no sistema jurídico brasileiro. Assim, serão abordados os

posicionamentos da doutrina e dos Tribunais brasileiros quanto a sua aplicação. Faz-se necessário tal estudo, haja vista a demasiada divergência dos doutrinadores e magistrados, ressaltando a interpretação ampliativa para utilizá-la no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no último capítulo serão abordados os fatos que ensejaram a Ação Penal nº 470, denominada Mensalão, que teve grande repercussão no Direito brasileiro. Faz-se necessário a apresentação dos fatos, tendo em vista a utilização pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal da teoria da cegueira deliberada, a partir do dolo eventual, para responsabilizar os agentes envolvidos neste feito. Assim, serão analisados os motivos ensejadores para a utilização da teoria e quais requisitos apontados nos votos para aplicá-la. Far-se-á uma análise das premissas utilizadas para compreender se são adeptas ou se contrariam os princípios basilares do Direito pátrio, principalmente do Código Penal Brasileiro, com a interpretação extensiva do dolo eventual para aplicação da cegueira deliberada.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 Tradição Jurídica do *Common Law*

A tradição jurídica do *Common law*, originária de regras não escritas, iniciou-se no Direito inglês, após o Guilherme I da Normandia conquistar a Inglaterra, derrotando os povos nativos em Hastings, em 1066[3]. Antes da vitória, não havia um Direito comum a todos, apenas leis anglo-saxônicas que tratavam sobre questões sociais limitadas.

Posteriormente, o Rei da Inglaterra impõe sua autoridade e, assim, são criados os Tribunais Reais, os quais julgavam apenas casos excepcionais. O Soberano determinava as pessoas que trabalhariam na jurisdição do Tribunal, os chamados *judges*, os quais ouviam os conflitos da população e concediam um *writ*.

[3]PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 24.

Este seria um documento formal, com determinações a partir dos costumes daquela sociedade, como se fosse um "remédio adequado à situação[4]". Caso não houvesse um *writ*, logo não poderia dizer o Direito, dessa forma, havia uma denegação da justiça.[5]

Nesse momento, os Tribunais estabelecidos em Westminster tinham o objetivo de criar um Direito comum a todos, baseado nos casos anteriormente julgados, formando os chamados precedentes.

Em decorrência do formalismo e da rigidez do sistema, havia casos que não tinham soluções, limitando o acesso à justiça aos cidadãos. Em razão dessas dificuldades, o Rei começou a receber recursos, fora das regras previstas no *Common Law*, para solucionar os conflitos que não tinham respostas dos Tribunais Reais. As decisões proferidas pelo Rei se tornaram frequentes e, consequentemente, formou-se um conjunto de precedentes próprios, denominando *Equity*, uma justiça paralela aos Tribunais de Westminster, que busca desenvolver soluções mais igualitárias.[6]

Com o passar do tempo, a *Equity* foi influenciada pelo formalismo do *Common Law*, baseando-se na regra da coisa julgada, isto é, o juiz é quem cria o Direito. Posteriormente, os Tribunais começaram a ter competência para aplicar soluções de cada sistema de Direito, mas com a conservação das características e regras próprias de cada instituto.[7]

Nessa conjuntura, observa-se a formação de uma jurisprudência sólida, a partir do conjunto de decisões que moldam o ordenamento jurídico inglês, sendo esta a única fonte do Direito para eles. Assim explica o autor René David:

---

[4] *Remedies Precede Rights*.
[5] PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 32.
[6] SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33-34.
[7] SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

> O direito inglês, proveniente dos processos da common law, é essencialmente um direito jurisprudencial (case law) suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na ratiodecidendi das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra.
>
> [...]
>
> A legal rule inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinário.[8]

Como o Direito inglês, os Estados Unidos também integram a tradição do *Common Law*. Todavia, se diferem por terem se tornado um sistema federalista, em decorrência das particularidades históricas e sociais das colônias existentes. Dessa forma, tal sistema engloba tratados internacionais, constituição federal, constituições estaduais, leis ordinárias federais, leis estaduais e regulamentos[9]. Apesar de o conjunto de normas, considera-se como fonte do Direito o precedente para solucionar os conflitos existentes.

Embora a tênue diferença do *Commow Law* no Direito inglês e no Direito norte-americano, em razão das normas escritas neste, ambos sistemas têm como regra o *Case Law*, ou seja, os juízes são os responsáveis por desenvolver e moldar o Direito, tendo como poder a interpretação ampla, mas com análise cautelosa para que não decidam de forma desigual em casos similares[10]. Assim, a cultura jurídica do *Common Law* tem como fonte o Direito jurisprudencial, contrário à tradição romanística, que se preocupou em criar regras de Direito material.

Nesse contexto, as Cortes inglesas e norte-americanas, pertencentes ao *Common Law*, criam e moldam a teoria da cegueira deliberada em razão da ausência de previsão do dolo eventual. Estas compreendem pela reprovabilidade do agir

[8]DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
[9]SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.
[10]PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 63.

deliberado de forma a evitar o conhecimento da ilicitude. Consideram, portanto, a cegueira deliberada equivalente ao conhecimento pleno.[11]

Diante do cenário apresentado, observa-se a liberdade de escolha que os juízes possuem para solucionarem os casos, diferente dos países de cultura jurídica C*ivil Law*. Não obstante as divergências entre os sistemas, a teoria da ignorância deliberada foi incorporada neste. À vista disso, antes da análise detalhada da incorporação realizada, necessário se faz o estudo prévio do *Civil Law*.

2.2 Tradição Jurídica do *Civil Law*

A tradição *Civil Law*, também conhecida como romano-germânico, originou-se a partir da compilação e codificação do Direito romano pelo imperador Justiniano, no Império Romano do Oriente, denominada *Corpus Juris Civilis*. Buscou-se abolir a aplicação do Direito que não estivesse presente no Código, assim como determinou-se que as normas previstas na codificação seriam suficientes para a solução legal dos conflitos, sem a necessidade de haver interpretações ou discussões de juristas[12].

Em razão das invasões dos povos bárbaros germanos, houve a queda do Império Romano no Ocidente, o que ocasionou a perda da força do Direito romano. Tais povos disseminaram seus costumes legais germânicos e, assim, as compilações existentes à época foram substituídas por um Direito "vulgar", o qual foi redigido e aplicado pelos invasores aos povos da península italiana, tornando a sociedade em um estado mais primitivo[13].

Com o ressurgimento das cidades e do comércio, houve o renascimento da Europa Ocidental e, em conjunto, o início do interesse intelectual ao Direito nos

[11]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2017, p. 139-140.
[12]I PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 29-30.
[13]DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38.

séculos XII e XIII. Este interesse surge com a intenção de manter a ordem e a segurança necessária para a evolução da sociedade, bem como para estabelecer o vocabulário do Direito, os conceitos da ciência dos romanistas, a divisão do Direito público e do privado, entre outras questões necessárias para o desenvolvimento do corpo social.[14]

O renascimento da cultura jurídica iniciou-se em Bolonha, localizada na Itália, com a primeira universidade europeia, a qual se empenhou no estudo sobre o Direito do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano[15]. Este diploma tinha como base o Direito romano, o Direito do Império e o Direito da Igreja, tornando-se superior em relação ao Direito local consuetudinário[16].

A base do Direito comum europeu, formada pelo Direito romano e por estudos realizados sobre o Direito, foi compreendida como *jus commune*, que significa um conjunto de leis e doutrinas, as quais visam proporcionar aos juristas vocabulários e métodos para que possam encontrar soluções de justiça[17].Nesse período, o Direito existe independentemente das classes e dos territórios associados ao feudalismo, bem como a qualquer comando de autoridade[18].

Todavia, com a revolução da sociedade, há a ruptura com o antigo regime e surge o moderno estado-nação. O *jus commune* se transforma em um Direito complementar, haja vista o Estado se tornar a única fonte do Direito. Nesse momento da história, tem-se a separação dos poderes, onde a criação das leis se torna prerrogativa do Poder Legislativo, pois somente ele poderia responder à

[14]DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.
[15]PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 30-31.
[16] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.
[17]Idem, p. 45.
[18]PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 46.

vontade do povo, enquanto o Poder Judiciário seria apenas responsável por interpretar e aplicar a lei para a solução dos conflitos[19].

Dessa forma, observa-se que os países de tradição *Civil Law*, de grande parte da Europa e de toda América Latina, apenas têm como fontes do Direito as normas legais, os regulamentos administrativos e o costume, sendo este último apenas considerado quando não for contrário à lei. Buscou-se, com a codificação das leis, promover a segurança jurídica, com uma legislação "clara, completa e coerente no interesse da certeza".[20] Portanto, as Cortes deveriam observar a lei para solucionar todos os conflitos, garantindo ao cidadão segurança e uniformidade ao sistema.

Recentemente, a aplicação da estrita lei foi relativizada em razão do movimento constitucionalista, em que se estabelece a Constituição no posto de supremacia, considerando-a como Direito fundamental. Assim sendo, a lei começa a ter como limite os princípios constitucionais e os magistrados ganham espaço na tradição C*ivil Law*, sobretudo para decidir se determinada norma está em conflito com a Constituição e, quando assim for, deve-se ser considerada nula a partir de uma completa fundamentação, com base em outras leis e outros princípios basilares do Direito pátrio[21].

Ademais, verifica-se, aos poucos, a "commonlização" do Direito, isto é, os precedentes começam a ganhar espaço e, por consequência, fazer a lei. Nessa conjuntura, a teoria da cegueira deliberada foi incorporada no sistema jurídico brasileiro, a partir da interpretação ampliativa da lei pelos magistrados, todavia, essa aplicação não foi recepcionada por alguns doutrinadores.[22]

Embora esses novos movimentos tenham ampliado as prerrogativas do Poder Judiciário, deve-se ter atenção, haja vista as premissas da cultura jurídica do *Civil*

[19] Idem, p. 46-50.
[20] PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 81.
[21] Idem, p. 51.
[22] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 153.

Law expostas neste tópico. Faz-se necessário que os juízes sejam cautelosos ao incorporar qualquer doutrina alienígena, pertencente à outra tradição jurídica. Para que não haja qualquer problema, recomenda-se um estudo aprofundado e sólido, compatibilizando a doutrina com o sistema jurídico pátrio, que por sua vez tem como fonte primária a legislação, respeitando, dessa forma, o princípio da legalidade e da necessária segurança jurídica.[23] Assim, examinada a presente tradição jurídica, passar-se-á a análise da origem da teoria da cegueira deliberada.

3 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

3.1 Conceito

O Direito jurisprudencial inglês criou a teoria da cegueira deliberada (*Willful blindness*), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz, para punir aquela pessoa a qual suspeita que determinado bem, valor ou situação tenha procedência criminosa, todavia, escolhe não buscar a verdade, criando propositalmente obstáculos para não obter o conhecimento pleno.[24]

A doutrina da cegueira deliberada também recebe o nome de "*Ostrich instruction*", uma vez que sua definição se compara à atitude do animal, o qual esconde sua cabeça dentro da terra quando sente receio de algo, para que não possa ver o que está acontecendo nitidamente.[25] Segundo Renato de Mello Jorge Silveira[26], enquadra-se nessa teoria aquele que realiza condutas típicas do delito, como a ocultação ou dissimulação, mas se mantém ignorante quanto à natureza dos

[23]STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*! ***Site* Consultor Jurídico**.Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 1ºout. 2018.

[24]BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na ação penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 129, mar. 2017, p. 2.

[25]SARAIVA, Ingrid Belian. **A cegueira deliberada e a responsabilidade penal no crime de lavagem de bens**. Brasília: IDP/EDB, 2016. 45f. Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

[26]SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, 2016.

bens, aos direitos ou aos valores envolvidos na transação, sendo que tinha meios para obter o necessário conhecimento sobre os fatos.

Dessa forma, nota-se a existência da viabilidade do acesso por esses agentes para obterem o conhecimento pleno, entretanto, escolhem por espontânea vontade não tomar ciência da realidade dos fatos.

Nesse entendimento, o autor Ramon Ragués I Valles explica:

> El sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren em ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefere realizarla maniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada em el tempo como medio para obtener algún beneficio, sin sumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al delincuente doloso-eventual.[27]

A finalidade da aplicação dessa teoria, conforme o entendimento do autor, é equiparar os casos em que o agente tem conhecimento pleno dos elementos objetivos da conduta criminosa, com aqueles que desconhecem tais elementares do delito. Assim, o nível de culpabilidade daquele que conhece efetivamente não é maior do sujeito que, podendo e devendo conhecer, se mantém em uma posição de ignorância.[28]

Utiliza-se, portanto, a tese da cegueira deliberada para enquadrar nos tipos penais o agente que se coloca na posição de desconhecimento de forma voluntária, para que seja possível responsabilizá-lo. Assim, faz-se necessário a demonstração dos requisitos exigidos pela doutrina para a aplicação dessa teoria, o que será realizado adiante.

3.2 Origem da Cegueira Deliberada no *Common Law*

[27] VALLÈS, Ramon Ragués I. **La ignorância deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 192.

[28] VALLÉS, RamonRagués I. **La responsabilidad penal Del testaferro em delitos cometidos a través de sociedade mercantiles**: problemas de impuctación subjetiva. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/553.pdf>. Acesso em: 30. maio 2018, p. 15.

A doutrina da cegueira deliberada, conforme mencionado anteriormente, originou-se na Inglaterra de forma tênue e, posteriormente, expandiu-se para os Estados Unidos da América, local onde foi moldada.

A primeira utilização da teoria pela Corte Inglesa ocorreu em 1861, no caso de Regina vs. Sleep. Na ocorrência, Sleep estava na posse de barris de resina de uso naval, os quais eram do Estado, e os entregou ao capitão de uma embarcação para ser transportado. Contudo, antes de o navio embarcar, os policiais os encontraram. A defesa de Sleep alegou que o acusado não sabia da procedência dos barris e não observou que todas as peças estavam marcadas, ainda que ele mesmo tivesse embalado todos os produtos para que não se soltassem na embarcação.[29]

Na análise do feito, o júri entendeu que, embora não houvesse indícios suficientes para comprovar que ele sabia da marcação daquelas peças, havia meios para que obtivesse o conhecimento necessário, dessa forma, o condenaram.[30] Inconformado, Sleep recorreu à Corte, a qual entendeu que a norma que dispõe sobre o delito requer expressamente a presença de um dos elementos da culpabilidade para sua configuração, dessa forma, por não haver o conhecimento, o acusado foi absolvido.[31]

Após esse julgamento, começou a ser aplicado o chamado "conhecimento de segundo grau", que se caracteriza quando o agente desconfia de um fato, mas simplesmente fecha seus olhos para não obter ciência da ilicitude, evitando-se, dessa forma, a investigação para confirmá-la.[32]

---

[29]BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na ação penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 129, mar. 2017, p. 3.

[30]CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017, p. 2.

[31]LUCHESSI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 368f..Tese de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 118-119.

[32]LUCHESSI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 368f..Tese de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 121-122.

Em 1875, ocorreu o caso Bosley vs. Davies, em que este último foi acusado por permitir jogos ilegais em sua pensão. Davies afirmou que não poderia responder pelo crime, haja vista não ter conhecimento dos jogos ilícitos praticados. Entretanto, o Tribunal entendeu pela condenação do acusado, sob a alegação de que o conhecimento não seria necessário, uma vez que existiam circunstâncias que comprovavam que Davies e seus empregados eram coniventes com a prática dos jogos ilícitos.

No Direito americano, a cegueira deliberada foi aplicada pela primeira vez no ano de 1899, no caso Spurr vs. United States, julgado pela Suprema Corte. O feito trata-se do fato de Marcus Antonius Spurr, Presidente do Commercial National Bank do Nashville, certificar cheques sem fundos da conta de Dobbins e Dazey, ambos comerciantes. Como Presidente, Spurr tinha o dever de verificar se os cheques tinham saldo suficiente para que pudessem ser aceitos no comércio.[33]

No caso, a Corte entendeu pela responsabilização do acusado, utilizando a teoria da cegueira deliberada como base da condenação, tendo em vista que Spurr se manteve deliberadamente em situação de ignorância, pois não buscou saber se o sacador tinha ou não fundos suficientes, sendo que seu dever como Presidente do banco era agir com cautela para que situações como essa não acontecessem.[34]

Momento posterior, em 1969, a doutrina da cegueira delibera começou a ser delineada com o julgamento do caso *Leary* vs. *United States*. A Suprema Corte americana utilizou o Código Penal Modelo, especificamente a seção 2.02(7), a qual dispõe sobre o requisito do conhecimento, sendo necessário o agente ter consciência da alta probabilidade de a existência do fato ilícito para que possa ser responsabilizado. Esse entendimento influenciou diversos Tribunais, os quais

[33] Idem. p. 126
[34] BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na ação penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 129, mar. 2017, p. 4.

começam a aplicar como fundamento da cegueira deliberada o mencionado Código.[35]

Com o advento da lei de drogas em 1970, percebe-se o uso demasiado da teoria para condenar os traficantes de entorpecentes. Nesse período, até os agentes que simplesmente portavam a droga eram condenados, uma vez que os juízes americanos entendiam que estes agentes deviam ter conhecimento de que a droga era importada, logo cometiam o crime de importação.[36]

Em 1976, a teoria das instruções da avestruz destacou-se nos Tribunais Federais dos Estados Unidos, principalmente no caso *Jewell* vs. *United States*. Como se observa, este feito não foi o primeiro que aplicou a teoria, todavia, foi um dos mais importantes por incluir a análise de casos julgados por diversos Tribunais Federais a respeito do *conhecimento* e por ter decidido em composição integral – pelos 13 integrantes daquela Corte – de forma a pacificar os requisitos subjetivos do crime de tráfico de drogas.

Charles Demore Jewell foi encontrado na fronteira dos Estados Unidos com o México portando certa quantidade de maconha, escondido em um compartimento no porta-malas de um veículo. Conforme acordado com o desconhecido, Jewell apenas deixaria o carro no endereço combinado. Afirmou, ainda, que conferiu todo o carro e não tinha conhecimento do entorpecente.[37]

Diante dos fatos, Jewell foi condenado por tráfico internacional de drogas, uma vez que o elemento subjetivo exigido pelo crime em comento abarca tanto o conhecimento da ilicitude da conduta de possuir, portar ou transportar, quanto a intenção de produzir, distribuir ou ministrar a droga. O Tribunal ressalta que tal

[35] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, ago. 2016.

[36] CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017, p. 2.

[37] LUCHESSI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 368 f.. Tese de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 134-135.

conhecimento não é apenas o real, mas também aquele quando o agente, a partir da suspeita da alta probabilidade do ilícito, evitou conscientemente de adquiri-lo.[38]

Os votos majoritários do Tribunal no caso de Jewell sedimentaram a teoria que deve haver a suspeita da elevada probabilidade da existência da ocorrência ilícita, exceto quando o agente realmente acreditava que o fato não existisse. Portanto, faz-se necessário considerar os requisitos subjetivos contemplados pela Seção 2.02(7) do Model Penal Code.[39]

Diante do cenário apresentado, nota-se que aos poucos a teoria da cegueira deliberada foi sendo sedimentada pela jurisprudência americana, como elemento suficiente para sua caracterização: o *conhecimento*, disposto no Código Penal Modelo, em sua Seção 2.02(7). Observa-se, todavia, que a premissa utilizada pela Corte ainda é bastante discutida, pois há posições resistentes que entendem de forma contrária ao posicionamento majoritário, conforme será demonstrado a seguir.

3.3 Requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico dos Estados Unidos

Para que seja possível a análise das premissas utilizadas na aplicação da cegueira deliberada no sistema penal brasileiro, faz-se imprescindível o estudo dos requisitos exigidos nos Tribunais estadunidenses, uma vez que este foi o responsável por modulá-la. Consoante a análise realizada nos tópicos anteriores, o sistema jurídico americano tem raízes na tradição *Common Law* e nele existem diversos sistemas sobrepostos em razão do federalismo, os quais são ora harmônicos, ora conflitantes. Em face dessa conjuntura, não há uma codificação sólida sobre o

[38]LUCHESSI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 368 f.. Tese de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p.136-137.

[39]Model Penal Code. The American Law Institute: 1962, p. 22, Section 2.02: "**(7)** Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When know ledge of the existence of a particular factis an element of an offense, such know ledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless heactually believes that it does not exist."

Direito penal, tão pouco há um estudo aprofundado e rígido sobre a aplicabilidade da cegueira deliberada.[40]

Conforme o Código Penal Modelo dos Estados Unidos, exige-se o elemento subjetivo da culpabilidade como requisito mínimo para a condenação do agente e, para que esta seja configurada, são necessários os seguintes elementos subjetivos: finalidade, conhecimento, imprudência e negligência, os quais estão previstos na seção 2.02 do mencionado Código.[41] Confira-se:

> Section 2.02. General Requirements of Culpability.
>
> (1) Minimum Requirements of Culpability. Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.[42]

Nota-se, portanto, que não há previsão do dolo eventual no Direito penal americano, havendo, apenas, o instituto da culpa[43] e do dolo direto[44]. O conhecimento exigido para condenação é equiparado ao crime doloso previsto no sistema jurídico brasileiro. Tal consciência se caracteriza quando o agente tem ciência de que a conduta que está praticando é ilícita, bem como se há circunstâncias especiais exigidas para a configuração de determinado crime. O conhecimento requer consciência da existência, e não a representação da sua probabilidade[45].

Contudo, além dessas premissas para caracterizar o conhecimento, o Código Penal Modelo ressalta a possibilidade de equiparação do conhecimento com a hipótese de o sujeito desconfiar de uma elevada probabilidade do fato se caracterizar

---

[40] LUCHESSI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 368 f.. Tese de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 85.

[41] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p.126.

[42] THE AMERICAN LAW INSTITUTE. Model Penal Code. 1962, p. 21.

[43] Negligência e imprudência.

[44] CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017, p.3.

[45] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 127.

como crime, mas prefere não buscar a real verdade sobre o fato, para não obter a ciência sobre o ilícito.[46]

Assim sendo, a alta probabilidade do ilícito é igualada ao dolo de comissão de um delito, conforme acima analisado. Para o Código Penal Modelo, exige-se a ciência da alta probabilidade de um fato, mas sem o conhecimento real de sua existência. Nesse ponto, André Luís Callegari entende haver um problema, tendo em vista o termo "alta probabilidade" ser equiparado ao conhecimento de fato e, ao mesmo tempo, também englobar a imprudência.[47]

O autor dispõe sobre a questão na seguinte maneira:

> Outrossim, é contraditório o Código Penal Modelo ao prever que um indivíduo, ao mesmo tempo, esteja diante da "alta probabilidade" de um crime, e, ao mesmo tempo, possa acreditar que aquilo não seja um crime.[48]

A partir dessa definição, o Guia de sentenciamento federal dos Estados Unidos estabeleceu a teoria da cegueira deliberada ao afirmar que:

> Um indivíduo é deliberadamente ignorante de uma ofensa se não investigou a possível ocorrência de uma conduta ilegal a despeito de conhecimento de circunstâncias que levariam uma pessoa razoável a investigar se a conduta ilegal ocorreu.[49]

Observa-se, com base nos conceitos expostos, o quão resta abrangente a possibilidade de condenação de forma dolosa, podendo basear-se apenas em uma mera suspeita do indivíduo. Na origem da teoria da cegueira deliberada, verifica-se que os Tribunais Federais a aplicavam demasiadamente, ultrapassando até mesmo os

[46] THE AMERICAN LAW INSTITUTE. Model Penal Code. Section 2.02, p. 22, 1962: "(7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When know ledge of the existence of a particular factis an element of an offense, such know ledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless heactually believes that it does not exist."

[47] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 131.

[48] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 131.

[49] CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017, p. 3.

limites legais com a intenção de punir agentes que não tinham conhecimento pleno sobre o fato típico.

Nesse sentido, o autor Robbins[50] entende que o Código Penal Modelo está equivocado quanto à ideia da cegueira deliberada. Ele compreende que o termo "*alta probabilidade"* não caracteriza o conhecimento pelo agente, e sim demonstra a imprudência deste.

Em 2011, com a intenção de restringir a aplicação da teoria das instruções do avestruz, evitando, por esta razão, o uso abusivo do Estado em punir, os *justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceram a premissa de que, para punir aquele que se coloca em uma posição deliberadamente cega, deve-se comprovar a criação de meios pelo agente para evitar a confirmação da conduta que tem grande suspeita de ser criminosa. Sendo assim, poderia afirmar que esse sujeito que gera obstáculos tem o conhecimento real dos fatos[51]. Dessa forma, a teoria não poderia ser aplicada em qualquer caso por haver apenas o "desconhecimento" em tese do agente.

Entretanto, a delimitação da Suprema Corte não perdurou por muito tempo. No ano de 2014, o Segundo Circuito de Nova Iorque entendeu não ser necessária a demonstração pela acusação dos atos objetivando evitar o conhecimento. À vista disso, o sujeito que apenas cega-se deliberadamente sobre a natureza do fato, assume o risco de cometer o delito.[52]

Observa-se, a partir da decisão do Segundo Circuito[53], claramente o ativismo judicial dos Tribunais americanos quando retiram o requisito "demonstração da

[50]ROBBINS, Ira P. The Ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 81, n. 2, 1990, p. 231-233.

[51]CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017, p. 4.

[52]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2017, p. 149.

[53]UNITED STATES V. FOFANAH. US 2nd Circuit. n. 12-4617. September 2, 2014. Disponível em: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/12-4617/12-4617-2014-09-02.pdf?ts=1410919643>. Acesso em: 22 set. 2018.

criação de meios para evitar o conhecimento" para caracterização da cegueira deliberada. Nota-se a ausência de um argumento sólido para aplicação da teoria e enxerga-se juízes querendo punir a qualquer custo.

Alguns doutrinadores demonstram preocupação com o ativismo judicial[54]. Nesse sentido, Dworkin afirma:

> O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.[55]

Segundo Letícia Burgel, os doutrinadores estadunidenses exigem para a aplicação da teoria três requisitos, os quais são considerados basilares para que o conhecimento pelo agente seja equiparado à cegueira deliberada. O primeiro requisito seria a necessidade de o agente ter evidências quanto à ocorrência do ilícito, no sentido de que o faça suspeitar da situação. Em segundo, a informação deve ser de fácil alcance do agente, de modo que ele possa conhecê-la, sem o emprego de diversos meios. Por último, deve-se analisar o motivo do agente, caso tenha se mantido ignorante de forma proposital[56]. Com base nesses requisitos, questiona-se: o que seria uma "suspeita justificada" e de que forma tal suspeita se daria?

A partir das premissas utilizadas pelo sistema penal estadunidense, necessário faz-se uma reflexão aprofundada sobre o tema. Observa-se a fragilidade da teoria da cegueira deliberada no cenário internacional, uma vez que os fundamentos utilizados para justificar sua aplicação são vagos.

---

[54] CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017, p. 5.

[55] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451-452.

[56] BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na ação penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 129, mar. 2017, p. 2-3.

3.4 Aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro

O sistema jurídico brasileiro tem como base a tradição *Civil Law*, consoante análise realizada no primeiro capítulo. Dessa forma, os Tribunais devem solucionar os conflitos a partir das leis criadas pelo Poder Legislativo. Todavia, com o passar do tempo, nota-se uma mudança na atuação do Poder Judiciário brasileiro, o qual sofre atualmente um processo de "commonlização do Direito", conforme expõe Lenio Luiz Streck[57], ultrapassando, por vezes, limites constitucionalmente previstos.

Nesse novo período, os precedentes ganham força. Os juízes assumem um papel que não faz parte de sua função no sistema romano-germânico, uma vez que aparentam criar leis, assim como buscam teorias estrangeiras com finalidade de solucionar conflitos. Contudo, este comportamento dos magistrados contraria, às vezes, leis penais vigentes do Direito pátrio, haja vista utilizarem doutrinas alienígenas, sem ao menos haver um estudo aprofundado antes da aplicação destas.[58]

Entre as doutrinas alienígenas incorporadas pelos Tribunais brasileiros, está presente a teoria da cegueira deliberada. Consoante o estudo realizado até o presente momento, nota-se que esta doutrina ainda não tem bases sólidas nos Estados Unidos, uma vez que os elementos subjetivos utilizados pelo Direito estadunidense para sua aplicação são abrangentes. Mas, mesmo com a existência de incongruências a respeito dessa no sistema internacional, o Brasil incorporou a teoria, equiparando-a ao dolo eventual, previsto no Código Penal Brasileiro.[59]

---

[57]STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*! ***Site* Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 1ºout. 2018.

[58]CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017, p. 5.

[59]FILHO, Theophilo Antonio Miguel. Lavagem de dinheiro: algumas considerações sobre novas abordagens. **Revista da Ajufe**, Brasília, n. 93, 2013, p. 298-299.

Observa-se, assim, que recentemente os Tribunais pátrios têm feito considerações à doutrina da cegueira deliberada, a partir de uma interpretação ampliativa do dolo eventual nos delitos que o admitem. Em tais crimes, o que ganhou maior destaque foi o de lavagem de dinheiro, sobretudo após a promulgação da Lei nº 12.683/2012, que modificou certos requisitos, entre eles, a retirada do termo "sabe serem provenientes".

Essa teoria começou a ser debatida pela primeira vez na jurisprudência brasileira quando aplicada pela Justiça Federal no caso de dois empresários de Fortaleza, acusados de lavagem de dinheiro, pois estavam ligados supostamente ao maior assalto a banco no Brasil.[60] No ano de 2005, após os acusados furtarem R$ 175 milhões do Banco Central de Fortaleza, eles se deslocaram a uma concessionária e compraram cerca de 11 carros, no valor de 1 milhão de reais, quitados em espécie. Entendeu-se, no caso em tela, que embora não tivessem participado diretamente do ato, a concessionária não poderia desconhecer a origem ilícita do dinheiro.

O Juízo da 11ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza compreendeu que ao admitir a venda dos automóveis em espécie pelos acusados do mencionado delito, os proprietários da concessionária deveriam ter suspeitado daquela negociação, bem como comunicado a transação às autoridades competentes para tomarem conhecimento dessa compra atípica.[61]

Logo depois, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que ao aplicar a teoria da cegueira deliberada no sistema jurídico brasileiro seria o equivalente a admitir a responsabilidade objetiva, que dispensa a prova de dolo ou culpa. Dessa forma, aplicar a cegueira deliberada não seria possível, pois a responsabilidade objetiva apenas caberia em crime ambiental[62]. Ainda, o Desembargador Relator afirmou que os empresários não tinham o dever de informar

[60] FILHO, Theophilo Antônio Miguel. Lavagem de dinheiro: algumas considerações sobre novas abordagens. **Revista da Ajufe**, Brasília, n. 93: 2013, p. 298-299.
[61] LUCHESSI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 368 f.. Tese de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 36-48.
[62] Idem, p. 49-51

às autoridades competentes sobre a suposta negociação, uma vez que não há dever previsto na lei, como também não há previsão deste dever pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras e pela Receita Federal do Brasil[63].

Posteriormente, a teoria da ignorância consciente foi aplicada novamente em 25 de fevereiro de 2015 pelo Tribunal Regional Federal da 4º Região, diante do uso de documento falso pelo agente. No caso, o Tribunal decidiu por manter a condenação do indivíduo, haja vista que este se manteve ignorante quanto à procedência do documento, tendo condições de aprofundar o seu conhecimento e sabendo da elevada probabilidade.[64]

Por fim, tem-se o julgamento da Ação Penal nº 470, conhecida como Mensalão, que tramitou no Supremo Tribunal Federal. Este julgado foi considerado o mais importante quanto à aplicação da teoria, pois a utilizou como forma para responsabilizar os agentes, por meio da admissão do dolo eventual previsto na Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre a lavagem de dinheiro. Em razão da importância do presente caso para a doutrina, este será devidamente analisado no capítulo 4.

---

[63] LUCHESSI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 368 f.. Tese de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 52.

[64] **EMENTA:** PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CP. CARACTERIZADO O AGIR DOLOSO. DOLO EVENTUAL. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Age dolosamente não só o agente que quis (por vontade consciente) o resultado delitivo (dolo direto), mas também o que assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), conforme o artigo 18, inciso I, do Código Penal. 2. Hipótese na qual as circunstâncias fáticas, o interrogatório do acusado e a prova testemunhal indicam que havia ou ciência do acusado quanto à falsidade do documento apresentado às autoridades policiais ou ignorância voluntária. 3. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willful blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, o dolo eventual. 4. A aplicação da teoria da cegueira deliberada para a configuração de dolo eventual exige: que o agente tenha tido conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. 5. Motorista de veículo roubado que apresenta aos policiais rodoviários federais CRLV falso não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao documento falso, tendo condições de aprofundar o seu conhecimento e sabendo da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal, especialmente quando recebera quantidade de dinheiro considerável frente à tarefa que iria desempenhar. 6. Considerando os elementos contidos nos autos, e revelando-se presentes todos os requisitos para a configuração do dolo eventual, em plena consonância com a teoria da cegueira deliberada, as razões do apelante referentes ao pedido de absolvição não merecem prosperar. (TRF4, ACR 5001945-68.2013.4.04.7004, SÉTIMA TURMA, Relator RICARDO RACHID DE OLIVEIRA, juntado aos autos em 25/2/2015)

Ante o exposto, verifica-se que a teoria da ignorância deliberada ganhou ênfase na lavagem de dinheiro a partir dos debates a respeito da admissibilidade do dolo eventual. Contudo, observa-se que os requisitos exigidos pelo sistema jurídico internacional não são claros, tão pouco os utilizados no Direito pátrio para sua aplicação, conforme será demonstrado adiante. Mas, antes da exposição dos posicionamentos dos doutrinadores e da jurisprudência brasileira quanto à utilização da teoria, serão apresentadas as peculiaridades do crime de lavagem de dinheiro.[65]

4 CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

4.1 Conceito

O delito de lavagem de dinheiro se trata quando o agente realiza um ato ou um conjunto de atos para tornar todo o valor adquirido de forma ilícita, mas com aparência lícita. Pretende-se, neste delito, disfarçar a origem criminosa, reinserindo tais valores no mercado como se fossem lícitos desde sua origem.

Conforme expõe o autor Pierpaolo Cruz Bottini, a lavagem de dinheiro significa: "Movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação simples e termina com sua introdução do circuito comercial ou financeiro, com aspecto legítimo". [66]

Em alguns países, entre eles o Brasil, mantiveram o termo *lavagem de dinheiro*, tendo em vista que a palavra lavagem significar purificar, limpar, reabilitar, entre outras acepções. Entretanto, há países que preferiram nominar como *branqueamento de capitais*, como Espanha, Portugal e França.[67]

4.2 Origem e tipificação internacional

[65]BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na ação penal 470**. Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 129, mar. 2017, p. 13.
[66]BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/ 2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.
[67]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 7.

Para que fosse possível a realização de trocas de mercadorias, uma vez que nem sempre as necessidades pessoais eram compatíveis, a moeda ganhou lugar, principalmente com o avanço da tecnologia, que a fez operar simultaneamente com a internet. Neste contexto, origina-se o delito lavagem de dinheiro a partir da globalização da sociedade.

Em 1920, um grupo norte-americano utilizava lavanderias para ocultar todo o dinheiro que recebiam das atividades ilícitas que praticavam, entre elas, a venda de bebidas alcoólicas ilegais. Dessa forma, o delito recebeu a denominação lavagem de dinheiro, também chamado de *money laundering* nos Estados Unidos.

Posteriormente, a lavagem de dinheiro expandiu-se e passou a ser aplicada juntamente com o crime de tráfico de drogas, visto que todo valor adquirido com a venda dos entorpecentes era transformado em lícito por meio da "lavagem" do dinheiro. Dessa forma, este termo foi judicializado em 1982, no julgamento sobre o contrabando de cocaína.[68]

Diante de tal cenário, o delito se tornou motivo de preocupação no mundo todo, tendo em vista o campo vasto o qual o Estado tem dificuldade em fiscalizar todas as operações comerciais realizadas[69], sobretudo, em razão da quantidade volumosa de ativos lavados, por meio de processos cada vez mais sofisticados e complexos.

Os países, portanto, se unem com o objetivo de criar meios para prevenir esse crime que se expande e se renova a cada dia. À vista disso, formula-se a Convenção das Nações Unidas em 1988, conhecida como Convenção de Viena, para que os delitos de lavagem de dinheiro, bem como o narcotráfico, fossem reconhecidos

[68] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 7.
[69] Idem, p. 7.

internacionalmente e, por conseguinte, para que os Estados-membros cooperassem nas investigações.[70]

Conforme expõe o autor Marcelo Mendroni, essa Convenção se preocupou em demonstrar aos Estados a importância da conscientização quanto ao delito em estudo, haja vista ter ganhado uma forma empresarial globalizada[71]. Assim, os países signatários se comprometeram a tipificar como ilícito tanto os atos do tráfico quanto os de lavagem de dinheiro.

Em 1989, origina-se o Grupo de Ação Financeira – GAFI, denominado *Financial Action Task Force – FATF*, que realiza recomendações aos governos para adotarem medidas de prevenção à lavagem de dinheiro e incentivarem instituições financeiras a não serem coniventes com tal crime, além de denunciarem quando for o caso. Na esfera da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, o GAFI é considerado um grupo bastante importante no combate ao delito de lavagem de dinheiro, bem como ao financiamento do terrorismo, tendo em vista padronizar comportamentos que devem ser seguidos pelos países-membros, que atualmente totalizam 34 países, além de ser reconhecido por outras organizações internacionais.[72]

Posteriormente, realiza-se a Convenção de Estrasburgo, que inova alguns pontos da Convenção de Viena. Ela amplia os crimes antecedentes em relação à lavagem de dinheiro, como também enfatiza sua preocupação na apreensão dos bens e valores ilícitos, dificultando, portanto, que os agentes aproveitem desses capitais.[73]

Ademais, na União Europeia editou-se a Diretiva nº 308/1991, considerada outro dispositivo importante contra a lavagem de dinheiro. Este instrumento,

[70]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 51-52.
[71]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4.ed.São Paulo: Atlas, 2018, p. 57.
[72]MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Grupo De Ação Financeira – Gafi. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/foros-internacionais/grupo-de-acao-financeira-internacional-gafi>. Acesso em: 25 de set. 2018.
[73]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 82.

meramente administrativo e preventivo, estabelece noções a respeito de instituições e procedimentos, bem como inclui condutas referentes à lavagem de dinheiro, baseando-se nas recomendações realizadas pelo Grupo de Ação Financeira – GAFI.[74]

Na Itália, por fim, elabora-se em 1999 a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, denominada Convenção de Palermo. Esta se destaca por moldar o conceito de lavagem de dinheiro, bem como das condutas puníveis. Ainda, amplia o rol de crimes antecedentes, considerando-se também a participação em grupo criminoso, a corrupção e a obstrução de justiça[75].

Neste sentindo, com a finalidade de *promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional*, a Convenção menciona algumas terminologias para que os Estados-membros tenham um parâmetro a ser seguido, entre elas, está o conceito de grupo criminoso organizado, que é disposto da seguinte maneira:

> "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;[76]

Diante do cenário apresentado, salienta-se que tais convenções internacionais e conjuntos de instruções influenciaram os países signatários a editar legislações especiais para o combate desse delito. Entre esses países, está o Brasil que, para tipificar a lavagem de dinheiro, aprovou em 1998 a Lei nº 9.613, que será analisada detalhadamente nos tópicos a seguir.

4.3 Tipificação legal no Brasil

[74]MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 4. ed.São Paulo: Atlas, 2018, p. 62

[75]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 90.

[76]BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Brasília: Presidência da República do Brasil, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 28 set. 2018.

O Brasil, com a finalidade de combater as atividades de organizações criminosas que buscam camuflar o dinheiro ilícito, aprova a Lei nº 9.613/1998, seguindo os parâmetros estabelecidos nas diversas convenções que é signatário.[77]

Este diploma legal, ao tipificar a lavagem de dinheiro, expõe as diversas modalidades de mascaramento dos capitais e preceitos peculiares em âmbito processual, como também apresenta procedimentos administrativos, determinando obrigações aos que exercem atividades nos setores que são viáveis para a ocorrência da lavagem de dinheiro.[78]

Dessa forma, para que fosse possível a regulamentação e supervisão de todos os setores econômicos, a lei estabeleceu esta competência ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, que obteve eficácia com a edição do Decreto nº 2.799/1998. Este órgão administrativo, do Ministério da Fazenda, atua para prevenir e combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo. Para tanto, aplica penas administrativas, recebe, examina e identifica as ocorrências ilícitas, bem como comunica às autoridades para instauração de procedimentos adequados quando existentes fortes indícios da prática desses crimes. [79]

O Coaf conceitua a lavagem de dinheiro e assim dispõe:

> O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.[80]

---

[77] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p 3.

[78] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz**. Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 31.

[79] MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf>. Acesso em: 4 jun. 2018.

[80] MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>. Acesso em 4 jun. 2018

Diante do cenário que se apresenta nos dias atuais, especificamente quanto à modernização dos meios para se praticar a lavagem de dinheiro, esse diploma legal foi alterado em 2012 com a aprovação da Lei nº 12.683, que estabeleceu diversas mudanças no âmbito da tipificação do delito e das obrigações administrativas.[81]Mas, antes da análise das peculiaridades que o novo diploma legal trouxe, será realizado um breve estudo sobre as características e etapas do delito de lavagem de dinheiro.

4.4 Bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro

O sistema penal brasileiro tem a finalidade de proteger bens jurídicos que são importantes para toda a sociedade, garantindo, dessa forma, dignidade humana para todos, conforme dispõe a Constituição Federal.[82] No que tange ao bem jurídico sobre a lavagem de dinheiro, ainda não há uma uniformidade na doutrina a respeito.

Conforme o posicionamento do autor Pierpaolo Cruz Bottini, o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro é a *administração da Justiça*, de forma ampla, tendo em vista a finalidade de suprir a inoperância estatal em face da sofisticação da criminalidade dos dias atuais. [83]Considera-se o risco que esse delito ocasiona a "operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades".[84]

O autor Marcelo Batlouni Mendroni, por sua vez, entende que a lavagem de dinheiro é um delito *pluriofensivo*, haja vista tutelar a *administração da Justiça*, bem como a *ordem socioeconômica*. Ele entende pela ordem socioeconômica, pois

[81]BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p. 29.
[82]CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. ed. 21. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 18.
[83]BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 89.
[84] Idem, p.85.

considera volumosa a quantidade de ativos que são lavados, tendo, por consequência, grande impacto na ordem econômica.[85]

Sobre esse aspecto, o autor Pierpaolo Cruz Bottini afirma que ao determinar dois bens jurídicos a serem tutelados, enfraquece o instituto, posto que resultaria na ausência de coerência de uma metodologia de interpretação. Assim sendo, o autor afirma que:

> Mesmo que em parcela significativa dos casos exista realmente uma pluralidade de bens jurídicos lesionados, a norma concretizada no tipo penal de lavagem de dinheiro tem por escopo a proteção de um único bem jurídico: a administração da Justiça. A partir desse ponto, podem ser indicados critérios para a leitura e aplicação da norma, assegurando, com isso, a construção de uma metodologia de interpretação coerente com desdobramentos compromissados com a premissa assumida.[86]

Por outro lado, o autor André Luís Callegari entende que o bem jurídico protegido no diploma legal é apenas a ordem socioeconômica[87]. Todavia, apesar das controvérsias sobre o tema, a doutrina majoritária entende que a administração da Justiça e a ordem econômica são os bens jurídicos tutelados pela Lei nº 9.613.

4.5 Etapas e técnicas utilizadas

Com as inovações realizadas com o novo diploma legal, o antecedente necessário da lavagem de dinheiro é qualquer infração penal, extinguindo, portanto, o rol de crimes antecedentes que a Lei nº 9.613 estabelecia. Assim, o agente que praticou essa infração penal e auferiu valores ilícitos, pretende desaparecer com todo o capital.[88]

---

[85] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 97.
[86] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 94.
[87] CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 82.
[88] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p 21.

Portanto, a primeira conduta da lavagem de dinheiro é a *ocultação* ou *colocação* dos valores ilícitos auferidos com a atividade ilícita anteriormente praticada. Esta fase tem a finalidade de afastar esse capital da sua origem criminosa. Para tanto, os agentes depositam o dinheiro de forma fracionada nas instituições financeiras tradicionais, inserem nos movimentos financeiros diários ou em outras atividades que transferem o dinheiro, dificultando o seu rastreamento.[89]

Em segundo lugar, haverá o *mascaramento* ou *dissimulação* dos valores. Consoante denomina o autor André Luís Callegari, é a fase de *estratificação* ou *escurecimento*.[90] Após a inserção no mercado, é necessário distanciar esse capital da sua origem ilícita. Dessa forma, para dificultar o rastreamento pelas autoridades, os agentes movimentam esse dinheiro diversas vezes por meio de transações comerciais ou financeiras.

E, por fim, como fase final da lavagem de dinheiro, a *integração* ou *reinversão*. Após as diversas transações, isto é, lavados os ativos por meio de complexas operações de *dissimulação*[91], estes ganham aparência de licitude e são inseridos na economia. Quanto a esta fase, assim dispõe o Conselho de Controle de Atividades Financeiras:

> Os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades – podendo tais sociedades prestarem serviços entre si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal.[92]

[89] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.32.

[90] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p 35.

[91] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

[92] MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf>. Acesso em: 4 jun. 2018.

Assim, essas são as três fases da lavagem de dinheiro. Contudo, para que tal delito seja consumado, não é necessário que o agente realize todo o ciclo, pois, consoante pontuado pelo Supremo Tribunal Federal, as diversas fases do delito têm caráter autônomo, dessa forma, a consumação da primeira etapa configura, por si só, a lavagem de dinheiro.[93]

Quanto às técnicas utilizadas, há um campo vasto para as operações financeiras, o que dificulta o controle sobre todas as transações realizadas no mundo. Atualmente, com o auxílio da tecnologia, os meios para se praticar a lavagem são diversos, cada vez mais sofisticados e complexos. Em razão das inúmeras técnicas, faz-se impossível discorrer detalhadamente sobre todas, mas apresenta-se brevemente a seguir algumas delas.

Diante do cenário apresentado, tem-se a técnica denominada *estruturação* ou *smurfing*, que divide todo o valor ilícito adquirido em quantias pequenas, dentro do limite estabelecido pela legislação do local e deposita, posteriormente, tais quantias em várias contas bancárias para depois, quando possível, reunir todo o dinheiro de volta.[94]

Outro meio utilizado é a *empresa fachada*. Apresenta-se uma empresa constituída legalmente, com aparência de atividade lícita. Neste caso, ao verificar os dados desta na Junta Comercial, observa-se a existência de um endereço, com um imóvel e com todos os dados que a ordem jurídica requer para a criação da entidade. No entanto, quando se averigua de fato esse local, encontra-se, na verdade, um lugar com imóvel, mas sem qualquer atividade econômica financeira. O objetivo dessa *empresa de fachada* é criar o nome empresarial para que seja possível a abertura de contas bancárias e, assim, realizar as transações dos ilícitos em nome da pessoa jurídica.[95] A *empresa fictícia* se identifica com a *empresa de fachada*, mas difere-se

[93]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inq. 3982 – Voto do Senhor Ministro Celso de Mello em 7 de mar. 2017.
[94]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 208.
[95]Idem, p. 216.

apenas na existência do imóvel. Nesta modalidade, a empresa não existe fisicamente, mas apenas no papel.[96]

Ademais, os centros *off-Shore* também são meios que possibilitam a lavagem de dinheiro para cidadãos que não são residentes em determinada jurisdição. Nesta técnica, o agente encaminha os valores ilícitos à entidade. Esta se situa em locais com regime legal diferente daquele onde o agente reside, com impostos reduzidos e, em alguns casos, com a dispensa do pagamento destes. Esses lugares com benefícios tributários são denominados paraísos fiscais.

4.6 Elemento subjetivo

Realizado o estudo sobre as características e etapas do delito lavagem de dinheiro, analisar-se-á seu elemento subjetivo, o qual é tema de diversos debates no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com a modificação da Lei nº 9.613, que fez com que as discussões se intensificassem tanto na doutrina quanto na jurisprudência.[97]

Inicialmente, é imprescindível anotar que a tipicidade da lavagem de dinheiro é composta por elementos objetivos e subjetivos. Enquanto o primeiro se traduz naquilo que é projetado no mundo exterior, conforme estudado nos tópicos acima, o segundo, por sua vez, se restringe apenas ao dolo.[98] Assim, necessário se faz discorrer brevemente sobre o instituto do dolo.

4.6.1 Dolo

[96]Idem, p. 217.
[97]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 120.
[98]BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.138.

O Código Penal Brasileiro adotou, como componentes essenciais da conduta, a vontade e a finalidade[99]. Dessa forma, este diploma legal conceitua o dolo no art. 18, inciso I, o qual dispõe da seguinte maneira:

Art. 18. Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;[100]

Este instituto significa a consciência e a vontade do agente. Conforme preceitua Juarez Cirino dos Santos, "é a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime".[101]Nesse sentindo, a doutrina afirma existir dois elementos do dolo, quais sejam: o de ordem intelectiva e o de ordem volitiva. O primeiro seria a consciência ou a representação, isto é, o conhecimento pelo agente quanto às circunstâncias do tipo penal.[102]Ao passo que o segundo elemento seria a vontade incondicionada e capaz de produzir o resultado do tipo objetivo.[103]

Quanto às suas espécies, estas variam conforme a intensidade da vontade do agente, sendo o dolo Direto, que se divide em primeiro grau e segundo grau, dolo eventual e preterdolo.

4.6.1.1 Dolo direto

Consoante a doutrina brasileira, o dolo direto é dividido em dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau. Realiza-se esta classificação para que a pena seja aplicada de forma adequada diante das consequências geradas pela conduta do agente. Assim, o dolo de primeiro grau se caracteriza pela intenção do agente em

[99]CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. ed. 21. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 143.
[100] BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Brasília: Presidência da República do Brasil, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm >. Acesso em:
[101]SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 126.
[102]SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 126.
[103]Idem, p. 127.

realizar o tipo previsto na Lei Penal, sendo indiferente se o resultado visualizado por ele era certo ou possível.[104]

Enquanto o dolo de segundo grau compreende os efeitos secundários da conduta. Ainda que as consequências sejam indesejáveis ao agente que cometeu o delito, haverá a configuração dolo.[105] Como exemplo, o sujeito que explode um avião visando a morte de apenas um passageiro, responderá também pela morte das demais pessoas que estavam a bordo.

4.6.1.2 Dolo eventual

O dolo eventual, disposto no art. 18, inciso I, parte final, do Código Penal Brasileiro, configura quando o agente assume o risco de produzir lesão ao bem jurídico do Tipo penal. Sobre tal espécie, o sistema penal brasileiro adotou a teoria do consentimento, formulada por Ernst von Beling[106]. Conforme dispõe esta teoria, o agente mentaliza o possível resultado ilícito que poderá ocorrer em razão da sua conduta e consente, realizando o ato da mesma forma.

Desse modo, deve-se analisar o comportamento do agente diante da representação sobre a consequência de seu ato. O dolo eventual não se caracteriza pela mera probabilidade ou possibilidade, e sim pela conduta do agente em conformar-se e demonstrar certa indiferença quanto ao resultado.[107]

4.6.2 A admissibilidade do dolo eventual na lavagem de dinheiro

[104]PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 269.
[105]SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 131.
[106]BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**.Rio de Janeiro: Forense, 2002.
[107]PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 275.

No que tange sobre a aplicabilidade da modalidade dolo eventual na lavagem de dinheiro, há doutrinadores que entendem pela viabilidade, enquanto há outros que se posicionam de forma contrária a este entendimento.

Entre os doutrinadores que discordam da aplicação na modalidade do *dolo eventual*[108], está Pierpaolo Cruz Bottini. Ele entende que é necessário o completo conhecimento sobre a ilicitude dos bens, direitos e valores pelos agentes. Argumenta que, embora a Exposição de Motivos da Lei nº 9.613 disponha sobre o dolo eventual[109], esta não tem natureza vinculante e pode ser substituída por uma *interpretação sistemática* ou *normativa*. Complementa, ainda, que o diploma legal original não faz qualquer menção ao termo "deve saber", conforme se observa nos delitos semelhantes que presumem a ciência de um estado, um fato ou uma circunstância anterior.[110] Assim explica o autor:

> É o que ocorre no *perigo de contágio venéreo* (art. 130 do CP), na *receptação qualificada* (art. 180, § 1º, do CP), no *excesso de exação* (art. 316, §1º, do CP). Em todos eles a prática delitiva pressupõe um estado anterior que integra a descrição típica, cuja ciência pode ser direta ou eventual, e a abrangência das duas modalidades é sempre indicada diretamente no texto legal.[111]

Barros e Silva[112] afirmam que nenhuma das modalidades da lavagem de dinheiro previstas na lei compreende a imputação penal subjetiva a partir do dolo eventual, haja vista ser imprescindível a comprovação obrigatória da *ciência prévia, ou a ocorrência de ação consciente por parte do agente, no sentido de que os bens*

[108]Cita-se os autores: (a) CALLEGARI, André Luís; (b) BARROS, Marco Antônio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico Silva. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada.

[109]MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Exposição de motivos da Lei nº 9.613, de 1998.** Disponível em: <http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view>. Acesso em:

[110]BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.141.

[111]Idem, p. 141.

[112]BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 957, ano 104, p. 203-256, Ed. RT, jul. 2015.

procedem de uma infração penal anterior. Compreendem pela necessária demonstração da ciência em razão da utilização do termo "proveniente" no *caput* do art. 1º, como também nos seus parágrafos 1º e 2º. Os autores afirmam que essa expressão se trata de indicativo complementar do elemento do tipo, sendo essencial, portanto, o prévio conhecimento da ilicitude do capital para a configuração do delito.[113]

Nesse sentido, Bottini ressalta que este posicionamento pela necessidade da comprovação da ciência é indicado, inclusive, pela Convenção de Viena, em seu art. 3º, 1, b[114], bem como pela Convenção de Palermo, em seu art. 6º, 1, ii[115], demonstrando que a lavagem de dinheiro apenas se configura quando praticado por aquele que tenha conhecimento da proveniência dos bens.

Por outro lado, o entendimento diverso a este admite a mera suspeita da origem ilícita para a configuração do delito. Conforme menciona Maia[116], não há qualquer restrição expressa na Lei nº 9.613/1998 quanto à viabilidade do dolo eventual. Ademais, Baltazar Junior[117] também compreende pela introdução deste instituto, uma vez que a Exposição de Motivos do diploma legal dispõe expressamente sobre a viabilidade dessa modalidade no delito.

---

[113]BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 957, ano 104, p. 203-256, Ed. RT, jul. 2015

[114]BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Brasília: Presidência da República do Brasil, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>.Acesso em 28 set. 2018.

[115]BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Brasília: Presidência da República do Brasil, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>.Acesso em 28 set. 2018.

[116]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 101.

[117]JUNIOR, José PauloBaltazar. **Crimes Federais**: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falta, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 1095.

Nota-se, portanto, que a possibilidade de aplicação do dolo eventual na lavagem de dinheiro não estava pacificada, conforme cada posicionamento demonstrado. Posteriormente, a Lei nº 12.683 foi aprovada em 2012, realizando consideráveis modificações no diploma original, tendo em vista a modernização dos meios para se praticar o delito. Dentre as mudanças, retirou-se o termo "sabe serem provenientes" disposto no art. 1º, § 2º, I, fato que intensificou os debates a respeito do instituto do dolo eventual, haja vista a ausência do termo que "impedia" a sua admissibilidade, segundo o entendimento de alguns doutrinadores.[118]

Neste momento, a doutrina e a jurisprudência brasileira começam a realizar interpretações ampliativas da lei e incentivam ao Judiciário o acolhimento da teoria da cegueira deliberada, como se fosse um "*subtipo do dolo eventual*", conforme expõe Barros.[119] Assim sendo, essa teoria no delito de lavagem de dinheiro será analisada no tópico a seguir.

5 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

5.1 Aplicação da ignorância deliberada na lavagem de dinheiro

Verificou-se, com base no exposto até o momento, que a doutrina da ignorância deliberada foi inserida no sistema penal brasileiro para solucionar casos em que o cidadão se cega propositalmente diante de uma ilicitude, criando obstáculos para não obter o conhecimento pleno do fato. No Direito pátrio, essa doutrina obteve ênfase nos casos de lavagem de dinheiro, a partir da interpretação ampliativa dos Tribunais.[120]

[118]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 120.

[119]BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 957, ano 104, p. 203-256, Ed. RT, jul. 2015.

[120]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 182-183.

Quanto à possibilidade do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, existe posicionamento na doutrina a favor de sua aplicação, como há entendimento diverso a este, compreendendo apenas pelo elemento subjetivo do dolo direto, conforme demonstrado no tópico sobre o tema. Nessa conjuntura, aqueles que defendem a utilização do dolo eventual, admitem, por conseguinte, a equiparação deste com a teoria da cegueira deliberada.

Com as modificações na Lei nº 9.613/98, principalmente a do artigo 1º, §2º, I, com a alteração de "*sabem serem provenientes*" por apenas "*provenientes*", em razão da aprovação da Lei nº 12.683/2012, impulsionou tal discussão a respeito de quem seria responsabilizado pelo crime de lavagem de dinheiro a título de dolo eventual ou, ainda, pela cegueira deliberada.[121]

Dessa forma, uma das teses mais debatidas pela jurisprudência e doutrina brasileira é a adoção da teoria das instruções do avestruz, a qual consiste em condenar o sujeito que se coloca intencionalmente em uma posição de desconhecimento sobre a procedência ilícita de um fato.[122]Nesse sentido, parte da doutrina afirma que essa teoria se enquadra como uma forma de imputação subjetiva que, embora tenha aspectos similares aos do dolo eventual, caracteriza-se como uma figura alternativa. Contudo, a parte adversa defende a correspondência entre a cegueira deliberada e o dolo eventual, haja vista a ausência de qualquer vedação e, quanto a este entendimento, a jurisprudência majoritária acompanha.[123]

Como exemplo da aplicação dessa doutrina na lavagem de dinheiro, o autor Pierpaolo Cruz Bottini expõe da seguinte forma:

> É o caso do doleiro que suspeita que alguns de seus clientes podem lhe entregar dinheiro sujo para operações de câmbio e,

[121]PHILIPPI, Patrícia. A doutrina da cegueira deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**: Porto Alegre, v. 12, n. 55, 2014.
[122]FILHO, Theophilo Antônio Miguel. Lavagem de dinheiro: algumas considerações sobre novas abordagens. **Revista da Ajufe**, Brasília, n. 93, 2013.
[123]PHILIPPI, Patrícia. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 55, 2014.

> por isso, toma medidas para não receber qualquer informação mais precisa sobre sua procedência.[124]

Embora Bottini compreenda que este delito apenas deva se configurar quando haja completa consciência da ilicitude, afirma que, na admissão da doutrina, deve-se adotar algumas cautelas necessárias à sua aplicação.[125] Nesse passo, o autor entende que para a equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual seriam necessários três requisitos. Primeiro, que o agente crie conscientemente e de forma voluntária barreiras para conhecimento pleno. Em segundo, a representação pelo agente que tais barreiras ao conhecimento facilite a prática de atos infracionais sem sua consciência. E, por último, que a suspeita da prática de lavagem de dinheiro esteja alicerçada aos elementos objetivos.[126] Assim sendo, Bottini conclui em síntese que:

> A *cegueira deliberada* somente *é* equiparada ao *dolo eventual* nos casos de criação *consciente e voluntária* de *barreiras* que evitem *o* conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens, nos quais o agente *represente* a possibilidade da evitação recair sobre atos de *lavagem de dinheiro.*[127]

José Paulo Baltazar Júnior, por sua vez, tem posicionamento favorável à aplicabilidade do dolo eventual. Ele explica que o crime será configurado quando o agente, lavador do dinheiro, não tenha certeza da procedência criminosa do objeto, todavia, assume o risco dessa hipótese, a partir no indicativo pelas circunstâncias do fato.[128] Sergio Moro, conforme citado pela Patrícia Philippi, possui o mesmo posicionamento e entende que a lei é omissa sobre o ponto em análise, deixando a

[124]BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

[125]BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>. Acesso em 01. Out. 18.

[126]BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12. 683/ 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 3.ed., p.145.

[127]BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. ***Site* Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 1ºout. 2018.

[128]JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes federais.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.096.

interpretação por conta de quem for aplicá-la. Afirma, ainda, que o delito restaria configurado ainda que o agente não tivesse conhecimento pleno da natureza criminosa dos bens, sendo suficiente o conhecimento da probabilidade desse fato aliado à indiferença.[129]

Em face desses posicionamentos quanto ao tema, Patrícia Philippi questiona a desproporcionalidade que advém dessa teoria, uma vez que a responsabilização por condutas distintas, quais sejam, ação e omissão, será a mesma. Sobre tal desequilíbrio, a autora compreende ser imprescindível a existência de uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da sanção e a gravidade da violação contra o bem.[130]

Nesse entendimento, se manifestam Marco Antonio de Barros e Thiago Minetti Apostólico Silva:

> O entrave da subsunção da cegueira voluntária ao dolo eventual decorre da abertura do caminho que, inapropriadamente, facilita a responsabilização criminal por mera conjectura, construída ao sabor do subjetivismo do julgador, eis que o édito condenatório, em tal situação, tem origem em seu mero "sentir", isto é, na sua superficial percepção de que aquele que assumiu o risco de lavar (dolo eventual), "fechou os olhos" para a suposta origem espúria dos bens, direitos ou valores, a ele submetidos.[131]

Quanto ao requisito da indiferença, Guilherme Brenner Luchessi[132] entende que sintetizar o dolo eventual à indiferença do agente ampliaria excessivamente o conceito de dolo a partir de um termo que sequer é determinado. Para ele, situações

[129]PHILIPPI, Patrícia. A doutrina da cegueira deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 55, 2014, p. 152.

[130]PHILIPPI, Patrícia. A doutrina da cegueira deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais,** Porto Alegre, v. 12, n. 55, 2014, p. 152.

[131]BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 957, ano 104, Ed.RT, jul. 2015, p. 247.

[132]LUCHESSI, Guilherme Brenner. Punição da culpa a título do dolo: o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese apresentada na Pós-Gradução em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal Curitiba, p. 215, 2017.

que o indivíduo não tenha o total conhecimento da ilicitude podem ser interpretadas como circunstância de indiferença, permitindo, portanto, responsabilizar o agente a título de dolo em situações que, na verdade, são culposas.

André Luís Callegari[133], nesse cenário, reconhece que é de suma importância delimitar os limites e requisitos autorizadores da teoria da instrução do avestruz no sistema penal brasileiro. Contudo, esses requisitos são considerados perigosos, na medida em que o comportamento do agente para evitar o conhecimento pode ser confundido com o simples desinteresse da pessoa ou por esta acreditar na improcedência da suspeita. Assim, nota-se que a partir dessa linha tênue de comportamentos, poderá vir a acarretar condenação na modalidade culposa no delito de lavagem de dinheiro, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico. Quanto a este tema, o autor Bottini[134] ressalta a diferença entre dolo eventual e culpa consciente, sendo o primeiro a suspeita da ilicitude, mas o agente assume o risco de colaborar no mascaramento; enquanto o segundo seria a desconfiança de uma situação estranha, mas, nesse caso, o agente tem segurança da licitude e da suspeita por algum motivo.

Ademais, ressalta-se o art. 20 do Código Penal Brasileiro que dispõe da seguinte forma:

> Erro sobre elementos do tipo
>
> Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.[135]

Este dispositivo trata sobre o desconhecimento pelo indivíduo da ilicitude dos bens, direitos ou valores, isto é, ausência de conhecimento quanto aos elementos do

[133]CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 186.
[134]BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz**. Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.142.
[135]BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Brasília: Presidência da República do Brasil, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> . Acesso em Acesso em 28 set. 2018.

tipo objetivo. Quanto a esta previsão, questionou-se a possibilidade de a cegueira deliberada ser equiparada ao erro de tipo. Segundo o autor Bottini[136], "*seria uma situação proposital de erro de tipo*". No entanto, Callegari afirma que não é possível defender a ideia de que a teoria da ignorância deliberada seria uma modalidade desse, tendo em vista que nele não há sequer uma representação pelo agente do elemento típico, diferente da cegueira deliberada, em que há uma desconfiança de um fato ilícito, contudo, cria meios para não obter o conhecimento pleno.[137]

Assim, não obstante a doutrina internacional, como a brasileira, tente definir limites e requisitos à teoria da ignorância deliberada, como, por exemplo, o conhecimento da elevada probabilidade da natureza ilícita do capital e a criação de obstáculos para o não conhecimento pleno, observa-se claramente que tal tese ainda está pendente de uma análise profunda.[138] Concluído, então, o estudo sobre os posicionamentos dos doutrinadores e dos requisitos exigidos por estes para a aplicação da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro, passar-se-á ao emblemático julgamento da Ação Penal nº 470.

5.2 Ação Penal Nº 470

No Supremo Tribunal Federal ocorreu o emblemático julgamento da Ação Penal nº 470, conhecida como Mensalão. Esta repercutiu em todo país, tendo em vista o grande esquema político, envolvendo diversas pessoas, na compra de apoio político no Congresso Nacional. Esse feito ganhou ainda mais destaque após o

[136] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470. Acesso em 04 out. 2018.
[137] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 187.
[138] PHILIPPI, Patrícia. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 55, 2014, p.151.

debate entre os Ministros da Corte sobre a viabilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada no sistema jurídico brasileiro.[139]

Discutiu-se sobre a cegueira deliberada como tese para condenar os acusados ao praticarem o delito de lavagem de dinheiro na modalidade do dolo eventual.[140] A principal crítica realizada sobre o julgamento reside na aplicação da teoria, tendo em vista que esta gerou insegurança ao se estabelecer indício a condição de prova, podendo resultar em uma decisão discutível, que toma a verdade suficiente por verdade real.[141]

Primeiramente, destaca-se o voto do Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes, que tratou de forma indireta sobre a teoria da cegueira deliberada, a partir do dolo eventual. O Min. Relator decidiu por manter a decisão da Justiça Federal no sentindo ser possível a utilização da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico pátrio, como se observa abaixo:

> O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (willful blindness doctrine). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. [...] embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na Sentencia 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro.[142]

[139]BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 957, ano 104, Ed. RT, jul. 2015, p. 249.

[140]BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na ação penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 129, mar. 2017, p.12.

[141]FILHO, Theophilo Antônio Miguel. Lavagem de dinheiro: algumas considerações sobre novas abordagens. **Revista da Ajufe**, Brasília, n. 93, 2013, p. 304-305.

[142]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**. Ministro Relator Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, p. 5.288.

Utilizou-se como premissa para análise do feito a ciência do agente quanto à alta probabilidade da ilicitude, a atuação de forma indiferente diante da suspeita e, por fim, pela permanência deliberadamente ignorante quanto aos fatos controversos, quando possível o conhecimento pleno. Assim, perante tais requisitos exigidos, o Ministro entendeu por afastar a punição do réu, tendo em vista restar comprovado que este desconhecia a origem ilícita dos bens.[143]

Contra a admissão do dolo eventual nos casos de lavagem de dinheiro, se manifestou o Min. Enrique Ricardo Lewandowski. Para ele, o conhecimento pleno é elemento do tipo de lavagem de dinheiro, portanto, inaceitável a aplicação do delito na modalidade dolo eventual.[144]

Diante as proporções que o tipo de lavagem de dinheiro está ganhando, sobretudo em razão das interpretações extensivas realizadas a partir deste, o Min. Marco Aurélio demonstra sua preocupação, expondo da seguinte maneira:

> Presidente, longe de mim tomar o tempo do Colegiado visando discutir e rediscutir matéria, quando não haja qualquer possibilidade de evolução, mas preocupa-me, sobremaneira, o diapasão que se está dando ao tipo "lavagem de dinheiro". Creio que uma posição rigorosa - e diria mesmo extensiva, presente a disciplina legal - repercutirá nacionalmente, considerada a atuação dos diversos órgãos investidos do ofício judicante. É o que sempre digo: um suspiro, no Supremo, neste Colegiado, repercute, em termos de assentar enfoques, de assentar jurisprudência. A meu ver, os fatos, tais como expostos pelo relator e também pelo revisor, não são típicos sob o ângulo da lavagem do dinheiro. O Direito Penal não admite sobreposições.[145]

O Min. Gilmar Mendes, seguindo a linha dos demais Ministros, entendeu pela não aplicação do dolo eventual e afirmou que é necessário haver a prova do dolo para configuração do delito, haja vista serem elementos constitutivos:

---

[143]BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 957, ano 104, Ed.RT, jul. 2015, p. 251.

[144]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**. Ministro Relator Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, p. 3.047.

[145]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**. Ministro Relator Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, p. 56928.

> Nesse sentido, inclusive, a já citada Convenção de Palermo, art. 6º, alínea f, prescreve que: "O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente artigo, poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas". Insta destacar que a prova do dolo, abandonando-se a possibilidade de inferi-lo a partir das circunstâncias factuais objetivas, somente será possível pela via da confissão. E, nessa perspectiva, penso que a prova produzida pela acusação foi a prova possível, a prova da ocorrência dos fatos imputados (recebimento de recursos em espécie) e, isso, frise-se, não controverte as partes, principalmente quanto à existência dos repasses financeiros.[146]

Por fim, ressalta-se o voto da Min. Rosa Weber que tratou expressamente sobre a teoria da cegueira deliberada, de maneira a defender a viabilidade da aplicação do dolo eventual nos casos de lavagem de dinheiro. Entendeu-se que pela interpretação do item 40 da Exposição de Motivos 692/1996, o dolo eventual seria admitido no tipo penal previsto no art. 1º, caput, da Lei 9.613/1998.[147] Além disso, sobre este ponto, a julgadora complementa que o diploma legal que prevê este delito não necessita da expressa previsão dolo eventual, uma vez que a admissão deste está vinculada à previsão genérica do Código Penal Brasileiro.[148]

Perante o exposto, verifica-se nos votos colacionados dos Ministros da Suprema Corte que a utilização da teoria da cegueira deliberada para responsabilizar os agentes são divergentes, o que demonstram a fragilidade desta doutrina no ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se que os Ministros não apresentaram qualquer fundamento sólido quanto a sua viabilidade no Direito pátrio, sobretudo a partir da interpretação extensiva do dolo eventual.[149] Portanto, diante do cenário apresentado, considera-se imprescindível um estudo aprofundado sobre a

[146]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**. Ministro Relator Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, p. 57334-57333.
[147]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, p. 52887
[148]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, p. 52913.
[149]BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 957, ano 104, Ed.RT, jul. 2015, p. 251.

incorporação da doutrina da cegueira deliberada, pois esta, ao responsabilizar o agente apenas com fundamento na alta probabilidade da ciência da licitude e pela atuação do agente em não buscar o conhecimento pleno, acaba por ferir princípios basilares do sistema penal brasileiro.[150]

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente monografia visou analisar a aplicação da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo sua utilização no delito de lavagem de dinheiro. Esta teoria, originária da tradição jurídica *common law*, começou a ser utilizada pelos Tribunais pátrios, a partir da interpretação abrangente do instituto dolo eventual, para responsabilizar o agente que se coloca deliberadamente ignorante diante um fato ilícito, criando obstáculos para o conhecimento pleno.

Conforme o cenário apresentado neste trabalho, observou-se que a incorporação da cegueira deliberada não foi precedida de um estudo pormenorizado e sólido, o que era de suma importância, tendo em vista a origem desta teoria no contexto histórico do *common law*, diferente do Brasil, pertencente à tradição jurídica do *civil law*. Dessa forma, o simples transplante da doutrina ocasionou debates a respeito da sua viabilidade no Direito penal brasileiro.

No emblemático julgamento da Ação Penal 470, conhecida como Mensalão, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, compreendeu-se pela possibilidade da ocorrência do delito de lavagem de dinheiro na modalidade do dolo eventual. A partir desta interpretação, utilizou-se este fundamento para admissão da cegueira deliberada neste Tipo penal. Todavia, embora parte dos Ministros tenham defendido este posicionamento, os demais entenderam de forma adversa, fato que ocasionou repercussão no mundo jurídico.

[150]FILHO, Theophilo Antônio Miguel. Lavagem de dinheiro: algumas considerações sobre novas abordagens. **Revista da Ajufe,** Brasília, n. 93: 2013, p. 304.

Observa-se, nesse sentindo, que não há sequer um posicionamento jurisprudencial rígido. Nota-se que os próprios Ministros da Suprema Corte não possuem um entendimento unificado quanto ao tema. No entanto, os que defendem a inclusão da cegueira deliberada, exigem que sejam satisfeitos alguns requisitos, dentre eles, a suspeita pelo agente da ilicitude, a disponibilidade para o conhecimento sobre o fato e, por último, a motivação do agente para permanecer ignorante.

Além da inexistência de premissas sólidas para sua aplicação, verifica-se que a tese sequer deveria ser utilizada nos casos de lavagem de dinheiro, haja vista a ausência de previsão expressa quanto ao dolo eventual e da culpa, conforme demonstrado no presente trabalho a partir da exposição dos posicionamentos dos doutrinadores quanto ao tema. Os debates a respeito da possibilidade do dolo eventual ganharam maiores proporções com a modificação realizada na Lei 9.613/1998, a qual aumentou as margens de interpretação, sendo necessário, portanto, de uma legislação rigorosa para suprir tais lacunas, sobretudo a respeito da aplicabilidade do dolo eventual nos casos de lavagem de dinheiro.

Portanto, nota-se que a doutrina da ignorância deliberada foi incorporada sem qualquer teste de adaptação, o que deve ser considerado inadmissível, especialmente em razão da diferença entre os sistemas de cada ordenamento jurídico. A aplicação desta nos Estados Unidos da América, embora tenha sido moldada neste sistema, não foi fortalecida o suficiente, o que ocasionou uma situação complicada, tendo em vista a tamanha subjetividade dos requisitos exigidos por esta teoria. O Brasil, ao transplantar esta teoria sem qualquer análise profunda, enfrenta também uma questão delicada, pois utiliza a interpretação extensiva do dolo eventual para aplicá-la, além dos requisitos extremamente subjetivos exigidos.

Nesta conjuntura, conclui-se que a cegueira deliberada foi incorporada ao sistema jurídico de forma distorcida. Salienta-se que sua utilização para responsabilizar os agentes podem contrariar princípios basilares previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, como o princípio da legalidade, uma

vez que a utilizam para punir sem qualquer previsão normativa que a preveja, bem como o princípio da presunção de inocência, tendo em vista a interpretação abrangente do dolo eventual.

Assim sendo, diante de todo o exposto no presente trabalho, nota-se imprescindível a fixação de elementos rígidos pela dogmática penal brasileira, para que a teoria da cegueira deliberada seja aplicada de forma uniforme ao ordenamento jurídico pátrio, sobretudo no delito de lavagem de dinheiro, sem causar situações injustas, como a de responsabilizar nas mesmas condições aquela pessoa que não possui o conhecimento pleno da ilicitude, com a que tenha conhecimento total sobre as circunstâncias da situação ilícita.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Marco Antonio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 957, ano 104, p. 203-256, Ed.RT, jul. 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. ***Site* Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 1º out. 2018

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Brasília: Presidência da República do Brasil, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Brasília: Presidência da República do Brasil, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na ação penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 129, mar. 2017.

CALLEGARI. André Luís. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) na teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, v. 133, jul. 2017.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. ed. 21. São Paulo: Saraiva, 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451-452.

FILHO, TheophiloAntonio Miguel. Lavagem de dinheiro: algumas considerações sobre novas abordagens. **Revista da Ajufe**, Brasília, n. 93, 2013

GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. **Common Law no sistema jurídico americano**: evolução, críticas e crescimento do Direito legislado. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/1704/1382>. Acesso em: 18 jun. 2018

JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes Federais**: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falta, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUCHESSI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 368 f.. Tese de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 118-119.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf>. Acesso em: 4 jun. 2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA.**Exposição de motivos da Lei nº 9.613, de 1998.** Disponível em: <http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view>. Acesso em: 1ºout. 2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 4 jun. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Grupo de Ação Financeira – Gafi**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/foros-internacionais/grupo-de-acao-financeira-internacional-gafi>. Acesso em: 25 de set. 2018.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017.

PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

PHILIPPI, Patrícia. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 55, 2014.

ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 81, n. 2, 1990, p. 231-233.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 5. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARAIVA, Ingrid Belian. **A Cegueira deliberada e a responsabilização penal no crime de lavagem de bens**. Brasília: IDP/EDB, 2016. 45f. Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*! ***Site* Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 1ºout. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. Model Penal Code. Section 2.02, p. 22, 1962.

UNITED STATES V. FOFANAH.US 2nd Circuit.n. 12-4617. September 2, 2014. Disponível em: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/12-4617/12-4617-2014-09-02.pdf?ts=1410919643>. Acesso em: 22 set. 2018.

VALLÈS, Ramon Ragués I. **La ignorância deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 192.

VALLÉS, Ramon Ragués I. **La responsabilidad penal Del testaferro em delitos cometidos a través de sociedade mercantiles**: problemas de impuctación subjetiva. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/553.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018

Ciências Criminais

PROIBICIONISMO E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE A INEFICÁCIA DA ATUAL POLÍTICA E SUA REPERCUSSÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Vanessa Vitória Oliveira

RESUMO

Este trabalho constitui-se em uma pesquisa pautada no impacto gerado pela atual política de drogas no sistema penitenciário. Tem como objetivo analisar a atual política de entorpecentes adotada em nosso país, além da forma como a legislação vem sendo aplicada, por meio de análise jurisprudencial e de pesquisas relacionadas ao tema. Foi realizada uma análise da legislação de drogas como um todo, desde o seu histórico até a aplicação dos dispositivos da atual lei. Diante disso, foi exposta a organização das facções criminosas aliadas ao tráfico, sua estrutura e funcionamento. Outrossim, analisou-se o atual estado do sistema penitenciário brasileiro e de que forma a legislação e criminalização das condutas relacionadas à droga são responsáveis para agravar a atual situação. Analisou-se também a postura das agências de controle e do Judiciário frente à prática desses crimes. Por fim, por meio da análise dos fatores encarceradores, foram sugeridas medidas a serem aplicadas para uma melhor política de drogas, ressaltando os projetos de lei já existentes nesse sentido. A pesquisa foi desenvolvida de forma qualitativa, focando no caráter subjetivo do objeto analisado. Ademais, a pesquisa é globalmente bibliográfica, utilizando-se, ainda, de pesquisas de campo.

Palavras-chave: Drogas. Política criminal de entorpecentes. Sistema Penitenciário. Superencarceramento. Alternativas a atual política.

1 INTRODUÇÃO

A questão das drogas há muito vem sendo discutida por criminologistas com o fito de aferir as razões sociais e culturais que levam os seres humanos a fazerem uso dessas substâncias.

Ademais, o tema veio à pauta recentemente devido ao colapso que o sistema penitenciário sofre hoje, principalmente com os episódios de rebelião ocorridos no início do ano de 2017.

Além disso, vivemos um constante crescimento do uso de drogas pela juventude brasileira, o que mostra um futuro preocupante caso a atual política permaneça, de maneira que, hoje, a população carcerária cresce mais do que a população brasileira como um todo.

Segundo os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, os crimes que envolvem drogas estão disparados no percentual de presos por tipo de crime praticado.

Diante do grave colapso que vive o sistema penitenciário e da repercussão que esse descontrole gera na sociedade, não só em relação às pessoas vinculadas ao sistema, mas também em relação aos índices de criminalidade, mostra-se necessário discutir os principais vetores dessa situação, em especial da política de drogas, que é, hoje, uma das principais responsáveis pelo surto do sistema.

Diante desse cenário, é preciso repensar os aspectos e consequências legais e jurisprudenciais da atual política de drogas e, mais do que isso, tratar a questão das drogas como ela é, uma questão que aborda as mazelas mais profundas da sociedade e traz em seu bojo os problemas sociais mais complexos, buscando, assim, amenizar o impacto no sistema penitenciário e, via de consequência, na sociedade.

Para tanto, o trabalho analisou a atual política de drogas e como ela impacta diretamente no sistema penitenciário.

2 TRÁFICO DE DROGAS E DIREITO PENAL BRASILEIRO

O tráfico de drogas se apresenta como um empreendimento que toma cada vez mais espaço no Brasil e no mundo. Como toda "empresa", o tráfico trabalha com uma mercadoria; essa mercadoria, ou produto, é a alma do negócio conhecida como droga.

A droga vem sendo ostensivamente combatida no Brasil por meio de uma política criminal rígida e uma lei severa no que diz respeito aos "facilitadores" do seu comércio. Contudo, apesar dos esforços do Estado na guerra contra as drogas, elas tem se difundido cada vez mais na sociedade, revelando um quadro de difícil enfrentamento, tendo em vista o complexo e organizado sistema que se instalou no país para o seu comércio.

Nesse sentido, a Lei 11.343 de 2006, vulgarmente conhecida como Lei de Drogas, surge na tentativa de dialogar com o usuário e punir o traficante, a fim de buscar uma alternativa para a problemática das drogas, que apesar da referida lei, cresce cada dia mais, fortalecendo o tráfico.

2.1 Conceito de drogas e de outros termos relacionados

O conceito de droga é hoje extremamente amplo e vago. Além disso, para que se possa conceituar droga, é necessário ter um parâmetro como ponto de partida, seja ele sanitário, social, político ou ainda jurídico.

Do ponto de vista sanitário, a Organização Mundial da Saúde intitulou droga como sendo "qualquer entidade química ou mistura de entidades (mas outras que não aquelas necessárias para a manutenção da saúde, como por exemplo, água e oxigênio), que alteram a função biológica e possivelmente a sua estrutura". [1]

Assim, do ponto de vista sanitarista, toda substância que alterasse a função biológica poderia ser considerada droga, como medicamentos e até mesmo alimentos como chás, café, açúcar etc, de acordo com a ação que geram no organismo.

[1] Organização Mundial da Saúde, 1981.

Socialmente, as pessoas costumam classificar como drogas aquilo que o Estado diz que o é, de forma que, de maneira social, não se constrói um conceito próprio de drogas. A sociedade tende a fazer remissão ao conceito político de drogas.

O conceito de drogas do ponto de vista político, por sua vez, depende muito da política de cada governo. Dessa forma, como veremos mais adiante, o conceito de drogas do ponto de vista das políticas públicas varia de acordo com o momento histórico vivido, sendo que, no Brasil, esse conceito já assumiu diversas facetas, e com elas políticas de enfrentamento diversas. [2]

Por sua vez, o conceito jurídico de drogas está adstrito ao que está positivado na lei. Atualmente, a Lei 11.343/2006, diploma legal referente às drogas, vigente no país, ao tratar do conceito de drogas, faz referência a uma lista do Poder Executivo que trata do rol de substâncias que, para efeitos legais, serão consideradas como drogas:

> Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.
>
> Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se **como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.**[3] (grifo nosso)

Trata-se de uma norma penal em branco, ou aberta. Norma penal em branco é aquela que, por si só, não é suficiente para definir e determinar a conduta criminosa,

---

[2] IERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados: Ensaios em Anticriminologia**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 81.

[3] BRASIL, **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

de forma que é necessário se utilizar de outra fonte normativa para complementar seu sentido. Desse modo, sustenta Fernando Capez:

> "São normas nas quais o preceito secundário (cominação da pena) está completo, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Trata-se, portanto, de uma norma cuja descrição da conduta está incompleta, necessitando de complementação por outra disposição legal ou regulamentar." [4]
>
> "Na norma penal em branco heterogênea o complemento provém de fonte formal diversa; a lei é complementada por ato normativo infralegal, como uma portaria ou um decreto." [5]

Dessa forma, o diploma legal que dispõe acerca do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas é uma norma penal em branco heterogênea, sendo necessário que recorramos a outro diploma legal, uma portaria, para saber quais substâncias são consideradas drogas para fins dessa lei e, consequentemente, para a definição jurídica do termo.

A saber, a norma que complementa a Lei 11.343/2006, trazendo a lista das substâncias que são determinadas como ilícitas, é a Portaria nº 344 de 12 de maio de 1998 da ANVISA, como prevê o artigo 66 da referida Lei.

Para a compreensão do trabalho, é necessário que saibamos definir não só o termo "droga" como alguns outros que estão vinculados a ele, e que fazem referência à classificação dos efeitos das drogas, à finalidade de seu uso e ao respectivo usuário.

Com relação aos efeitos, as drogas podem ser classificadas em estimulantes, depressoras e perturbadoras. Em suma, as estimulantes tornam mais rápido o funcionamento do sistema nervoso central. Ex: nicotina e cafeína; as depressoras diminuem a atividade cerebral. Ex: sedativos e morfina; e as perturbadoras, por sua vez, estão relacionadas com a modificação na forma de funcionamento do sistema

[4] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. 19ª edição.** São Paulo. Saraiva, 2015. P. 47.
[5] Ibid., p. 48.

nervoso central. Ex: LSD e maconha. Porém, uma droga categorizada de determinada forma pode apresentar efeitos de outra categoria. [6]

Com relação à finalidade do uso, podem ser classificadas como medicinais, recreativas e religiosas. O uso medicinal é aquele que tem finalidade de tratamento de algumas doenças, sendo que, no Brasil, precisa ser autorizado pela ANVISA; o religioso está atrelado a cerimônias religiosas, podendo, inclusive, tornar o uso da substância lícita, como no caso da ayahuasca; o recreativo, por sua vez, não tem objetivo religioso, tampouco medicinal. [7]

E, por fim, **com relação aos sujeitos que fazem uso** de drogas, podem ser classificados como usuários, dependentes e viciados. Os usuários são aqueles que fazem uso de drogas independentemente da frequência; a dependência é uma doença que acomete uma fração pequena de usuários; e viciado é como comumente se refere um dependente químico. [8]

2.2 Evolução histórica da política de repressão a entorpecentes

As drogas vêm sendo utilizadas pelo ser humano desde a antiguidade, como substâncias de alternância de consciência, principalmente com as Grandes Navegações, em que o contato com novas culturas levava à utilização de drogas, seja de maneira medicinal ou recreativa, por meio das especiarias. [9]

Assim, as primeiras guerras de drogas se deram no contexto pelo domínio do seu comércio com a Guerra do Ópio entre Inglaterra e China. Contudo, nesse contexto, é possível observar que não se tratava de uma guerra às drogas e sim uma guerra pelas drogas. [10]

---

[6] ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas.** São Paulo: Leya, 2012. p. 18
[7] ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas.** São Paulo: Leya, 2012. p. 20.
[8] Ibid., p. 21
[9] ESCOHOTADO, Antônio. **O livro das drogas: usos e abusos, preconceitos e desafios**. São Paulo: Dynamis editorial, 1997.
[10] PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica. Disponível em:

Com a disseminação dessas substâncias na comunidade europeia, o consumo de drogas começou a ser visto como causa de morbidade e introduziu-se a ideia de que a droga induzia seus usuários à violência. [11] Somado a isso, com o advento da Revolução Industrial, tornaram-se desfavoráveis a produção e o consumo de entorpecentes, visto que impediam que os trabalhadores exercessem jornadas diárias de 12h por dia. [12]

Assim, por razões econômicas ligadas ao início do capitalismo, nasceu o processo de criminalização das drogas.

Em um segundo momento, com o final da Guerra Fria e a derrocada do bloco socialista, houve uma queda das barreiras nacionais, propiciando o acesso entre mercados e, consequentemente, o aumento da circulação de substâncias alucinógenas.

Nesse contexto, houve, também, o aumento da criminalidade transnacional, momento que os Estados Unidos da América aproveitaram para lançar uma política oportunista e decretaram a guerra às drogas, utilizando o argumento de que seu consumo e produção estariam atrelados a um inimigo externo: os comunistas; e a um inimigo interno: negros, mexicanos, imigrantes que disputavam o mercado de trabalho com os americanos, oferecendo mão-de-obra mais barata. [13]

As drogas foram combatidas nesse segundo momento, portanto, por uma razão de geopolítica externa e como uma forma de marginalizar a população indesejada pelos americanos.

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf >. Acesso em 17 set. 2017. P. 4.

[11] RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos. O direito das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 24

[12] RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos. O direito das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24

[13] PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf >. Acesso em 17 set. 2017. P.12

Já no cenário brasileiro o primeiro diploma legal que tratou da questão das drogas foi uma norma portuguesa, as Ordenações Filipinas de 1603, que estabelecia, em seu Livro V, título LXXXIX, "Que ninguém tenha em sua caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso". (sic) [14]

A primeira norma brasileira sobre o tema foi o Decreto 828, de 29 de setembro de 1851, em um contexto sanitarista sob o ponto de vista médico, em que o usuário era visto como um doente, mas que tinha que ser compulsoriamente submetido a tratamento e fiscalizado pelas autoridades sanitárias.[15]

Todavia, o primeiro dispositivo legal incriminador das drogas foi o Código Penal do Império de 1830, que determinava que o tráfico de entorpecentes tratava-se de crime contra a saúde pública, em seu artigo 159. [16]

Em seguida, veio o Decreto 4.294, de 6 de julho de 1921, que revogou o artigo 159 do Código Criminal do Império e especificava o termo entorpecente; além disso, por meio do Decreto 14.969 de 3 de setembro de 1921 que o regulamentava, definiu as substâncias venenosas e criaram-se os sanatórios para toxicômanos. [17]

Com o aumento do controle internacional das drogas na década de 30 e inúmeras Convenções Internacionais que abordavam o assunto, o Brasil acompanhava as alterações por meio de alternância de decretos. [18] Nas palavras de Nilo Batista:

> Essa internacionalização do controle argutamente percebida por Saio de Carvalho – chegara para ficar, e não só caracterizaria todo o período do modelo sanitário como subsistiria, com referenciais distintos, à própria reforma do

[14] Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXXIX, 1603. Texto Original.
[15] BARROS, Walter da Silva. Tráfico de entorpecentes. O poder paralelo no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002. P 6.
[16] Ibid. P. 6
[17] Ibid. P. 6
[18] PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017.

> modelo político-criminal, até porque, como veremos oportunamente o modelo seria reformado de fora pra dentro. [19]

Durante a vigência do modelo sanitarista, não era considerada crime a conduta do usuário; todavia, foi imposta uma série de medidas, tais como obrigatoriedade de tratamento, internação compulsória e interdição de direitos. Tratava-se de um modelo médico-policial.

O funcionamento desse modelo é bem descrito por Roberta Duboc:

> Os usuários, dependentes e experimentadores inicialmente não eram criminalizados. Mas estavam submetidos à rigoroso tratamento, que passava pela internação obrigatória (por representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público, pautada, nos casos urgentes, em mero laudo de exame, com caráter sumário) ou facultativa (por controle familiar até o quarto grau, com projeções patrimoniais, pelo acautelamento dos bens). Já o hospital que recebesse toxicônomos deveria comunicar fato à Autoridade Sanitária, que comunicaria à Polícia e ao Ministério Público. A droga deveria ser ministrada em doses homeopáticas para os internos, pela diminuição gradativa ou pela privação progressiva. A saída dos internos atrelava-se ao atestado médico de cura, referente à alta concedida pela Autoridade Sanitária, que notificaria a Polícia, para efetivar a vigilância. A alta do paciente assimilava-se a um alvará de soltura e consistia em decisão judicial. O eixo médico-farmacêutico impregnou o modelo legal e imprimiu um caráter científico com a insurgência de um viés moralista. [20]

Inicialmente o Código Penal de 1940 optou por não criminalizar o consumo de drogas; todavia, após o Estado Novo, foi se formando um eixo moralizante que levou a um terceiro modelo, o bélico. O Brasil entrou em um contexto de golpe militar e, como os militares possuíam o controle de todas as políticas públicas daquela época, foi adotado um viés militarista no combate às drogas, que passaram a ser vistas como uma arma dos comunistas para destruir o ocidente e as bases morais

[19] BATISTA, Nilo**. Politica criminal com derramamento de sangue**. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 80.

[20] PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017. p. 6.

da civilização cristã[21], tendo em vista que estavam ligadas a uma conotação libertária e a movimentos contestatórios.

Nesse momento é possível verificar a influência norte-americana na política de drogas no Brasil, visto que o Brasil abraçou a ideia estadunidense de que as drogas estavam relacionadas aos comunistas.

Assim, em 1968, foi emitido o AI-5, considerado o pior Ato Institucional da ditadura, por ser o que atentava de maneira mais forte contra a democracia, e, em seguida, o Decreto-lei 385, de 26 de setembro de 1968, que alterou o artigo 281 do Código Penal, aumentando os verbos do tipo e equiparando a conduta do usuário à do traficante. [22]

Em seguida entrou em vigor a Lei 5.726 de 1971, ainda seguindo o modelo bélico, e mantendo a equiparação entre usuário e traficante, incentivando a delação entre eles, sendo que, em caso de professores e diretores, a delação constituía um dever jurídico, de forma que, além da condução às autoridades, a matrícula escolar deveria ser automaticamente cancelada. [23]

A Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976, apesar de ainda possuir o traço de guerra às drogas característico da corrente bélica, trouxe avanço no sentido de distinguir a conduta do usuário da do traficante, mas manteve ambas as condutas criminalizadas, alterando apenas a gravidade de uma e de outra e, consequentemente, seus preceitos secundários. Introduziu institutos como o *sursis* e penas alternativas para a figura do usuário, além de retirar a necessidade de

[21] MALAGUTI, Vera. **Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro**. In.: Revista discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Nº. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 238.

[22] Op. cit. PEDRINHA. P. 7.

[23] PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017.P.7.

trancamento de matrícula que constava na Lei 5.726/71 e fixar a necessidade de laudo toxicológico, considerada esta última a mais importante inovação da lei. [24]

Com o advento da Constituição de 1988, o tráfico de drogas foi equiparado a crime hediondo (Art. 5º, XLIII)[25], sendo considerado, ainda, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, merecendo, assim, tratamento mais rígido.

Ocorre que, apesar de a Carta Magna equiparar o tráfico de drogas a crime hediondo, à época isso não trouxe nenhuma consequência, visto que ainda não existia um diploma legal que tratasse dos crimes hediondos, o que veio a acontecer em 1990 com a Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

A Lei 6.368/76 vigorou até 2006, quando passou a vigorar a atual lei de drogas. O legislador entendeu que, embora ela tenha vigorado por 30 anos, a nova realidade apresentava novos problemas que requeriam novas respostas, entendendo-se por bem substituí-la completamente.

Nesse meio tempo, houve uma tentativa legislativa de aprovação de outra lei para substituir a Lei 6.368/76; porém, à época, o presidente Fernando Henrique Cardoso vetou a parte material e sancionou somente a parte processual, o que acabou por gerar uma insegurança jurídica muito grande, visto que a parte material estava em uma lei e a processual em outra. Por essa razão, entendeu-se por bem editar uma nova lei que substituiria por completo as outras duas. [26]

A nova lei trouxe dois "recados": um para o usuário e outro para o traficante. O tratamento da lei para o usuário é de doente, que necessita de tratamento, sendo as sanções para o usuário claramente terapêuticas. Dessa forma, hoje, não existe no ordenamento a possibilidade de o usuário responder criminalmente com privação de liberdade.

---

[24] Ibid. P. 8.

[25] A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (grifos nossos)

[26] CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário.** Legislação anterior. 2006. Disponível em < http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962> Acesso em 18 maio 2018.

O recado para o traficante, por sua vez, é o oposto. Se o usuário é uma pessoa considerada dependente e não sofre privação de liberdade, o traficante é um criminoso equiparado a hediondo, cujo crime é extremamente grave e sujeito a penas ainda mais severas e vedações ainda mais rígidas.

Essa, portanto, é a política criminal adotada atualmente pelo legislador.

2.3 Ascensão, organização e estrutura do tráfico de drogas no Brasil.

A venda de drogas é tão antiga quanto o surgimento delas, de forma que é ilógico pensar na difusão dessas substâncias sem a sua venda. Todavia, como explicitado no item anterior, nem sempre o seu comércio foi considerado ilícito. O tráfico surge, portanto, em paralelo com as legislações que proíbem a venda.

Não é viável a descrição das primeiras pessoas que traficaram, sendo impossível especificar precisamente o seu surgimento, pois, apesar de ser possível descriminar as primeiras pessoas que **ficaram conhecidas** no Brasil por traficar, não é razoável imaginar que somente aquelas pessoas traficavam e muito menos que foram as primeiras a praticar venda ilícita de entorpecentes no país.

Dentre os nomes que ficaram primeiramente conhecidos no país por venda de drogas, tem-se, em 1950, um indivíduo conhecido pela alcunha de "Coronel Sabino", que era encontrado uma vez por mês no Estado de São Paulo e outra no Rio de Janeiro com malas cheias de maconha, advindas de suas plantações no interior de Alagoas.

Outro personagem conhecido, da época do regime militar, era o Delegado Sérgio Fernandes Paranhos Fleury, que foi acusado de liderar o Esquadrão da Morte e de fornecer proteção a um traficante chamado José Iglesias. O Esquadrão da morte era um exemplo do poder de corrupção do tráfico sobre agentes da lei. [27]

[27] RIVAS, Caio. **Ascensão do Tráfico e das Drogas no Brasil.** 2016. Disponível em: <https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/320444306/ascensao-do-trafico-e-das-drogas-no-brasil> Acesso em: 18 maio 2018.

Se por um lado é impossível especificar o surgimento do tráfico, por outro, é possível descrever a forma como se deu sua ascensão no Brasil, e como ele tomou a força que tem hoje. [28]

Na década de 70, no Brasil, formou-se na prisão Cândido Mendes, em Ilha Grande, Rio de Janeiro, um grupo de presos que se organizou com o intuito de lutar por melhores condições nas cadeias e combater o grupo que dominava a cadeia. [29]

Esse grupo de presos, considerados de alta periculosidade, à época teve contato com presos políticos, que, naquele contexto, eram intelectuais de esquerda que conheciam profundamente os Manuais de Guerrilha de Che Guevara e Fidel Castro. [30]

Os presos perceberam que, para alcançar os objetivos almejados, seria necessário que se organizassem a ponto de formar um grupo unido e com uma rígida disciplina, onde fortes punições eram aplicadas para aquele que o traíssem. Em geral, aplicava-se a pena de morte.

Assim formou-se uma facção que perdura ainda nos dias atuais, a Falange Vermelha, hoje conhecida por Comando Vermelho.

Mais tarde, no final da década de 70, início da década de 80, o Brasil passava de um mero país de trânsito da droga para se tornar um significativo consumidor. Os traficantes internacionais perceberam que, como o Brasil era um importante país de rota, o aumento da oferta da droga no país fazia com que o preço abaixasse e, consequentemente, aumentasse o uso por parte dos brasileiros. [31]

---

[28] Ibid.

[29] CARUSO, Thiago de Brito. **Assaltantes, traficantes e milícias. Teoria e evidência das favelas do Rio de Janeiro.** 2010. Dissertação Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Economia da PUC-Rio. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. P. 15. Disponível em <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812371_10_cap_03.pdf> Acesso em 18 maio 2018.

[30] Ibid. P. 16.

[31] CARUSO, Thiago de Brito. **Assaltantes, traficantes e milícias. Teoria e evidência das favelas do Rio de Janeiro.** 2010. Dissertação Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Economia da PUC-Rio. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. P. 15. Disponível em <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812371_10_cap_03.pdf> Acesso em 18 maio 2018. P. 16

Ao mesmo passo, os criminosos do Comando Vermelho começaram a perceber que o roubo já não dava mais tanto lucro, e que "a bola da vez" era o tráfico de drogas. [32]

Assim, o tráfico virou o novo alvo das facções criminosas, em especial do Comando Vermelho, que, com suas técnicas de guerrilha, adquiridas com os presos políticos, conseguiu organizar, articular e difundir o tráfico pelas favelas do Rio de Janeiro.

Dessa forma, iniciou-se o período de guerras entre favelas com o intuito de aumentar o mercado da droga e disputar o seu domínio.

Como toda empresa, o tráfico possui uma organização, recursos materiais, recursos humanos e mercadoria, além de uma espécie de regimento que determina as regras de funcionamento. [33]

A hierarquia do tráfico se organiza por meio de um sistema piramidal, em que, no topo da pirâmide, tem-se o chefe do tráfico, popularmente conhecido como o dono do morro. É ele quem dita todas as ordens dentro da organização criminosa[34], governando de forma autoritária, semelhante a um déspota. [35]

Abaixo do chefe tem-se, no próximo estamento, os integrantes da facção que são de sua extrema confiança, aproveitando de benefícios do poder e diretamente ligados a ele, sendo considerados o braço-direito do chefe do tráfico. [36]

No terceiro estamento estão os funcionários, que fazem de fato o caixa da empresa girar, traficantes e usuários. Importa destacar que esses traficantes, de modo geral, são extremamente descartáveis frente à facilidade de substituí-los. [37]

---

[32] Ibid. P. 16

[33] BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes. O poder paralelo no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002. p. 35-50

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

[35] Op. cit. BARROS, 2002. P.35.

[36] BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes. O poder paralelo no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002. P.35.

O tráfico de drogas gera um lucro altíssimo. Ziegler dizia, inclusive, que o tráfico de drogas constitui a atividade comercial mais rendosa no mercado mundial.[38]

O tráfico dispõe de uma série de recursos materiais que torna viável a sua existência. Dentro dos recursos utilizados pelo tráfico, podemos destacar[39]:

a).....Boca ou boca de fumo: trata-se do local onde é concentrada a venda da droga já embalada, apesar de as vendas, em sua grande maioria, ocorrerem na rua.

b) .....Estica: São uma espécie de boca de fumo subsidiária, que, em paralelo com outras lojas, funcionaria em horário comercial, enquanto a boca funcionaria 24h, por meio de sistemas de plantões.

c).....Barracão: É o local mais precioso para o tráfico, em função de estar alocado ali o produto que gera o lucro, razão pela qual dispõe de complexo sistema de segurança. No barracão, ocorre a malhação[40] da droga e seu empacotamento para a venda. Funciona também como uma espécie de estoque onde ficam alocados todos os materiais utilizados pelo tráfico, como balanças de precisão, papel vegetal, entre outros.

d) .....Armamento: O poder de fogo de uma facção define o seu poder de controle do tráfico. Atualmente o tráfico dispõe dos mais diversos modelos de armamento.

No que diz respeito aos recursos humanos, o tráfico dispõe de uma separação de cargos e funções[41]:

a) Dono do movimento: chefe supremo do tráfico, determina todas as ações do tráfico.

---

[37] Ibid. p. 35

[38] ZIEGLER, Jean. **A Suíça lava mais branco.** Tradução: A Rabaça. Lisboa, Portugal: Inquérito, 1989. p. 25.

[39] Op. cit. BARROS 2002, P. 38-40.

[40] Acrescentar substâncias a droga para aumentar o seu volume para a venda.

[41] BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes. O poder paralelo no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002.P.41-45.

b) Matuto ou mula: pessoa de confiança que realiza o trânsito da mercadoria e dos recursos para o barracão e para a boca. Não desperta suspeita e recebe por empreitada.

c) Tesoureiro: pessoa de confiança que possui um grau de instrução considerável e cuida da contabilidade e das transações do tráfico, não estando sempre entre os traficantes, sendo que não existem valores definidos para sua remuneração.

d) Chefe de segurança: pessoa de alta confiança, com conhecimento de armamentos, que coordena a segurança do chefe do morro. Em geral, uma figura extremamente violenta, sendo um dos mais influentes no tráfico. Também não tem valor de salário definido.

e) Gerente de endolação: Faz parte do segundo estamento do tráfico, entre os que compõem o alto escalão, coordenando a endolação42 da droga. Recebe por comissão. Pode receber parte em entorpecentes.

f) Gerente de vendas: abaixo do gerente de endolação, mas ainda pertencente ao alto escalão. Coordena traficantes na venda da droga, recebe por comissão. Também pode optar por receber uma parte em entorpecentes. Importante destacar que esse cargo pode ser desmembrado em vários, para casos em que cada um gerencia drogas de determinados valores.

g) Soldado: Iniciante no tráfico. Está sempre armado nos plantões e protege contra policiais ou inimigos. Toma a linha de frente sustentando o tiroteio até que a droga seja transportada. Recebe semanalmente.

h) Vapor: Escolhido entre os soldados para vender drogas aos usuários. Recebe por comissão.

i) Endolador: é um vapor mais experiente, responsável por malhar e embalar a droga para a venda. Recebe semanalmente.

j) Olheiro ou fogueteiro: Alerta quando os policiais ou inimigos chegam. Em regra, é menor de idade. Tem alta rotatividade. Recebe um valor fixo semanalmente e, em dias de plantão, recebe comida e droga.

k) Avião: usuário que vende para outro usuário, em geral fora da favela. Não está vinculado ao tráfico e em regra faz para sustentar o próprio vicio,

[42] Separação, preparo, pesagem e embalagem da droga para venda no varejo.

> tendo em vista que recebe uma comissão paga pelo próprio comprador e não pelo tráfico.

A mercadoria do tráfico de entorpecentes é a droga.

Como toda empresa, o tráfico trabalha com a Lei da oferta e da procura, de forma que o produto mais procurado, ou seja, aquele que tem maior interesse por parte dos consumidores, será aquele que mais será ofertado e terá mais quantidade disponível no mercado.

É possível notar que o tráfico é extremamente organizado e complexo, além de possuir uma estrutura de fornecimento de mercadoria, material e pessoas com recursos infindáveis, razão pela qual é extremamente difícil o seu combate.

Todavia, essa estrutura só se mostra possível devido ao fato de contar com regras rígidas, cujos descumpridores recebem castigos severos, como espancamentos e morte.

Entre as suas principais regras estão a proibição de delatar uns aos outros; não subestimar a polícia e nem os inimigos, conhecidos muitas vezes como “alemãos”; respeitar a comunidade (inclusive a maioria das facções possuem regras que proíbem roubos, estupros e homicídios não autorizados dentro da favela), união e lealdade ao grupo, entre outros. [43]

Assim, seguindo fielmente as regras estabelecidas, o tráfico tem conseguido se manter e aumentar o seu poder mesmo diante das baixas que sofre, tendo em vista a facilidade de se substituírem pessoas dentro desse esquema.

2.4 A Lei 11.343/2006: nova lei de drogas

A Lei 11.343/2006, antes de ser sancionada, passou por diversas alterações nas duas casas legislativas, além de diversos vetos presidenciais. Decorrente dessas diversas alterações desconexas realizadas no projeto de lei, a nova lei de drogas

[43] ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas.** Rio de Janeiro-RJ. Editora FGV. 2004. P. 341-348.

nasceu com diversos pontos falhos, que não evidenciam meros erros formais, mas, por diversas vezes, tratam de questões relevantes, das quais surgem divergências e contradições na interpretação da lei e na aplicação de seus institutos. [44]

2.4.1 – Norma penal em branco

Como dito anteriormente, a lei de drogas é uma norma penal em branco. O parágrafo único do art. 1 º da lei prevê a hipótese de um complemento misto, visto que traz a possibilidade de o complemento estar em uma outra lei ou em uma portaria:

> Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, **assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União**.[45] (grifos nossos)

A opção pelo ato administrativo traz mais flexibilidade frente à diferença entre o processo para edição e aprovação de uma lei e o de uma portaria, sendo o segundo extremamente mais simplificado. Assim, optou-se por utilizar listas atualizadas pelo Executivo para facilitar a alteração do rol em caso de surgimento de novas drogas.

O parágrafo único diz, ainda, que, para a substância ser considerada droga para fins da lei, é necessário que seja capaz de causar dependência. Todavia, ao julgar o HC 86.215/RJ, o STJ entendeu de forma diversa.

No referido *Habeas Corpus*, médicos estavam sendo acusados de tráfico de entorpecentes por prescreverem substâncias que estavam listadas na portaria da ANVISA como ilícitas. Em sede de defesa, os médicos alegaram que a ação penal

---

[44] MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo.** São Paulo: Editora Método 2013. p. 19-20.

[45] BRASIL, **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

carecia de justa causa[46], tendo em vista que, apesar de estarem listadas no rol de substâncias ilícitas, não eram capazes de causar dependência física ou psíquica.

Na ocasião, o STJ entendeu que não é preciso necessariamente que a substância cause dependência física ou psíquica, bastando a sua previsão no rol das substâncias ilícitas. Esse entendimento, entretanto, é claramente contrário à letra da lei (art. 1º, parágrafo único) e à vontade do legislador, já que este deixa bem claro, na exposição de motivos, que não existem palavras inúteis nos dispositivos.

2.4.2 – Bem jurídico tutelado

O bem jurídico tutelado pela lei de drogas é a saúde pública coletiva. Apesar de a saúde pública individual estar de certa forma envolvida, o objetivo da lei é proteger a saúde coletiva, visto que o indivíduo tem a liberdade para dispor de sua saúde individual.

Assim, caso um traficante seja preso em flagrante após vender droga para 5 pessoas, por exemplo, responderá por uma única conduta de tráfico de drogas, pelo fato de a lei se dignar a tratar da saúde coletiva. Caso a lei tutelasse a saúde individual, esse mesmo indivíduo deveria responder por 5 condutas de tráfico de drogas em concurso, as quais diriam respeito à saúde de cada pessoa para a qual teria vendido o entorpecente.

Tendo em vista que a lei tutela a saúde coletiva, muitos se questionavam a respeito do fundamento para a criminalização da conduta do usuário. Em princípio, a criminalização do usuário seria possível, ainda que com o bem jurídico da saúde coletiva, pois a sua conduta possui o potencial de difundir a droga.

2.4.3 – Princípio da insignificância

[46] Justa causa para a ação penal é a necessidade de estarem presentes provas de materialidade e indícios de autoria.

Existe uma discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de entorpecentes. Esta questão deve ser trabalhada nos âmbitos do traficante e do usuário.

A tendência da jurisprudência é a da impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância em relação ao traficante:

> "A jurisprudência deste Superior Tribunal considera que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois se trata de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida." (STJ, AgRg em Resp nº 1647314, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ªT, DJe 15/05/2017)

> "É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico de drogas: precedentes." (STF, HC 88820, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ªT, DJ 19/12/2006).

Em geral, quando se trata de um indivíduo com tendência à prática do tráfico, a jurisprudência, em regra, se mostra mais resistente à aplicação do princípio, mas não se trata de uma posição absoluta.

Quanto ao usuário, há uma grande discussão. Defendia-se a possibilidade de aplicar o princípio; todavia, uma corrente nova defende que não se aplica o princípio da insignificância em relação ao usuário, tendo em vista que a pena a ele destinada tem caráter educativo (existe aqui uma analogia com relação à inaplicabilidade desse princípio nos atos infracionais cometidos por menores). Assim, entende-se que o usuário não estaria sendo punido, e sim educado. Porém, mais uma vez, não há unanimidade na doutrina e na jurisprudência.

Existem diversos julgados em sentidos diversos, a revelar essa divergência:

> "Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante"

(STJ, HC 195.985/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ªT.,DJe 18/06/2015). [47]

"Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substancia entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que a sua conduta atinge não apenas a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes" (STJ, RHC 37.094/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ªT. DJe 17/11/2014).[48]

"Volume de maconha ínfimo, que não permite sequer a confecção de um 'fininho', o fato assume contornos de crime de bagatela" (TJ-RS, AC 686048489, Rel. Nélson Luiz Púperi, RJTJRS 121/122). [49]

"O princípio da insignificância não incide apenas nos delitos materiais ou de resultado, mas também nos delitos de perigo ou de mera conduta, inclusive naqueles em que o bem jurídico atingido é difuso ou coletivo. Dessa forma, em tese, é possível a aplicação deste princípio aos crimes de drogas" (TJ-RS, AC 70031081110, Rel. Des. Odone Sanguiné, DJ 18/08/2009).[50]

"Posse para uso próprio de ínfima quantidade de maconha (0,450g) é fato insignificante, por ausente perigo à saúde pública. Criminalidade de bagatela admitida. Absolvição proclamada" (TJ-RS, AC 70014495311, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, DJ 17/07/2007). [51]

Assim, a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de droga é um posicionamento que ainda não se consolidou em nossos tribunais.

2.4.4– Fundamento Constitucional

Além de equiparar o tráfico de drogas a crime hediondo e considera-lo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII), a Constituição admitiu

[47] GRECCO, Rogério. **Curso de direito Penal. Parte Geral. Volume 1.** Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016. p. 117.
[48] Ibid, p. 117.
[49] Ibid. p. 117
[50] Ibid. p. 117
[51] Ibid. p 117

a extradição do brasileiro naturalizado quando este estiver envolvido com tráfico ilícito de drogas (art. 5º, LI).

A Constituição dispôs, ainda, sobre a possibilidade de confisco das propriedades que tenham envolvimento com o cultivo de plantas psicotrópicas, destinando-as ao assentamento de colonos para o cultivo de alimentos e medicamentos. Em regra, as propriedades serão utilizadas para a reforma agrária.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a propriedade será desapropriada ainda que o locatário, e não o proprietário das terras, esteja cultivando a droga, tendo em vista que o proprietário tem o dever de fiscalizar o bom uso da propriedade. Assim, caso ocorra *error in vigilando*, essa propriedade será desapropriada sem nenhuma indenização ao proprietário. Porém, isso só ocorrerá se ficar provado que ele não exercia nenhuma fiscalização. Por outro lado, se ficar demonstrado que ele não incorreu em culpa *in vigilando*[52], ou *in elegendo*[53], mas que, por razões de força maior, não tomou conhecimento dos fatos, poderá afastar a expropriação. [54]

Porém, no caso de o proprietário ter sua propriedade expropriada por haver incorrido em um desses dois erros, ele não será criminalmente responsabilizado, tendo em vista que a responsabilidade no âmbito penal é sempre subjetiva.

Além disso, não importa se a propriedade é utilizada parcialmente para o cultivo da droga; essa propriedade será expropriada integralmente, segundo o Supremo Tribunal Federal.

É preciso ressaltar, ainda, que, no cultivo para uso próprio, não há punição administrativa de expropriação.

Com relação os bens de valor econômico que forem apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes, estes serão revertidos em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de dependentes.

---

[52] Falta de atenção com procedimento de outra pessoa.
[53] Má escolha aquela a quem se confia a prática de um ato.
[54] **Recurso Extraordinário 635336**, com repercussão geral reconhecida.

2.4.5 – SISNAD

A Lei 11.343/2006 trouxe, ainda, o Sistema Nacional Antidrogas, atualmente denominado de Sistema Nacional de Políticas Públicas sobe Drogas, que tem por objetivo principal a repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes, além de exercer atividades de tratamento, recuperação e reinserção social de pessoas dependentes. [55]

2.4.6 – Ressalva quanto ao uso religioso e medicinal

Como dito nos tópicos anteriores, o uso religioso das substâncias entorpecentes pode ser uma forma de tornar lícito o uso dessas substâncias, como no caso dos seguidores de Santo Daime, no uso do chá de ayahuasca.

Isso ocorre devido ao fato de o Brasil ser membro da Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas e plantas de uso estritamente ritualístico-religioso, de 1971. A convenção determina, em suma, que no que diz respeito as substâncias psicotrópicas, que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos em rituais mágicos ou religiosos, os Estados membros poderão formular reservas em relação a tais plantas.

Assim, a Lei 11.343/2006, em seu art. 2º porquê a hipótese do uso e cultivo de plantas psicotrópicas para uso ritualístico-religioso.

Nesse mesmo artigo, o legislador traz a possibilidade da utilização dessas plantas para uso medicinal e científico.

É preciso esclarecer que em todos esses casos é necessária autorização legal ou regulamentar, sendo necessário observar, inclusive, a fiscalização.

2.4.7 – Da prevenção e reinserção social dos dependentes

[55] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas. Volume 1.** Rio de Janeiro: Editora Forense: 2016. p. 306-307.

A lei prevê ainda, em seu Título III, Capitulo I, uma série de diretrizes e princípios para as atividades de prevenção ao uso indevido de drogas.

Além disso, visualizando a possibilidade de usuários de drogas estarem presos ou submetidos a medidas de segurança em relação a outros crimes (visto que em relação ao crime de uso não existe pena privativa de liberdade), a lei garante a possibilidade de atendimento de saúde também a esses usuários, como forma de evitar o agravamento de suas situações e até mesmo para coibir a dissipação da droga no presídio.

Ressalta-se que, de acordo com o artigo 183 da Lei de Execuções Penais, caso o usuário se torne um dependente, pode ter sua pena convertida em medida de segurança.

Ocorre que essa medida se mostra totalmente desfavorável, tendo em vista as condições insalubres e de falta de estruturas necessárias de nossos sanatórios prisionais. Dessa forma, a medida de segurança hoje é vista com maus olhos pelos operadores do Direito, porque, apesar de em sua origem buscar dar um maior apoio ao interno que possui algum tipo de insanidade mental, o quadro atual é que o descaso com essas instituições torna mais penoso ao doente cumprir medida de segurança do que pena privativa de liberdade.

2.4.8 – Dos crimes relacionados ao consumo

Apesar de o usuário não responder hoje com pena privativa de liberdade, a conduta ainda é típica, de forma que usar drogas ainda é considerado crime, apenas que não punível com privação de liberdade.

A corrente que dizia haver uma descriminalização não prosperou, tendo em vista que o STF decidiu em sentido contrário, afirmando que o que houve foi uma

descarcerização, e não uma descriminalização da conduta. Ou seja, o que não se tem é um encarceramento. [56]

O uso é uma das únicas hipóteses que autorizam o juiz a aplicar de imediato uma pena substitutiva.

Para o crime ser considerado de uso, tipificado no artigo 28 da lei, a droga tem que ser exclusiva para consumo próprio.

Segue-se o rito sumaríssimo da Lei 9099/1995, salvo se houver concurso com crime mais grave. Nessas condições, haverá audiência preliminar e será oferecida a transação penal. Cumpridos os termos da transação, extingue-se o processo e o indivíduo continua primário.

As penas aplicadas poderão ter prazo máximo de 5 meses e em caso de reincidência, terão prazo máximo de 10 meses (importante que estamos falando em penas como prestação de serviços à comunidade, e nunca de prisão).

Mesmo que descumpra as medidas educativas, o condenado não poderá ser preso. Para isso, há as medidas do §6º. Ainda há a possibilidade de se adequar a multa à condição do usuário, sendo no mínimo de 40 dias-multa e máximo de 100 dias-multa, atribuindo-se o valor de um trinta avos até três vezes o valor do salário mínimo – art. 29.

Importante ressaltar, ainda, que, segundo o §1º, incorrerá nas mesmas medidas quem semear cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade dessas substâncias **para consumo pessoal.**

2.4.9 – Crimes relacionados ao tráfico

[56] DORNELLES, Marcelo Lemos. **A natureza jurídica da punição do usuário de drogas no Brasil. Descriminalização, despenalização ou descarcerização?** Revista do Ministério Público do RSnº 7016. Indd. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325185570.pdf> Acesso em: 02 set 2018.

Primeiramente, insta esclarecer que não existe um crime específico chamado de tráfico de drogas; o que existe são diversas condutas correspondentes ao tráfico.

Assim, diferente do que a maioria da população acredita, traficar drogas não se restringe à conduta de vender drogas. A lei provê uma série de condutas que são consideradas tráfico de drogas. São elas: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Além dessas condutas, previstas no *caput* do artigo 33, a lei traz, ainda, condutas equiparadas ao tráfico, como se verá adiante.

a) ..... Tráfico de drogas – Caput 33

A pena foi aumentada em relação à lei anterior.

Traficante é quem age com o elemento subjetivo íntimo da mercancia, da destinação da droga a terceiros, como explicado antes, não necessariamente apenas por meio de venda. [57]

É um tipo penal de conteúdo múltiplo ou variado. Possui vários verbos, vários núcleos. É uma técnica legislativa que visa reduzir ao máximo a possibilidade de uma tentativa. É como se cada conduta fosse transcendente da outra.[58]

A maioria dessas condutas tem caráter permanente, o que implica uma constante flagrância.

É importante esclarecer que a conduta do verbo "adquirir" pressupõe o intuito de passar para frente, revender, e não adquirir para consumo próprio.

---

[57] SAMPAIO, Artur Livônio Tavares. **Seletividade no combate as drogas: lei 11.343/2006.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=9430>. Acesso em: 02 set 2018

[58] GONÇALVES, Marcelo Santin. **Comentários à Lei de Drogas - Lei 11 343/06.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 14 abr. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31729&seo=1>. Acesso em: 04 set. 2018.

Uma parte da doutrina sustenta que o flagrante preparado seria possível em casos de o agente "ter guardado" a droga. Ou seja, a compra fictícia da droga não serviria para o flagrante (visto que configuraria crime impossível), mas apenas o fato de o agente "ter guardado" já se enquadraria em um verbo relacionado ao tráfico, de forma que perde relevância a indução para venda.[59]

b) Condutas equiparadas ao tráfico - §1º do 33:

Se são equiparadas ao tráfico, também são equiparadas aos crimes hediondos.

São três condutas equiparadas ao tráfico. Na lei anterior, eram cinco condutas.

Duas dessas condutas não são mais consideradas equiparadas ao tráfico. Uma delas é o induzimento, instigação e auxílio, que continua sendo crime, mas passou a ser uma conduta autônoma e não mais equiparada ao tráfico. A segunda conduta é a que trata da apologia. Já era pacífico na jurisprudência que se tratava de uma conduta atípica por ser inconstitucional, visto que se trata da liberdade de expressão do indivíduo; por essa razão, na nova lei esse crime não veio tipificado, por saber o legislador que seria inócuo, vez que se trata de uma inconstitucionalidade.

Na apologia não se pode determinar quem é a vítima do agente, na instigação e induzimento é possível discriminar a vítima, e inclusive, é preciso que a pessoa de fato faça o consumo para que ocorra o crime. Essa questão foi discutida na ADPF da marcha da maconha (ADPF 187).

A primeira conduta equiparada seria, então, de quem pratica os verbos do tráfico, mas não em relação à droga e sim à matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, enquadrados no art. §1º, I, da nova lei, que serão apreciados pelo perito. Ex: maconha é, ao mesmo tempo, a droga e a matéria-prima; já na cocaína, sua matéria prima é a folha de coca (a folha de coca não é a droga). Essa é a diferença desta figura equiparada para o *caput* do art. 33 da nova lei.

[59] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 815-816

Nesse aspecto, a lei antiga falava apenas em matéria-prima. Já a lei nova traz o insumo e o produto químico destinados à preparação de drogas, pois antigamente não se punia quem era flagrado nesta conduta, por mais que estivesse havendo um real auxílio ao tráfico. Essa mudança produz interessantes efeitos.[60]

A segunda conduta é de quem semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que constituam matéria-prima para a preparação de drogas. Aqui, não há diferença em relação à lei anterior. No Brasil, aplica-se mais à maconha. Nesse caso, não há plantio, cultivo para uso pessoal, em pequena quantidade, como na figura do art. 28, §1º.[61]

A última conduta diz respeito a quem utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. Hoje só responde por conduta equiparada ao tráfico se fornecer o bem para que seja feito o tráfico. Antes, até para o uso indevido se respondia por conduta equiparada ao tráfico; esta conduta, com a nova lei, passou a ser aquela de induzir, instigar ou auxiliar o uso indevido de drogas, nos termos do §2º do art. 33.[62]

c) Induzimento, instigação e auxílio ao uso – art. 33 §2º

Induzir é fazer surgir a ideia; instigar é reforçar a ideia; e auxiliar é fornecer ajuda material.

---

[60] BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm> Acesso em: 02 set 2018.

[61] BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm> Acesso em: 02 set 2018.

[62] Nucci, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas** – 5ª Edição ver. Atual. e ampl. – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

Na antiga Lei, tratava-se de crime material, ou seja, a pessoa tinha que efetivamente fazer o uso da droga. Na atual legislação a expressão "a usar" foi substituída por "ao uso", razão pela qual alguns doutrinadores sustentam que passou a ser crime formal, enquanto outros, utilizando o entendimento do art. 31 do CP para crimes de induzimento, instigação e auxílio, afirmam que o crime não é punível se não chegar pelo menos a ser tentado, sustentando que permanece sendo crime material. [63]

A diferença da apologia para o induzimento, instigação e auxílio é que a primeira figura não é direcionada para determinada pessoa. Já no induzimento e na instigação tem-se uma pessoa determinada, que foi influenciada pela conduta do agente.

d) Oferecimento eventual ao consumo de drogas – art. 33 §3º

O art. 28 somente será aplicado àquele que usa sozinho, pois se o agente for pego usando drogas com outras pessoas, será enquadrado neste tipo penal, que é uma figura de menor potencial ofensivo.

a) Tráfico Privilegiado – art. 33 §4º

Essa expressão não está no texto literal da lei, tendo sido criada pela jurisprudência.

Traz uma diminuição de pena que se aplica ao traficante eventual.

Esse benefício, porém, só é aplicado ao agente primário, sendo que, aqui, não se trata de uma reincidência específica, não sendo preciso, portanto, que seja reincidente em tráfico. Caso o indivíduo seja reincidente em razão de qualquer outro crime, estará impedida a aplicação do benefício.

Além disso, os requisitos previstos no dispositivo são cumulativos.

[63] SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª edição. São Paulo. 2016. P. 98

Era vedada a conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, mas o STF, em controle de constitucionalidade, declarou inconstitucional essa vedação, pois fere o princípio da individualização da pena.[64]

Mesmo que o agente tenha sido condenado antes da entrada em vigor desse dispositivo, com trânsito em julgado, ainda assim o juiz poderá aplicar a lei benéfica a ele. A lei retroage para beneficiá-lo. Neste caso, o juiz responsável por aplicar essa lei não será o juiz da execução penal, como determina a súmula 611 do STF[65], porque essa súmula só se aplica quando o juiz não precise adentrar em questões probatórias. Aplicaria a súmula somente se fosse para aumentar ou reduzir a pena através de cálculos aritméticos. Se o juiz da execução penal aplicasse a lei mais benéfica, ele estaria suprimindo instâncias. Nesse caso, a defesa deverá ajuizar uma revisão criminal no Tribunal.

O tráfico privilegiado não é considerado crime equiparado ao hediondo. Essa é uma posição pacífica na jurisprudência.[66]

Além do mais, apesar de a lei falar em "possibilidade" de redução de pena em caso de tráfico privilegiado, uma vez preenchido os requisitos, nasce para o réu um verdadeiro direito público subjetivo de gozar do benefício.

b) Aparelhos, maquinários e instrumentos para fabricação de drogas – art. 34

Nesse caso, o indivíduo não trafica a droga, nem a matéria prima ou substância, mas é proprietário do barracão (e nesse caso o barracão só poderá ser para fabricação e não para o depósito; do contrário, estará incurso em um dos verbos do art. 33).

---

[64] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 97256 . Brasília, 01 de setembro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998 > Acesso em 02 set 2018.

[65] **Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal:** "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna."

[66] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 118.533. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998 > Acesso em 02 set 2018.

Este é um tipo penal subsidiário (soldado de reserva). Por esta razão, ele será absorvido pelo art. 33 se o agente cometer o tráfico de drogas. A importância do art. 34 se mostra nas situações em que não se acha a droga no "barracão", mas os aparelhos destinados à fabricação de drogas são encontrados. Jamais haverá concurso entre o art. 33 e o 34. É crime hediondo, segundo a corrente majoritária.[67]

c) Associação para o tráfico – art. 35

A associação estará formada quando da junção de duas ou mais pessoas para praticar, reiteradamente ou não, os crimes previstos no art. 33, *caput* e §1º e art. 34 da lei antidrogas. É uma associação *sui generis*, pois é diferente das demais (na associação criminosa do art. 288 do Código Penal, requer-se a presença de 3 ou mais pessoas). A pena é de 3 a 10 anos de reclusão. Prevalece sobre o art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos, que determina pena para a associação para o tráfico de 3 a 6 anos. Isso ocorre porque lei antidrogas é mais recente e específica.

Apesar de parte da doutrina entender que se trata de um crime hediondo, na visão do STF e do STJ não é:

> "**Esse delito não está entre os especificados na Lei nº 8.072/90, art. 2º, caput."** (STF, HC 79.998-1-RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Nelson Jobim RT 782/524)" (grifos nossos)
>
> "**O crime de associação para o tráfico de entorpecentes não é equiparado a hediondo**, uma vez que tal delito tem tipificação própria e é autônomo em relação ao de tráfico de entorpecentes." (STJ, HC 14.321-RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Félix Fisher, RT 790/577)" (grifos nossos)

d) Financiamento – art. 36

É a pena mais grave da lei antidrogas, seja a de liberdade ou a de multa – 6 a 20 anos e pagamento de 1500 a 4000 dias-multa. O problema é que esse financiamento seria uma espécie de associação para o tráfico, embora, por uma leve

[67] SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª edição. São Paulo. 2016. P. 113.

diferença, ainda seja possível separar as duas condutas. O art. 36 exige só o suporte financeiro, sem o agente ter contato direto com a droga.

O grande erro está no parágrafo único do art. 35, que diz que a prática reiterada do art. 36 incorreria nas penas do *caput* do art. 35, o que gera confusão a respeito da aplicação da pena, visto que ambas disciplinam a mesma conduta; todavia, o parágrafo único do artigo 35 fala em prática reiterada, mas aplica uma pena menor. Veja:

> Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
>
> **Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.**
>
> **Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:**
>
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.[68] (grifos nossos)

Seguindo a lógica desse dispositivo, quanto mais financiasse, menor a pena. Aparentemente, a melhor solução seria revogar o art. 35, parágrafo único, porque, segundo os princípios do Direito Penal, deve-se aplicar a situação mais favorável ao réu. Assim, da forma como se está agora, em caso de conduta reiterada, a pena seria menor do que daquele que financiou apenas uma vez, visto que a presença do art. 35, parágrafo único impede a aplicação do art. 36 em casos de reiteração delitiva.

Além dessa contradição legislativa, a Lei 11.343/2006 traz, ainda, uma causa de aumento de pena para quem financia ou custeia o tráfico – art. 40, VII. Essa causa de aumento é uma impropriedade do legislador, pois existe um tipo penal específico

[68] BRASIL, **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

para determinada conduta, de forma que aumentar a pena com base no elemento essencial do tipo configura claro *bis in idem*.

e) Informante – art. 37

Esse tipo penal foi criado para abarcar a situação dos informantes que não possuem uma ligação tão intrínseca com tráfico. Tratam-se dos "fogueteiros", aquelas pessoas encarregadas apenas de repassar informações.

Se o legislador não tivesse tido o cuidado de inserir essa figura, os informantes responderiam por associação ao tráfico na mesma medida daqueles que vendem de fato a droga, por exemplo.

Como se trata de uma conduta com menos relevância, criou-se esse tipo penal mais brando.

f) Prescrever/minis trar culposamente – art. 38

É a única conduta culposa da lei. No crime culposo, o agente deixa de observar o dever subjetivo de cuidado (imprudência, imperícia e negligência). Prescreve drogas de que o paciente não necessita ou em quantidade superior ao indicado. É um crime de menor potencial ofensivo.

O juiz deverá comunicar o Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

g) Conduzir embarcação ou aeronave sob o efeito de drogas – art. 39

O termo drogas é um termo restrito. Se não for uma droga ilícita, o agente não responde por esse crime.

Existe uma discussão se esse seria um tipo penal de perigo abstrato ou concreto. Essa questão gera uma análise comparativa com o Código de Trânsito.

Embriaguez é um termo técnico, que corresponde a 0,6 ou mais gramas/litro de álcool no sangue. Houve, com relação à embriaguez, uma discussão sobre se o crime do CTB era de perigo concreto ou abstrato; a jurisprudência caminhava no sentido do crime ser de perigo concreto; o legislador, por sua vez, não concordava com essa tese e, em uma das várias alterações do artigo 306 do CTB, retirou a parte "expor a dano a incolumidade...", demonstrando que sua intenção era de que o crime fosse de perigo abstrato.

Como no artigo 39 possui ainda o "expondo a dano a incolumidade...", que é tida como uma cláusula determinante para saber a natureza do crime, entende-se que seria de perigo concreto; porém, ainda existem divergências a esse respeito. Como não é um crime comum de ser praticado, não existe muita jurisprudência nesse sentido.

O parágrafo único aplica pena mais grave se o crime for cometido em transporte coletivo de passageiros.

Essas são, portanto, as condutas criminosas trazidas pela Lei 11.343/2006, sendo que a doutrina majoritária entende que os crimes de tráfico equiparado aos hediondos seriam os dispostos no caput e §1 º do artigo 33 e os artigos 34 ao 37.

2.5 Procedimento penal dos crimes de droga: institutos, investigação e processo.

Os procedimentos relacionados a esses crimes não são procedimentos comuns a todos os crimes, trata-se de um rito especial.

A exceção será o crime do usuário, o qual, se não estiver em concurso com nenhum outro delito, seguirá o rito sumaríssimo.

Com relação aos procedimentos investigatórios próprios, é necessária uma autorização judicial expressa nesse sentido, sendo eles: Infiltração de agentes e flagrante controlado/diferido.

O flagrante é obrigatório às autoridades policiais; por essa razão é necessária uma autorização judicial para que a polícia possa retardar esse flagrante com objetivo de conseguir maiores informações a respeito do funcionamento daquela associação criminosa; no caso do tráfico, a lei traz essa possibilidade de autorização judicial.

Além disso, a lei traz também a possibilidade de se infiltrarem agentes no tráfico para obtenção de informações.

Nos casos de prisão em flagrante, um laudo pericial de constatação (laudo preliminar) da natureza e quantidade da droga será suficiente para a caracterização da materialidade do delito.

É um laudo preliminar, precário, sucinto que tem uma única e exclusiva função no procedimento, que é justificar, embasar uma prisão em flagrante.

Esse laudo, por ser preliminar, está mais sujeito a erros. Portanto, nunca poderá ser utilizado para condenação. Somente embasa a condenação o laudo definitivo, que é menos suscetível à falha.

O inquérito policial será concluído no prazo de 30 dias se o acusado estiver preso e em 60 dias se estiver solto – art. 51. Os prazos podem ser duplicados. Se o prazo ultrapassar o dobro, não haverá prejuízo, mas o acusado deverá ser posto em liberdade se estiver preso.

Em regra, o delegado de polícia não precisa fundamentar o indiciamento, porém essa regra encontra uma exceção na lei antidrogas – art. 52. As razões da fundamentação seriam exatamente a distinção entre usuário e traficante, que deverá ser feita por parte do delegado, tendo em vista que o *parquet* e o juiz não estavam presentes no momento do flagrante para atestar as circunstâncias que levaram a tal conclusão.

Na Lei antidrogas, após o oferecimento da denúncia, há um contraditório. Antes de o juiz receber a denúncia, a defesa apresentará uma defesa prévia.

Nessa defesa preliminar escrita vigora o princípio da contenciosidade ampla, ou seja, pode-se alegar tudo o que se infere como mérito de defesa.

De acordo com o STF, a falta de defesa preliminar escrita é causa de nulidade absoluta.

É relevante se fazer uma consideração a respeito do artigo 59 da lei, o qual diz que o réu só poderia apelar sem se recolher à prisão se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecidos na sentença condenatória. Ocorre que, esse artigo mostra flagrante inconstitucionalidade, visto que a prisão preventiva se fundamenta em requisitos próprios, arrolados em um rol taxativo constante dos artigos 312 e 313 do CPP, de modo que as condições subjetivas do agente não podem ser utilizadas de forma exclusiva para justificar tal medida cautelar.

No tocante à fixação da pena, o artigo 42 traz como circunstâncias a serem analisadas: a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Essas circunstâncias têm preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal[69], apesar de não afastarem a sua aplicação. O Supremo Tribunal Federal entende que esse dispositivo é proporcional e razoável.

3 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema penitenciário brasileiro se encontra em colapso, não apenas pela superlotação como, também, pelas condições insalubres e pelas constantes violações de direitos dos presos, o que acabou por acarretar diversas rebeliões no início de 2017.

A própria perda da gerência, em diversos presídios, para as facções criminosas, acaba por gerar um descontrole do sistema e contribui para a instauração do caos em nossas unidades prisionais.

[69] **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ademais, a situação de esquecimento por parte do poder governamental, e o preconceito da sociedade para com os egressos do sistema, geram um ciclo de reincidência por parte daqueles que hoje são ensinados a viver presos, por meio de uma escola do crime que se instaurou em nossas prisões e que acaba por encarcerar os marginais e marginalizar por meio do encarceramento.

É preciso, portanto, entender os motivos que levaram à situação atual de descontrole e sanar as mazelas do cárcere.

3.1 A evolução do sistema prisional

O instituto da prisão nasceu de forma diversa da que conhecemos hoje. Nos primórdios da história da humanidade, a prisão era vista como uma forma de manter o delinquente à disposição daqueles que aplicariam as sanções, sendo apenas uma forma de acautelamento daqueles que aguardavam a aplicação de sua pena final, que, em sua maioria, seria a pena capital. [70]

Assim, a privação da liberdade encontrava uma função de meio para aplicação da pena fim, isso porque, na antiguidade, as penas em sua maioria eram corporais. Com o tempo, como destaca Foucault, as penas abandonam as punições corporais e passam a punir a alma. [71]

Contudo, antes de as penas alcançarem a privação de liberdade como fim, um longo caminho se percorreu, sendo necessários, inclusive, diversos movimentos, como a Revolução Francesa e os ideais iluministas para que se desenvolvesse esse panorama de humanização da pena, abandonando as penas cruéis aplicadas na antiguidade, tais como tortura, açoites, e até mesmo a pena de morte, que, por vezes, era aplicada da maneira mais cruel possível.

Antes de termos a punição concentrada na mão do Estado, na época da vingança privada, as penas eram aplicadas de maneira desmedida, em que famílias passavam gerações e gerações aplicando a pena aos seus descendentes em uma

[70] FALCONI, Romeu. **Sistema presidial: Reinserção Social?** São Paulo, SP. Editora Ícone. 1998. P. 49.
[71] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 38 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

vingança que não encontrava fim, a não ser com a extinção de um dos rivais. Nesse contexto surgiu o Código de *Hamurabi*, que estabeleceu a Lei de Talião, conhecida pela máxima: "olho por olho, dente por dente", em que a vingança pessoal se limitava ao que foi atingido, adquirindo certa proporcionalidade.[72]

Posteriormente, a vingança atingiu proporções divinas nos Tribunais da Inquisição, em que se começou a utilizar da prisão-cautela, embora a prisão-pena ainda não se aplicasse nessa época. A prisão mantinha o delinquente (chamados de herege) disponível para aplicação de castigos. Todavia, esse período tem sua importância no nascimento do termo "penitenciária", designado para lugares onde os presos pagavam penitência isolados, conscientizando-se de seus pecados e pedindo perdão para, posteriormente, purgarem os pecados do corpo por meio de penas corporais. [73]

O termo 'penitenciária' é utilizado até hoje para se referir aos estabelecimentos penais destinados ao cumprimento de prisão-pena.

Contudo, foi no século XVIII que o Direito Penal começou a se utilizar da pena não como meio, mas como fim. Deve-se essa alteração, em suma, à queda do antigo regime e à ascensão da burguesia. [74]

Nesse contexto, nascem na Europa os primeiros projetos de penitenciárias, as *'House of Correction'*. Ainda muito precárias em termos de humanização, sofreram várias críticas e reformas com o intuito de melhorar as condições dos presos. [75]

Os modelos de prisão que surgiram durante o século XVIII e XIX, podem ser basicamente resumidos no modelo britânico (*House of Correction*), no modelo de

---

[72] NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 29 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 20.

[73] SILVA, Luiza Gomes da**. Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional**. 2012. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7> Acesso em: 13 maio 2018

[74] SANTIS, Bruno Morais di; ENGBRUCH, Werner. **Evolução história do sistema prisional. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena.** 2017. Disponível em <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WvjYOYgvzIV> Acesso em: 13 maio 2018.

[75] Ibid.

Amsterdã (*Rasphuis e Spinhis*), no modelo filadelfiano (*Walnut Street Jail*), no norte-americano (*Auburn*) e no sistema australiano (*Norfolk).*[76]

O modelo do *House of Correction* era extremamente rígido, com grandes dormitórios sem divisões, em espaços abertos. Na Holanda a *House of Correction* construiu alas femininas e masculinas de forma separada. [77]

O *Rasphuis*, por sua vez, era exclusivamente para homens. O trabalho era obrigatório e a cela era individual, onde o criminoso deveria arrepender-se por meio de leituras espirituais. Já a *Spinhis* era a penitenciária feminina. Aqui começa a separação dos presídios masculinos e femininos. Modelo voltado ao trabalho forçado como forma de ressocialização. [78]

O modelo filadelfiano possuía os mesmos pilares dos modelos belgas, porém, nesse modelo, começa-se a aplicar a pena de forma mais individualizada, entendendo que a administração do presídio também possuía responsabilidade sobre o processo de ressocialização, de forma que era preciso a análise individualizada dos detentos. Por essa razão pode ser chamado de sistema celular. [79]

O modelo de Auburn, era o sistema do silêncio absoluto. Os presos trabalhavam durante o dia, faziam as refeições em conjunto e se recolhiam durante a noite, mas deveriam manter o silêncio absoluto, mantendo contato exclusivamente com carcereiros. [80]

Por fim, o sistema de Norfolk, conhecido como sistema progressivo, é a base do que conhecemos hoje em termos de progressão de regime. O modelo previa uma

---

[76] SILVA, Luiza Gomes da**. Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional**. 2012. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7> Acesso em: 13 maio 2018

[77] Ibid.

[78] Op. cit. SILVA, 2012.

[79] SILVA, Luiza Gomes da**. Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional**. 2012. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7> Acesso em: 13 maio 2018.

[80] JESUS, Damásio de. **Manual de Direito Penal Volume I.** São Paulo. Atlas, 2004, P. 250.

progressão em três fases: 1) isolamento celular diurno e noturno; 2) Trabalho comum em silêncio; 3) livramento condicional. Esse sistema foi aperfeiçoado na Irlanda, onde se acrescentou uma quarta fase antes do livramento condicional em que o preso poderia realizar trabalhos extramuros. [81]

No Brasil, as Ordenações Filipinas não previam o encarceramento como pena, o que surgiu somente com a Constituição de 1824, onde o Brasil começou a reformar o sistema punitivo, não mais na condição de colônia, e sim, de forma a atender as necessidades da população que agora se tornava um país independente. Assim, com o Código do Império de 1830, a pena de prisão é introduzida no país. [82]

O primeiro presídio brasileiro foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro, seguida da de São Paulo. Relatórios de vistorias prisionais determinadas pelo Império mostram que desde aquela época as prisões eram precárias e já sofriam com o problema de superlotação e da convivência entre presos provisórios e condenados.[83]

Através desses relatórios, foram sugeridas alterações como: introdução de oficinas de trabalho, celas individuais, entre outros frutos dos sistemas da Filadélfia e do sistema de Auburn. Em 1890, o Código Penal começa a trazer os pressupostos do sistema Norfolk, com a possibilidade de transferência de presos a sistemas agrícolas diante do bom comportamento. [84]

Além disso, o Código de 1890 estabeleceu a pena máxima de 30 anos, bem como restringiu as penas às restritivas de liberdade, impedindo a aplicação de penas perpétuas ou desumanas.[85]

---

[81] Op. cit. SILVA, 2012.

[82] SANTIS, Bruno Morais di; ENGBRUCH, Werner. **Evolução história do sistema prisional. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena.** 2017. Disponível em <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WvjYOYgvzIV> Acesso em: 13 maio 2018.

[83] TAKEY, Daniel; VIEIRA, Marly. Surgimento e evolução do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em < http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1055> Acesso em: 13 maio 2018

[84] Ibid. p, 1.

[85] MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. Sistema penitenciário brasileiro – Origem, atualidade e exemplos funcionais. Disponível em <

Em 1940, o novo Código Penal estabeleceu as penas atuais de reclusão, detenção e multa. E, em 1984, editou-se a Lei de Execução Penal, que regulamenta a aplicação das penas. Assim, em termos de estabelecimentos prisionais, temos o centro de observação, a penitenciária, a colônia agrícola ou industrial, a casa do albergado, a cadeia pública, o hospital e casa de tratamento psiquiátrico e a penitenciária para mulheres. Dessa forma, descrevem Daniel Takey e Marly Vieira:

> "01 - Centro de Observação: que corresponde ao exame criminológico do condenado dentro do que melhor se enquadra ao indivíduo. 02 – A Penitenciaria: regime fechado, individualizado, e definida como estabelecimento de segurança máxima. Os requisitos para esse tipo de unidade têm que estar de acordo com os direitos humanos, uma área mínima de seis metros quadrados para cada preso, salubridade referente ao ambiente em que condicionalmente possam viver. A masculina deverá ser afastada de local urbano não restringindo a visitas. 03 - A Colônia Agrícola ou Industrial: regime semiaberto, pode ser alojado com demais detentos. Alguns estados não têm esse sistema. 04 – A Casa do Albergado: o regime é aberto de cumprimento de pena privativa de liberdade e pena de limitação de fim de semana, construídas em centros urbanos, a segurança neste local é do condenado que deve cumprir com seus afazeres durante o dia fora e a noite voltar ao local para dormi. 05 – A Cadeia Pública: é o recolhimento do preso provisório, podendo contar com salas para o trabalho social, psicólogos, pessoal administrativo e advogados. 06 – Hospital e Casa de Tratamento Psiquiátrico: destina-se aos inimputáveis, e para o condenado dependente de substâncias químicas entorpecentes, que causa dependência física e mental. São raros os hospitais psiquiátricos no Brasil para essa finalidade. 07 – Penitenciária para mulheres: regime fechado. Nas penitenciarias femininas deve haver creches para crianças acima de 06 anos e enquanto a mãe estiver presa, seção para gestantes, local onde elas possam dar início ao trabalho de parto."[86]

Observa-se que] muito se percorreu até que se atingisse o modelo penitenciário atual, em que temos a prisão como pena-fim, e, mais do que isso, a

https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/4789> Acesso em: 13 maio 2018. P. 3.

[86] TAKEY, Daniel; VIEIRA, Marly. Surgimento e evolução do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em < http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1055> Acesso em: 13 maio 2018. P. 2.

exigência de que até mesmo a restrição da liberdade seja executada de forma humana.

Todavia, apesar do grande salto que demos no sentido das definições do sistema prisional, como temos hoje na Lei de Execuções Penais, muitas dessas disposições não são observadas, de forma que o quadro atual está longe do que está disposto na Lei, evidenciando atrasos significativos em termos de Direito Penitenciário.

3.2 População e superlotação carcerária

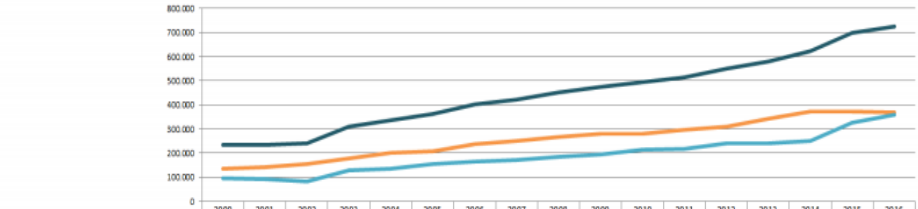
Como visto anteriormente, o problema da superlotação carcerária assola o sistema penitenciário brasileiro desde o seu surgimento. A exemplo disso, no ano de 1996, o Brasil dispunha de 60 mil vagas no sistema; porém, encontravam-se presas 130 mil pessoas, com um déficit de 70 mil vagas. Essa situação se agravou com o passar dos anos até os dias de hoje. [87]

A piora do quadro de superlotação está exposta nos dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, que demonstra o aumento do déficit de vagas com o passar dos anos:

Gráfico 1: Evolução da população prisional, vagas e déficit de vagas entre 2000 e 2016:[88]

87 HARTMANN, Jackson André Müller; Dullius, Aladio Anastacio. Análise do sistema prisional brasileiro. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 16 maio 2018. Apud. DINIZ, Eduardo Albuquerque Rodrigues. Realidade do sistema penitenciário brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1008>. Acesso em: 10 set. 2010.

88 INFOPEN 2016 – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 2018.



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Pessoas privadas de liberdade (com SSP e SPF)	232.755	233.859	239.345	308.304	336.358	361.402	401.236	422.373	451.429	473.626	496.251	514.582	549.786	581.507	622.202	698.618	726.712
Vagas	135.710	141.297	156.432	179.489	200.417	206.559	236.148	249.515	266.946	278.726	281.520	295.413	310.687	341.253	371.884	371.201	368.049
Déficit de vagas	97.045	92.562	82.913	128.815	135.941	154.843	165.088	172.858	184.483	194.900	214.731	219.169	239.099	240.254	250.318	327.417	358.663

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 88, dispõe sobre as condições do condenado à pena de reclusão, em regime fechado:

> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
>
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
>
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
>
> b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).[89]

Nesse sentido, a superlotação carcerária viola os direitos mais básicos dos apenados de cumprirem suas penas com um mínimo de dignidade. Essa violação se dá desde as condições psicológicas (imagine um indivíduo que é submetido a uma pena de mais de 10 ou até mesmo 30 anos de prisão, em uma cela com capacidade para 4 pessoas e onde residem até mesmo, em casos mais extremos, 40 presos) até as condições físicas, visto que a superlotação, atrelada à insalubridade dos presídios brasileiros, enseja ambiente propício para proliferação de doenças.

Ilustrando esse quadro, Drauzio Varella, renomado cancerologista brasileiro, que trabalhou durante 9 anos na antiga Casa de Detenção em São Paulo, conhecida como Carandiru, escreveu o livro "Estação Carandiru" após o massacre de 1992, em que relata os diversos tipos de doenças encontradas no presídio, que, muitas vezes, já

[89] BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 16 maio 18

haviam sido até mesmo erradicadas no Brasil. Drauzio relata que, além da dificuldade de tratamento pela ausência de material e de pessoal para atendimento, muitas doenças se proliferavam pela falta de salubridade e de condições de isolamento dos presos mais graves. Diante desse contexto, o presídio sofreu uma grande epidemia de tuberculose, doença que, à época (década de 90), fora da cadeia, ele não tratava desde os anos 70. [90]

Além da falta de investimento no sistema penitenciário, o principal fato gerador da superlotação não está na ausência de construção de presídios em si. Apesar da necessidade de construção de novos estabelecimentos prisionais, o que mais abarrota o sistema, hoje, é a aplicação exacerbada, e por vezes, equivocada das penas. A máxima de que "o Brasil prende muito e prende mal" já é conhecida há muito por aqueles que atuam nesse campo jurídico.

Diante do aumento dos índices de violência no Brasil, a sociedade clama por mais Direito Penal, e a resposta vem desde a criação de novos tipos penais e cominação das penas pelo legislador até a aplicação pelo Judiciário. Todavia, essa aplicação da pena de forma desmedida e irrestrita produz efeito contrário ao pretendido. Além de não diminuir a criminalidade, a pena de prisão sem um sistema penitenciário adequado, e que seja voltado para a ressocialização da pessoa presa, gera superlotação do sistema, o que tem consequências desastrosas. É o que se pode observar das rebeliões que vêm ocorrendo no Brasil. [91]

Na análise dos dados do INFOPEN – 2016, essa realidade se mostra clara quando se observa que hoje temos um déficit de 358.663 vagas, com uma taxa de ocupação de 197,4%, e que, de todos os 726.712 presos, 40% deles são presos provisórios, ou seja, presos que ainda não receberam suas condenações:[92]

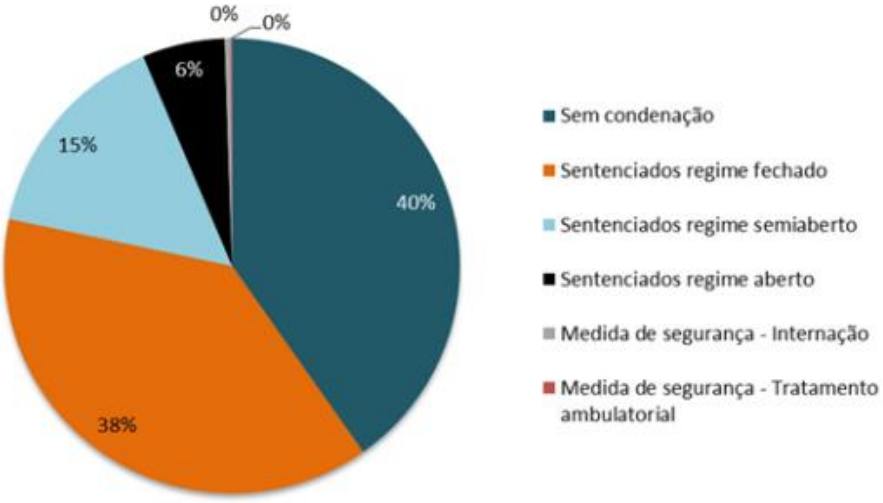
---

[90] VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru.** São Paulo, Editora Schwarc. 1999. P. 47

[91] JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996. P. 7.

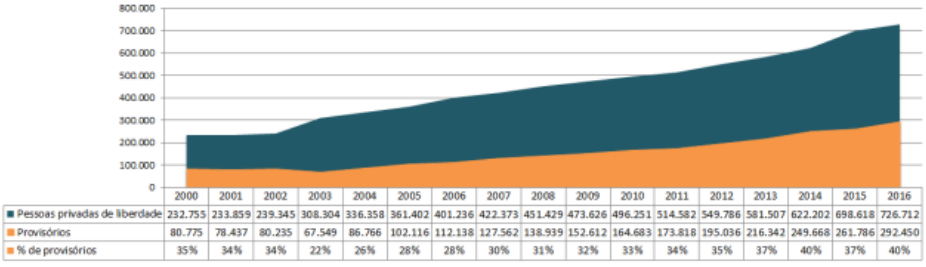
[92] **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016**. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18.

Gráfico 2: Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime: [93]



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Gráfico 3: Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016:



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Pessoas privadas de liberdade	232.755	233.859	239.345	308.304	336.358	361.402	401.236	422.373	451.429	473.626	496.251	514.582	549.786	581.507	622.202	698.618	726.712
Provisórios	80.775	78.437	80.235	67.549	86.766	102.116	112.138	127.562	138.939	152.612	164.683	173.818	195.036	216.342	249.668	261.786	292.450
% de provisórios	35%	34%	34%	22%	26%	28%	28%	30%	31%	32%	33%	34%	35%	37%	40%	37%	40%

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano.

Assim, a superlotação se mostra como reflexo desse encarceramento desmedido, onde as prisões provisórias enchem mais o sistema do que mesmo aqueles presos que cumprem pena no regime fechado. O "boom" no crescimento da população carcerária, em especial dos presos provisórios, revela que, mais do que

[93] Nos casos dos presos que simultaneamente estavam na situação de condenados e aguardando julgamento por processo diverso, esses não foram computados como presos provisórios e sim como condenados.

construir presídios, é preciso repensar a forma como se faz política criminal no país, principalmente quando boa parte dessas prisões é decidida em sentenças que se utilizam de argumentos cada vez mais vagos, baseadas na lacuna deixada pela lei, ao possibilitar, por exemplo, a prisão preventiva para a manutenção da ordem pública.

Por se tratar de critério demasiadamente amplo, o Judiciário tem se utilizado desse argumento para determinar prisões que poderiam ser afastadas com a aplicação de outra, ou outras, cumulativamente, medidas cautelares alternativas à prisão, evitando esse encarceramento desarrazoado de presos provisórios, que ultrapassa até mesmo o número dos efetivamente condenados.

Além disso, esse quadro demonstra, também, a mora do Judiciário em julgar processos, de modo que não é raro se encontrar notícias de presos provisórios que estão presos preventivamente há mais tempo do que deveriam estar se fossem efetivamente condenados, o que contribui para o aumento de presos no sistema e o consequente aumento das taxas de superlotação.

Ademais, apesar do impacto positivo que a revisão de boa parte dessas prisões provisórias causaria no sistema, isso, por si só, não seria capaz de resolver o problema da superlotação no país. Assim, é preciso repensar os tipos penais que mais encarceram, de forma a refletir sobre a política adotada pelo legislador, encontrando meios de sanar pontos problemáticos dessas políticas, evitando o inchaço prisional.

O levantamento nacional aponta, ainda, que a maioria da população carcerária tem entre 18 e 24 anos, é negra, do sexo masculino e não completou o ensino fundamental, tendo a maioria sido condenada a mais de 4 até 8 anos, sendo que o tipo penal que mais leva pessoas à prisão é o tráfico de drogas. Esse é hoje o perfil da maioria dos presos do sistema. [94]

[94] **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016**. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-

3.3 A execução penal nos crimes de tráfico de drogas

De todas as condutas criminosas previstas na Lei de Drogas, são três, segundo levantamentos do INFOPEN, as que levam ao cumprimento de pena privativa de liberdade: tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico internacional de drogas, sendo o primeiro o que tem porcentagem mais significativa em relação aos demais. [95]

Com relação ao tráfico, previsto no artigo 33 da lei, é preciso lembrar que o legislador trouxe, no §4º, a figura do tráfico privilegiado. Assim, em termos gerais, caso o acusado de tráfico seja primário e não tenha envolvimento com organização criminosa, em regra, com a aplicação da diminuição de pena prevista, fará jus à suspensão condicional do processo, de forma que dificilmente chegará a cumprir pena privativa de liberdade, e, caso cumpra, provavelmente o fará em regime diverso do fechado.

A Lei de Execuções Penais previa, no que diz respeito à progressão de regime dos apenados condenados por tráfico de drogas, por se tratar de crime equiparado a hediondo, que a progressão não se daria em 1/6, mas em 2/5, em caso do réu primário, e em 3/5, em caso de reincidente.

Entretanto, a Lei 13.964 de 2019, conhecida como "Lei Anticrime", alterou os parâmetros de progressão de regime.

Segundo a nova redação do artigo 112 da Lei de Execuções penais, o condenado por tráfico de drogas, desde que primário, progredirá depois de cumpridos 40% da pena e 60% se for reincidente em crime hediondo, podendo, aqui, tratar-se de duas condenações por tráfico ou, ainda, por tráfico e outro crime hediondo ou equiparado.

---

de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18. P. 30-33 e 40-44.

[95] Ibid. Infopen – 2016. P. 41

Já para os casos em que o condenado seja reincidente, mas essa reincidência não seja específica em crime hediondo, o legislador deixa uma lacuna sobre qual seria a porcentagem de cumprimento para fins de progressão de regime.

Por se tratar de inovação legislativa recentíssima, ainda não existem posicionamentos jurisprudenciais nesse sentido.

Já com relação aos condenados por associação ao tráfico, é pacífico na jurisprudência que o crime de associação não é crime hediondo, pois não está previsto no rol da Lei dos Crimes Hediondos; assim, a progressão de regime, nesse caso, ocorrerá em 16% para os primários e 20% para os reincidentes (em caso de duas condenações pelo crime de associação).

No que se refere ao livramento condicional, esse se dará após o cumprimento de 2/3 da pena, e nesse caso tanto para o crime de tráfico como para o crime de associação, visto que apesar de o segundo não ser crime hediondo, o comando do art. 44 da Lei 11.343/2006 determina que o livramento só poderá ocorrer após o cumprimento de 2/3 no caso dos artigos 33, caput e §1º e 34 ao 37, sendo que a associação consta nesse rol.

Aqui, é importante mencionar que a Lei 13.964 de 2019 alterou o art. 2º da Lei de Organizações Criminosas, Lei 12.850 de 2013, vedando o livramento condicional e outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo do condenado com a organização.

Assim, se a condenação por tráfico, ou outro delito previsto pela Lei de Drogas se der em contexto de organização criminosa, o livramento condicional e outros benefícios prisionais poderão ser vedados com base nesse dispositivo.

Ademais, caso o condenado seja reincidente específico não poderá ser beneficiado pelo livramento condicional, de acordo com a parte final do artigo 44 da Lei 11.343/2006.

Importa destacar que, segundo estudo realizado pelo IPEA sobre a reincidência criminal no Brasil, o fator que mais influencia a reincidência no país é o tráfico.[96]

Por fim, no curso da execução da pena, os apenados não poderão ser beneficiados com graça, indulto e anistia. Além disso, os presos provisórios (desses crimes) não poderão ser liberados mediante pagamento de fiança.

3.4 Cárcere e marginalização social

Tendo em mente a atual condição dos cárceres brasileiros e analisando conjuntamente os processos que levam os indivíduos ao cárcere, percebe-se que os presídios e a marginalização social andam lado a lado.

Nesse passo, é possível se avaliar essa marginalização de duas maneiras: a marginalização que leva ao cárcere e a marginalização gerada por ele.

Na perspectiva da marginalização que leva ao cárcere, tem-se, pela análise do perfil penitenciário, que a população que preenche as cadeias brasileiras, em sua grande maioria, é a população pobre e negra, ou seja, a população marginalizada socialmente. [97]

Nesse sentido, Nilo Batista afirma que a prisão acaba por criminalizar a pobreza. Ele assevera que a criminalização da pobreza se inicia desde os estereótipos utilizados pelos agentes policiais na abordagem dos garotos pobres e negros, que não ocorre na mesma proporção de um indivíduo rico e branco. [98]

---

[96] **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de pesquisa.** IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 16 maio 18.

[97] **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016**. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18. P. 32.

[98] BATISTA, Nilo. **Entrevista publicada na Revista Poli n. 29**. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=67> Acesso em: 17 maio 2018.

Todavia, tão grave quanto o encarceramento da população marginalizada é o aumento dessa marginalização por meio do cárcere. O cárcere, hoje, no Brasil, é uma fábrica de marginalização. Na medida em que a pena não cumpre sua função ressocializadora, e que a sociedade não está preparada para receber aqueles que saem do sistema prisional, muitas vezes conscientes de que, dificilmente, com as condições que temos hoje, o indivíduo estará de fato pronto para ser reintegrado socialmente, temos um aumento dessa marginalização.

Segundo Nucci:

> "Pena é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a **prevenção a novos delitos**, **objetivando reeducar o delinquente**, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo direito penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado."[99] (grifos nossos)

Assim, a pena, para que seja eficaz, precisa prevenir novos delitos e reeducar o delinquente.

Ocorre que, até mesmo as medidas que visam reeducar o apenado, como educação e trabalho (intra e extramuros), as quais inclusive, são tidas na Lei de Execuções Penais como direitos do preso, não são realizadas de forma efetiva.

A educação e o trabalho são direitos garantidos aos presos com o intuito de fornecer instrução e formação profissional à população prisional e prepará-los para se reintegrar a sociedade.[100] Assim, como forma de incentivar os presos ao estudo e ao trabalho, essenciais para sua reintegração na sociedade, o legislador previu a remição da pena, de maneira que a cada 3 dias trabalhados, desconta-se um da pena total do preso, e para cada 12 horas de frequência escolar (divididas em no mínimo 3 dias) também será remido um dia de pena.

---

[99] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. Ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 401

[100] **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016**. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18. P. 53

Todavia, somente 12% da população carcerária estão envolvidos com algum tipo de atividade escolar e 15% com atividades laborais, ou seja, nem metade dos presos está de fato envolvida com algum tipo de atividade que prepare para a vida em sociedade ao final da pena. [101]

Essa realidade não se dá pelo simples desinteresse dos presos nessas atividades; ao contrário, as vagas disponíveis no sistema não são suficientes para suprir a demanda dos presos.

Uma reportagem do Governo de Brasília mostra que, só no Distrito Federal, no ano de 2016, cerca de 900 presos aguardavam uma oportunidade de trabalho. [102] Mais uma demonstração da supressão dos direitos dos presos, que, apesar de serem garantidos pela Lei de Execução Penal, não são aplicados na execução das penas.

Muito dessa ausência de vagas para trabalho se dá por culpa da própria sociedade, que não está preparada para receber um interno, tampouco os egressos do sistema. A sociedade se mostra cautelosa com relação ao recebimento dessas pessoas, mesmo com todos os incentivos governamentais ao empresário que empregue um presidiário.

Essa realidade demonstra o próprio descrédito da sociedade na eficácia do sistema penitenciário em reeducar seus internos, e de certa forma com razão.

O ambiente de violação de direitos humanos básicos dos presos que se vislumbra dentro das cadeias brasileiras gera nos apenados um sentimento de revolta que se transforma em mais violência e que, consequentemente, cria um ambiente hostil para se falar em qualquer tipo de ressocialização.

---

[101] **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016**. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 18. P 53; P. 56.

[102] MARTIMON, Amanda. Agência de Brasília. **Funap e empresas: parceria para inserir presos no mercado de trabalho.** Governo de Brasília. 2016. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2016/03/27/funap-e-empresas-parceria-para-inserir-presos-no-mercado-de-trabalho/> Acesso em: 18 maio 2018

Não existem investimentos por parte do governo no setor, por se mostrar medida antipopular, diante da falsa percepção da sociedade de que fornecer "regalias" a presos irá piorar a segurança pública. Diante da sensação de impunidade da sociedade, e do clamor por mais rigidez nas punições, as penitenciárias tornaram-se setores esquecidos das políticas públicas. Assim, o condenado quando sai da cadeia, o faz ter sido reeducado, o que gera um ciclo vicioso de "entra em sai" da cadeia por diversas condenações diferentes.

Além do mais, ainda que, por algum motivo, o condenado, ao sair, deseje se inserir no mercado de trabalho, muitas vezes encontra barreira no preconceito dos processos seletivos, que, em sua grande maioria, solicitam certidão negativa criminal, afastando aqueles que tenham tido passagens pelo sistema penal das vagas de emprego.

Nesse sentido, ainda que o condenado entre em um dos raros presídios brasileiros que conseguem oferecer uma boa estrutura de ressocialização para o preso, ele esbarraria na dificuldade de aceitação por parte da sociedade aqui fora, razão pela qual uma pessoa que tem passagem pelo sistema terá extrema dificuldade de se reintegrar à sociedade ao sair, o que por vezes o levará a transgredir novamente. Assim, fala um agente penitenciário ouvido pelo IPEA na pesquisa sobre reincidência criminal no Brasil:

> "A gente tem parceiros de capacitação, de emprego, mas eu vou ressocializar o indivíduo para uma sociedade falida, que não tem como aceitar, que não oferece apoio diferenciado (...). Fica parecendo que vale a pena estar preso, porque aqui ele tem oportunidade de trabalho que ele não tem lá fora, não tem uma continuação do trabalho que tem aqui dentro. Muitas vezes o reeducando só passa a ser cidadão quando ele entra no sistema carcerário, quando ele tem acesso pela primeira vez a diversos direitos. Porque a sociedade vê a prisão como depósito de lixo, lugar onde você descarta coisas indesejadas. Tudo é culpa do sistema prisional, mas para a ressocialização precisaria de um esforço coletivo de toda a sociedade. Mas ela

> não vê que essas pessoas vão voltar um dia (Agente penitenciário – gerente de laborterapia)"[103]

Fica claro, através da fala do agente, que a sociedade ainda se posiciona com relação aos presos e egressos do sistema como se fossem "o Brasil que não deu certo", a escória da população brasileira, e não oportuniza a possibilidade de mudança. Assim, o sistema, ainda que eficaz, como em raríssimos casos (as APAC's, por exemplo), não conseguirá reintegrar os presos se a sociedade não assumir a sua parcela de culpa e se conscientizar para a necessidade de mudanças, não só dos presos, mas da comunidade que o cerca no momento do cumprimento da pena e saída do presídio.

Portanto, o Estado não só encarcerou a população marginalizada como, também, ao privá-la de seus direitos, marginalizou o cárcere, não apresentando condições de reinserção à sociedade.

Esse ciclo demonstra que a pena não está atingindo sua finalidade de prevenir delitos, uma vez que, ao receber o rótulo de ex-presidiário, muitas vezes só restará ao sujeito trilhar o caminho de novos delitos penais, transformando a cadeia na verdadeira escola do crime.

Dessa maneira, o presídio, que deveria preparar o indivíduo para viver em sociedade, na verdade o prepara para viver na prisão.

Assim, tendo em vista que, ao longo dos séculos, percebeu-se que a prisão é de fato necessária em alguns casos, o que é preciso, hoje, diferentemente das ideias abolicionistas, é reformar o nosso sistema penal e penitenciário, investir em políticas públicas para melhora desse sistema e das condições de vida fora dele e, principalmente, repensar a necessidade de encarceramento em massa de pessoas marginalizadas, refletindo sobre como melhorar as condições prisionais, como conscientizar a população e, por fim, destinar à prisão somente aquelas infrações penais realmente necessárias.

---

[103] **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de pesquisa.** IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 16 maio 18. P. 88

4 SISTEMA PENITENCIÁRIO E POLÍTICA CRIMINAL DE ENTORPECENTES

O sistema penitenciário brasileiro passa hoje por uma grave crise, não só no que diz respeito à superlotação, como pela falta de condições mínimas de dignidade aos presos. A gênese desse problema abarca todo o sistema de Justiça, desde a elaboração de leis e políticas públicas até a sua efetiva execução.

Nessa perspectiva, é preciso que se analisem os vetores que hoje agravam ainda mais o sistema, e a política de drogas é apontada, atualmente, como uma das principais responsáveis por essa crise.

4.1 Seletividade penal, drogas e superencarceramento

Quando se fala em Direito Penal, se fala em proteção de bens essenciais da sociedade, que não conseguem ser tutelados por outros ramos do Direito. Nisso consiste o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*.

Sobre esse princípio, ensina Nucci:

> "Significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes."[104]

Nesse sentido, o Direito Penal, para atingir sua função, que é a proteção dos bens mais importantes, exerce uma seletividade em relação aos bens que serão protegidos.

Uma vez que determinada conduta é tipificada como criminosa, um outro princípio de extrema importância entra em cena, o princípio da igualdade. Segundo esse princípio, o Direito Penal se aplicaria de maneira igual a todos. Todo aquele que

[104] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro. Editora forense, 2014. P. 65.

transgredir suas disposições será submetido a uma sanção, recebendo o mesmo tratamento penal.

Assim assevera Moraes:

> "O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de **aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de** sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, **classe social**." (grifos nossos)[105]

Contudo, a seletividade penal se apresenta também no contexto de seleção de pessoas sobre as quais incidirão os reflexos das normas penais, indo na contramão do que aduz o princípio da igualdade e revelando uma verdadeira desigualdade na forma como as regras de Direito Penal são aplicadas na sociedade.

Por meio de estudos criminológicos, os adeptos da criminologia crítica distinguem o processo de criminalização em primário e secundário. O primeiro estaria ligado ao momento em que as leis são feitas, a escolha do legislador de quais serão os bens protegidos. Já a criminalização secundária seria feita pela polícia no momento em que seleciona indivíduos para serem submetidos à abordagem e inquéritos policiais, com base em estereótipos que, em seguida, serão novamente utilizados pelo Ministério Público e pelo Juiz para submeter esse individuo a um processo penal e, posteriormente, no momento da sentença. [106]

Nesse sentido, Marcos Alan Gomes expõe a forma como os policiais escolhem quem será investigado ou abordado, por meio do que eles conceituam como "atitude suspeita", termo recorrente nas audiências das Varas de

[105] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.67

[106] MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pd>. Pag. 3. Acesso em 17 set. 2017.

Entorpecentes, que, na sua grande maioria possuem como testemunhas exclusivas os policiais que realizaram a abordagem:

> "A iniciativa criminalizadora parte em regra do que, no jargão policial, se convencionou designar "atitude suspeita", um termo indefinido, cujo sentido é arbitrariamente estabelecido pela polícia, ao sabor das conveniências e interesses de momento. Quem preenche o estereótipo, simplesmente, por estar em determinado local, a determinada hora, trajando-se de determinada forma, tudo a indicar que integra determinado estrato social, é determinado como suspeito. Esse é o contexto que comumente leva o policial a submeter o escolhido a revista pessoal."[107]

Zaffaroni e Pierangeli defendem que o Direito Penal criminaliza seletivamente os marginalizados e, com menos habitualidade, pessoas do próprio sistema hegemônico, a fim de que eles não prejudiquem a harmonia do grupo. Esses últimos seriam punidos em raríssimas oportunidades e somente como uma forma de tranquilizar o próprio grupo hegemônico. Essas funções trazidas pelos autores são chamadas de funções não declaradas do Direito Penal. [108]

Assim, o Direito Penal pune de forma seletiva e desigual, desde o momento em que determinadas condutas são classificadas como crime e outras não, até o momento da aplicação da norma, em que os indivíduos são escolhidos seletivamente para se submeterem às normas penais.

Sobre a seletividade penal, Nara Borgo aponta:

> "Desta forma, a seletividade do sistema penal acaba por criar as denominadas cifras ocultas e as cifras douradas da criminalidade, fazendo, no primeiro caso, com que muitos crimes e/ou muitos autores de crimes não sejam investigados e/ou processados, ou, quando se trata da cifra dourada, com que algumas classes sociais sejam praticamente excluídas do processo de criminalização, que recairá sobre as camadas sociais mais frágeis".[109]

---

[107] CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais.** Belo Horizonte: D´Plácido, 2016. p. 23.

[108] ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 5ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 76.

[109] MACHADO, Nara Borgo Cypriano apud BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: do mito da igualdade á realidade do aparthaide social. In Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)

No caso da lei de drogas, essa seletividade se mostra ainda mais evidente, em especial em relação à criminalização secundária, que diz respeito aos indivíduos que são submetidos ao Judiciário e posteriormente encaminhados ao sistema penitenciário em razão do cometimento desses crimes.

A seleção se inicia na tarefa de dividir agentes entre usuários e traficantes.

Há anos a sociedade vem sofrendo com a falta de critérios objetivos para que se realize essa diferenciação, o que acaba por abrir espaço para interpretações subjetivas que, na imensa maioria das vezes, são feitas com base nas características do indivíduo, e não do fato ocorrido.

Assim, a própria Lei abre margem para que as características da pessoa se sobreponham ao fato quando determina, no art. 28 §2º da Lei de Drogas, que a diferenciação será feita com base nas circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente:

> § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.[110]

De fato, o artigo menciona, ainda, que deverão ser levados em consideração o local e as condições em que se desenvolveu a ação; porém, ao adicionar qualidades que dizem respeito ao agente, a lei permite que decisões sejam embasadas em critérios que não dizem respeito ao fato em apuração, e sim às condições do indivíduo.

Augusto Thompson pontua:

Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 78-79, 2v.

[110] BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

> "Há uma inversão na operação: faz-se o exame da pessoa do réu, a ver se corresponde ao estereótipo do delinquente, para depois verificar-se se os autos fornecem elementos razoáveis para amparar a decisão sugerida pela convicção previamente atingida. Para tal convicção, a fonte de certeza reside em algo extrínseco à prova do fato, pois repousa sobre a prova relativa à personalidade do acusado."[111]

Ademais, até mesmo critérios como "local" são utilizados de maneira a abarcar pessoas que vivem à margem da sociedade, visto que, em regra, quando se trata de ocorrências procedentes de bairros nobres, existe a tendência de se rotular a conduta como uso, ao contrário do que ocorre em bairros de menor potencial aquisitivo, como as favelas, em que, na grande maioria das vezes, tem-se o indiciamento por crime de tráfico.

Nesse sentido, é necessário que as agências executivas de controle se atentem para a possibilidade de discriminação indireta que este dispositivo traz, uma vez que os critérios de distinção entre o usuário e o traficante passam por circunstâncias sociais e pessoais do agente. Nesse caso, estamos diante da chamada Teoria do Impacto Desproporcional.

Esta teoria revela exatamente essa distorção do princípio da igualdade por meio de uma discriminação indireta. Sobre essa teoria ensina Joaquim Barbosa:

> "Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas" [112]

O Supremo Tribunal Federal aplicou a referida teoria na ADPF 291, em que foi chamado a se manifestar sobre o crime militar de pederastia (art. 235 do Código Penal Militar).

---

[111] THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91.

[112] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 24

No caso supracitado, o STF entendeu que o tipo penal, ao citar expressões como "relações homossexuais", acabava por criar uma situação de discriminação indireta dos militares gays. Apesar de, aparentemente, ser um comando neutro, já que se referia a práticas homossexuais ou não, na realidade aquela categoria de militares era prejudicada por uma discriminação velada, sendo um típico caso da Teoria do Impacto Desproporcional. [113]

Assim, também na Lei de Drogas, os comandos, apesar de aparentemente neutros, abrem espaço para uma discriminação indireta, na medida em que permitem a presunção de que as pessoas de baixa renda são as atreladas ao tráfico, enquanto, em outra via, as que possuem melhores condições seriam meros usuários.

A título de ilustração, Zaconne demonstra como a classe social e o local da ocorrência influenciam na distinção de usuário e traficante:

> (...) um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha (...), o que equivaleria a 280 "baseados" (...) o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de antecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente.[114]

Dessa maneira, ao prever critérios como condições sociais e pessoais, e até mesmo o local da infração, a própria lei cria uma situação de desigualdade, em que presume que pessoas em condições vulneráveis são, necessariamente, traficantes, enquanto aqueles que possuem condições mais elevadas são meros usuários. Assim, o Estado, amparado pela lei, não tem dúvidas de que são as populações mais pobres as responsáveis pelo cometimento desses crimes. [115]

---

[113] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 291/DF. Brasília, 28 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627> Acesso em 02 set. 2018.

[114] ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** Rio de Janeiro: Revan: 2007. P. 19-20.

[115] MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Disponível em:

Essa rotulação da pessoa do traficante pode ser relacionada com o *labelling approach,* ou Teoria do Etiquetamento. Sobre essa teoria, Alessandro Baratta alertava que a criminologia busca estudar a criminalidade como uma realidade social, e que, na verdade, o sistema penal selecionava certos indivíduos para que se atribuíssem a eles um *status* de criminoso, porque a sociedade assim entende que ele deve ser rotulado.[116]

Segundo Shecaira:

> "É, portanto, a partir do *labelling* que a pergunta feita pelos criminólogos passa a mudar. Não mais se indaga o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?"

Assim, nos crimes de droga, o Estado não se debruça sobre as razões pelas quais os indivíduos cometem os delitos, mas na verdade, se ocupa em rotular determinada camada social da população como traficantes, ocasionando uma espécie de controle social por meio dos crimes de droga, encarcerando aqueles que, nos termos da legislação, têm condições sociais e pessoais desfavoráveis.

Esse encarceramento em massa da população miserável tem ocasionado um Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios brasileiros, que foi inclusive reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 MC/DF, em 2015.

Corroborando esse quadro, o Brasil foi, por diversas vezes, condenado, e várias medidas cautelares foram tomadas por órgãos internacionais em razão das condições de seu sistema presidial. Podem ser citados, a título de exemplo, o Caso do Complexo de Pedrinhas, o Caso da Penitenciária de Urso Branco, o Caso do

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pd>. Pag. 3. Acesso em 17 set. 2017.

[116] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. P.1

Presídio Central de Porto Alegre, o Caso das Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, entre outros. [117]

Dentre as diversas violações dos direitos humanos que podem ser encontradas dentro do sistema penitenciário o maior problema está ligado à superlotação dos presídios, que inviabiliza a gestão por parte do Estado.

A falta de gerência por parte do Estado cria uma situação favorável para o surgimento de facções e abre espaço para manifestações e rebeliões. A esse respeito, no início do ano de 2017, ocorreu, no Brasil, uma série de rebeliões por todo o país, em especial na região Norte, em que, dentre outros fatores, pode-se notar que a superlotação é sempre uma das pautas dos pelos detentos, consistindo em gatilho para que se "estoure" uma rebelião. [118]

Nesse sentido, observa-se que um dos presídios em que as rebeliões apresentaram maior complicação, durante a crise de 2017, foi o de Manaus, no Amazonas. O Amazonas tem, segundo o INFOPEN de 2016, a maior taxa de ocupação do Brasil com 483,9% de sua capacidade. [119]

Constata-se, portanto, que essa cultura do encarceramento em massa tem gerado uma superlotação do sistema penitenciário, que está em total colapso.

Ao analisarmos a gênese do problema do superencarceramento, é de fácil constatação que a política de Guerra às Drogas está extremamente ligada ao quadro que temos hoje. Isso porque, se analisarmos os dados do INFOPEN, o tipo penal de maior incidência no sistema penitenciário é o do Tráfico de Drogas, responsável por

[117] MOURA, Raquel Giovanini de. **Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 28 mar. 2018. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590500&seo=1>. Acesso em: 02 set. 2018.

[118] AGÊNCIA BRASIL, TV BRASIL E RÁDIOS EBC. **Entenda a crise no sistema prisional brasileiro.** Publicado em 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro> Acesso em: 02 Set. 2018

[119] **INFOPEN 2016** – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 2018.

28% do encarceramento de pessoas no país e, em se tratando das mulheres, alcançando a cifra de 62%. [120]

Ademais, o percentual aumentou de maneira exponencial com o passar dos anos. Em 2007, o tráfico representava 15% da população carcerária. Em 2011, passou para 24%, uma mudança substancial, alcançando os 28% em 2016.[121]

Diante desse quadro, o INFOPEN-Mulheres 2018 demonstra preocupação com a seletividade penal realizada nesses crimes, em especial, porque, no caso da população carcerária feminina, a situação é ainda mais grave, visto que mais da metade das mulheres estão presas por tráfico de drogas:

> "A seletividade penal pode ser compreendida a partir da baixa participação de outros tipos penais na distribuição total de incidências, o que indica que o aparato punitivo do Estado encontra-se voltado para a repressão a determinados tipos de crimes (a saber: crimes patrimoniais e crimes ligados ao tráfico de drogas) e ao encarceramento de determinados grupos sociais, como foi demonstrado ao longo de toda a seção dedicada ao perfil da população prisional neste relatório, em detrimento de outros tipos penais e grupos sociais envolvidos em delitos."[122]

O levantamento demonstra que o maior responsável pelo inchaço do sistema carcerário é o hiperencarceramento dos crimes de drogas. A Lei 11.343/2006 trata com extremo rigor os "traficantes" e impede que eles sejam beneficiados por uma série de medidas que poderiam levar ao alívio do sistema.

Nesse sentido, a pesquisa mostra que, desde o ano de 2006, ano em que a lei entrou em vigor, até 2016, houve um aumento da taxa de aprisionamento de aproximadamente 150%.

---

[120] Ibid. INFOPEN, 2016.
[121] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 201.
[122] **INFOPEN-Mulheres 2018** – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf > Acesso em 02 set. 2018.

A Lei de drogas contribuiu abruptamente para o contexto de caos que se instalou no sistema penitenciário brasileiro. Salo de Carvalho sustenta que o punitivismo nacional tem como referência o tráfico de drogas. [123]

O superencarceramento impede que se trabalhem políticas voltadas ao melhoramento da situação carcerária. A esse respeito, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) pontuou:

> "O superencarceramento é fator que impede a realização de trabalhos efetivamente ressocializadores no ambiente prisional; desvia recursos importantes que poderiam ser direcionados para atividades e iniciativas de reinserção no mercado de trabalho, e desgasta os trabalhadores da administração prisional"[124]

Assim, o discurso propagado pela atual legislação gera exclusão social e inclusão prisional, contribuindo para o aumento exponencial da população carcerária.

Ao se analisar as duas principais condutas da Lei, existe uma enorme discrepância entre elas: uma de menor potencial ofensivo, e outra que constitui crime equiparado a hediondo, sendo que a distinção entre elas é feita sem qualquer critério objetivo.

A Lei de Drogas tinha como proposta, de acordo com o artigo 1º, prevenir o uso indevido, direcionar o usuário para o sistema de saúde por meio de uma política de redução de danos, reinserindo socialmente esse indivíduo, bem como atuar na repressão do tráfico.

Ocorre que, por meio da política aplicada não foi possível atingir os objetivos da Lei, de forma que não houve redução, mas sim um aumento do encarceramento, o que demonstra que a política de redução de danos não está sendo alcançada, e que o

[123] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 201.

[124] IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf> Acesso em: 02 set. 2018. P. 16.

usuário não está sendo de fato deslocado para o sistema de saúde, tampouco houve diminuição no consumo de drogas.

Maria Lucia Karam afirma:

> "Ao contrário, nesses anos todos, as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais diversificadas e muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas e de seus produtores, consumidores serem combatidos como "inimigos" nessa nociva e sanguinária guerra". [125]

Assim, essa política não atinge os objetivos pretendidos e sobrecarrega um já atolado sistema penitenciário com pessoas que não precisariam estar lá e poderiam ser alvo de uma política diferenciada e mais eficaz.

Fato é que a legislação atual, aliada com a política aplicada pelas agências de controle, nasceu destinada a fracassar, pois não foi capaz de estabelecer uma política que enxergasse com olhar clínico o usuário.

Na realidade, o tráfico é uma empresa que trabalha com a lei da oferta e da procura. Enquanto houver procura, haverá oferta. O Estado falhou no momento em que não foi capaz de perceber que a chave para esse impasse, que se arrasta há anos no nosso país, é olhar a figura do usuário não com um olhar penal e sim considerando a questão de fato como uma questão de saúde pública. Somente tratando o consumidor será possível enfraquecer o mercado na situação que se criou.

Sergio Seibel destaca:

> "Desde que a atual Lei sobre Drogas (11.343/2006) entrou em vigor, o número de presos por crimes relacionados às drogas no Brasil dobrou. A falta de clareza na lei está levando à prisão milhares de pessoas que não são traficantes, mas sim usuárias. A maioria desses presos nunca cometeu outros delitos, não sendo criminosos a priori, não tendo relação com o crime assim chamado "organizado" e portavam pequenas

[125] KARAM, Maria Lucia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185.> Acesso em: 02 set. 2018

> quantidades de droga no ato da detenção para seu próprio consumo.„[126]

Assim, diversas pesquisas vêm demonstrando que o perfil dos presos que enchem as penitenciárias brasileiras é exatamente o dos alvos de uma política seletiva que direciona suas ações para pessoas que possuíam pouca quantidade de droga somente por estarem em condições vulneráveis, contribuindo com o superencarceramento e com o aumento do poder das facções aliadas ao tráfico.

Uma pesquisa de 2011 do Núcleo de Estudos de Violência da USP mostra que, em 62% dos casos em que pessoas eram presas em São Paulo por tráfico de drogas, estas portavam menos de 100g de drogas, sendo que 80,6% dos detidos eram réus primários. Essa mesma pesquisa apontou que 74% dos casos tinha apenas o policial como testemunha. Constatou, ainda, que a prisão provisória, que deveria ser a exceção, era decretada em 89% dos casos de traficância, contribuindo para o superencarceramento antes mesmo da condenação. [127]

Outra pesquisa, realizada por Marcelo Campos no ano de 2015, em duas regiões da cidade de São Paulo, concluiu que 75% das pessoas eram incriminadas com até 25g. [128]

Em outra pesquisa realizada pela Universidade de Brasília conjuntamente com a Universidade Federal do Rio de Janeiro, sobre a atuação do Poder Judiciário de ambos os Estados nos processos de crimes de drogas, concluiu-se que: a) eram condenados mais pobres do que ricos, sendo que as penas dos primeiros eram maiores; b) negros eram mais condenados a crimes de tráfico de drogas do que

[126] SEIBEL, Sérgio. **A lei 11.343/2006 e o impacto na saúde pública.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4744-A-Lei-113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-nasaude-publica> Acesso em: 02 set. 2018.

[127] NEV/USP – Prisão Provisória e Lei de Drogas. Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf> Acesso em: 02 set. 2018.

[128] CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015. p.159.

brancos; c) existia uma discriminação social patente no sistema de Justiça desses Estados. [129]

A pesquisa aponta que:

> "Sob esse aspecto, o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas. O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes."[130]

Percebe-se por tudo isso, que o sistema penal é seletivo, e no que se refere à legislação de entorpecentes, essa seletividade é ainda mais acentuada, e está presente não só na aplicação da legislação e nas formas de controle das agências executivas, como também na própria letra da Lei.

Ademais, essa postura seletiva dos processos de criminalização tanto primário como secundário é responsável por gerar um superencarceramento que assola o sistema prisional e acaba por criar uma situação de extrema dificuldade para se manter investimentos e garantias individuais dos presos, com constantes violações de seus direitos.

As penitenciárias estão cheias, enquanto a produção e distribuição da droga não é afetada, aumentando cada dia diante da pouca importância e *status* que as pessoas que estão sendo aprisionadas possuem dentro da estrutura do tráfico.

Por conseguinte, faz-se necessário repensar o modelo proposto, de maneira a ponderar alternativas para conter os efeitos devastadores dessa política e optar por

[129] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em: <http://www.mj.gov.br> Acesso em 02 set. 2018.

[130] Ibid. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. P. 23

uma nova abordagem que seja capaz de lidar com o problema e garantir a integridade dos direitos humanos de classes mais desfavorecidas sem que se negligencie o problema do consumo de entorpecentes.

4.2 Medidas alternativas à atual política

O tráfico de drogas não é um sistema estático; assim, também não pode sê-lo a legislação e as estratégias para combatê-lo.

Uma vez reconhecida a falha da atual política, e identificados os avanços e transformações que aconteceram no esquema de tráfico de drogas, a legislação precisa evoluir em paralelo, propondo novas soluções que sejam viáveis para, de fato, tentar reduzir os impactos causados no sistema penitenciário e, em consequência, garantir dignidade àqueles que são submetidos ao poder punitivo estatal, de maneira que o Estado seja capaz de oferecer uma resposta mais eficaz à sociedade quando um indivíduo for colocado sob sua cautela.

Nessa esteira, visando melhorias na legislação capazes de evitar o encarceramento exacerbado e desnecessário de pessoas que podem ser melhor tratadas, seja por reprimendas mais razoáveis, ou, no caso dos usuários, pelo sistema de saúde, devem ser adotadas medidas legislativas que se mostrem efetivas no âmbito da Lei de Drogas, para que se possa acabar com um dos principais vetores da crise do sistema prisional, que é o superencarceramento.

Algumas medidas capazes de minimizar os reflexos negativos dessa política seriam a descriminalização da conduta do usuário, a obrigatoriedade de conversão das penas privativas de liberdade em restritiva de direitos para aqueles que preenchessem os requisitos, a ampliação da figura do tráfico privilegiado para o reincidente que não tenha envolvimento com organização criminosa, a diferenciação das categorias de comerciantes de drogas, a possibilidade de suspensão condicional da pena e, em um cenário mais amplo, uma possível regulamentação do comércio de drogas.

A seguir, será tratada mais detalhadamente cada uma dessas medidas.

4.2.1 – Descriminalização da conduta do usuário

Inicialmente, cumpre destacar que, apesar da conduta do usuário ter passado por um processo de descarcerização, a existência do referido tipo penal ainda possui grande impacto no sistema penitenciário.

De fato, o condenado pelo artigo 28 da Lei de drogas, não poderá ser punido com pena privativa de liberdade, ainda que descumpra as medidas a ele impostas na sentença. Nesse caso, o juiz poderá aplicar novas penas restritivas de direitos, mas nunca a privativa de liberdade.

Ocorre que, por mais que o indivíduo não seja submetido a uma pena de prisão, ele estará submetido a todos os demais efeitos de uma condenação penal, como a perda da primariedade.

No momento em que o indivíduo perde a primariedade, caso venha a cometer qualquer outro tipo de delito, poderá ser privado de gozar de benefícios em razão da reincidência, como a diminuição de pena, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, necessidade de cumprir mais tempo de pena para que possa progredir de regime, entre outros, o que significa que passará mais tempo na prisão.

A partir desse quadro, é possível ver como a tipificação do crime de uso impacta no sistema penitenciário e na superlotação dos cárceres.

Ademais, manter determinada conduta como crime tira por completo o foco da questão, que deveria ser o tratamento do usuário, e não gerar efeitos penais que estão para muito além do que a ausência de pena privativa de liberdade.

Usuários necessitam serem tratados, e não rotulados como delinquentes e marginais. É preciso trocar as inócuas medidas repressivas, que são aplicadas hoje, por medidas preventivas efetivamente capazes de evitar o consumo e tratar aqueles que já estão submetidos à dependência.

A Escola Superior de Advocacia da OAB/SE promoveu, em 2017, um debate que tratava a respeito do insucesso do combate às drogas, o impacto causado na população carcerária e a necessidade de se buscar medidas legislativas de redução de danos. A respeito da maior eficiência do enfoque de prevenção em relação ao uso de drogas, em um comparativo com as drogas lícitas, pontuou o Coordenador Rodrigo Vasco:

> "A emergência de um novo olhar sobre as drogas também se caracteriza por incluir no debate as chamadas drogas lícitas. Ao mesmo tempo em que se preocupam com os efeitos do uso de crack por populações vulneráveis, os especialistas também investigam o a questão do álcool como um problema de Saúde Pública no país. Um dos exemplos que inspiram esta virada são as campanhas de regulação da propaganda e do comércio de tabaco das últimas décadas, que conseguiram diminuir consideravelmente o número de fumantes, sem proibir o consumo da substância. Neste universo que se descortina, as campanhas de informação e conscientização ganham muito mais relevância do que a tradicional repressão ao consumidor".[131]

É possível observar que o melhor caminho nem sempre é a repressão, sendo que medidas educativas de informação e conscientização podem ser muito mais efetivas.

Ademais, a punição do usuário viola os princípios mais elementares do Direito Penal, na medida em que a conduta sequer apresenta potencial lesivo.

Segundo o princípio da lesividade, uma conduta só poderá ser penalmente proibida se afetar gravemente direitos de terceiros. [132]

Sobre esse princípio, acrescenta Rogério Grecco que ele possui 4 funções:

> a) proibir a incriminação de uma atitude interna;

[131] ESA – OAB/SE. **Debate: Drogas, Saúde Pública e Sistema Penitenciário.** 2017. Disponível em: < https://credencial.imasters.com.br/debate-drogas-sade-pblica-e-sistema-penintencirio> Acesso em: 02 set. 2018.

[132] GRECCO, apud SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidade del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificacion).** Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998. P. 98.

b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.133

Assim, percebe-se que a conduta do usuário não excede o seu próprio âmbito, não tendo potencial de causar lesão a bem jurídico de terceiros, de maneira que não possui relevância penal, não podendo, portanto, de acordo com o princípio da lesividade, ser a conduta alvo de reprimenda penal, visto que o Direito não pune a autolesão.

Outrossim, a criminalização viola, ainda, o princípio da subsidiariedade, princípio que apresenta limites ao poder incriminador do Estado. O princípio da intervenção mínima preconiza que a conduta só será alvo do Direito Penal se os outros meios de controle ou sanção não se mostrarem suficientes para inibir aquele comportamento, de maneira que deverão ser reservados ao Direito Penal apenas os bens jurídicos mais relevantes. O direito penal será a *ultima ratio.*[134]

Patente a desnecessidade de recorrer ao Direito Penal para tratar determinada conduta que seria muito melhor cuidada por outras políticas públicas, que causariam menos danos sociais.

Além disso, o legislador tutela o bem jurídico "saúde pública" por meio desse tipo penal; porém, a conduta do usuário não tem potencial expansivo.

Sustentar a manutenção desse tipo penal com base em um possível potencial difusor de substâncias entorpecentes é retirar do indivíduo a liberdade de dispor de seu próprio corpo, transferindo para ele uma tarefa que incumbe ao Estado, que é

[133] GRECCO, Rogério. **Curso de direito Penal. Parte Geral. Volume 1.** Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016. p. 101.
[134] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1.** 13ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2008. P. 13.

controlar a difusão de drogas. Não existe ofensa à saúde pública quando o indivíduo impacta apenas sua saúde individual. O mero uso não extrapola a esfera da saúde do usuário.

Equivocada, portanto, a tentativa do Estado de legitimar a proteção da saúde pública por meio de um tipo penal que trata como criminosos usuários e dependentes, ao invés de deslocá-los para o sistema de saúde que, claramente, falha na assistência prestada a esses indivíduos.

Acertadamente, pontua Mariana Weigert:

> "Após negligenciar a saúde pública à população, o Estado resolve intervir penalmente, legitimado pelo discurso de tutela desta mesma saúde pública, o "bem jurídico" não protegido por excelência."[135]

Verifica-se, portanto, que a manutenção deste tipo incriminador só colabora para superlotar o sistema, não recupera e não reinsere os usuários; ao contrário, negligencia sua saúde e marginaliza por meio de uma criminalização que atenta contra os princípios mais básicos do Direito Penal e à liberdade dos seres humanos de disporem de seus corpos.

Dessa maneira, sugere-se que, a exemplo do modelo português, belga e espanhol, seja descriminalizada a conduta do uso e posse para uso pessoal. O chamado uso não problemático é regulamentado por determinação legal ou administrativa com critérios objetivos pré-estabelecidos para o uso (idade, local, quantidade permitida etc).[136]

Por fim, está em andamento, no âmbito do Supremo, o Recurso Extraordinário 635.659, que analisa a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que criminaliza a conduta do usuário.

---

[135] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos. Rio de Janeiro. 2010. p. 86.

[136] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em: <http://www.mj.gov.br> Acesso em 02 set. 2018. P. 24.

Até o presente momento 3 ministros já se manifestaram pela inconstitucionalidade do mencionado artigo.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que, no artigo em questão, existe um excesso no exercício do poder legiferante, na medida em que não atenta para os critérios de razoabilidade e adequação, concluindo pela inconstitucionalidade do artigo 28, o qual, nas palavras do relator, fere até mesmo o direito à personalidade:

> "Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional."[137]

Os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso acompanharam o voto do relator para declarar a inconstitucionalidade do artigo 28; porém, esses ministros se manifestaram pela descriminalização apenas da Cannabis (maconha), mantendo a criminalização em relação aos demais tipos.

O Recurso Extraordinário encontra-se em andamento; porém, atualmente, o ministro Alexandre de Morais pediu vista dos autos.

Assim, pela forma como vem entendendo em suas decisões, e até mesmo pelo teor dos votos dos ministros, o Supremo Tribunal Federal mostra que reconhece que a atual política fracassou e só tem gerado encarceramento em massa.

Admite-se que nosso país precisa passar por profundas mudanças em relação à legislação de substâncias tóxicas, de maneira a abandonar o modelo fracassado de guerra às drogas, diminuindo o impacto assombroso desse tipo repressivo, em especial no que tange ao sistema penitenciário brasileiro.

[137] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Brasília, 20 de agosto de 2015. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf> Acesso em: 02 set 2018.

4.2.2 – Necessidade de conversão em pena restritiva de direitos nos casos de agente primário.

A minorante constante do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas possibilita a redução de pena de 1/6 a 2/3 nos casos em que os agentes forem primários, possuírem bons antecedentes, não se dedicarem a atividades criminosas e nem integrarem organização criminosa.

Esse benefício trazido pelo legislador é um importante mecanismo para aliviar o sistema, uma vez que as penas cominadas ao *caput* são extremamente elevadas (5 a 15 anos), de maneira que, ainda que fixadas no mínimo legal, já seriam capazes de impedir a conversão em restritiva de direitos e o regime aberto, nos termos dos art. 44 e 33 do Código Penal.

Assim, a causa de diminuição constante no §4º é capaz de colocar a pena em um patamar que possibilita ao condenado por tráfico, desde que dentro das circunstâncias descritas, ter sua pena convertida em restritiva de direitos (diante da declaração de inconstitucionalidade da impossibilidade de conversão) e até mesmo que cumpra sua pena em regime aberto.

Com a aplicação desses benefícios, retiram-se do sistema penitenciário pessoas que não têm a necessidade de estarem lá, aliviando o problema da superlotação.

Entretanto, o que se observa hoje, por parte do Judiciário, é uma postura extremamente conservadora no que diz respeito aos crimes de drogas, de maneira que os magistrados aplicam o benefício para reduzir a pena, mas não a convertem em restritiva de direitos, com base na discricionariedade que lhes incumbe realizar no caso concreto.

Alega-se que as circunstâncias do caso indicam que essa não é a melhor opção, muitas vezes frente a uma completa ausência de fundamentação para tal ou com base em fundamentações vagas.

Nesse sentido, alegou o Ministro Ricardo Lewandowski na votação do HC 118.533, que declarou não ser o tráfico privilegiado crime equiparado a hediondo:

> "A grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita.
>
> (...)
>
> Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da "individualização da pena"[138]

Reconhece-se, portanto, que nos casos do tráfico minorado, tratamentos diferentes da prisão melhor se amoldam e se apresentam como mais proporcionais às circunstâncias do caso, além de aliviar o impacto no sistema penitenciário.

Ainda sobre a ausência de conversão por parte do Judiciário em pena restritiva de direitos, a pesquisa realizada pela UFRJ e pela UNB a esse respeito constatou que existe uma verdadeira inversão do ônus da prova nesses casos realizada pelos Magistrados para fundamentar a não conversão:

> "Na pesquisa das sentenças se observou que a Justiça Federal do Rio de Janeiro aplica tal redução com mais frequência, mas a Justiça Estadual ainda tem muitas resistências, o que faz com que haja muitos réus que, mesmo primários, recebem penas mais altas, pelo fato de a defesa não ter conseguido fazer prova negativa de seu envolvimento com o crime. Nesse caso, deveria prevalecer o princípio da presunção da inocência, de forma que somente poderia ser negada a redução quando a acusação provasse o habitual envolvimento do réu primário com outros crimes, mas a sua redação atual é defeituosa." [139]

---

[138] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533. Voto Ministro Ricardo Lewandowski.** Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998> Acesso em: 02 set. 2018.

[139] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em: <http://www.mj.gov.br> Acesso em 02 set. 2018. P. 24

Existe uma completa inversão do ônus probante, que deveria ser da acusação, de provar os fatos contidos na denúncia. Não cabe ao réu fazer prova negativa de sua participação em organização criminosa e sim à acusação provar que ele a integra.

Nesse contexto, estamos diante de verdadeira prova diabólica. Prova diabólica é aquela que é de impossível ou extrema dificuldade de produção. Como irá o réu produzir prova negativa de sua participação em organização criminosa? Nesse caso, caberá àquele que alega o seu pertencimento realizar a comprovação de determinada situação, em atenção ao princípio do ônus da prova. [140]

Assim, a redação do parágrafo é defeituosa, visto que abre espaço para que se dependa da vontade do juiz de aplicar ou não o benefício com base em argumentos vagos, tornando-se a conversão de difícil aplicação na prática.

A pesquisa sugere, ainda, penas que seriam mais efetivas nesses casos, e que gerariam, ainda, impactos positivos no sistema:

> "Considera-se essencial a criação de possibilidades de substituição da pena, nesses casos, por medidas que incluam o comparecimento a cursos de qualificação profissional, e a facilitação da busca por emprego, de forma a conseguir afastá-los do comércio ilícito, pois somente assim se poderia reduzir o impacto negativo do sistema penitenciário sobre a população carcerária."[141]

Por consequência, torna-se necessária melhor delimitação da figura do traficante abarcado pelo privilégio, de maneira a conferir a necessidade de conversão nesses casos específicos, ou até mesmo a cominação de preceito secundário de pena restritiva de maneira direta nesses casos.

4.2.3 – Ampliação da figura do tráfico privilegiado (art. 33, §4º)

[140] CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 31, 2005.

[141] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em: <http://www.mj.gov.br> Acesso em 02 set. 2018. P. 25.

Primeiramente, é oportuno esclarecer que a figura do "tráfico privilegiado", apesar de ser trazida com essa nomenclatura pelo legislador, não enseja figura penal diversa, e, sim, uma causa de diminuição de pena, de maneira que o mais correto seria tratar como circunstância privilegiadora.

Dito isso, uma terceira medida que pode ser tomada, ainda no que diz respeito ao tráfico privilegiado, para desafogar o sistema seria a ampliação dessa figura também para o reincidente.

Sabe-se que, com a atual política, o tráfico é um dos crimes que mais influenciam na reincidência no país, segundo o IPEA.[142] Isso se dá muito em razão da marginalização causada pelas condenações penais e da ausência de reinserção desses indivíduos na sociedade, que, muitas vezes, recorrem ao tráfico por ser uma realidade mais acessível, e por seu grande poder de alcance.

Por essa razão, muitas vezes os indivíduos reincidem no tráfico por razões sociais, e não por serem de fatos integrantes de organizações criminosas.

Dessa maneira, a ampliação do benefício do tráfico privilegiado a esses indivíduos que são reincidentes, mas não necessariamente integram organização criminosa, é uma medida que alivia o sistema, dado que possibilita a redução da pena e a progressão de regime com o cumprimento de um *quantum* inferior, visto que não será mais um crime equiparado ao hediondo.

O maior problema não está nas condutas dos indivíduos que praticam pequenos tráficos, e sim naqueles que participam das organizações criminosas e são os responsáveis por toda a produção e distribuição das drogas no país.

Nesse caso, amolda-se a figura do traficante-dependente, que pratica o tráfico para sustentar o próprio vício. Apesar de possuir um histórico de traficância, não faz parte da intenção desse indivíduo lucrar com a venda de entorpecentes.

[142] **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de pesquisa.** IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 16 maio 18.

Assim, sugere a pesquisa da UFRJ conjunta com a UNB:

> "Independentemente das possibilidades de exclusão ou redução de pena como hoje está previsto no art. 45 da Lei de Drogas, no caso do traficante-dependente sugere-se uma escala penal menor, admitindo-se, ainda, a substituição por penas alternativas, para evitar a marginalização deste tipo de usuário. Destaque-se que o dependente se distingue do traficante-comerciante por praticar o comércio com o único objetivo de sustentar o seu vício, razão pela qual deveria ser tratado de forma mais branda."[143]

Essa ampliação abarcaria, além de pessoas que estão na condição de traficante-dependente, aquelas que traficaram eventualmente, esporadicamente, ainda que possuam alguma condenação anterior, permitindo àqueles que não possuem ligação com organizações criminosas e eventualmente voltaram a transgredir sejam alcançados pelo benefício, dando a essas pessoas um tratamento mais proporcional.

No âmbito dos tribunais brasileiros, a jurisprudência vem se dividindo entre decisões favoráveis ao enrijecimento da política e decisões que trazem um novo olhar para a política criminal de drogas.

No contexto do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Seção firmou entendimento no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 33 §4º da Lei de Drogas. [144]

Assim, ações penais em curso e inquéritos policiais poderão ser utilizados pelos Magistrados como forma de afastar a benesse do tráfico privilegiado.

---

[143] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em: <http://www.mj.gov.br> Acesso em 02 set. 2018. P. 25.

[144] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial 143109. Brasília 14 de dezembro de 2016. Relator Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271431091%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%271431091%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 02 set 2018.

Tal entendimento, além de impactar diretamente no sistema prisional, afronta claramente o princípio da presunção de inocência[145], na medida em que o indivíduo poderá ser prejudicado por uma ação que sequer chegou ao trânsito em julgado, ou, pior ainda, por um inquérito policial que sequer se transformou ou tem pretensão de se tornar uma ação penal.

Essa postura do Tribunal afronta os princípios constitucionais mais básicos, tratando-se de grave violação dos direitos dos réus de serem considerados inocentes até o trânsito em julgado. Falar-se em inquéritos policiais em que sequer houve formulação de denúncia por parte do titular da ação penal consiste em violação ainda mais grave.

Essa recente orientação do Superior Tribunal de Justiça enseja um enorme retrocesso no que diz respeito ao garantismo, com consequências absurdas tanto para os réus como para o sistema penitenciário.

Em sentido oposto ao STJ, o Supremo Tribunal Federal vem discutindo e decidindo uma série de questões benéficas e relevantes aos acusados de crimes de drogas.

O Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, na ocasião do julgamento do HC 118.533, reconheceu não ser crime equiparado a hediondo a figura do tráfico privilegiado.[146]

Esse reconhecimento contribuiu para o desinchaço prisional, na medida em que os eventuais condenados dentro dessa modalidade, ainda que fossem direcionados aos presídios, o que se mostra desarrazoado face ao benefício, poderiam desfrutar de diversos benefícios da execução penal como criminosos

[145] O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, consagrado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

[146] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 118.533. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998 > Acesso em 02 set 2018.

comuns e não hediondos, alterando-se, assim, a título de exemplo o *quantum* de pena para progressão de regime e livramento condicional.

4.2.4 – Necessidade de diferenciação das categorias de comerciantes de droga com a consequente atribuição de penas mais proporcionais.

O tráfico de drogas é um fenômeno complexo e, portanto, também precisa sê-lo a legislação.

Nesse sentido, é preciso especificar as condutas abarcadas pela legislação, evitando tipos extremamente abertos que cominam a mesma pena para quem fabrica e para quem oferece, como se tem hoje no *caput* do artigo 33.

Da maneira como a lei está disposta hoje, existe uma enorme falta de proporcionalidade na aplicação das penas, visto que a reprovação penal não deve ser a mesma para aqueles que estão no topo da cadeia de produção e para aqueles que estão na base.

Entende-se que, nesse caso, se faz necessário um maior preciosismo legislativo para realizar um trabalho de distinção de condutas, visto que, por mais que o lapso temporal entre o máximo e mínimo da pena permita a realização dessa individualização por meio da dosimetria da pena, o que se tem hoje é que tamanha discricionariedade conferida pelo legislador aos órgãos do Judiciário tem levado ao encarceramento em massa de pessoas que não necessitariam de tamanha reprimenda.

Em decorrência do atual cenário, entende-se por necessário que se realize o desmembramento do artigo 33, a fim de se atribuir preceitos secundários diversos, de acordo com o nível de participação e da conduta empregada.

A pesquisa sobre Tráfico, Constituição e Sistema de Justiça Criminal aponta:

> "No presente estudo, percebeu-se a complexidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas, e suas particularidades de uma estrutura hierarquizada que segue modelos organizacionais locais distintos, e envolve diferentes

> graus de participação e importância. O estudo aponta para diferentes papéis nas "redes" do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio do fato final, porém o tipo penal não acompanha essas diferenças."[147]

A exemplo dessa necessidade de distinção dos níveis de traficância, a pesquisa realizada por Marcelo Campos para sua tese de doutorado também concluiu que as penas, em sua maioria, são aplicadas aos pequenos traficantes, e não aos narcotraficantes,de maneira que as reprimendas estão direcionadas ao pequeno comerciante. [148]

A legislação alemã possui essa divisão dos tipos penais de acordo com a conduta praticada. Na Alemanha, o indivíduo que pratica uma "conduta básica de tráfico" poderá pegar até 5 anos de pena; na contramão, aqueles que praticam condutas com elevadas quantidades, aliadas a outros fatores, condutas que não são consideradas "insignificantes", sujeitam-se a uma reprimenda diversa, podendo a pena variar de 1 a 15 anos. [149]

Assim, é preciso que existam condutas distintas de acordo com o efetivo grau de participação do acusado na rede do tráfico, a fim de evitar que, a título de exemplo, um "vapor" seja enquadrado no mesmo tipo penal que o "gerente de vendas".

Essa diferenciação é necessária diante da complexidade do tráfico, que demanda uma legislação mais específica para evitar a aplicação de penas desproporcionais, deixando pessoas dentro do sistema penitenciário mais tempo do que o necessário para se alcançar as funções da pena, e abarrotando os presídios.

---

[147] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em: <http://www.mj.gov.br> Acesso em 02 set. 2018. P. 24.

[148] CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015. p.174.

[149] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em: <http://www.mj.gov.br> Acesso em 02 set. 2018. P. 25.

4.2.5 – Possibilidade de suspensão condicional da pena.

De acordo com o artigo 44 da Lei de Entorpecentes, é vedada a concessão de suspensão condicional da pena aos crimes do *caput* e §1º do artigo 33 e do 34 ao 37:

> Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e **insuscetíveis de sursis**, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.[150] (grifos nossos)

Assim, o condenado por esses crimes não poderá, ainda que preenchidos os requisitos para tanto, obter a suspensão condicional de sua pena, importante instituto para diminuir o inchaço prisional.

Por essa razão, é necessário que tal parte do dispositivo seja revista, possibilitando aos condenados por esses crimes que, caso preencham os requisitos do artigo 77 do Código Penal[151], possam ser beneficiados por essa suspensão.

Importa destacar que mencionado dispositivo ainda veda a liberdade provisória.

Todavia, em uma importante decisão tomada pelo Supremo em relação à legislação de entorpecentes, foi declarada a inconstitucionalidade parcial do artigo 44 que proibia a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas. [152]

---

[150] BRASIL, **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 abr. 18

[151] Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2o A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

[152] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104.339. Brasília 10 de maio de 2012. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900686> Acesso em 02 set 2018.

Esse dispositivo era manifestamente contra a presunção de inocência e o devido processo legal, na medida em que impunha ao indivíduo preso em flagrante que respondesse o processo preso pela simples natureza do delito cometido, sem que se analisasse a presença dos requisitos do Código de Processo Penal essenciais à decretação de prisão preventiva, uma vez que a prisão é a exceção e a liberdade é a regra.

Essa, possivelmente, foi uma das decisões com maior impacto no sistema penitenciário, visto que, hoje, os presídios encontram-se lotados de presos provisórios, sendo eles a maioria da população carcerária.

Como demonstrado no decorrer do trabalho, os juízes ainda denotam uma postura rígida em relação à liberdade provisória nos crimes de tráfico, e a maioria dos réus responde ao processo preso; todavia, impedir por absoluto essa concessão engessava a postura até do juiz que entendesse ser cabível, no caso específico, a liberdade provisória, estando ele obrigado a decretar a prisão preventiva, agravando o fenômeno do superencarceramento.

Ainda que esse dispositivo tenha sido declarado inconstitucional, relativizando seu impacto no sistema, é possível vislumbrar por meio dele como a atual legislação é extremamente rígida, contribuindo exponencialmente para o aumento do fluxo de pessoas encarceradas.

Resta, porém, a vedação ao *sursis*, que, ao impossibilitar de maneira absoluta a suspensão da pena, violando, ao nosso modo de ver, o princípio da individualização, obsta a aplicação da benesse até mesmo àqueles condenados que preenchem os requisitos formais para tanto.

Assim, mais uma vez, em uma postura rígida, o legislador impediu que fossem aplicados benefícios que são de extrema importância não só para se adequar a reprimenda ao caso concreto, como acabou, via de consequência, afastando a utilização de um mecanismo importante para se evitar o encarceramento em massa.

4.2.6 Regulamentação do comércio

A regulamentação do comércio de drogas é uma questão que ainda precisa ser reiteradamente debatida pelos poderes Executivo e Legislativo, sendo necessário que se crie uma série de medidas atreladas à regulamentação para que alcance um resultado positivo.

De fato, compreende-se que essa medida seria aquela de maior potencial de aliviar o sistema penitenciário, uma vez que, de todas, é a que mais enfraquece o tráfico. Atualmente os usuários só podem recorrer ao comércio ilegal para adquirir entorpecentes, não lhes restando outra opção, fortalecendo-se assim, a estrutura do tráfico e, por consequência, aumentando o número de pessoas presas em razão desse crime.

Porém, nesse momento não se vislumbra como possível a regulamentação desse comércio devido à ausência de planejamento e preparação estatal para tanto, de maneira que se entende por eficazes, ainda que provisoriamente, as medidas antes sugeridas.

Porém, a longo prazo é necessário que o Estado estude medidas capazes de regulamentar esse comércio, pois, uma vez sendo direito do cidadão dispor de sua saúde fazendo uso de entorpecentes, é preciso que o Estado forneça a ele meios lícitos de realizar esse consumo.

Ademais, assim como ocorre no caso de drogas lícitas, como o álcool e o cigarro, ao fornecer aparato para uso dessas drogas o controle do Estado aumenta, e, aliado a campanhas de conscientização e educação é possível controlar o uso desses entorpecentes, a exemplo do que ocorreu com o cigarro.

Assim pontua Rodrigo Vasco:

> "A avaliação negativa da política de guerra às drogas tem levado à proposição de uma nova política, conhecida como "redução de danos". Isso significa abandonarmos – por ilusória e impossível – a perspectiva de eliminar as drogas da face da Terra. As drogas, lícitas ou ilícitas, têm sido uma

> prática da humanidade desde sempre ao longo da história, e tudo indica que continuará assim. Seu consumo é uma prática cultural fortemente enraizada em todos os continentes. Socialmente falando, não há como viver sem elas. O que é preciso é reduzir os danos que provocam à saúde."[153]

Diante disso, é preciso desenvolvermos uma nova agenda frente ao fracasso da política de Guerra às Drogas. A exemplo de países como a Holanda e o Uruguai, poderemos desenvolver uma política que regulamente o comércio.

Ao contrário do que se imagina, esse aparenta ser o melhor caminho para conter o uso de drogas. Para exemplificar, na Holanda, a regulamentação do comércio da maconha não ocasionou um "boom" no consumo da erva; ao contrário, a Holanda mantém o consumo paralelo a outros países que possuem práticas repressivas e diminuiu o consumo de drogas pesadas como a heroína. [154]

Além disso, a política aplicada pela Holanda teve resultados significativos no sistema penitenciário, sendo o índice de encarceramento da Holanda 7,5 vezes menor do que o dos Estados Unidos. Enquanto na Holanda há 100 presos para cada grupo de 100 mil habitantes, nos EUA há 756 presidiários para cada 100 mil habitantes. [155]

Assim, diversos estudos, como os realizados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminas[156], têm relatado como a legalização do comércio de drogas possui um impacto benéfico significativo no sistema penitenciário, ao contrário dos países que insistem em manter a postura da Guerra ao Tráfico, a qual continua sobrecarregando um já sobrecarregado sistema penitenciário e não oferece benefícios nem para o sistema prisional, nem na diminuição do uso de drogas pela população.

---

[153] ESA – OAB/SE. **Debate: Drogas, Saúde Pública e Sistema Penitenciário.** 2017. Disponível em: <https://credencial.imasters.com.br/debate-drogas-sade-pblica-e-sistema-penintencirio> Acesso em: 02 set. 2018.
[154] ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas.** São Paulo: Leya, 2012. P. 250.
[155] Ibid. P. 253.
[156] VALOIS, Luís Carlos; ALMEIDA, Silvio. IBCCRIM. **Políticas de drogas, cultura do controle e propostas alternativas.** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional> Acesso em 02 set. 2018.

4.3 Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional.

No âmbito da legislação de drogas, existem hoje, no Congresso Nacional, diversos projetos de lei oriundos tanto da Câmara quanto do Senado para a alteração da lei.

No caminho completamente oposto ao que é sugerido neste trabalho, existem diversos projetos que pretendem enrijecer ainda mais a legislação; se encontram inúmeros projetos que sugerem até mesmo a revogação da figura do tráfico privilegiado (PL 6284/2016, 1174/2015, 5892/2016, 6315/2013, entre outros).

Existe, ainda, um projeto de lei de autoria do Deputado Major Olimpio SD/SP que, apesar de não sugerir a extinção do benefício, sugere que seja incluída uma série de requisitos a fim de se restringir ainda mais a aplicação da causa de diminuição de pena, pois, para o Deputado, segundo a justificação do projeto, o crime de tráfico de drogas, apesar de ser equiparado a hediondo, possui hoje uma pena demasiadamente branda. [157]

Nesse sentido, percebe-se que ainda resiste no Congresso um conservadorismo por parte de determinados grupos em relação a mudanças estruturais na Lei de Drogas que possam, de alguma maneira, beneficiar os acusados por tráfico.

Essa postura demonstra uma dificuldade em se transpor barreiras necessárias para diminuir os impactos dessa política, em especial no sistema penitenciário, objeto de estudo deste trabalho.

Nesse sentido, caso propostas como essas sejam de fato aprovadas, teríamos, na contramão do que é proposto aqui, um aumento significativo de pessoas encarceradas por crimes de droga, sobrecarregando ainda mais o sistema com o enrijecimento dessa política.

---

[157] BRASIL. PL 5688/2016. Câmara dos Deputados. Deputado Major Olimpio SD/SP. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=68B8AA4D42652552B6C92FB6343E3333.proposicoesWebExterno1?codteor=1472132&filename=PL+5688/2016> Acesso em 02 set 2018.

Por outro lado, existem grupos dentro do Congresso que têm se mostrado mais abertos ao diálogo no sentido de repensar a atual política.

Nessa toada, muitos debates têm se desenvolvido em relação à figura do usuário.

O Deputado Jean Wyllys apresentou um projeto de lei que discute a regulamentação da produção, industrialização e comercialização da Cannabis (maconha), caminhando no sentido de legalização das drogas. [158]

No âmbito do Senado Federal, merece destaque o PLS do Senador Valdir Raupp, que propõe a alteração do *caput* do artigo 33 para inserir a finalidade comercial como requisito do crime de tráfico de drogas, a revogação do artigo 28 da Lei, que criminaliza a conduta do usuário, estabelece penas restritivas de direitos para réus primários e possibilita o indulto coletivo.[159]

O Senador aderiu à proposta legislativa apresentada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, pela Pastoral Carcerária Nacional - CNBB, pela Associação Juízes para a Democracia - AJD e pelo Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação - CEDD/UnB.

A proposta visa impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país.

O projeto original formulado pelo IBCCRIM em conjunto com a CNBB a AJD e o CEDD/UnB previa a alteração do artigo 35 da Lei de maneira que a associação para o tráfico se destinasse apenas àquele agente que se associa para a prática reiterada de crimes relacionados à droga, a alteração da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso III, aplicável apenas nos casos em que os destinatários

[158] BRASIL. PL 7270/2014. Câmara dos Deputados. Deputado Jean Wyllys. PSOL/RJ. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014> Acesso em 02 set 2018.

[159] BRASIL. PLS 150/2017. Senado Federal. Senador Valdir Raupp. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5237671&disposition=inline> Acesso em 02 set 2018.

fossem de fato as pessoas que estão nas imediações do estabelecimento, e, por fim, a revogação das condutas dos artigos 29 e 30. [160]

Destarte, a proposta do Senador Valdir Raupp é a que mais se aproxima dos objetivos deste trabalho, visando adotar uma a nova agenda de repressão ao tráfico mais condizente com o cenário atual. De maneira que a aprovação do referido projeto de lei resultará em grande avanço não só à repressão do uso de drogas por meio de um viés mais adequado (sanitarista), como também possibilitará uma redução dos exorbitantes impactos negativos que atual política tem gerado no sistema penitenciário nacional.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, com este trabalho, que o Brasil sempre adotou uma política criminal extremamente rígida em relação ao crime de entorpecentes. O legislador o considera um crime grave, o equipara a hediondo, e as políticas públicas executadas pelas agências de controle vão no mesmo sentido.

Por outro lado, verifica-se que, atualmente, o sistema penitenciário está completamente caótico, em uma situação que clama por políticas públicas para se alterar o atual quadro. Tem-se discutido medidas capazes de amenizar essa situação a curto e a longo prazo. Um dos problemas mais significantes, hoje, é o da superlotação, visto que ele ocasiona uma série de outros problemas.

Diante da análise dos principais vetores encarcerizadores e do perfil da população prisional, verifica-se que os crimes relacionados à drogas são os que mais impactam nesse sistema; por essa razão, para que se repense o sistema penitenciário, é necessário repensar a política criminal de drogas.

Verifica-se que a guerra contra as drogas falhou, e que a política aplicada hoje, apesar de extremamente rígida, é completamente ineficaz, na medida em que não previne o uso, aumenta a criminalidade, pois não é capaz de prevenir a prática

[160] IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2018

do crime de tráfico, não foca na saúde das pessoas dependentes de drogas e encarcera em massa e, ainda por cima, de maneira extremamente seletiva.

As medidas mais eficazes na diminuição e controle do uso de entorpecentes, visto que é utópico imaginar uma sociedade sem drogas, focam na política de saúde em relação a essas substâncias, buscando a redução de danos, que, apesar de prevista na legislação, não vem sendo efetivamente aplicada.

A experiência internacional, e até mesmo a interna em relação às demais drogas, como o cigarro e o álcool, demonstra que proibir não é o caminho para diminuir o uso, e sim educar.

Os impactos causados pela atual política são desastrosos, principalmente em relação ao sistema penitenciário, que aumentou exponencialmente o número de presos após a implementação da referida legislação.

Assim, é preciso repensar a forma de fazer política criminal nesse sentido e, apesar de se admitir que o Brasil não está de fato preparado para uma possível regulamentação da venda de drogas, uma série de medidas pode e precisa ser tomada no sentido de evitar o encarceramento em massa e seletivo que ocorre hoje.

Em conclusão, é preciso que abandonemos a ideia de extremo rigor na punição e passemos a focar em medidas mais eficazes, com impactos mais significativos em relação à saúde, e não em relação ao sistema carcerário.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL, TV BRASIL E RÁDIOS EBC. **Entenda a crise no sistema prisional brasileiro.** Publicado em 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro> Acesso em: 2 set. 2018

ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas.** São Paulo: Leya, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Walter da Silva. **Tráfico de entorpecentes:** O poder paralelo no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002.

BATISTA, Nilo. **Entrevista publicada na Revista Poli n. 29**. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=67> Acesso em: 17 maio 2018.

BATISTA, Nilo**. Politica criminal com derramamento de sangue**. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 80.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 16 maio 18

BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm> Acesso em: 02 set 2018.

BRASIL. **PL 5688/2016**. Câmara dos Deputados. Deputado Major Olimpio SD/SP. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=68B8AA4D42652552B6C92FB6343E3333.proposicoesWebExterno1?codteor=1472132&filename=PL+5688/2016> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. **PL 7270/2014**. Câmara dos Deputados. Deputado Jean Wyllys. PSOL/RJ. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. **PLS 150/2017**. Senado Federal. Senador Valdir Raupp. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5237671&disposition=inline> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 143109**. Brasília 14 de dezembro de 2016. Relator Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ER

ESP%27.clas.+e+@num=%271431091%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%2714310 91%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 291/DF**. Brasília, 28 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627> Acesso em 02 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 104.339**. Brasília 10 de maio de 2012. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900686> Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533**. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998 > Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 97.256** . Brasília, 01 de setembro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998 > Acesso em 02 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Brasília, 20 de agosto de 2015. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf> Acesso em: 02 set 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução.** Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 31, 2005.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo.** Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. 19ª edição.** São Paulo. Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário.** Legislação anterior. 2006. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962> Acesso em 18 maio 2018.

CARUSO, Thiago de Brito. **Assaltantes, traficantes e milícias. Teoria e evidência das favelas do Rio de Janeiro.** 2010. Dissertação Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Economia da PUC-Rio. Pontifícia Universidade Católi

ca do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812371_10_cap_03.pdf> Acesso em 18 maio 2018.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da Lei de Drogas:** aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**.** Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. **INFOPEN 2016.** Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias1/noticias/infopenlevantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em 16 maio 2018.

Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. **INFOPEN-Mulheres 2018.** Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf > Acesso em 02 set. 2018.

DORNELLES, Marcelo Lemos. **A natureza jurídica da punição do usuário de drogas no Brasil. Descriminalização, despenalização ou descarcerização?**. Revista do Ministério Público do RSnº 7016. Indd. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325185570.pdf> Acesso em: 02 set 2018.

ESA – OAB/SE. **Debate: Drogas, Saúde Pública e Sistema Penitenciário.** 2017. Disponível em: < https://credencial.imasters.com.br/debate-drogas-sade-pblica-e-sistema-penintencirio> Acesso em: 02 set. 2018.

ESCOHOTADO, Antônio. **O livro das drogas: usos e abusos, preconceitos e desafios**. São Paulo: Dynamis editorial, 1997.

FALCONI, Romeu. **Sistema presidial:** Reinserção Social? São Paulo, SP. Editora Ícone. 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade:** o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Marcelo Santin. **Comentários à Lei de Drogas - Lei 11 343/06.** Conteúdo Jurídico. Brasília, 14 abr. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31729&seo=1>. Acesso em: 04 set. 2018.

GRECCO, apud SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidade del sistema jurídico penal:** Abolicionismo o justificacion**.** Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito Penal. Parte Geral. Volume 1.** Niterói: Editora Impetus, 2016.

HARTMANN, Jackson André Müller; Dullius, Aladio Anastacio. **Análise do sistema prisional brasileiro.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 16 maio 2018. Apud. DINIZ, Eduardo Albuquerque Rodrigues. Realidade do sistema penitenciário brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1008>. Acesso em: 10 set. 2010.

IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf> Acesso em: 02 set. 2018.

IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2018.

IERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados: Ensaios em Anticriminologia**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

IPEA**. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de pesquisa**, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 16 maio 18.

JESUS, Damásio de. **Manual de Direito Penal.** São Paulo. Atlas, 2004. v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

KARAM, Maria Lucia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185.> Acesso em: 02 set. 2018

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. **Sistema penitenciário brasileiro:** Origem, atualidade e exemplos funcionais. Disponível em < https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/4789> Acesso em: 13 maio 2018. P. 3.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano apud BISSOLI FILHO, Francisco**. Punição e divisão social:** do mito da igualdade á realidade do aparthaide social. In Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 2.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante?** A seletividade penal na nova lei de drogas. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pd>. p. 3. Acesso em 17 set. 2017.

MALAGUTI, Vera. Drogas **e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro**. In.: Revista discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Nº. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MARTIMON, Amanda. Agência de Brasília. **Funap e empresas:** parceria para inserir presos no mercado de trabalho. Governo de Brasília. 2016. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2016/03/27/funap-e-empresas-parceria-para-inserir-presos-no-mercado-de-trabalho/> Acesso em: 18 maio 2018

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo.** São Paulo: Método, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br> Acesso em 02 set. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOURA, Raquel Giovanini de. **Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 28 mar. 2018. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590500&seo=1>. Acesso em: 02 set. 2018.

NEV/USP – **Prisão Provisória e Lei de Drogas. Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf> Acesso em: 02 set. 2018.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas** – 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXXIX, 1603. Texto Original.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 17 set. 2017.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos.** O direito das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIVAS, Caio. **Ascensão do Tráfico e das Drogas no Brasil.** 2016. Disponível em: <https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/320444306/ascensao-do-trafico-e-das-drogas-no-brasil> Acesso em: 18 maio 2018.

SAMPAIO, Artur Livônio Tavares. **Seletividade no combate as drogas: lei 11.343/2006.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=9430>. Acesso em: 02 set 2018

SANTIS, Bruno Morais di; ENGBRUCH, Werner. **Evolução história do sistema prisional. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena.** 2017. Disponível em <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WvjYOYgvzIV> Acesso em: 13 maio 2018.

SEIBEL, Sérgio. **A lei 11.343/2006 e o impacto na saúde pública.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4744-A-Lei-113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-nasaude-publica> Acesso em: 02 set. 2018.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Luiza Gomes da**. Análise histórica do sistema penitenciário:** subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional. 2012. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-subs%C3%ADdios-para-busca-de-alternativas-%C3%A0-humaniza%C3%A7> Acesso em: 13 maio 2018

TAKEY, Daniel; VIEIRA, Marly. **Surgimento e evolução do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: <http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1055> Acesso em: 13 maio 2018

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VALOIS, Luís Carlos; ALMEIDA, Silvio. IBCCRIM. **Políticas de drogas, cultura do controle e propostas alternativas.** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional> Acesso em 02 set. 2018.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Schwarc. 1999.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de drogas e sistema penal:** entre o proibicionismo e a redução de danos. Rio de Janeiro. 2010.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada:** quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan,2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas.** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ZIEGLER, Jean. **A Suíça lava mais branco.** Tradução: A Rabaça. Lisboa, Portugal: Inquérito, 1989.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2

Direito Civil, Consumidor e Empresarial

UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

ABANDONO AFETIVO: OS FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PAI ABANDONANTE E A NORMATIZAÇÃO DA RELAÇÃO PARENTAL

Alexandre Netto Pinto de Abranches

RESUMO

O presente trabalho analisou a tese jurídica do Abandono Afetivo. Desde a sua alçada como tese jurídica viável, foram produzidos diversos discursos, estudos, debates, artigos, livros sobre o tema, a favor e contra a tese analisada, causando insegurança jurídica nos tribunais por todo o Brasil e até no próprio STJ. Com intuito de elucidar os valores, direitos, deveres e institutos atrelados ao tema, propõe-se aqui desenvolver um raciocínio histórico, jurídico e, claro, lógico de modo a expor um panorama geral dos fundamentos utilizados pelos operadores do direito. O que se alvitra nesta pesquisa não é apenas compreender a origem dos conceitos utilizados, mas as suas características, como se relacionam e se limitam e, por fim, o seu manejo pelo STJ, que tem o papel constitucional de unificar a jurisprudência nacional. A proposta da pesquisa é: a) apresentar a evolução histórica da família e das relações parentais; b) identificar e dissecar as principais normas jurídicas que compõe a relação genitor/prole; c) apresentar um panorama o abandono lato senso e entender como o Estado tem se posicionado sobre esse tema; d) relacionar a responsabilidade civil e o direito de família e a compatibilidade com a tese do abandono afetivo; e) utilizar a toda análise sobre os conceitos estudados para aplica-los na dissecação das decisões importantes do STJ sobre o tema. Para criar uma análise reproduzível, o autor utilizou o Método de Análise de Decisões (MAD) pensado e criado pelos professores Roberto de Freitas Filho e Thalita Moraes Lima. Com o auxílio dessa ferramenta, fez-se um desmembramento dos argumentos utilizados pelos Ministros julgadores e os conjugaram com a análise de histórica, conceitual, prática e limítrofe dos conceitos relacionados ao abandono afetivo e à responsabilidade civil. O que se pode concluir dessa pesquisa é que a tese do abandono afetivo como exigência de afeto fere a dignidade dos pais ao obriga-los a provar sentimentos de afeto para com seus filhos, contudo a exigência de cuidado desses pais para que os filhos se desenvolvam dignamente é plenamente aceitável. O

que leva a sugestão da mudança da denominação da tese de abandono afetivo para abandono incauto, que remete ao dever de cautela de quem tem responsabilidade pelo desenvolvimento de um bem jurídico.

Palavras-chave: Família. Abandono afetivo. Responsabilidade do pai. Relação parental. Afetividade. Cuidado.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem da tese jurídica do Abandono Afetivo não é novidade no ordenamento jurídico, contudo, em razão das suas peculiaridades, ainda é objeto de muita controvérsia e equívocos. A primeira grande decisão sobre o Abandono Afetivo se deu em 2005 em acórdão prolatado pela Quarta Turma de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que ao julgar o pai, que não teve nenhuma relação e interesse na criação de seu filho, considerou que não seria possível normatizar o amor e que, portanto, não havia obrigação de indenizar o filho abandonado afetivamente. Em 2012, a Terceira Turma de Direito Privado do STJ entendeu que no Direito de Família existe dever jurídico de cuidado do genitor para com sua prole e condenou um pai que havia negligenciado a criação de sua filha ao pagamento de compensação monetária pelo dano moral ocasionado. Desde então, o STJ se dividiu em dois entendimentos diversos.

Essa pesquisa parece ter especial importância social, política, acadêmica e jurídica por analisar não só a família, que é célula primordial da sociedade segunda a própria constituição, mas também por jogar luz no caos sobre o modo que os conceitos jurídicos estão sendo manejados pelos operadores do direito nos casos referentes ao abandono afetivo. O melhor entendimento sobre a matéria e do estado da arte sobre a controvérsia ajuda a combater a absoluta insegurança jurídica que o abandono afetivo tem causado nos tribunais brasileiros.

Desde a sua alçada como tese jurídica viável, foram produzidos diversos discursos, estudos, debates, artigos, livros sobre o tema, a favor e contra a tese analisada, causando a já mencionada insegurança jurídica nos tribunais por todo o Brasil e até no próprio STJ. Com intuito de elucidar os valores, direitos, deveres e institutos atrelados ao tema, propõe-se aqui desenvolver um raciocínio histórico,

jurídico e, claro, lógico de modo a expor um panorama geral dos fundamentos utilizados pelos operadores do direito. O que se propõe nesta pesquisa não é apenas de compreender a origem dos conceitos utilizados, mas as suas características, como se relacionam e se limitam e, por fim, o seu manejo pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem o papel constitucional de unificar a jurisprudência nacional.

O objetivo principal é responder à questão norteadora desta pesquisa: como são manejados os fundamentos jurídicos relacionados ao abandono afetivo pelos Ministros do STJ?

Os objetivos específicos são:

- Entender a evolução do conceito jurídico de família;
- Esmiuçar os principais institutos jurídicos advindos dessa evolução e que são utilizados pelos operadores do direito para caracterizar ou a afastar a tese do abandono afetivo;
- Fazer um panorama sobre o abandono de menor e como ele foi encarado pelo Estado no passado e no presente;
- Conjugar os institutos jurídicos analisados com os pressupostos da responsabilidade civil, fazendo uma análise crítica das dificuldades que os casos concretos trazem para a sua caracterização;
- Fazer uma análise das decisões do STJ que são utilizadas como precedentes por suas turmas julgadoras para fundamentar as decisões sobre abandono afetivo.

Para alcançar os objetivos propostos, partiu-se de um planejamento de pesquisa cujas temáticas englobam: a) apresentar a evolução histórica da família e das relações parentais; b) identificar e dissecar as principais normas jurídicas que compõe a relação genitor/prole; c) apresentar um panorama o abandono *lato senso* e entender como o Estado se posicionou e se posiciona sobre esse tema; d) relacionar a responsabilidade civil e o direito de família e a compatibilidade com a tese do

abandono afetivo; e) utilizar a toda análise sobre os conceitos estudados para aplica-los na dissecação das decisões paradigmas do STJ sobre o tema.

Este trabalho encontra-se estruturado, entre a introdução e a conclusão, com a apresentação de quatro capítulos. O primeiro capítulo traz a evolução da família, analisando como foi construída a sua valoração axiológica, como se deram as mudanças de paradigmas jurídicos e o porquê que essas mudanças ainda são recebidas com dificuldades não só pelos operadores do direito, mas pela própria sociedade. O capítulo se inicia com um exercício de evolução histórica que passa desde as possíveis relações familiares na pré-história e se desenvolve com a evolução histórica que a família foi sofrendo com o passar dos séculos, de forma a demonstrar como essas relações não só se alteraram com o passar do tempo, mas também construíram a sociedade em que vivemos. Iniciando-se sociedade absolutamente patriarcal, para uma liberal patriarcal patrimonial, chegando aos dias de hoje com uma novíssima sociedade social liberal, onde todos os membros da família possuem direitos e deveres próprios. O capítulo termina demonstrando a atual valoração dos direitos dos familiares e o declínio do poder absoluto do patriarca, de modo a apontar como essas mudanças tiveram impacto nos institutos analisados no capítulo seguinte.

O segundo capítulo se propõe a esmiuçar os valores, normas e contexto histórico dos principais institutos relacionados ao abandono afetivo, quer seja: afetividade, poder familiar e cuidado parental. Cada um desses fundamentos jurídicos tem dificuldades próprias de interpretação e manejo pelos operadores do direito, sendo utilizados com demasiada negligência, distorcendo seus objetivos ou supervalorando seus alcances. O que se pretende nesse capítulo é apresentar o estado atual do entendimento sobre esses fundamentos, suas origens, definições e alcance, de modo a capacitar o leitor a fazer uma análise crítica destes conceitos quando utilizados nas tutelas jurisdicionais.

O terceiro capítulo da pesquisa explora o abandono do menor de modo *lato senso*. Ou seja, é feita uma análise de como começou a preocupação do Estado com

os menores abandonados, como eles eram tratados e quais eram os valores defendidos no combate ao abandono. Inicialmente, é realizada uma breve análise histórica deste fenômeno e como ele foi diagnosticado e combatido pelo Estado. O capítulo faz uma rápida análise de como o Código Penal de 1940, que foi a primeira codificação a penalizar o abandono de menor, tipifica a conduta do genitor abandonante, de modo a demonstrar quais eram os valores defendidos pela sociedade e pelo Estado para coibir o abandono material, intelectual e moral do menor. Feita essa análise de evolução conceitual do abandono, o terceiro capítulo passa para o estudo da responsabilidade civil no direito de família, apontando a dificuldade e a relutância dos julgadores de aplicarem esse instituto no Direito de Família, especialmente quanto aos casos de abandono afetivo. Para melhor entender as dificuldades de condução do instituto, a pesquisa desmembra todos os pressupostos da responsabilidade civil e aponta como cada um se relaciona com os fundamentos estudados no segundo capítulo e os problemas oriúndos da sua aplicação frente à diversidade das relações familiares e a pretensão do direito de regula-las.

O quarto, e último, capítulo da pesquisa utiliza todos os conceitos estudados e construídos para fazer uma análise crítica de como eles são manejados nas principais decisões do STJ sobre o tema. Para a escolha das decisões foi feita uma investigação seguindo os seguintes critérios: importância institucional (se a decisão é utilizada como paradigma em julgados posteriores); se a tese debatida pela turma se refere apenas ao abandono afetivo (não aborda o abandono material, intelectual ou a destituição do poder familiar); se a decisão apresenta argumentos relacionando todos os fundamentos estudados no segundo capítulo da pesquisa (foram excluídas todas as decisões que apenas remetem a decisões paradigmas passadas para fundamentar o provimento ou não do recurso); a atualidade da decisão (não significa que seja última decisão sobre o tema, mas a derradeira a apresentar todos os requisitos anteriores).

Para criar uma análise reproduzível, utilizou-se o Método de Análise de Decisões (MAD) pensado e criado pelos professores Roberto de Freitas Filho e Thalita Lima. Com o auxílio dessa ferramenta, fez-se um desmembramento dos argumentos utilizados pelos Ministros julgadores e os conjugam com a análise de histórica, conceitual, prática e limítrofe dos conceitos aplicados ao abandono afetivo e à responsabilidade civil.

Para finalizar a pesquisa, foi feita uma conclusão sobre o tema, relacionando todas as informações e conceitos coletados durante o trabalho. Nessa síntese sobre os problemas examinados, foram apontados que possíveis desdobramentos a aplicação dos conceitos estudados durante o desenvolvimento da monografia traz para o mundo jurídico e científico. Por fim, foram apontadas pesquisas futuras que se beneficiariam pelo trabalho realizado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A história da família confunde-se com a história da humanidade. É impossível desassociar os dois. A família é a célula social primordial de onde nasceu a cresceu a primeira civilização. Na sua origem, há controvérsia quanto à sua estrutura, às relações de poder, de parentesco e de afeto que derivavam do convívio dessas pessoas.[1] Há referências sobre uma organização matriarcal[2], mas não há um veredito de que essa foi obrigatoriamente a forma de que a família se regia na pré-história, apesar de em algum momento, devido a inúmeras guerras e infortúnios advindos de acidentes de caça levassem há escassez de homens nos agrupamentos. Consequentemente é natural que a relação biológica da mulher com seus filhos a dessem uma posição de poder na organização familiar[3], dando ênfase à sobrevivência da espécie perante aos perigos da vida nômade e do mundo ancestral. Contudo, como já mencionado, não é possível afirmar que essa era a regra

[1] PEREIRA, S. CInstituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, *25ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 28.
[2] ENGELS, F. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Clube de Autores, 2009, p. 21.
[3] ENGELS, F. **Idem,** p. 22.

evolucionária da era pré-histórica[4], a variedade e complexidade humana traz uma miríade de possibilidades de formações das primeiras famílias. À depender das adversidades enfrentadas por cada agrupamento, assim como dos locais de onde habitavam. O que se pode afirmar, com alguma certeza, é que a havia pelo menos uma relação social entre pais e filhos, devido à própria imposição biológica da procriação.[5]

Somente a partir da história clássica é que é possível traçar, com mais clareza, as relações familiares. A organização familiar tornou-se mais complexa e mais eficiente, permitindo o aumento do número de pessoas daquele agrupamento, unificação de grupos familiares, utilização de tecnologia, assim como o início da autodeterminação do ser humano e sua compreenção dos fenômenos naturais e sociais.[6] Isso permitiu que dificuldades da vida natural humana fosse aos poucos diminuindo, a invenção de técnicas de agricultura, mobilização e estoque permitiram que os grupos se fixassem nas terras. Dando aos cultivos, terminando a vida nômade, culmiando com o nascimento das primeiras vilas e, posteriormente, das primeiras cidades.[7] Diante desse quadro, o modelo patriarcal de família tomou mais proeminência nas civilizações do ocidente.[8] Possivelmente isso se deu diante do aumento dos agrupamentos e, consequentemente, o maior encontro com grupos estrangeiros, culminando com as primeiras guerras.

Os homens passaram a ter um protagonismo maior no grupo familiar, cabendo a ele lutar para proteger a sua terra, as suas tecnologias (ferramentas) e, claro, a sua família. Aqui é possível vislumbrar o começo da preocupação com a propriedade e a relação que o pater família passou a ter como, não só protetor, mas detentor de tudo a sua volta, incluindo não só o território e suas ferramentas, mas os próprios membros familiares.

---

4 PEREIRA, S. C. Idem, ibidem.
5 ENGELS, F. Idem, ibidem.
6 ENGELS, F. Idem, pp. 11-12.
7 ENGELS, F. Idem, pp. 10-11.
8 ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Clube de Autores, 2009, pp. 47-48.

Essa máxima do poder patriarcal e do valor patrimonial fixou-se na espinha dorsal da cultura ocidental, e a todas as relações humanas passaram a orbitar nesses conceitos[9]. Conceitos esses que permaneceram enraizados na sociedade até os dias atuais, e passaram a ter, naturalmente, repercussão na própria estrutura da relação familiar. Como dito anteriormente, o *pater* era o centro da família, era o detentor não só dos objetos, mas das pessoas que pertenciam à sua área de influência, ele era, ao mesmo tempo: líder político, espiritual e juiz da sua família[10]. O seu poder era hereditário, passando ao filho, normalmente primogênito, o poder e a responsabilidade sobre a família e suas posses[11]. Nessa época, as mulheres, assim como os filhos e filhas, passaram a ser considerada como propriedades do pater família, pertencendo-lhe até direito de vida de e de morte, de impor castigo e de alienação dos membros familiares.[12]

Com o avanço civilizacional, a relação de dominação extrapolou a esfera biológica e o patriarca passou a ter domínio sobre outras famílias como proprietário de todas as pessoas que compunham seu território.[13] Por conseguinte, a figura do *pater familias* tornou-se o Príncipe, mantido por uma hierarquia social restrita, que se espelhava a uma hierarquia familiar *stricto sensu*. O Príncipe tinha domínio de todos os aristocratas pertencentes ao seu território, que tinham domínio de seus vassalos, e assim ia descendo a escada hierárquica até chegar ao chefe de família, que detinha o domínio sobre sua família biológica.

Na era clássica, o Direito se preocupou em resguardar o poder do *paterfamilia* e em proteger de sua propriedade.[14] O Direito Romano, que é a base do Direito Civilista da maioria das sociedades ocidentais, era fortemente entrelaçado com esses conceitos. Contudo, com a expansão do Império e o aumento da

[9] ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Clube de Autores, 2009, p. 78.
[10] PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30.
[11] ENGELS, F Idem, p. 58.
[12] PEREIRA, S. C. Idem, p. 29.
[13] ENGELS, F. Idem, p. 25.
[14] ENGELS, F. Idem, p. 58.

complexidade da sociedade romana, essas regras começaram a ser relativizadas; a especialização que os indivíduos romanos passaram a ter devido à complexidade da sociedade começaram a fazer pressão para a criação de mais direitos individuais, dando mais liberdade aos membros familiares para seguir carreiras não só militares, mas intelectuais, artísticas e públicas.[15] Passou-se a haver mais distribuição de bens, com a possibilidade de os filhos adquirirem bens, e a união de patrimônios diante do casamento.

Com a cristianização do Império Romano, o Direito de Família romano passou por transformações que tiraram ainda mais a autoridade do *paterfamilia*, o monopólio da instrução, da propriedade e da centralidade como figura principal passou a ser dividida com os líderes religiosos, que começaram a se tornar uma casta a parte, principalmente com a ascensão da igreja católica romana.[16] E apesar da relação familiar ainda permanecer fortemente ligada ao patriarca, a *caridade cristã* trouxe novos direitos aos outros membros da família ao trazer maior proteção ao "bom cristão", independentemente da sua filiação. Assim, aos poucos o poder do patriarca foi sendo distribuído pelos membros familiares e por instituições como a Igreja.[17]

Durante a Idade Média a estrutura familiar permaneceu praticamente a mesma da do final da Idade Clássica. Os valores cristãos nortearam as relações familiares por todo esse período, tendo ainda como máxima o poder do patriarca, a exclusão das mulheres da vida civil, e a proteção do patrimônio.[18] Isso só começou a ter as primeiras mudanças com movimentos como o Iluminismo e a Revolução Francesa.[19] Em verdade o Poder do Patriarca nesse tempo era quase que absolutamente concentrado na figura do feudal[20]. Ele, como nos meados da Idade

[15] PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30.
[16] Idem, ibidem.
[17] Idem, ibidem.
[18] JÚNIOR, H. F. **A Idade Média: nascimento do ocidente**. 2ª. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.
[19] DA SILVA, V. A. **A evolução dos direitos fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2005, 541-558.
[20] JÚNIOR, H. F. Idem.

Clássica, era o detentor da vida de todos os membros de seu feudo. Por exemplo, só ele capaz de permitir o casamento entre os seus servos, havendo inclusive a famosa regra da primeira noite, da qual após o casamento, o senhor feudal detinha o direito de ter a noite de núpcias com a esposa recém-casada. É preciso ressaltar que o senhor feudal não só detinha monopólio da autoridade do seu feudo, mas de toda a sua produção e bens de seus vassalos também, podendo ser confiscados a qualquer momento.[21]

Essa percepção começou a ter uma mudança de perspectiva com o aumento do comércio (Revolução Industrial) e a ascensão da classe burguesa, que apesar dos confiscos e da autoridade máxima do senhor feudal, conseguiram acumular riquezas e, consequentemente, influência política na sociedade europeia[22]. Essa perspectiva começou a tencionar as elites medievais à ou dar mais direitos individuais aos membros alheios ao núcleo de poder (Carta Magna Inglesa) ou de enfrenta-los em guerra sobre a hegemonia política (Revolução Francesa). Durante essa época houve o enfraquecimento do domínio da igreja católica, resultando em diversas alterações dos direitos individuais na Europa, principalmente os garantidores da propriedade individual e de liberdade de iniciativa.[23] É importante frisar que, apesar da elite europeia começar a alterar sua visão da autoridade do Príncipe e do monopólio da igreja sobre os ditamos morais, a proteção do patriarcado e do patrimônio continuou quase inalterada, excluindo as mulheres da vida civil e focando na família quase como um instrumento de transmissão de bens do pai para os filhos.[24]

Em alguns países europeus como Portugal e Espanha, a ascensão burguesa foi contida a ponto de se abortar as revoluções ou alterações políticas que a classe burguesa impôs a países como França e Inglaterra.[25] Mantendo o monopólio da

[21] JÚNIOR, H. F. **A Idade Média: nascimento do ocidente.** 2ª. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.
[22] HOBSBAWM, E. **A era da revoluções: 1789-1848.** São Paulo: Paz e Terra, 2015, pp. 15-16. [23] Idem, ibidem.
[23] Idem, ibidem.
[24] ALVES, L. B. (2007). O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 329-347.
[25] HOBSBAWM, E. Idem, p 16.

político-social da monarquia nesses países. Fato esse que teve profundas repercussões em suas futuras colônias, trazendo a elas a mesma estrutura feudal, institucionalizada e concentrada na figura do Rei e de seus representantes. Isso atrasou a implantação dos direitos individuais em territórios pertencentes a esses países, somente vindo a ganhar traços de reconhecimento muito tempo depois de consolidados em outros países.

Naturalmente foi o que aconteceu no Brasil na época de sua colonização, o bandeirante, capitão, senhor de engenho, que detinha o monopólio da autoridade[26] (subordinado apenas ou Rei) sobre um vasto território detinha a propriedade sobre sua produção e sobre as pessoas que o compunham, incluindo sua própria família.[27] Era ele a autoridade que determinava o destino de seus membros familiares e das pessoas que compunham seu território. Esses não eram só os familiares e os escravos, mas também os comerciantes e os profissionais liberais que gravitavam em volta de suas terras.[28]

A estrutura familiar brasileira, que ainda tinha como base o patrimônio, a hierarquia familiar patriarcal e o matrimônio. E assim permaneceu até meados da Idade Moderna, em especial até a segunda metade do Século XX.

A crise do Estado Liberal, que começou no início do Século XX e ganhou força após as Grandes Guerras, impulsionou uma série de mudanças sociais, tirando de cena o Estado Liberal e dando espaço ao Estado Social ou *Welfare State*.[29] Dentre os institutos que sofreram mais mudanças, a família e sua estruturação merece destaque. No Código Civil de 1916 somente era considerado Família propriamente dita a relação originada do matrimônio, era um conceito fechado em si mesmo, os filhos nascidos fora da família "legítima" (frutos das *justas núpcias*) não podiam ser

[26] VIANA, R. G. Evolução Histórica da Família Brasileira. In: R. d. (Coord.), A Família na Travessia do Milênio (pp. 325-332). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.
[27] CORRÊA, M. Repensando a família patriarcal brasileira. Cadernos de Pesquisa, São Paulo (37): 5-16, Mai. 1981.
[28] CORRÊA, M. Repensando a família patriarcal brasileira. Cadernos de Pesquisa, São Paulo (37): 5-16, Mai. 1981.
[29] LÔBO, P. L. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

legitimados e ficavam excluídos das responsabilidades parentais assim como do Direito de Sucessão[30]. Pode-se dizer que a família do final do século XIX e início do século XX era fundada nas mesmas máximas que perduraram desde a idade média: o Patriarcado, o Patrimônio e o Matrimônio[31]. Esses institutos começaram a fraquejar diante das mudanças sociais vividas no país, e no mundo, a partir da segunda metade do século XX, que, pautada nos Direitos Humanos, mas principalmente nos Sociais[32], trouxe um o enfraquecimento do Estado Liberal e ausênte. Nessa época começaram a surgir avanços na igualdade de gênero[33] com o Poder de voto conferido às mulheres em 1932, o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62 e a Lei da Separação, Lei 6.515/77. Verifica-se, portanto, o aumento da influência do Estado na família, diminuindo o poder do pater famílias e da religião católica na sua composição.

Essa evolução social resultou em uma mudança na própria estrutura familiar, alterando os conceitos seculares de família. O número de filhos passou-se a ser cada vez menor, a mulher passou a ter mais igualdade e independência perante ao marido e a própria sociedade, as pessoas passaram a se casar mais tarde e cada vez menos.[34] Essas mudanças culminaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe expressamente em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mudando o foco das relações sociais de eminentemente individual e patrimonial para social e solidário.[35]

Com a Constituição, o caráter solidário da família passou a ganhar espaço na legislação, assim como a igualdade material de seus membros. O foco passou da hierarquia familiar para a solidariedade familiar, a interação afetuosa ganhou força e

[30] ALVES, L. B. O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007, pp. 329-347.
[31] LÔBO, P. L. Idem.
[32] DORNELLES, J. R. A internacionalização dos direitos humanos. Revista da faculdade de direito de Campos, 2004, pp. 177-195
[33] DUARTE, C. L. **Feminismo e literatura no Brasil**. Estudos avançados, *v. 15*, *n.49*, 2003, pp. 157-172
[34] Idem, ibidem.
[35] ALVES, L. B. O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007, 329-347.

passou a ser determinante para caracterizar os elos e a responsabilidade familiar, com uma preocupação crescente da Dignidade de todos os seus membros.[36] Esse fenômeno alterou o requisito jurídico da formação familiar, dispensando o ato formal do casamento e a interação biológica e exigindo apenas o vínculo afetivo, tornando-se um vínculo fático.[37] Isso levou à possibilidade do reconhecimento das familias homoafetivas, monoparentais, à equiparação das uniões estáveis com o casamento, assim como ao reconhecimento do parentesco socioafetivo.

Deveras, a Constitucionalização do Direito Civil levou a alterações profundas no Direito da Família, um dos institutos que mais sofreu mudanças fáticas, doutrinárias e legislativas[38]. Contudo, o Código Civil de 2002 manteve, quase que inalterado, conceitos antigos como: casamento, regime de bens, bem de família, alimentos, tutela e curatela, entre outros.[39] Mesmo com essa manutenção, ele também reconheceu em seu artigo 1593, outras formas de parentesco, como o por afinidade ou socioafetivo.

É notória a mudança axiológica do instituto familiar moderno, deixando de ser pautado apenas na proteção do patrimônio, do patriarcado e da religião, Aos poucos essa área do Direito está se reestruturando com base na dignidade, na liberdade, na igualdade, na afetividade e na solidariedade familiar.

3 AS NORMAS JURÍDICAS QUE COMPÕE A RELAÇÃO PAI E FILHO

É verdade que as normas jurídicas no direito de família sofrem de um paradoxo, de um lado há normas modernas, pautadas nos Princípios Fundamentais trazidos pela Constituição de 88 (ECA, Estatuto do Idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei Maria da Penha), enquanto há normas que permaneceram predominantemente conservadoras (Código Civil de 2002). Em razão dessa

[36] ALBUQUERQUE, F. S. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. Congresso Brasiliero de Direito de Família, 2004, pp. 161-179.
[37] ALVES, L. B. Idem.
[38] COSTA, J. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica, *v. 13, n. 26*, 2009, pp. 127-140
[39] ALVES, L. B. Idem.

dicotomia, há confusão de como os novos princípios são aplicados nas relações entre pai e filho, sendo biológica ou mesmo por afetividade. É preciso fazer um panorama de como os novos conceitos (afetividade e cuidado familiar) são aplicados na norma jurídica brasileira e como eles se relacionam com princípios mais conservadores.

3.1 O valor jurídico do afeto

Para a compreensão sobre o abandono afetivo é preciso entender como a norma jurídica lida com os componentes dessa tese. Portanto, se torna imperioso determinar como o afeto é caracterizado pelo ordenamento, para que se vislumbre se o termo utilizado é o correto, para determinar a pretensão de compensação por danos morais, e se o é, o porquê.

O afeto ganhou novas proporções axiológicas após a introdução de novos conceitos trazidos pela Constituição Federal de 88.[40] Pautada no Princípio da Dignidade Humana e na Solidariedade, a Constituição[41] valorou conceitos sociais e libertários como Direitos Fundamentais, com dever de observância por toda a ordenação jurídica brasileira, sendo inclusive guia para as próprias determinações do seu texto.[42] A exemplo disso, em seu Capítulo VII, a Constituição teve cuidado especial com a família e seus membros, visando a sua proteção, buscando sua dignidade e implementando a solidariedade familiar.[43] Na perspectiva infraconstitucional, se observa essa mudança paradigmática nos Estatutos da Criança e do Adolescente (ECA), do Idoso, da Pessoa com Deficiência e em leis como na do Divórcio e na Lei Marinha da Penha. Nelas, é possível observar a positivação dos

[40] SIMÕES, T. F. **A família afetiva: o afeto como formador de família**. IBDFAM - Instituto Brasilieiro de Direito de Família, v.24, 2007.
[41] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título I; Art. 1º, Inc. II; Art. 3ª, Inc. I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.
[42] LÔBO, Paulo Luiz Netto **Princípio da solidariedade familiar**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, 2007, pp. 144-159.
[43] BRASIL. Idem. Título VII; Arts. 226, 227, 229 e 230. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, da Igualdade e da Solidariedade.[44]

Para uma melhor visualização desse fenômeno, o quadro a seguir mostra como esses princípios influenciaram a legislação do ECA:[45]

	Dignidade da Pessoa Humana	Liberdade	Igualdade	Solidariedade
ECA	Arts. 3º, 7º, 17, 18 e 18-A, 94, Inciso IV; 100, § Único, I;	Arts. 3º; 15; 16; 25, § Único; Art. 53, Inciso I; 75; 100, § Único, Inciso IV e V; 106 e seguintes.	Arts. 3º § Único, 20; 75; 141	Art. 4º; 18, 19; 22, § Único; 70; 98, Incisos I

Como observado, os Direitos Fundamentais tiveram uma forte influência no legislador na elaboração desse estatuto, garantindo à criança e ao adolescente a aplicabilidade desses conceitos constitucionais, não só no âmbito familiar, mas perante a própria sociedade. Alguns autores consideram que essa mudança axiológica representa o reconhecimento de novos princípios jurídicos, como o Princípio do Melhor Interesse da Criança[46], o Princípio do Cuidado[47] e por fim, e alvo de análise deste subcapítulo, o Princípio da Afetividade.[48]

[44] PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 41

[45] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 ago 2018.

[46] PEREIRA, T. d. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio (pp. 215-234). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

O afeto como valor jurídico não possui uma definição precisa, havendo inclusive discussão se deve receber o status de princípio jurídico[49]. Tem-se que o afeto é o elo que une os laços familiares, de amor e cumplicidade e solidariedade entres seus membros, ou seja, utilizando os Princípios Constitucionais, o princípio da afetividade é a proteção da relação humana. É pautado na empatia e reciprocidade positiva (Solidariedade) do qual deve ser livremente aceito pelas partes (Liberdade); vedado qualquer preconceito étnico, cultural ou social (Igualdade), de forma a ser deve ser respeitado por todos (Dignidade da Pessoa Humana).[50] Esse conceito, segundo Ricardo Calderón, tem dupla face: uma para criar elos familiares pela afetividade (Art. 1.593 do Código Civil)[51] e a outra com a função de dever jurídico[52]. Contudo, o Código Civil de 2002 trouxe poucos avanços no conceito da nova família, apesar do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, manteve-se silente quanto à função de dever jurídico do afeto, principalmente no que tange o poder familiar. O código manteve seu foco principalmente no patrimônio, no matrimônio e nas relações biológicas.[53]

Diante dessa contradição apresentada no Código, extrai-se que não houve uma aceitação incondicional da afetividade no ordenamento jurídico e que, portanto, a relação de parentesco não está unicamente relacionada à percepção de amor, carinho ou afeto entre duas pessoas, mas a preceitos mais concretos.[54] Esse raciocínio dificulta a aplicação da face obrigacional do princípio da afetividade, e

---

[47] TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, &
G. d. OLIVEIRA, **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 357-379.

[48] CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

[49] Idem, ibidem.

[50] CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1. Acesso em 10 de agosto de 2018. pp 190-192.

[51] BRASIL. **Código Civil de 2002**, Lei nº 10.406/02. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo I Disposições Gerais; Art. 1593. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

[52] CALDERON, R.L. Idem, p. 245.

[53] ALBUQUERQUE, F. S. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. Congresso Brasiliero de Direito de Família, 2004, pp. 161-179.

[54] CALDERÓN, R.L. Idem.

impõe limites para sua utilização como instrumento de reconhecimento de vínculo familiar. Em outras palavras, exige-se dos operadores do direito a aplicação do conceito da afetividade de forma objetiva.[55]

Assim, esses operadores têm manejado a afetividade como princípio jurídico com cuidado, de modo a não banalizar as relações familiares genuínas, para impossibilitar que relações de forte amizade sejam consideradas como relações familiares, gerando, inclusive, possíveis reflexos no direito sucessório. Contudo, é uma ferramenta importante para garantir que a nova visão axiológica do afeto permita que famílias de fato sejam protegidas pelo ordenamento jurídico, e que sejam cada vez mais reconhecidas nas suas peculiaridades.[56]

A utilização, objetivamente, o princípio da afetividade, têm-se mostrado um desafio. Já é uma tarefa colossal apenas determinar os seus limites.[57] Ao condicionar o elo familiar à apenas a percepção afetiva de determinadas pessoas, as diferenças fáticas das relações familiares inviabilizaria a operacionalização do Direito e desvirtuaria o instituto. Um pai distante continua sendo pai, mesmo que seu filho não o considere assim, um amigo próximo continua sendo um amigo e não irmão ou tio ou pai. Portanto não é possível, utilizando-se apenas da afetividade, determinar objetivamente, se há uma relação familiar. Por essa razão esse princípio é utilizado pelos magistrados apenas como uma das ferramentas a serem utilizadas na construção da sua convicção para reconhecer, ou não, uma relação parental.[58] A afetividade possui valor jurídico nítido na legislação e na sociedade, mas ela não rege, puramente, as relações familiares.

Para demonstrar como essa dicotomia afeta a aplicação do princípio da afetividade no abandono afetivo, cabe a análise do primeiro julgado sobre abandono

[55] CALDERON, R.L. Idem, p. 246.
[56] RAMOS, C. L. S. **A família constitucionalizada e pluralismo jurídico**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 61-70.
[57] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Repertório de Jurisprudência IOB, v.3, n.13, 2006, p. 2.
[58] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1328380/MS. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 21/10/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201102338210.REG>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

afetivo que chegou ao Superior Tribunal de Justiça. Ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível n° 408.550-5, condenou um pai que cortou relações com seu filho após constituir nova família. Restou comprovado que seu filho foi privado do convívio familiar com seu pai a partir do nascimento da sua outra filha, fruto de outro casamento.[59] Acórdão, em suas partes relevantes, transcrito a seguir:

> Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura [...]

E que:

> Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a A., para além da indenização material pleiteada, a esperança que o genitor se sensibilize e venha atender suas carências e necessidades afetivas [...].

Vindo, por fim, a condenar o pai réu:

> Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

Dessa forma, o Tribunal de Minas Gerais considerou que a afetividade é o dever que forma o laço obrigacional com seu filho. Posteriormente, o STJ pela primeira vez, no REsp nº 757.411/MG[60], já sob a vigência do Código Civil de 2002, enfrentou o tema do abando afetivo e reformou integralmente o referido acórdão:

---

[59] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 408.550-5. Apelante: Alexandre Batista Fortes, menor púbere assist. por sua mãe. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Desembargador Unias Silva. Belo Horizonte,01/04/2004. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KnKKG52MEoEJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/up loads/jurisprudencias/IELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[60] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411/MG. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 10 set. 2018.

> No caso de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

E conclui que "Desta feita, escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada".

Como se pode observar das decisões apontadas, o Tribunal de Minas Gerais entendeu que o afeto é o elo que forma o laço parental, tornando-o obrigatório à relação pai/filho. Já o Superior Tribunal de Justiça considerou que não cabe o judiciário forçar o afeto de um pai ao filho, retirando-se dessa lógica a obrigatoriedade da afetividade na relação. Posteriormente o STJ veio a reconhecer o abandono afetivo, mas por fundamentos diversos e, ainda assim, o entendimento é controverso e não consolidado na corte. O mesmo caso foi levado ao STF, mas esse Tribunal não conheceu o Recurso Extraordinário por considerar que se tratou de matéria infraconstitucional.[61]

O caso do abandono afetivo está em uma zona cinzenta da aplicabilidade do princípio da afetividade, uma vez que o utiliza como um dever imposto aos membros da entidade familiar[62], não como uma liberdade de duas, ou mais pessoas, de formar laços familiares[63]. Consequentemente, há teses que defendem veementemente o

[61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 567164 ED/MG. Relator: Minª. Ellen Gracie. Brasília, 11/09/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ABANDONO+AFETIVO%29&ba se=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j757uup>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[62] DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C.M. Nem só de pão vive o homem. Sociedade e Estado, v. 21, n.3, 2006.

[63] ALBUQUERQUE, F. S. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. Congresso Brasiliero de Direito de Família, 2004, pp. 161-179.

abandono afetivo, por proteger as partes mais carentes em uma relação familiar, assim como há quem defenda que não se pode exigir a obrigatoriedade do amor, da cumplicidade e da solidariedade mútua como condição *sine qua non* de uma relação familiar. Nesse contexto, em uma relação de genitor com sua prole, surgem duas indagações: a) as relações parentais de pai e filho constituídas pela afetividade podem ser destituídas pela sua falta ou termo? b) essa mesma relação, constituída biologicamente ou civilmente, deve ser obrigada se manter de forma afetuosa?

Para responder essas perguntas é imprescindível entender como se dá o abandono afetivo, mas para isso é preciso analisar a aplicabilidade de outro instituto do Direito de Família, o Poder Familiar (antigo Pátrio Poder) que será debatido no próximo item deste trabalho.

3.2 O poder familiar na família contemporânea

O antigo Pátrio Poder recebeu mudanças significativas com o advento da Constituição de 1988. Seguindo a evolução do próprio conceito de família, houve uma evolução na forma que o Estado observava a relação entre os genitores e a sua prole.

Até o início do Séc. XX o marido, o chefe da família, detinha a concentração do Pátrio Poder, somente havendo possibilidade de ser transferido à mãe se ele falecesse[64]. Esse poder se confundia com a própria tradição do Patriarcado, configurando a manutenção da hierarquia familiar e a proteção dos bens patrimoniais da família, tudo sob a administração do pai. Essa configuração familiar foi sendo alterada até o final do Século, começando com o reconhecimento dos direitos das mulheres (Estatuto da Mulher Casada)[65] até a valoração do interesse do menor[66] e o

[64] PEREIRA, S. C. Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 516-517.
[65] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177- 189.
[66] PEREIRA, T. d. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 215-234.

seu reconhecimento como Sujeito de Direito.[67] Com o advento da Constituição de 88 ficou clara a não só a descentralização do poder do chefe de família, sendo dividido com a mãe do filho, mas também a mudança da perspectiva do próprio pátrio poder, deixando de ter características de um poder potestativo dos pais e tornando-se um poder-dever para proteger o desenvolvimento do menor.[68]

Diante dessa mudança de perspectiva quanto à relação parental, o pátrio poder foi renomeado para poder familiar com a publicação do novo Código Civil, a fim de demonstrar a igualdade de direitos e deveres dos pais perante seus filhos. Contudo, ainda há críticas há essa nomenclatura, uma vez que não demonstra o deslocamento do entendimento do poder familiar como uma forma predominante potestativa para um caráter obrigacional, de forma a garantir o desenvolvimento sadio do menor[69]. Ou seja, o deslocamento axiológico da soberania do interesse dos pais para o melhor interesse da criança e do adolescente, tornando-se um poder-dever dos pais não só a administração da criação do filho, mas também a própria garantia os Direitos Fundamentais do menor (art. 227 da CF).[70]

Essa mudança do conceito do poder familiar veio diante das mudanças da família moderna e foi positivada no Arts. 226, § 5º, 227 e 229 da Constituição Federal[71], pelo Arts. 6º, 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente[72], e finalmente pelo Código Civil de 2002[73], que reafirmou esses direitos e deveres, além de determinar como seria a sua instituição e o seu término.

---

[67] DOS SANTOS PONTES, L. P. Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1. 2015, p. 114.
[68] DOS SANTOS PONTES, L. P. Idem, p. 111.
[69] LÔBO, P.L.N. Do poder familiar. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, p. 177-189.
[70] ALBUQUERQUE, F. S. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. Congresso Brasiliero de Direito de Família, 2004, pp. 161-179.
[71] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Capítulo VII; Arts.226, § 5º, 227 e 229. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.
[72] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. Título I. Art. 6º; Capítulo III, Seção I, Arts. 21 e 22. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.
[73] BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V Do Poder Familiar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

O seu início surge com o reconhecimento, espontâneo ou judicial, da relação de paternidade, seja ela biológica ou civil, por meio da adoção ou o reconhecimento pela socioafetividade, também sendo tratada como posse do estado de filho.[74] Para esse estado de posse, a doutrina tem apontado três requisitos para a sua identificação. Sendo caracterizada a filiação, essa não pode ser revogada por arrependimento, a não ser nos casos de erro ou falsidade de registro.[75] Assim, fica respondida a questão: as relações parentais de pai e filho constituídas pela afetividade podem ser destituídas pela sua falta ou termo? A resposta é não, mesmo que venha a surgir animosidade entre o pai e o filho socioafetivo, sua relação parental não pode ser revogada ou extinguida, devendo ser mantido o poder familiar até que a sua extinção se resulte pelos casos previstos em lei[76], e ainda assim, após a extinção do poder familiar subsiste a relação parental para todos os efeitos legais.

Agora, a discussão quanto à obrigatoriedade de afetividade na relação filial cabe outro raciocínio. Para adentrá-la é preciso elencar os deveres advindos com a filiação, ou seja, os deveres decorrentes do poder familiar, e se a afetividade também entra nessa órbita obrigacional.

Sob o ponto de vista positivista, o poder familiar no Código Civil de 2002 trouxe poucas mudanças em relação ao Código de 1918, alterando-o em apenas para incluir dois pontos: a extinção e a perda do poder familiar por decisão judicial. Quanto à disposição dos bens dos filhos, essa parte foi realocada para o Título destinado ao Direito Patrimonial, apesar de ainda dizer respeito ao poder familiar.[77]

Diante dessa pouca mudança formal, é preciso interpretar esses artigos em conjunto com o restante do ordenamento jurídico, o primeiro, logicamente, é a própria Constituição Federal, escancarando o fenômeno da constitucionalização do

[74] PEREIRA, S. C. Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 362.
[75] BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo II Da Filiação, Art. 1.604. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.
[76] BRASIL. Idem. Capítulo V; Seção III Da suspensão e Extinção do Poder Familiar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.
[77] LÔBO, P.L.N. Do poder familiar. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.

Direito de Família.[78] As disposições constitucionais[79] que dizem respeito ao poder familiar são o § 7º do Art. 226, que salienta:

> Fundando nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O caput do art. 227 que dita:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E, por fim, o art. 229 estabelecendo que "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

A interpretação que se tira desses dispositivos, com enfoque nos deveres familiares e o poder familiar no âmbito constitucional, é a de que:

O planejamento familiar é de livre decisão de quem a administra (casal aqui deve ser interpretado em um sentido mais amplo, de modo a abarcar as famílias monoparentais e homoafetivas), contanto que se respeite a dignidade de quem por ele é administrado[80], além do que o poder familiar deve ser exercido de maneira responsável, ou seja, ele é discricionário, porém encontra limites na proteção da dignidade de seus membros e no juízo de razoabilidade e proporcionalidade.[81]

---

[78] LÔBO, P.L.N. Constitucionalização no direito civil. Id/496874, 1999, pp. 104-105. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2018

[79] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Capítulo VII; Arts.226, § 7º, 227 e 229. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

[80] DOS SANTOS PONTES, L. P. Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 110.

[81] SOBRAL, M.A. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010.

O dever de garantir os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente é compartilhado pela família, pela sociedade e pelo Estado, contudo, essa responsabilidade dever ser observada no campo que lhe compete. Como o art. 227 da Constituição é considerado a síntese do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente[82], ele determina os deveres desses entes para com os tutelados pelo artigo. A responsabilidade do Estado é extensa, o Capítulo VII da Constituição traz uma extensa linha de responsabilidade do Estado, indo desde a assistência no planejamento familiar[83], até a criação do plano nacional de juventude, que visa à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.[84] A responsabilidade da Sociedade está delimitada na proteção dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, seja de forma ativa, de forma assistencial, como estímulo ao acolhimento de criança ou adolescente órfão ou abandonado[85], ou de forma negativa, punindo severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.[86] A família ficou responsável de dar efetividade à garantia os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, por meio do poder familiar, utilizando-se das práticas Estatais e Sociais a fim de proporcionar uma vida digna às crianças e adolescentes integrantes do ente familiar.[87]

No artigo 229 diminui-se o escopo dos deveres, sendo objetivamente direcionado aos pais os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, e, aos filhos maiores, posteriormente, o dever de amparar os pais na velhice, carência ou

[82] BARBOZA, H.H. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, p. 203.
[83] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 226, § 7º. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.
[84] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Capítulo VII; Art. 227, § 8º, Inc. II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018
[85] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Capítulo VII; art. 227, § 3º, Inciso VI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018
[86] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Capítulo VII; art. 227, § 4º. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.
[87] BARBOZA, H.H. Idem, pp. 205-207.

enfermidade. Esse artigo também serve de diretriz para os deveres dos pais e de como o poder familiar deve ser interpretado.

No âmbito infraconstitucional, duas Leis normatizam o poder familiar, uma é o próprio Código Civil e a outra é o Estatuto da Criança e do Adolescente. A primeira apresenta um conjunto normativo curto e genérico, quanto ao poder familiar, concentrando as disposições quanto ao seu exercício em seu art. 1634, que assim se transcreve[88]:

> Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> I – dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> III – conceder-lhes ou negar-lhe consentimento para viajarem ao exterior;
>
> IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
>
> V – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> VI – representa-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los;
>
> VII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> VIII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nesse artigo, em seu inciso I é possível observar a obrigatoriedade dos pais administrarem a criação e a educação do filho, contudo o texto normativo não elenca parâmetros conceituais sobre o que seria criação e educação, ou como esses deveriam ser alcançados. Em outras palavras, o Código Civil de 2002 determina dois

[88] BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

deveres, mas não determina os meios para atingi-los, devendo ser conjugado com os arts. 229 da Constituição e 22 do ECA.[89]

Nos demais incisos, o Código é mais minucioso, taxando objetivamente a discricionariedade dos pais quanto ao casamento, à viagem internacional, à mudança de residência para outra cidade, à nomeação de tutor. Nos incisos (II, VII e VIII) são elencados os poder-deveres caso as situações fáticas, por eles delimitados, venham a se concretizar.

O inciso IX é o que melhor representa a ancestralidade hierárquica potestativa das antigas relações familiares conservadoras. Dando aos pais, não a discricionariedade, mas o poder-dever de exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. É um dispositivo um pouco paradoxal e anacrônico, uma vez que é exigida da criança e do adolescente é a educação e não serviços alheios à sua condição.[90] Esse inciso deve ser apreciado com cautela, não podendo ser obrigada a criança e o adolescente à uma contraprestação pelo exercício do poder familiar exercido pelos pais. O poder de guarda merece um adendo, ele não está vinculado diretamente ao poder familiar, podendo ser exercido por outro, mesmo que não se extinga o poder familiar. São dois institutos diversos, apesar de coexistentes nos deveres que devem ser prestados em interesse dos menores.[91]

O ECA (Lei 8.069/90) é a outra fonte normativa que dispõe sobre o Poder Familiar[92] e veio dar eficácia ao art. 227, § 8º, Inciso I, da CF, (A lei estabelecerá: o estatuto da juventude, destinados a regular os direitos dos jovens), assim como ao seu art. 229.[93] Esse estatuto ampliou consideravelmente os deveres relacionados ao poder familiar, positivando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do

[89] DOS SANTOS PONTES, L.P. Idem, ibidem.
[90] LÔBO, P.L.N. **Do poder familiar**. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.
[91] TEPEDINO, G. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. Afeto, ética, família, e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 309.
[92] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulo III, Seção I, Art. 22. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018
[93] DOS SANTOS PONTES, L.P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 111.

Adolescente.[94] Esse princípio em si, já era resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 99.710/99 que ratificou a doutrina da proteção integral dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em novembro de 1989 na Convenção Internacional sobre os Diretos da Criança.[95] Tendo, inclusive, forte influência sobre o texto constitucional, uma vez que o art. 227 da CF é reconhecido como a síntese dessa Convenção[96]. Mas foi no Estatuto que este princípio ganhou mais força, direcionando o restante do texto normativo.

Portanto, ao determinar os deveres inerentes ao poder familiar, deve-se sempre interpretá-los utilizando-se desse princípio, de modo a proteger esses sujeitos de direito[97], que estão na condição peculiar de desenvolvimento. Esse Estatuto expandiu os parâmetros a serem considerados para limitar o poder familiar, que pelo Código Civil apenas determinava aos pais o dever de criação e educação[98], agora concomitantemente com o ECA, passou a determinar que essa criação deva garantir os Direitos Fundamentais e o Direito à Convivência. O Estatuto elencou padrões objetivos de criação, de modo que todo ato de autoridade dos pais deva observar a proteção e efetivação desses Direitos[99]. Na relação parental, os pais devem mantê-los no seio de sua família, de modo a educá-los e cria-los de maneira digna e respeitosa, sempre garantindo suas liberdades, compreendidas no rol exposto no art. 16, sendo vedada qualquer meio de tratamento cruel, devendo ser criados e educados “sem o

[94] PEREIRA, T. D. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.
[95] BARBOZA, H.H. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 205-207.
[96] Idem, Ibidem.
[97] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulo II,, Art. 15. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.
[98] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634, Inc. I.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.
[99] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulos II e III, arts. 15, 16, 17, 18, 18-A e B e 19. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em 10 de agosto de 2018

uso de castigo físico ou tratamento degradante, como formas de correção disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais [...]".[100]

Observa-se da leitura desses artigos o que o fenômeno garantista da legislação moderna em torno do poder familiar, e deslocou o poder absoluto do pai para um dever garantidor da dignidade do menor.[101] Apesar de ainda haver discricionariedades quanto seu exercício, o Estado limitou consideravelmente seu alcance. A questão que interessa ao Abandono Afetivo é: esse fenômeno passou a exigir uma relação de afeto no seio familiar? Após a análise do valor jurídico do afeto, é possível inferir que o princípio da afetividade serve como meio de constituição familiar, mas a sua obrigatoriedade em relação ao exercício do poder familiar ainda é uma questão nebulosa, em razão da dificuldade da aplicação de parâmetros objetivos.[102]

Nas hipóteses da extinção de suspensão ou extinção do poder familiar[103] parece clara falta de afetividade, pois parece lógico que um pai que: a) castiga imoderavelmente o filho; b) o deixa em abandono; c) pratica atos contrários à moral e aos bons costumes;d) falta aos deveres a eles inerentes ou arruína os bens dos filhos reiteradamente; e) entrega de maneira irregular o filho para terceiro para fins de adoção. Não deve ter uma relação afetuosa com seu filho, contudo isso não pode ser levado a uma presunção absoluta. Um pai pode amar seu filho, mas falhar ao

[100] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulos II e III, arts. 15, 16, 17, 18, 18-A e B e 19. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em 10 de agosto de 2018

[101] FERREIRA, L.A.M. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação.** 2004. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92222/ferreira_lam_me_prud.pdf?s>. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 78.

[102] CALDERON, R. L. O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 ago 2018, pp. 246-247

[103] BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção III Da Suspensão e Extinção do Poder Familiar; Arts. 1.635 e 1638. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ponto de pôr em risco a segurança e a dignidade de sua prole e, consequentemente, perder seu poder familiar sobre ele.[104]

Da mesma forma, um pai que não tenha nenhuma afeição por sua prole pode cria-lo de maneira exemplar, garantindo todas as necessidades exigidas em lei, mantém o seu Poder Familiar intocado. Ricardo Calderón considera que nesse aspecto o afeto objetivo se distancia de seu aspecto sentimental, devendo apenas ser comprovada os parâmetros objetivos exigidos em lei[105]. Portanto, o sentimento de afeto não é requisito para o exercício do poder familiar. Respondendo, enfim, à segunda pergunta proposta no item anterior: "b) essa mesma relação, constituída biologicamente ou civilmente, deve ser obrigada se manter de forma afetuosa?".

Diante dessas considerações, é necessário levar em consideração o caráter punitivo da extinção do poder familiar, esse instrumento é uma punição aos pais ou um direito do filho? Essa pergunta se responde com o mesmo raciocínio utilizado na aplicabilidade da obrigatoriedade do sentimento de afetividade na paternidade. A perda do poder familiar pode ser, ou não, uma punição aos pais, dependendo do grau de afetividade para com seus filhos, mas a sua aplicabilidade resulta da aplicação do princípio do melhor interesse do menor[106], que visa a cessar o comportamento lesivo dos pais independentemente do afeto parental.

Portanto, se a suspensão ou extinção do poder familiar não pode ser considerada como uma punição, é imperioso que se determine, então, qual seria a forma de punição jurídica, concreta, dos pais que não cumprem com suas obrigações legais e seus fundamentos. O direito lida com o abandono de menor com duas esferas diferentes, a civil (com a compensação por dano moral através da responsabilidade civil) e a penal (através dos tipos penais do abandono material, moral e intelectual). A Responsabilidade Civil, para Rodrigo da Cunha Pereira, seria

[104] LÔBO, P.L.N. Do poder familiar. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.
[105] CALDERON, R.L. O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 Ago. 2018, pp 246-247.
[106] LÔBO, P.L.N. Idem, ibidem.

a forma mais eficaz de compensar um menor por uma juventude prejudicada pelas ações, ou omissões, lesivas praticadas por seus pais.[107] Para isso é preciso determinar as características objetivas do dever do pai para com seu filho, para que não fique à discrição dos julgadores. Já foi constatado que a afetividade não parece ser um instrumento hábil para essa finalidade, devido a sua subjetividade intrínseca. Como solução, a Terceira Turma do STJ ao julgar uma ação versada no abandono afetivo, condenou o pai abandonante a compensar sua filha pela a ausência de cuidado dele para com ela enquanto menor[108] e não pela ausência do trato afetuoso, o que retirou da equação da responsabilidade civil esse sentimento.

3.3 A normatização do cuidado

O cuidado é uma figura jurídica que vem ganhando força com o advento da Constituição de 1988. Pautado na dignidade da pessoa humana, o cuidado não só visa garantir que as relações humanas sejam permeadas pela cautela e pelo poder-dever de proteção do sujeito, mas também a garantia de todos os direitos a ele inerentes para seu desenvolvimento digno.[109]

No caso, o cuidado do menor incapaz deve ser norteado pelo art. 227 da CF[110], que em sua literalidade dispõe:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[107] DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C.M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n. 3, 2006.

[108] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[109] ALFAIATE, A. R. Autonomia e Cuidado. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.13.

[110] BITTENCOURT, S. R. O Cuidado e a Paternidade Responsável. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.46.

Conforme pode se ver, o cuidado é o meio para se atingir um fim desejado, ou seja, a criança e o adolescente devem ser cuidados para que atinjam sua maioridade de forma digna e, portanto, qualquer conduta que resulte na violação dos direitos elencados no artigo mencionado seja punida pela violação do dever de cuidado. O art. 227 da CF discorre de forma minuciosa sobre a forma que deve ser cuidado o menor incapaz.[111]

O cuidado e a afetividade têm semelhanças quanto a sua aplicação e escopo, mas não se confundem, sendo eles, no máximo, sinérgicos. O cuidado é mais facilmente realizado se houver uma relação afetiva entre as partes, contudo se o vínculo familiar for formado pela afetividade, o cuidado recíproco se torna um poder-dever. O cuidado é um meio de garantir o desenvolvimento com dignidade do bem tutelado, é uma imposição fática de proteção ao sujeito[112] e, segundo o próprio art. 227 da Constituição Federal, é imputável à família, à sociedade e ao Estado. Já o afeto é uma característica das relações humanas com efeitos jurídicos. Para Ricardo Calderón, essa característica do cuidado como um dever jurídico imputado a quem tem uma relação de parentalidade seria uma faceta do princípio da afetividade[113]. Essa dificuldade de delimitar onde termina o cuidado e começa o afeto (e vice- versa) é levada inclusive ao próprio STJ, que, na Quarta Turma, recentemente adotou o termo cuidado afetivo para afastar a condenação por Abandono Afetivo.[114]

O cuidado como princípio jurídico encontra a sua efetividade no âmbito da família, ele complementa o poder familiar, uma vez que o cuidado procura sanar os

[111] BITTENCOURT, S. R. O Cuidado e a Paternidade Responsável. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.46.

[112] TUPINAMBÁ, R. C. O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico (pp. 357-379). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363

[113] CALDERON, R. L. O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 ago. 2018, pp. 246-247.

[114] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1579021/RS. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017. Acesso em 10 de agosto de 2018

danos já ocorridos e prevenir os futuros[115]. Ele se adere ao poder familiar, pois visa garantir o desenvolvimento digno e seguro dos filhos.[116] Considerando que o cuidado é um princípio jurídico e que princípio é norma[117], a não observância de suas diretrizes implica em um ilícito jurídico passível de punição.

Para tanto é preciso saber a definição de cuidado como norma jurídica e a sua aplicação. Para Leonardo Boff cuidado é:

> O que se opõe ao descuido e ao descaso é o cuidado. Cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção, de zelo, e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de desenvolvimento afetivo com o outro.[118]

Nota-se que o termo utilizado é o de desenvolvimento afetivo, mas não de dever afetivo. O cuidado impõe atitudes, atos reiterados e objetivos que visam, ao decorrer do tempo, desenvolver o elo afetivo. Dessa forma, a afetividade ainda é uma discricionariedade de quem deve cuidar, contudo a sua prática procura fazer florescer este sentimento de forma natural.[119] Nesse diapasão, o objetivo do cuidado é o de se opor ao descuido e ao descaso com o menor, fazendo prevalecer o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.[120]

O cuidado já foi manejado como dever jurídico imposto ao pai, na forma de dever de criação[121] e de proteção dos direitos fundamentais[122] do menor. A ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp[123] 1159242/SP considerou que:

---

[115] BOFF, L. Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares? In: T. d. PEREIRA e OLIVERIA, O Cuidado como Valor Jurídico (pp. 1-12). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10.
[116] SCAFF, Fernando Campos (2010). **Considerações sobre o poder familiar.** Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo. Atlas.
[117] TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico (pp. 357-379). Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 358-362
[118] BOFF, L. **Saber cuidar:** ética do humano. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 34.
[119] SOUZA, W. O. **Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo**. Revista Espaço Acadêmico Vol. 15 Iss *176*, 53-63, 2015, pp. 57-58.
[120] TUPINAMBÁ, R. C. Idem, ibidem.
[121] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634, Inc. I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10 ago. 2018.

> Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

E apresenta a correlação do cuidado com o art. 227 da Constituição Federal: "Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: "[...] além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência [...]".

Fez-se então a distinção entre a faculdade de amar e o dever de cuidar e a sua imposição jurídica:

> Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.
>
> A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese *o non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Por fim, a ministra relatora considerou que a atitude de descaso do pai com a filha em relação aos seus filhos posteriores foi conduta ilícita decorrente da omissão do exercício do dever de cuidado. Inclusive o dano moral sofrido pela filha abandonada foi considerado como *in re ipsa*, ou seja, presumido, dispensando a recorrida de comprovar o abalo psicológico sofrido.

Destaca-se então que o princípio do cuidado não é sinônimo do princípio da afetividade, apesar de endossa-lo.[124] Contudo, a sua aplicação ainda não é clara, o

---

[122] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 agosto 2018

[123] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em 10 de agosto de 2018

[124] TUPINAMBÁ, R. C. Idem, ibidem.

seu alcance e as condutas efetivamente lesivas dos pais abandonantes relativas aos seus filhos ainda decorrem da análise caso a caso do julgador. O abandono afetivo, fundamentado no dever de cuidado, tem lineamento mais concreto, mas no fim cabe ao julgador determinar quais são os limites da obrigação legal dos pais de "dirigir-lhes a criação e a educação"[125] aos filhos assim como garantir-lhes "o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária"[126] além de protege-los de "toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".[127]

Como dito anteriormente, em julgado recente, a Quarta Turma do STJ afastou a tese do abandono afetivo por ausência de imposição legal do cuidado afetuoso[128]. Ocorre que há um entendimento reverso do firmado pela Terceira Turma desse Tribunal. A ministra Maria Isabel Gallotti considera que o cuidado, apesar de suas delimitações serem consubstanciados em atos e fundamentos fáticos, ainda impõe obrigação de afeto por parte do pai.

Para entender esse embate de fundamentos travado no Superior Tribunal de Justiça, esta pesquisa agora se propõe a examinar como o Estado tutela o abandono do menor, nas esferas penais e civis, para enfim fazer um cotejo das três decisões sobre o abandono afetivo proferidas no STJ e determinar como os princípios da afetividade e do cuidado foram manejados por seus magistrados.

---

[125] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634, Inc. I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[126] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

[127] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[128] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 10 ago. 2018.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL PELO ABANDONO DE MENOR

A história do abandono de menores no Estado brasileiro é marcada por uma total ausência de interesse que foi se tornando uma crescente preocupação primeiro com a proteção da sociedade, e depois com o bem-estar da criança e do adolescente. No século XIX era pratica usual abandonar a criança indesejada em locais onde seriam recolhidas como igrejas, conventos e casas ou "rodas dos expostos".[129] Essa prática se tornou tão comum que filantropos e reformadores sociais apontavam medidas para salvar os menores do abandono, como a de obrigar as pessoas responsáveis pelo abandono a prestar informações sobre o nascimento, limitando o recolhimento de crianças nos asilos apenas por motivo de doença ou incapacidade de amamentação da mãe.[130]

Com a chegada do XX houve uma gradativa valoração do menor, pois com o crescimento do capitalismo e do trabalho industrial houve uma necessidade de educar o menor para servir como força laborativa.[131] O Código Civil de 1916, o Código de Menores de 1927 e o Código penal de 1940 passaram a ditar os limites do então Pátrio Poder e como o Estado iria interceder nesta questão. Para o legislador da época, o abandono do menor era considerado uma questão de saneamento e higiene moral[132], visando acabar com os vadios, com os mendigos e os libertinos.[133] O Estado passou institucionalizar o acolhimento dos menores com o

[129] TRINDADE, J.M.B. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp 35-58.
[130] Idem, ibidem.
[131] TRINDADE, J.M.B, Idem, ibidem.
[132] ALVAREZ, M.C. A emergência do Código de Menores de 1927. Uma análise do discurso. Disponível em <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37021729/mestradoMarcosAlvarez.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1534802637&Signature=CbBJZ2ZQRLn%2B%2BN14zjrDqxNX 6lY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_EMERGENCIA_DO_CODIGO_DE_MENORES_DE_192.pdf>. Acesso em 20 ago 2018, pp. 112 e 120.
[133] ESÍNDULA, D.H.P.; SANTOS, M.F.S. Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei. Psicologia em testudo, v. 9, n. 3, 2004, pp. 357-367.

Código de Menores[134] e a responsabilizar o abandono como conduta criminosa, com o Código Penal de 1940. Logo, é preciso esmiuçar os tipos penais relacionados ao Abandono de Menores e a sua ligação com o Direito de Família.

Observada a crescente preocupação do Estado com a proteção do menor no início do século XX, a responsabilidade civil do pai quanto aos danos causados ao filho era praticamente inexistente. Cumpre relembrar que os menores não eram sequer considerados como sujeitos de direito, o pai ainda detinha total autoridade de que forma a criação do filho[135]. A tutela do Estado se limitava apenas à proteção do mesmo contra o abandono total e o desenvolvimento moral do menor, empregando como punição apenas a *ultima ratio*, e ainda assim era necessária a vontade inequívoca (dolo) do genitor que deixou o filho em total abandono para caracterizar o tipo penal.

Esse quadro começou a mudar com a evolução do conceito de família que se deu ao longo de todo o século XX e com o advento da Constituição Federal de 1988, que alargou consideravelmente os deveres dos genitores no modo de criação do menor, e do reconhecimento do menor como sujeito de Direito trazido pelo ECA.

Para entender o alcance do Estado e a sua intenção de tutelar o abandono dos menores, este trabalho se propõe a demonstrar a evolução de como a percepção da criação do menor passou desde uma visão prática para o desenvolvimento da Pátria, coibindo o abandono material, intelectual e moral do menor, até chegar à preocupação com o bem-estar, com o desenvolvimento psicológico e da dignidade do menor.

4.1 Os crimes contra a assistência familiar

[134] ALVAREZ, M. C. Idem, p.33.
[135] DOS SANTOS PONTES, L.P. Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 110.

No início do séc. XX o abandono de menores era considerado como uma questão tanto de saneamento, quanto de 'progresso capitalista'.[136] Com o advento do Código de Menores o Estado passou a tomar ações contra o abandono de menores, que até então tinha se tornado um grave problema público-social, com o aumento substancial das Rodas dos Expostos[137]. Perante esse quadro, o Estado, agora com ascendência da classe burguesa e decadência da economia escravocrata passou a ter maior interesse no desenvolvimento do menor brasileiro. Esse fenômeno foi refletido no Código de Menores de 1927 trouxe a extinção das rodas e institucionalizou os centros de acolhimentos dos expostos e dos abandonados[138]. Posteriormente o Código Penal de 1940 veio como forma de moralizar e combater o abandono de menores, de forma a punir penalmente o pai abandonante, tornando a responsabilidade de abrigo e sustento do Estado subsidiária ao do detentor do então Pátrio Poder.

Bento de Faria, em seu Código Penal Brasileiro Comentado de 1961 traz um panorama de como o abandono foi abordado pelo código em sua análise do abandono material:

> Contra esse surto de imoralidade que acanalha o homem e desvaloriza a mulher, havia de se insurgir o nosso legislador, que assim justificou a particularidade da repressão instituída:
>
> - É reservado um capítulo especial aos "crimes contra a assistência familiar", quase totalmente ignorados da legislação vigente.
>
> Seguindo o exemplo dos códigos e projetos de codificação mais recentes, o projeto faz incidir sob a sanção penal o abandono de família.[139]

Como se vê o abandono era considerado um ato contra a moralidade da sociedade. O menor se tornou foco do Estado como a promessa do futuro do país, na forma de futuro trabalhador e cidadão, em face do potencial delinquente que advém

[136] TRINDADE, J.M.B. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio**. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp 35-58
[137] ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 35-36.
[138] ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 35-38.
[139] FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado.** v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961, p. 175.

do seu abandono.[140] O Abandono Material é o primeiro tipo penal que trata dessa conduta e será objeto de análise a seguir.

Cabe ressaltar que não se pretende analisar os tipos penais com a profundidade dos criminalistas, apenas apontar o alcance da responsabilização penal dos de quem abandona o menor e a sua relação com a evolução do direito de família.

4.1.1 Abandono Material

Esse tipo penal já estava consagrado no Código Penal de 1940 e, atualmente, traz o seguinte texto:

> Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.
>
> Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada[141].

Conforme dita Bitencourt, esse tipo penal tutela a estrutura e o organismo familiar, buscando a sua preservação com o amparo material devido reciprocamente pelos membros do núcleo familiar.[142]

O tipo penal em análise considera típica a conduta do agente que deixar de prover os meios necessários à subsistência do cônjuge, do filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho e ascendente enfermo ou com idade avançada.

---

[140] TRINDADE, J.M.B. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio**. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp. 35-58.

[141] BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40**. Título VII; Capítulo III; Art. 244. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 21 de agosto de 2018

[142] BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1098.

Também incorre no crime o agente que deixar de pagar pensão alimentícia judicialmente acordada ou fraudar seu pagamento, chamado de abandono pecuniário. Por fim, é considerada conduta típica do abandono material o agente que deixar de socorrer, que abrange a conduta de largar ou abandonar, ascendente ou descendente gravemente enfermo.[143]

Interessante notar que por mais que o tipo penal busque a subsistência dos membros familiares e vede o seu abandono, ele não determina como deve ser feita a sua manutenção, apenas veda a recusa em proporcionar os recursos necessários à vítima, a falta de pagamento de pensão alimentícia e a prestação de socorro. Não há referência da sobre a qualidade do convívio familiar, apesar de buscar evitar a sua desagregação.[144]

Para caracterizar o crime é preciso que haja o dolo do abandonante, ou seja, é necessária a intensão de deixar de manter materialmente o abandonado ou a intensão de omitir socorro.[145] Portanto o pai negligente que deixa de garantir a subsistência do seu filho menor somente pode ser punido penalmente pelo abandono material se a negligência for tamanha que se configure o dolo eventual.

Esse crime caracteriza a necessidade do Estado de transferir a responsabilidade da criação do menor para a família. Conjugado com o Código de Menores de 1927 e o Código Civil de 1916, nota-se essa gradativa mudança de paradigma na legislação brasileira, que passou a se preocupar mais com o menor abandonado, punindo penalmente os membros das famílias que promoviam o abandono. Essa foi a primeira forma de combate ao aumento da população dos centros de recolhimento de menores assim como dos jovens desamparados em situação de rua, que começava a crescer com o aumento dos centros urbanos no início do século XX.[146]

---

[143] BITENCOURT, C.R. Idem, ibidem.
[144] FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado.** v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961, p. 175
[145] BITENCOURT, C.R. Idem, ibidem.
[146] ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 52-59.

4.1.2 A entrega do filho menor à pessoa inidônea

Esse tipo penal[147] consagra a preocupação do legislador brasileiro de 1940 com a proteção da moralidade social, para tanto foi criado o tipo penal que puni os pais de menor e a entrega (aqui entregar pode ser temporária ou definitivamente) à pessoa que deixa o menor em estado de perigo material ou moral.[148]

Bento de Faria ao comentar sobre o tipo em 1961 trouxe a seguinte interpretação para o texto legal:

> A pessoa que recebe o menor deve, porém, ser idônea, isto é, possuir os requisitos necessários à realização do objetivo dos pais, os quais inculquem como sendo de – bons costumes, trabalhadora moralizada.
>
> Será, portanto, inidôneo quem, não tendo esses predicados, procede contrariamente a eles v.g., - o jogador, a prostituta, o vagabundo, o mendigo, o ébrio habitual e os semelhantes.
>
> [...]
>
> Não consente a lei o contato com essas pessoas, em se tratando de menor, as condições referidas.[149]

É facilmente observado o anacronismo da norma, uma vez que na sociedade atual não se pode desmoralizar uma pessoa por estar em condição de rua, por ser prostituta, por apostar ou por se portar de forma divergênte ao padrão social brasileiro. Contudo, ela demonstra com perfeitção que o objetivo do Estado era o de moralizar a sociedade e o de formar pessoas de bons costumes, trabalhadoras e moralizadas.

Atualmente o tipo tem uma nova conotação com a adição feita pela lei nº 7.251/84 que passou a punir a entrega com intuito de obter lucro ou enviar o jovem para o exterior, assim como quem auxilia, com o intuito de obter lucro, com o

[147] BRASIL. Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40. Título VII; Capítulo III; Art. 245. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 21 de agosto de 2018

[148] BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1101.

[149] FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado.** v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961, p. 176.

envio[150]. Essa adição visa coibir o tráfico de pessoas e a venda de menores e não tem a denotação da proteção da moralidade da sociedade e sim a proteção da dignidade e da liberdade do menor.

4.1.3 O Abandono Intelectual

O tipo penal[151] agora analisado é o melhor representante da necessidade do Estado de promover o avanço da educação perante o avanço da economia de mercado no Brasil[152]. Sobre o tema, Bento de Faria interpreta o tipo de forma a dar voz à intenção do legislador da época:

> [...] Há mister reorganizá-lo (o ensino), de modo a garantir ao homem a mais completa independência, ensinando-lhe, desde cedo, a contar, principalmente, consigo mesmo, com a vitória das suas energias na luta da vida, tal como ela é, visando ao seu bem-estar individual e o serviço da família e da Pátria.

Logo se vê a importância que o desenvolvimento acadêmico do menor não tinha relação com a proteção de sua dignidade, mas como obrigação de manter por si só, assim como servir a sua família e o Estado. Esse era um ideal predominante na época, que apenas com o avanço dos direitos sociais que se passou a ter maior preocupação com o bem-estar da criança e do adolescente, não como futuro trabalhador e contribuinte, mas como pessoa de direito.[153]

Atualmente o Abandono Intelectual visa a proteção da dignidade do menor, a garantia que ele posse se desenvolver em um cidadão com usufruto de seus direitos e consciência de seus deveres. Contudo a sua tipificação depende de justa causa, que advém das adversidades sofridas pelos pais no acesso às escolas ou o número

[150] BITENCOURT, C.R. Idem, ibidem.
[151] BRASIL. Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40. Título VII; Capítulo III; Art. 246. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 21 ago 2018.
[152] TRINDADE, J.M.B. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp 35-58.
[153] LÔBO, P. L. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

limitado de vagas nelas[154], que são situações recorrentes no cenário brasileiro atual. Portanto, para incorrer nesse crime existe a necessidade de o ensino básico estar disponível e os pais deixarem de promovê-lo dolosamente.[155]

4.1.4 Abandono Moral

Embora não possua esse *nomen juris*, esse tipo penal visa preservar a educação moral do menor[156]. Esse tipo possui íntima relação com o movimento de moralização do menor que tem início no começo do século XX, uma simples leitura do texto da lei aponta essa intenção:

> Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:
>
> I - frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;
>
> II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;
>
> III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;
>
> IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.[157]

Nota-se que o tipo penal elenca as qualidades das pessoas que devem ser evitadas pelos quem tem menores em seu poder, os incisos III e IV demonstra a clara intensão de saneamento moral do Estado.[158] Os incisos I e II podem ser visualizados pela forma que o Código de Menores de 1927 relaciona os locais

[154] FIRMO, M.F.C. **A Criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 201.
[155] BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1102.
[156] BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1103.
[157] BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40**. Título VII; Capítulo III; Art. 247. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.
[158] TRINDADE, J.M.B O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista brasileira de história**, 19 (37), 1999, pp 35-58.

proibidos para menores[159], elencando as casas de *dancing* ou de bailes públicos, cafés-concerto, *music-halls*, cabarés, bares noturnos e as casas de jogo.

A proteção do menor no início do século XX se dava com a sua abstinência de locais de diversão, de liberdade, assim como o convívio com pessoas que não representam o ideal do Estado Liberal. Atualmente esse dispositivo tem pouca aplicabilidade, uma vez que a criança e o adolescente são consideradas pessoas de direito, dotadas de do direito fundamental de ir e vir, limitado apenas pela busca do seu melhor interesse.

Diante do exposto, por seu contexto, os crimes contra a assistência familiar não visam, primeiramente, dar efetividade ao art. 225 da Constituição Federal, mas tem como objetivo a preservação moral da própria sociedade e a diminuição dos menores abandonados às ruas. São tipos penais que tem como gênese o movimento de deslocamento da obrigação de criar e educar os menores do Estado, para a família diante do aumento considerável dos menores e delinquentes que advinham do abandono das crianças no final do século XIX.[160]

Contudo, o abandono familiar é regulamentado também pelo direito civil, que dispõe de medidas de suspensão e extinção do poder familiar caso os seus detentores coloquem os menores de sua responsabilidade em situações de abandono e risco reiteradamente. A discussão que se traz a seguir é se a responsabilidade civil também é aplicável como punição aos pais abandonantes.

4.2 A responsabilidade civil e o abandono do filho pelo pai

A responsabilidade civil é instituto do Direito Civil que visa à reparação do dano injusto, possui grande valor no próprio sentindo de justiça. O agente que pratica ato ilícito e causa repercussões negativas no direito de outra pessoa deve reparar o dano causa, uma vez que o equilíbrio jurídico entre esses dois sujeitos foi

[159] BRASIL. Código de Menores, Decreto n° 17.943-A/27. Capítulo X Da vigilância sobre os menores; Art.130. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927- 501820-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 21 de agosto de 2018

[160] ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 52-59.

alterado, falando-se, inclusive no dever geral de não prejudicar ninguém.[161] Para tanto, o Direito visa reestabelecer esse equilíbrio ao *status quo ante*, ou seja, fazer que a situação retorne para o momento antes de o dano ter se concretizado.[162] Diante da importância para o próprio funcionamento da lógica do Direito, a Responsabilidade Civil vem ganhando cada vez mais espaço e sofisticação no ordenamento jurídico.

Esse instituto sofreu ao longo do século XX uma profunda modificação do seu alcance, objeto e aplicação. Junto com o Direito de Família, foram os institutos do Direito Civil que mais sofreram alterações nos últimos cem anos, sendo considerada, no início do século XX, como mero instrumento de reparação por ato ilícito, ela passou a ganhar escopo para servir como método de justiça social[163] a partir da segunda metade do mesmo século e com a promulgação da Constituição de 1988.[164]

A relação da responsabilidade civil e o direito de família sempre foram distantes, apesar de já haver previsão da reparação do dano civil no Código Civil de 1916, no seu artigo 159[165] a relação intrafamiliar sempre teve o condão de não ser indenizável em razão da proteção da instituição do casamento[166] e do Pátrio Poder que dava autoridade máxima ao patriarca da família. A responsabilidade civil no início do século XX era sempre analisada com base na culpa do agente causador do ato ilícito, levando em conta que a forma de criação do filho era sempre determinada pelo patriarca, não podia se dizer que o pai agiu com culpa se o filho viesse a ter algum tipo de dano durante o seu crescimento, estando amparado pela excludente de ilicitude do exercício regular do seu Direito de criação. A mudança dessa realidade veio com o reconhecimento dos direitos sociais, positivados na constituição e,

[161] CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.
[162] Idem, pp. 3-6.
[163] Idem, ibidem.
[164] AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.
[165] BRASIL. **Código Civil, Lei nº 3.071/16**. Título II Dos atos ilícitos; Art. 159. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 20/08/2018
[166] AGUIAR JÚNIOR, R. R. Idem.

consequentemente, a valorização de todos os membros do âmbito familiar. A proteção da dignidade da pessoa humana trouxe a proteção civil não só dos membros da família contra o exterior, mas a proteção dos familiares contra os abusos e atos ilícitos praticados entre eles mesmos.[167]

Apesar da grande evolução da aplicação da Responsabilidade Civil na sociedade moderna, principalmente com o reconhecimento da responsabilidade objetiva e a teoria do risco[168] pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor, o instituto não mudou muito quando se trata de atos realizados no seio de familiar. Por não haver previsão legal da aplicação da responsabilidade objetiva, o Abandono Afetivo deve ser observado pela regra geral da Responsabilidade Civil: a responsabilidade subjetiva. Realmente, não há como conciliar a teoria do risco com as relações familiares, uma vez que a família é a base para a manutenção de uma sociedade, se se considerar que há um risco inerente à formação de uma família, há então um risco à formação e manutenção de toda e qualquer sociedade, de modo que toda responsabilidade passaria a ser objetiva, e todo ato ilícito necessariamente deveria ser indenizado independentemente da análise da conduta.[169] Portanto, a conduta culposa é analisada nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

A Responsabilidade Civil que tutela o Direito de Família é predominantemente a Responsabilidade Extracontratual, uma vez que a maior parte das relações familiares são tuteladas por normas legais que não podem ser alteradas pelos particulares[170]. Os pressupostos da sua formação são: a) o ato ilícito decorrente de conduta comissiva ou omissiva antijurídica que viola o direito de outrem, ou em exercício de seu direito extrapola seus limites; b) o nexo de causalidade entre a conduta realizada pelo agente e o dano sofrido pela vítima; c) o dano causado pelo

[167] AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004
[168] CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp 3-6.
[169] AGUIAR JÚNIOR, R. R. Idem.
[170] Idem.

agente à vítima.[171] Esses pressupostos se encontram nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002.[172]

Com o advento da Constituição de 1988 a criação do filho passou a ter novos limites, principalmente o que ficou determinado no seu art. 227, principalmente ao determinar o dever de "colocá-los (os menores) a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão"[173]. Como se pode observar a Constituição criou uma cláusula em aberto da proteção ao menor, que pode ser aplicada inclusive contra os detentores do Poder Familiar.

Contudo sempre haverá um embate de Direitos no que se diz respeito à Responsabilidade Civil no Direito de Família, advindo, por exemplo, da autonomia dos pais em face do dever de cuidado do filho. Essa discussão sempre trará dificuldades aos operadores do Direito, uma vez que, em última análise, será posto em oposição os próprios Direitos da Personalidade dos membros familiares.[174] Além disso, a dificuldade de saber quais condutas paternas causam danos no desenvolvimento dos filhos, considerando que não há como ter garantias de que a atuação familiar traga efeitos positivos de seus membros[175], causa confusão e dificuldades nos operadores do Direito ao dimensionar e aplicar os pressupostos da Responsabilidade Civil no caso concreto.

Diante dessa dificuldade de mensurar onde termina os direitos de autônima dos pais e os direitos de cuidados (ou afetividade) dos filhos que existe uma grande discussão se o Abandono Afetivo seria abarcado pela Responsabilidade Civil. Essa dicotomia criou um racha no entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça,

---

[171] FILHO, C.S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p

[172] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Título III dos Atos Ilícitos; Arts. 186 e 187; Título IX Da Responsabilidade Civil; Capítulo I Da Obrigação de Indenizar; Art. 927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

[173] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 ag0. 2018.

[174] AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004

[175] MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, p. 1257-1274

que tem as suas duas turmas de direito privado com entendimentos diametralmente opostos sobre o mesmo tema: a Terceira Turma[176] que aceita a possibilidade da reparação por dano moral por ato ilícito causado pelo pai pela ausência de cuidado; e a Quarta Turma[177] que não vislumbra Ato Ilícito do pai que garante a subsistência e educação do filho, mas não o suporta além desse ponto.

Para entender como o instituto da Responsabilidade Civil se aplica ao Abandono Afetivo é preciso entender como as etapas da responsabilização civil se adequam a essa situação. Para tanto, este trabalho agora se propõe a analisar como cada etapa da equação da responsabilização civil se comporta na análise do Abandono Afetivo.

4.3 Análise do ato ilícito no abandono afetivo

O ato ilícito é a negação do ato lícito, ou seja, é um ato que não está de acordo com os parâmetros jurídicos que legitimam o ato jurídico *lato senso*.[178] Ele é constituído por quatro requisitos que caracterizam sua aplicação abstrata: a) a violação de norma jurídica preexistente; b) a conduta, que pode ser constituída de forma intencional ou previsível; c) a imputabilidade, que determina se o resultado antijurídico pode ser atribuído à consciência do agente; d) a violação de direito alheio[179]. Portanto, a ilicitude da conduta do pai abandonante demanda a caracterização de diversos conceitos para constituir esse ato como ilícito.

O ato ilícito cometido pelo pai que abandona afetivamente seu filho, talvez seja um dos pontos mais controvertidos nessa discussão. O próprio STJ não tem entendimento firmado se essa conduta se caracteriza como ato ilícito, a Terceira

[176] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242/SP. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 20 ago. 2018.
[177] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1579021/RS. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 20 ago. 2018.
[178] PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 547.
[179] PEREIRA, C.M.S. Idem, p. 548

Turma desse tribunal considera que a Constituição Federal no seu art. 227 obriga ao pai o dever de cuidado. Já a Quarta Turma considera que o dever do pai se restringe ao de sustentar, guardar e educacar e que a convivência somente pode ser analisada dentro das circunstâncias de cada família.[180]

Diante desse quadro, a discussão sobre a ilicitude do ato do pai que se omite no seu dever de cuidado tem dois polos distintos. O primeiro que visa o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que, cumulado com a segunda parte do art. 227 da Constituição Federal de 1988, que coloca especial proteção ao menor, determina que ele esteja "a salvo de qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão"[181]. Isso impõe ao pai um dever além do de garantir o sustento material do filho, ela impõe que a criação deva seja protegida em sua plenitude. Noutro polo, está a proteção da autonomia do pai, observando que, garantido o dever de suportar materialmente o filho, o restante é apenas a caracterização das peculiaridades da vida privada de cada família, e que as relações intrafamiliares não devem ser reguladas pela Responsabilidade Civil.[182]

A discussão sobre o Abandono Afetivo já encontra obstáculos no primeiro objeto de análise da Responsabilidade Civil. Se não há consenso de que há uma violação em um dever preexistente no ordenamento jurídico, fica em cheque toda a ilicitude da conduta.[183] Contudo, conforme já analisado nos capítulos deste trabalho, a evolução axiológica da condição do desenvolvimento da criança e do adolescente já apontam que a mera subsistência não garante a proteção de direitos conferidos a esses sujeitos e à família, especialmente na figura dos pais que pelo poder familiar, detêm o dever de criar seus filhos a salvo de qualquer negligência. O comando

[180] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 20 ago. 2018.

[181] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

[182] ALVES, A.J.P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental.** Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

[183] PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 548

constitucional[184], assim como as normas infraconstitucionais positivadas no Código Civil de 2002[185] e o ECA[186] apontam, reiteradamente, para um dever de convívio e de criação dos pais para com seus filhos.

Outra dificuldade que se soma ao reconhecimento da ilicitude do ato é o conceito utilizado para caracterizar a conduta antijurídica, ou seja, qual o princípio seria aplicável ao dever jurídico originário, o da afetividade ou o do cuidado? A complexidade diante da dimensão desses dois princípios causa divergência doutrinária e jurisprudencial. Para Rodrigo da Cunha Pereira[187] e Ricardo Calderón[188], o princípio que regula a conduta do pai é o da afetividade. Já para Roberta Tupinambá[189] e Sávio Renato Bittencourt[190] apontam o princípio do cuidado como pedra angular da conduta parental. A tese utilizada pela Terceira Turma do STJ é o dever jurídico do cuidado, contudo, a Quarta Turma, reconhecendo a existência do dever de cuidado, considerou que ele se confunde com o dever de provimento material, e qualquer coisa que ultrapasse esse limiar seria a imposição de um cuidado afetuoso.[191]

---

[184] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

[185] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634, Inc. I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm . Acesso em 10 de agosto de 2018

[186] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulos I, II e III, arts. 3º, 4º, 19, 21 e 22. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em 20 de agosto de 2018

[187] DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C.M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.1, 2006.

[188] CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 ago. 2018, pp 190-192.

[189] TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 368-370.

[190] BITTENCOURT, S. R. **O Cuidado e a Paternidade Responsável**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.46.

[191] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 20 ago. 2018.

O reconhecimento do princípio da afetividade encontra grande resistência para ser reconhecido como dever preexistente da conduta parental, na jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça ele é refutado sob o argumento de que não há imposição legal da necessidade de o filho ser amado pelo pai. Já o princípio do cuidado tenta separar a necessidade de afeto e a garantia de proteção do menor contra o possível descaso de seus genitores, mas mesmo essa nova abordagem já foi refutada pela Quarta Turma desse tribunal.

A caracterização do ato ilícito no Abandono Afetivo acaba dependendo da visão do julgador sobre a família moderna. Apesar de toda a evolução axiológica dos direitos da criança e do adolescente[192], ainda é difícil contrapô-los à autonomia dos pais[193]. De mais a mais, pelo menos no texto legal, há uma clara intenção de interação pai e filho além do sustento material, conforme já foi demonstrado anteriormente, a Constituição, o ECA e o Código Civil fazem menção a especial proteção dos direitos da criança e do adolescente[194]. Não há ressalva nesses textos sobre a conduta dos pais e, apesar de não ser positivada a necessidade de afeto, a imposição de algum tipo de cuidado parece clara, de modo a ser imputável a quem exerce esse dever. Diante disso, o ato ilícito de deixar o filho descuidado pode ser conduta que enseja reparação por dano moral ou mesmo material. Todavia, a caracterização do Abandono Afetivo encontra dificuldades em todos os pressupostos que compõem a equação da Responsabilidade Civil, conforme será visto adiante.

Para continuar a análise do ato ilícito, na responsabilidade subjetiva, é necessário o exame do primeiro pressuposto da responsabilidade civil, a conduta culposa, conforme o art. 186 do Código Civil de 2002:

---

[192] ALVES, L. B. O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007, 329-347.

[193] MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, p. 1257-1274

[194] DOS SANTOS PONTES, L.P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 111.

> Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito[195].

Contudo essa análise será realizada em tópico próprio, diante da complexidade do tema.

4.3.1 A conduta culposa do pai abandonante

A conduta antijurídica é fator formador do dever de restituir[196], pois, só comete ato ilícito aquele que o faz em desconformidade com a ordem jurídica, seja de forma comissiva ou omissiva, por negligência, imprudência ou imperícia e causar dano a outrem ou violar direito alheio[197]. A culpa *lato senso*, como é utilizada pelo Direito Civil, fundiu os conceitos de dolo e culpa, tutelando de modo amplo a conduta ilícita[198]. Logo, o Direito Civil não se preocupa com a intenção do agente e a proteção da sociedade como um todo como no Direito Penal, mas sim com a reparação do direito subjetivo do agente lesado pela conduta culposa ou, em outras palavras, antijurídica.

A análise de culpa sempre trouxe dificuldades aos operadores de Direito[199], seja em sua complexidade quantos aos limites da conduta (tencional ou intencional), quanto aos seus elementos (conduta voluntária, previsão ou previsibilidade e ausência de cautela) e quanto à produção de prova dessas condutas nos autos.[200] Essa dificuldade é consideravelmente ampliada nos casos de Abandono Afetivo devido às

[195] BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. Título III dos Atos Ilícitos; Art. 186. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.
[196] BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. Título IX Da Responsabilidade Civil; Capítulo I Da Obrigação de Indenizar; Art. 927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.
[197] PEREIRA, C.M.S. Instituições de Direito Civil, Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 551.
[198] PEREIRA, C.M.S. Idem, p. 551.
[199] CAVALIERI FILHO, S. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 214.
[200] CAVALIERI FILHO, S. Idem, pp 46-58.

peculiaridades da vida privada de cada família e pelos juízos de valor intrínseco que cada um tem quanto às condutas de seus familiares.[201]

No Direito de Família a culpa dentro das relações intrafamiliares sempre foi motivo de controvérsia no Direito, inclusive a própria aplicação da reponsabilidade civil nas relações familiares é debatida pelos operadores do Direito em razão de adentrar o ela mais particular da sociedade.[202] Diante dessa dificuldade é preciso que a análise da culpa, que já é um instituto complexo, tenha ainda mais conceitos atrelados quando se trata de indenização por atos ilícitos praticados dentro de uma família. Embora a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana não permita que uma pessoa que sofra um injusto civil não possa ter seu dano restituído apenas pelo fato de ser uma relação entre pais e filhos, irmãos e irmãs, tios e sobrinhos e etc.[203]

No Abandono Afetivo a culpa do pai em abandonar afetuosamente o filho é, necessariamente, uma análise dos próprios operadores do Direito sobre como seria essa atuação de modo exemplar. O fato de todos terem tidos pais e mães, presentes ou não, dá algum parâmetro de excelência quanto ao comportamento que esses entes devem ter em relação aos seus filhos.[204] Por haver uma enorme pluralidade nas relações familiares o conceito de culpa para constituir ato ilícito fica extremamente abstrato e fica, em última análise, ao discernimento dos julgadores das causas familiares. Diante da meríade de possibilidades de relações afetivas entre pai e filhos cabe sempre a análise do caso concreto a verificação de como cada conduta causadora de dano ao filho tem o condão culposo ou não.

Diante desse imenso quadro de possibilidades este trabalho propõe oferecer três condutas facilmente observadas para melhor demonstrar a aplicação dos

[201] MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, p. 1257-1274
[202] AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004
[203] AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.
[204] MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, p. 1257-1274

elementos de culpa no Abandono Afetivo. Existem pelo menos três condutas de pais que dialogam com os elementos da culpa:

Abandono Putativo	Abandono Flagrante	Abandono Descurado
É o agente que não tem consciência da sua situação de pai e não dá suporte ao filho. Outra possibilidade desse tipo de Abandono é o decorrente da Alienação Parental, que leva o menor à conclusão equivocada de que foi abandonado.	É o agente que tem consciência da sua situação de pai, n	É o agente que tem consciência da sua situação de pai, contudo não dá suporte ao seu filho por razões próprias de descuidado. Há apenas um desinteresse quanto à situação do filho, mas não existe animosidade contra seus filhos.

A culpa no Abandono Putativo decorre da ignorância do estado de pai é de fácil análise, uma vez que somente pode ser responsabilizado o pai que tem consciência dessa condição, uma vez que não pode considerar que existia poder familiar na relação[205]. A pretensão da restituição do dano sofrido pelo menor pela ausência do pai deve advir de uma ação (ou omissão) consciente do pai, diante da falta de intensão, ou voluntariedade, inexiste a pretensão indenizatória[206], uma vez que nunca foi oportunizado ao pai o seu Direito de criação.[207]

Um filho que apenas depois de atingida a maioridade toma conhecimento da identidade de seu pai, somente poderá pleitear o seu abandono caso ele demonstre

[205] HIRONAKA, G.M.F.N. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, 2006, p. 2.
[206] CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 47-48.
[207] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634; Inciso I. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

que seu pai tinha consciência de sua condição. Se não houver essa consciência, não importa os danos sofridos pelo filho causados por sua ausência[208], eles não serão devidos pelo abandonante putativo.

Quanto ao Abandono Putativo decorrente da alienação parental, o pai tem consciência do seu estado e de seus deveres de pai, contudo não consegue exerce-los em razão do distanciamento causado pelo genitor alienador. Isso ocorre quando um casal se separa e, em razão do conflito entre os genitores, o que detém a guarda, se utiliza da sua posição de vantagem na formação do seu filho para influenciar seu julgamento quanto ao amor e da proximidade do genitor alienado, fazendo-o acreditar que foi abandonado por seu genitor[209]. Nesse cenário o genitor alienado não pode ser responsabilizado civilmente, ocorre que o dano é causado por fato de terceiro[210], o que rompe o nexo de causalidade entre o aparente abandono do pai e o dano sofrido pelo filho.

Diante da necessidade de do conhecimento da condição de pai, o abandonante putativo não pode ser responsabilizado, mas uma situação diferente se observa nos casos do abandono flagrante e do abandono descuro, pois nas duas situações os pais tem consciência de sua situação e pode ser imputado na obrigação de seus deveres de criação. Assim, a análise da culpa se aprofunda nessas condutas.

O abandono flagrante se caracteriza pela animosidade do pai para com sua prole, consciente de sua situação de pai ele a aliena em todas as suas possibilidades. Importante frisar que para se caracterizar o abandono afetivo puro, esse pai cumpre com seus deveres de suporte material, seja por pensão alimentícia ou por financiamento direto das necessidades do menor. Contudo não há nenhuma intenção de convívio ou relação educacional nessa relação. Infere-se da situação que

[208] HIRONAKA, G.M.F.N. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, 2006, p. 2.
[209] TRINDADE, J. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito.** Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2004, pp. 155-156
[210] GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 13º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 366.

dificilmente esse tipo de abandono se dá em lares onde os pais não sejam separados, uma vez que o convívio com o filho é mínimo ou inexistente.

Nota-se que os julgados paradigmas do STJ (REsp 757.411/MG[211], REsp 1.159.242/SP[212] e REsp 1.579.021/RS[213]) têm em seu delineamento fático enquadrado no abandono flagrante, ou seja, os pais deliberadamente e consciente da sua condição de pai e dos seus deveres de criação, mantiveram distância de sua prole mesmo com a tentativa dela de se aproximar do seu genitor. Aqui, analisando a culpa em seu sentido *lato senso* verifica-se que a conduta se aproxima do dolo, uma vez que é flagrante a conduta intencional de se atingir um resultado ilícito.[214] Nos julgados prolatados pela Quarta Turma do STJ, a improcedência dos recursos sequer chegou à análise da culpa, uma vez que não foi vislumbrado o dever jurídico preexistente, tanto pelo princípio da afetividade[215], quanto pelo princípio do cuidado[216]. Já, no julgamento feito pela Terceira Turma, onde ele foi dado o provimento, a conduta do pai foi considera ilícita pelo dolo, uma vez que havia "[...] consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente no relacionamento pai-filha [...]".[217]

---

[211] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[212] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[213] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[214] CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp 49-50.

[215] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[216] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[217] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em:

A conduta restante, referente ao abandono descurado, depende de uma análise mais complexa, uma vez que entra na esfera da culpa *stritu sensu*, ou seja, da necessidade do agente de agir com a cautela necessária para que suas condutas não resultem em lesões a bens e direitos alheios[218]. Portanto, exige do pai uma conduta positiva de não causar dano ao desenvolvimento de seu filho, seja por imprudência ou negligência. Ressalta-se que o comando constitucional do art. 227 coloca a criança e o adolescente a salvo de qualquer negligência, e ao se interpretar "qualquer", inclui-se as possíveis negligências advindas de seus genitores.

Contudo, quando se adentra nas individualidades de cada seio familiar, fica extremamente complexo de se determinar quais condutas podem ser consideras como negligentes, ao exemplo de um pai que falta um único aniversário do seu filho por esquecimento. Essa conduta tem o condão de obrigar o pai a ressarcir em pecúnia o sofrimento de seu filho diante da sua ausência na festividade? Faz alguma diferença o pai estar separado da mãe ou se ele convive todos os dias com sua família, mas em um momento de extrema importância para seu filho ele não estava presente? A culpa *stritu senso* impõe ao agente um dever de zelo, de cuidado, de capacidade mínima de antever o resultado danoso[219].

Por conseguinte, não se pode cobrar de o pai antever condutas que não causem, claramente, dano a própria criação e educação do filho. Caso contrário, levará a situações que acarretem, mesmo que desintencionalmente, à valoração da culpa como grave, leve ou levíssima, o que não foi abarcado pelo conceito abstrato de ato ilícito.[220]

Vale dizer que as excludentes de ilicitudes retiram a culpabilidade da conduta do agente. À vista disso, no exemplo da alienação parental, não se pode obrigar o pai a indenizar o filho por um dano que ele não deu causa. Portanto, o nexo de causalidade que liga a conduta do agente ao dano sofrido pela vítima sempre deverá

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[218] CAVALIERI FILHO, S. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 50

[219] CAVALIERI FILHO, S. Idem, pp. 49-50.

[220] PEREIRA, CMS. Instituições de Direito Civil, Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 551.

ser observado. Assim, impede-se que a tutela jurisdicional seja injusta e condene um pai a indenizar um dano ao qual não se relaciona. Observada a conduta do pai abandonante, este trabalho passa para a análise do próximo pressuposto da Responsabilidade Civil, o nexo de causalidade.

4.3.2 O Nexo de Causalidade entre o Abandono do Pai e o Dano sofrido pelo Filho

O nexo de causalidade é o elo entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, esse elo pode ser percebido positivamente, quando a conduta flagra o dano em uma relação de causa e efeito, ou negativamente, quando retirada da equação a conduta, o dano não é possível[221]. É o pressuposto da Responsabilidade Civil que determina a medida da obrigação de indenizar ao identificar todos os fatos ocorridos e conjuga-los com os danos sofridos, de modo a apontar o que deu causa a o que e em qual proporção.[222] A complexidade do tema está em determinar a causalidade entre a conduta e o dano, assim como o seu alcance. Para elucidar a análise do nexo causal e entender seus efeitos e limites, o Direito Civil utiliza a teoria da Causalidade Adequada, ou seja, deve ser feito um estudo de qual conduta foi a causa mais adequada para ocasionar o dano, qual tem sua relação mais direta com a lesão sofrida pela vítima.[223]

Quando se trata de Abandono Afetivo, o dinamismo e a variedade de condutas das relações familiares tornam extremamente complexas de ligar uma determinada conduta com um dano sofrido. Portanto, para que se configure o nexo de causalidade é preciso que haja um efetivo prejuízo na criação da criança e do adolescente por um ato de abandono do pai[224]. O nexo de causalidade é mais facilmente observado nos casos de abandono flagrante, uma vez que existe uma

[221] PEREIRA, CM.S. Instituições de Direito Civil, Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 554.
[222] CAVALIERE FILHO, S. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp 65-66.
[223] CAVALIERE FILHO, S. Idem, pp 69-71.
[224] HIRONAKA, G.M.F.N. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos–além da obrigação legal de caráter material. Repertório de Jurisprudência IOB.[SI], v. 3, n. 18, 2006, p. 34.

vontade real do pai em se distanciar do filho, diante dessa conduta, é mais simples a constatação de que o sofrimento e os danos sofridos pelo filho têm uma relação direta com a conduta de repulsa do pai. Contudo, observado o abandono descurado, esse elo fica mais intangível. Como identificar que um ato de negligência do pai teve relação direta com uma ofensa ao direito de convivência, criação ou educação do filho?

Não há uma resposta simples para essa indagação, cabe, no caso concreto, com os meios de provas possíveis se fazer provar que a conduta foi fato determinante para que tenha surgido o dano na esfera patrimonial ou extrapatrimonial do filho. Contudo, note-se que, em última análise, não se verifica nesse elo a deterioração do afeto entre o pai ou o filho, mas as consequências da conduta prejudicial do pai.[225]

Diante da dificuldade de vislumbrar o nexo causal a partir da conduta do pai, talvez esse exercício possa ser feito com o ponto de partido o dano, uma vez que a existência de um dano pressupõe algum tipo de conduta danosa.[226] Após a verificação do dano é possível verificar a causalidade adequada de sua gênese e, a partir dessa análise verificar se a conduta constitui ato ilícito ou não. Fato é que essa investigação nunca será simples e soma mais uma dificuldade na configuração do dever de indenizar advindo do Abandono Afetivo.

Diante da necessidade de haver dano e a sua importância para o balanço do nexo causal, o estudo desse pressuposto da Responsabilidade Civil se mostra de extrema importância. Razão essa que o próximo tópico deste trabalho se propõe a analisar o dano no Abandono Afetivo e como ele se comporta no mundo jurídico.

4.3.3 O Dano decorrente do Abandono

[225] HIRONAKA, G.M.F.N. Idem, p. 24.
[226] Idem, p. 34.

O dano é o último pressuposto da Responsabilidade Civil e detém especial importância na sua formação. O ato ilícito somente é passível de indenização se houver causado dano a outrem.[227] Embora nas outras esferas de Responsabilização (Penal e Administrativa) não é necessário que se configure o dano para punir a conduta antijurídica, no Direito Civil o dever de indenizar somente é exigível se causar dano ao bem jurídico de alguém.[228]

Dessa forma, dano em seu sentido *lato senso* abrange a perda material e o dano moral, que foram reconhecidos nos arts. 1º, III e 5°, V e X da Constituição Federal[229] e no art. 186 do Código Civil de 2002.[230] O dano é conceituado como uma diminuição a um bem jurídico de alguém, utilizando-se o termo bem jurídico para abarcar o tanto o dano material como o moral.[231] Quando essa perda é analisada sob o delineamento fático do abandono, seja material, intelectual, moral ou afetivo, esse conceito tem de ser esmiuçado com cuidado para entender como esses danos são observados, provados e indenizados.

Inicialmente é preciso entender como os danos originados pelo abandono de menor são demonstrados, uma vez que a pretensão civil indenizatória necessita da existência de dano, o que não é regra nem no Direito Penal nem no Direito Administrativo. De mais a mais a pretensão civil normalmente analisa os ilícitos para garantir a restituição integral do dano e procurar buscar o *statu quo ante* ou pelo menos tentar reparar, da melhor maneira possível, o dano.[232] Portanto, o abandono material de um pai que não garante a subsistência mínima do filho necessita que se prove o não pagamento da pensão alimentícia, caso exista, ou que se prove o estado

[227] BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. Título III dos Atos Ilícitos; Art. 186. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2018.
[228] GONÇALVES, C.R. Direito civil brasileiro. 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 369-370.
[229] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Título I Dos Princípios Fundamentais, Art. 1º, inciso III; Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Art. 5º, Incisos V e X. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2018.
[230] BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. Título III dos Atos Ilícitos; Art. 186. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2018.
[231] CAVALIERE FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 102- 103.
[232] Idem, ibidem.

de penúria do menor. Apesar de o tipo ter o *nomen juris*, abandono material, o dano pode sobressair à esfera material, uma vez que o estado de penúria por muitas vezes flagra um sofrimento enorme do menor abandonado, violando seus direitos de personalidade e dando ensejo ao dano moral também. Por essa razão, alguns julgados de abandono afetivo são cumulados com o abandono material[233], ressaltando a conduta do abandono flagrante. Diante dessa imensa possibilidade de danos advindos da mesma conduta, o abandono, é preciso entender como o dano é tutelado pelo direito Civil, a fim de dar eficácia ao instituto da Responsabilidade Civil.

O dano tem de ser certo e atual, sua existência não pode ser uma hipótese, tem de ser concreta e ter existência, pelo menos dar certeza de que ele virá a existir e existindo ele tem de ser determinado ou determinável.[234] Havendo um dano certo e atual, há de se definir sua natureza, que se divide em dois grandes campos, o dano material (patrimonial) e o dano moral (extrapatrimonial).[235] O dano material advém de uma perda de patrimônio, uma diminuição flagrante (danos emergentes) ou a impossibilidade de um ganho certo (lucros cessantes). O dano moral não tem necessariamente uma perda patrimonial, mas uma lesão à sua própria dignidade, moral, imagem, em suma, aos seus direitos de personalidade. Os casos de Abandono Afetivo normalmente são vinculados com o dano moral, que é figura principal nessa tese, contudo, no caso concreto pode haver danos patrimoniais sofridos pelo menor, como é o caso do abandono material e afetivo.

Apontar a natureza do dano não é suficiente para comprovar a sua efetivação, é preciso comprovar quem foi o alvo do ato ilícito, e se o dano sofrido foi direto ou indireto.[236] O dano direto é a perda sofrida pela pessoa que foi diretamente afetada

[233] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 20 Ago. 2018.
[234] GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.
[235] Idem, ibidem.
[236] Idem, p. 371

pela conduta, é o caso de quem sofre um acidente de carro, o dano referente ao decréscimo patrimonial sofrido pela perda do veículo é suportado diretamente pela vítima. Quando o pai abandona, material ou afetivamente seu filho, o dano é sofrido diretamente pelo menor. Pode haver alguns cenários que se enquadraria o dano indireto, ou seja, reflexo, no abandono afetivo. Para que o que o dano indireto seja configurado é preciso que ele tenha ligação direta com o dano sofrido por outrem[237], portanto a mãe que tem gastos com especialistas (psicólogo ou psiquiatra) para ajudar a mitigar o sofrimento do filho decorrente do abandono afetivo, teve um decréscimo patrimonial decorrente do dano sofrido pelo filho, podendo ser indenizável caso fique comprovado o ato ilícito e o dano sofrido.

Configurada a natureza e quem sofreu o dano é preciso determinar os seus limites, uma vez que a indenização é mensurada pela extensão do dano.[238] Quando se trata de dano material esse exercício é mais simples, basta juntar os comprovantes da diminuição patrimonial que estará determinada a extensão do dano com a soma dos prejuízos ou com a determinação do quanto se deixou de lucrar. Maior complexidade está em determinar os liames do dano moral, que não pode ser mensurado, tanto que ele é arbitrado, ou seja, dá-se um valor em pecúnia para compensar de alguma maneira o sofrimento da vítima[239]. Esse arbitramento leva em consideração o sofrimento da vítima, as consequências do ato ilícito e a punição do ofensor caso sua conduta seja especialmente reprovável, interessante que aqui também há uma análise da valoração da culpa (dolo, culpa grave, leve ou levíssima), para garantir o efeito pedagógico da condenação e evitar a reiteração da conduta[240]. Porém não é qualquer dano extrapatrimonial que dá ensejo ao direito de compensação, é necessário que o dano ultrapasse a normalidade. Os dissabores

[237] GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 371.
[238] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Título IX Da Responsabilidade Civil; Capítulo II Da Indenização; Art. 944. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.
[239] CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 177-178.
[240] Idem, p. 178.

cotidianos da vida em sociedade não caracterizam o dano moral.[241] Imperioso ressaltar que existe a possibilidade de se ter um dano sem ato ilícito e ato ilícito sem dano, contudo para se formalizar a Responsabilidade Civil, é preciso que os dois pressupostos estejam presentes.

Sob a ótica do abandono, os limites do dano moral ficam incertos, assim como cada um sabe o quanto sofre, cada um teve uma experiência familiar e tem conceitos próprios do que cada conduta pode causar de dano, tornando extremamente complexa a tarefa de traçar parâmetros objetivos de conduta parental danosa. Inclusive, há quem defenda que a Responsabilidade Civil sequer poderia ser aplicável ao Direito de Família, diante da incapacidade de a condenação em pagamento em dinheiro ter efeitos positivos na recuperação familiar.[242]

Para visualizar o dano no abandono afetivo, começa-se com uma análise do abandono putativo decorrente da alienação parental. Nota-se que nesse caso o ato ilícito é causado pelo genitor alienante, apenas como exercício exemplificativo, utiliza-se o cenário da mãe que aliena o filho para afastá-lo do pai. Nesse contexto, François Podivyn elenca os efeitos que a sensação de abandono do genitor pode causar ao filho:

> [...] podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psico-social normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e às vezes suicídio. Estudos têm mostrado que, quando adultas, as vítimas da Alienação têm inclinação ao álcool e às drogas, e apresentam outros sintomas de profundo mal-estar.[243]

Nota-se que a alienação parental causa uma sensação de abandono pelo menor que não existe, mas é criada pelo genitor alienante. Mesmo que o abandono não seja real, para o menor alienado ele é, e pode causar danos irreversíveis à

[241] GONÇALVES, C.R. Idem, p. 388.
[242] ALVES, A.J.P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental.** Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.
[243] PODEVYN, F. **Síndrome de alienação parental**. Tradução para o português: Associação de Pais e Mães Separados (Apase), 2001. Disponível em: <www.apase.org.br>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

personalidade e criação do menor. Em uma simples analogia entre o abandono putativo e o flagrante, se a mera impressão de abandono pode trazer esses efeitos nefastos ao menor, a sua certeza deve, no mínimo, causar danos semelhantes. Embora esse trabalho não se proponha a minuciar a gravidade dos danos psicológicos sofridos pelos menores abandonados, é preciso apontar que a possibilidade de dano existe, e que seus efeitos podem ser devastadores.[244]

Deriva dessa discussão a necessidade de se provar a existência do dano, uma vez identificado o ato de abandono do genitor. O entendimento quanto a prova do dano moral aponta que se a ofensa é grave, existe a presunção do dano, ou seja, o próprio fato flagra o dano sofrido, seja ele comprovado nos autos ou não.[245] A Ministra Nancy Andrighi ao condenar o pai por deficiência de cuidado com sua filha no REsp 1.159.242/SP[246], considerou o dano presumido, em outras palavras *in re ipsa*, diante da conduta altamente reprovável do pai. Sobre a caracterização do dano a Ministra dispõe:

> Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.
>
> Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.
>
> Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuam, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela,

[244] DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C.M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.3, 2006.
[245] CAVALIERI FILHO, S. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 127.
[246] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242/SP. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

> caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Contudo, esse entendimento não parece ser a regra, já não há consenso nem se essa determinada conduta constituiria ato ilícito.[247] Se existe precariedade quanto à repreensibilidade da conduta, a prova do dano parece se tornar necessária, pelo menos nos casos de abandono descurado, onde a flagrância da intenção de dano não existe. Vale ressaltar que a fixação do dano moral sempre deve ser regulada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade[248], diante da pluralidade de situações possíveis a reparação civil deve ser observada com especial cuidado, pois não pode servir de instrumento de vingança do filho ou do genitor que lhe detém a guarda, de modo a evitar a temida monetarização do afeto.[249]

Por fim, imperioso analisar as diferenças dos danos conforme os fundamentos utilizados para caracterizar o abandono, o afeto ou o cuidado. Apesar dos dois institutos visarem à reparação do mesmo fato, a característica do dano se diverge. No caso do Abandono pautado na afetividade, o que se indeniza é frustração da legítima expectativa do filho de receber afeto do pai.[250] Na reparação pela ausência de cuidado, a indenização é pautada na incapacidade, seja intencional ou não, do pai garantir o direito do filho de desenvolvimento digno pautado nos arts. 227 e 229 da Constituição e no princípio do melhor interesse do menor.[251]

A indenização pautada no princípio da afetividade sempre encontrou dificuldade na jurisprudência brasileira[252], uma vez que impõe uma obrigação de um ato puramente subjetivo, o afeto, o que poderia violar os fundamentais de liberdade e

---

[247] ALVES, A.J.P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental.** Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

[248] SOUZA, W. O. C. **Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo.** Revista Espaço Acadêmico, Vol. 15, Iss 176, p. 53-63.

[249] HIRONAKA, G.M.F.N. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos–além da obrigação legal de caráter material**. Repertório de Jurisprudência IOB.[SI], v. 3, n. 18, 2006, pp. 27-33.

[250] DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C. M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.3, 2006.

[251] TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

[252] DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C. M. Idem.

dignidade dos genitores, uma vez que, mesmo que a ausência do amor possa causar dano à prole, o Estado não poderia impor esse, ou qualquer sentimento, a ninguém.[253]

Já a análise do dano sofrido pela ausência de cuidado encontrou algum lastro na jurisprudência, tendo como paradigma o já referido julgado relatado pela Ministra Nancy Andrighi. Contudo, no próprio voto de divergência proferido pelo Ministro Massami Uyeda, fêz-se uma reflexão importante sobre a objetividade do dano psicológico sofrido[254]:

> Na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal... Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho.[255]

Soma-se ao fato de que este julgado foi o único que deu provimento à indenização decorrente de abandono afetivo até este momento, inclusive na Terceira Turma, se chega à conclusão de que tanto a conduta do pai quanto o dano sofrido pelo filho são analisados com muita cautela pelo STJ. Mesmo sob o fundamento da ausência de cuidado, os juízes são relutantes em conceder a indenização por abandono afetivo, a fim de não banalizar e monetizar as relações parentais.[256]

Para finalizar a análise dos fundamentos do Abandono Afetivo, este trabalho agora se propõe a analisar como esses conceitos são aplicados pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de compreender como eles são manejados por esse

---

[253] ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental.** Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

[254] MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, pp. 1257-1274

[255] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

[256] HIRONAKA, G. M. F. N. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, 2006, p. 2.

Tribunal Superior, considerando que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre a matéria.

5 A ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO ABANDONO AFETIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fim de entender as consequências práticas dos fundamentos e dos conceitos analisados anteriormente neste trabalho, o autor pretende fazer uma análise do estado da arte atual no Superior Tribunal de Justiça. É certo que, somente essa análise, já seria necessáio um trabalho de pesquisa à parte, mas com o intuito de entender a aplicação dos conceitos aqui estudados, é imperiosa a necessidade de ao menos apontar como os fundamentos do Abandono Afetivo são manejados na prática.

Para tanto, escolhe-se o estudo das decisões do STJ, que até agora ditaram as diretrizes de como deve ser apreciado o relacionamento pai e filho e seus deveres inerentes nos casos de Abandono Afetivo para as outras instâncias do poder judiciário. Para tanto, será utilizada a Metodologia de Análise de Decisões - MAD[257] para identificar os conceitos anteriormente esmiuçados e como eles são manejados pelas turmas julgadores do STJ, buscando, principalmente, verificar a coerência decisória[258] nessas decisões.

Para que a análise seja correta, conforme exige a metodologia, é necessário: a) pesquisar, exploriatoriamente, sobre tema; b) recortar objetivamente a questão-problema a ser analisada nas decisões; c) realizar o recorte institucional dos órgãos julgadores que vão ser analisados, seguindo os critérios de pertinência temática e relevância decisória; d) eleger as decisões representativas do problema dentro desse contexto; e) verificar como os conceitos abordados são utilizados pelo julgador; f) estabelecer quais são as palavras de valor utilizadas para fundamentar a utilização de determinado conceito; g) identificar a coerência decisória a partir da análise dessas

[257] FILHO, RF; LIMA, TM. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**: Decision Analysis Methodology - DAM. Universitas Jus. 21, 1-17, 2010.
[258] Idem, p. 7.

palavras de valor em cotejo com a pesquisa dos fundamentos apontados no trabalho.[259]

Primeiramente, a pesquisa exploratória e o recorte objetivo da questão problema já foram realizados nos capítulos anteriores deste trabalho, analisando a evolução axiológica das relações familiares, os deveres advindos dessa evolução, os conceitos jurídicos atrelados a esses deveres, a análise do abandono como fenômeno social e como ele repreendido pelo Estado e, por fim, como a punição civil pela Responsabilidade Civil se adequa a essa situação. Dessa análise realizada, retira-se que os princípios da afetividade e do cuidado são atrelados ao poder familiar que gera, pelo menos, os deveres de criação, convívio e educação dos pais, contudo há um conflito sobre qual princípio tem imposição normativa sobre a conduta do genitor. Noutra esteira, há um conflito evidente entre o princípio da liberdade dos pais, em contraposição aos princípios da dignidade da pessoa humana e melhor interesse do menor. O próximo passo exigido pela MAD é o recorte institucional, que melhor se relaciona com o tema abordado observando-se os critérios de pertinência temática e relevância decisória. Vale ressaltar que esse recorte também já foi realizado neste trabalho, ao identificar quais julgados melhor se adequam ao problema pesquisado, três formaram e representam as diretrizes julgadoras das Turmas do STJ. Posteriormente se fará uma análise específica de cada decisão, demonstrando as suas pertinências temáticas e relevâncias decisórias.

O recorte institucional merece uma breve explicação quanto à disposição atual dos entendimentos nos órgãos julgadores do STJ. A matéria somente foi analisada, até o dia de hoje, pelas duas Turmas de Direito Privado do tribunal, a Terceira e a Quarta Turmas. A primeira decisão sobre o Abandono Afetivo foi publicada pela Quarta Turma, no REsp 757.411/MG[260] e negou a tese do abandono afetivo, com base na impossibilidade de se aplicar o princípio da afetividade como

[259] Idem, pp. 7- 15.
[260] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

dever parental. A Terceira Turma, ao decidir o REsp 1.159.242/SP[261], deu parcial provimento ao recurso para acatar a tese do Abandono Afetivo, com base na exigência legal do dever de cuidado parental. A última decisão que discorre objetivamente sobre o tema, até a data da análise feita pelo autor, foi publicada, também pela Quarta Turma, em 19 de outubro de 2017 no REsp 1.579.021/RS[262], negou provimento ao recurso para negar a tese do abandono afetivo, com base na impossibilidade de se exigir cuidado afetuoso parental.

Após essa data dois processos foram julgados pela Quarta Turma, mas não fundamentaram suas decisões utilizando-se dos conceitos pesquisados, limitando-se a utilizar o precedente do REsp 1.579.021/RS para negar a tese do abandono afetivo.

Como se vê, existe uma divergência de entendimento entre a Terceira e a Quarta turmas do STJ. A Terceira acolhe a tese e utiliza-se do REsp 1.159.242/SP como precedente para fundamentar as decisões posteriores. A Quarta turma afastou a tese e até a data de 19 de outubro de 2017, utilizou-se do REsp 757.411/MG como precedente para afastar a tese do abandono afetivo, depois dessa data passou a utilizar o REsp 1.579.021/RS para fundamentar o afastamento da tese sob fundamentos diversos.

Diante da importância desses julgados e por eles esmiuçarem os fundamentos estudados neste trabalho os REsps 1.159.242/SP (Terceira Turma) e 1.579.021/RS (Quarta Turma), foram escolhidos para se fazer o MAD.[263] A partir de agora este trabalho irá fazer uma análise detalhada dos julgados eleitos a fim de apontar as palavras de valor utilizadas pelos julgadores para fundamentar os conceitos do

[261] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

[262] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[263] FILHO, RF; LIMA, TM. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**: Decision Analysis Methodology - DAM. Universitas Jus. 21, 1-17, 2010.

abandono afetivo com o propósito de identificar a coerência decisória em comparação com os fundamentos apontados no trabalho.

5.1 Análise do Resp 1.159.242/SP

Esse julgado[264] foi exaustivamente citado durante este trabalho. Para se evitar pleonasmos e repetições que nada acrescentam para o andamento da pesquisa, o autor irá dissecar a referida decisão da forma mais objetiva possível, com a intensão de apontar os argumentos utilizados na sua confecção e a coerência no emprego dos conceitos estudados.

Com a intensão de dar um panorama geral do caso, convém transcrever a ementa do julgado:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
>
> Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
>
> O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
>
> Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
>
> 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos

[264] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

> filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
>
> 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
>
> 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
>
> 7. Recurso especial parcialmente provido.

5.1.1 Contexto Fático da Decisão

O pai e a mãe da autora tinham relacionamento amoroso que foi rompido assim que o pai teve conhecimento que a gravidez tinha acontecido. Não houve reconhecimento do pai após o nascimento da autora, o vínculo somente foi estabelecido por sentença judicial em ação de investigação de paternidade. Apesar de o reconhecimento ter sido provado na ação, o pai não teve nenhum interesse de se aproximar da filha.

Posteriormente, o pai da autora veio a formar uma nova família onde ele veio a ter outros filhos, contudo, manteve a autora distante, inclusive passou a transferir patrimônio para os filhos advindos da nova família com a intenção de prejudicar a autora.

Após o ajuizamento da ação de compensação de danos morais em decorrência do abandono afetivo do pai em relação à filha, o réu alegou que até o reconhecimento da paternidade tinha dúvidas do vínculo biológico, mas que sempre pagou pensão alimentícia regularmente, ademais apontou que a sempre foi impedido de manter contato com a filha em razão do comportamento agressivo que a mãe da autora sempre teve com ele.

O Tribunal de São Paulo ao se debruçar sobre o caso decidiu que o réu tratou de maneira desigual seus filhos, dando aos filhos advindos do posterior casamento zelo e dedicação e manteve-se distante da autora durante toda a sua infância. A

relatora do caso alegou que a conduta do pai violou os seguintes direitos da autora: a) igualdade (art. 5º, caput, incisos V e X da CF[265]); b) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF[266]); c) assistência, criação educação e convivência (arts. 229 da CF[267], 1.634 do CC[268] e 11 a 22 do ECA[269]). Sob o fundamento de que o pai violou dever imposto pelo ordenamento jurídico, ao negar carinho e afeição à autora enquanto amparava afetiva e materialmente os seus irmãos, configurando abandono moral grave e grande sofrimento à autora, o que impôs a obrigação de indenizar o dano sofrido. O dano moral foi fixado pelo Tribunal de São Paulo em R$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O réu interpôs recurso especial alegando violação aos arts. 186. 944 e 1638 do Código Civil de 2002 e divergência jurisprudencial. Alegando que não havia abandono à filha, mas que se o tivesse feito, não seria ato ilícito, e que a única punição legal prevista para o descumprimento dos deveres advindos do poder familiar é a perda desse poder.

5.1.2 Os Fundamentos da Decisão

De forma a analisar todos os argumentos usados para fundamentar a decisão, cabe agrupa-los na ordem em que o trabalho se desenvolveu e observar como cada conceito foi aplicado.

---

[265] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Art. 5º, Incisos V e X. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[266] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título I Dos Princípios Fundamentais, Art. 1º, inciso III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[267] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, Art. 229. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[268] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> Acesso em 20 Ago. 2018.

[269] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90**. Título II Dos Direitos Fundamentais; Capítulo I Do direito à Vida e à Saúde; Arts. 11 a 22 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em: 20/08/2018

5.1.2.1 Aplicação do Princípio da Afetividade

Aqui existe uma negação da faceta do princípio da afetividade que caracteriza um dever objetivo.[270] Representado pela Ministra relatora na expressão do amor, a afetividade foi considerada uma expressão de liberdade ao caracterizá-la como motivação de um ato volitivo. Contudo, conforme o próprio raciocínio jurídico por ela utilizado, toda liberdade corresponde a uma responsabilidade.[271] Infere-se, portanto, que para o órgão julgador, o dever de cuidado advém do exercício da liberdade de afeto.

5.1.2.2 Entendimento quanto ao Poder Familiar

Ao fazer referência ao poder familiar, a Ministra relatora utilizou-se de terminologia antiga (pátrio poder), contudo interpretou esse instituto com o entendimento atual de que o poder familiar corresponde mais a um dever dos genitores que a um poder, devendo ser observado sob a ótica do princípio do melhor interesse do menor. Diante desse entendimento, pode-se dizer que, para a Terceira Turma, a destituição do Poder Familiar é direito do menor em abandono e não punição ao genitor abandonante.[272]

5.1.2.3 Aplicação do princípio do cuidado

A Ministra relatora, no exercício de fundamentação argumentativa, no que toca a aplicação do princípio do cuidado, considerou que esse instituto já é reconhecido como senso comum, que o dever de atenção com a prole não está mais em segundo plano no processo de criação. Para os julgadores, as próprias

[270] CALDERON, R.L. O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 Ago. 2018, p. 246.
[271] JUNIOR, O. L. R; MAMEDE, G.; DA ROCHA, M. V. Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p 75.
[272] LÔBO, P. L. N. Do poder familiar. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.

manifestações da autora demonstram que as manifestações psicológicas de cuidado é um fator essencial à formação de um adulto[273].

Ademais, segundo a referida decisão, esse princípio é aplicável em razão da máxima amplitude das normas constitucionais, o que era vislumbrado na prática, que o cuidado é fundamental para a formação do menor. Além disso, ele não é atrelado ao sentimento de afetividade, mas ao cumprimento da obrigação objetiva de cuidar.[274]

Por fim, a relatora exemplifica os cuidados objetivos exigíveis legalmente. Nota-se que, apesar de elencadas condutas objetivas, ainda se deixou ao arbítrio dos magistrados considerarem o que é cuidado, ao considerar as "[...] outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador [...]". Percebe-se desse trecho que, apesar de argumentado que o cuidado é uma norma aferível materialmente, ainda não se tem noção do seu escopo e limites, o que traz inevitável insegurança jurídica.[275]

5.1.2.4 Aplicação da responsabilidade civil no direito de família

Para a Terceira Turma, a aplicação da Responsabilidade Civil no Direito de Família não é limitada. Na decisão, foi realizada uma análise mais abrangente dos dispositivos elencados, afastando o rigor positivista e empregando uma análise sistêmica do Direito[276]. Aponta que na delimitação normativa da responsabilização civil não há impedimento explicito de sua aplicação nas relações familiares, aplicando o argumento da possibilidade pela negativa de proibição: aquilo que não é proibido, permitido é.

5.1.2.5 Do dever jurídico preexistente:

[273] ALFAIATE, A. R. Autonomia e Cuidado. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA. O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.13

[274] TUPINAMBÁ, R. C. O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

[275] ALVES, A. J. P. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

[276] BAHIA, C. J. A.; BRAGA, R. P. A prática argumentativa no ensino jurídico como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, v. 50, n. 65, 2017.

Para caracterizar o dever jurídico preexistente os julgadores da Terceira Turma teceram a seguinte lógica: a) a reponsabilidade dos pais de criação de seus filhos advém da liberdade de afeto e de concepção; b) o poder familiar impõem deveres de convívio, cuidado, criação e de educação, que somente podem ser cumpridos satisfatoriamente se houver acompanhamento do desenvolvimento sócio psicológico da criança; c) o cuidado está, materialmente, incorporado no art. 227 da CF/88; d) existem diferenças conceituais e práticas entre o afeto e cuidado, o afeto é intangível e subjetivo, o cuidado é exigível e objetivo; e) o cuidado é imposição legal atrelado ao dever de criação, educação e companhia.

Observa-se que o cuidado como princípio jurídico ganhou força normativa nessa fundamentação, apesar de não haver expressamente a palavra princípio atrelada ao dever de cuidado, é possível perceber que essa imposição legal foi utilizada como norteadora do entendimento das normas já positivadas, havendo, portanto, reconhecimento do cuidado como princípio jurídico[277] pela Terceira Turma.

5.1.2.6 Da conduta culposa do genitor

Para a Ministra relatora, o descuidado do pai com a prole constitui ilícito civil na forma de omissão, mas faz duas ressalvas que podem descaracterizar a conduta culposa. A primeira ressalva é quanto algumas ações dos pais que acabem por causar distanciamento dos filhos não têm o condão de culpabilidade por serem direitos potestativos dois pais, e que quem exerce seu direito não causa dano a ninguém, para densificar o argumento, a ministra exemplificou algumas dessas ações como: o divórcio, separações temporárias, constituição de nova família, reconhecimento de orientação sexual, entre outros. A segunda ressalva é quanto à impossibilidade de prestação do dever de cuidado, que podem advir de limitações financeiras, distâncias geográficas e, inclusive, a alienação parental em seus diversos níveis.

[277] TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

Para caracterizar a culpa na lide apresentada, a ministra relatora apontou o distanciamento intencional do pai, que já era evidente a presunção da paternidade antes mesmo do seu reconhecimento legal, que se deu de forma dificultosa. Após o reconhecimento a ministra apontou que a falta de contato foi quase total e que ainda havia tratamento desigual entre a autora e os irmãos por parte do pai. Essa conduta foi considerada ilícita pela ministra.

Cabe apontar que em relação ao abandono flagrante, caso dos autos, a ministra vislumbrou com facilidade a conduta antijurídica, apesar de elencar como excludentes de ilicitude os direitos potestativos do pai de se divorciar e constituir nova família, concluiu que o ato ilícito adveio da intenção de se afastar quase que completamente da filha e de diferenciá-la em relação à criação de seus irmãos. Nota-se que em um primeiro momento há uma análise da culpa em seu sentido *stritu senso* ao apontar a conduta como negligência[278] ao dever de cuidado na criação da filha. Em um segundo momento, a conduta do pai de privilegiar parte de sua prole em detrimento da sua filha se aproximar da intenção dolosa[279], uma vez que havia a intensão do pai favorecer os filhos advindos do casamento. Há, portanto, na mesma conduta ilícita, omissões ligadas a negligência quanto ao dever de cuidar, e dolo quanto à imposição legal de não tratar os filhos diferenciadamente.

No que se refere às excludentes de ilicitudes, a ministra retira a culpabilidade[280] advindo do Abandono Putativo, por considerar que quem é impossibilitado de prestar um dever, não deve ser responsabilizado por isso. Também faz menção expressa quanto à alienação parental como possível excludente de ilicitude.

Por fim, o Abandono Descurado permaneceu sem esclarecimento mais aprofundado, apesar da ressalva quanto ao exercício dos direitos potestativos dos pais, o liame entre o que é direito do pai e direito do filho ainda ficou em aberto,

[278] CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 49-50.
[279] Idem, pp. 55-56.
[280] Idem, ibidem.

como por exemplo, as separações temporárias: qual seria o tempo necessário para caracterizar o abandono do filho? Essa abertura, inevitavelmente, traz a discussão da gravidade da culpa como grave, leve e levíssima[281], que não encontra respaldo no conceito abstrato de ato ilícito aplicado pelo Código Civil.[282]

5.1.2.7 Da configuração do Nexo Causal

Com intenção de configurar o elo entre a conduta do pai e o dano sofrido pela filha, a ministra relatora apontou que o tratamento de afastamento aplicado pelo pai, somado ao fato dele tratar, comprovadamente, de modo desigual os seus filhos, causou sofrimento à autora. Aponta ainda que esse sentimento que a autora sempre terá, teve causa perante as omissões do pai no exercício do seu dever de cuidado, e suas ações em relação ao modo que privilegiou parte de seus filhos em detrimento da autora.

Aplicando-se a teoria da Causalidade Adequada[283] ao caso, infere-se que as condutas omissivas do pai de e a intenção de privilegiar os filhos frutos de casamento posterior foram causas determinantes para o sofrimento da filha. Contudo, ao apontar o dano concreto advindo da conduta ilícita, a ministra relatora apontou que a apesar do tratamento do pai, a filha conseguiu se desenvolver adequadamente. Contraditoriamente, essa afirmativa romperia o nexo causal entre a conduta e o dano, uma vez que a conduta do não teve elo direto com a criação da autora. Todavia, foi considerado que o dano, nesse caso, é presumido, *in re ipsa*, e o elo causal advém dos sentimentos de sofrimento, mágoa e tristeza causados pelo fato de o pai a considerar a filha nascida relacionamento anterior ao casamento como de segunda classe.

5.1.2.8 Da configuração do Dano

O dano vislumbrado pela Ministra julgadora no caso foi o dano moral, ou extrapatrimonial. Como já percebido na análise do nexo causal, o dano moral foi

[281] Idem, pp. 56-58.
[282] PEREIRA, C. M. S. Instituições de Direito Civil, Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 551.
[283] FILHO, C. S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 69-71.

presumido, havendo, inclusive reconhecimento pela ministra de que apesar da conduta ilícita do pai, não houve consequências objetivas no desenvolvimento durante a criação da autora.

Para caracterizar o dano, argumentou-se que as meras condutas de omissão de cuidado e de favorecimento de uma parte da prole já são por si só, capazes de causar dano moral e que, portanto, não é necessária a prova das consequências psicológicas advindas dessas condutas.

Noutro momento, contudo, a Ministra relatora aponta que o dano pode ser comprovado por laudo de especialista no ramo da psicologia.

Esse entendimento impõe consequências na forma em que a conduta é avaliada pelo julgador. O Ministro Massami Uyeda, em seu voto de divergência, apontou que o Abandono Afetivo somente seria possível se houvesse omissão total do dever de cuidado do genitor, invocando a natureza delicada dos relacionamentos familiares. No mesmo sentido entenderam os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Sidnei Beneti, considerando que apenas o abandono completo e notório do filho é capaz de sansão pela Responsabilidade Civil. Logo, infere-se que, se o abandono do genitor for tamanho a ponto de configurar o Abandono Afetivo, consequentemente, o dano sofrido pelo filho sempre será *in re ipsa*, uma vez que a forma presumida do dano extrapatrimonial somente pode ser utilizada se o grau reprovação da conduta for elevado[284]. O que leva ao seguinte raciocínio: Para a Teceira Turma, a Responsabilidade Civil no abandono afetivo somente será configurada nos casos de omissão total do cuidado, independentemente da caracterização ou do dano sofrido pelo menor, sendo a própria extensão e consequências danosas do ato irrelevantes para os casos, por exemplo, de Abandono Descurado.

Isto posto, conclui-se que para a Terceira Turma do STJ o Abandono Afetivo se configura somente com a análise da gravidade do ato ilícito, sendo a existência concreta e a extensão do dano sofrido fatores irrelevantes para a caracterização da

[284] CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127.

Responsabilidade Civil, tendo utilidade somente para a fixação do valor compensatório.

5.2 Análise do Resp 1.579.021/RS

A Quarta Turma do STJ foi a primeira a se debruçar sobre a tese do abandono afetivo, no ano de 2005. No REsp 757.411/MG[285], o Ministro Fernando Gonçalves considerou que não havia como o Estado compelir um pai a amar o filho, não havendo o necessário dever jurídico preexistente para configurar o ato ilícito, e que a suspensão e extinção do poder familiar já seriam as punições civis cabíveis nos casos de abandono. A partir de então a Quarta Turma sempre entendeu pela

Esse precedente foi utilizado pela Quarta Turma até o dia 19 de outubro de 2017, onde a Ministra Maria Isabel Galotti no REsp 1.579.021/RS[286] deu novo fundamento para a negativa do Abandono Afetivo. De forma a contrapor o entendimento firmado pela Terceira Turma, em um caso bastante semelhante ao julgado do REsp 1.159.242/SP[287], a Ministra Gallotti aponta que o cuidado afetivo não pode ser exigido pelo Estado.

Essa decisão passou a ser usada como precedente pela Quarta Turma como paradigma, suplantando o entendimento firmado no REsp 757.411/MG. Por essa razão, o contexto fático e os fundamentos desse novo paradigma merecem análise para se compreender a outra vertente do entendimento sobre a matéria no Superior Tribunal de Justiça atualmente.

---

[285] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[286] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[287] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006. Acesso em: 30 Ago. 2018.

Mais uma vez, é prudente que se transcreva a ementa da decisão para dar um panorama geral sobre a matéria julgada:

> CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
>
> Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V).
>
> A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito.
>
> O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma.
>
> Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação.
>
> 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

5.3 Contexto Fático da Decisão

A autora é fruto de relacionamento apartado do casamento. Na constância desse casamento o genitor teve dois filhos com sua cônjuge, meios-irmãos da a autora. O vínculo parental da autora com o pai somente foi reconhecido por decisão judicial, contudo, mesmo após o reconhecimento da filiação, o genitor nunca manteve contato com a autora. Inclusive houve transferência de patrimônio por parte do genitor para os filhos concebidos dentro da constância do casamento, favorecendo-os em detrimento da autora. Em algum momento a autora teve

envolvimento com o uso de drogas e atribuiu seu comportamento ao abandono do seu genitor.

Atingida a maioridade, a autora ajuizou ação reparatória de danos morais em desfavor do seu genitor, alegando que o abandono afetivo e a falta de cuidado durante o seu desenvolvimento acarretaram grande sofrimento para a autora e consequências nefastas para a sua saúde mental.

No primeiro grau de jurisdição, o juiz considerou os pedidos da autora procedentes e condenou o genitor ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Ambas as partes apelaram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A autora se insurgiu contra o valor arbitrado, apontando a extensão do dano moral sofrido por ela, assim como o elevado padrão de vida do genitor. Já o seu pai recorreu alegando que nunca houve qualquer vínculo familiar e afetivo entre as partes e que o afeto não pode ser considerado uma obrigação jurídica; que houve prescrição da pretensão da autora e que, caso mantida a condenação, que os danos morais foram fixados em patamares exorbitantes.

O TJRS ao julgar o feito considerou que o abandono afetivo é possível somente quando já havia uma relação de afeto entre o genitor e sua prole e, posteriormente, com a sua separação, o genitor se afasta injustificadamente do seu filho. No caso, por considerar que nunca houve convívio e afeto entre as partes, não se pode condenar o genitor pelo seu afastamento, não sendo configurado o ato ilícito.

Diante dessa decisão a autora interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, alegando violação aos Arts. 535 do Código de Processo Civil; 22 do ECA; 186, 189 e 927 do Código Civil e 227 da Constituição Federal; além de alegar que a decisão do TJRS contrariou entendimento fixado pela Terceira Turma do STJ no REsp 1.159.242/SP. Esse recurso foi distribuído à Quarta Turma de Direito Privado, sendo a Ministra Maria Isabel Gallotti relatora do caso.

5.3.1 Os Fundamentos da Decisão

Para manter a coerência da pesquisa e manter a uniformidade na utilização da Metodologia de Análise de Decisões[288], a análise feita no item 4.1.2 deste trabalho será realizada da mesma forma neste item. Para tanto, serão analisados todos os argumentos usados para fundamentar a decisão, agrupando-os na ordem em que o trabalho se desenvolveu com a intensão de estudar como cada conceito foi aplicado.

5.3.1.1 Aplicação do Princípio da Afetividade

Ao aplicar o princípio da afetividade em sua fundamentação a Ministra relatora considerou que a afetividade não é um dever jurídico. Para a Ministra, a convivência forçada acabaria por causar mais danos psicológicos, morais, religiosos e jurídicos, em suma, ao desenvolvimento sadio do menor, do que se houvesse distância entre o genitor e a prole. Por fim, a Ministra aponta que a afetividade, apesar de não ser dever jurídico, deve ser levada em conta pelo juiz quando lhe cabe à análise de quem seria o agente mais qualificado para a criação do menor em casos de conflito, podendo recair a um só dos pais, como até mesmo parentes afastados e estranhos, como são os casos de quem exerce a função de guardião e de tutor do menor.

No que se refere à análise do princípio da afetividade nos argumentos elencados acima, é possível observar que ele é utilizado de forma bem restritivo pela Ministra julgadora. A sua faceta objetiva e obrigacional[289] já é de pronto afastada. Já o lado de formação familiar, de compasso quanto à estabilidade familiar[290], é admitido pela Ministra, que considera que nos momentos de conflito, o menor deve ficar aos cuidados de quem tem mais afeto por ele. Nota-se que a Ministra atrela a afetividade ao dever de guarda, mas não ao Poder Familiar, que não se extingue com a separação dos genitores.

---

[288] FILHO, RF; LIMA, TM. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**.: Decision Analysis Methodology - DAM. Universitas Jus. 21, 1-17, 2010.

[289] CALDERÓN, R.L. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

[290] CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 Ago. 2018, pp 190-192.

Para a Ministra, qualquer exigência além do sustento, guarda e educação dos filhos não encontra respaldo na normatização jurídica, as demais garantias constitucionais, como a convivência familiar, devem ser observadas apenas como um ideal nas relações familiares. Esse entendimento vai contra a doutrina que defende que os Direitos da criança e do Adolescente devem ser observados de acordo com o princípio do melhor interesse do menor[291], que cumulado com os deveres advindos do poder familiar[292] e o princípio da dignidade humana[293], apontam obrigações aos pais além da manutenção material e educacional dos filhos. Contudo, esse não é o entendimento defendido por autores que não vislumbram a obrigação além do sustento material e intelectual, por acabar por impor um dever jurídico de amar.[294]

5.3.1.2 Entendimento quanto ao Poder Familiar

A Ministra relatora ao elencar os deveres decorrentes do poder familiar, apontou que nos casos de descumprimento das obrigações de sustento, guarda e educação, a legislação prevê a perda do poder familiar como punição. Ademais apontou que, além desses, existe apenas a obrigação de prestação de alimentos, no plano material.

A Quarta Turma ao analisar os deveres inerentes ao poder familiar vislumbra apenas os deveres de guarda, sustento e educação. Contudo a relatora não faz menção a sua relação com o art. 227 da Constituição Federal[295]. A Ministra, ao elencar as normas jurídicas relacionadas ao Abandono Afetivo no Código Civil

[291] BARBOZA, Heloísa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio (pp 201-214). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, p. 203.
[292] DOS SANTOS PONTES, L. P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 111.
[293] SOBRAL, M. A. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010.
[294] ALVES, A. J. P. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. **Revista Direito & Dialogicidade**, v. 4, n. 1, 2013.
[295] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

aponta os Arts. 1566[296] e 1.634[297], dando mais ênfase ao dever de guarda. Contudo, o poder familiar é a norma jurídica que vincula os pais aos filhos, até porque a guarda pode ser exercida por qualquer pessoa, dada a circunstância, só o poder familiar é exercido com exclusividade pelos pais e independe da situação que se encontra o relacionamento dos genitores.

Interessante a Ministra utilizar o Art. 1566 para fundamentar os deveres inerentes aos filhos, uma vez que essa parte do Código Civil está voltada para a Eficácia do Casamento (Capítulo IX), o que representa as obrigações de um cônjuge para com o outro e não do genitor com a prole, o Art. 1566, Inciso IV, garante que um cônjuge pode exigir do outro o dever de sustento, guarda e educação dos filhos em conjunto, mas não diz respeito aos direitos que os filhos podem demandar dos seus pais. Esses deveres estão fixados no Art. 1634, que está na seção do Código Civil que regula as Relações de Parentesco, em específico, o Poder Familiar. Esse dispositivo obriga, também, o exercício da guarda pelos pais, mas, além disso, impõe o dever de "dirigir-lhes a criação e a educação", o que amplia o escopo das obrigações parentais.[298]

5.3.1.3 Aplicação do princípio do cuidado

A análise que a Ministra relatora faz da aplicação do princípio do cuidado é um dos pontos chaves da decisão. A Ministra aponta que o dever de cuidado, propriamente dito, se delimita ao dever de sustento, guarda e educação e que qualquer exigência além desse escopo escapa a tutela jurisdicional e que essa extrapolação do dever de cuidar impõe um cuidado afetuoso. Comparando a presente decisão ao REsp 1.159.242/SP, o que a Ministra Nancy Andrighi considerou como dever jurídico de Cuidado, a Ministra Maria Isabel Gallotti considerou como

[296] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo IX Da eficácia do Casamento; Art. 1566. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm Acesso em: 10 Ago. 2018.
[297] BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.
[298] DOS SANTOS PONTES, L. P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, pp. 111-112.

Cuidado Afetivo ou, dever de Cuidar Afetuosamente[299], e apontou que essa conduta não está abarcada pelo ordenamento jurídico.

Para a Ministra Maria Isabel Gallotti, o cuidado afetuoso está relacionado com as particularidades da vida privada de cada família. Para fundamentar seu argumento, a Ministra equiparou o cuidado com a afetividade, ao considerar que a incapacidade de amar é o mesmo que a incapacidade de cuidar afetivamente, que por muitas vezes advém de circunstâncias da criação e da personalidade do próprio genitor.

Esse entendimento garante uma maior liberdade de atuação do pai, que em qualquer tipo de distanciamento, poderá se desvencilhar de qualquer ônus quanto aos seus deveres de convívio e educação caso cumpra com a obrigação material de prestar alimentos. A definição de cuidado utilizada pela doutrina faz uma clara diferenciação do dever objetivo de cuidado ao apontar que o cuidar é ter zelo, preocupação e responsabilização. É, em suma, obrigação que permite o desenvolvimento afetivo, mas não impõe o afeto em si.[300]

A Ministra relatora entende que essa imposição imporia uma relação de maior animosidade, ao obrigar uma pessoa a se relacionar com quem ela não quer e, portanto, causa a deterioração do afeto e não seu florescimento, consequência normalmente ligada à imposição do afeto como dever.[301] Mas, conforme observado neste trabalho, o cuidado não tem como objetivo principal a relação de afeto, mas sim a proteção do bem tutelado, é a preocupação que o genitor deve ter de que sua prole está se desenvolvendo não só fisicamente, mas também psicologicamente. Extrai-se dessa análise que a Ministra relatora ao fundir os dois princípios, utilizou-se de conceitos relacionados apenas a afetividade para afastar a pretensão da autora.

---

[299] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 20 Set. 2018, p. 3.

[300] BOFF, L. **Saber cuidar**: ética do humano. 10ª. Ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004, p. 34.

[301] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v.3, n.13, 2006, p. 2.

No mesmo julgamento, em voto vencido, o Ministro Marco Buzzi entendeu que é sim possível a tese do Abandono Afetivo pela ausência ou precariedade de cuidado e afastou a condenação do genitor apenas porque considerou que a prescrição da pretensão autoral já tinha ocorrido. Para o Ministro, o dever de cuidar está presente em diversos preceitos constitucionais e infraconstitucionais e apontou que:

> [...] analisando-se o ordenamento positivo, a par de inexistir um dever de amar, observa-se que aos pais compete o dever de sustento, guarda e educação dos filhos em fase de crescimento, deveres esses que apenas sob uma perspectiva simplista poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, haja vista a expressa determinação legal quanto às obrigações de criar e educar. Portanto, o interesse subjacente às demandas que envolvem abandono afetivo funda-se no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. E, nesse sentido, pode-se concluir pelo merecimento de tutela jurisdicional.

Quanto ao entendimento dos conceitos atrelados ao cuidado como princípio jurídico, o Ministro apontou como esses conceitos se conjugam com as obrigações de criar e educar.[302]

5.3.1.4 Aplicação da responsabilidade civil no direito de família

Quanto à aplicação da responsabilidade civil no direito de família, a Ministra relatora entende que não há especificidades quanto a sua aplicação. Havendo dever jurídico preexistente, conduta antijurídica culposa, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano e dano suscetível de indenização, é possível a aplicação do instituto no âmbito familiar. Contudo, a sua aplicação quanto à forma de convivência familiar, a relatora entendeu que o Poder Judiciário não pode regular o modo que se dá o sustento, guarda e educação dos filhos, ficando restringido apenas à suspensão ou destituição do poder familiar. Para a Ministra regulamentar a convivência entre pais e filho com sanção indenizatória apenas dificultaria a reaproximação futura dos envolvidos.

[302] TUPINAMBÁ, R. C. O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA. **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Nota-se que para a maioria da Quarta Turma, a proteção de uma eventual conciliação dos entes familiares tem mais valor que a reparação por danos causados por suas condutas. Esse entendimento acaba por tolher da vítima do dano do seu direito de escolha, cabe ao sujeito que teve seu bem jurídico violado decidir se pretende uma possível aproximação do seu ofensor ou não. O raciocínio empregado pela Ministra relatora priva o direito do ofendido de compensar um dano existente e concreto em detrimento de uma possibilidade futura de reconciliação que pode ou não ser de seu interesse. Consequentemente, considerar que não cabe a utilização do instituto da responsabilidade civil nas relações entre pai e filho vai contra o que dispõe o Art. 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal[303] que dispõe em seu texto: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Em outras palavras, esse entendimento fere o Direito Fundamental de Acesso à Justiça dos ofendidos.

5.3.1.5 Do dever jurídico preexistente:

Para a maioria da Quarta Turma, impor o dever de cuidado, ou como denominado pela Ministra relatora, dever de cuidar afetuosamente seria o mesmo que impor dever de amar. Dessa concepção, a turma julgadora argumenta que não existe no ordenamento jurídico qualquer dever jurídico de amor ou afeto. Ademais a Ministra relatora aponta que a convivência familiar não é matéria a ser regulada ou imposta pelo Estado, sendo objeto de decisão restrito apenas ao arbítrio das familias.

Diante dessa afirmativa extrai-se a negação do cuidado como princípio jurídico, assim como a relação feita pela doutrina e pela Terceira Turma entre a Constituição e o princípio da proteção integral do menor e o dever de criação imposto aos pais pelo poder familiar. Apesar de afastar todo esse raciocínio jurídico, a Ministra relatora não apresenta outro argumento a não ser a impossibilidade de impor dever de amor. Como fonte de argumentação nesse sentido a Ministra

[303] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título II Dos Direitos e Garantias Fundametais; Capítulo I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Art. 5º, Inciso XXXV. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

transcreve artigo jornalístico publicado no Jornal Estadão intitulado "O Afeto e a Bolsa" escrito por Miguel Reale Júnior. O fato desse tipo de artigo ter pouca validade científica, por não haver avaliação e revisão crítica realizada por pares, não é o único problema observado pela fundamentação empregada pela Ministra, mas também o comentário considerado por ela como de destaque:[304]

> Cuidar de criança ou adolescente é um dever, mas dentro de quais limites legais? O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem que cumpre aos pais prover alimentos: nutrição, saúde, habitação e educação. No Código Penal estatui-se ser crime o abandono material e intelectual consistente em deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do filho ou sua instrução. No campo do direito não se confunde cuidado com cuidar afetivamente.

Primeiramente o autor admite a existência do cuidado como dever jurídico. Contudo ao apontar os seus limites ele simplifica os deveres parentais aos de prover nutrição, saúde, habitação e educação, sem fazer menção aos direitos dos menores positivados nesses mesmos códigos, como, por exemplo, a proibição de tratamento desigual e o dever de convívio familiar.

Outro problema é o anacronismo da comparação das obrigações parentais atuais com os tipos penais que tutelam o abandono. Como já estudado neste trabalho, esses tipos penais foram criados na primeira metade do século XX, uma época onde não havia preocupação com o interesse do menor, mas como forma de defesa da própria sociedade contra o aumento da população de jovens em situação de rua e a então recente percepção de que o jovem educado servia como valiosa fonte de mão-de-obra.[305] Desse modo a Ministra relatora nega a existência de dever jurídico preexistente, contudo não há uma argumentação contra os conceitos atuais de cuidado e proteção integral do menor.

A análise do Abandono Afetivo pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça termina com a negação de dever jurídico preexistente referente a um cuidado

[304] REALE JÚNIOR, Miguel**. O afeto ou a bolsa.** Jornal Estadão. São Paulo. Publicado em 2 de junho de 2012. Opinião. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-afeto-ou-a-bolsa-imp-,881355>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

[305] TRINDADE, Judite Maria Barbosa. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista brasileira de história**, 19 (37), 1999, pp 35-58.

além do sustento, guarda e educação. Para continuar a análise da responsabilidade civil é preciso que a conduta culposa viole uma norma jurídica preexistente (responsabilidade extracontratual subjetiva) o que prejudica a análise dos demais pressupostos desse instituto.[306]

Com isso conclui-se o desenvolvimento da pesquisa. Como exposto na introdução, agora o autor irá fazer considerações finais sobre o estudo realizado e apontar suas percepções sobre o tema e como os conceitos apresentados e estudados têm importância para o mundo acadêmico e jurídico, indicando, por fim como as futuras pesquisas podem se beneficiar pelo trabalho realizado nessa monografia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abandono afetivo orbita em uma área cinzenta do Direito Civil, mais especificamente nos limiares do Direito de Família e da Responsabilidade Civil. A sua caracterização traz dificuldades não só de compreensão dos bens, valores e normas jurídicas, mas também quanto ao próprio manuseio desses conceitos pelos operadores do Direito. Não há ainda uma formula que defina, especificamente, quais são os deveres inerentes à condição de pai e quais são os direitos que os filhos podem exigir deles. Essas dificuldades, conforme foi o observado com o desenvolvimento da pesquisa, se dá principalmente por três razões: as mudanças axiológicas envolvendo os valores familiares e os próprios direitos de afetividade e liberalidade de seus membros que foram incorporadas ao ordenamento jurídico, contudo sem abrir mão dos valores patrimoniais e patriarcais do passado; a dificuldade de mensurar os limites desses novos valores atrelados ao direito de família, havendo equívocos na sua restrição excessiva e na sua abrangência demasiada; a simplificação de um fenômeno familiar complexo, que extrapola a esfera jurídica e adentra a ética, a sociedade e a psicologia, estressando os limites da absorção de situações fáticas extremamente complexas às normas abstratas de direito.

[306] PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 548.

O direito de família enfrenta uma grave crise de identidade, digna de comparação às mazelas psicológicas da esquizofrenia, especificamente no que toca ao distúrbio da dupla personalidade. O direito de família atual quer, ao mesmo tempo, defender o patrimônio familiar, a unidade e moral familiar e o patriarcado; enquanto garante os direitos individuais de seus membros, a relevância afetiva nas relações familiares, a multiparentalidade, a proteção integral da criança e do adolescente e etc. Essa dicotomia funciona até certo ponto, ou como dizem os psiquiatras, enquanto uma personalidade não tem consciência da existência da outra, o problema começa a ocorrer quando as situações fáticas da vida impõem que as duas personalidades se digladiem para resolver essa situação. O mesmo ocorre com o abandono afetivo, ele está em uma área fática que fica no meio de valores antagônicos defendidos pelo mesmo corpo jurídico, isso explica o porquê dos entendimentos diversos não só da doutrina, mas das próprias decisões judiciais. O mesmo tribunal, confrontado com a mesma situação fática, utilizando os mesmos conceitos jurídicos, possui entendimentos diametralmente distantes. Essa anarquia jurídica é extremamente prejudicial não só para o jurisdicionado, que depende inteiramente da sorte para saber se sua pretensão judicial terá sucesso, mas também para o próprio Estado de Direito, que está sendo incapaz de apaziguar os conflitos sociais.

Para combater esse problema é preciso que haja estudos cada vez mais refinados sobre valores envolvidos no ato de abandono do pai em relação ao seu filho, para entender como esses conceitos, aparentemente antagônicos, podem se conjugar de modo a dar uma solução satisfatória para a sociedade. Essa pesquisa aponta que a resposta não está nem na empolgação de alguns autores na aplicação da afetividade como dever, nem na negação da responsabilidade do pai no desenvolvimento moral e psicológico da sua prole. Uma tímida solução está surgindo com o entendimento de que a obrigação do pai não está atrelada a um dever de afeto, amor, amizade, ou qualquer termo utilizado pelos operadores do direito para caracterizar a relação de sentimentos subjetivos que os seres humanos utilizam para valorar internamente a relação com o próximo, mas nasce de uma obrigação

legal de preocupação com o a criação digna por parte dos pais para com seus filhos. Essa obrigação não nasce de espontaneidade dos sentimentos de afeto, mas do dever de cuidado que o Estado transfere aos pais, por meio do poder familiar (não do dever de guarda), de garantir que o filho nascido será cuidado ao ponto de desenvolver sua própria autodeterminação moral e intelectual, ou seja, que aos pais é incumbido o dever de criação digna dos seus filhos.

O dever de cuidado não é nenhuma novidade no ordenamento jurídico, inclusive, está atrelada à própria teoria geral da obrigação do direito quando se refere ao dever de "não causar dano a ninguém", ou em um comando de ação positiva "dever geral de cuidado". Esse dever é observado em todas as esferas do Direito, inclusive na processual, observado no poder/dever geral de cautela do magistrado de garantir o resultado útil do processo. Em uma analogia simples, é o que se exige dos genitores, o poder/dever de garantir que a sua prole resulte em um ser humano digno, saudável e educado. Considerar que essa exigência se limita ao suporte material é negar a aplicação de dispositivos Constitucionais (Art. 227 da CF) e infraconstitucionais (arts. 4º e 5º do ECA). Mas mesmo que essas garantias de desenvolvimento digno não estivessem positivadas, ainda assim seriam exigíveis dos pais, uma vez que o ECA garantiu a Criança e ao Adolescente o seu reconhecimento como Pessoas de Direito e, portanto, todas as garantias fundamentais são também estendidas a eles. Ocorre que a Constituição resolveu dar ao menor uma proteção especial, decorrente da sua especial situação de desenvolvimento físico, social, psíquica, moral e intelectual. Diante disso, fica clara a intensão de proteção integral do menor, em todos os seus aspectos. Essa proteção exige de todos (Estado, sociedade, família) cuidado com o desenvolvimento do menor, contudo cobra especialmente dos pais esse dever, ao obrigar-lhes a direção da criação e da educação do menor.

Por essa razão, o dever de cuidado que o genitor tem com a sua prole não advém do dever de guarda, mas do próprio poder familiar, uma vez que o verbo dirigir explicitado no art. 1634, inciso I, do Código Civil, tem dupla ordem legal: o

primeiro é no sentido de comandar a criação e a educação do filho; o segundo é o sentido de ministrar o próprio desenvolvimento e a educação do filho. Esse dever, logicamente, deve ser conjugado com os direitos fundamentais garantidos ao menor, portanto, cabe aos pais, por escolha do legislador, serem os sujeitos que tem mais deveres de cuidado com o desenvolvimento do filho, uma vez que é sua incumbência a criação do menor, e é exigência legal do estado que esta se dê forma digna. Para reforçar essa intenção, o art. 227 da Constituição utiliza os termos "absoluta prioridade" para assegurar os direitos do menor e os termos "coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, [...]" para reforçar que os seus direitos devem ser defendidos de qualquer tipo de ameaça, inclusive as advindas das condutas de seus pais, uma vez que não há ressalva nesse sentido no texto constitucional.

O que causa espécie nos operadores do direito é a utilização, ou qualquer referência a Afetividade como dever jurídico. Como a própria denominação da tese é Abandono Afetivo, é inerente ao operador do direito ligar a conduta antijurídica com a ausência de afeto do pai com filho e não aos deveres objetivos de garantia de desenvolvimento digno da prole. De fato, o sentimento é um valor absolutamente subjetivo, nós não só não temos controle de como nossos sentimentos irão reagir a uma determinada situação, como não somos capazes de nos autos impor um sentimento quanto a uma determinada pessoa ou objeto. Esse tipo de exigência, me parece, tem gênese nos valores católicos atrelados ao direito e a sociedade ocidental, onde sempre houve a imposição do amor (ou do não amor), seja por Deus, por seu cônjuge ou mesmo por seus filhos. Essa característica da sociedade ocidental sempre foi base de grandes sofrimentos, retratados em obras como Romeu e Julieta, o Drama de Édipo e outros inúmeros romances que remontam o amor proibido ou o descaso de quem lhe deveria amar. De fato, a imposição de qualquer sentimento foi causa de sofrimento humano. Em contraste à essa imposição, a determinação do dever de cuidar sempre foi aceita e, inclusive, incorporada ao direito como valor natural de preocupação com a esfera de bem-estar do próximo. Basta utilizar o modo

imperativo de conjugação dos dois verbos, ame e cuide, e poderá se visualizar qual comando é mais razoável de ser exigido pelo Estado.

O valor jurídico que o afeto passou a ter é exatamente para resguardar o direito dos seus tutelados de ter seus sentimentos e escolhas de afeto ter as mesmas repercussões jurídicas que os atos jurídicos formais garantem aos indivíduos. O seu reconhecimento é desdobramento o novo campo de estudo dos direitos fundamentais, principalmente quanto ao princípio da dignidade humana que é tão mencionada, mas pouco entendida. Esse conflito de normas que emanam da dignidade é sintoma decorrente da capacidade de percepção do ser humano quanto ao conhecimento desse direito. Em outras palavras, o conflito está ligado com o processo de estudo e de maturidade científica desse princípio. Consequentemente a aplicação da afetividade, que tem gênese no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, encontra seus limites nele próprio.

Garantir que as relações afetuosas sejam reconhecidas pelo direito é um avanço quanto ao entendimento da dignidade desses sujeitos, ao mesmo tempo em que a percepção de que a exigência dele como obrigação nas relações familiares fere a dignidade desses mesmos sujeitos também é um avanço quanto ao entendimento desse valor jurídico. O que se pode concluir desse raciocínio é que a tese do abandono afetivo como exigência de afeto fere a dignidade dos pais ao obriga-los a provar sentimentos de afeto para com seus filhos. Contudo, a exigência de cuidado desses pais para que os filhos se desenvolvam dignamente é plenamente aceitável. O que leva a sugestão da mudança da denominação da tese de abandono afetivo para abandono incauto, que remete ao dever de cautela de quem tem a responsabilidade do desenvolvimento de um bem jurídico.

O que leva ao problema final da caracterização da tese do abandono por ausência de cuidado, ou abandono incauto, que é a efetivação do direito material do filho de ser indenizado pelos danos sofridos pela negação desses deveres jurídicos por parte do pai. A tarefa dos operadores do direito é dificílima, uma vez que impõe a utilização de conceitos jurídicos ainda fluídos em contraposição a uma realidade

fática extremamente diversa. Em razão disso, o exercício de argumentação da tese na responsabilidade civil encontra obstáculos em todos os seus elementos, desde a exigência da obrigação extracontratual (dever jurídico preexistente) de cuidar, como a caracterização da conduta culposa, a necessária ligação entre essa conduta e o dano sofrido pelo menor e a própria caracterização e mensuração desse dano. Conforme o raciocínio empregado anteriormente, na minha opinião, o dever jurídico de cuidado para além do sustento material é exigível e constitui obrigação jurídica extracontratual. Contudo a caracterização do ato ilícito deve ser apurada com muito cuidado para não desvirtualizar os fundamentos utilizados, e nem lhes negar vigência.

A tarefa de padronizar uma conduta tida como ideal para que se exija a condenação de quem age de forma diversa é quase impossível com os parâmetros atuais de relações parentais. Isso demanda uma análise profunda do caso concreto em especial quanto à conduta culposa do pai e o dano sofrido pelo filho. A dinâmica das relações familiares e a diversidade de suas características impõem ao julgado sempre a cautela de não obrigar o pai a seguir uma determinada conduta que fira a sua dignidade e liberdade pessoal ao mesmo tempo em que deixe em desalento o filho que tem em risco o seu próprio desenvolvimento sadio.

Como forma de exemplificar os tipos básicos de conduta atrelados ao abandono afetivo, propus a sua divisão em abandono putativo, flagrante e descurado. Dessa forma é possível visualizar, com alguma clareza, os casos mais notórios de abandono. O abandono putativo não pode ser alvo de pretensão indenizatória, pois nesses casos o pai nunca teve a oportunidade de exercer o seu dever de cuidado, seja por ignorância do seu estado de pai, ou pela alienação parental absoluta, que impede que ao pai qualquer exercício do poder familiar. Claro que há casos de alienação parcial em que podem ser atribuídos ao abandono flagrante ou descurado, a depender da intensidade da alienação sofrida e do interesse do pai de participar na criação de seu filho. O abandono flagrante é, possivelmente, o mais fácil de ser observado, que é quando o pai se afasta, conscientemente, completamente da criação de sua prole,

havendo inclusive ações dolosas em desfavor de seu filho, esses casos foram os que chegaram para debate nos acórdãos paradigmas no STJ em razão da flagrância da conduta lesiva do genitor. Por fim, e talvez o que traga mais dificuldade aos magistrados, é o abandono descurado, onde o pai não possui sentimento de ódio ou animosidade com seu filho, mas também não possui interesse e cautela com a qualidade de sua criação. São nesses casos limítrofes que a ponderação de normas deve ser manejada com mais cuidado.

Soma-se a dificuldade de normatizar a conduta do pai com a miríade de possibilidades de danos advindos do abandono, e tem-se um dos mais complexos exercícios hermenêuticos dos pressupostos da responsabilidade civil. Fato é que o trabalho probatório imposto ao menor abandoando incautamente pelo pai é imenso. A ele recai o ônus de provar que a conduta negativa do pai extrapolou o que se espera do homem médio em seu dever de antever que sua conduta traria prejuízo material ou moral para a sua prole, demonstrar que essa conduta causou um dano moral ao menor que ultrapassa o aborrecimento comum do dia-dia e, por fim, provar que essa conduta teve relação direta com o dano experimentado pelo filho. Ao pai recai apenas o ônus de desconstruir a narrativa do filho, o que torna, por si só, o processo mais protetivo da esfera jurídica do pai. Portanto, os argumentos de que a aceitação do abandono incauto traria uma insegurança ao modo de que o pai deva se portar é falaciosa, pois só apontaria que existem cuidados mínimos exigidos do pai na criação e desenvolvimento do seu filho, o que é absolutamente razoável. É verdade que a decisão do que seria uma conduta negativa do pai que ultrapasse o que é exigível do homem médio recai ao entender dos magistrados que se debrucem sobre a lide, mas o mesmo também acontece com a análise de outros bens jurídicos relativos ao direito de família, como a determinação do tipo de guarda a ser concedida a pais divorciados e o como ela deve ser exercida.

Por fim, cabe fazer uma crítica ao modo que o STJ tem analisado os casos de abandono incauto, mesmo a Terceira Turma que aceita a viabilidade da tese, impôs tantas restrições que somente um caso obteve sucesso na pretensão compensatória do

filho. Para a Terceira Turma, somente os casos de descuidado absoluto ensejariam conduta antijurídica ao mesmo tempo em que considera que os danos sofridos pelo filho nesses casos são presumidos. Essa conclusão exclui todos os casos de abandono descurado da apreciação do judiciário, independentemente da extensão do dano sofrido pelo menor e, simultaneamente, condena a compensação por danos morais que podem ser inexistentes e não terem relação com a conduta antijurídica do pai. No meu entender, ao fixar essa tese, a Terceira Turma se furtou de analisar os casos mais complexos de abandono incauto, seja pelo ônus de fundamentar sobre condutas menos flagrantemente lesivas, seja para fundamentar a fixação dos extrapatrimoniais.

No que se refere ao entendimento firmado pela maioria da Quarta Turma, já que existe a divergência apontada pelo Ministro Marco Buzzi que aceita a tese do abandono incauto, é possível observar vários problemas hermenêuticos referentes aos conceitos jurídicos aplicados ao caso. Fixou-se entendimento que o cuidado atribuído ao genitor se limita ao dever sustento, guarda e educação do menor, além de considerar que os deveres de convivência e de criação digna não são normas jurídicas, mas devem ser observados como ideais a serem buscados na relação familiar. Ora, esse tipo de afirmação além de afrontar diretamente norma constitucional e federal, relativiza em absoluto qualquer tipo de cuidado imposto aos genitores. Ademais o marco teórico utilizado pela Ministra relatora foi retirado de coluna de opinião de artigo jornalístico, não havendo qualquer revisão ou crítica realizada por pares dos conceitos fixados pelo colunista, que inclusive mistura os conceitos de afetividade e cuidado a fim de desmoralizar a tese analisada. Por fim, a maioria da Quarta Turma entendeu que a utilização da responsabilidade civil para compensar o filho descuidado pelo pai impediria ou dificultaria a possível e futuro reestabelecimento de vínculo afetivo entre os dois.

Esse entendimento se funda em profundo exercício de achismo, sem nenhuma comprovação concreta, além do mais, tolhe o direito de escolha do e de acesso à justiça do filho vitimado, uma vez que ele pode nunca mais ter interesse de reatar

laços com o pai abandonante independentemente de receber indenização ou não. A Ministra relatora supre o poder de postular em juízo direito próprio do filho em detrimento de uma possibilidade, absolutamente mínima, de uma futura restauração de laços afetivos.

O tema do Abandono Afetivo, ou Abandono Incauto, como sugerido, está longe de ser exaurido, inclusive, necessita de novas e mais extensas pesquisas sobre o assunto. Contudo, acredito que esse trabalho possibilitará uma análise mais crítica dos fundamentos atrelados à tese do Abandono Afetivo. Possibilitando uma visão geral não só dos conceitos e direitos manejados pelos operadores do direito, mas da própria história da família e do combate ao abandono no Brasil. Futuras pesquisas sobre a técnica hermenêutica empregada pelos tribunais brasileiros ao enfrentar o tema e sobre os limites dos princípios a ele ligados são necessárias para refinar não só o entendimento científico do princípio geral da proteção da dignidade da pessoa humana, mas também o aperfeiçoamento do manejo do tema pelos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

ALBUQUERQUE, F. S. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. Congresso Brasiliero de Direito de Família**,** 2004.

ALFAIATE, A. R. **Autonomia e Cuidado**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA. O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.13.

ALVAREZ, M.C. **A emergência do Código de Menores de 1927**. Uma análise do discurso. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37021729/mestradoMarcosAlvarez.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1534802637&Signature=Cb BJZ2ZQRLn%2B%2BN14zjrDqxNX6lY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_EMERGENCIA_DO_CODIGO_DE_MENORE S_DE_192.pdf>. Acesso em 20 ago 2018, pp. 112 e 120.

ALVES, A. J. P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental.** Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

ALVES, L. B. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007.

BAHIA, C. J. A.; BRAGA, R. P. A prática argumentativa no ensino jurídico como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica, v. 50, n. 65, 2017.

BARBOZA, H.H. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 205-207.

BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, C.R. **O Cuidado e a Paternidade Responsável**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOFF, L. **Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares**? In: T. d. PEREIRA e OLIVERIA, O Cuidado como Valor Jurídico (pp. 1-12). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10.

BOFF, L. **Saber cuidar**: ética do humano. 10ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004.

BOFF, L. **Saber cuidar:** ética do humano. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002**, Lei nº 10.406/02. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo I Disposições Gerais; Art. 1593. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

BRASIL. **Código de Menores, Decreto n° 17.943-A/27**. Capítulo X Da vigilância sobre os menores; Art. 130. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920- 1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 21 de agosto de 2018

BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

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

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publica cao=09/10/2006>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1328380/MS**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 21/10/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201102338210.REG>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicac ao=29/11/2017. Acesso em 10 de agosto de 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publica cao=09/10/2006>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº RE 567164 ED/MG**. Relator: Minª. Ellen Gracie. Brasília, 11/09/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ABANDONO+ AFETIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j757uup>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 408.550-5**. Apelante: Alexandre Batista Fortes, menor púbere assist. por sua mãe. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Desembargador Unias Silva. Belo Horizonte, 01/04/2004. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KnKKG52MEoEJ:www.flaviotartu ce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/IELF-ACORDAO-

DANOMORAL- PAIEFILHO.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 ago. 2018.

CALDERON, R. L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%201 8-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 ago 2018, pp. 246-247.

CALDERON, R. L. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAVALIERE FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CORRÊA, M. **Repensando a família patriarcal brasileira**. Cadernos de Pesquisa, São Paulo (37): 5-16, Mai. 1981.

COSTA, J. **Paternidade Socioafetiva**. Revista Jurídica, *v. 13, n. 26*, 2009.

DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C. M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.3, 2006.

DA SILVA, V. A. **A evolução dos direitos fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2005.

DORNELLES, J. R. **A internacionalização dos direitos humanos**. Revista da faculdade de direito de Campos, 2004, pp. 177-195.

DOS SANTOS PONTES, L. P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1. 2015.

DUARTE, C. L. **Feminismo e literatura no Brasil**. Estudos avançados, *v. 15, n.49*, 2003.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Clube de Autores, 2009.

ESÍNDULA, D.H.P.; SANTOS, M.F.S. **Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei.** Psicologia em testudo, v. 9, n. 3, 2004.

FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado.** v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961.

FERREIRA, L.A.M. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação.** 2004. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92222/ferreira_lam_me_prud.pdf?s>. Acesso em: 10 ago. 2018.

FILHO, C. S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, RF; LIMA, TM. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**.: Decision Analysis Methodology - DAM. Universitas Jus. 21, 1-17, 2010.

FIRMO, M.F.C. **A Criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, 2006.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos–além da obrigação legal de caráter material**. Repertório de Jurisprudência IOB.[SI], v. 3, n. 18, 2006.

HOBSBAWM, E. **A era da revoluções:** 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

JÚNIOR, H. F. **A Idade Média:** nascimento do ocidente. 2ª. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

JUNIOR, O. L. R; MAMEDE, G.; DA ROCHA, M. V. **Responsabilidade civil contemporânea:** em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.l.

LÔBO, P.L.N. **Constitucionalização no direito civil**. Id/496874, 1999, pp. 104-105. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

LÔBO, P.L.N. **Do poder familiar**. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003.

LÔBO, P.L.N. **Princípio da solidariedade familiar**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, 2007.

LÔBO, P.L.N. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, T. D. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio (pp. 215-234). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

PODEVYN, F. **Síndrome de alienação parental**. Tradução para o português: Associação de Pais e Mães Separados (Apase), 2001. Disponível em: <www.apase.org.br>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

RAMOS, C. L. S. **A família constitucionalizada e pluralismo jurídico**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 61-70.

REALE JÚNIOR, M. **O afeto ou a bolsa.** Jornal Estadão. São Paulo. Publicado em 2 de junho de 2012. Opinião. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o- afeto-ou-a-bolsa-imp-,881355>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

SCAFF, F.C. **Considerações sobre o poder familiar.** Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

SIMÕES, T. F. **A família afetiva: o afeto como formador de família**. IBDFAM - Instituto Brasilieiro de Direito de Família, v.24, 2007.

SOBRAL, M. A. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010.

SOUZA, W. O. **Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo**. Revista Espaço Acadêmico Vol. 15 Iss *176*, 53-63, 2015.

TEPEDINO, G. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. Afeto, ética, família, e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TRINDADE, J.M.B. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito.** Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2004.

TRINDADE, J.M.B. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista brasileira de história**, 19 (37), 1999.

TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIANA, R. G. Evolução Histórica da Família Brasileira. In: R. d. (Coord.), **A Família na Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

Amanda Arnt Marçal

RESUMO

A aplicação da guarda compartilhada tornou-se regra no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da lei 13.058/2014 que deu nova redação ao artigo 1.584 do Código Civil. Essa modalidade de guarda passou a ser aplicada quando não houver acordo entre os pais, sendo ambos capazes de exercer o poder familiar. Com isso, o presente trabalho de conclusão de curso, tendo como base o Direito de família contemporâneo, buscou por meio de uma analise doutrinaria, legal e jurisprudencial, demonstrar como a guarda compartilhada é aplicada nos casos concretos. Buscou-se responder à pergunta proposta afirmativamente, tendo em vista que na interpretação do Direito, é possível conceder-se a guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento, posto que essa passa a ter referenciais paternos e maternos e assim, são assegurados os direitos à convivência familiar e consequentemente é privilegiado o princípio do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Família. Guarda compartilhada. Direito à convivência familiar. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

1 INTRODUÇÃO

Haja vista as transformações ocorridas no âmbito do Direito de Família e a aplicação da guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que se observe a importância do convívio do filho com ambos os genitores.

O direito à convivência familiar é fundamental para o crescimento e desenvolvimento da criança e do adolescente, de modo que estes tenham uma formação baseada na solidez e harmonia.

Tal direito não é efetivamente garantido na guarda unilateral e por essa razão, o entendimento majoritário atual da doutrina e da jurisprudência é o de que essa modalidade de guarda deve ser vista como exceção.

Já a guarda compartilhada, (Lei 13.058/2014), representou um avanço no Direito de Família brasileiro. Essa modalidade de guarda prima pela igualdade parental, pois, conforme aduz o artigo 1.583 do Código Civil parágrafo único, a guarda compartilhada é "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns".

O presente trabalho tem como finalidade analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento, assim como examinar as vantagens e desvantagens dessa modalidade de guarda e sua aplicação à luz de casos concretos, levando-se em consideração primordialmente a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente.

Será estudada a guarda compartilhada e os impactos de sua aplicação na vida da pessoa em desenvolvimento, principalmente no aspecto psicológico e social desta. A relevância social e jurídica tem por base o princípio do melhor interesse da criança, onde o Estado e a família devem propiciar as melhores condições para que esse direito seja assegurado.

Este trabalho de conclusão de curso busca responder ao problema proposto: "É possível, na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, conceder-se a guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento?", conforme argumentação doutrinária legal e jurisprudencial a ser desenvolvida nos capítulos da monografia.

A pesquisa responde afirmativamente ao problema proposto, tendo em vista que a cooperação mútua dos pais favorece o desenvolvimento completo da criança, que tem sua educação formada por dois referenciais e com a plena garantia ao direito de convivência.

O primeiro capítulo abordará o Direito de Família Contemporâneo com base na doutrina, analisando a evolução histórica do poder familiar e da família até os dias atuais, para a compreensão da necessidade de aplicação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito e entendimento da guarda e suas modalidades e por fim, a guarda compartilhada como instrumento de convivência familiar na proteção da pessoa em desenvolvimento.

No segundo capítulo será analisada a aplicação da guarda compartilhada como instrumento para assegurar o melhor interesse da pessoa em desenvolvimento, com base na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Por fim, no terceiro capítulo dessa pesquisa, serão analisados os casos concretos, serão analisados julgados favoráveis e contrários a aplicação da guarda compartilhada, pois, a depender do caso concreto a decisão pode ser contrária ou favorável à sua utilização.

Para a melhor compreensão das jurisprudências, serão utilizados argumentos doutrinários e legais vistos nos capítulos anteriores.

Nas jurisprudências favoráveis houve a implementação da guarda compartilhada mesmo havendo situação litigiosa entre os ex-cônjuges, demonstrando que mesmo nesses casos, não há impedimento para sua aplicação pois atende ao melhor interesse da criança. Propiciando seu pleno desenvolvimento social e psíquico.

Nas jurisprudências contrárias, foi observado que, embora a guarda compartilhada seja regra no ordenamento jurídico brasileiro, em alguns casos ela não é aplicada. As principais razões para o não provimento da guarda nos casos

concretos deve-se ao fato dos pais morarem em cidades distintas, ou seja, limites geográficos e nos casos em que o conflito entre os pais pode comprovadamente comprometer o melhor interesse da criança.

O referencial teórico será composto por autores renomados do Direito de Família, como Maria Berenice Dias, Pablo Stolze, Paulo lobo e Nelson Rosenvald. Assim como autores de livros atuais sobre a guarda compartilhada como Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos e Waldyr Grisard Filho.

A abordagem consistirá em pesquisas bibliográficas em doutrina e pesquisas jurisprudenciais para entender o funcionamento da guarda compartilhada na prática e o entendimento dos mais relevantes autores que falam a respeito do tema. Dessa forma serão encontradas análises aprofundadas sobre as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.

2 A DOUTRINA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

No presente capítulo, será abordado o Direito de Família Contemporâneo com base na doutrina, analisando a evolução histórica do poder familiar e da família até os dias atuais, para a compreensão da necessidade de aplicação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito e entendimento da guarda e suas modalidades e por fim, a guarda compartilhada como instrumento de convivência familiar na proteção da pessoa em desenvolvimento.

2.1 Direito de Família Contemporâneo

O direito de família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção.[1] É

[1] GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11 ed. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense. 1999.p.1

um direito que aborda vários institutos jurídicos, como a união estável, a filiação e a guarda, que será o objeto de estudo do presente trabalho.[2]

Este ramo do direito passou por diversas transformações ao longo dos anos. No Brasil, era um direito ligado à Igreja e a religião e de caráter patrimonial na Época do Império, passou a ser laico desde o surgimento da República até a Constituição de 1988 e a partir desta veio a ser um direito baseado em valores como a solidariedade e a Justiça.[3]

Em uma breve síntese histórica, o Estado passou por diversas transformações. Na obra de Friedrich Engels[4], *apud* Sílvio Venosa, ele relata que os grupos de pessoas que formavam as tribos praticavam a endogamia, que consistia na relação sexual entre todos os membros que habitavam essa tribo, esse era o chamado estado primitivo.[5]

Em cada época e cultura, o conceito e o vocábulo de família sofreu transformações e isso marcou cada momento da história brasileira.

Na antiguidade Clássifca o que ligava os membros de uma família era a religião, portanto a família significava "aquilo que está junto ao fogo" e dava-se o nome de epístion. O casamento representava o abandono da esposa a seus antepassados, que passaria a cultuar os deuses de seu esposo.[6]

Por essa razão, o estado primitivo era caracterizado por ser matriarcal, visto que, com isso, desconhecia-se o pai e apenas a mãe era conhecida. Dessa forma a mãe era a figura que dava alimentação e educação para os filhos. [7]

---

[2] TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12ª ed. Editora Forense.2017. p.15.
[3] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. Editora Saraiva. 2011.p.40.
[4] ENGELS, apud VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.19
[5] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.19
[6] SOUSA, Mônica Tereza Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri.2015. **Do direito de família ao direito das famílias: A repersonalização das relações familiares no Brasil**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509943/001032755.pdf?sequence=1> . Acesso em: julho de 2018.p72-73.
[7] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.19

Alguns doutrinadores como Caio Mário, apontam, que existem controvérsias no que diz respeito a essas origens, por considerar a ideia disposta anteriormente como oposta ao desenvolvimento do ser humano. Para o autor, este fato pode ter ocorrido em grupos específicos, nos quais, em decorrência da guerra, a mulher acabava ficando com o poder familiar sobre os filhos.[8]

A monogamia era um instituto relacionado à Igreja católica e perdurou até a revolução industrial. A revolução industrial foi um marco na história, pois a mulher deixou de ter o papel de unicamente cuidar da prole e o homem de ser o provedor de renda da família, visto que ambos estavam inseridos no mercado de trabalho.

Com essa inserção da mulher no mercado de trabalho, a família perde o que na monogamia era considerada sua função econômica, visto que passou a ter cada vez mais espaço não só nos meios econômicos como nos sociais e jurídicos. [9]

No que tange ao conceito de direito de família contemporâneo, faz-se mister destacar as importantes mudanças e evoluções comportamentais e tecnológicas ocorridas, como "as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas".[10]

Essas mudanças representaram uma ruptura à visão do Código de 1916 sobre o conceito de direito de família. Como advertem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald "Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana".[11]

Haveria então, a necessidade de analisar o direito de família à luz da Constituição Federal de 1988, para a garantia e respeito dos direitos fundamentais.

---

[8] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.P. 52-53.

[9] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016 7.p.17.

[10] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.16.

[11] CHAVES DE FARIA, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**.3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2011, p.6.

Preliminarmente, destaca-se, que frente as mudanças ocorridas na sociedade citadas anteriormente, o Direito passou a se preocupar não apenas com a existência humana, como também com a sua existência digna, vide artigo 1º, inciso III da Constituição Federal[12].

Essa dignidade é garantida através da família que deve proporcionar ao indivíduo um bom desenvolvimento e de forma saudável. Por essa razão, o Estatuto das famílias enuncia as regras de estruturação do Direito de família.

Em seu artigo 5º, o Estatuto preconiza como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade."[13]

Esse fenômeno decorrente das evoluções que o Direito de família passou, é chamado de repersonalização das relações jurídicas de família. A repersonalização era baseada no princípio da afetividade. Valorizando mais o interesse e a dignidade da pessoa humana do que suas relações patrimoniais, como era anteriormente.[14]

O processo de mudança da vida social aliada as mudanças anteriormente citadas do século XX permitiu a ruptura de um único modelo familiar. Com isso a família passou a ser caracterizada não só pelo vínculo do casamento, como também por outras formas de entidade familiar. Possibilitando o ajuste da família e da sociedade em geral.[15]

Flávio Tartuce confirma os argumentos anteriores ao afirmar que a doutrina e a jurisprudência majoritárias assentam que o rol existente da Constituição Federal é

[12] Art. 1º "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana"; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em Março de 2018.

[13] TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Forense.2017. p.18.

[14] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.p.22.

[15] SOUSA, Mônica Tereza Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri.2015. **Do direito de família ao direito das famílias: A repersonalização das relações familiares no Brasil.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509943/001032755.pdf?sequence=1> . Acesso em: março de 2018.p77.

exemplificativo, ou seja, podem existir outras manifestações familiares, além daquelas expressas na Constituição.[16]

Ademais, essa mudança comportamental que ocorreu na sociedade levou dentro dessa perspectiva, pode-se inferir que a nova concepção de família é baseada sobretudo na afetividade, devendo ser analisada em cada caso concreto de acordo com as mudanças surgidas na sociedade.

Ademais, devem ser analisados os princípios constitucionais para melhor compreensão dessa nova concepção. Estes podem ser tanto implícitos quando expressos na Constituição.

A dignidade da pessoa humana, já tratada anteriormente, é a base para a repersonalização do Direito de família. De acordo com Paulo Lôbo "A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade". 17

Com relação ao princípio da solidariedade familiar (artigo 3º, I, da CF/1988), é a formação de uma sociedade formada por indivíduos que se apoiam e se amparam. Historicamente, esse princípio nasceu em um contexto de mudanças do mundo antigo para o mundo moderno liberal.

No mundo moderno o ser humano passou a ter direitos individuais fundamentais, que devem ser respeitados por todos que vivem na sociedade e pelo Estado.

Dessa forma, ao contrário do mundo antigo em que o ser humano não possuía direitos subjetivos por ser visto apenas inserido em uma sociedade, no mundo moderno os valores de solidariedade passaram a ser tão importantes quanto os direitos sociais. 18

[16] TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Forense.2017. p.37.
[17] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p. 60.
[18] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p. 63.

Já a garantia do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, significou um importante avanço na igualdade de gêneros. De acordo com Flávio Tartuce:

> Consigne-se que o art. 1.o do atual Código Civil utiliza a expressão pessoa, não mais o termo homem, como fazia o art. 2.o do CC/1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo, mesmo que terminológica. Especificamente, prevê o art. 1.511 do CC/2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3.o, da CF/1988 e pelos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil.[19]

Porém, cumpre-se ressaltar que ainda hoje a mulher sofre discriminação de gênero apesar de sua inserção no mercado de trabalho e de todas as garantias constitucionais. Destaca-se a respeito do assunto o artigo: "Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo" redigido por Ligia Ziggiotti de Oliveira e Ana Carla Harmatiuk Matos[20].

O princípio da não intervenção ou da liberdade,

> O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.[21]

[19] TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Forense.2017. p.24.
[20] OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti ; MATOS Ana Carla Harmatiuk. Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo. Fortaleza: Revista Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, dez. 2014. P. 750-778. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3063/pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.
[21] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.69

No que tange à guarda compartilhada, um princípio relevante para seu estudo é o princípio do "melhor interesse da criança e do adolescente"[22], por ser considerado uma garantia introduzida com a implementação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Este princípio é assegurado no artigo 227, caput[23] da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 1.583[24] e 1.584[25] do Código Civil e aduz que:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão[26].

[22] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.69

[23] Artigo 227. "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em abril de 2018.

[24] Artigo 1.583 "§ 2o Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos". BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em abril de 2018.

[25] Art. 1.584. "A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe." BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em abril de 2018.

[26] Artigo 227. "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em abril de 2018.

O princípio da afetividade "fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico".[27]

2.2 Do poder familiar e da guarda generalidades

O Direito brasileiro originou-se do Direito romano, por essa razão, faz-se mister destacar, com as palavras de Waldyr Grisard Filho que "A tradição romana, mantida nos países de direito escrito, consagrava a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía um poder perpétuo sobre seus descendentes".[28]

Transmitida para o Brasil, essa visão de pátrio poder passou "por sensíveis transformações, provocadas por diversos movimentos que consagraram os ideais de igualdade entre os cônjuges, os filhos, bem como entre estes e os pais."[29]

Transformações advindas de diversas leis, como a "Lei número 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), como um corolário da igualdade jurídica da mulher, que o pátrio poder competia ao pai, que deveria exercê-lo com a colaboração de sua mulher."[30]

O projeto do Código Civil de 1965, estabelecendo que o pátrio poder seria exercido em comum pelos pais.[31] E por fim o Estatuto da Criança e do adolescente, que em seu artigo 21[32], estabeleceu igualdade de condições entre o pai e a mãe[33].

---

[27] LÔBO, Paulo. Direito Civil. **Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p. 70.
[28] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada**:** Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.30.
[29] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada**:** Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.31.
[30] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.513.
[31] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.513.
[32] Art. 21. O pátrio poder poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018
[33] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.514.

Como instrui Caio Mário, a legislação supracitada representa a sociedade moderna, dinâmica, em que o pai e a mãe devem ter condição de educar os filhos e gerenciar a vida deles em igualdade de condições. Isso foi uma evolução decorrente da inserção das mulheres no mercado de trabalho, assim como a maior participação dos homens nas tarefas domésticas.[34]

Atualmente, o poder familiar consiste nos direitos e deveres dos pais para com os filhos. Devendo este ser exercido de maneira que os filhos tenham uma boa formação. Sua função é a de atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Com essa compreensão é possível entender a necessidade do convívio e diálogo entre os pais, visto que, segundo o artigo 21[35] do Estatuto da Criança e do Adolescente, o poder familiar deve ser exercido pelo pai e pela mãe em igualdade de condições.[36]

Embora a denominação "poder familiar" seja mais adequada do que a anterior "pátrio poder" não é o ideal, pois traz uma ideia de poder físico de uma pessoa com a outra.

Utilizando o direito comparado, Paulo Lôbo aufere que as legislações estrangeiras optaram pela terminologia "autoridade parental".[37]

Essa terminologia foi utilizada na França desde 1970 com a lei de 4 de junho que trouxe severas mudanças ao direito de família, essas mudanças foram

[34] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.P. 514.

[35] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n° 8.069 de 13 de Julho de 1990. Artigo 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em Março de 2018.

[36] RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. GUARDA COMPARTILHADA: um caminho para inibir a alienação parental?. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 9, n. 2, p. 320-339, dez. 2014. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/14772>. Acesso em: 13 mar. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.5902/1981369414772.

[37] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.p.296.

aumentadas pela lei de 4 de março de 2002, que fez uma reorganização do regime da autoridade parental, priorizando o melhor interesse da criança.[38]

O direito de família dos Estados Unidos também prefere utilizar a denominação "autoridade familiar". Essa expressão funda-se no interesse e na legitimidade do outro. Pode-se concluir que este conceito é mais adequado, devendo a expressão "poder familiar" ser recebida com tal dimensão.[39]

No tocante a sua natureza jurídica, o pátrio poder possui dois diferentes significados, qual seja, do Estado perante terceiros e nas relações pai e filho[40]. Com relação a natureza jurídica na primeira acepção, "o pátrio poder é atribuído aos pais como um encargo (representação, administração dos bens, guarda), um *officium*, supervisionado pelo Estado a fim de que, no seu exercício, sejam evitados abusos".[41]

Já na segunda acepção, que diz respeito à relação pai e filho, "o pátrio poder é um conjunto incindível de poderes-deveres que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral, a vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos".[42] Em suma, os pais têm o direito-dever subjetivo para com os filhos que é de interesse do Estado.

Em regra, não é permitido que os pais renunciem ao poder familiar. Contudo, existem duas formas de renuncia-lo, um de forma direta, no caso de pais que colocam seus filhos para adoção e a outra é a renúncia indireta, quando os pais praticam atos incompatíveis com o poder parental.[43] Por esse motivo destaca-se que uma de suas características é a de ser indisponível pois, "decorrente da paternidade

[38] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.p.296.
[39] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.p.296.
[40] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.34.
[41] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.34
[42] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.34
[43] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.323 e 324.

natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros."[44]

Além disso possui outro aspecto que é o da indivisibilidade, como leciona Silvio Venosa:

> O poder familiar é indivisível, porém não seu exercício. Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns dos deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta. p.[45]

E por fim, é imprescritível. "Ainda que, por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares, trata-se de estado imprescritível, não se extinguindo pelo desuso. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais, poderá terminá-lo."[46]

Com relação à guarda, o vocábulo guarda "tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais".[47]

Em sua aplicação é necessário primar pela proteção do menor, que é um direito essencial dos filhos e dever/direito dos pais. Por essa razão, o que deve ser analisado são os interesses das crianças e dos adolescentes e não o interesse dos pais em obter a guarda. Dessa forma será garantido o contato com ambos s genitores e o direito a continuidade da convivência.[48]

Com esses direitos preservados, além dos pais exercerem ampla e efetivamente os seus respectivos poderes familiares em relação aos filhos, estes têm

[44] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.34
[44] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.324.
[45] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**.17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.324.
[46] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**.17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.324.
[47] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.46.
[48] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.190.

direito de receber a educação e conviver com eles de forma igualitária e ideal para garantia da sua formação e desenvolvimento de forma integral.[49]

Ademais, cumpre-se falar da evolução da guarda no ordenamento jurídico brasileiro. "A primeira regra do direito brasileiro sobre o destino de filhos de pais que não convivem, veio com o Decreto 181, de 1890."[50] Depois, com o código de 1916 houve a distinção da dissolução amigável e judicial, porém ambos os institutos falavam em culpa pela ruptura do casamento, conferindo maiores direitos ao cônjuge considerado inocente.[51]

Logo após vieram outras leis, a do divórcio (Lei 6.515/77), derrogou alguns dispositivos do Código de 1916, preservando os interesses do filho, entretanto, conservando o sistema vigente com adaptações.[52]

Já com o Código Civil de 2002, começaram a surgir algumas mudanças, visto que não era mais aplicada a culpa pelo divórcio para decidir a guarda do menor. "Assim, constata-se, de imediato, que não há qualquer impacto da Emenda do Divórcio sobre a guarda, eis que a culpa já não mais gerava qualquer consequência jurídica em relação a tal aspecto."[53]

A guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico com o advento da lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Em 2014, a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro, trouxe o conceito de guarda compartilhada e a regulamentou como regra, fazendo alterações nos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil."[54]

Cumpre salientar, que a guarda, por não afetar o pátrio poder, difere-se da tutela e da adoção, impondo o dever material dos pais pela assistência material,

[49] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.190.
[50] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.48.
[51] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.48.
[52] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.49.
[53] TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12ª edição. Editora Forense.2017. p.163. *
[54] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.P. 538.

moral e educacional, além de ser devida pensão alimentícia independentemente da modalidade de guarda aplicada.[55]

No que diz respeito à lei 13.058/2014, esta instituiu a guarda compartilhada como regra o ordenamento jurídico mesmo quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos, se ambos forem aptos a exercer o poder familiar. Destarte, caso seja necessário o seu afastamento no caso concreto, este deve ser motivado, devendo o juiz da causa, com base no princípio do melhor interesse da criança, analisar o caso concreto.[56]

Nos dias atuais, é regra que em havendo divórcio, os pais devem preferencialmente acordar sobre a modalidade de guarda dos filhos de forma consensual.[57]

Ocorre que, em alguns casos, por existirem conflitos mal resolvidos decorrentes do divórcio, é necessária a intervenção judicial, neste caso o legislador deverá fazer uma análise do caso concreto e decidir o que melhor protege o interesse do menor.

Além disso "A guarda também pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se este abusar de seu direito".[58]

No que tange a relevância do instituto, segundo Waldyr Grisard Filho:

> A sua importância decorre da multiplicidade de problemas que envolve esse ramo peculiar do Direito, que deve ser constantemente aprimorado, caminhando no sentido da *proteção integral* dos filhos, para tornar efetivo seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária e assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. [59]

---

[55] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.54 e 55.
[56] TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Forense.2017. p.166.*
[57] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.191.
[58] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.191.
[59] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada**:** Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.54 e 55.

As modalidades de guarda são: guarda comum ou originária, unilateral, guarda alternada e guarda compartilhada, estes dois últimos se confundem em sua aplicabilidade no caso concreto.

A guarda comum é aquela em que ambos os pais exercem a guarda da criança. Já os outros tipos de guarda são decorrentes de divórcios.

A guarda unilateral, segundo entendimento de Paulo Lôbo:

> A guarda unilateral ou exclusiva, na sistemática do Código Civil, e após a Lei n. 11.698/2008, é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial. Também se qualifica como unilateral a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal. No divórcio judicial convencional os pais podem acordar sobre a guarda exclusiva a um dos dois, se esta resultar no melhor interesse dos filhos; essa motivação é necessária e deve constar do respectivo instrumento assinado pelos cônjuges que pretendem o divórcio.[60]

Na guarda alternada "[...] o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro."[61] Os problemas gerados por essa modalidade de guarda são diversos, mas o principal é a instabilidade da criança gerada pela falta de uma residência fixa, que pode afetar seu desenvolvimento. Cumpre-se ressaltar que esse instituto não se encontra no ordenamento brasileiro.

Já a guarda compartilhada ambos os pais detêm direitos e deveres perante os filhos, se responsabilizando conjuntamente para a sua formação e desenvolvimento.

2.3 Guarda compartilhada e o direito de convivência familiar

Como visto anteriormente, ao longo da história "foi reconhecido o direito à felicidade individual nas relações afetivas, permitindo-se o divórcio desvinculado de

[60] LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.192.
[61] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.204.

qualquer noção de culpa"[62]. Ou seja, mesmo separados judicialmente, ambos os pais possuem o dever e o direito de assistir, criar e educar os filhos menores.[63]

Dentro desse contexto, a guarda compartilhada foi criada com o intuito de proteger o melhor interesse da criança. Essa modalidade de guarda, é considerada inovadora, visto mesmo quando os pais são divorciados, as crianças continuam fazendo parte do cotidiano dos dois.[64]

No que diz respeito a essa modalidade de guarda, é possível distingui-la em dois conceitos, quais sejam, a guarda jurídica compartilhada e a guarda física compartilhada.[65] A primeira, já era reconhecida antes da lei sobre a guarda compartilhada, visto que, em nosso país, a separação e o divórcio não alteram os direitos e deveres decorrentes do poder familiar.[66]

Segundo Patricia Ramos "A Lei n. 13.058/2004, de qualquer forma, alterou a redação dos artigos. 1.583[67] e 1.634[68] do Código Civil para instituir, expressamente, tanto a guarda jurídica compartilhada quanto a guarda física compartilhada".[69]

Desse modo, os pais continuam "obrigados a colaborar materialmente para o sustento da prole, proporcionalmente à sua capacidade contributiva e considerados

---

[62] RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. P.72.

[63] RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 72.

[64] CHAVES DE FARIA, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias.7ª ed. São Paulo: São Paulo- 2015. P. 412.

[65] RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família**.** São Paulo: Saraiva, 2015. P. 72.

[66] RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 72.

[67] BRASIL. Código Civil. "Artigo 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[68]. RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 74

[69] RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 74.

os gastos comuns e necessários daquele com quem o filho estiver residindo"[70]. Ou seja, "O genitor que tem melhor condição econômica deve prestar alimentos ao filho"[71] ainda no compartilhamento de guarda.

No que concerne a evolução dessa modalidade de guarda, cabe referir-se ao direito comparado para sua compreensão, tendo em vista o valor histórico e jurídico que esses sistemas representam[72].

Primordialmente, no que se refere à common law, sistema existente no século XIX, foi modificado o princípio de que os filhos eram propriedade dos pais, com isso, a guarda que anteriormente era do homem em situações conflituosas, passou a ser conferida à mãe. Com isso, os Tribunais entenderam que seria uma injustiça com o pai.[73]

Para solucionar este problema, "os Tribunais começaram a expedir uma ordem de fracionamento *split order* (dividir, romper, repartir,separar, em inglês) do exercício desse direito entre ambos os genitores". [74]

Mantendo-se dessa forma o maior interesse dos filhos porque ambos os genitores acompanham o crescimento e desenvolvimento destes e eventuais dúvidas são esclarecidas. Dessa forma a mãe detinha o chamado *care control*, sendo encarregada dos cuidados diários do filho. E o pai poderia administrar a vida da criança por ter a denominada *custody* sobre ele.[75] Foi portanto, a primeira possibilidade de se compartilhar guarda.

---

[70] CHAVES DE FARIA, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias.7ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. P.417.
[71] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias**.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.760
[72] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.122.
[73] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.123.
[74] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.123.
[75] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.123.

Já na França, essa noção de guarda compartilhada, teve início em 1976, com o mesmo propósito da Inglaterra e foi criada a Lei 87.570/87 (lei Malhuret). Determinava-se que o pátrio poder era exercido pelo pai e a mãe e subsistia após o divórcio. A guarda poderia ser exclusiva de um dos pais ou compartilhada entre ambos.[76]

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho:

> A citada lei, enfim, permite aos genitores organizarem sua comunidade de criação e educação dos filhos para além do divórcio, ou, como referiu o juiz Tourigny "a guarda conjunta é, finalmente, a aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, está é, certamente, a solução a privilegiar". [77]

No direito americano, como cada Estado cria a sua própria lei "Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, com danosos efeitos ao bem-estar do menor, busca-se uniformizar a legislação a respeito". Com isso, vários Estados adotaram a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*. [78]

Os pais, nos Estados Unidos "são a ela francamente favoráveis, sob vários aspectos: autoestima, atividade, relacionamento, adaptação, desenvolvimento psicoemocional, paciência."[79] Por outro lado, adverte Edward Teyber (*apud*, GRISARD, Waldyr, 2000), que "não há nenhuma panaceia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita, e a guarda conjunta não funciona para muitas famílias- principalmente no caso de pais em conflito.[80]

---

[76] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.124.
[77] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.126.
[78] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.126.
[79] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.128.
[80] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.128.

Já no direito canadense, a guarda compartilhada é exceção, cabendo apenas quando um dos pais se manifesta, e pode ser concedida por meio de um acordo. A regra é a da *sole custody*, de modo que a guarda pertence a um e ao outro cabe apenas o direito de visita. [81]

Contudo, "O juiz considerará muitos fatores relativos ao bem-estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos pais para encontrar as verdadeiras necessidades do menor"[82]. Nesse sentido, a guarda conjunta tem se tornado tendência.

Analisando a aplicação da guarda compartilhada no sistema brasileiro e suas vantagens e desvantagens, faz-se mister destacar, nas palavras de Paulo Lôbo, que a guarda compartilhada é "caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais."[83]

Esses efeitos da separação são minimizados uma vez que estimula o diálogo e os pais "permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho."[84]

Outrossim possibilita a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, pois nenhum dos pais atuam como mero coadjuvante, e também privilegia a continuidade das relações da criança com seus dois pais. [85]

Outra vantagem diz respeito a convivência familiar, como exprime Maria Berenice Dias:

---

[81] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.128.
[82] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada**:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.129.
[83] LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.200.
[84] LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.200.
[85] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.201.

> A ordem jurídica consagra como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa, abandonando a feição patrimonialista da família.[86]

Essa modalidade de guarda é um instrumento de convivência familiar visto que "envolve ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida".[87]

Com efeito, o termo "direito de visita" é trocado por "convivência familiar." "Nesse sentido, o Magistrado deve estabelecer as regras da convivência familiar e não mero "direito de visitas"."[88] Considerando-se que a guarda compartilhada tem "o fim de reequilibrar as relações entre pais e filhos, à sombra do princípio da isonomia conjugal"[89], discorre Waldyr Gridard Filho:

> A guarda compartilhada faz um corte epistemológico nos sistemas vigentes-guarda única, guarda alterada, guarda dividida- para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com os dois genitores.[90]

A guarda compartilhada, reforça a convivência familiar, na medida em que o filho passa a viver com o pai e com a mãe e ambos têm sobre ela os mesmos direitos

---

[86] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias**.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.630.

[87] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.P. 339 e 340.

[88] RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. P.

[89] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.169.

[90] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª Edição.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.169.

e deveres. Inexistindo a situação encontrada na guarda unilateral de meras visitas, em que apenas um dos pais participava do dia a dia do filho.[91]

3 A APLICAÇÃO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

No presente capítulo, será analisada a aplicação da guarda compartilhada como instrumento para assegurar o melhor interesse da pessoa em desenvolvimento, com base na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

3.1 Guarda Compartilhada e a Pessoa com Desenvolvimento na Constituição de 1988

Preliminarmente, urge trazer a lume, que o Direito é objetivamente considerado um "conjunto de normas ou regras de conduta"[92] o qual é organizado em uma ordem jurídica.

As normas jurídicas são organizadas hierárquica e logicamente, como leciona Hans Kelsen[93], sob a forma de pirâmide normativa. Nessa pirâmide a constituição se encontraria no topo e as leis estariam fundadas nela.[94]

Dessa forma, a Constituição seria um instrumento que regularia as demais normas e, portanto, poderia também, mudar e criar as novas leis. Para Hans Kelsen "as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos".[95]

---

[91] RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. P.
[92] BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. São Paulo: Edipro, 2001. P. 22.
[93] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
[94] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1999.p. 155.
[95] CUNHA, Thiago Neviani da. A norma jurídica e o pião normativo. Natal: Fides: **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, 2010. P. 173. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=4EFA69AC5E40902946206A8EDB0BB3EA.dialnet01?codigo=3646936>. Acesso em: 06 abr. 2018.

Com efeito, a Constituição é considerada como norma hierarquicamente superior e, com essa compreensão, pode-se extrair o entendimento de que, não existe governo soberano, pois tanto o federal, como o Estadual, o Municipal e do Distrito Federal devem respeitar as normas impostas pela Constituição. Por isso devem exercer suas atribuições de acordo com os poderes e competências encontrados nela.[96]

Em síntese, a constitucionalização do direito de família deve ser estudada já que o Direito civil tem como base a Constituição e esta que lhe garante efetividade, pois muitos princípios são cláusulas gerais que o legislador deve completar e que na realidade pós-positivista esses princípios passaram a se aplicar também nas relações particulares.[97]

Além disso, insta enfatizar que a Constituição Federal de 1988 representou um marco teórico como se explicitou, em capítulo precedente. Nesse sentido, arremata Paulo Lôbo:

> A partir da Constituição de 1988 essa distribuição das matérias do direito de família, que gravitava em torno do matrimônio como seu principal protagonista e da legitimidade como principal elemento de discrime, perdeu consistência. [98]

Dessa forma, a guarda compartilhada deve ser interpretada à luz da Constituição, até porque não se pode aceitar que, o Direito das Famílias ignore a realidade da vida moderna e, em contradição com a Constituição, consagre regras que, se choquem com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania. [99]

---

[96] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 46.

[97] TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, v. 10, p.1-15, dez. 2007. Disponível em:<https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

[98] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p. 37.

[99] CHAVES DE FARIA, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**.7ª ed. São Paulo: Atlas 2015.P. 427.

Frisa-se, a esse respeito, que a Constituição rompeu com muitas ideias preconceituosas, visto que trouxe a igualdade de gêneros e proteção integral aos membros da família. [100]

O princípio da igualdade entre homens e mulheres, disposto nos artigos 5º inciso I[101] e 226, §5º[102] da Constituição Federal, representou um avanço no direito de família atrelado à psicologia, revelando que embora a criança tenha até aproximadamente 2 anos de idade um vínculo com a mãe explicado biologicamente, passada essa idade, não há justificativas plausíveis para a guarda ser exclusiva da mãe. [103]

Com efeito, a guarda compartilhada é um instrumento para efetivar este princípio constitucional. Dessa forma ambos os pais passam a ter as mesmas responsabilidades com o filho e o pai deixa de ajudar exclusivamente com a pensão alimentícia, sendo mais presente na vida destes, educando e ajudando a formar suas personalidades.

Salienta-se que essa modalidade de guarda beneficia os filhos por terem direito à uma convivência com o pai e com a mãe e uma educação e desenvolvimento atrelados a referenciais maternos, paternos. Da mesma forma, também beneficia o pai, uma vez que permite que ele conviva e transmita seus valores ao filho. Busca-se amenizar os efeitos da separação na vida da criança.[104]

---

[100] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.26.

[101] TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, v. 10, p.1-15, dez. 2007. Disponível em:<https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

[102] TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, v. 10, p.1-15, dez. 2007. Disponível em:<https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

[103] NEIVA, Deirdre de Aquino. Guarda compartilhada. Aquino Neiva, Brasília.9 abr. 2013. Disponível em: <http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=2>. Acesso em: 18 maio 2018.

[104] NEIVA, Deirdre de Aquino. Guarda compartilhada. Aquino Neiva, Brasília.9 abr. 2013. Disponível em: <http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=2>. Acesso em: 18 maio 2018.

Ademais, também ampliou-se tanto a proteção da família formada por meio do casamento, como a união estável e também, a família monoparental. Além disso os filhos concebidos fora do casamento passaram a ter os mesmos direitos dos concebidos dentro do casamento, assim como os filhos adotivos.[105]

Cumpre-se ressaltar que em seu artigo 226, parágrafos 7º e 8º, a nova Carta "abriu outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família".[106]

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho "A Constituição Federal de 1988 assegurou à criança, como dever primeiro da família, depois da sociedade e também do Estado, o direito à convivência família e comunitária (artigo 227)".[107]

Para a compreensão da importância da Constituição Federal no direito de família, faz-se mister destacar alguns princípios como o da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar, o do melhor interesse da criança, o da afetividade e o da proteção integral da família.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, ele permite que seja garantida a proteção do indivíduo e pode ser considerado o princípio máximo.[108]

Outrossim, o princípio da afetividade advém da garantia e valorização da dignidade da pessoa humana. Tem suma importância pois "quebra paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social".[109]

---

[105] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias**.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.26.

[106] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.p.74.

[107] GRISARD FILHO, Waldyr et al (Org.). Guarda Compartilhada. In: LEITE, Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira et al. Repertório de doutrina sobre direito de família. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Cap. 17, p. 420.

[108] TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, v. 10, p.1-15, dez. 2007. Disponível em:<https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

[109] TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, v. 10, p.1-15, dez. 2007. Disponível

Entender o meio social e observar as mudanças que ocorrem na sociedade de uma região para outra e com o passar do tempo é, segundo Flávio Tartuce, o princípio da função social da família.

Por certo, a Constituição Federal de 1988 inseriu e adequou valores para a garantia da existência humana digna. O Direito de convivência nesse contexto propicia uma melhor formação do indivíduo garantindo o desenvolvimento dos seus Direitos de Personalidade.[110]

A convivência familiar é adquirida com o contato diário, ela permite que a criança se sinta acolhida e protegida. Além disso, ela assegura que o filho possa conviver com ambos os genitores, sendo proibido que um restrinja ao outro esse direito, mesmo em casos de divórcios litigiosos. [111]

Visando garantir o bem-estar da criança e a convivência familiar efetiva, a modalidade de guarda compartilhada é aplicada como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Essa modalidade de guarda visa assegurar que o tempo de convívio dos pais seja dividido de forma igualitária entre os pais.

Ambos os princípios acima elencados garantem, no caso de separações conflituosas, que a escolha da guarda mais adequada seja feita para preservar o que for melhor para a pessoa em desenvolvimento e não no interesse dos genitores, como era feito no ordenamento jurídico anterior.[112]

Outrossim, com a Constituição Federal de 1988, a família que antes era considerada uma unidade produtiva e reprodutiva, “afirma-se com valores sociais e

em:<https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

[110] FIGUEIREDO, Roberto. O código civil de 2002 e as entidades familiares.: Direito convivencial: uma tentativa de conformação principiológica. Ibdfam: Instituto Brasileiro de Direito de família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.17-31, jun. 2006. Bimestral.

[111] FIGUEIREDO, Roberto. O código civil de 2002 e as entidades familiares: Direito convivencial: uma tentativa de conformação principiológica. Ibdfam: Instituto Brasileiro de Direito de família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.17-31, jun. 2006. Bimestral

[112] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.75 e 76.

humanizadores, especialmente a igualdade humana, a solidariedade social e a igualdade substancial"[113].

No que diz respeito a essas mudanças de valores que ocorreram na família, cumpre-se ressaltar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal princípio que é a base dos direitos humanos.

Com relação a igualdade humana, cabe tratar do Princípio da igualdade na chefia familiar (artigo 226[114], §§ 5.º e 7.º, da CF), que tem como base o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros.[115]

Importante salientar, ainda, que no que concerne a guarda dos filhos, tais princípios constitucionais representaram um importante avanço, visto que a prioridade passou a ser a dignidade da criança. Dessa forma, a escolha da guarda é feita com primazia ao melhor interesse dos filhos.

Ademais, "além de servir de regra de interpretação e de resolução de conflitos entre direitos, deve-se ressaltar que "nem o interesse dos pais, nem o do Estado pode ser considerado o único interesse relevante para a satisfação dos direitos da criança". [116]

Ao impor obrigações aos cidadãos, o Estado garante a todos o exercício de seus direitos fundamentais. Dessa forma é assegurado o afeto, que está prevalecendo sobre os aspectos biológicos e patrimoniais por ser uma possibilidade de concretização do princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. [117]

Faz-se mister destacar que no Brasil o poder familiar não está relacionado a guarda, tendo os pais poder familiar independentemente de os filhos residirem ou

[113] CHAVES DE FARIA, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**.3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.57.
[114] Art. 226 ""; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em Abril de 2018.
[115] TARTUCE, Flávio. Direito de família. 12ª edição. São Paulo: Forense.2017. p.12.
[116] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.p.76.
[117] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.p.70 e 71.

não com eles. Porém, a inserção dessa modalidade de guarda no ordenamento jurídico possibilitou a igualdade parental, visto que o direito de convivência com a criança passou a ser assegurado a ambos os genitores em equipolência.

Por fim, a guarda compartilhada, foi criada com a "ideologia da cooperação mutua entre os separados e divorciados, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na nova busca do comprometimento dos pais no cuidado dos filhos"[118]. Dentro dessa nova realidade do direito de família trazida pela Constituição.

3.2 Guarda compartilhada e a proteção da pessoa em desenvolvimento no Código Civil

Observar-se-á no presente tópico, como as modalidades de guarda, primordialmente a guarda compartilhada, são inseridas no código civil brasileiro haja vista a evolução do ordenamento jurídico, desde o código anterior.

Com relação ao direito de família no Código Civil Brasileiro, cumpre-se ressaltar, que com relação a dissolução judicial, no código de 1916, ainda havia a ideia de culpa pela ruptura do casamento e com base nela, e também na idade e sexo dos filhos era definido com qual dos pais ficaria a guarda dos filhos, nessa época ainda não existia a guarda compartilhada.

Essa noção de culpa e a de separação judicial prévia foram eliminadas com a emenda Constitucional número 66 de 2010, que deu nova redação ao artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, sendo respeitados os princípios fundamentais da liberdade e da autonomia de vontade.[119]

Na sociedade moderna, como visto no capítulo primeiro, as mudanças ocorridas na tecnologia e também no meio jurídico passaram a ocorrer de maneira mais rápida. Por esse motivo, o Código civil de 16 não representava mais a

[118] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.P. 295.
[119] DIAS, Maria Berenice. Divórcio já. Comentários à emenda constitucional. 66. ed. Porto Alegre, 2010. Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf >. Acesso em: 04 maio 2018.

sociedade e a família atuais e por esse motivo teve muitos artigos revogados por leis complementares.[120]

No que cerne à evolução do instituto da guarda na legislação brasileira, o Código Civil de 1916, em seu artigo 325, fez a distinção entre a dissolução amigável e a judicial, de forma que em sendo caso de dissolução amigável ambos os cônjuges deveriam acordar sobre a modalidade de guarda.[121]

Embora já houvessem outras referências doutrinárias e jurisprudenciais que garantiam a possibilidade da guarda compartilhada,[122] no Código Civil de 2002, que foi inserida a guarda compartilhada, devendo ser aplicada como regra. O artigo 1.583 aduz sobre essa modalidade de guarda:

"A responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns". [123]

Esse instituto foi inserido ao código com a lei nº 11.698/2008. Destaca-se que primeiro os pais devem decidir de maneira harmoniosa o que for melhor para os filhos com relação a modalidade de guarda, a convivência, para proteção da pessoa em desenvolvimento.124

No entanto, é comum que os casais divorciados se encontrem em um cenário atrito e ressentimentos que muitas vezes são transferidos para os filhos e nesses

[120] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.32.
[121] GRISARD FILHO, Waldyr et al (Org.). Guarda Compartilhada. In: LEITE, Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira et al. Repertório de dourtrina sobre direito de família. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999., p. 420.
[122] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro**:** Direito de família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.P. 295.
[123] Artigo 1.583 "A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns". Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em maio de 2018.
[124] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**:17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.191.

casos, em não havendo bom senso dos pais, o juiz deve intervir para solucionar melhor a questão para que a criança não saia prejudicada.

Pode-se considerar também, nesses casos, a mediação, que consiste em um diálogo entre as partes feito por intermédio de um terceiro neutro à relação, para tentar solucionar ou amenizar o conflito. Essa seria uma solução para que os pais pudessem se responsabilizar e tomar decisões sem a interferência do juiz.125

Deve-se assegurar primordialmente o interesse do menor, por esse motivo a guarda compartilhada pode ser alterada a qualquer tempo. Essa modalidade de guarda é possível havendo cooperação mútua entre os genitores, sendo muito importante que os pais tenham respeito um pelo outro e maturidade para resolver o que for melhor para o filho.126Com efeito, o §2º do artigo 1.583 do Código Civil dispõe:

> § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.[127]

Ademais, quando surgirem nos casos concretos situações em que os pais residam em locais diferentes, o §3º do artigo 1.583 leva em consideração também o princípio do melhor interesse do filho para a definição de qual será sua residência principal.[128]

Diferentemente da guarda unilateral em que o pai que não possui a guarda detém meramente o direito de visita do filho, a guarda compartilhada, por ser mais

[125] ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na justiça: uma saída singular. Ano VIII- nº 38. ed. Porto Alegre: IBDFAM, 2006. P. 26-37.
[126] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.192-193.
[127] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.191.
[128] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.192-193.

adaptável, permite que o filho conviva com o pai e com a mãe em período similar[129].

Compreendido isso, não se pode confundir o instituto de guarda compartilhada com o da chamada guarda alternada, em razão dessa segunda categoria de guarda não ter aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e consistir em alternar a moradia do filho como acordarem os pais, ou o que for decidido na justiça. Um exemplo é o filho passar as férias escolares com a mãe e residir com o pai no período de aula. Pode-se afirmar que essa guarda não permite o desenvolvimento saudável da personalidade da criança, dado que essa não tem uma referência de lar.[130]

Faz-se mister destacar que 1.583,1.584 1.585 e 1.634 do Código Civil 1.585 e 1.634 do Código Civil foram alterados em 26 de novembro de 2014 com o Projeto de Lei da Câmara nº 117/2003, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, de modo que esses dispositivos passaram a definir a guarda compartilhada e também dispor sobre a sua aplicação de maneira mais ampla, justificando que as disposições normativas sobre a matéria eram superficiais, resultando a promulgação da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.[131]

Dito isso, a lei supracitada deu ao artigo 1.584 do Código Civil a redação que aplica a guarda compartilhada como regra, devendo ser a modalidade de guarda aplicada quando não houver acordo entre os pais, sendo ambos capazes de exercer o poder familiar, como se pode auferir a seguir[132]:

---

[129] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.192-193

[130] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.192-193

[131] REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? Revista Síntese: Direito de Família, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

[132] REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? Revista Síntese: Direito de Família, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

> Artigo 1.584 § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Salienta-se, conforme disposto no artigo, que há exceção quando um dos genitores não quer a guarda do menor.

Ademais, nessa lógica, o §3º do artigo supracitado aduz que o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério público poderá definir as atribuições do pai e da mãe, assim como os períodos de convivência sob guarda compartilhada om base em orientações técnicas ou de equipe interdisciplinar. Tal parágrafo objetiva dividir de forma equilibrada a temporada que o filho terá com o pai e com a mãe.[133]

A doutrina entende, entretanto, que não havendo a possibilidade de acordo, o magistrado não pode impor o compartilhamento da guarda, pois o casal divorciado deve ter uma relação de harmonia, maturidade e respeito, como visto anteriormente.[134]

O fato de o fim da relação matrimonial não pôr fim ao direito e dever dos pais de exercerem o poder familiar é de suma importância. Isso está disposto no artigo 1.579 do Código Civil brasileiro: "O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos"[135].

Destarte, o dever de guarda, educação e sustento que os pais têm com relação aos filhos. A guarda deve garantir o princípio da convivência familiar, o que

---

[133] REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? Revista Síntese: Direito de Família, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

[134] REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? Revista Síntese: Direito de Família, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

[135] "Artigo 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.""BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em abril de 2018.

significa que os pais além do cuidado e proteção dos menores devem agrega-los ao seio familiar, independente da escolha da guarda, visto que essa escolha não altera o poder familiar do genitor que não possui a guarda.[136]

Cumpre-se ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro veda que o menor viaje para o exterior ou se case sem a autorização de ambos os pais, é o que dispõe o artigo 1.517 do Código Civil de 2002:

> Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.[137]

Estes são exemplos em que o pai que não detém a guarda facilmente pode participar e fiscalizar a vida da criança. Contudo, muitas vezes isso não ocorre e nesses casos este pai pode recorrer ao poder judiciário para resolver divergências entre os pais com relação a vida dos filhos. É o que aduz o parágrafo único do artigo 1.690[138] do Código Civil vigente.[139]

Não obstante haja essa possibilidade, a realidade concreta é a de que o pai periférico muitas vezes além de perder a convivência com o filho por ter apenas o direito de visita, acaba tendo dificuldade de exercer o seu poder familiar de forma plena. Isso decorre do fato de que este muitas vezes não pode intervir de maneira efetiva na vida do menor por dificuldades burocráticas e processuais.[140]

---

[136] NEIVA, Deirdre de Aquino. Guarda e a Atribuição de Responsabilidades. 2012. Disponível em: <http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=1>. Acesso em: 22 maio 2018.

[138] Artigo 1.690. Parágrafo único: ”Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em abril de 2018.

[139] NEIVA, Deirdre de Aquino. Guarda e a Atribuição de Responsabilidades. 2012. Disponível em: <http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=1>. Acesso em: 22 maio 2018.

[140] NEIVA, Deirdre de Aquino. Guarda e a Atribuição de Responsabilidades. 2012. Disponível em: <http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=1>. Acesso em: 22 maio 2018.

Depreende-se que a modalidade guarda compartilhada prioriza satisfazer os interesses da criança e do adolescente para que esses tenham um desenvolvimento completo e privilegiado. Haja vista que é aplicada para incumbir ampla proteção aos filhos e garantir que os pais tenham deveres e direitos similares com relação a eles, privilegiando a melhor educação e consequentemente a formação de uma personalidade equilibrada do menor.[141]

Além disso é um direito de convivência contínuo. "Os pais preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos, com a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles e ao compartilhamento recíproco de sua formação"[142].

3.3 Guarda compartilhada e a proteção da pessoa em desenvolvimento no estatuto da criança e do adolescente

Preliminarmente, urge fazer uma síntese histórica a respeito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Seu primeiro anteprojeto se deu logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, era chamado de "Normas gerais de proteção à infância e juventude" que se consolidou no projeto de lei número 159/90. Posteriormente foi aprovada na Câmara e no Senado, sanção e publicação do Estatuto da criança e do adolescente em sua formulação atual.[143]

O Estatuto da criança e do adolescente (Lei n. 8.069/ 1990), foi criado para garantir às pessoas em desenvolvimento, sob guarda dos pais ou abandonados materialmente, o reconhecimento e o exercício dos direitos fundamentais como o do melhor interesse da criança, da paternidade responsável e da proteção integral.[144]

---

[141] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.190.
[142] LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.190.
[143] JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.
[144] JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal.

Dessa forma, o estatuto em estudo permite que as pessoas em desenvolvimento, possam chegar a fase adulta com uma boa formação, sujeitos de direitos responsáveis e isso atrela-se a ideia de emancipação da pessoa humana.[145]

O artigo 28 do Estatuto aduz que "A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei." No entanto, a doutrina considera essa enumeração imprópria por considera-la exaustiva.[146]

Dessas três modalidades a guarda é a considerada mais simples e não retira o pátrio poder dos pais, ou seja, ambos os pais são responsáveis pelos filhos independentemente de estarem ou não com a sua guarda, diferente do que ocorre na tutela, pois a tutela tira o poder familiar dos pais e a adoção retira os vínculos familiares da criança com seus familiares sanguíneos.[147]

A guarda consiste na responsabilidade de um dos genitores, quando estes encontram-se separados e há guarda unilateral ou pelos dois, casados ou em guarda compartilhada de modo a zelar pelo cuidado, proteção e custódia do menor. Nesse contexto a guarda engloba o poder familiar.[148]

Não obstante, o conceito de guarda difere-se do disposto no Código Civil no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois neste, a guarda encontra-se no artigo

---

Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

[145] Estatuto da Criança e do Adolescente: 19 anos de subjetivações. Rio de Janeiro: Revista da Emerj, v. 12, n. 48, 2009. Mensal. Ramidoff, Mário Luiz. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54222/estatuto_crianca_adolescente_ramidoff.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

[146] JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

[147] JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

[148] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.190.

33[149] e consiste nas relações jurídicas da pessoa que a detém e o menor, devendo aquela proporcionar a este vigilância, direção e educação.[150] Ou seja, a guarda compreende modalidade de família substituta, ao lado da tutela e da adoção, pressupondo a perda do poder familiar dos pais, razão de ser atribuída a terceiro.

Com efeito, o dever da guarda, da educação e do sustento dos menores está assegurado na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do adolescente, que em seu artigo 4º[151] dispõe ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público garantir-lhes uma existência digna, com saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, liberdade e convivência familiar e comunitária.

No que diz respeito ao direito à convivência familiar e comunitária, esse encontra-se disposto no artigo 29[152] do Estatuto da criança e do adolescente. Com relação à convivência familiar, esta pode versar sobre a família natural e extensa. Dessa forma é assegurado à criança o direito de não ser separada dos pais contra a sua vontade, já previsto anteriormente no artigo 9º da Convenção sobre os Direitos da criança de 1989.[153]

O direito à convivência comunitária consiste no direito de frequentar escolas, ambientes de lazer, entre outros locais que permitem que a criança e o adolescente tenham contato com a sociedade, de modo que estes possam crescer e se desenvolver

[149] ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 86
[150] ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 86.
[151] ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 86
[152] ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 86
[153] ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 42.

integralmente. É dever do Estado promover políticas públicas para efetivar a concretização desse e outros direitos fundamentais.[154]

No artigo supracitado, assim como o artigo 35 tratam de princípios constitucionais importantes como a proteção integral da criança e do adolescente. Para alguns autores como Antônio Chaves (apud Waldyr Grisard Filho), a guarda que se trata a lei estatutária protege apenas o menor em situações de abandono ou morte dos pais.[155]

Porém, a maior parte da doutrina defende que pelo fato do Estatuto incorporar a doutrina sociojurídica da proteção integral dada pela ONU, acabou com a ideia de situação irregular e desse modo a guarda pode ser concedida a menores em qualquer situação, sem importar sua situação jurídica, de acordo com o artigo 28 do ECA.[156]

O poder familiar, está disposto no artigo 21[157] do Estatuto que aduz que "o pai e a mãe o exercerão em igualdade de condições". Ele é irrenunciável, imprescritível e indelegável e função do poder público assegura-lo para que os interesses e direitos do menor sejam estabelecidos de forma plena[158].

Ainda sobre o poder familiar, faz-se mister destacar que sua perda pode ocorrer de acordo com as regras do Estatuto da criança e do adolescente em conformidade com o Código Civil, nas situações em que o genitor se omitir quanto

[154] PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. O Município e a Família: A Descentralização das Políticas Públicas de Adolescentes à Convivência Comunitária. Porto Alegre: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, v. 4, n. 23, abril/maio 2009. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103688/municipio_familia_descentralizacao_patrao.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

[155] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada**:** Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.46.

[156] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada**:** Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.46.

[157] Artigo 21 "Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.". BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

[158] ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 48-58.

as suas obrigações dispostas no artigo 22[159] do Estatuto e no artigo 1.634[160] do Código Civil, são situações de abandono, castigos imoderados e omissão do pai com relação a algum abuso que a criança sofreu.[161]

Cumpre-se ressaltar que o divórcio não encerra o exercício do poder familiar como tratado em tópico anterior, visto que as relações entre pais e filhos não cessam com a separação e tampouco o dever dos genitores de criar o filho visando sua proteção e desenvolvimento saudável.

Entendido isso, a guarda compartilhada é considerada a mais adequada e por esse motivo ela tornou-se obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, embora não exista alteração no exercício dos deveres parentais se esta não for aplicada, pois se qualquer dos genitores instituir uma nova família haverá a formação de uma família constituída, por laços afetivos.

4 A APLICAÇÃO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

Como visto nos capítulos precedentes, a guarda compartilhada atualmente é aplicada como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar dessa mudança do código Civil, à luz dos casos concretos o juiz pode decidir contrariamente à sua aplicação, pois deve-se privilegiar o melhor interesse e o bem-estar da criança e do adolescente em qualquer circunstância.

Com isso, cumpre-se trazer a lume relevantes julgados favoráveis e contrários à aplicação da modalidade guarda compartilhada, no ordenamento jurídico

[159] Artigo 22 "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais". BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

[160] ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 48-58

[161] ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 48-58.

brasileiro, à luz de argumentos doutrinários e legais trazidos nos capítulos 1 e 2 desta monografia.

4.1 Jurisprudências favoráveis à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro

No que diz respeito as jurisprudências favoráveis à guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, estas demonstram que essa modalidade de guarda é um meio de promover a dignidade e o regular desenvolvimento do infante. Ela é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, mas deve-se analisar a sua aplicabilidade a luz do caso concreto.

É possível a aplicação dessa modalidade de guarda mesmo quando existe situação de litigio entre os pais. O entendimento é confirmado por julgados realizados pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar recurso especial número 1591161/SE, julgado em 21 de fevereiro de 2017 que deferiu a implementação da guarda compartilhada.

É o que se aufere da seguinte ementa:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES.DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE.MELHOR INTERESSE DO MENOR.
>
> 1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados.
>
> 2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiariedades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos.
>
> 3. Recurso especial provido.

> (REsp 1591161/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017). (grifo nosso).[162]

O caso em questão, refere-se à ação de regulamentação de guarda compartilhada e alimentos proposta pelo ora recorrente, pai da criança, contra sua ex cônjuge. O menor nasceu em 13.2.2010, estando atualmente com 7 (sete) anos.

O juiz sentenciante aplicou a guarda compartilhada posto que laudos social e psicológico realizados por profissionais qualificados, comprovaram que ambos os pais eram aptos a ter a guarda do filho, pois tinham estrutura em suas casas para receber o menor. E ambos almejavam igualmente, ter um elo participativo na vida do filho educando-o.

Em seu voto, o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva afirmou que o recurso merecia ser provido, baseando-se no fato de que ambos os genitores moram na mesma cidade, Aracaju, Sergipe, que o Tribunal de Justiça do Estado reformou a sentença e indeferiu a guarda compartilhada meramente pela ausência de consenso entre os pais e pela circunstância de a criança ficar parcela do tempo da guarda do pai sob os cuidados da avó, que mantém relação conturbada com a genitora.

Conforme auferido no voto "Atualmente, a guarda compartilhada tem primazia no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em virtude da redação estabelecida pelas Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014".

Afirma o relator que o ideal seria que existisse uma boa relação entre os ex cônjuges, para que o compartilhamento da guarda atendesse melhor o interesse dos filhos. Mas embora essa não seja a situação do caso em tela e na maioria das situações envolvendo direito de família, não é óbice à aplicação dessa modalidade de guarda mera litigiosidade entre os pais.

---

[162] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº 1591161/SE. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA.21 de fevereiro de 2017. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500489667&dt_publicacao=24/02/2017 >. Acesso em: 14 ago. 2018.

Sua decisão foi fundamentada com base na declaração da avó paterna, do laudo psicológico e do laudo complementar, os quais confirmam que não há peculiaridades que inviabilizem a adoção da guarda compartilhada, no cenário exposto.

Com a ressalva de que a avó paterna deve tentar manter um diálogo com a mãe da criança em prol do bem-estar e melhor desenvolvimento do menor. Com a ressalva de que estando sob os cuidados da avó paterna, a mãe tem o direito de se comunicar com o ex-companheiro para intermediar a comunicação.

Por fim, o Ministro relator conclui que:

> Ressalta-se que a idade atual do menor (7 anos), fase em que toda sua formação moral, ética e familiar está sendo consolidada, requisita a presença necessária dos pais. Documento: 68915900 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 9 de 10 Superior Tribunal de Justiça É relevante que o filho do ex-casal receba o carinho e atenção de ambos os genitores, que devem buscar as medidas possíveis para permitir a convivência harmoniosa e próxima com o infante, o que é importante referencial para a sua formação. O que se deve almejar, em qualquer conflito dessa natureza, é o engajamento mútuo dos pais no atendimento aos deveres e direitos inerentes ao poder familiar. Portanto, merece ser restabelecida a sentença de fls. 1.188-1.197 (e-STJ), que fixou a guarda compartilhada.[163]

Isso confirma que a guarda compartilhada é "caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais[164]„", conforme aduz Paulo Lôbo.

Outro relevante caso de deferimento da guarda compartilhada refere-se à recurso especial número 1.626.495 - SP (2015/0151618-2), julgado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça em 15/09/2016, pela relatora Ministra Nancy Andrighi. Segue a ementa:

---

[163] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº 1591161/SE. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA.21 de fevereiro de 2017. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500489667&dt_publicacao=24/02/2017

[164] LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.200.

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.
>
> Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).
>
> Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.
>
> A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo "será" não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC).Recurso conhecido e provido.
>
> (REsp 1626495/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016).

O julgado diz respeito a um recurso especial impetrado pelo genitor, requerendo a aplicação da guarda compartilhada. Retira-se do relatório que:

> Tanto a sentença quanto o acórdão ignoraram os elementos dos autos que apontam o recorrente – pai do menor – como pessoa responsável e apta a cuidar do seu filho, em guarda compartilhada, decisão que igualmente afronta o comando legal e dissente de outros julgados que apontam para a imposição da fixação da guarda compartilhada[165].

Em seu voto, favorável a aplicação da guarda compartilhada, a Ministra Nancy Andrighi sustenta que a terceira Turma aplica a guarda compartilhada como regra atualmente.

Antes o genitor que não possuía a guarda, no geral o pai, detinha apenas o direito de visita e isso o tornava mero coadjuvante no que diz respeito a vida e educação da criança.

[165] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº REsp 1626495 / SP RECURSO ESPECIAL. Relator: Ministra: NANCY ANDRIGHI. Recurso Especial Nº 1.626.495 - Sp. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501516182&dt_publicacao=30/09/2016>. Acesso em: 22 ago. 2018.

O sistema anteriormente vigente, era reflexo de uma sociedade patriarcal e seus entendimentos foram superados pela Constituição Federal de 1988. Esta que trouxe parâmetros inovadores para as relações intrafamiliares.[166]

Alguns exemplos são a paternidade responsável, a igualdade entre os gêneros e sobretudo a "preservação, para a criança e, ao adolescente, dos valores imateriais necessários ao seu desenvolvimento sadio (dignidade, convivência familiar e proteção contra a negligência)"[167].

Além disso, o bem jurídico a ser protegido nas ações de guarda começou a ser prioritariamente o melhor interesse do menor. E nesse cenário, a Turma proferiu o voto favorável a aplicação da guarda compartilhada, visto que o artigo 1.584, § 2º[168], do Código Civil, é uma regra, e não apenas mais uma possibilidade.

Isso porque, o consenso da Terceira Turma é pela admissão da guarda compartilhada, mesmo existindo situações de conflito entre os pais. Salvo quando um dos genitores disser que não deseja a guarda do menor, os conflitos forem de grande mútua ou em obstáculos de ordem prática como a distância geográfica.

Faz-se mister destacar, que muitas vezes, o genitor detentor da guarda unilateral provisória mantém a situação de conflito para a não aplicação da guarda compartilhada. Por essa razão que o conflito existente entre os pais não é mais motivo razoável para afastar sua aplicação.

---

[166] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº REsp 1626495 / SP RECURSO ESPECIAL. Relator: Ministra: NANCY ANDRIGHI. Recurso Especial Nº 1.626.495 - Sp. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501516182&dt_publicacao=30/09/2016>. Acesso em: 22 ago. 2018.

[167] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº REsp 1626495 / SP RECURSO ESPECIAL. Relator: Ministra: NANCY ANDRIGHI. Recurso Especial Nº 1.626.495 - Sp. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501516182&dt_publicacao=30/09/2016>. Acesso em: 22 ago. 2018.

[168] CÓDIGO CIVIL. (2002). Lei Nª 10.406 nº Artigo 1.584, de 10 de janeiro de 2002. "Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho [...] será aplicada a guarda compartilhada". . Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

A conclusão chegada no voto é a de que o genitor que não concorda com a guarda compartilhada, prioriza o seu interesse o não o do menor. É um direito da criança o convívio com a mãe e o pai e este referencial binário é fundamental para a sua formação.

Por essas razões, a relatora deu provimento ao recurso especial, para cassar o acórdão e determinar o retorno do processo ao juízo de piso para, diante de criteriosa avaliação psicossocial dos litigantes e do menor, estabelecer os termos da guarda compartilhada, calcado no disposto no art. 1.584, § 3º, do Código Civil.

Estes casos confirmam a hipótese desse trabalho de que é possível conceder-se a guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento, pois essa modalidade de guarda concretiza o melhor interesse da criança, conforme análise doutrinária legal e jurisprudencial desenvolvida nos capítulos desta monografia.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que aduz que seus interesses devem ser priorizados, "tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade"[169]. Segundo Paulo Lôbo:

> Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os "menores". Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.[170]

4.2 Jurisprudências contrárias à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro

[169] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.75-76.
[170] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.75-76.

Preliminarmente, no que diz respeito aos julgados contrários à aplicação da guarda compartilhada, faz-se mister destacar que a impossibilidade de sua aplicação no caso concreto tem duas principais razões de ser. A primeira diz respeito aos casos em que os pais moram em locais distantes e a segunda refere-se aos casos em que o conflito entre os pais pode comprovadamente comprometer o melhor interesse da criança.

O primeiro julgado em analise será o recurso especial número 1605477 / RS julgado em 21/06/2016, pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Segundo a presente ementa:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ.
>
> 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.
>
> 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação.
>
> 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes.
>
> 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal. 5. Recurso especial não provido.[171] (grifos nossos).

O julgado refere-se ao recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso terceiro, alínea "a" da Constituição Federal. Nas razões do agravo de instrumento (e-STJ folhas 1-19), o genitor faz considerações acerca da guarda

[171] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1605477 / RS. Relator: RELATOR(A):Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - TERCEIRA TURMA. Rio Grande do Sul, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62040644&num_registro=201600611909&data=20160627&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 ago. 2018.

compartilhada e pede que inversão de guarda unilateral para compartilhada com fundamento na lei número 13.058/2014.

Ocorre que, no caso em tela, o genitor reside em local diferente do das filhas, o qual a guarda foi deferida à mãe na ação de dissolução de sociedade de fato combinada com alimentos. Não houve provimento do recurso.

No recurso especial, o recorrente alega violação dos artigos. 1.583, 1.584, § 2º, 1.585 e 1.634, V, do Código Civil, ao argumento de que deve ser deferido o pedido de guarda compartilhada das filhas do casal. Afirma ter mantido união estável por 12 (doze) anos com a recorrida, com quem tem teve as filhas gêmeas, e que desde 2011 viviam em Criciúma/Santa Catarina, mas que, após a separação do casal, em julho de 2014, a genitora se mudou para Guaíba/Rio Grande do Sul, sem a sua concordância.

O recorrente ainda afirma que a mãe gerou, dessa forma, uma alienação parental, visto que separou o requerente de suas filhas, que não poderia exercer de forma plena o poder familiar. Alega que a distância geográfica não impediria a aplicação da guarda compartilhada, mas apenas dificultaria o exercício em conjunto da guarda física das crianças (e-STJ folha. 199).

O recurso especial foi negado sem contrarrazões, ascendendo os autos por força de decisão em agravo.

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuerva, acompanhado pelos ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino, enunciou o entendimento de que embora o instituto da guarda compartilhada tenha prioridade de aplicação, é preciso analisar cada caso concreto.

No caso em questão, haveria dificuldades geográficas que inviabilizaria a efetiva concretização do princípio do melhor interesse da criança, que deve sempre ser observado. Isso porque, não seria possível uma rotina adequada para as crianças se essas estudassem e vivessem cada semana em uma cidade diferente.

Ainda observa que analisando o parágrafo 3º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, modificado pela Lei nº13.058, aufere-se que "na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos". Que de fato, é o domicílio da mãe.

Por fim, o relator reitera que os genitores deverão estabelecer medidas para que as filhas tenham uma formação psicológica adequada e com um duplo referencial. O pai, mesmo distante fisicamente continua com os direitos e deveres garantidos pelo poder familiar, devendo participar do cotidiano das crianças.

Essa participação pode se dar por meio de recursos tecnológicos, para que a figura paterna continue presente na vida das crianças independente da distância física. A litigiosidade entre o casal, nas palavras do ministro, "deve ser superada para permitir a conformação mínima dos interesses legítimos de todos os membros da família"[172].

A luz da doutrina e da legislação invocadas nos capítulos 1 e 2, cumpre-se ressaltar que o fim da coabitação dos genitores não diminui as responsabilidades do pai que não mora com a criança decorrentes do poder familiar.

Por essa razão, não se sustenta a tese do recorrente de que a mudança de estado da genitora desrespeita o poder familiar. Ademais, segundo entendimento de Maria Berenice Dias, não se alteram as relações entre pais e filhos (artigo 1.632 do Código Civil). Somente a falta de impedimento de um deles, transfere ao outro o exercício com exclusividade do poder familiar (artigo 1.631 do Código Civil)[173].

Em suma, o distanciamento físico do filho, decorrente da separação dos pais, não impede que o pai assuma os seus direitos e deveres. Ressaltando-se que o

[172] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1605477 / RS. Relator: RELATOR(A):Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - TERCEIRA TURMA. Rio Grande do Sul, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62040644&num_registro=201600611909&data=20160627&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 ago. 2018.

[173] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias**.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.P. 472.

mesmo se aplica ao direito de pagar alimentos, que será devido independente da modalidade de guarda174.

A respeito da questão geográfica, há, para Flávio Tartuce, uma desordem na doutrina e na jurisprudência no que tange a guarda física exercida efetivamente e o poder familiar.

Para o autor é equivocado o argumento de que as atuais tecnologias propiciam o exercício da guarda a distância. Pois, a guarda compartilhada é mais complexa do que o efetivo exercício do poder familiar. Ela pressupõe que seja assegurada ao menor a educação e a orientação contínua. E que para serem efetivas demandam de um empenho absoluto, que demanda tempo e "não pode ser exercido a distância, mesmo com o uso das tecnologias mais variadas. A contínua presença física ainda é insubstituível para os principais componentes da profunda formação de um filho"[175].

Cumpre-se ressaltar, como verificado no voto do relator, que a simples situação litigiosa entre os pais por si só não é mais elemento impeditivo da aplicação da guarda compartilhada. Essa modalidade de guarda é regra e pode ser aplicada também nesses casos. O que impede a aplicação dessa modalidade de guarda incide no fato dos genitores residirem em cidades diferentes (distância geográfica) e a observância do melhor interesse da criança no caso concreto.

Ainda sobre a aplicação contrária à guarda compartilhada, cabe a análise de um recente agravo interno no agravo em recurso especial número 879361, julgado em 13/03/2018 pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Observa-se a seguinte ementa:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

[174] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias**.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.P.472.
[175] TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Forense.2017. p.169-170

> 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
>
> 2. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à
>
> transigência dos genitores.
>
> 3. As peculiariedades do caso concreto inviabilizam a implementação
>
> da guarda compartilhada em virtude da realização do princípio do
>
> melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio, sua
>
> efetivação.
>
> 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso
>
> especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria
>
> fática, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ.
>
> 5. Agravo interno não provido.176 (Grifo nosso).

Refere-se a um agravo interno no recurso especial, interposto pelo genitor contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que negou o provimento do recurso especial em virtude da incidência da súmula 7 deste tribunal. O recorrente argumenta que o pedido de guarda compartilhada deve ser deferido, pois visa o melhor interesse de sua filha menor.

Em seu voto, o relator, Ricardo Villas Bôas, afirma que a guarda compartilhada avançou devido as pesquisas relacionadas a transformação familiar e sua adoção tem crescido no Brasil assim como em todo o mundo. Foi fortalecida pela Convenção de Nova Iorque sobre Direitos da Criança (ONU, 1989).

[176] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº 879361. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=guarda+compartilhada+impossibilidade+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Nessa modalidade de guarda, ambos os genitores possuem autoridade parental e amenizam os efeitos da separação matrimonial na vida dos filhos. Dessa forma são assegurados os direitos da criança e dos pais.

No caso em análise, como observado em acórdão recorrido, foi realizada uma análise psicossocial concluindo que os genitores precisam melhorar a comunicação no que diz respeito a coparentalidade, para proporcionar um equilíbrio apto a preservar o desenvolvimento da estabilidade emocional do menor, assim como do seu bem-estar. Do contrário, o casal separado precisaria no futuro recorrer à justiça para decidir assuntos relacionados a rotina da sua filha.

Ademais, a criança encontra-se perfeitamente ajustada a vida e rotina com sua mãe, não justificando a troca de guarda unilateral para compartilhada no caso em apresso. Colhe-se do acórdão que "Se permanecer na companhia da mãe, gozará de maior estabilidade familiar, recomenda-se que se mantenha com ela a guarda, exclusivamente"[177].

Assenta-se que embora a lei que instituiu a guarda compartilhada como regra (lei número 13.058/2014) tenha alterado o artigo 1.584, §2º do Código civil e que ao aplicar a guarda compartilhada assegura-se um benefício a família que mesmo não sendo conjugal pode existir na modalidade parental, devem ser analisados os princípios constitucionais no caso concreto.

A Constituição Federal em seu artigo 227, aduz que é dever da família, da sociedade e do Estado promover condições que assegurem o melhor interesse do menor. Dessa forma, como visto anteriormente, e ressaltado no voto do ministro:

> [...] a despeito de entender que a guarda compartilhada deva ser instituída independentemente da vontade dos genitores ou de acordo, o instituto não deve prevalecer quando sua adoção seja passível de gerar efeitos ainda mais negativos ao já

[177] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº 879361. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=guarda+compartilhada+impossibilidade+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 12 ago. 2018.

> instalado conflito, potencializando-o e colocando em risco o interesse da criança.

Portanto, mantem-se no sistema jurídico brasileiro a viabilidade de aplicação da guarda unilateral, mesmo sendo a guarda compartilhada a regra no ordenamento jurídico brasileiro. A esse respeito, Flávio Tartuce leciona que "a mediação e a orientação psicológica são fundamentais para que essa guarda seja bem compreendida pelos pais e possa resultar em efetivos benefícios para crianças[...]"[178].

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho ao fazer a análise do funcionamento e cabimento das diferentes modalidades de guarda presentes no ordenamento jurídico brasileiro, buscou demonstrar de que maneira a guarda compartilhada pode proporcionar uma melhor qualidade de vida e desenvolvimento do menor.

No primeiro capítulo, compreendida a evolução histórica do direito de família, pelo fenômeno conhecido como repersonalização do direito de família, ficou claro que com as mudanças na sociedade não é mais permitido diferenciar os direitos e deveres da mãe e do pai com relação ao filho.

Ambos os genitores são inseridos no mercado de trabalho e possuem funções no lar, pela mesma razão ambos devem de forma efetiva educar e participar da vida da criança de forma efetiva, inclusive na separação e não apenas com direitos de visita como na guarda unilateral.

Destarte, conforme apresentado no capítulo segundo da presente monografia, essas mudanças também fizeram com que a preocupação do Estado e da família fosse garantir uma existência digna à pessoa em desenvolvimento.

Dessa forma, constatou-se que a guarda compartilhada tem o intuito de promover os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do

[178] TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Forense.2017. p.169-170.

adolescente, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade de gêneros e da convivência.

Além de ter sido examinado pela Constituição Federal, também foi feito um estudo com base no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma verificou-se que, a guarda compartilhada é considerada a modalidade de guarda que melhor atende ao interesse do menor.

Por esse motivo ela tornou-se regra no ordenamento jurídico brasileiro, embora não exista alteração no exercício dos deveres parentais se esta não for aplicada, uma vez que o divórcio não encerra o exercício do poder familiar, pois as relações entre pais e filhos não cessam com a separação e tampouco o dever dos genitores de criar o filho visando sua proteção e desenvolvimento saudável.

Faz-se mister destacar, que a guarda compartilhada é regra hoje no ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho buscou trazer explicações dessa alteração na legislação, com base em argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais.

Constatou-se no terceiro capítulo, após análise de jurisprudências favoráveis e contrárias a aplicação da guarda compartilhada, que ela apenas não possui aplicação em determinados casos em que os pais residem em cidades diferentes ou que a criança já está adaptada a vida com um dos genitores e a mudança de modalidade de guarda poderia afetar negativamente a sua vida.

A opção da guarda compartilhada nesses casos poderia prejudicar a criança. E considerando-se que o seu bem-estar deve ser levado sempre em primeiro lugar, a guarda compartilhada não deve ser encarada como uma obrigação e sim como a garantia do objetivo maior que é o bem-estar na formação de uma criança.

Indubitavelmente, a mudança trazida pela lei 13.058/2014 que deu nova redação ao artigo 1.584 do Código Civil, representou um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, mas a luz de casos concretos, muitos aspectos devem ser levados em conta no momento de uma separação onde a parte mais frágil é a criança.

A pergunta problema desse trabalho diz respeito justamente a proteção da criança, foi proposto se é possível conceder-se a guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento.

Pode-se responder afirmativamente a essa questão, segundo os argumentos explicitados acima e desenvolvidos no trabalho, pois, a guarda compartilhada, posto que permite o direito de convivência ao menor, consequentemente assegura que seus direitos e interesses sejam protegidos em detrimento dos interesses dos pais quanto a guarda.

Desse modo, o estudo da guarda compartilhada é importante haja vista que antes de sua consolidação a criança não tinha o direito de convivência com a mãe e o pai em igualdade de condições, esse direito ao ser assegurado permite que o menor tenha seus interesses protegidos mesmo em situações de conflitos e de falta de consenso entre os pais quanto a guarda, situações comuns com a separação. Garantindo um ambiente mais sólido para o menor, mesmo os pais sendo divorciados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na justiça: uma saída singular. Ano VIII- nº 38. ed. Porto Alegre: IBDFAM, 2006. P. 26-37.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. São Paulo: Edipro, 2001. P. 22.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº 1591161/SE. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA.21 de fevereiro de 2017. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500489667&dt_publicacao=24/02/2017 >. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº 879361. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=guarda+compartilhada+impossibilidade+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada nº REsp 1626495 / SP RECURSO ESPECIAL. Relator: Ministra: NANCY ANDRIGHI. Recurso Especial Nº 1.626.495 - Sp. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501516182&dt_publicacao=30/09/2016>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1605477 / RS. Relator: RELATOR(A):Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - TERCEIRA TURMA. Rio Grande do Sul, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62040644&num_registro=201600611909&data=20160627&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CHAVES DE FARIA, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias.7ª ed. São Paulo: Atlas 2015.P. 427.

CHAVES DE FARIA, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias.3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2011, p.6.

CUNHA, Thiago Neviani da. A norma jurídica e o pião normativo. Natal: Fides: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, 2010. P. 173. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=4EFA69AC5E40902946206A8EDB0BB3EA.dialnet01?codigo=3646936>. Acesso em: 06 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio já. Comentários à emenda constitucional. 66. ed. Porto Alegre, 2010. Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf >. Acesso em: 04 maio 2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.26.

Estatuto da Criança e do Adolescente: 19 anos de subjetivações. Rio de Janeiro: Revista da Emerj, v. 12, n. 48, 2009. Mensal. Ramidoff, Mário Luiz. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54222/estatuto_crianca_adolescente_ramidoff.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

FIGUEIREDO, Roberto. O código civil de 2002 e as entidades familiares.: Direito convivencial: uma tentativa de conformação principiológica. Ibdfam: Instituto Brasileiro de Direito de família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.17-31, jun. 2006. Bimestral.

GOMES, Orlando. Direito de família. 11ª ed. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense. 1999.p.1

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.P. 295.

GRISARD FILHO, Waldyr et al (Org.). Guarda Compartilhada. In: LEITE, Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira et al. Repertório de doutrina sobre direito de família. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Cap. 17, p. 420.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.30.

ISHIDA, Válter Kengi. Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 86

Jorge Junior, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.p.200.

NEIVA, Deirdre de Aquino. Guarda compartilhada. Aquino Neiva, Brasília.9 abr. 2013. Disponível em: <http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=2>. Acesso em: 18 maio 2018.

OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti ; MATOS Ana Carla Harmatiuk. Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo. Fortaleza: Revista Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, dez. 2014. P. 750-778. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3063/pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. O Município e a Família: A Descentralização das Políticas Públicas de Adolescentes à Convivência Comunitária. Porto Alegre: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, v. 4, n. 23, abril/maio 2009. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103688/municipio_familia_descentralizacao_patrao.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.P. 52-53.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. P.72.

REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? Revista Síntese: Direito de Família, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. GUARDA COMPARTILHADA: um caminho para inibir a alienação parental?. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 9, n. 2, p. 320-339, dez. 2014. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/14772>. Acesso em: 13 mar. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.5902/1981369414772.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 46.

SOUSA, Mônica Tereza Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri.2015. Do direito de família ao direito das famílias: A repersonalização das relações familiares no Brasil. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509943/001032755.pdf?sequence=1> . Acesso em: julho de 2018.p72-73.

TARTUCE, Flávio. Direito de família. 12ª ed. São Paulo Forense.2017. p.15.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, v. 10, p.1-15, dez. 2007. Disponível em:<https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P.32.

A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NA LEI Nº11.101/2005

Andressa Cunha Melo de Castro

RESUMO

O tema escolhido para a elaboração da presente monografia está situado na área do Direito Empresarial, mais especificamente no Direito Falimentar, no tocante à remuneração do Administrador Judicial. Uma vez que a lei que regula o tema (Lei nº 11.101/2005) estabelece três critérios para a fixação sem, contudo, defini-los, foram feitas análises doutrinárias e jurisprudenciais para se chegar à forma de fixação mais satisfatória, a partir dos princípios aplicáveis ao assunto, das atribuições do administrador judicial e dos critérios de fixação. Pela análise da importância da atuação do administrador judicial, tem-se que sua remuneração deve fazer jus à tal, de modo a incentivá-lo a ser o mais técnico e justo possível em um trabalho que envolve um ambiente com diversos interesses, inúmeras obrigações e riscos para que se alcance o bom resultado da falência e da recuperação judicial, uma vez que se está tratando do principal órgão que auxiliará o juízo.

Palavras-chave: Lei nº 11.101/2005. Falência. Recuperação judicial. Administrador judicial. Remuneração. Empresarial.

1 INTRODUÇÃO

A atividade do administrador judicial se evidencia de modo altamente relevante quando se analisam os princípios que regem a falência e a recuperação judicial, tais como: o princípio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o princípio da função social da empresa e da continuidade da empresa, onde o administrador judicial exercerá uma atividade imprescindível para a aplicação dos mesmos e isso se dá pelas atribuições que ele exerce, como o principal auxiliar do juiz, no momento de crise pelo qual a empresa passa.

Para tanto, é de extrema importância que as atribuições dele sejam analisadas e consideradas, afinal, demonstram como tal atuação será importante para se atingir os objetivos do procedimento ao qual a empresa se submete. As atribuições dele estão espalhadas por toda a legislação e incorrem em diversos riscos, além da supervisão por parte do juiz, do Ministério Público e da assembleia geral de credores. Ao fim, o cumprimento correto das suas obrigações incorrerá no resultado do procedimento.

Pela atividade que o administrador judicial exerce, faz jus a uma remuneração que é fixada pelo juiz. Tal fixação deve levar em conta três critérios estabelecidos pela lei: a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade dos trabalhos e os valores de mercado para atividades semelhantes. Por não trazer a definição exata dos critérios, torna-se necessário que eles sejam analisados concomitantemente com a efetiva ligação da atuação dele aos princípios essências que regem a lei e com o alto número de atribuições exercidas.

Apesar desse espaço de discricionariedade, o juiz deve fixar a remuneração do administrador judicial da forma mais justa e adequada possível, de modo a valorizar e incentivar o seu trabalho. Por tal grau de discricionariedade que fica concedido ao juiz, a análise de jurisprudências pertinentes ao assunto torna-se de grande valia e nota-se que os critérios que a lei estabelece são utilizados tanto para embasar reduções quanto aumentos na sua remuneração, ao passo que se faz necessário o entendimento da real atuação do administrador judicial para se definir qual a forma mais adequada da sua remuneração.

2 PRINCÍPIOS

Os princípios constitucionais são inseparáveis de qualquer texto legal e resguardam os principais preceitos de todo o ordenamento jurídico, o qual deve, em sua integralidade, ser orientado por eles, pois segundo Eduardo Paiva[1] os princípios

[1] PAIVA, Eduardo de Azevedo. Curso de constitucional. **Princípios Gerais de Direitos e Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 51-59, mar. 2012. (Série de aperfeiçoamento de magistrados)

constitucionais possuem força vinculante e representam a direção inicial para qualquer atividade judicante, seja essa atividade interpretativa, integrativa ou de aplicação da lei. Assim eles devem ser obrigatoriamente observados em quaisquer dessas situações, caso isso não ocorra estará sujeito à invalidade por vício de inconstitucionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil constitui um ponto de partida para o legislador infraconstitucional e delimita a base de todo o ordenamento jurídico. Destarte, nada mais adequado que o estudo acerca da Lei nº 11.101/2005, que será o objeto da presente monografia, tenha como primeira reflexão alguns dos princípios do referido texto legal

2.1 O princípio dos valores sociais do trabalho

O princípio dos valores sociais do trabalho encontra-se previsto no artigo 1º da Constituição Federal, o qual elenca os fundamentos da República Federativa do Brasil. Por estar inserido em tal artigo, compreende-se que o princípio em tela representa um dos fundamentos da própria formação do Estado Brasileiro. O artigo supracitado dispõe que:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> **IV - os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político.
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.[2] (grifo nosso).

[2] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 4 maio 2018

Em decorrência de tal artigo, os valores sociais do trabalho são fundamentos da constituição e da formação do próprio Estado brasileiro, assim os valores do trabalho para a sociedade devem orientar toda a organização do Estado Brasileiro. No tocante ao trabalho humano, entende-se que ele sempre permeou a existência humana, nesse sentido Eliane Vieira[3] afirma que ele existe desde o surgimento do primeiro ser vivo e ele já foi analisado e entendido de diversas formas nas diferentes sociedades e épocas.

Durante muito tempo os homens que realmente trabalhavam eram chamados de escravos, e, com isso, se tornavam uma mercadoria. Assim, o trabalho era utilizado como uma forma de exclusão e diminuição do homem, sendo visto como algo indigno. Nas palavras de Aldacy Rachid Coutinho:

> Nas mais variadas línguas, a expressão trabalho trouxe acorrentado o significado da dor. De um lado, o português trabalho, o francês travail e o espanhol trabajo, remontam à sua origem latina no vocábulo trepalium ou tripalium, um instrumento de tortura composto de três paus fer- rados ou, ainda, um aparelho que servia para prender grandes animais domésticos enquanto eram ferrados[4].

Segundo Chagas, quanto ao trabalho específico realizado pelo empresário, havia preconceito de ser uma atividade egoísta e exploradora do outro[5]. Exemplos legais dessa fase são estampados no Código Comercial de Napoleão de 1808, o mesmo previa penas que iam do degredo à morte do falido, desse modo, as primeiras ideias acerca do trabalho do empresário eram ligadas às práticas criminosas e mal vistas.

Contudo, o conceito foi assumindo novos significados com o decorrer do tempo, ou seja, percebeu-se que nenhum trabalho devia estar necessariamente associado a algo ruim, surgindo assim visões valorativas acerca do trabalho. Para

---

[3] VIEIRA, Eliane. O Trabalho: breve visão da concepção de castigo da antiguidade cristã, valor social afirmado na Encíclica Rerum Novarum no século XIX e despontar no século XXI como valor Bioético, **Revista Centro Universitário São Camilo**, v. 1, p 350-353, maio/jun. 2010.

[4] COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 32, p. 7-23, 1999. p. 8.

[5] CHAGAS, Edilson das. Direito empresarial esquematizado, 4ª ed, São Paulo: Saraiva: 2017, p. 743.

Viana[6], a primeira vez que isso aconteceu foi na Grécia, no final do século VIII, onde o trabalho foi associado não a uma maldição, mas a uma bênção. Nesse contexto a "aretê", que representava o padrão grego de comportamento ético, somente podia ser alcançada pelo trabalho[7], ou seja, o comportamento ético que se esperava de um homem somente era alcançado por intermédio do trabalho. Para Luciano Martinez, por sua vez, o significado do trabalho passou a ter dignidade e valor quando os escravos e servos se utilizavam dele como modo de alcançar a liberdade, ou seja, trabalhavam para comprar a Carta de Alforria[8].

A consequência temporal para o trabalho, portanto, foi no sentido de agregar significados melhores, assim, a importância do trabalho não foi imposta, ela foi percebida com o tempo. Nesse sentido, a visão que a Constituição Federal dá ao trabalho é de que ele possui um valor social e quando isso está inserido no texto legal, é de suma importância ressaltar que isso não foi lá colocado porque o constituinte quis assim decidir ou impor, mas foi a evolução que o próprio trabalho teve, ressaltando os valores que ele possui em si de forma originária e que foram percebidos ao longo do tempo pelos próprios homens.

Quando a Constituição Federal dispõe que o trabalho possui valor social, a primeira análise acerca desse valor se dá para com o próprio trabalhador, que pelo seu trabalho se mantém e recebe seu sustento (a saber: a remuneração), necessário à subsistência dele e de eventuais dependentes, sendo essencial à manutenção da própria vida. Assim, o primeiro valor social que o trabalho possui é para com o próprio indivíduo que trabalha. Além disso, ele possui uma função para com a sociedade, o trabalho é um fator de produção e o homem quando trabalha contribui

6 VIEIRA, Eliane. O trabalho: breve visão da concepção de castigo da antiguidade cristã, valor social afirmado na Encíclica Rerum Novarum no século XIX e despontar no século XXI como valor Bioético. **Revista Centro Universitário São Camilo**, v. 1, p 350-353, maio/jun. 2010.

7 VIEIRA, Eliane. O trabalho: breve visão da concepção de castigo da antiguidade cristã, valor social afirmado na Encíclica Rerum Novarum no século XIX e despontar no século XXI como valor Bioético. **Revista Centro Universitário São Camilo**, v. 1, p 350-353, maio/jun. 2010.

8 MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações sociais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2016. 7.

para com o todo. Eliane Vieira defendia que "o trabalho tem valor social pelo caráter naturalmente comunitário em seu exercício; presta-se a servir a sociedade[9]".

A função exercida pelo Administrador Judicial na lei nº 11.101/2005 é o seu trabalho, assim possui o valor social que a Constituição Federal estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil, devendo ser percebido como possuidor de valor social para com o próprio Administrador, no sentido de ser a fonte de seu sustento e como fonte de função social para com a sociedade. Neste último caso, os efeitos são maximizados já que o trabalho realizado por ele se coloca à disposição da empresa, do empresário, dos devedores, do Estado e da sociedade como um todo, sendo o mediador de diversos interesses. Assim quando se olha para a prestação realizada por ele, tal pensamento deve ser orientado no sentido de se perceber a grandeza da contribuição social do seu trabalho.

2.2 O princípio da livre iniciativa

Juntamente com o valor social do trabalho, o inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal ainda elenca como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social da livre iniciativa. A livre iniciativa leva ao entendimento de que o trabalho fica ao arbítrio da liberdade do indivíduo em primeiro lugar. O Estado, para tanto, não pode limitar ou restringir sua realização, salvo casos excepcionais. Assim, o trabalho fica à disposição para ser realizado pelo indivíduo e, como consequência, a atividade econômica não está sujeita a autorização de órgãos públicos, em regra. Sendo assim, também em regra, a exploração direta da atividade econômica é defesa ao poder Público.

Além de ser um dos fundamentos do artigo 1º da Constituição Federal, a livre inciativa ainda compõe o esteio da Ordem Econômica, juntamente com a valorização do trabalho humano, nos seguintes termos:

[9] VIEIRA, Eliane. O trabalho: breve visão da concepção de castigo da antiguidade cristã, valor social afirmado na Encíclica Rerum Novarum no século XIX e despontar no século XXI como valor Bioético. **Revista Centro Universitário São Camilo**, v. 1, p 350-353, maio/jun. 2010..

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I - soberania nacional;
>
> II - propriedade privada;
>
> III - função social da propriedade;
>
> IV - livre concorrência;
>
> V - defesa do consumidor;
>
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
>
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
>
> VIII - busca do pleno emprego;
>
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
>
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei10 (grifo nosso)

Acerca da Ordem Econômica, o caput do artigo traz os fundamentos dela, sendo eles: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. O parágrafo único traz a forma pela qual se dará o seu exercício: livre iniciativa e o objetivo dela será a concretização da existência digna a todos. No Direito Econômico pessoa digna é aquela que alcança independência econômica, ou seja, aquela que se sustenta e consegue gerar renda que garanta acesso aos bens necessários para que se viva dignamente. Nesse sentido, a livre iniciativa é um pressuposto para se garantir uma vida digna ao homem, ou seja, é requisito para a efetivação do próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Tal disposição remete à importância de o trabalho ser valorizado, apesar de, como já exposto, já ter possuído aspectos inicias negativos- atualmente superados.

[10] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 4 maio 2018

Assim, é fator de existência da Dignidade Humana que o trabalho (inclusive do Administrador Judicial) seja valorizado e sua livre iniciativa seja garantida e exercida, sendo que por valorização do trabalho entende-se que deve ser assegurado que o homem consiga sobreviver pelo fruto do seu trabalho. Nas palavras de Leonardo Figueiredo:

> A valorização do trabalho humano significa que o poder publico deve **garantir que o homem possa sobreviver dignamente, tão somente, com o produto da remuneração do seu labor**. Para tanto, o Estado deve atuar de maneira a garantir que o produto do labor do homem (salário) seja capaz de lhe gerar uma renda mínima que, por si e sem interferências externas, lhe garanta o acesso (compra) a todos os bens de consumos essenciais para se viver dignamente no seio da sociedade[11] (grifo nosso)

Decorrente da valorização do trabalho humano, associado a livre iniciativa, a remuneração é inerente ao trabalho, sendo fator que assegura a existência digna do homem. O trabalho, como Direito Fundamental, possui aspectos inafastáveis, contidos no artigo 7º da Constituição Federal, dentre eles a remuneração. O trabalhador "tem o pleno direito à percepção de salários[12]", já que a prestação de serviços tem como contraprestação a remuneração e esta é plenamente protegida pelo Direito. Nessa linha de pensamento, o inciso VII do artigo em tela traz como direito do trabalhador a garantia do salário.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), por sua vez, dispõe no artigo XXIII que:

> Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social[13]

[11] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. Pg. 72.
[12] JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.
[13] ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em < https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 18 nov. 2018

Assim, a DUDH associa o trabalho à dignidade da pessoa humana, como a Constituição Federal de 1988 também o fez, posteriormente, no artigo 170 já mencionado. A Declaração, ratificada pelo Brasil na Assembleia geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, traz os termos: "justo" e "satisfatório" ao se referir aos parâmetros da remuneração, assim não basta o direito a remuneração, mas esta deve ser compatível com o trabalho realizado, com as suas condições e características.

Assim, a prestação realizada pelo trabalhador deve ser remunerada por ser essa a contraprestação do trabalho e, nesse contexto, o Administrador Judicial deve ser igualmente visto, devendo ainda ser remunerado de forma justa e adequada, levando em consideração as peculiaridades e as características do trabalho por ele realizado, um trabalho em prol da sociedade como um todo e de diversos interessados na concretização das atribuições legalmente entregues a ele.

2.3 O princípio da função social da empresa

Um importante tema tratado na Constituição Federal (CF) é a função social, a qual se trata de uma prestação para com a comunidade como um todo. A Constituição Federal trata da função social em diversos artigos. No artigo 170, ela da função social da propriedade; a partir do artigo 184, ela trata da função social da propriedade rural e no artigo 173, § 1º, I, da função social da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista. Seguindo essa mesma ideia de prestação social, o Código Civil (CC) trata sobre da social dos contratos no artigo 421.

A atividade econômica também pode ser avaliada nos termos da função social e a Constituição Federal o faz quando confere valor social ao trabalho e à livre iniciativa. A atividade econômica pode ser geradora de empregos e de recursos para um pequeno município, sendo de extrema importância para ele; assim como pode ser uma grande base da economia de um país, produzindo recursos, empregos, tecnologias e desenvolvimento e colocando todos esses fatores à disposição de toda a sociedade. A função social da propriedade veio como contraponto à ideia de que

ela seria absoluta. Assim a ideia de que a propriedade possui função para com a sociedade superou a ideia de que ela seria absoluta e intangível.

Nesse sentido, a função social da propriedade se estende à função social da propriedade empresarial e ela se manifesta em vários aspectos: ofertas de empregos, arrecadação tributária e circulação de bens e produtos para enriquecer a economia. Em outras palavras, a sociedade empresária trabalha em função da sociedade e assim assume uma função social, devendo, portanto, ser protegida e incentivada de modo a possibilitar a continuidade dessa atividade.

O artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 trata acerca da função social da empresa, como atividade produtora:

> A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, **sua função social** e o estímulo à atividade econômica.[14] (grifo nosso)

No caso específico de uma atividade empresária, a empresa beneficia o empresário, que é quem a exerce, mas também beneficia a sociedade, logo, são inafastáveis os conceitos de empresa e de função social. Crise em empresas podem chegar a abalar um país (se não vários), dada a grande importância que ela possui para com o coletivo. A função da social da empresa não possui expressa previsão constitucional, mas doutrinariamente é entendido como constitucional e implícito na função social da propriedade, logo, qualquer instituto que vise proteger, cuidar, manter ou restabelecer qualquer uma desses empreendimentos protege, no final das contas, a sociedade.

Desse modo, quando se fala em Falência e em Recuperação de empresas ou de sociedades empresárias, é necessário que se pense nelas com a devida importância que possuem e, nesse contexto, a Lei nº 11.101/2005 - Lei de Falência e

[14] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 2 jul. 2018

de Recuperação Judicial regula um tema que envolve não apenas o devedor específico que recorrerá a ela, muito mais, ela trata de empregos, atividades e circulação de bens e serviços.

Assim, a atividade empresária é de grande importância para o próprio Estado e como consequência natural, toda e qualquer atividade que será realizada no decorrer de uma Falência ou de uma Recuperação Judicial possui uma função para com a aquela empresa e para com a sociedade. É incoerente, portanto, que essas atividades não possuam seu devido reconhecimento.

Em outras palavras, as atuações que ocorrem nesses dois institutos em questão, trazidos pela Lei nº 11.101/2005 possuem também valor social e, como consequência, devem ser devidamente reconhecidos, por se tratar de um momento essencial para a empresa, para a localidade em que ela está inserida, para os credores que estão na expectativa de receber seu crédito e para o Estado. Nesse contexto de agentes que contribuirão nesse processo, o Administrador Judicial possui um trabalho essencial, devendo ser avaliado como um trabalho que possui em si função social.

2.4 O princípio da preservação da empresa

A atividade empresária possui, portanto, valor social aliado ao trabalho e à livre iniciativa, constituindo a Ordem Econômica que tem por finalidade a execução do Princípio da Dignidade Humana; sendo, portanto, a atividade empresária um dos meios pelo qual a dignidade humana é efetivada. Ela possui ainda função social inerente ao seu exercício. Desse modo, dada a importância da empresa, resta justificada a necessidade da sua continuidade, como atividade que produz, circula e incentiva a economia, além de gerar recursos e empregos. E essa ideia permeia a Lei nº 11.101/2005 que traz como um de seus aspectos a continuidade da empresa.

Para tanto trouxe o instituto da Recuperação Judicial, que visa a manutenção da atividade que ainda seja viável, afinal sua liquidação traria aspectos negativos para diversos interessados e, já que é passível de continuidade, isso deve ser

possibilitado ao devedor. O princípio da preservação da empresa encontra respaldo legal na Lei 11.101/2005, no seu artigo 47, ao dispor que:

> A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, **a fim de permitir a manutenção** da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, **promovendo, assim, a preservação da empresa**, sua função social e o estímulo à atividade econômica.[15] (grifo nosso)

Assim, a ideia de continuidade da empresa está contida nos próprios objetivos da Recuperação Judicial, como um dos institutos que é aplicado em momentos de crises nas empresas, que será superado de modo a preservá-la. Nesse mesmo sentido, o artigo 75 do referido diploma legal dispõe que:

> Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, **visa a preservar** e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.[16] (grifo nosso)

Por tal artigo, depreende-se que mesmo quando resta a falência à atividade, a legislação entende por bem promover a continuidade da mesma nos aspectos possíveis. Assim sendo, busca a preservação dos bens ativos e recursos produtivos da empresa, de modo a buscar o aspecto da continuidade nos limites possíveis em cada caso. Para tanto é escolhido o Administrador Judicial que será o responsável direto por zelar por essa continuidade e otimização dos bens da empresa.

Assim, o Administrador Judicial, como órgão que atuará na falência e na recuperação judicial, irá promover a arrecadação dos bens da empresa e, após isso, a realização do ativo, sendo que para tal realização será seguida uma ordem de preferência que a Lei nº 11.101/2005 traz no seu artigo 140:

> Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

---

[15] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

[16] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

> I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;
>
> II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;
>
> III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;
>
> IV– alienação dos bens individualmente considerados.[17]

A ordem de preferência que o artigo traz mostra que a primeira ideia a ser seguida é a alienação da empresa vendendo seus estabelecimentos em bloco de modo a possibilitar inclusive a continuação da atividade por outro empresário. Depois, parte para a venda isolada de filiais, o que ainda permite o aspecto da continuidade, embora não do mesmo modo que ocorre quando há trespasse, mas ainda assim visa preservar os bens da empresa. E, em última hipótese, a alienação de bens individualmente considerados.

Tal ordem de preferência estabelecida pela lei mostra que a primeira tentativa deve ser vender os seus estabelecimentos em bloco, preservando-a como um todo. Em última hipótese, que seus bens sejam individualmente alienados. Assim, inclusive na falência, que liquida a empresa, a lei visa a manutenção e continuidade da empresa, nos seus limites possíveis.

Em decorrência de tais artigos, nota-se que a ideia de se possibilitar a superação da crise na empresa (para que a mesma tenha continuidade) é ligada à notoriedade que a atividade empresária possui, em decorrência dos Princípios dos valores sociais do trabalho, do Princípio da livre iniciativa e do Princípio da função social da empresa que, conjuntamente, contribuem para enaltecer a importância da sua continuidade para com todos os agentes que estão, direta ou indiretamente, ligados à atividade empresária. Ramos entende que:

> O principal destaque a ser feito acerca da Lei 11.101/2005 está relacionado à clara influência que ela sofreu do princípio da preservação da empresa, o qual, segundo alguns autores, tem

[17] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

> origem remota na própria Constituição Federal, que acolheu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como princípios jurídicos fundamentais[18].

A preservação da empresa, contudo, não está ligada necessariamente à preservação do empresário ou da atividade empresária. A Recuperação Judicial visa manutenção da empresa e do empresário, enquanto a Falência preserva somente a empresa. Em ambos os institutos, contudo, verifica-se a busca pela continuidade da empresa, como basilar da Lei nº 11.101/2005.

O Princípio da preservação da empresa também está ligado ao artigo 170 da Constituição Federal, quando este prevê a Ordem Econômica baseada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, onde a manutenção da empresa é essencial para a efetivação da mesma, com a manutenção da unidade produtora. Em suma, a empresa em funcionamento gera tributos ao governo, empregos aos trabalhadores, impulsiona o mercado e preserva diversos interesses. Por isso, é impossível que a atividade seja encerrada sem deixar sequelas e, para tal, a atividade exercida pelo Administrador Judicial será essencial, tanto na Falência quanto na Recuperação Judicial, que será o principal auxiliar do juiz em ambos os institutos e levará a efeito os objetivos e interesses da Lei nº 11.101/2005.

3 CRISES NAS EMPRESAS

Quando se fala em crise, é comum que o primeiro pensamento seja negativo. O devedor, em uma visão primordial, era morto por suas dívidas, mas ao se perceber a insuficiência desse método para com devedores, houve a "evolução" para considerar criminoso quem devesse ao invés de matá-lo. Embora esse seja um conceito e uma visão já superados no ramo jurídico, ainda há resquícios deles na sociedade.

Assim, o devedor, muitas vezes, ainda é visto como o mesmo criminoso que era visto há décadas. Esse é um dos problemas enfrentados por ele, seja pessoa física

[18] RAMOS, André Liz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ou jurídica. Quando se trata de um empresário ou sociedade empresária, entretanto, esse pensamento se torna ainda mais visível porque a imagem que a atividade passa ao mercado em muito influencia no seu poder de atuação no mesmo. No Direito Empresarial o nome comercial possui grande relevância e quando esse é "manchado" por crise e por dívidas, as pessoas tendem a ficar receosas em relação às atividades da empresa; ter dívidas, contudo, não é mais crime e nem errado, pelo contrário, é comum no ramo empresarial, por óbvio com seus limites e riscos.

A atividade empresarial, assim, demanda uma série de esforços por parte do empresário, o qual precisa estar atento a diversos fatores, como a organização administrativa, a manutenção da clientela, a busca de novos produtos e de novos meios de produção, além da necessidade de se estar atento às exigências do mercado que é altamente dinâmico. Desse modo, ela se apresenta como uma atividade que possui dificuldades, as quais podem resultar em crises nas empresas, oriundas dos mais diversos fatores.

Segundo João Bosco Cascardo de Gouvêa, na maioria das vezes as empresas já carregam consigo os males que a afetarão futuramente e, eventualmente, as levarão a padecer[19]. Dentre esses males, pode-se destacar a escolha errada do tipo societário, a obsolescência do objeto social, a falta de flexibilidade e de planejamento e a má administração e, outras vezes, esses males são externos, como crises no mercado.

A realidade é que nenhuma atividade é imune a crises, Tomazette[20] as classifica em algumas espécies de crise. A crise de rigidez, que ocorre quando uma atividade se torna obsoleta ao analisar as novas circunstâncias e exigências do mercado e não consegue se adaptar a elas; crise de eficiência, que ocorre quando o rendimento de certa área fica abaixo da sua potencialidade e não rende como poderia render; crise econômica onde, por sua vez, a atividade tem custos maiores que seus

[19] GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e falência:** Lei 11.101/2005 comentários artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5.
[20] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial***:* falência e recuperação de empresas, III, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

rendimentos, fazendo com que a empresa opere sempre em déficit; a crise financeira, que se instaura quando a empresa não consegue pagar suas dívidas; e, a patrimonial quando o patrimônio da empresa não basta para suprir suas dívidas.

Não necessariamente tais crises ensejarão respostas do Estado ou delas dependerão. A crise patrimonial, por exemplo, pode ser resultante de um grande investimento e já ter sido prevista pelo empresário que já se preparava para o momento, visando lucro posterior e não necessariamente isso afetará eventuais credores. As crises de rigidez e de ineficiência, por exemplo, demandam ações do próprio empresário, no sentido de atualizar a atividade segundo as exigências atuais de mercado e de repensar a própria produção da empresa e, caso o faça, irá superar o momento pelo qual passa.

Assim, as crises podem afetar apenas o empresário, demandando certas ações prioritárias e objetivas dele; mas nem sempre essas ações ocorrem, seja por falta de análises, por falta de capital ou até por má administração e, nesse caso, as consequências de tais acontecimentos podem resultar em falta de pagamentos de credores e de empregados, em obtenções de créditos que posteriormente não poderão ser satisfeitos, e iniciar um ciclo de dívidas. Desse modo, as crises podem afetar terceiros, e estas serão alvos de maiores preocupações, já que podem aumentar o risco dos credores e o inadimplemento.

Existem formas naturais de superação das crises e estas são concedidas pelo próprio mercado, onde o devedor e o credor podem negociar a dívida, ou então pode haver trespasse do estabelecimento, compra de ativos e diversas formas que o próprio mercado regula. Mas, ainda assim, o aparato estatal oferece suas soluções e isso ocorre porque as crises que se estendem a terceiros apresentam perigo a própria economia do país, pela função social que a atividade possui.

Ao se falar em empresa, é inevitável que se pense nela como um meio gerador de recursos e de empregos, e isso vai desde a atuação de uma Microempresa até a de uma Sociedade Anônima (S/A). Assim, era esperável que o Estado viesse a regular o momento de crise para empresários e sociedades empresárias. Nesse

sentido, dentre as soluções estatais, encontram-se a recuperação judicial e a falência, regulamentadas pela Lei nº 11.101/2005, Lei de Falência e Recuperação Judicial.

3.1 A recuperação judicial

A Recuperação Judicial está consagrada no artigo 47 da lei nº 11.101/2005, segundo o qual:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica[21].

O instituto em tela será um meio para se solucionar a crise pela qual a empresa passa. Essa solução é ofertada em observância ao valor social que a empresa possui, por ser uma fonte produtora que disponibiliza empregos, além de somar interesses de vários credores e, ao fim, a recuperação judicial visa a preservação da empresa como fonte produtora e o estímulo à atividade econômica, com a manutenção da mesma no mercado.

Pode-se destacar diversos conceitos para o entendimento do instituto da Recuperação Judicial, para o doutrinador Eduardo Goulart Pimenta a recuperação judicial representa "uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias"[22] . Já Marlon Tomazette, entende que "a recuperação é um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis"[23].

Sérgio Campinho, por sua vez, a define do seguinte modo:

---

[21] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

[22] PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**. São Paulo: IOB, 2006, p. 68.

[23] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 43.

> Somatório de providências [...] por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores[24].

A recuperação judicial será, portanto, uma resposta oferecida a empresas que passam por crises superáveis. Será representada por um conjunto de atos no sentido de se reorganizar a empresa, dilatando possibilidades de negociações, onde poderão ocorrer novações das obrigações, fusão de sociedades, condições especiais de pagamentos e alteração da gestão interna, mas isso ocorre posteriormente ao consentimento dos credores, assim antes eles devem estar de acordo com a instauração do procedimento, não sendo necessário a aprovação de todos, mas uma manifestação suficientemente representativa que vinculará a decisão de todos os credores.

A Lei n° 11.101/2005 no artigo 2º já exclui algumas pessoas do âmbito de incidência de seus institutos, contudo, mesmo não estando excluídos por tal artigo, há outros que não podem requerer a recuperação judicial, que são os que não cumprem os requisitos cumulativos do seu artigo 48, a saber:

> Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:
>
> I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
>
> II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
>
> III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

[24] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10-11.

> IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei[25].

Tais requisitos são "sinais de que o pedido de recuperação é sério e poderá ter viabilidade para efetivamente atingir sua finalidade, no sentido da recuperação da empresa[26]". Cumpridos todos os requisitos essenciais ao pedido, o devedor, o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente podem requerer a recuperação judicial, exercitando o direito de ação nos critérios do artigo 51 do mesmo diploma legal e, a partir do ajuizamento, desde a distribuição, o devedor já passa a se submeter a critérios estabelecidos pela lei, não podendo alienar ou onerar bens do ativo permanente (não circulante).

Observado o exigido no artigo 51 da Lei n° 11.101/2005, o juiz deferirá o processamento do pedido e, nesse mesmo ato, já nomeará o administrador judicial para atuar no processo. Após isso o devedor tem 60 dias para apresentar o plano de recuperação judicial (proposta de acordo), sob pena de convolar em falência, o que também ocorrerá caso os credores rejeitem o plano de recuperação judicial. Durante todo o processamento da recuperação a condução da atividade será fiscalizada pelo administrador judicial.

Os meios de solução das crises, em especial a recuperação judicial, não são, contudo, plenos e em alguns casos a crise não restará superada. Assim o caminho a ser seguido será a liquidação patrimonial retirando do mercado a empresa que não é mais viável, visto que sua manutenção no mesmo acabaria por transferir o risco da atividade econômica para outros agentes que não o empresário.

O critério utilizado será a análise da viabilidade da empresa, se ela não é mais viável não há porque continuar no mercado, já que isso acarretaria em situações piores. Nesse mesmo sentido, permeiam os próprios requisitos para o pedido da

---

[25] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

[26] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 60.

recuperação judicial, o artigo 48 da Lei n° 11.101/2005 dispõe que um dos requisitos para o pedido é o exercício regular da atividade há mais de dois anos.

Assim o empresário deve estar exercitando a atividade e não estar parado, já que o instituto visa a manutenção de empresas no mercado. Se ele não está exercendo a atividade não há que se falar em recuperação judicial, pois ela não é uma forma de se voltar ao mercado e sim de se manter nele. Por isso, não se fala em sucessivos pedidos de recuperação judicial, ela não pode ser pedida se o empresário já recorreu a esse método, afinal uma empresa que para sua continuidade precisa recorrer ao instituto diversas vezes não é uma empresa viável de continuidade. Nesse sentido, a ideia da lei é a manutenção da empresa, assim deve-se sempre buscar sua recuperação, mas isso não pode ser eterno. Desse modo, em certos casos a solução será a falência.

A lei nº 11.101/2005 traz casos em que a recuperação judicial convola-se em falência. Dentre outros casos, quando o administrador judicial o pedir ao juiz por descumprimento do plano de recuperação judicial (no artigo 22. II. "b"), assim este deve estar sempre em análise ao correto cumprimento do plano.

3.1.1 A recuperação judicial especial

A recuperação judicial, contudo, possui altos custos e constitui um procedimento amplo e profundo, o que dificulta a sua utilização por empresários com pouco poder econômico, por isso a legislação traz a possibilidade da Recuperação judicial especial, do artigo 70 ao 72, que representa uma opção dada a microempresas e empresas de pequeno porte. Continua com os mesmos objetivos da recuperação judicial, sendo uma "espécie de microssistema situado dentro do contexto da recuperação judicial"[27], possuindo, contudo, um procedimento

[27] ZANINI, Carlos Klein. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 270-319.

simplificado. Tal procedimento ainda possui outras peculiaridades, como a redução de possibilidades de quem a pode requerer.

Só poderão fazer uso da recuperação judicial especial aqueles empresários ou sociedades empresárias devidamente registrados e classificados como microempresas ou empresas de pequeno porte. Em decorrência do disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 123/ 06, serão classificados como microempresa aqueles que aufiram em cada ano-calendário receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e será empresa de pequeno porte os que aufiram receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Além disso, os riscos de convolação em falência são menores e o plano especial de recuperação judicial não precisa ser aprovado pela assembleia geral de credores. Os mesmos sujeitos do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005 podem a requerer mediante uso do direito de ação e nesta ele deve obrigatoriamente indicar a opção pelo regime especial da recuperação judicial, caso não o faça será processado como um pedido de recuperação judicial ordinário. O plano especial de recuperação judicial conterá previsão de parcelamento em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, com juros equivalentes à SELIC, com carência de 180 dias para o primeiro pagamento, podendo ser feito pedido de abatimento de dívidas.

3.2 A falência

Apesar de toda a ideia recuperatória que a Lei nº 11.101/2005 possui, ela trata sobre a falência que será o instituto mais viável para certos casos. A falência consiste em uma execução coletiva em face do devedor seguindo uma ordem, que a Lei estabelece, para adimplemento das obrigações. Trata-se de uma execução no sentido de ser a exigência de um adimplemento forçado e será coletiva por incluir todos os credores e todos os bens do devedor, "diferentemente das duas espécies de recuperação, voltadas para a preservação da empresa, a falência destina-se a

extingui-la; é a forma extrema de proteção do mercado[28]", também sendo bem definida como "o reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa. Representa o estágio final de sua existência[29]".

Ela ainda é dividida em três fases: a fase pré-falimentar, a fase falimentar e a fase pós-falimentar. Na primeira, pré-falimentar, serão verificados os requisitos para a falência e ela terá início com o pedido de falência ou de recuperação judicial nos casos em que ela convole em falência. Preenchidos os requisitos, tem se início a segunda fase após a sentença que decretar a falência, onde haverá apuração e realização do ativo, transformando a massa falida em dinheiro, e pagamento dos credores. Finda a falência, se inicia a fase pós-falimentar que trata dos efeitos que a falência traz.

A falência buscará a satisfação dos créditos, ou seja, o pagamento dos credores; ela "atua em prol do mercado, tentando evitar os efeitos negativos que o fenômeno da insolvência traria para a economia como um todo"[30], mas terá como primeiro objetivo a preservação e otimização dos bens da empresa, a fim de possibilitar a obtenção de mais recursos para satisfazer todos os credores e possibilitar que a atividade continue com outro empresário, tudo em observância sempre a economia processual e a celeridade, nos termos do artigo 75 da Lei nº 11.101/2005.

> Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.
>
> Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.[31]

---

[28] GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e falência**: Lei 11.101/2005 comentários artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 197.

[29] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa:** o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193.

[30] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresaria**l: Falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 279.

[31] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 15 jul. 2018.

Com a decretação da falência todas as dívidas são vencidas antecipadamente e, no mesmo ato, o juiz nomeará o administrador judicial, onde o devedor perde o direito de administrar e dispor dos seus bens, além de ficar inabilitado para exercer atividade empresarial. O devedor será afastado da atividade que ficará sob a responsabilidade do administrador judicial, ficando ainda afastado da atividade empresarial até a sentença que extinguir suas obrigações.

Os bens serão arrecadados e será iniciada a realização do ativo, prosseguindo para os pagamentos e destinando o restante. Caso sobre, ao devedor e após o relatório final apresentado pelo administrador judicial, o juiz dará fim a falência por meio de uma sentença.

3.3 O administrador judicial

A falência e a recuperação judicial possuem órgãos que serão responsáveis por incumbências que a Lei nº 11.101/2005 lhes atribuirá, no sentido de realizá-las ou de supervisionar o seu cumprimento; "um órgão é um ente, pessoa física ou jurídica, que atua para cumprir e fazer cumprir as determinações de uma legislação."[32] No caso da falência e da recuperação judicial eles são doutrinariamente classificados em órgãos obrigatórios (necessários) e órgãos facultativos (eventuais).

Os facultativos são: a assembleia geral de credores, o comitê de credores e o gestor judicial; os obrigatórios são: o juiz, o Ministério Público e o administrador judicial. Eles serão responsáveis pelo cumprimento dos objetivos tanto da falência quanto da recuperação judicial, atuando em observância ao interesse do coletivo e não de alguma das partes, em busca da continuidade da atividade empresarial exercida, pelos objetivos da Lei nº 11.101/2005 que tenda à análise recuperatória da atividade.

No caso do administrador judicial, ele é caracterizado como “um agente auxiliar da justiça, criado a bem do interesse público e para a consecução dos fins e

[32] CHAGAS, Edilson das. **Direito empresarial esquematizado**, 4ª ed, São Paulo Saraiva: 2017, p. 885.

processo falimentar"[33]. Ele é nomeado pelo juiz, que o fará no ato de deferimento do processamento da recuperação judicial, no caso da recuperação judicial, ou no ato em que decretar a falência do devedor, no caso da falência. Ele será responsável por exercer as atividades que a Lei impõe sob a fiscalização do juiz e do comitê de credores. Em termos gerais, ele fiscaliza o devedor na recuperação judicial ordinária e especial e administra a massa falida na falência.

Ele constitui o principal auxiliar do juiz e reúne as atribuições dos antigos síndico e comissário da legislação anterior e, como um colaborador da justiça, é equiparado a um funcionário público para fins penais. O órgão em questão é um auxiliar do juízo, ou seja, um instrumento que possibilita o progresso e desenvolvimento do processo.

Ele representa o principal agente de atuação do juiz, tanto na falência quanto na recuperação judicial, e será responsável por levar ao juiz os meios necessários para o andamento de ambos os institutos mencionados, "pode-se afirmar que ele exerce um *múnus* público, sendo enquadrado como funcionário público para fins penais (CP – art. 327)"[34]. Exercendo um *múnus* público ele possui um dever, um encargo público, imposto pela lei que beneficia a coletividade.

3.3.1 A escolha do administrador judicial

A Lei nº 11.101/ 2005, em seu artigo 21, elenca quem pode ser o administrador judicial, como um órgão tanto da falência quanto da recuperação judicial. A decisão de quem será o administrador é do juiz, já que o administrador será um auxiliar dele, devendo, portanto, ser alguém de sua confiança. A escolha pode ser dentre os credores, mas isso não é mais uma imposição como ocorria no antigo Decreto que regulamentava a falência e a concordata (substituída pela

[33] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56

[34] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 108.

recuperação judicial na atual lei), onde este devia ser escolhido dentre os maiores credores do falido e devia ser reconhecido por sua idoneidade moral e financeira.

A escolha do juiz possui certa soberania, mas esta deve seguir algumas orientações e restrições que a Lei nº 11.101/2005 traz. Assim o seu artigo 21 dispõe que:

> Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.[35]

Ele não precisa ser necessariamente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, mas há uma preferência por estes pela natureza das funções que irá exercer ao longo dos processos da Falência e da Recuperação Judicial. Podendo ainda ser escolhida uma pessoa jurídica especializada, nesse caso a pessoa jurídica que irá receber a remuneração e irá responder pelos dois procedimentos.

Em observância aos parâmetros que o artigo 21 estabelece, o administrador deve ser um profissional idôneo sem, contudo, estabelecer o significado dessa idoneidade; quanto a esse parâmetro José Silva Pacheco[36] entende que ele deve ser alguém de incontestável honestidade profissional e de boa-fama. O Decreto-Lei nº 7.661/45 - Lei de Falências - trazia expressamente a necessidade da idoneidade moral e financeira no seu artigo 60.

Há quem entenda que tanto a idoneidade moral quanto a financeira continuam sendo requisitos para a escolha do administrador judicial, a exemplo dos doutrinadores Sérgio Campinho[37] e de José da Silva Pacheco,[38] pensamento segundo o qual a idoneidade financeira ainda está presente em decorrência das atribuições do administrador e, consequentemente, possíveis responsabilizações que ele pode sofrer

---

[35] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

[36] PACHECO, José Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 91

[37] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa***:* o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 74

[38] PACHECO, José Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p 93.

pelos danos que causem prejuízo à massa e aos credores, ou seja, por ele assumir as responsabilidades que sua função traz, ele precisa ter condições de arcar com eventuais prejuízos; enquanto a idoneidade moral decorra dele estar responsável por administrar patrimônio de terceiros, não podendo ser alguém sem idoneidade moral para tanto.

Há, contudo, quem defenda[39] que agora a idoneidade exigida no artigo é apenas moral. Nesse sentido, já que a Lei não traz expressamente os seus parâmetros, deve-se entender apenas pela moral pois essa é a ideia que a expressão "idoneidade" carrega consigo. Tal requisito é, entretanto, essencial e inafastável, visto que a Lei trata expressamente que ele "será profissional idôneo". Assim tal parâmetro deve ser observado no ato da escolha. Em continuidade o artigo traz algumas preferencias que permeiam essa escolha, a saber ele ser: advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Apesar da liberdade do magistrado escolher dentre esses profissionais ou não, a escolha deve ser prudente entre aptos a realizar as funções inerentes ao cargo, que necessita de conhecimento técnico, os quais tais profissionais, em regra, possuirão, assim sendo uma pessoa física há a preferência por advogados, e economistas e administradores, há países que possuem o "regime profissional específico para os administradores judiciais, como na França e Portugal"[40].

No caso de ser escolhida uma pessoa jurídica, ela irá nomear um representante que só pode ser alterado com autorização do juiz. O representante não é o administrador judicial, mas sim a pessoa jurídica. Esta não deve ser necessariamente especializada em recuperação judicial e falência, mas deve ser especializada na atividade desenvolvida pelo devedor, em reestruturação de

[39] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 109.
[40] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 109.

empresas ou em uma das áreas de conhecimento estabelecidas para as pessoas físicas no próprio artigo 21 (economia, administração ou direito).

Além desses parâmetros, há impedimentos para a ocupação do cargo baseados em um critério de imparcialidade do administrador judicial que, não deve ser orientado por afinidade em suas decisões, sendo assim, são impedidas[41] as pessoas com parentesco ou afinidade, por haver, nesse caso, conflito de interesse com os devedores. Não pode, assim, ter algum tipo de parentesco sanguíneo ou por afinidade (até 3º grau) do devedor, de seus administradores, controladores e representantes legais, ainda não podendo ser dependente, amigo ou inimigo destes.

Há ainda impedimentos para a ocupação do cargo, de acordo com o artigo 30 da Lei nº 11.101/2005, não podendo o ser quem foi destituído ou deixou de prestar contas legais ou teve a prestação desaprovada nos últimos 5 anos. Isso ocorre em a análise ao critério que Tomazatte chama de confiabilidade [42], onde quem incorre nas exclusões do artigo 30 não agiu com a idoneidade e presteza das quais o cargo necessita. Nesse sentido:

> Art. 30. Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, **nos últimos 5 (cinco) anos**, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi **destituído**, **deixou de prestar contas** dentro dos prazos legais ou **teve a prestação de contas desaprovada.**
>
> § 1o Ficará também impedido de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3o (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente.
>
> § 2o O devedor, qualquer credor ou o Ministério Público poderá requerer ao juiz a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê nomeados em desobediência aos preceitos desta Lei.

[41] NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas e dalência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119

[42] TOMAZETTE, Marlon**. Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 112.

> § 3o O juiz decidirá, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sobre o requerimento do § 2o deste artigo.[43] (grifo nosso)

Observados tais parâmetros, o juiz escolherá o administrador judicial e o nomeará, ato que pode ser reclamado a qualquer tempo, visto que a lei não traz um prazo especifico como a antiga legislação o fazia, sendo garantidos os direitos a ampla defesa e contraditório. Após a nomeação, deve ocorrer a sua investidura com assinatura do termo de compromisso de cumprir bem e fielmente suas funções.

3.3.2 Atribuições e deveres do administrador judicial

Seja na falência, seja na recuperação judicial, o administrador judicial possui uma série de obrigações e de responsabilidades para com um momento extremamente importante para a empresa e para com a sociedade, do qual resultará em superação da crise, no caso da recuperação judicial, levando de volta ao mercado uma empresa que ainda possui condições de estar nele. No caso da falência a atuação dele resultará na preservação e na otimização dos bens da empresa que teve seu empresário afastado, em ambos os casos ele possui atribuições judiciárias a administrativas que serão fiscalizadas pelo juiz e pelo Comitê de Credores.

A sua atividade é de extrema importância partindo de um ponto de vista externo à Falência e à Recuperação Judicial, já que ele agirá em um instituto que trará de volta uma empresa ao mercado ou então a retirará de lá e possibilitará o pagamento dos devedores e, de um modo mais profundo, pode até evitar que estes entrem em crises e abalem a economia e situação empregatícia de diversas pessoas e de diversos locais.

Do ponto de vista interno, a atuação do administrador judicial também é significativa, ele irá fiscalizar o devedor em recuperação e administrar a massa falida beneficiando principalmente os credores. Esse órgão da falência e da recuperação judicial possui, portanto, diversos deveres e, além disso, responsabilidades, sendo

[43] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 7 ago. 2018.

pessoalmente responsável pelos atos que praticar que venham a prejudicar a massa, o devedor ou os credores, seja por dolo ou culpa.

O artigo 22 reúne a maioria delas, contudo, a Lei nº 11.101/2005 possui diversas outras atribuições (arbítrio a ele reservado) e deveres (imposição legal) dele em todo o seu texto legal. Há as que são específicas da falência e da recuperação judicial, mas há também aquelas comuns aos dois institutos. As comuns estão elencadas no artigo 22, I, da Lei nº 11.101/2005, dentre as obrigações dele comuns a falência e a recuperação judicial encontram-se as de:

A) Oferecer extrato dos livros e devedor e realizar a verificação dos créditos para identificar os credores da falência e da recuperação judicial, identificando quais serão pagos e quais podem se manifestar acerca do plano de recuperação judicial, com isso deve efetuar envio de correspondências aos credores:

A.1) Constantes na relação de credores com a qual a petição inicial da recuperação judicial é instruída, onde consta o nome de todos os credores, o endereço, a natureza, a classificação e o valor de cada crédito, conforme disposto no artigo 51, III, da Lei nº 11.101/2005:

> Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:
>
> III – a **relação nominal completa dos credores**, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; [44] (grifo nosso).

A.2) Constantes na relação apresentada pelo devedor após a decretação da falência, nos termos do artigo 99 , III, da Lei nº 11.101/2005:

> Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

[44] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 15 ago. 2018.

> III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, **relação nominal dos credores**, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência; [45] (grifo nosso).

A.3) Constantes na relação apresentada pelo devedor no caso da falência requerida pelo devedor, conforme o artigo 105, III, da Lei nº 11.101/2005:

> Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:
>
> II – **relação nominal dos credores**, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos; [46] (grifo nosso).

Em todos os casos, o administrador deve enviar correspondências a esses credores e comunicar a eles a data em que o pedido de recuperação judicial foi feito ou então a data da decretação da falência, além da natureza, do valor e da classificação dos correspondentes créditos. Com isso, eles poderão recorrer a eventuais medidas para defender seus direitos em relação a classificação dos seus créditos, além de estar responsável por fornecer os extratos dos livros da empresa, para constituir eventuais provas em habilitações e impugnações dos créditos, visto que ali constarão, devendo ainda dos credores, do devedor e dos administradores quaisquer informações necessárias.

Deverá ainda elaborar o quadro provisório de credores de acordo com os dados enviados pelo devedor (nos termos dos artigos 51, III; 99, III e 105, III, anteriormente citados) e das habilitações tempestivas, a qual poderá ser impugnada, onde o administrador deverá em 5 dias juntar sua manifestação. Posteriormente, deverá consolidar o quadro geral de credores.

---

[45] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 15 ago. 2018.

[46] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 15 ago. 2018.

B) Fornecimento de informações aos credores interessados

Aqui, ele será responsável por oferecer com presteza todas as informações requeridas pelos interessados. Assim as informações devem ser em tempo hábil e corretas a todos pedidos feitos por credores interessados, sob pena de cometimento de crime falimentar, inclusive.

C) Atribuições relacionadas a Assembleia Geral de Credores e ao Comitê de Credores

Por meio da Assembleia Geral de Credores, os credores manifestam sua vontade, mas para o acontecimento dessa o administrador judicial deve assim requerer ao juiz a convocação da mesma, do mesmo modo os credores que possuírem pelo menos 25% dos créditos de certa classe também poderão fazê-lo. O administrador judicial ainda irá presidir a Assembleia convocada pelo juiz.

Além disso, quanto ao Comitê de Credores (órgão facultativo), nos casos em que ele não existir, o Administrador Judicial será responsável por todas as atribuições que seriam atribuídas àquele exceto em casos incompatíveis que ficarão sob responsabilidade do juiz. Por envolver muitas atribuições e estas serem complexas, o administrador judicial pode contratar auxiliares especializados com autorização judicial para exercer funções.

3.3.2.1 Na recuperação judicial

Após o pedido judicial de recuperação judicial e sua concessão, o devedor, como já mencionado, apresentará o plano de recuperação judicial que conterá os meios que o devedor se utilizará para a recuperação judicial, onde pode haver disposições acerca do aumento do capital social, de venda de bens, administração compartilhada, concessão de condições e prazos especiais de pagamento de dívidas vencidas e vincendas e todos os outros meios elencados no artigo 50 da Lei nº 11.101/2005, sem exclusão de outros possíveis métodos de recuperação.

Tal plano deverá ser aprovado pela Assembleia Geral de Credores e então tal plano deverá ser seguido pelo devedor e para a garantia do cumprimento deste,

caberá ao administrador judicial a supervisão do devedor em todos seus atos e o devedor cumprimento do plano que foi apresentado e aprovado; desse modo, é incumbido ao administrador judicial a verificação do cumprimento do meio pelo qual se dará a recuperação do devedor, possibilitando a continuidade do mesmo no mercado, de modo a dar mecanismos para que uma empresa viável continue sendo fonte de rendas, empregos, bens e capitais.

Além das funções do administrador judicial que são inerentes tanto à falência quanto à recuperação judicial, há aquelas que são peculiares a cada um dos dois institutos; no caso da recuperação judicial, elas estão elencadas no artigo 22, II, da Lei nº 11.101/2005, que são:

> Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:
>
> II – na recuperação judicial:
>
> a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
>
> b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
>
> c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;
>
> d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei;[47]

Na recuperação judicial o devedor não é afastado das suas funções, mas ele passa a ter sua atividade supervisionada pelo administrador judicial, e nesse sentido fiscalizatório, estarão as funções do administrador judicial, que vão desde o deferimento do processamento da recuperação judicial até o seu encerramento. Desse modo, a função primordial do administrador judicial na recuperação judicial será fiscalizar a gestão da empresa por parte do devedor que demostrou possibilidades de continuidade da empresa. Este órgão deverá, portanto, fiscalizar tal

[47] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 15 ago. 2018.

gestão em análise ao cumprimento devido do plano de recuperação judicial por parte do devedor.

Nesse sentido, o administrador judicial apresentará relatórios mensais das atividades do devedor, por meio do qual se verificará as condutas do mesmo e a correta regularidade e adequação ao plano de recuperação judicial. Na análise quanto ao cumprimento do plano, cabe ao administrador judicial o requerimento da falência caso verifique descumprimento de alguma obrigação assumida pelo devedor no plano apresentado, assim quem verificará a correta aplicação do plano será o administrador e ele ainda será responsável por a medida que levará a falência e o fará assim requerendo ao juiz.

Em um prazo de 15 dias, após a decisão que encerre a recuperação judicial, ele ainda deverá apresentar um relatório circunstanciado analisando o cumprimento do plano de recuperação judicial.

Embora o exercício da sua atividade envolva questões acerca da supervisão dos atos do devedor, tais funções ainda serão somadas à gestão quando o devedor ou os administradores forem afastados do cargo, assim caberá ao administrador judicial tal gestão que se encerrará apenas após a deliberação da assembleia geral de credores onde seja aprovado e nomeado um gestor judicial.

3.3.2.2 Na falência

No caso da falência, as atividades desempenhadas pelo administrador judicial estão elencadas (mas, assim como na recuperação judicial, não exauridas) no artigo 22, III, da Lei nº 11.101/2005. Sob a fiscalização do Juiz e do Comitê de Credores, ele possuirá uma função liquidatária. A falência busca o pagamento da maior quantidade de credores, sendo assim ele deve maximizar o ativo da empresa ou da sociedade empresária sujeita à falência, para em seguida ocorrer a venda e pagamento dos credores.

Após a assinatura do termo de compromisso, ele deve arrecadar e guardar os bens e os documentos do devedor e avaliar os bens arrecadados, podendo contratar

quem o faça caso entenda não possui condições para a avaliação, assim contratará avaliadores (preferencialmente oficiais), com prévia autorização do juiz. O administrador judicial deve elaborar o auto de arrecadação, sendo que os bens ficarão sob a guarda e responsabilidade dele, o qual pode escolher terceiro para que o faça.

No caso de bens perecíveis, o administrador judicial pode requerer a venda antecipada dos mesmos, caso sua conservação seja arriscada ou se verifique que estão sujeitos a uma desvalorização considerável. Podendo ainda alugar bens da massa falida ou celebrar contratos para auferir renda à massa falida, com prévia autorização do Comitê de Credores, caso seja instituído.

Em um prazo de 40 dias após a assinatura do termo de compromisso ele também deve apresentar ao juiz um relatório preliminar explicitando as circunstancias que levaram à falência do devedor, caso contenha indícios da prática de crimes o relatório será o termo inicial para a contagem do prazo para o Ministério Publico apresentar a denúncia, nos termos do artigo 186 da Lei nº 11.101/2005:

Ele ainda possuirá a responsabilidade nas demandas da massa e nas contra ela, atuando como parte nas ações da massa falida, nesse sentido o artigo 75, V, Código de Processo Civil dispõe que o administrador judicial representa a massa falida em juízo, tanto ativa como passivamente, caso existam demandas por parte do fisco, o administrador judicial fará, então, a defesa da massa, podendo ser necessário que ele atue em causas como ação de responsabilização de sócios, ação revocatória e embargos de terceiros, de todo modo será ele o responsável pela representação da massa falida, ativa ou passivamente; para isso pode contratar advogado que receberá seus honorários, os quais serão previamente ajustados e aprovados. No caso da falência do espólio, o inventário será suspenso e os atos pendentes serão realizados pelo administrador judicial.

A Lei nº 11.101/2005 ainda dispõe que ele é responsável por abrir todas as correspondências enviadas ao falido, dentre ais quais lhe entregará apenas as que não guardarem relação com a massa falida, há quem entenda que tal atuação é

constitucional[48] e visa oferecer o maior número de informações possíveis ao administrador judicial e é normal que seja atribuída a tal órgão da falência, visto que este a representa em seus interesses.

Há ainda quem entenda que tal função desrespeite o sigilo da correspondência dentre as garantias do artigo 5º da Constituição Federal [49], contudo, tal argumento reforça a importância que é dada ao administrador judicial, haja vista que lhe foi atribuída uma função altamente delicada em relação ao falido, que compete à sua privacidade e não seria entregue, seja por qual fosse a legislação, a qualquer profissional.

Percebe-se que tal obrigação, embora criticável, encontra precedentes no sentido de cobrá-la:

> (I) NULIDADE. NOTIFICAÇÃO. AUDIÊNCIA INICIAL. INOCORRÊNCIA. FALÊNCIA. RECEBIMENTO DE CORRESPONDÊNCIAS. DEVER DO ADMINISTRADOR JUDICIAL.
>
> A lei de falência impõe ao administrador judicial o dever de conferir as correspondências dirigidas à falida.
>
> Se a notificação para comparecer à audiência trabalhista foi remetida à sede da ré e recebida por quem lhe presta serviço, descabe cogitar de nulidade da citação.
>
> A falta de diligência no recebimento de correspondências dirigidas à falida não poderá beneficiar o administrador judicial, por não ser lícito a ninguém se beneficiar da própria torpeza.50 (grifo nosso)

No caso em questão, a empresa falida alegou nulidade de citação, a qual foi feita na sede da empresa e não no endereço profissional do administrador judicial, onde um funcionário da empresa a recebeu. A decisão foi no sentido de demonstrar

---

[48] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 124; MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**, IV, 4ª ed. São Paulo: Atlas, p. 67.

[49] CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 895.

[50] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário Trabalhista. **RO 2442807 01220-2007-131-03-00-5**. 6ª Turma. Recorrente: Uniao industrial de borracha S.A. –. Recorrido: Walter Botelho. Belo Horizonte. Relator: Min. Ricardo Antônio. 10 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129541374/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2442807-01220-2007-131-03-00-5/inteiro-teor-129541384?ref=juris-tabs>. Acesso em 18 ago. 2018. Grifo nosso.

que a citação foi feita no endereço mencionado na peça inicial pelo próprio administrador judicial e, sendo dever dele conferir as correspondências que chegassem no local da empresa, não poderia se falar em nulidade da citação, vez que ela ocorreu e na empresa, foi recebida por empregados da mesma e o administrador judicial possuía o dever de analisá-la, por ser dirigida à empresa falida.

Assim, sendo uma obrigação exigível ou não/ inconstitucional ou não, foi entregue a um atuante que deve ser altamente responsável e cuidadoso, reforçando a tamanha responsabilidade do administrador judicial nas suas atuações perante a massa e perante o devedor falido.

Pelo artigo 109 da Lei nº 11.101/2005, após a arrecadação dos bens o estabelecimento será lacrado nos casos em que tal ação estiver em concordância com o interesse dos credores, for necessária à preservação dos bens ou houver risco para a arrecadação. Contudo, o artigo 99, XI da mesma traz a possibilidade de continuidade provisória da atividade com o administrador judicial, a ser decidido pela continuidade ou lacração na sentença que decretar a falência. No caso da continuidade provisória, a administração da empresa caberá ao administrador judicial.

Na falência, os contratos bilaterais da empresa não são resolvidos e podem ser adimplidos pelo administrador judicial, caso isso reduza ou evite o aumento das dívidas da massa falida ou então se a continuidade for essencial à manutenção dos ativos da empresa, assim o administrador judicial cumprirá o contrato, mediante aprovação do Comitê, o mesmo entendimento é aplicável aos contratos unilaterais, onde ele se manifestará pela continuidade ou não. Podendo ainda abater dívidas.

Ainda é de responsabilidade dele todos os atos necessários ao cumprimento da liquidação do ativo da empresa falida e do pagamento dos credores, realizando as publicações necessárias e venda dos bens, podendo propor meios alternativos para a venda destes, conforme o artigo 144 da Lei nº 11.101/2005. No tocante ao pagamento dos credores, ele o fará em análise à ordem de preferência trazida pela lei, sendo que pode proceder ao pagamento antecipado de despesas para garantir a

continuidade da administração da falência (artigo 150 da Lei nº 11.101/2005), incluindo no caso em que houver a continuidade provisória da atividade sob a administração dele.

Por estar lidando com bens que pertencem a terceiro, o administrador judicial deve prestar contas do que faz no curso da falência. Ao encerrar suas atividades, ele deve prestar contas[51], além de em outros dois momentos em que deve fazê-lo. Assim, haverá a prestação de contas[52] em, no máximo, 30 dias após a realização do ativo (após o último pagamento feito), em 10 dias quando for substituído, destituído ou renunciar, devendo entregar ao substituto tudo que estava sob seu poder e guarda, e até o 10º dia do mês em que receber valores, demonstrando receitas e despesas. Caso ele viole esses prazos será intimado para prestar contas em 5 dias e se não o fizer será responsabilizado pelo crime de desobediência perdendo, assim totalmente o direito a sua remuneração.

Ainda será responsável por requerer todas as medidas necessárias para o cumprimento exato da Lei nº 11.101/2005 em proteção à massa e objetivando a eficiência da sua administração.

O administrador judicial pode ser substituído por um fato superveniente que o impede de continuar na função, ou seja, ele não pode mais ser administrador judicial, mas não é por culpa dele, como ocorre no caso de morte. Assim ele terá o direito à remuneração pelo que prestou até o momento. Pode ainda o administrador renunciar ao cargo, nesse caso, ele ainda pode perder a remuneração a que fazia jus até o momento.

Por fim, ele pode ser destituído por falha na sua atuação e, nesse caso, perde a sua remuneração, inclusive a que fazia jus até a data da destituição. Nesse último caso, uma das críticas que se faz é se ocorre enriquecimento ilícito, já que ele

[51] NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**: Recuperação de Empresas e Falência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126

[52] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria Geral e Direito Societário. 6ª ed São Paulo: Atlas, 2014, p. 126.

trabalhou para a massa e não vai receber nada. No caso da destituição ele ainda fica obrigado a devolver valores já recebidos[53]

Assim, percebe-se de logo que o tema encontra falhas e aberturas na lei em casos que podem ensejar injustiças. Gladston Mamede[54] afirma que tal possibilidade é inconstitucional por desconsiderar o valor do trabalho, disposto na Constituição Federal, art. 5º, XXII e XXIII, nesse mesmo sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto[55] também vai pela inconstitucionalidade por considerar desequilibrada a punição.

4 A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Por tudo que desempenha na falência e na recuperação judicial, o administrador judicial faz jus à remuneração, sendo o juiz o responsável por fixar a forma e o valor do pagamento da sua remuneração. A remuneração constitui um estímulo ao trabalho e, no caso do administrador judicial, esse trabalho envolve diversos interesses, bens e valores que agregam um imenso valor social.

Tal remuneração não possui natureza salarial, visto que ele não possui vínculo empregatício. O pagamento do administrador judicial e de quaisquer outros auxiliares contratados será feito pela massa falida no caso da falência ou pelo devedor, no caso da recuperação judicial, e não pelo Estado.

Especificamente, no que tange à remuneração do administrador judicial, o juiz que irá fixar o valor, que não ultrapassará o limite de 5% dos valores arrecadados (para a falência) ou da totalidade do crédito (para a recuperação) e, se for para microempresa e empresas de pequeno porte, o limite será de 2%.

---

[53] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria Geral e Direito Societário. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 130.

[54] MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, v.4, p. 124-125.

[55] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Administração da falência, realização do ativo e pagamento dos credores. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.)**. A nova lei de falências e de recuperação de empresas**: Lei nº 11. 101/2005. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 252.

À título de exemplo, tramita, atualmente, no juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (Processo nº 0203711- 65.2016.8.19.0001) a recuperação judicial do grupo "OI". À causa foi dada o valor de R$ 50.000.000,00 em sua petição inicial[56]; a relação de credores[57] apresentada pelo Administrador Judicial (Escritório de Advocacia Arnoldo Wald), nos termos do artigo 7º, §2º da Lei 11.101/2005, possui 356 páginas, com créditos que vão de alguns reais a milhões de reais.

Uma causa com tamanha grandiosidade envolve o interesse de milhares de credores e tramitará ainda por diversos anos, nos quais o Administrador Judicial prestará os mais diversos serviços em todo o seu decorrer. Envolvendo tamanha grandeza patrimonial, é inconcebível que a remuneração dele não faça jus ao que ele prestará à causa, precisando ser fixado de forma a estimular o seu trabalho e evitar fraudes e corrupções, sendo essencial que a remuneração dele seja apta, portanto, a impulsioná-lo e a não permitir brechas para quaisquer desvios, para mantê-lo totalmente imparcial nas suas ações em meio a interesses conflitantes de diversos credores.

Tal fato, que se faz presente em qualquer procedimento de falência e de recuperação judicial, onde há diversos atuantes com diversos interesses e precisam estar conectados por um agente totalmente imparcial e objetivo e, nesse contexto, a remuneração terá esse papel de mantê-lo assim em toda a sua conduta.

4.1 Critérios de fixação

Dentro dos procedimentos da falência e da recuperação judicial, o Juiz possui diversos deveres e atribuições, possuindo aqueles que são puramente jurídicos e restritos ao cumprimento da lei, mas também outros que possuem certo grau de discricionariedade, inerente ao poder administrativo que, nesse caso, possui.

[56] WALD. **Recuperação Judicial OI**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Pedido-RJ-Oi.pdf> acesso em 20 ago. 2018

[57] WALD. **Recuperação Judicial OI.** Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/fls.-198488-198843-Edital-AJ-1.pdf> acesso em 20 ago. 2018

Ao definir a remuneração do Administrador Judicial, o juiz possui certo grau de liberdade e discricionariedade, o qual é, contudo, limitado a alguns critérios que a lei impõe, a saber: a capacidade de pagamento, os valores de mercado e a complexidade.

4.1.1 Capacidade de pagamento do devedor

A capacidade de pagamento diz respeito à realidade do devedor de fazer frente ao pagamento da remuneração até suas possibilidades, seja com base no valor dos créditos ou dos bens arrecadados. No caso da falência, torna-se essencial que se atente à força da massa como um dos parâmetros para a fixação da remuneração.

No caso da recuperação judicial, a realidade é que a empresa já entra no procedimento com os recursos necessários para arcar com tal porcentagem, visto que as execuções e demais ações são suspensas por um prazo de 180 dias, chamado de período de blindagem, onde os juros também param de correr e tal suspensão gera, por si, uma média de 7% de juros que ela deixa de arcar. Sendo assim, o prazo de suspensão já é o suficiente para arcar com as despesas do administrador judicial.

4.1.2 Grau de complexidade dos trabalhos

No tocante ao grau complexidade, diversos fatores devem ser analisados, como eventuais deslocamentos para outros estados, a quantidade de credores e de bens, o provável tempo de duração da falência ou da recuperação judicial, a quantidade de trabalho envolvido em questões administrativas, econômicas e jurídicas, tudo em consideração que apenas em análise aos deveres impostos pela Lei nº 11.101/2005 no seu artigo 22, o trabalho dele já é enquadrado como complexo, delicado e extenso.

4.1.3 Valores de mercado

Um último critério estabelecido pela lei é o valor de mercado. Nesse contexto, deve-se observar que o administrador judicial desempenha diversas funções. No caso da administração da massa falida, ele atua como representante da mesma, em polo ativo ou passivo, assim exerce constante assessoria e trabalhos envolvendo questões jurídicas para a massa, onde a realidade é que cada uma dessas assessorias seria cobrada e previamente fixada, até mesmo por eventuais advogados contratados pelo administrador judicial no curso do processo.

Desse modo, nada mais adequado que sejam analisadas, de fato, alguns valores de mercado para se analisar a remuneração do administrador judicial. Para isso, três figuras são alvos de atenção: o advogado, o leiloeiro e o testamenteiro.

4.1.3.1 Os honorários advocatícios

Partindo pelo advogado, em se tratando de uma execução coletiva, nota-se que pelo Código de Processo Civil, os honorários advocatícios na fase de execução variam entre 10 e 20%, pelo artigo 85 do referido diploma legal, enquanto a execução coletiva que ocorre na falência através do administrador judicial se limita à metade do mínimo estabelecido para a execução no Código de Processo Civil.

Os honorários advocatícios serão os valores pagos ao advogado. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) possui uma tabela que serve de referência para a contratação profissional. A exemplo da tabela da OAB/DF de abril de 2018, as medidas cautelares estão associadas ao valor de R$ 8.001,20; os exames de processo em geral, R$ 800, 12 chegando a R$ 1.000,15, no caso de outros estados; no caso de serviços prestados na recuperação judicial e na falência, o valor varia entre 5% a 10% do valor do crédito, em favor do advogado do credor.

Todos esses serviços serão prestados pelo administrador judicial, além de muitos outros, e ele sequer possui um parâmetro mínimo de fixação, possuindo ainda sua remuneração baseada em um máximo que corresponde ao mínimo que o advogado faz jus pela tabela da OAB por prestação de serviços em falência e

recuperação judicial. O que define completa incompatibilidade com o preço de mercado que é praticado pelo próprio advogado.

4.1.3.2 A taxa de comissão do leiloeiro

Frente a isso, coloca-se a função do leiloeiro nesses mesmos procedimentos. O leiloeiro "é um agente auxiliar do comércio, que tem por função a venda, mediante oferta pública, de mercadorias que lhes são confiadas para esse fim[58]". No leilão ocorre uma venda e, nesta, vencerá quem der o maior lance (valor ofertado) pelo bem, sendo esta uma das modalidades de alienação do ativo dispostas no artigo 142 da Lei nº 11 101/2005:

> Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades: (grifo nosso)
>
> I – Leilão, por lances orais; (grifo nosso)
>
> II – Propostas fechadas;
>
> III – Pregão.[59]

Realizar o ativo é vender algo e liquidar para virar dinheiro e pagar os credores. O responsável por realizar essa venda, no caso do leilão, é o leiloeiro. O Decreto nº 21.981/ 1932 é o responsável por regular a profissão do leiloeiro e estabelece que:

> Art. 24. A taxa da comissão dos leiloeiros será regulada por convenção escrita que estabelecerem com os comitentes, sobre todos ou alguns dos efeitos a vender. Não havendo estipulação prévia, regulará a taxa de cinco por cento sobre moveis, semoventes, mercadorias, joias e outros efeitos e a de três por cento sobre bens imóveis de qualquer natureza.
>
> Parágrafo único. Os compradores pagarão obrigatoriamente cinco por cento sobre quaisquer bens arrematados. [60]

[58] SDE. **O que é o Leiloeiro**. Disponível em: <http://www.juceb.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=25>. Acesso em: 26 set. 2017.

[59] BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

Em observância ao artigo em questão, tem-se que o leiloeiro faz jus a duas remunerações cumulativas, como disposto na decisão abaixo:

> Apelação e agravo retido. Improbidade administrativa. Leilão. DETRAN. Preliminares. Particular. Prescrição quinquenal e intercorrente. Inocorrência. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Cumulação de pedidos. Possibilidade jurídica. Leiloeiro. Avaliação dos bens. Facultativo. Comissão Especial. Obrigação de avaliar. Comissão do leiloeiro. Destinação da receita obtida no leilão. Fim diverso. Pagamento de fornecedores. Interesse da administração. Venda a valores irrisórios. Não comprovação. Veículos altamente deteriorados. Dano ao erário. Não configurado. Ausência dolo ou culpa. Improbidade e ilegalidade. Agravo. Indeferimento de prova testemunhal. Cerceamento de defesa. Falta de impugnação. Preclusão. Responsabilidade objetiva. Inadmissibilidade. Alerta aos DETRANs e Postos Rodoviários Federais. Recursos dos réus providos e improvidos o agravo retido e a apelação do Ministério Público. Prejudicial de mérito.
>
> O leiloeiro possui duas formas de remuneração cumulativa: taxa de comissão de responsabilidade do comitente e taxa de comissão comprador, sendo que uma não exclui o pagamento da outra.[61] (grifo nosso)

Sendo assim, conforme o artigo 24 do Decreto nº 21.981/ 1932, ele receberá a taxa de comissão que será fixada a partir de convenção escrita entre ele e o comitente e, caso não o façam, a lei estabelece o percentual, a depender da natureza do bem, enquanto o parágrafo único do mesmo artigo estabelece o percentual de 5% sobre quaisquer bens arrematados, que serão pagos pelos compradores[62]. Ainda assim há casos onde o leiloeiro não conclui a hasta pública, mas recebe remuneração, como no caso abaixo:

---

[60] BRASIL. **Decreto nº 21.981 de 19 de outubro de 1932**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21981.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

[61] RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Apelação. **Apl nº 0250315-18.2007.822.0001**. 2ª Câmara Especial. Apelante: Minitério Público do estado de Rondonia. Apelado: José de Abre Bianco, Relator: Des. Roosevelt Queiroz Costa. 15 de fevereiro de 2017. Disponível em <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435834224/apelacao-apl-25031518200782200001-ro-0250315-1820078220001/inteiro-teor-435834231?ref=juris-tabs> . Acesso em 21 ago. 2018

[62] FIGUEIREDO, Paulo Henrique. Remuneração de leiloeiro oficial: previsão editalícia em desconformidade com o Decreto Federal n. 21.981/32. **Revista 1- TCE**. Minas Gerais, v. 01, p 285-293, fev. 2012. Disponível em <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1750.pdf>; acesso em 06 ago. 2018, p. 287.

> PROCESSUAL CIVIL - ARREMATAÇÃO INEXISTENTE - LEILÕES SEM INTERESSADOS - REMUNERAÇÃO DEVIDA AOS LEILOEIROS - POSSIBILIDADE. a) Recurso - Agravo de Instrumento. b) Decisão de origem - Determinada remuneração dos leiloeiros, embora inexistente arrematação.
>
> 1 - "**Ainda que não concluída a hasta pública, faz jus o leiloeiro ao recebimento da comissão, no caso, fixada pela metade, uma vez que o seu trabalho, de qualquer forma, foi executado**." [63]
>
> (REsp nº 310.798/RJ - Relator Ministro Barros Monteiro - STJ - Quarta Turma - D.J. 17/3/2003 - pág. 234.)

Além disso, o STJ entende que o valor disposto no parágrafo único de 5% sobre quaisquer bens arrematados é apenas um referencial, podendo, portanto, ser fixado acima de 5%, conforme a decisão no REsp que se segue:

> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. LEILOEIRO OFICIAL. REMUNERAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. REPASSE DE PERCENTUAL SOBRE A REMUNERAÇÃO DO LEILOEIRO OFICIAL PARA OS COFRES PÚBLICOS. ILEGALIDADE.
>
> Sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça, a expressão "obrigatoriamente", inserta no § único do art. 24 do Decreto-lei n. 21.981/32, revela que a intenção da norma foi estabelecer **um valor mínimo, ou seja, pelo menos cinco por cento sobre o bem arrematado", sendo certo que "não há limitação quanto ao percentual máximo** a ser pago ao leiloeiro a título de comissão."[64] (grifo nosso)

Em contrapartida, o administrador judicial que possui diversas responsabilidades, contrapartidas e deveres, receberá no máximo 5% da totalidade dos créditos ou do valor dos bens arrecadados. O que ocorre é que o leiloeiro recebe

---

[63] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. **REsp nº 310.798**. Quarta turma. Recorrente: Companhia docas do estado do rio de janeiro. Recorrido : Zalfa Nassar. Relator: Min. Barros Monteiro. 22 de outubro de 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_310798_RJ_22.10.2002.pdf?Signature=FnSD4lO33ty5R36oYHmq8N4OcTU%3D&Expires=1537561740&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3f23f93fea4407582e10775f543ddcfc> Acesso em 25 ago. 2018

[64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 680.140**. Recorrente: Paulo Luiz Paranhos Severo. Recorrido: Acórdão do egrégio tribunal de justiça do estado do rio grande do sul. Relator: Min. Gilson Dipp. Rio Grande do Sul, 03 de abril de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_680140_RS_1265459736232.pdf?Signature=6XaKpRlXGdxYzCjrAwiqXhRNIOo%3D&Expires=1537375141&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d53a9ed241a370e498463b3fed92f5f2> Acesso em 9 set. 2018.

mais quando se faz uma comparação de “trabalho x remuneração” com o administrador judicial.

Assim, é injustificável que o administrador judicial, frente a todo seu trabalho, receba no máximo 5%. Ainda, esse valor de 5% é basicamente inatingível, pois ele é, na maioria das vezes, questionado e diminuído. Assim ele recebera aproximadamente 2,5/3,5% na prática. Ainda, há casos em que o administrador judicial perde direito a remuneração que fazia jus, tendo até que devolver valores já pagos, enquanto a justificativa encontrada no REsp nº 310.798/RJ, anteriormente citado, é que "ainda que não concluída a hasta pública, faz jus o leiloeiro ao recebimento da comissão, no caso, fixada pela metade, uma vez que o seu trabalho, de qualquer forma, foi executado."

Logo, percebe-se que há, de fato, um desequilíbrio entre a atuação e a remuneração do leiloeiro e do administrador judicial, sendo este desvalorizado mesmo diante da sua alta responsabilidade perante a massa falida (conjunto de bens e devedores na recuperação judicial e na falência).

4.1.3.3 A vintena do testamenteiro

No tocante aos valores de mercado, ainda há que se falar na figura do testamenteiro. O testamenteiro será o administrador da massa patrimonial abarcada no testamento, ou seja, a massa destinada ao cumprimento do testamento, ele será responsável por fazer cumprir a vontade do testador e, para isso desempenhará diversas funções, sendo por elas remunerado.

Ele terá direito a um prêmio que se denomina vintena e, no caso de as dívidas serem maiores que todo o monte patrimonial, a remuneração dele será suportada pelos credores. Acerca da remuneração do testamenteiro, ela é definida pelo testador de forma livre e, quando este não o fizer será o juiz o responsável por fixá-la entre 1 e 5% da herança líquida (saldo remanescente), contudo o STJ entende que esse percentual é um referencial, assim pode ser fixado em valor menor ou maior, sendo que há possibilidade de o testamenteiro questionar o percentual.

Assim, em observância ao parâmetro do preço de mercado que deve ser analisado, falta um critério que estabeleça um mínimo, um padrão ou, no mínimo, uma garantia de que haverá remuneração para o administrador judicial, que é o que ocorre no caso do leiloeiro, do advogado e do testamenteiro. De tal modo, seriam eliminadas as possibilidades em que ele recebe pouco ou, sequer, recebe pelos esforços empenhados na falência e na recuperação judicial.

4.2 Limites da remuneração

Em conjunto com a análise dos critérios de remuneração, a leis ainda colocam alguns limites que devem ser obedecidos no momento da fixação do valor da remuneração do administrador judicial. Esta é limitada ao máximo de 5% (cinco por cento) do valor que é devido aos credores ou ao valor da venda dos bens, na recuperação judicial e na falência, respectivamente. Havendo ainda um limite reduzido a 2% (dois por cento) no caso da recuperação judicial especial de MEs e EPPs.

4.2.1 Na recuperação judicial

Na recuperação judicial o intuito da lei é atrair a habilitação do maior número de credores possível, o que visa estimular o administrador judicial a elaborar o quadro geral de credores do modo mais completo possível, visto que o valor da sua remuneração está limitado ao máximo de 5% (5 por cento) do valor dos créditos.

Em relação aos critérios da aplicação, como não há um parâmetro objetivo estabelecido pela lei, o juiz deve analisar algumas circunstâncias para que a fixação seja a mais justa possível, a exemplo do tempo de duração da recuperação judicial, onde, embora o devedor permaneça no cumprimento do plano por 2 (dois) anos, o período que corre antes do deferimento da recuperação e após os dois anos para a realização de obrigações finais envolverá um período de, pelo menos, um ano.

4.2.2 Na falência

No caso específico da falência, o objetivo de tal instituto é pagar a maior quantidade de credores possível, onde o administrador naturalmente buscará encontrar a maior quantidade possível de bens para agregar ao montante da sua remuneração, não existindo um valor específico que possa ser dito como mínimo ou máximo para fixação, o juiz utilizará alguns critérios, como o tempo que o processo provavelmente vai durar, o grau de dificuldade de acesso a bens e a documentos do devedor falido, possível necessidade de locomoção para outros estados e regiões, quantidade de ações contra o falido e a massa e a quantidade de credores.

A duração do processo terá, em média, três anos de duração como prazo mínimo, podendo durar mais de 5 (cinco) anos, onde o administrador possuirá diversas funções para com a massa, o falido, os credores, o Estado e a sociedade como um todo, ante a função social da falência.

Ainda assim, a remuneração dele está limitada ao limite de 5% (cinco por cento) do total de bens arrecadados, que é de onde sairá o valor da sua remuneração e que servirá de base de cálculo para a porcentagem.

4.2.3 Na recuperação judicial especial das microempresas e empresas de pequeno porte

No caso da recuperação judicial e falência de microempresas e empresas de pequeno porte, o valor máximo da remuneração é reduzido para 2% (dois por cento) do valor dos créditos ou dos bens da massa, respectivamente. Tal limite está inserido no contexto do direito falimentar desde a Lei Complementar no 147/2014, "trata-se de uma salutar medida de redução dos custos desses processos, em prol da manutenção da atividade (na recuperação judicial) e da maximização dos ativos na falência"[65].

[65] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria Geral e Direito Societário. 6ª ed. São Paulo: Atlas , 2014, p. 126.

5 O COMPORTAMENTO DOS TRIBUNAIS QUANTO A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

A partir do apresentado, torna-se claro que o bom andamento da falência e da recuperação judicial depende do administrador judicial, transformando-o no principal agente auxiliar do juízo. Ainda assim, a lei impõe limites a sua remuneração que, quando fixada, em sua maioria, é impugnada, seja por credores, pelo devedor ou pelo próprio Ministério Público o que, na prática, leva a uma desvalorização do trabalho do administrador judicial.

Após as análises necessárias da remuneração desse órgão da falência e da recuperação judicial, tem-se que existe um parâmetro com critérios e com um limite para a sua remuneração, o que faz com que ela possa ser impugnada para aumentá-la ou diminui-la.

Apesar da análise já realizada da lei e das doutrinas pertinentes à situação, é de extrema importância que se analise como os juízes e tribunais têm decidido em relação à situação. Isso, para se entender como, na prática, tal hipótese tem sido analisada e aplicada.

5.1 Decisão que reduziu a remuneração do administrador judicial

Nesse sentido, nada mais adequado que sejam analisadas decisões nos dois sentidos possíveis, a saber: uma que traga argumentos que baseiem a redução; e outra, o aumento da remuneração do administrador judicial. A começar pela redução:

> PROCESSO CIVIL E COMERCIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE E AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRITÉRIOS PARA FIXAR A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. REDUÇÃO DO VALOR.
> 1. O Ministério Público apresenta-se como parte legítima para atuar nos processos relativos à recuperação judicial de empresas, ante o manifesto interesse público e da coletividade, em razão do princípio da preservação da empresa e sua função

> social. Ademais, o órgão ministerial tem o intuito de fazer zelar pelo estrito cumprimento da aplicação da lei ao caso concreto, velando pela defesa da ordem jurídica e dos interesses sócio-econômicos envolvidos na recuperação judicial. Ainda, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 499 do Código de Processo Civil, o Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei. Preliminar rejeitada.
> 2. A doutrina é pacífica em afirmar que o administrador judicial trata-se de um colaborador ou auxiliar do juiz. No que diz respeito aos aspectos subjetivos, conforme orientação da Lei nº 11.101/05, o administrador judicial apresenta-se como profissional idôneo, de alta especialização, que deve ser escolhido pelo magistrado no âmbito desse tipo mercado.
> 3. A definição do valor da remuneração do administrador judicial fica confiada ao prudente arbítrio do juiz, que levará em consideração fatores como a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade dos trabalhos e os valores praticados no mercado para o exercício de atividades semelhantes.
> 4. A função do administrador judicial exige consideráveis conhecimentos da ciência jurídica, sobretudo na área especializada de atuação: direito empresarial, de sorte que a remuneração deve atender também a essa qualificação. Entretanto, na recuperação judicial, o referido profissional não administra a empresa (atos de gestão), de modo a não se equiparar ao administrador de empresas, pois diferentemente do que ocorre com o síndico, no processo falimentar, na recuperação judicial, o empresário e/ou administradores continuam gerenciando a empresa.
> 5. Rejeitou-se a preliminar e deu-se parcial provimento ao recurso, para reduzir o valor da remuneração do administrador judicial. [66]

Para um breve relato, trata-se de um agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público para, dentre outros pedidos, discutir a fixação da remuneração do administrador judicial que foi estabelecida em 1,5% do valor total dos créditos submetidos a uma recuperação judicial. Os créditos chegam a um valor de R$ 53.638.878,86, sendo que 1,5% desse valor chega a R$ 804.583,18

[66] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. **AGI 20140020319182**, 3ª Turma Cível. Agravante: Administrador judicial. Agravado: Empresa em recuperação. Relator: Min. Flávio Rosti rola. Distrito Federal, 13 de maio de 2015. Disponível em <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189285947/agravo-de-instrumento-agi-20140020319182> Acesso em 27 ago. 2018.

O Ministério Público requereu a diminuição para 0,7% dos créditos, com a compensação dos valores já depositados, o que chegaria a um total de R$ 160.916,63, resultando em aproximadamente R$ 5.360,00 de remuneração mensal.

No tocante aos votos, o relator decidiu pela redução da remuneração para ser fixada em 0,7% dos créditos o que, por unanimidade, foi estabelecido. Quanto aos argumentos suscitados para fundamentar a decisão, alguns merecem destaque.

Os critérios analisados para embasar o pedido de redução da remuneração do administrador judicial foram basicamente os definidos pela própria lei: valores de mercado, complexidade dos trabalhos e capacidade de pagamento.

Quanto à complexidade dos trabalhos realizados, a decisão que fixou a remuneração inicial trouxe como um dos argumentos o fato de ter muitos credores envolvidos, o que, inevitavelmente, levaria à maior complexidade dos trabalhos a serem realizados pelo administrador judicial, fixando a sua remuneração em 1,5% dos créditos.

O agravo de instrumento, contudo, seguiu a linha contrária, para demonstrar que apesar da alta quantidade de credores (que, no caso, é de 1300), esse não seria um parâmetro passível de utilização para definir o critério de complexidade dos trabalhos, porque não necessariamente ter mais credores implicaria em mais trabalho para o administrador judicial realizar, desse modo requereu a redução da remuneração.

Na linha dessa monografia, entretanto, tal argumento demonstra-se insustentável, uma vez que, como já demonstrado, o administrador judicial terá diversas funções em relação aos credores e aos créditos, e a implicação de se afirmar que a quantidade de credores não eleva o grau de complexidade dos trabalhos é dizer que tanto faz a fixação da remuneração de um administrador judicial em uma recuperação judicial com 10 (dez) ou 1300 (mil e trezentos) credores, e que o trabalho não seria mais elevado em uma de relação à outra.

O que se analisa, contudo, é que a complexidade em uma ação com mais credores é inegavelmente maior, visto que o administrador judicial precisará analisar crédito a crédito para apresentar a relação dos credores habilitados, fazendo o trabalho de uma auditoria, sendo necessário analisar tudo que será discutido, os livros, os documentos e os registros de cada credor, como já demonstrado nas atribuições dele.

Assim, se está falando que 1300 conferencias de créditos para ratificá-los não é algo que demonstra complexidade, sendo que se trata de um momento essencial onde o administrador judicial vai analisar a existência dos créditos e se eles se encontram corretos para estarem na categoria exata, o que fará total diferença no momento das votações da Assembleia Geral de Credores, já que a votação ocorre de acordo com os créditos da lista que ele publicar após suas análises.

Além disso, o juiz fixa remuneração na recuperação judicial no momento que publica o quadro geral de credores, caso não o faça, ele fixa na sentença que concede a recuperação. Desse momento em diante, o devedor permanece 2 (dois) anos em recuperação e não tem como se prever o que vai acontecer.

Não se sabe quantos credores vão questionar o plano, é tudo feito com as provas que tem ali no momento sem uma exatidão no conhecimento dos trabalhos que ele realizará. Então, a própria fixação da remuneração não abarca a totalidade dos trabalhos que ele terá que realizar e, ainda assim, ela muitas vezes é questionada.

O administrador judicial vai conferir mês a mês se todos receberam e fiscalizar o pagamento deles. Trabalho que, inevitavelmente, será mais complexo com um maior número de credores. Como também já exposto, o administrador judicial deve enviar correspondências a todos os credores, contendo seus créditos, valores, eventuais garantias.

Além disso, o devedor inicialmente publica a lista de credores e podem surgir novas habilitações e divergências nos 15 dias supervenientes. E, por óbvio, quanto maior o número de credores, maior a possibilidade de se haver divergências, as quais

serão analisadas pelo administrador judicial para produzir a relação de credores, que deverá analisar diversos documentos.

Ainda, atuará no atendimento aos devedores, para sanar dúvidas ou prestar esclarecimentos, além da análise de diversas questões jurídicas e de diversos ramos do direito para melhor atender as questões dos credores. Tais funções ficam claras, à título de exemplo, em partes de relatórios mensais apresentados pelo administrador judicial da recuperação judicial a seguir:

> Desde a assinatura dos termos de compromissos pelo AJ até a data da elaboração deste relatório preliminar, tivemos reuniões com a Administração das Recuperandas, presenciais e por diversas ligações, bem como solicitamos muitos dados e informações, principalmente de natureza financeira e contábil, muitos dos quais estão refletidos neste relatório preliminar e estarão nos próximos relatórios mensais de atividades, a serem preparados por nossa equipe de especialistas. Durante nossas análises preliminares, também enviamos listas de dúvidas e informações complementares, que foram, na medida do possível, endereçadas pelos membros da Administração de forma a satisfazer nossas demandas. Ainda assim, restam informações pendentes, que continuamos a cobrar da Administração das Recuperandas e que esperamos abordar nos próximos relatórios de atividades. **Com relação aos credores, diversos deles já procuraram o AJ para narrar fatos, tirar dúvidas, levantar questões e obter informações**. O AJ vem recebendo diariamente **ligações e mensagens eletrônicas dos credores**, que estão sendo prontamente respondidas. [67]
>
> **Quanto aos credores** assim chamados "bondholders", **o AJ tem prestado esclarecimentos diários a inúmeros deles**. Além das manifestações apresentadas, o Administrador Judicial, em resposta a ofícios e solicitações endereçadas diretamente ao AJ pelos mais diversos Tribunais do País, apresentou manifestações em processos ajuizados contra as Recuperandas[68]

O primeiro relatório diz respeito ao relatório preliminar, de agosto de 2016. Já o segundo, ao relatório do mês subsequente. Ambos afirmam a prestação de

[67] WALD. **Relatório preliminar do Administrador Judicial**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Anexo-4.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018. Grifo nosso.

[68] WALD. **Relatório Mensal de Julho de 2017**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Relatorio-Mensal-de-Atividades-RJ-Oi-01-2016-09-15-Final.pdf>; Acesso em: 27 ago. 2018. Grifo nosso.

atendimento aos credores que buscam o administrador judicial para sanar dúvidas. E o que se percebe é que, como extraído do trecho a seguir, que diz respeito ao relatório de dezembro de 2016, 4 (quatro) meses depois do relatório anterior, o contato continua grande para conversas e esclarecimento de dúvidas quanto aos credores:

> Assim como ocorrido nos meses anteriores, o AJ permanece sendo contatado por credores nacionais e internacionais, seja por reuniões presenciais, seja por telefone [69]

Ora, é inegável que o administrador judicial ficará à disposição dos credores, sejam eles poucos ou muitos. Contudo, quanto maior a quantidade deles, maior a complexidade do trabalho que o administrador judicial terá que realizar para atender a todos eles. Desse modo, a realidade é que a própria lei refuta tal argumento suscitado pelo Ministério Público quando ela estabelece as funções do administrador judicial perante todos os credores e os créditos.

Ainda em relação aos argumentos suscitados pelo Ministério Público, no que tange ao critério da capacidade de pagamento pela empresa, partindo da necessidade de contratação de uma perícia contábil por parte do administrador judicial, foi posto que a empresa teria sua capacidade de pagamento reduzida porque ter que arcar com os custos dessa contratação.

Afirmou-se que o administrador judicial contratou uma perícia contábil, o que retirou dele a realização dos trabalhos concernentes à análise dos créditos, que passaria a ser feito pelo contratado. Ainda, a necessidade da contratação demonstraria a incapacidade da administradora que, sendo menos especializada em tal área, não deveria receber uma remuneração tão alta.

Tal argumento desprestigia todas as outras funções que ele já exerce. A necessidade de contratação só mostra o tanto que o trabalho é complexo, a ponto de precisar de uma perícia. A própria lei já coloca a possibilidade da contratação por

[69] WALD. **Relatório Mensal de Dezembro de 2017**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/52.1-Petic%CC%A7ao-Relatorio-Mensal-dezembro-de-2016-Assinado.pdf> . Acesso em: 27 ago. 2018

prever o alto grau de dificuldade, assim, a necessidade de prova técnica ratificada pelo juiz apenas ratifica a complexidade dos trabalhos.

Desse modo, o mesmo olhar que vê tal contratação como aumento dos ônus por parte da empresa, também pode enxerga-la como a demonstração do alto grau de complexidade do trabalho, que é um dos critérios estabelecidos para a análise da fixação da remuneração, o que demonstra a necessidade de a remuneração ser mais elevada.

A realidade é que o critério "capacidade de pagamento do devedor" deve ser analisado com atenção, pois se a empresa se submete à recuperação judicial ou à falência, a capacidade de pagamento dela inevitavelmente será mínima ou até inexistente, o que, se levado a rigor, acarretaria na escolha de um administrador judicial despreparado e iria de encontro ao que se espera de ambos procedimentos.

Por isso, ela deve ser analisada a partir da ótica do grau dos trabalhos que o administrador judicial realizará e os valores de mercado que, como já exposto, analisarão as atribuições de um administrador, de um contador, de um economista e de um jurista que, caso contratados como profissionais auxiliares para atuar em tais procedimentos, cobrariam facilmente valor superior a 10% do valor dos créditos submetidos à recuperação judicial.

Também fora usado como argumento para a redução o fato de se tratar de uma recuperação judicial e não de falência, assim o administrador judicial teria menos trabalho por não ter que administrar a empresa como o faria na falência, ficando responsável apenas por "atuar em uma única ação e eventuais incidentes"[70], sem assumir a representação judicial do devedor.

Entretanto, como demostrado, as atribuições do mesmo continuam sendo grandes e complexas mesmo se tratando de uma recuperação judicial, onde ele

[70] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. **AGI 20140020319182**, 3ª Turma Cível. Agravante: administrador judicial – Agravado: empresa em recuperação -. Distrito Federal, 13 maio 2015. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189285947/agravo-de-instrumento-agi-20140020319182> Acesso em 27 ago. 2018. p. 13

precisará se manifestar e atuar em diversos momentos do início ao fim da recuperação judicial.

E, quanto ao critério dos valores de mercado para atividades semelhantes, a decisão que fixou a remuneração inicial especificou que a função do administrador judicial mescla várias áreas que demandam conhecimentos específicos, como administração, contabilidade, economia e direito.

O agravante alegou que a sentença apenas ressaltou o artigo da lei que define a escolha do administrador judicial, mas que "não teriam sido apreciadas as circunstâncias ao caso concreto" [71], ficando tal critério sem análises. Assim, não fora feita qualquer análise de tal critério para se fixar a remuneração adequada, o que se mostra de alta prejudicialidade ao administrador judicial.

A realidade é que a análise dos valores de mercado demonstraria que a redução seria inadequada, partido apenas da atividade jurídica que ele prestará, para ser contratado um advogado ele já começa com a remuneração em 10%, ao passo que o administrador judicia fica em 5% no máximo, sendo que, no caso, ficou em 1,3% e, posteriormente, foi reduzido.

Tal ponto fere diretamente o princípio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pois desprestigia uma atividade altamente importante para a empresa que se encontra em um momento de risco e de alta complexidade que, quando comparada com outros profissionais, mostra-se diretamente desapreciado, sendo que a ideia do princípio em questão é louvar e apreciar o trabalho e sua livre iniciativa.

Ao fim, todos esses argumentos convergiram no sentido de reduzir a remuneração do administrador judicial para 0,7% dos créditos submetidos à recuperação judicial. Contudo, os argumentos utilizados não se mostram como os mais adequados e, se analisados mais profundamente, vão ao encontro de alguns

[71] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. **AGI 20140020319182**, 3ª Turma Cível. Agravante: administrador judicial – Agravado: empresa em recuperação -. Distrito Federal, 13 maio 2015. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189285947/agravo-de-instrumento-agi-20140020319182> Acesso em 27 ago. 2018. p. 5

preceitos básicos da Lei 11.101/2005 e, desse modo, ao encontro dos preceitos básicos da presente monografia.

Tal realidade se mostra de forma evidente no caso analisado, onde foram utilizados argumentos para se buscar a redução da remuneração do administrador judicial que era de 1,5% dos créditos, uma porcentagem que já não é alta, ainda mais se levado em consideração os critérios de fixação.

Desse modo, a realidade é que a dedicação que o administrador judicial deverá prestar é alta e envolve diversos fatores, ao passo que ao momento da fixação não se tem, com exatidão, conhecimento da proporção do mesmo, onde a remuneração pode se mostrar adequada, mas também pode se mostrar inferior ao que ele realmente precisará fazer.

Nesse sentido, cabe destaque a nomeação dos Administradores Judiciais do Grupo Oi, que assim decidiu:

> Nomeio para exercer a função de Administrador Judicial das empresas OI S/A , TELEMAR NORTE LESTE S/A, OI MÓVEL S/A, COPART 4 PARTICIPAÇÕES S/A, COPART 5 PARTICIPAÇÕES S/A, PORTUGAL TELECOM INTERNATIONAL FINANCE BV e OI BRASIL HOLDINGS COÖPERATIEF UA, as seguintes sociedades: a) PricewaterhouseCoopers Assessoria Empresarial Ltda., com sede na Av. Francisco Matarazzo,1400, São Paulo/SP; e b) Escritório de Advocacia Arnoldo Wald, com sede na Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 510, 8º andar, São Paulo/SP, ambas tradicionais e conceituadas no país, que atuarão nas respectivas áreas de expertise.[72]

Nota-se que o juiz originalmente nomeou o escritório de advocacia Arnoldo Wald para acompanhar a recuperação, trabalhar com a administração judicial enquanto para as atribuições relativas a auditoria nomeou uma auditoria externa, a PricewaterhouseCoopers (PwC Brasil), para cuidar da parte de analise mensal dos balanços da OI, sendo posteriormente fixados os honorários de ambas.

[72] RECUPERAÇÃO JUDICIAL OI. **Decisão**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Anexo-1.pdf> acesso em 12 set. 2018

Assim, mesmo com a possibilidade de redução dos honorários do escritório Arnoldo Wald, o trabalho não se mostraria incompatível com a remuneração, pois a auditoria estaria já separada a outra empresa. A decisão do juiz mostra-se diligente, pois prevendo a redução dos honorários do escritório, já nomeou uma auditoria externa para evitar maiores discussões.

A realidade, contudo, é que a PwC Brasil foi posteriormente destituída e o escritório Alnoldo Wald foi nomeado como único administrador judicial, que além de ter sua remuneração reduzida ficou com a responsabilidade da auditoria. Ficando clara que o momento de fixação dos honorários não prevê todas as possibilidades e alternativas que o processo pode assumir. Ainda assim, fica clara na decisão o cuidado com o trabalho do administrador judicial, mostrando-se adequada à realidade da complexidade do seu trabalho.

A contratação de profissionais externos é inevitável no caso em questão e, ao contrário da fundamentação da decisão o Acórdão n.866961, decisão anteriormente analisada, isso não demonstra incapacidades por parte do administrador judicial e sim a complexidade do trabalho.

5.2 Decisão que majorou a remuneração do administrador judicial

Ainda no sentido dessa análise de fixação da remuneração do administrador judicial, segue uma jurisprudência que majorou a remuneração do administrador judicial e seus argumentos, de forma a relacioná-los aos parâmetros até então estabelecidos para a remuneração de tal órgão da falência e da recuperação judicial:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO FALIMENTAR. HONORÁRIOS DA SINDICATURA.
>
> A Lei n. 11.101/2005, diploma legal regente da recuperação de empresas e falências, prevê a nomeação de administrador judicial "que, mutatis mutandis, exercerá o trabalho do antigo síndico ou comissário, respectivamente na falência (falência) ou na recuperação judicial (concordata preventiva)" (in BEZERRA FILHO, M. J., Lei de recuperação de empresas e falências comentada, 5. ed., revista e atualizada, São Paulo: RT, 2008, p. 94).

> Tal profissional faz jus ao recebimento de remuneração segundo o valor e a forma fixados pelo juiz, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes (art. 24).
>
> Em qualquer hipótese - estabelece o § 1º do referido dispositivo legal -, respeitar-se-á o limite de 5% do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência. Recurso conhecido e provido, inclusive quanto ao rateio dos honorários entre os síndicos de forma igualitária. Dar provimento. Unânime.[73]

No caso em tela, nota-se um agravo de instrumento interposto pelos Administradores Judicias em uma falência para majoração da remuneração de ambos. Os argumentos utilizados para embasar a decisão merecem alguns destaques, pois prestigiam e valorizam pontos que a decisão anteriormente citada não observou, podendo ser utilizados para demonstrar a consequência prática da linha que a monografia vem seguindo.

A remuneração foi fixada em 2,2% da massa falida, resultando em R$ 40.000,00 que seria dividido entre os dois administradores judiciais, o que chega a R$ 34.000,00 para um e R$ 6.000,00 para o outro já que a porcentagem foi fixada de forma diferente para ambos. O processo falimentar em questão já tramitava há 12 (doze) anos e havia envolvido diversos trabalhos por parte dos administradores, como o ajuizamento de 2 (duas) Ações Revocatórias e a defesa de mais de 102 Reclamantes.

Os agravantes demostraram que o valor destinado à remuneração deles era ínfimo em relação aos bens que já haviam sido arrecadados na falência, destacaram ainda que a remuneração do leiloeiro havia sido estabelecida em R$ 97.500,00, valor que ultrapassava o valor somado da remuneração dos dois administradores judiciais.

---

[73] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. **AG 98373520088070000** DF 0009837-35.2008.807.0000. 2ª Turma Cível. Agravante: JOSÉ WELLINGTON MEDEIROS DE ARAÚJO E OUTROS. Agravado: MADEIREIRA SANTO ANTÔNIO LTDA. Distrito Federal. 12 nov. 2008. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7754092/agravo-de-instrumento-ag-98373520088070000-df-0009837-3520088070000> Acesso em 27 ago 2018

A decisão foi no sentido de aumentar a remuneração, fixando-a em 5% do valor da massa falida e trouxe como argumentação a complexidade dos trabalhos realizados pelos administradores, ressaltando as ações em que precisaram se manifestar e o tempo de trabalho, além de salientar que seria desproporcional que a remuneração do leiloeiro, que foi utilizada como parâmetro, fosse maior que a deles.

Tal decisão se mostra mais adequada e em conformidade com a lei e com os pontos destacados por este trabalho, porque ela prestigia a função do administrador judicial ao ressaltar que ele exerce funções complexas na falência e ainda, ao fazer a análise concreta dos valores de mercado, demonstra que tais critérios devem ser analisados de forma real e não de forma a apenas repetir o texto da lei.

Ao levar em consideração a remuneração do leiloeiro na mesma falência, fica clara a desproporcionalidade da remuneração entre os dois levando em consideração que os trabalhos desempenhados pelo administrador judicial são muito mais complexos que a do leiloeiro que, mesmo com um trabalho menos complexo, teve sua remuneração fixada em valo acima do administrador judicial, obedecendo o critério de análise dos valores de mercado, que acaba por afirmar e embasar a necessidade de aumento da remuneração do administrador judicial.

Sendo assim, a posição da jurisprudência em questão se coaduna com o princípio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pois valoriza a atividade que ele exerce respeitando o momento crucial que a empresa vive e onde diversos interesses estão postos, sem colocá-lo om remuneração abaixo de outro agente que exerce menos funções que o mesmo.

Desse modo, nota-se que a decisão parece a mais adequada e coerente com os princípios que regem a falência e a recuperação judicial e, ao fazer isso, prestigia o trabalho desse órgão da falência e estimula a realização de tal trabalho, pois a recorrente fixação baixa da sua remuneração e sua redução afasta o interesse dos profissionais mais qualificados, que devem ser os mais almejados pelo momento que a empresa passa.

Nesse mesmo sentido, caminha a decisão abaixo, do desembargador Ricardo Negrão.

> RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Honorários do administrador judicial arbitrados provisoriamente em R$ 10.000,00 - Inconformismo da recuperanda, que pretende a redução para o patamar de R$ 2.000,00 - Descabimento - **Trabalho de complexidade que exige remuneração compatível com o mister** - Passivo aproximado de R$ 29 milhões - Decisão em harmonia com precedentes desta C. Câmara - Agravo improvido. Dispositivo: Negam Agravo de Instrumento nº 2226274-95.2014.8.26.0000 (grifo nosso)[74]

No caso em tela, se pede a redução da remuneração do administrador judicial, o que foi desprovido sob o argumento de que um trabalho complexo exige remuneração compatível. Assim, mesmo a empresa encontrando-se em um momento de dificuldades financeiras, não se pode usar isso como argumento para a baixa remuneração, pois tal fixação atrai profissionais menos qualificados que, ao fim, terminará por prejudicar e não recuperar a empresa.

A empresa em recuperação judicial passa por um período que merece atenção especial sendo que, após os procedimentos necessários e com o êxito do procedimento, ela retornará ao mercado e à sua normalidade, cumprindo os objetivos da recuperação judicial.

Desse modo, é imprescindível que o administrador judicial seja escolhido dentre os melhores profissionais, já que o momento requer um profissional com alta capacidade e preparado para atuar nas mais diversas áreas, tendo em vista a multiplicidade de atribuições que lhe serão confiadas.

Em outras palavras, o administrador judicial reunirá em uma só pessoa as atribuições de um administrador, de um contador, de um economista e de um advogado e a própria Lei nº 11.101/2005 confirma tal hipótese ao elencar no artigo

[74] SÃO PAULO. Tribunal de São Paulo. Agravo de Instrumento. **AG 2226274-95.2014.8.26.0000**. 2ªCâmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante JAPEL PARTICIPAÇÃO E EMPREENDIMENTO LTDA. Agravado: O JUÍZO. Relator: Des. Ricardo Negrão Distrito Federal, 18 de maio de 2015. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7754092/agravo-de-instrumento-ag-98373520088070000-df-0009837-3520088070000> Acesso em 27 ago 2018.

22 as preferências para a escolha do administrador judicial dentre profissionais dessas áreas de atuação e assim o faz porque serão atribuições exigidas do administrador judicial.

Se ele reúne em uma pessoa os conhecimentos de diversas áreas e da forma mais capaz possível, ele estará dentre os melhores profissionais, o que levará ao inevitável encarecimento do seu trabalho. Afinal, quanto mais especializado e competente o trabalho, mais caro ele se torna. E a escolha por um profissional com a mais alta capacidade é imprescindível, para evitar prejuízos à massa falida, aos credores e ao próprio devedor.

Sendo assim, a decisão demonstrada se mostra adequada, afinal a remuneração prestigiou o trabalho do administrador judicial, em análise ao princípio da preservação da empresa, pois atrai para a recuperação judicial um profissional que terá a capacidade de incentivar sua recuperação. Desse modo, o julgado atua o sentido de prestigiar essa atividade de quem trabalha para preservar a empresa.

Por fim, merece destaque a decisão abaixo:

> FALÊNCIA - Acordo - Remuneração do Administrador Judicial fixada em R$ 10.000,00. Fixação, contudo, que não observou os critérios previstos no art. 24 da LRF - Redução a 5%, no caso, sobre o valor da dívida reconhecida em acordo pela devedora - Limite do §1o do art. 24 da LRF - Administrador que atuou com diligência que justifica a fixação no percentual máximo - Vinculação da empresa devedora a outra - Ausência de prejuízo processual - Recurso provido em parte[75].

A decisão negou um pedido de redução da remuneração do administrador judicial, que havia sido fixada em 5%, estando no patamar máximo permitido pela

[75] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento. **AG 0012547-24.2013.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravrante: Banco Bradesco S/A. Agravados: Lupatech S/A., Lupatech Equipamentos e Serviços para Petróleo Ltda., Mipel Indústria e Comércio de Válvulas Ltda., Amper Amazonas Perfurações Ltda., Itacau Agenciamentos Marítimos Ltda., Lochness Participações S/A., Matep S/A. Máquinas e Equipamentos, Prest Perfurações Ltda., Lupatech Perfuração e Completação Ltda., SOTEP Sociedade Técnica de Perfuração S/A. e Lupatech Finance Limited. Relator: Min, Ricardo Negrão. São Paulo, 4 de julho de 2013. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/368952490/agravo-de-instrumento-ai-20113578420168260000-sp-2011357-8420168260000/inteiro-teor-368952511?ref=juris-tabs> Acesso em 10 set. 2018

Lei n° 11.101/2005. E assim foi decidido sob o argumento que o administrador atuou com diligencia que justificou tal remuneração.

A decisão se mostra adequada, sendo, portanto, justa a fixação da remuneração inicialmente em 5%, de modo a honrar os princípios e regras que regem a recuperação judicia e a falência, e, caso se faça necessário, que o valor seja reajustado no decorrer do procedimento. Afinal, se tratando de um procedimento falimentar, onde os deveres, obrigações e riscos já são de prévio conhecimento, não se mostra razoável que a remuneração já seja inicialmente baixa.

Se um advogado contratado pela massa receberia um percentual 10% para prestar atividade jurídica, quanto mais o administrador judicial, que presta atividade jurídica, ainda atuando como contador e administrador da empresa, desse modo a fixação em 5% já está abaixo de um advogado que trabalha menos do que ele. Caso se mostre demasiada a fixação no seu teto, que seja posteriormente reduzida.

O administrador judicial vai ser o responsável por inúmeros detalhes da falência e da recuperação judicial, devendo inclusive fazer relatório preliminar indicando indícios da pratica de crimes e autoria que ele nota, devendo indicar tudo ao Ministério Público, ao final, faz basicamente o trabalho de um delegado. Ele deverá falar e se manifestar em diversos momentos.

Diante de todo o exposto e das decisões analisadas, a regra não pode ser reduzir a sua remuneração, nem mesmo sob o argumento de que a massa ou o devedor não possui dinheiro, porque caso assim se preceda, o resultado vai ser acabar de matar a massa ou a empresa já que nenhum profissional qualificado, que é o que o momento exige, vai se sentir atraído a trabalha.

A justa remuneração do administrador judicial é, portanto, aquela que valoriza seu trabalho e isso ocorre porque se está falando do preço da honestidade, a remuneração justa é aquela que ele em que o administrador não se sinta tentado a beneficiar alguém por propostas que o próprio mercado oferece. Ele precisa ser

imparcial e estão pagando o preço por isso. Não se pode exigir um trabalho bem feito em um ambiente de tamanha pressão para que o mesmo receba pouco.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do apresentado, observa-se que o administrador judicial exerce uma função que está diretamente ligada ao resultado da falência e da recuperação judicial. Através de suas atribuições, estabelecidas pela lei, ele se tornará o principal órgão em auxílio do juiz para que os objetivos de ambos procedimentos sejam alcançados com êxito.

Em todas as suas funções ele contribui com o alcance do pretendido pelos procedimentos, sendo assim se faz necessário que ele receba uma remuneração que faça jus ao seu trabalho. Desse modo, os critérios que a lei estabelece como parâmetros para a fixação da sua remuneração devem ser utilizados de modo a prestigiar seu trabalho e não o desmerecer.

Para tanto, observa-se que a remuneração adequada é aquela que serve como contraprestação, de fato, a todas as suas atribuições e riscos, levando em consideração os princípios e objetivos da falência e da recuperação judicial, em consonância com os critérios da lei.

Deve-se analisar que ele é mais do que um advogado e, como consequência disso, se torna criticável que sua remuneração não leve em consideração os honorários que um advogado cobraria para atuar. Ainda, assim como o testamenteiro faz jus a sua remuneração por sua administração, sendo que a vintena, como se chama, possui uma fixação que é analisada como mero parâmetro, podendo ser superior ao estabelecido, é desproporcional que o administrador judicial seja considerado abaixo do mesmo.

Em comparação ao leiloeiro, por sua vez, é desproporcional que este possua uma remuneração que o incentive, prestigie e pague bem por oferecer um trabalho menos complexo, árduo e longo que o administrador judicial. Desse modo, todos

esses critérios devem ser analisados para que a fixação da remuneração do administrador judicial respeite e prestigie suas funções.

A justa remuneração atrairá o que a lei dispõe quando define todas as atribuições do mesmo, pois sendo de tamanha complexidade o seu trabalho, deve-se buscar o melhor profissional, o que não será possível com uma remuneração inadequada e desproporcional aos seus trabalhos.

Tal fato mostra-se incontestável quando a lei dá preferência à profissionais da área do direito, contabilidade, economia e administração, demonstrando que todas essas áreas são necessárias às atribuições dele. Desse modo, o profissional que corresponde à falência e à recuperação judicial é aquele que reúne todos esses conhecimentos

Assim, a fixação da remuneração deve atender o momento pelo qual a empresa passa, de modo a atrair bons profissionais, visto que a constante redução não pode ser a regra, pois acabaria por afastá-los, ao passo que atrairia profissionais que não corresponderiam à complexidade que o trabalho exige. O resultado disso seriam prejuízos à massa e ao devedor ao invés cumprir o que se espera.

Por outro lado, se a remuneração prestigia o administrador judicial, ele é incentivado a ser honesto, justo, adequado, dedicado e, o que mais se espera do seu procedimento, imparcial. Agindo assim, corresponderá ao que a lei visa, quando define que o administrador judicial deve ser profissional idôneo, em outras palavras, a remuneração adequada atrai esse profissional idôneo que a lei define como parâmetro para a escolha do administrador judicial. Portando, idônea deverá ser, também a remuneração.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em < https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 18 nov. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 4 maio 2018

BRASIL. **Decreto nº 21.981 de 19 de outubro de 1932**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21981.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 2 jul. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 680.140**. Recorrente: Paulo Luiz Paranhos Severo. Recorrido: Acórdão do egrégio tribunal de justiça do estado do rio grande do sul. Relator: Min. Gilson Dipp. Rio Grande do Sul, 03 de abril de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_680140_RS_1265459736232.pdf?Signature=6XaKpRlXGdxYzCjrAwiqXhRNIOo%3D&Expires=1537375141&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d53a9ed241a370e498463b3fed92f5f2> Acesso em 9 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. **REsp nº 310.798**. Quarta turma. Recorrente: Companhia docas do estado do rio de janeiro. Recorrido : Zalfa Nassar. Relator: Min. Barros Monteiro. 22 de outubro de 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_310798_RJ_22.10.2002.pdf?Signature=FnSD4lO33ty5R36oYHmq8N4OcTU%3D&Expires=1537561740&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3f23f93fea4407582e10775f543ddcfc> Acesso em 25 ago. 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento. **AG 0012547-24.2013.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravrante: Banco Bradesco S/A. Agravados: Lupatech S/A., Lupatech Equipamentos e Serviços para Petróleo Ltda., Mipel Indústria e Comércio de Válvulas Ltda., Amper Amazonas Perfurações Ltda., Itacau Agenciamentos Marítimos Ltda., Lochness Participações S/A., Matep S/A. Máquinas e Equipamentos, Prest Perfurações Ltda., Lupatech Perfuração e Completação Ltda., SOTEP Sociedade Técnica de Perfuração S/A. e Lupatech Finance Limited. Relator: Min, Ricardo Negrão. São Paulo, 4 de julho de 2013. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/368952490/agravo-de-instrumento-ai-20113578420168260000-sp-2011357-8420168260000/inteiro-teor-368952511?ref=juris-tabs> Acesso em 10 set. 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. **AGI 20140020319182**, 3ª Turma Cível. Agravante: Administrador judicial. Agravado: Empresa em recuperação. Relator: Min. Flávio Rosti rola. Distrito Federal, 13 de maio de 2015. Disponível em <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189285947/agravo-de-instrumento-agi-20140020319182> Acesso em 27 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. **AGI 20140020319182**, 3ª Turma Cível. Agravante: administrador judicial – Agravado: empresa em recuperação -. Distrito Federal, 13 maio 2015. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189285947/agravo-de-instrumento-agi-20140020319182> Acesso em 27 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. **AGI 20140020319182**, 3ª Turma Cível. Agravante: administrador judicial – Agravado: empresa em recuperação -. Distrito Federal, 13 maio 2015. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189285947/agravo-de-instrumento-agi-20140020319182> Acesso em 27 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. **AG 98373520088070000** DF 0009837-35.2008.807.0000. 2ª Turma Cível. Agravante: JOSÉ WELLINGTON MEDEIROS DE ARAÚJO E OUTROS. Agravado: MADEIREIRA SANTO ANTÔNIO LTDA. Distrito Federal. 12 nov. 2008. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7754092/agravo-de-instrumento-ag-98373520088070000-df-0009837-3520088070000> Acesso em 27 ago 2018

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário Trabalhista. **RO 2442807 01220-2007-131-03-00-5**. 6ª Turma. Recorrente: Uniao industrial de borracha S.A. –. Recorrido: Walter Botelho. Belo Horizonte. Relator: Min. Ricardo Antônio. 10 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br /jurisprudencia/129541374/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2442807-01220-2007-131-03-00-5/inteiro-teor-129541384?ref=juris-tabs>. Acesso em 18 ago. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa:** o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHAGAS, Edilson das. **Direito empresarial esquematizado**, 4ª ed, São Paulo Saraiva: 2017.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 32, p. 7-23, 1999.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

FIGUEIREDO, Paulo Henrique. Remuneração de leiloeiro oficial: previsão editalícia em desconformidade com o Decreto Federal n. 21.981/32. **Revista 1-TCE**. Minas Gerais, v. 01, p 285-293, fev. 2012. Disponível em <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1750.pdf>; acesso em 06 ago. 2018.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Administração da falência, realização do ativo e pagamento dos credores. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.)**. A nova lei de falências e de recuperação de empresas**: Lei nº 11. 101/2005. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 252.

GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e falência**: Lei 11.101/2005 comentários artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, v.4.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações sociais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas e dalência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PACHECO, José Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PAIVA, Eduardo de Azevedo. Curso de constitucional. **Princípios Gerais de Direitos e Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 51-59, mar. 2012. (Série de aperfeiçoamento de magistrados)

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**. São Paulo: IOB, 2006.

RAMOS, André Liz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL OI. **Decisão**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Anexo-1.pdf> acesso em 12 set. 2018

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Apelação. **Apl nº 0250315-18.2007.822.0001**. 2ª Câmara Especial. Apelante: Minitério Público do estado de Rondonia. Apelado: José de Abre Bianco, Relator: Des. Roosevelt Queiroz Costa. 15 de fevereiro de 2017. Disponível em <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435834224/apelacao-apl-25031518200782200001-ro-0250315-1820078220001/inteiro-teor-435834231?ref=juris-tabs> . Acesso em 21 ago. 2018

SÃO PAULO. Tribunal de São Paulo. Agravo de Instrumento. **AG 2226274-95.2014.8.26.0000**. 2ªCâmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante JAPEL PARTICIPAÇÃO E EMPREENDIMENTO LTDA. Agravado: O JUÍZO. Relator: Des. Ricardo Negrão Distrito Federal, 18 de maio de 2015. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7754092/agravo-de-instrumento-ag-98373520088070000-df-0009837-3520088070000> Acesso em 27 ago 2018.

SDE. **O que é o Leiloeiro**. Disponível em: <http://www.juceb.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=25>. Acesso em: 26 set. 2017.

TOMAZETTE, Marlon**. Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 112.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas, III, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 124; MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**, IV, 4ª ed. São Paulo: Atlas.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria Geral e Direito Societário. 6ª ed São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, Eliane. O trabalho: breve visão da concepção de castigo da antiguidade cristã, valor social afirmado na Encíclica Rerum Novarum no século XIX e despontar no século XXI como valor Bioético. **Revista Centro Universitário São Camilo**, v. 1, p 350-353, maio/jun. 2010.

WALD. **Recuperação Judicial OI**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Pedido-RJ-Oi.pdf> acesso em 20 ago. 2018

WALD. **Recuperação Judicial OI.** Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/fls.-198488-198843-Edital-AJ-1.pdf> acesso em 20 ago. 2018

WALD. **Relatório Mensal de Dezembro de 2017**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/52.1-

Petic%CC%A7ao-Relatorio-Mensal-dezembro-de-2016-Assinado.pdf> . Acesso em: 27 ago. 2018

WALD. **Relatório Mensal de Julho de 2017**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Relatorio-Mensal-de-Atividades-RJ-Oi-01-2016-09-15-Final.pdf>; Acesso em: 27 ago. 2018.

WALD. **Relatório preliminar do Administrador Judicial**. Disponível em <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Anexo-4.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

ZANINI, Carlos Klein. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Bárbara Vasconcelos Ribeiro

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a possibilidade da inserção da responsabilidade civil diante da violação do dever de cuidado por partes dos pais, discutindo assim, as situações cabíveis do abandono afetivo e seu significado. Para tanto, o primeiro capítulo traz uma abordagem de aspectos concernentes à família, como o conceito de filiação até os tempos atuais, além das suas espécies e correlações e da mesma maneira no que tange ao poder familiar. Na sequência, apresenta o conceito e qualifica as espécies de responsabilidade civil, com intuito de entender se quando a mesma for violada, pode gerar algum tipo de penalidade. Por fim, analisa-se a temática da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, a importância do genitor na vida do ser humano para seu desenvolvimento, demonstrando que o assunto ainda tem polêmica. Explana, ainda, os aspectos doutrinários e jurisprudenciais sob os julgados no que tange à responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo e o posicionamento da Ministra Nancy Andrigh, que estabeleceu a mudança de posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois concedeu a conversão da indenização mediante o dano causado pelo abandono afetivo parental. Visão esta defendida ao priorizar a proteção dos filhos, para o seu desenvolvimento ao longo da vida, como será visto adiante.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Filiação. Responsabilidade civil. Poder familiar. Direito de Família (Brasil).

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia versará sobre o abandono afetivo e a possibilidade de responsabilidade civil dele decorrente, situada dentro da área de Direito de Família. A problemática a ser elucidada visa fazer uma análise nos casos que o dano moral é

concedido diante do abandono moral, resultante da falta da responsabilidade civil dos genitores.

Por ser um estudo relativamente recente, poucas são as decisões que geraram indenização aos pais por violar o dever de cuidado na perspectiva do abandono afetivo.

Nesse passo, antes de se adentrar em qualquer pressuposto que será suscitado, entender o que é o abandono afetivo é um grande desafio. De certa forma, ao entender o "cru" da palavra, configura a deixar de prestar algum afeto aquele que o necessita. Para tanto, não é possível obrigar alguém a amar outra pessoa, por isso esta denominação passa pelos seus desafios. A questão a ser esclarecida não é a de amar outra pessoa, mas sim o afeto no sentido de auxiliar nos deveres perante aquele que está passando por evolução constante até sua formação como "adulto", como na educação, etc., o que seria a responsabilidade civil decorrente do pai com seu filho.

Como será explicado no corpo do presente estudo, a responsabilidade civil nada mais é do que a obrigação de reparar um dano causado a outra pessoa, responsabilizando aquele que praticou o dano, a repará-lo. Portanto, a problematização a ser colocada será a de estudar os casos em que ocorre o abandono afetivo e se esses realmente podem corresponder à responsabilidade civil, uma vez que a tentativa é reparar o dano sofrido por aquele que foi abandonado.

Com intuito de desenvolver o trabalho, o pesquisador trará ao leitor as divergências de opiniões sobre o tema, confrontando as diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que abordam o objeto de pesquisa. O tema será divido em capítulos de forma a ser facilitada a compreensão do leitor sobre todas as características do tema abordado.

O primeiro capítulo busca apresentar de maneira geral o conceito de filiação e sua evolução histórica e de suas espécies, em seguida a compreensão do que é o poder familiar. O segundo capítulo trata do conceito e das espécies de responsabilidade civil e os elementos essenciais que geram a responsabilidade civil.

No último capítulo, a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo e de fato o que corresponde ao abandono afetivo, às posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Por fim serão apresentadas as considerações finais acerca do estudo.

2 FILIAÇÃO E O PODER FAMILIAR

No Direito Brasileiro vigente, a filiação é vista como a relação jurídica que liga o filho aos seus pais. Algumas são suas formas, denominações e características.

Neste capítulo, será abordado o conceito de filiação desde o Direito Romano até a chegada ao Brasil e quais são suas espécies cabíveis. Dentre estes, como funciona sua regulamentação no Brasil e o conceito de poder familiar existente na antiguidade até os tempos atuais.

2.1 Conceito de filiação

Entende-se por filiação a relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta, que estabelece vínculo entre pais e filhos. Tal filiação pode decorrer de vínculo sanguíneo ou qualquer outra forma legalmente reconhecida, tal como a adoção ou reprodução assistida.[1]

Segundo Silvo Rodrigues "filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquela que a geram, ou a recebem como se as tivessem gerado".[2] Nesta linha, não há distinção entre elas, visualizando que ambas se enquadram no seu conceito.

A definição acima descrita encontra-se em consonância com o artigo 1.596 do Código Civil, que diz:

[1] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civi:*. Direito de Família. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
[2] RODRIGUES, 2010 apud NOGUEIRA, Grasiéla. Da filiação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 77, p.3, jun 2010.

"Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."[3]

Atualmente, a filiação passa por grande evolução, sendo igual direito ao reconhecimento dos filhos originados ou não pelo casamento, bem como os filhos adotivos, sendo vedado expressamente qualquer tipo de descriminação.[4]

O conceito nas palavras do doutrinador Ponte de Miranda:

> a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada em relação ao pai ou à mãe, e filiação, quando em relação ao filho para com qualquer um dos genitores.[5]

Ou seja, pelo autor, a relação do pai e mãe com seu filho denominam-se paternidade e maternidade. Já pelo lado do filho em relação aos seus pais, seria chamado de genitor.

No que tange o direito, três são as espécies de filiação: a biológica, a adotiva e a socioafetiva, não havendo diferenciação entre filiação legítima e ilegítima, sendo todas passiveis de direitos iguais. As espécies serão abordadas no próximo tópico com maior clareza.

Muito embora a lei coloque a filiação presumida sendo aquela derivada do casamento, ocorrem diversas formas de manifestar a filiação, como as dadas através do reconhecimento, com o afeto, cuidado, manutenção e posse do estado do filho, que acabam por ensejar a mesma proteção legada aos parentes e filhos consanguíneos.[6]

---

[3] BRASIL, *Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* - Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> acesso em 21 mai 2018.

[4] GILDO, Nathália. *Evolução histórica do conceito de filiação*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46589/evolucao-historica-do-conceito-de-filiacao> Acesso em 05 jun 2018.

[5] MIRANDA, Pontes. *Manual de Direito Constitucional*. 3. Ed. Coimbra, 2000. p. 19.

[6] COSTA, Maria Amélia. A possibilidade de desconstituição da paternidade havida por reconhecimento. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 2, n.1, p.1, 2016.

A certidão de nascimento é uma forma de representar a filiação, a qual se é dada através do Registro Civil, devendo conter todos os requisitos cabíveis e os meios de provas presentes no artigo 1.609 do Código Civil, neste caso, quando for reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento.[7] Este registro deverá conter o nome do pai e o nome da mãe, mesmo que não casados.

A filiação produz o efeito ex tunc, e é irrevogável e irretratável, podendo apenas ser anulado se realizado por vício de vontade, como erro ou coação, ou não contendo suas formas legais.

Na visão do autor Paulo Luiz Lôbo, a filiação biológica é a mais vista. "Em verdade, apenas recentemente a socioafetiva passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção adequada".[8]

No direito de família brasileiro, ainda existem conflitos no que tange a filiação biológica e a socioafetiva, passando por diversas mudanças até a definição atual, como será vista no próximo tópico do presente capítulo.

2.2 Evolução histórica da filiação

Em Roma, até o século III D.C, a figura masculina era vista como o chefe da família, aquele que tinha o poder familiar, ali chamado de "*paterfamilias*". Ele era o responsável pelo poder de vida, de morte e de venda sobre seus filhos.[9]

A base pela qual regia neste período era da autoridade e não da afetividade para a constituição da família. Não havia o conceito de família nuclear, a família era

[7] RESENDE, Adriana Torres de Sá. *Do* direito parental: parentesco, filiação, adoção, poder familiar e alimentos. *Conteudo Juridico*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49169&seo=1> Acesso em: 21 maio. 2018.
[8] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133
[9] FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

composta por todos aqueles que estivessem sob o mando do pai de família[10], ou seja, além de parentes, animais e escravos faziam parte desta composição da família.

Jorge Shiguemitsu ensina que nos anos de 149 e 126 A.C até 303 D.C, os filhos eram classificados como: *iusti* ou *legitimi*, representados pelos filhos adotados ou aqueles da união do casamento, estes devendo sempre respeitar e reverenciar o "paterfamilias", o pai de família, aquele mais elevado e os *uulo quaestii, uulgo concepti* ou *spurii*, filhos representados de uma união considerada ilegítima, pois eram aqueles representados por terem sidos gerados em uma relação não matrimonial, não havendo seu reconhecimento pelos seus genitores, nem direitos e deveres sobre eles, apenas às suas genitoras.[11]

Posteriormente, de 303 D.C até 565 D.C, duas novas classificações foram conceituadas: *naturales liberi*, resultantes de uma relação de concubinato, ou seja, vive uma união estável, mas não tem seu relacionamento reconhecido legalmente. A outra classificação *seria dos legitimi*, legitimados.

Anteriormente, *natureles liberi*, eram os filhos legitimados, passando a ser *legitimi* ou *iusti* por um dos três motivos: "posterior casamento entre os pais, por rescrito do príncipe (ordem do imperador) ou oblação (oferecimento) à cúria."[12] Já dizia Paulo Luiz Lôbo, no Código Civil de 1916, de forma mais sucinta: "legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos."[13]

[10] FUNARI, Pedro. Direito de família: de Roma para os tempos atuais. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, nov. 2013. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/revista-ibdfam> Acesso em: 6 abr. 2018.
[11] FUJITA, op. Cit., p.14
[12] SANCHES. *A evolução histórica da filiação: Roma e Brasil*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31344/a-evolucao-historica-da-filiacao-roma-e-brasil#_ftn3> Acesso em: 6 abr. 2018
[13] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48

Ainda no direito Romano, a verdade real da filiação era vista de uma maneira histórica, religiosos e ideológica a qual determinavam que biológicos fossem os filhos nascidos de pais unidos pelo casamento e os demais seriam considerados ilegítimos.

2.3 A chegada da filiação no Direito Brasileiro

Em 1.500, no Brasil, em consequência da colonização portuguesa, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas fortificaram-se.

Proclamada em 1.603 pelo Rei Filipe I na Espanha, as Ordenações Filipinas, vigoraram até 31 de dezembro de 1.916. Nelas, duas classificações a respeito dos filhos eram anunciadas: legítimos e ilegítimos.

Os filhos ilegítimos podiam ser espúrios (incestuosos, adulterinos ou sacrilégios) ou naturais.

No caso dos filhos ilegítimos espúrios, eles só poderiam iniciar uma ação de investigação de paternidade apenas nos casos para obtenção do direito aos alimentos. Já os ilegítimos naturais só eram reconhecidos no direito à sucessão legítima.

O doutrinador Laurentino Gomes[14] relata que até o ano de 1.808, ano da chegada da Corte Portuguesa, o Brasil vivia de maneira isolada, estabelecendo chefe de família o pai protetor, que na maior parte das vezes era agricultor, tropeiro ou fazendeiro, assim, os filhos começavam a trabalhar logo cedo.

Já no ano 1.847 com a da Lei nº 463, foi extinta a distinção entre filhos da nobreza e filhos plebeus no âmbito jurídico, apenas em finalidade sucessória. Os filhos naturais e ilegítimos espúrios passaram a ter os mesmos direitos, até mesmo à sucessão, podendo disputar com os filhos legítimos, desde que reconhecidos por escritura pública ou testamento.

[14] GOMES, Laurentino. A família na história do Brasil. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, v. 5, p. 6, 2007.

Em seguida, no decorrer do século XX, a ideia da distinção de filhos foi alterada pela legislação brasileira pela ampliação das associações de inclusão dos filhos "ilegítimos".

Como colocado por Lôbo:

> Com efeito, se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando com sua origem, perdeu qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações de família, que consistiu no requisito fundamental da maioria dos institutos do direito de família. Por consequência, relativizou-se o papel fundador da origem biológica.[15]

A categoria de filhos ilegítimos era dividida em filho natural e filho espúrio. "A filiação natural dava-se quando os genitores não possuíam vinculo matrimonial, não eram casados por terceiros, nem havia entre eles impedimento para o casamento".[16]

Os filhos ilegítimos espúrios eram subdivididos em adulterinos e incestuosos. Os filhos adulterinos correspondiam a quando um dos pais ou ambos, que eram casados com outra pessoa no momento do nascimento ou concepção da criança.

Renata Cysne colocava: "Denominava-se filiação adulterina, quando o pai, a mãe ou ambos mantivessem vinculo conjugal com outra pessoa no momento da concepção ou do nascimento da criança."[17]

Já filhos incestuosos advinham da origem dos pais que eram impedidos de se casarem por existir um grau muito próximo de parentesco.

No Código Civil de 1916, em seu artigo 355, autorizava expressamente o reconhecimento espontâneo ou jurídico dos filhos naturais, que poderiam ser legitimados pelo casamento posterior dos pais.

---

[15] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.48

[16] CYSNE, Renata Nepomuceno e. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. *Família e jurisdição II* . Belo Horizonte, Del Rey, p. 194, 2008.

[17] Ibidem CYSNE, Renata Nepomuceno e. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. *Família e jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 189-223, 2008.

Nas palavras do autor Carlos Roberto, o casamento era uma forma de legitimação dos filhos, e este condão de atribuir aos filhos possuídos antes da constância do casamento, davam-lhes os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sidos concebidos após as núpcias[18].

Segundo Bruna Schlindwein Zeni, dentre os filhos ilegítimos, apenas os filhos naturais eram colocados como aqueles que poderiam ter sua paternidade reconhecida, sendo proibido expressamente pelo artigo 358, do mesmo código, o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos[19].

Segundo a autora, não era só a classificação que era discriminatória, pois "os filhos ilegítimos não tinham direitos garantidos pelo Código Civil, nem sequer podiam ter suapaternidade reconhecida", ou seja, os filhos não poderiam ingressar em juízo para requerer alimentos, sendo muito benéfico de certo modo para o pai, pois ele ficaria isento dos deveres a ele pertencentes.[20]

Para Maria Berenice Dias, recusar a essência da sucessão ilegítima simplesmente protegia o genitor e depreciava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem realizou o adultério – que à época era crime – infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande prejudicado. Simplesmente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era castigado pelo jeito do pai, que se livrava da obrigação do poder familiar.[21]

A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, veio para dispor do reconhecimento dos filhos ilegítimos, dos filhos espúrios e também tinha o direito de ação para ser

[18] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de família. ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 321.
[19] ZENI, Bruna Schlindwein. O afeto como reconhecimento da filiação. *Revista Direito em Debate*, v.18, n.32, mar. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/632>. Acesso em: 13 maio 2018.
[20] ZENI, Bruna Schlindwein. *O afeto como reconhecimento da filiação*. Revista Direito em Debate, v.18, n.32, mar. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/632>. Acesso em: 13 maio 2018.
[21] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. Revista dos tribunais, 2008.

reconhecido, revogando o decreto lei nº 4.737 de 24 de setembro de 1942, o qual reconhecia os filhos naturais (aquele filho concebido fora do casamento poderia ter sua paternidade reconhecida após a separação).

Esta lei tratava ainda sobre o direito do reconhecimento que os filhos passariam a ter, porém, a autora Nathália Gildo explica que "o direito dos filhos tidos fora do casamento era a metade do que o filho legítimo ou legitimado tinha para receber".[22]

No artigo 4º da lei acima mencionada, trata o direito mantido em segredo de justiça do filho reconhecido em pedir alimentos. Em seu artigo 7º qualquer referência à filiação ilegítima era proibida, "de pessoa a quem interessa, no registro de nascimento, devendo ser feita remissão a lei".[23]

Ainda neste sentido, Bruna Schlindwein Zeni afirma que, dissolvida à sociedade conjugal pelo divórcio, tornava-se admissível reconhecer os filhos possuídos fora do casamento, segundo o que determinava o Decreto lei nº 4.737/42.

Em 1949, pela Lei nº 883/49, foi admitido a qualquer dos conjugues o reconhecimento de filho possuído fora do casamento, e ao filho era dada a possibilidade de ação para buscar seu reconhecimento.[24]

A classificação discriminatória em relação aos filhos ilegítimos, conforme o Código de 1916 durou cerca de 60 anos em nosso país até a divulgação da Constituição Federal em 1988, que extingui essa discriminação.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a extinção de qualquer discriminação no campo da filiação veio garantindo a igualdade entre os filhos.[25]

---

[22] GILDO, Nathália. *Evolução histórica do conceito de filiação*. Disponível em https://jus.com.br/artigos/46589/evolucao-historica-do-conceito-de-filiacao. Acesso em: 13 mai 2018.

[23] BRASIL, *Lei Nº 883, de 21 de outubro de 1949* - Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0883.htm > Acesso em: 21 mai 2018.

[24] ZENI, Bruna Schlindwein. O afeto como reconhecimento da filiação. *Revista Direito em Debate*, v.18, n.32, mar. 2013. p. 69. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/632> Acesso em 21 mai 2018.

Tal mudança é mostrada no artigo 227, §6º, da CF/88, em virtude da proibição de qualquer forma de tratamento diferente com qualquer dos filhos não havidos da relação de casamento em virtude dos havidos na constância do mesmo.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> § 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.[26]

Além da presente evolução que a CF/88 trouxe, ela também mostrou os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, disposta no artigo 1º, III:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana;[27]

É com o fundamento da dignidade da pessoa humana que se permite que o tratamento entre os filhos seja igual, independentemente de sua origem, vindo ou não do casamento. Por ser princípio fundamental, dita um limite de atuação do Estado e garante que a partir dele se promova a dignidade da pessoa humana, valor espiritual e moral inerente à pessoa.[28]

Tal igualdade é vista no artigo 1.596 do CC/02 que dispõe:

---

[25] MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
[26] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
[27] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
[28] ZENI, Bruna Schlindwein. O afeto como reconhecimento da filiação. *Revista Direito em Debate*, v.18, n.32, mar. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/632>. Acesso em: 13 maio 2018.

> os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmo direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.[29]

Na do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA Lei nº 8069/90), em seus artigos 26 e 27, aborda o reconhecimento da filiação:

> Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.
>
> Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.
>
> Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.[30]

Os presentes artigos 26 e 27 do ECA ajudam bastante na inovação do novo posicionamento sobre a filiação, tendo suas redações repetidas pelos artigos 1.609 e 1.614 do CCB/02, entretanto, a fixação contida no artigo 1.614 do CCB/02 não foi efetiva, pelo fato do artigo 27 do ECA dispor que o reconhecimento do estado de filiação e imprescritível.[31]

2.4 Espécies de filiação

Como foi abordado anteriormente, três são as espécies de filiação no ordenamento jurídico brasileiro atual: a adotiva, a biológica e a socioafetiva.

Para a doutrinadora Heloisa Helena Barboza:

> Existem três critérios para estabelecer o vínculo parental: a) critério jurídico

[29] BRASIL, *Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* - Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> acesso em 21 mai 2018.

[30] BRASIL, *Lei Nº 8.06, de 13 de julho de 1990* - Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> acesso em 05 jun 2018.

[31] ZENI, Bruna Schlindwein. O afeto como reconhecimento da filiação. Revista Direito em Debate, v.18, n.32, mar. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/632>. Acesso em: 13 maio 2018.

> – está previsto no Código Civil, e estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597);
>
> b) critério biológico – é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; c) critério socioafetivo – fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, segundo o qual pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue.[32]

Nos próximos tópicos serão conceituados sobre cada um desse tipo de filiação e suas devidas características.

2.4.1 Filiação biológica

A filiação biológica, ou também chamada de natural, é aquela conceituada desta forma pelo vínculo consanguíneo.

A respeito deste conceito, o doutrinador Clóvis Beviláqua explica:

> O parentesco criado pela natureza é sempre a cognação ou consanguinidade, porque é a união produzida pelo mesmo sangue. O vínculo do parentesco estabelece-se por linhas. Linha é a série de pessoas provindas por filiação de um antepassado. É a irradiação das relações consanguíneas.[33]

Entretanto, a Constituição Federal de 1998, afastou a diferença entre as espécies de filiação, das quais o artigo 277 §6º dispõe:

> Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.[34]

Ou seja, relata sobre a igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, ou até mesmo, por adoção, em direitos e qualificações, sendo vedadas quaisquer

[32] BARBOZA, Heloisa Helena. *A família na perspectiva do vigente Código Civil*. Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: ABEP, 2005. p. 139-154.
[33] BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 769.
[34] BRASIL. *Constituição (1988) da República Federativa do Brasil de*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago 2018.

designações discriminatórias relativas à filiação, trazendo de fato, um benefício ao direito de família pátrio, já que classificou a igualdade de direitos dos filhos constantes ou não no casamento.

Maria Berenice Dias explica dois fenômenos que romperam este princípio da origem biológica: O primeiro foi ter admitido à família de se adaptar-se pela constância do casamento. No momento em que se admitiram entidades familiares não formadas pelo matrimônio, passou a ser reconhecida a afetividade como elemento característico da família. Essa mudança de paradigma não se limitou ao âmbito das relações familiares. Refletiu-se também nas relações de filiação. Com isso o estado de filiação desligou-se da verdade genética, relativizou-se o papel fundador da origem biológica.[35]

Em seguida, vem à segunda explicação:

> O outro acontecimento que produziu reflexos significativos nos vínculos parentais foi o avanço cientifico que culminou com a descoberta dos marcadores genéticos. A possibilidade de identificar a filiação biológica por meio de singelo exame de DNA desencadeou verdadeira corrida ao judiciário, na busca da "verdade real"[36].

A verdade biológica tem importância não só para as partes diretamente envolvidas, mas para toda a coletividade ao se perceber os reflexos de sua descoberta conforme já trazido por estudiosos europeus acerca do assunto em que vale a pena ressaltar que a paternidade biológica pode ser provada por outros meios além do exame de DNA, como por exemplo, o exame hematológico e a odontologia legal.

[35] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 9. Ed. São Paulo : RT, 2013. p. 769
[36] Ibidem. p. 769

2.4.2 Filiação adotiva

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, "Adoção é o ato jurídico pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, a pessoa a ela estranha".[37] Na mesma linha, o doutrinador Washington de Barros Monteiro ensina que "a adoção cria direitos e deveres recíprocos, inclusive a mudança de estado familiar do filho, com ingresso deste numa família estranha."[38]

Maria Helena Diniz conceitua na mesma linha estabelecida por variados doutrinadores:

> Adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.[39]

De uma maneira geral, todos reconhecem a adoção como sendo uma filiação exclusivamente jurídica. Vale ressaltar que existe o princípio da igualdade entre os filhos, colocando o filho adotado no mesmo patamar que o filho legítimo ou ao havido fora do casamento.[40]

A importância deste tipo de filiação são os efeitos que o ato de adoção gera.

Estes são de ordem pessoal e matrimonial.

A adoção é irrevogável, gerando entre quem adota e quem é adotado parentesco equiparado ao parentesco consanguíneo.

---

[37] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6. p. 376

[38] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito de família. 39. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 402.

[39] DINIZ. Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5. p. 522-523.

[40] CAMILA, Hayashi. *Da relação de parentesco*.Disponível em: https://camilahayashi.jusbrasil.com.br/artigos/148612539/das-relacoes-de-parentesco-e-dos-tipos-de-filiacao Acesso em: 15 ago. 2018.

2.4.3 Filiação socioafetiva

A maternidade ou paternidade socioafetiva, de uma maneira geral, é a relação de afeto estabelecida entre pessoas que convivem e exercem os direitos e deveres específicos do pai ou da mãe em relação ao seu filho, mesmo não havendo laço consanguíneo entre os respectivos.[41]

Como ensina Maria Berenice Dias: "O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue." Ou seja, desta forma, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser conquistado.[42]

No Direito de Família em vigência, o afeto foi erguido à qualidade de princípio jurídico a ser tutelado pelo Estado. Neste contexto, Romualdo Baptista dos Santos leciona ao direcionar o princípio da afetividade, como dever de gerir as relações humanas e fixar a aplicação das normas jurídicas de um modo geral. Nesses termos, o princípio da afetividade, ainda não ser adentrado expressamente na Constituição, desponta como um novo valor a ser preservado pela ordem constitucional, como forma de realização do próprio Estado.[43]

No artigo 1.593 do Código Civil, estabelece que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem."[44], entendendo-se o parentesco proveniente de reprodução assistia ou de um vínculo socioafetivo sem ligação biológico ou de adoção.

---

[41] VELLSO, Reinaldo. *Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva*. 13 mar. 2017. Disponível em: <http://reinaldovelloso.blog.br/?p=667>. Acesso em: 15 ago. 2018.
[42] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 9. Ed. São Paulo : RT, 2013. p. 59-60.
[43] SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A Tutela Jurídica da Afetividade*. Curitiba: Juruá. p. 135.
[44] BRASIL. Código Civil - *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 20 set. 2018

O vínculo socioafetivo de maternidade ou paternidade pode se concretizar, nos mais diferentes núcleos familiares que compõe a sociedade, visto que, no artigo 226 da Carga Magna é posta a família como base da sociedade e irá receber uma assistência exclusiva do Estado, assim sendo, injusta de qualquer discriminação entre elas.

Geralmente essa classificação vem de pais que se divorciaram, separaram e/ou são solteiros e passam a ter um maior convívio com o (s) filho(s) do novo parceiro. Assim, passam a ter uma convivência familiar diária, podendo estabelecer com o passar do tempo uma relação de afeto e respeito com os filhos do novo parceiro, que poderá se transformar na concretização de uma nova relação de maternidade ou paternidade, vinda da posse do estado de filiação.

Sendo assim, Ulisses Simões[45] esclarece que a relação parental consanguínea não irá se extinguir diante da relação socioafetiva, muito pelo contrário, a relação consanguínea e a afetiva podem conviver sem afetar a esfera de direitos e deveres entre os pais biológicos, materializando a proteção integral do menor, como é exposto no texto Constitucional e o Estatuto da Criança e do adolescente.

Em 17 de novembro de 2017, o Conselho Nacional da Justiça publicou o Provimento 63, o qual, dentro demais assuntos, disciplinaram o procedimento de reconhecimento de filiação socioafetiva perante os Ofícios do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Segundo Carlos Magno Alves[46], embora alguns estados já estivessem realizando o reconhecimento extrajudicial da "paternidade" socioafetiva através da edição de normativos próprios, após o Provimento 63/2017, a consolidação da possibilidade da efetividade do reconhecimento da filiação socioafetiva nos cartórios

[45] SIMÕES, Ulisses. *Filiação socioafetiva e reconhecimento pela via extrajudicial*. Jota Info. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-l-o-baptista-advogados/filiacao-socioafetiva-e- reconhecimento-pela-via-extrajudicial-17012018> Acesso em: 20 mai .2018

[46] SOUZA, Alves Magno Carlos. *CNJ cria regras de reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva*. <https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva> Acesso em: 20 mai.2018.

se deu com o registro civil de qualquer unidade federativa, padronizando o seu procedimento.

Para que seja reconhecida a filiação socioafetiva, devem ser necessários os seguintes requisitos:

> I - Requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo (nos termos do Anexo VI), testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> II - Documento de identificação com foto do requerente – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> III - Certidão de nascimento atualizada do filho – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> IV – Anuência pessoalmente dos pais biológicos, na hipótese do filho ser menor de 18 anos de idade (artigo 11, parágrafos 3º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> V – Anuência pessoalmente do filho maior de 12 anos de idade (artigo 11, parágrafos 4º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> VI - Não poderão ter a filiação socioafetiva reconhecida os irmãos entre si nem os ascendentes (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> VII - Entre o requerente e o filho deve haver uma diferença de pelo menos 16 anos de idade (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> VIII - Comprovação da posse do estado de filho (artigo 12 do Provimento 63/2017 do CNJ).[47]

2.5 Regulamentações no Brasil

Ao passar dos anos, o Direito de Família passou por diversas mudanças juntamente com a legislação brasileira, para proteger as formas de entidades familiares e principalmente, essa proteção perante todos os filhos, sem qualquer forma discriminatória entre eles.

[47] BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 20 mai. 2017.

A legislação brasileira foi aos poucos conquistando a proteção dos filhos ilegítimos até a Constituição Federal de 1988 ao estipular em seu texto, o acolhimento de todos os filhos sem distinção, como já foi colocado e será visto mais afundo no presente capítulo.

Com a motivação da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988, veio a importante melhoria da proteção aos filhos ilegítimos e dos filhos oriundos das uniões extraconjugais, uma vez a mesma levou o reconhecimento da família constituída pela união do afeto umas com as outras, e não por laços religiosos e jurídicos como antigamente, reconhecendo a união estável e a monoparental como entidade familiar.[48]

Entende-se dessa forma, segundo Paulo Lôbo que a família, ao transformar em espaço de realização da afetividade humana, sinaliza o deslocamento da função econômica- política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadraram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais.[49]

Nessa mesma linha, a Constituição de 1988 também auxiliou para acabar com a qualificação dada aos filhos, em legítimos e ilegítimos, que limitava seus direitos.

A filiação não era mais classificada somente por laços consanguíneos, era visto o vínculo do afeto, tendo em vista que este aproxima as pessoas.[50]

Neste entendimento, Maria Berenice Dias ensina que nos artigos 1.596 do Código Civil e também na norma constitucional (CF 227, § 6º):

---

[48] HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 190.
[49] LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011. p.22.
[50] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de família*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 322.

> Os filhos, havidos ou não na relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designação discriminatória relativas a filiação.[51]

Nessa mesma linha, Giselda Hironaka preconiza que pouco importa sua origem, se resultantes de um matrimônio, de uma união estável, de uma relação adultera, incestuosa e, até mesmo, eventual, todos são filhos perante a lei. A distinção que era feita num passado não muito remoto – entre filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos – deu lugar a uma regra de isonomia, preconizada pela Constituição Federal que, "em seu artigo 227, § 6º, igualou os direitos de todos os filhos e proibiu a designação discriminatória entre eles."[52]

Ainda neste entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente abrange os direitos já colocados:

> Desse modo, o ECA tem como pano de fundo a Carta de 1988 que promove a proteção integral da criança e do adolescente, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, pessoa em desenvolvimento, razão pela a qual a proteção além de integral deve mobilizar família, sociedade e Estado para a concreção dos seus direitos com absoluta propriedade, consoante disposição do artigo 227, caput.[53]

2.6 Poder Familiar

2.6.1 Conceito e suas características

No Direito Civil, a matéria que sempre sofreu diversas alterações, foi o instituto de família, visto que, inicialmente, o conceito da família brasileira foi

[51] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 359
[52] HIRONAKA, Giselda M. F. Noves. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.190.
[53] VENCELAU, Rose Melo. O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Recife: Renovar. 2004. p. 47.

norteado pela concepção romana, a qual visava às relações religiosas e patrimoniais e não as relações afetivas como hoje.[54]

Expostas anteriormente, diversas foram às mudanças existentes na consonância da família, sendo essas, por exemplo, com a existente entre os conceituados no Código Civil de 1916 e a vigente Constituição.

A característica que diferencia a nuclearidade do grupo familiar contemporânea da família dos tempos remotos, é que sua composição. Antigamente era composto pela esposa, marido, genitores dos cônjuges, tios, primos e atualmente é formada basicamente por pais e filhos. Os fatores que motivam essa mudança é o cultural, econômico e social.

Com base no que dispõe Silvio Rodrigues, *pátrio poder*, denominação gerada no direito Romano antigo, dava significado para o poder familiar atual. *O pátrio poder* tratava de um direito autoritário, consideravelmente ilimitado, cujo êxodo era reforçar a autoridade paterna, remetendo o nome a figura do "pai", consolidando a família romana da época, como este sendo o verdadeiro representante da família.

Na vigência do Novo Código Civil de 2002, a palavra *pátrio poder* foi mudada por poder familiar, representando como direitos e deveres atribuídos aos pais, perante seus filhos menores, não emancipados e seus bens, cujo destino é protegê-los.[55]

Ao utilizar a nomenclatura "poder família", deixa mais evidente que a educação e criação dos filhos são do pai e da mãe, em igualdade de condições, em consideração à Constituição Federal de 1988.

Tratado no Código Civil de 1916, o poder familiar trata como pátrio poder e demonstra as alterações do Novo Código, bem como suas características e causas de extinção e suspensão.

---

[54] LIRA, Wlademir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 526.

[55] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 27. Ed. Editora Saraiva. 2002. v. 6. p. 395-398.

Como conceitua o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, "poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores."[56]

Preleciona Carlos Roberto Gonçalves conceitua sobre este assunto:

> Os filhos adquirem direitos e bens, sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e para este fim, representa-los em juízo ou fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada poder parental ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais.[57]

No entendimento de Roberto Lisboa, poder familiar "é a autorização legal para atuar segundo os fins de preservação da unidade familiar e do desenvolvimento biopsíquico dos seus integrantes".[58]

Ensina Silvio Venosa

> Por exclusivo ato de sua vontade, os pais não podem renunciar ao pátrio poder. [...] O poder familiar é indivisível, porém não seu exercício. Quando se tratar de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo- se as incumbências. [...] o poder familiar também é imprescritível. Ainda que, por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais, poderá terminá-lo.[59]

Nota-se que o modelo patriarcal do passado extinguiu-se, deixando de existir o *pater famílias,* passando este cargo para a família, aonde é resguardado a proteção aos filhos. Tendo tal referência, descreve Silvio da Salvo Venosa ao relatar:

> Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para o principio de mutua compreensão, a proteção dos

[56] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de família. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.
[57] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de família. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6. p. 367.
[58] LISBOA, Roberto S. *Manual* de *Direito Civil: Direito de família e das Sucessões*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 268.
[59] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 6. São Paulo: Editora Saraiva: 2006. p. 324.

> menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores a convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreado não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.[60]

Assim, os filhos vieram a ter seu maior reconhecimento e a família consecutivamente tornou-se base da sociedade e assim responsável pelo bem da criação dos mesmos, procurando sempre o melhor perante o filho.[61]

O poder familiar possibilita o dever e obrigação nativa da filiação, que é encarregado da alimentação, vestuário, lazer, educação, saúde, entre outros que devem ser repassados na criação dos filhos. Estes deveres e obrigações deveram ser realizados pelos genitores visando o bem dos filhos melhores.

Assim sendo, Maria Helena Diniz caracteriza o poder familiar como *múnus* público,

> Isto é, uma espécie de função correspondente de um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo.[62]

Carlos Roberto Gonçalves assevera sobre o conceito de *múnus público*, "é o Estado que define normas para seu exercício, este também tem grande interesse no seu desempenho correto".[63]

Assevera Lôbo apud Dias:

> Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em *múnus*, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse de outrem.[64]

Roberto Lisboa aduz sobre o assunto ao falar

---

[60] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. v. 2, São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 319.
[61] NADER, Paulo. *Curso de Direito civil: direito de família*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 349.
[62] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5, p. 553.
[63] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. p. 369.
[64] DIAS, Maria Berenice: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e novo código civil*. 3. Ed. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 179-180.

> Releva-se um autêntico *munus* legal, pois o poder familiar importa não apenas em direitos sobre a pessoa do incapaz e seus bens, como também em deveres pessoais e patrimoniais sobre o filho.[65]

Maria Helena Diniz ensina no que diz respeito ainda sobre o assunto, o poder familiar é irrenunciável, não podendo os genitores abrir mão. É inalienável, não podendo os responsáveis transferir para outrem, ainda que de maneira livre, ocorrendo a carência dos genitores desejarem transferir tal obrigação como forma de prevenção de uma situação irregular do sujeito passo, pode-se efetuar uma delegação, sendo esta a única exceção permitida pelo ordenamento jurídico.[66]

Neste sentido, ensina Sílvio de Salvo Venosa:

> Por exclusivo ato de sua vontade, os pais não podem renunciar ao pátrio poder. [...] O poder familiar é indivisível, porém não seu exercício. Quando se tratar de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo- se as incumbências. [...] o poder familiar também é imprescritível. Ainda que, por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais, poderá terminá-lo.[67]

O poder familiar, devido às suas características, é importante instituto jurídico, tanto que há diversos direitos e deveres dos pais explícitos e implícitos na Constituição Federal. Ainda, verifica-se que os filhos possuem, em todos os artigos explanados, proteção especial, já que, enquanto menores, necessitam de um maior apoio dos pais.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao pesquisar o conceito de responsabilidade no dicionário Aurélio, é encontrado o seguinte: “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos

[65] LISBOA, Roberto. *Manuel de direito civil: direito de família e das sucessões*. p. 269.
[66] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5, p. 554.
[67] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 6. Ed. São Paulo: 2006. p. 324.

outros."[68] O estudo da responsabilidade civil conglomera o conjunto todo de princípios e normas que regem esta obrigação de reparar o dano, de indenizar.

No presente capítulo abordará a evolução histórica até os dias atuais da responsabilidade civil, conceituando-a, em seguida explicando sobre cada uma das suas espécies, essas podendo ser subjetiva ou objetiva, contratual ou extracontratual, como será explicado nos próximos pontos e seus elementos essenciais para configurar a responsabilidade civil.

3.1 Evolução histórica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil originou-se como forma de Estado Democrático de Direito convalidar o julgador a aplicar uma pena pecuniária aquele que causar dano a outrem. A noção de responsabilidade civil já se ajeitava no que diz respeito a reparar um dano causado a outrem, injustamente. Ocorre que essa noção foi se aperfeiçoando com o tempo e deixou de ter uma aparência pré-histórica.[69]

Tendo em vista o conceito de responsabilidade civil, foi no Direito Romano que começou a dar forma a esta responsabilidade, mas de maneira diferente de como é conhecida hoje em dia, pois naquela época era através da vingança pessoal que aquele que eram prejudicados reparava o dano sofrido. A isso se abrevia a famosa "Lei de Talião", cuja expressão até os tempos atuais é conhecida é a frase "olho por olho, dente por dente".

Segundo Vanessa Bitencourt coloca, o Estado estando no centro da sociedade, "o Poder Público passa a ter maior controle das ações humanas e as primeiras legislações vão sendo criadas."[70] Dessa maneira, a responsabilidade civil passa a ter vinculação com indenizações e, inicialmente, essas indenizações eram

[68] AURÉLIO. Significado de responsabilidade civil. Disponível em: https://www.dicio.com.br/aurelio-2/ Acesso em: 02 out 2018.
[69] BITTENCOURT, Vanessa. *Responsabilidade Civil no Direito de Família: Aspectos relevantes da Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Disponível em: <https://vanbittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/306634668/responsabilidade-civil-no-direito-de-familia> Acesso em: 20 mai. 2018
[70] Ibidem

controladas pelo Poder Público, responsável por determinar qual seria a quantia indenizatória, numa espécie de multa fixa.

O conceito de responsabilidade civil foi logo se aperfeiçoando, assim que as diversas sociedades foram se aperfeiçoando. A chamada responsabilidade aquiliana acabou sendo o marco da evolução histórica desse conceito.

Isso pois, a Lex Aquilia, que deriva do nome responsabilidade aquiliana, decidiu este instituto, inicialmente, em responsabilidade delitual ou extracontratual.

O maior progresso deste instituto por hora conceituado ocorreu com a vinda da *Lex Aquilia* – o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo[71] - dando origem a responsabilidade civil delitual ou extracontratual, esta também denominada por responsabilidade aquiliana.

Pablo Stolze e Rodolfo Pomplona relatam:

> Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da Lex Aquilia, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual[72]

Essa legislação ressaltou por apresentar a mudança da multa implantada por uma pena proporcional ao dano causado.

A maior ênfase desta lei foi à substituição da multa fixa por uma indenização que era determinada de acordo com o dano causado.

Cada vez mais a responsabilidade civil foi se conceituando ficando mais próxima do que é hoje em dia.

A autora Vanessa Bittencourt[73] da como exemplo com o Código Civil de Napoleão, sendo a responsável pelo culpa de onde começou a ser um aspecto

---

[71] ALVES, José Carlos Morereira. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007. p. 382-436.
[72] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
[73] BITTENCOURT, Vanessa. Responsabilidade Civil no Direito de Família: Aspectos relevantes da Responsabilidade Civil no Direito de Família. Disponível em: <https://vanbittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/306634668/responsabilidade-civil-no-direito-de-familia> Acesso em: 20 mai. 2018

relevante na aplicação da pena e os danos morais também começavam a aparecer, em adição aos danos materiais existentes desde o Direito Romano. E esses dois conceitos foram vastamente empregados nas legislações que persistiram, sendo que o Código Civil brasileiro os abrigou desde seu aparecimento.

A responsabilidade civil passa por diversas transformações diárias, visando sempre atender às carências que vem surgindo no âmbito social. Essa entidade de direito civil já trouxe máximo desenvolvimento nos últimos 100 anos.

Como coloca o autor Pablo Stolze, o apreciar de responsabilidade civil, "em reparar o dano injustamente causado, por ser próprio da natureza humana, sempre existiu."[74] Ocorre que essa apreciação ao decorrer do tempo sofreu uma grande transformação.

Segundo o doutrinador Pamplona Stolze Gabliano, o Direito Romano deu raiz ao instituto da responsabilidade civil, advindo de uma vingança pessoal, sendo uma forma por certo grosseira de se colocar, porém, tolerante ao ponto de vista humano, da forma válida em reação pessoal versus o mal tolerado.[75]

Depois da origem da Lei das XII Tábuas, considerado marco do Direito Romano, ainda era admissível constatar a apresentação da chamada Pena do Tabelião, que origina o termo "olho por olho, e dente por dente".

No decorrer do tempo, o zelo desta pena, contudo, incidiu a ser caracterizada pela intervenção do poder público, que nas palavras de Pablo Saul, "poderia permiti-la ou proibi-la."[76]

Em seguida, ainda fortificando a Lei das XII Tábuas, deu início ao período da composição tarifada, onde a competente lei gerava o *quantum* (quantia) para a indenização, adequando o caso visível. Nas expressões de Alvino Lima: "é a reação

[74] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
[75] Ibidem
[76] SANTOS, Pablo de Paula. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. Revista âmbito jurídico. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875> . Acesso em: 22 mai. 2018.

contra a vingança privada, que é abolida e substituída pela composição obrigatória".[77]

3.2 Conceito de Responsabilidade Civil

Diferentemente do Código atual, o anterior, datado em 1916[78], dedicando-se em poucos dispositivos no tocante do instituto da Responsabilidade Civil. Em uma visão geral, nota-se que a responsabilidade civil abordada no código antigo era a subjetiva, a qual, para ser de fato contabilizada, deveria conter o elemento "culpa", *lato sensu*, que representava o dolo e a culpa *strito sensu.*

Ao longo do tempo, ao que diz respeito sobre este tema, Pablo de Saul[79] relata que "a tendência na sociedade é no sentido de não deixar nenhuma vítima de dano sem reparação." Desta maneira, atenta diretamente no que tange a responsabilidade civil, visto que leva a expansão dos danos suscetíveis de indenização.[80]

A ideia que relaciona a responsabilidade civil é a noção de não prejudicar o outro, ou seja, ao faltar com a mencionada, medidas são postas para que obriguem uma pessoa reparar dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Assim, Rui Stoco já dizia:

> A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça

[77] LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.
[78] BRASIL. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Instituía o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 23 mai 2018.
[79] SANTOS, Pablo de Paula. *Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais*. Revista âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 22 mai. 2018.
[80] Santos, Pablo de Paula. *Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais*. Revista âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 22 mai. 2018.

> existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.[81]

Silvio Rodrigues expõe "A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam."[82]

Na visão do doutrinador De Plácido e Silva, responsabilidade civil é:

> Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.[83]

Segundo Maria Helena Diniz, responsabilidade civil é definida com:

> [...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.[84]

Para o autor Sérgio Cavalieri Filho, a definição de responsabilidade civil é o dever da recomposição do dano decorrente de uma violação de um dever jurídico originário. "Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano". Ou seja, quem casou o dano é o responsável a "ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico."[85]

Distinto da colocação feita por Maria Helena Diniz, Sérgio Cavalieri Filho tem como ideia principal o dever jurídico, alargando, de certa forma, a definição, pois, nestes moldes toda conduta humana que violar dever jurídico e vier a causar prejuízo para outrem, pode ser objeto de reparação de danos.

---

[81] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.
[82] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6.
[83] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.
[84] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17.ed. (aument. E atual. De acordo com o Novo Código Civil – lei nº 10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, 7.v.
[85] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo : Atlas, 2007.

3.3 Espécies de responsabilidade civil

A palavra responsabilidade do latim *re-spondere*, é lecionada pelo autor Carlos Roberto Gonçalves: "encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado".[86]

Como menciona Marciel Barreto Casabona, responsabilidade civil é um ramo do direito civil que cuida do dever de alguém indenizar o prejuízo sofrido por outro, só sendo configurado de fato se o dano visado vigorar "o dever de respeito dos indivíduos ao direito alheio"[87].

No campo do direito civil, todas as vezes que alguém causar um dano a outro, nasce a obrigação de ressarcir ou compensar o prejuízo para aquele que sofreu o dano. Assim, a responsabilidade civil consiste em atribuir à obrigação de indenizar e/ou compensar uma pessoa perante a "vítima", pelos danos causados.

Para que seja de fato caracterizada a responsabilidade civil, é necessária a presença de alguns elementos e pressupostos. Flávio Tartuce observa que não existe de fato um consenso na doutrina sobre quais seriam esses elementos, mas em regra, quatro foram as que prevaleceram: *conduta humana*; *nexo causal; dano*; e *culpa* lato sensu.[88]

Salientando que a culpa lato sensu não é elemento essencial, pois, exclusivamente, a responsabilidade civil é caracterizada independentemente de culpa.

Inicialmente, no próximo tópico, listarei as espécies de responsabilidade civil, em seguida pontuarei os elementos acima citados.

3.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

[86] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. p.13.
[87] CASABONA, Marcial Barreto. *Responsabilidade civil no direito de família*. In: DONNI, Rogério; NERY, Rosa Maria Barreyo Borriello de Andrade (Org.). Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. cap. 17, p.358.
[88] TARTUCE, Flávio. Direito Civil. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2.v. 353-354. p.

A responsabilidade civil subjetiva se conceitua como aquela que pressupõe a existência de culpa *lato sensu*, levando de fato a obrigação de indenizar ou compensar. No artigo 186 do Código Civil, prevê essa regra: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".[89]

Em contrapartida, na responsabilidade civil objetiva, é aquela que dispensa a alegação de culpa para seu conceito, ou seja, é apenas observado o dano causado, o responsável que causou e ao grau do dano. Se forem constatados esses pressupostos em determinada situação, não importa se a pessoa teve muita ou pouca intenção de causar dano, arcará com todos os danos por ele causados de qualquer forma.

Diante disto, o autor Sergio Cavalieri explica nas palavras dele que "todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem causou independente de ter ou não agido com culpa"[90]. Em seguida, explica a solução deste problema na relação de nexo de causalidade, sendo desnecessário qualquer juízo de valor sobre a culpa.

Ainda nesta linha, este conceito também é explicado pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 927:

> Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem[91]

A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, exigindo para sua configuração juízo de censura do agente capaz de entender a ilicitude de sua conduta. Enfim, exige-se comportamento culposo ou doloso, de tal sorte que só se pode pleitear ressarcimento, se comprovado que o chamado a indenizar agiu com culpa ou dolo.

---

[89] BRASIL. *Lei nº* 10.406 d*e 10 de janeiro de 2002.*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 02 out 2018.

[90] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

[91] BRASIL. *Leinº* 10.406 d*e 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.> Acesso em: 02 out 2018.

3.3.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

No que diz respeito responsabilidade civil contratual, Flávio Tartuce ensina que seu surgimento é "em razão da desobediência de uma regra estabelecida em um contrato", enquanto a responsabilidade extracontratual, podendo ser chamada de *aquiliana*, decorre "por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida".[92]

A responsabilidade civil contratual é causa de danos em inadimplementos de uma obrigação, tendo previsão legal nos artigos 389 e seguintes do Código Civil e a responsabilidade civil extracontratual está contida nos artigos 186 a 188 e 927 do Código Civil demonstram a positivação da responsabilidade extracontratual. Ela decorre da quebra do dever geral de não lesar ninguém.

O autor Inácio Carvalho Neto, considera desnecessária a distinção entre essas duas espécies de responsabilidade civil, visto que os pressupostos e efeitos de uma e de outra são os mesmos.[93]

Já para o autor Carlos Roberto Gonçalves, existem dois pontos de grande diferença entre as duas. A primeira refere-se ao ônus da prova. A responsabilidade civil contratual, basta o credor (vítima) mostrar a falta da obrigação que o autor teve com o devedor (autor do dano), cabendo este provar que o inadimplemento não se deu por sua culpa. Já na responsabilidade civil extracontratual é da vítima o ônus de provar a culpa de quem causou o dano. A segunda distinção dos tipos de responsabilidade se relaciona a capacidade do agente. Na responsabilidade contratual, só irá existir a obrigação de indenizar se os contratantes forem capazes no momento da celebração do contrato. Já na extracontratual, só haverá essa responsabilidade "ainda que o agente seja incapaz, ficando obrigado a seu

[92] TARTUCE, Flávio. Direito civil*: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2. v. São Paulo: Método, 2010.
[93] CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2011.

responsável ou, excepcionalmente, o próprio inimputável, por força do artigo 928 do Código Civil"[94]

3.4 Elementos essenciais da responsabilidade civil

Como foi colocado anteriormente, são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil: conduta humana, nexo causal, dano e culpa. Sendo esse último, não essencial, pois, exclusivamente, haverá responsabilização sem culpa.

3.4.1 Conduta humana

A conduta humana é incide sob ação ou omissão voluntária praticada por alguém, o qual se caracteriza como um ato ilícito, um ato abusivo de direito ou ainda, exclusivamente, um ato lícito.

Para que haja a conduta humana, é necessária à vontade. Como exemplo, na hipótese de um dano causado por coação física irresistível não há conduta voluntaria, muito menos responsabilidade, uma vez que o agente não tem finalidade de agir, sendo aproveitado como mero instrumento. Diferentemente da coação moral, em que age voluntariamente, pois este tem a opção de praticar ou não, e se praticar, age com vontade.

Segundo leciona Rui Stoco, a conduta voluntária é a intenção ou não de praticar a ação ou omissão em si. Por outro lado, na ação culposa ou dolosa, parte do pressuposto de que teve vontade e passa a averiguar a consciência que a pessoa teve ou deve ter em relação às decorrências danosas de seus atos.[95]

3.4.2 Nexo causal

[94] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
[95] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

Outro elemento a ser analisado é o nexo causal ou nexo de causalidade. Já dizia Sergio Cavalieri Filho: "é o vínculo, a ligação, ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado".[96]

É necessária verificar a forma praticada pelo agente para ver se deu causa ao resultado do dano sofrido pela vítima. Ou seja, o nexo causal é a conexão entre uma conduta e um resultado, em que um resultado do outro.

O desafio encontrado pela doutrina e jurisprudência é visualizar quando de fato esses critérios são existentes em cada caso. Melhor dizendo, o complexo de se ver em cada caso quais são as causas responsáveis pelo dano. Surge essa dificuldade, especialmente, quando a conduta aparente capaz de gerar o dano.

3.4.3 Dano

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil. Não há que se falar em indenizar ou compensar sem ocorrência de um resultado danoso. O autor Rui Stoco lciona que o dano "traduz unidade e sentido de diminuição ou detrimento de um patrimônio ou ofensa a um bem jurídico protegido"[97] .

Dessa forma, diz a grande maioria da doutrina que os danos, quanto à natureza do bem lesado, podem ser materiais (ou patrimoniais) e morais (ou extrapatrimoniais).

Os danos materiais atingem direitos patrimoniais, o patrimônio da pessoa. Já os danos morais atingem direitos da personalidade, a própria pessoa. De certa forma, só ato ilícito pode causar dano material e dano moral. Tendo em vista o que foi colocado, ocorrerá uma obrigação de indenização do primeiro em compensar o segundo. Neste sentido, foi editada a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

[96] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2009.
[97] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

O dano material consiste na diminuição do patrimônio da vítima. Isso pode ocorrer em relação a patrimônio já existente ou a patrimônio que inequivocamente iria ser obtido pela vítima no futuro, em que razoavelmente se deixou de lucrar.

O dano moral é a lesão que fere um direito da personalidade, melhor dizendo, um direito fundamental essencial da pessoa, como a vida, integridade física, imagem, honra, intimidade, nome, liberdade, entre outros. Carlos Roberto Gonçalves adverte que o dano moral não pode ser confundido com

> A dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano"[98]

Outro dano marcante é o dano estético. Segundo Teresa Ancona Lopes, três são os elementos capazes de caracterizar o dano estético, a saber: transformação para pior, permanência ou efeito danoso prolongado e localização na aparência externa da pessoa.

Serpa Lopes tinha sua ideia acerca do dano estético

> [...] um prejuízo que pode ser corrigido in natura, através dos milagres da cirurgia plástica, cuja operação inegavelmente se impõe como incluída na reparação do dano e na sua liquidação. Por conseguinte, o dano estético só pode ter lugar quando se patenteia impossível corrigir o defeito resultante do acidente através dos meios cirúrgicos especializados.[99]

Em que pese à autoridade do renomado jurista, a doutrina mais moderna tem entendido que a correção, para afastar uma eventual indenização a título de dano estético, deve se dar de forma natural, conquanto ninguém pode ser obrigado a submeter-se a uma cirurgia, mesmo que seja para corrigir um dano.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

[98] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil.* São Paulo: Saraiva, 2011. p. 628
[99] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. Fontes acontratuais das obrigações – Responsabilidade civi*l. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

Neste capítulo, realizar-se-á contextualização a respeito do que é o Abandono Afetivo, especialmente a posição doutrinária e jurisprudencial a cerca deste assunto, bem como das suas implicações decorrentes da responsabilidade civil, assunto o qual foi conceituado no capítulo anterior.

O abandono afetivo filial/parental, que também pode ser denominado como abandono afetivo, vem passando por diversas discussões acadêmicas, jurídicas e doutrinárias, sendo grande objeto de discussão desde os anos 2000 até a presente data[100], como serão apresentadas neste capítulo.

4.1 Conceito de abandono afetivo

Inicialmente, como conceitua o Dicionário Aurélio, abandono significa "deixar ao desamparo; deixar só"[101] e afetividade "faculdade afetiva; qualidade do que é afetivo".[102]

Segundo o autor Charles Bicca coloca na sua obra, o abandono afetivo é uma das violências mais diferentes e graves que pode ser praticada contra o Ser Humano, pois é duradoura, covarde e, sobretudo, age de forma que não pode perceber, sem ter noção do que pode gerar na formação da vida pessoal do indivíduo abandonado. É a morte em vida, sobre aquele que sofre esse abandono, gerando danos psicológicos, impossibilitando inclusive aqueles que vivem diariamente com eles, genitoras (ou genitores), de solucionar a angústia diária, pois a solução quase nunca esta no alcance deles.[103]

É de suma importância compreender que a denominação "abandono afetivo" é de difícil delimitação, de igual modo a sua comprovação, a ser dura e de difícil

[100] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, *Resp nº 757.411/MG*, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_regi stro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 05 de agosto de 2018

[101] AURÉLIO. Significado de abandono. Disponível em: https://www.dicio.com.br/aurelio-2/ Acesso em: 02 out 2018.

[102] Ibidem

[103] BICCA, Charles. *Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos*. Brasília, DF: OWL,2015. p.14.

constatação, além de ser objeto de grande discussão por parte dos operadores do Direito.

Posto isso, a termologia *abandono afetivo* talvez não seja o mais adequado, pois o objetivo da indenização de fato não seja a de amar, mas sim de cuidar, educar, dar auxílios para a formação do filho, ser humano em formação. Entretanto, seria uma incansável luta mudar essa terminologia, ficando mais fácil e coerente deixar claro a obrigação de cuidar e não a de afeto[104].

Para uma melhor compreensão, o laço afetivo que é criado entre pai e filho, compreende a relação que é estabelecida e criada, gerando consequências que irão ser levadas por toda a vida da criança. Como já foi colocado, é necessário entender que a classificação do termo "pais", é qualquer pessoa que assuma o papel de criar, cuidar educar a criança, podendo esses ser os primos, avós, tios, pais naturais ou civis ou qualquer pessoa responsável juridicamente pela criança.

Nota-se que esta temática vem passando por diversos avanços, sendo a mutação sociológica uma das suas justificativas, de igual forma pela inovação trazida ao ordenamento jurídico, com a introdução da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002[105], responsável Código Civil Brasileiro atual, alinhando e mudando a redação que possuíam os preceitos constitucionais trazidos na Magna Carta de 1998.

Diferentemente do Código atual, o anterior, datado em 1916[106], dedicando-se em poucos dispositivos no tocante do instituto da Responsabilidade Civil. Em uma visão geral, nota-se que a responsabilidade civil abordada no código antigo era a subjetiva, a qual, para ser de fato contabilizada, deveria conter o elemento "culpa", *lato sensu*, que representava o dolo e a culpa *strito sensu*, como foi abordada no

[104] BICCA, Charles. *Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos*. Brasília, DF: OWL,2015. p.41.
[105] BRASIL. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 de agosto 2018.
[106] BRASIL. *Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Instituía o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2018.

capítulo anterior, o qual explica de maneira clara a respeito da Responsabilidade Civil.

Já explicado nos capítulos anteriores, o Direito de Família passou por diversas mudanças. Sendo o código antigo responsável por regularizar a família originalmente constituída pelo casamento, pode-se levar em conta que o modelo de familiar patriarcal hierarquizado idealizado naquela época, é uma legislação discriminatória[107], dando distinção aos filhos que foram concebidos na constância do casamento e dos havidos fora, considerando-os ilegítimos.

No que lida o Código Civil atual, novas composições mudam os elementos das relações familiares e da desconsideração de distinção entre os filhos. Além disso, outros valores norteiam a formação familiar, como o respeito, o cuidado e a solidariedade, ensejando, também, nos aspectos da responsabilidade como dever de proteção e de cuidado, recíprocos entre pais e filhos, numa dinâmica de vida em comum de membros comprometidos com os rígidos laços afetivos, proporcionando o bem-estar de todos os envolvidos. Neste entendimento, Maria Berenice Dias leciona que:

> O afeto foi reconhecido como o ponto de identificação das estruturas de família. É o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – e o conduz o para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.[108]

Corrobora a lição o autor José Carlos Amorim de Vilhenas Nunes ao afirmar que a afetividade gera deveres presumidos legalmente, decorrentes dos vínculos familiares formados através dos elos socioafetivos e da comunhão da vida, representativos dos valores da pessoa humana sobre “os valores matérias,

[107] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.
[108] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 10ª ed.rev., atual e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p.13.

patrimoniais, nas relações familiares, deveres esses impostos a par da existência, ou não, de amor ou afeição entre as pessoas envolvidas."[109]

Especialmente no que se referem às grandes mudanças que ocorreram ao longo do tempo no Direito de Família, debates sobre a temática do abandono afetivo vieram constantemente. Nas situações em que nota-se a omissão legal, a opção é socorrer-se aos princípios constitucionais; já dessa tendência, é perceptível que à chamada constitucionalização no direito civil, onde se tornam fontes normativas os princípios elencados na Constituição Federal[110], bem como, nas mudanças introduzidas no institutito da responsabilidade civil e consequentemente reparação de danos.

Neste sentido, alguns conceitos foram inseridos para sobre a temática. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) considera o abandono efetivo como "caracterizada a indiferença afetiva de um genitor em relação a seus filhos, ainda que não exista abandono material e intelectual, pode ser constatado, na Justiça, o abandono afetivo."[111]

Visando o entendimento do referido Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mesmo esse problema familiar sempre ter sido constatado na sociedade, apenas nos últimos anos veio à tona essa questão como objeto de discussão no âmbito jurídico, dentre as quais os filhos (considerados as vítimas), pedem indenização pelo dano causado mediante o abandono. Diante disso, algumas são as decisões são concedidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), apreciando que o abandono afetivo

[109] NUNES. José Carlos Amorim de Vilhena. *Novos vínculos jurídicos nas relações de família.* São Paulo. 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/.../2/.../Jose_Carlos_Amorim_de_Vilhena_Nunes_Parcial.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

[110] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 10ª ed.rev., atual e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p.28.

[111] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual- material-e-afetivo>. Acesso em: 05. set. 2018.

"constituiu descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia presente, previstos implicitamente na Constituição Federal".[112]

Em novembro de 2015, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgou o Recurso Especial nº 1557978/DF[113], sob a relatoria do Ministro Moura Ribeiro, manifestando- se diante da temática:

> [...] Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória. [...]

Muitos são os obstáculos sofridos diante da matéria, entretanto, grande parte dos operadores do direito que defendem a importância do tema, assim como sua possibilidade.

No conceito posto pela advogada Josiane Coelho Duarte, o abandono afetivo vem com o dano causado do abandono emocional de um ou ambos os genitores em relação ao filho, responsável por causar grande lesão imaterial que sensibilizam o íntimo daquele que sofre o abandono, ferindo sua personalidade, gerando grande dano a sua personalidade, ao ponto de provocar graves consequências em seu desenvolvimento como pessoa natural.[114]

---

[112] NOTÍCIAS, Agência CNJ de. *Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e- afetivo>. Acesso em: 06 set. 2018.

[113] BRASIL. *Superior* Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp nº 1557978 / DF*. Terceira Turma. Relator: Min.Moura Ribeiro. Brasília, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&b=ACOR&p=true&l=10&. Acesso em: 6 set. 2018.

[114] DUARTE, Josiane Coelho. Abandono afetivo e suas consequências jurídicas. 2016. Disponível em: <http://www.jornaljurid.com.br/colunas/josiane-coelho-duarte/abandono-afetivo-e-suas-consequencias-juridicas>. Acesso em: 06 set. 2018.

Já na visão da advogada e psicóloga, Márcia Elena de Oliveira Cunha, este conceito está atrelado à "ausência de afeito entre os pais e filhos, em que estes buscam por intermédio do judiciário a reparação desta lacuna de afetividade existente em sua vida".[115]

Mesmo visualizando esses entendimentos, de fato não existe um ordenamento jurídico que afirme a obrigação dos pais em prestar afeto aos seus filhos, mas ao estudar cada dispositivo da lei, como já foi abordado, o abandono afetivo deve ser sim assunto a ser tratado com grande importância.[116]

Ocorre que, no tocante desses conceitos, o afeto é essencial para o desenvolvimento de qualquer ser humano, podendo inclusive levar aquele que é abandono a sofrer traumas e incertezas na vida adulta. O autor Paulo Nader conceitua no seu entendimento a respeito desse posicionamento:

> A vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência [...] Se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.[117]

Ou seja, o sentimento não deve ser visto só de espontânea vontade, mas sim de ver sua extremam importância para a sanidade mental de qualquer ser humano para seu desenvolvimento.

4.2 Pressupostos para o Reconhecimento do abandono afetivo

A Convenção sobre o Direito da Criança em 1990, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente 1990 são

[115] CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. O Afeto face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Seus Efeitos Jurídicos no Direito de Família. 2009. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482> Acesso em: 09 set 2018.
[116] NADER, Paulo. Curso de direito civil: Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p.262.
[117] Ibidem

alguns direitos que trouxeram a tutela total à criança e ao adolescente, serem humanos em formação.[118]

Na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, dispõe no artigo 7.1, que "a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles"[119]

No que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 229, é ainda mais clara sobre o abandono: "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".[120]

Como se não bastasse, o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceu a vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, dando uma atenção especial na proteção, em seus diversos artigos, dentre os quais trouxeram uma tutela total e irrestrita, como destaca o aritgo 22 do Código Civil: "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."[121]

Sendo assim, a "ilicitude constante no abandono não esta no deseamor, mas na mais absoluta falta de atendimento ao dever de cuidado"[122].

4.3 Posição doutrinária e jurisprudencial

[118] BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília, DF: OWL,2015. p.29

[119] Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, dispõe no artigo 7.1.

[120] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 set 2018.

[121] BRASIL, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> acesso em 09 set 2018.

[122] BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília, DF: OWL,2015. p.32.

Acerca deste assunto, diversas são as posições doutrinárias e jurisprudenciais contra e a favor.

Na visão da autora Jacqueline Filgueras, o abandono afetivo somente é configurado quando a conduta ou omissão dos responsáveis estiver caracterizando ato ilícito por vontade própria do genitor, de acordo com as obrigações e princípios direcionados a eles. Diversas são as situações que podem vir a surgir, porém, deve-se observar cada caso distintamente, visto que cada um tem sua materialidade. [123]

Para entender melhor o que de fato é ato ilícito ou não, analisaremos as seguintes situações: Um genitor que não possui a guarda do filho, mas possui uma boa situação financeira, entretanto mora em local distante, residindo na casa em que constitui "nova vida" ao lado da/o parceira/o atual, tem noção da existência do seu filho, mas mesmo assim não faz questão de ter o menor vínculo afetivo com ele, descuidando das suas obrigações, só arcando com os custos de vida do filho, comentando ato ilícito conforme entendimento de diversos doutrinadores.[124]

Em outra situação, o genitor não possui a guarda do filho, não mora em local perto de onde resite e não sabe da existência da criança, ou seja, não teve a chance de exercer sua paternidade durante a formação do mesmo, sendo assim, não é ato ilícito, uma vez que sua omissão não foi de vontade própria ou consciente.[125]

O maior argumento sobre a temática é: "pagar pela falta de amor não faz surgir o amor", ou "dar preço ao amor", entretanto, Cláudia Maria da Silva esclarece que não se trata de "dar preço ao amor", como os que divergem esse assunto colocam, tampouco "compensar a dor". O que é realmente posto, é mostrar que toda ação tem sua consequência, evitando que o pai ou próximos pais, ajam com essa conduta.[126]

---

[123] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação que se Constrói*: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico.São Paulo: Memória Jurídica, 2001 p.29.
[124] GOMIDE, Paula Inez. *Pais presentes pais ausentes: regras e limites*. Petrópolis: Vozes, 2004.p.71
[125] Ibidem
[126] SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convicência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.6, n.25, ago./set. 2005.

Outro ponto colocado sobre os doutrinadores é na importância da comprovação dos danos sofridos pelo filho, seus abalos psicológicos e as sequelas causadas pelo abandono, porém, o autor Charles Bicca entende que "o dano moral do abandono afetivo é do tipo *in re ispa*", ou seja, provado o abandono, é presumindo o dano sofrido.[127]

Muito embora não existam grande casos de indenização decorrentes do abandono afetivo, por se tratar de um assunto de recente repercussão e o prejudicado desconhecer, em 2004, no estado de Minas Gerais, houve o primeiro caso e decisão acerca do assunto, gerando grande repercussão.

O autor alegou que aos seus 6 (seis) anos de idade, seus pais se divorciaram, mesmo ano em que nasceria a sua meia irmã com sua segunda esposa de seu pai.

Nos autos, o autor alega que seu pai cumpria com a obrigação alimentícia, porém, não olhe prestava assistência moral e psíquica. Alegou também que com essa distância, a convivência com a meia irmã foi praticamente impossível. Em suas alegações também observou que o pai deixou de comparecer nos momentos mais importantes de sua vida, como festas comemorativas e sua formatura.

Diante dos fatos narrados, o Autor informou ter sofrido consequências marcantes na sua vida, acarretando a situações humilhantes e sofridas, e por esses motivos, procurou a reparação perante o tribunal de Minas Gerais.

Na alegação, o Genitor, afirmou ter tentado entrar em contato com seu filho no início da separação com sua mãe, porém, a mãe tornou a situação impossível, tentando coloca-lo contra seu filho. E perante as diversas confusões que surgiram e sua mudança habitual para o exterior, indo residir na África do Sul, dificultou o comparecimento à formatura do filho, mas nunca deixou de demonstrar contentamento diante das ligações que fazia ao Autor, considerando o ato ilícito inviável.

[127] BICCA, Charles. *Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos*. Brasília, DF: OWL,2015. p.48.

O posicionamento do Juiz de primeiro grau na 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que julgou improcedente, diz que:

> [...] não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial (fls. 71). A par de tais conclusões periciais resta inequívoco que, não obstante a relutância paterna em empreender visitações ao filho afete-lhe negativamente o estado anímico, tal circunstância não se afigura suficientemente penosa, a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, estando o autor plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó. De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74). Por outro lado, não se colhe do conjunto probatório descaso intencional do réu para com a criação, educação e a formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, II, do Cód. Civil, a determinar, inclusive, a perda do pátrio-poder. [...] Tais elementos fático-jurídicos conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiossincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão.[128]

A decisão de primeiro grau julgou a pretensão indenizatória improcedente, baseando-se na falta de nexo de causalidade entre a ausência do pai como causa dos danos psicológicos sofridos pelo autor, baseando-se na observância que prevê o artigo 186 do Código Civil, não caracterizando ato ilícito.

Não contente com a sentença, o autor interpôs apelação a qual foi apreciada pela 7ª Câmara Cível do Tribunal da alçada de Minas Gerais. A referida turma condenou em segunda instância o pai a pagar o equivalente a 44.000,00 (quarenta e

[128] BRASIL. *Superior* Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp nº 757411* MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJ 27/03/2006.

quatro mil reais), tendo em vista no princípio da dignidade humana, ficando comprovada a conduta ilícita do pai ao gerar danos à dignidade de seu filho.

Em seguida, o pai interpôs Recurso Especial perante o Tribunal Superior, alegando não haver indícios de ato ilícito teoricamente cometido por ele, também alegou em Recurso, haver tido dificuldades na aproximação do filho, diante da separação com a mãe dele e da sua profissão também dificultar o contato com os filhos, sendo "normal" na vida adulta.

O Recurso foi provido por maioria dos votos, entretanto, não foi unânime, tendo em vista a falta de pressuposto, uma vez que não existiam casos semelhantes. O voto vencido do Ministro Barros Monteiro colocava:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. DESCUMPRIMENTO DE DEVERES PATERNOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 07 DO STJ. COMPROVAÇÃO DO DANO EMOCIONAL E PSÍQUICO SOFRIDO
>
> PELO FILHO. Pelo não conhecimento, e se conhecido, pelo não provimento.[129]

Podemos observar então, que a decisão do julgado foi improcedente com o fundamento de que não há como obrigar ninguém a amar outra pessoa, o que não pode ser uma imposição judicial, como é falado no acórdão.

Entretanto, em 24 de abril de 2012, a Terceira Turma Cível do STJ, com o voto da Ministra Nancy Andrighi, reestabeleceu a posição deste Tribunal, dando destaque a seguinte frase: "amar é faculdade, cuidar é dever". A decisão condenou o pai a indenizar sua filha em 200.000,00 (duzentos mil reais).

O caso em tela, pelos fatos e provas alegadas na ação, tratava do pai que tratava a filha com desprezo em relação as meias irmãs, advindas de outro casamento, sentindo-se a filha prejudicada pelas atitudes do pai com a mesma.[130]

---

[129] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - *REsp: 757411 MG 2005/0085464-3*, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006

Transcreve-se:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem
>
> restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido[131]

Portanto, em observância a maioria dos votos dos Ministros dando provimento de forma parcial ao Recurso do genitor, em primeiro aspecto, não levou em consideração as regras da responsabilidade civil. Já em segundo aspecto, fez relação às normas impostas em nosso ordenamento jurídico e a relevância delas serem analisadas.

---

[130] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - *EREsp: 1159242 SP 2012/0107921-6*, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 09/04/2014, S2 SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 23/05/2014

[131] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.159.242/SP*, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012

No último aspecto, visualiza-se a observância de ilicitude na forma com age o genitor. Esta ilicitude refere-se a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, ao mínimo afeto e dever de cuidar por parte dos dois, assegurando os seus desenvolvimentos na formação da vida adulta, tanto no âmbito social como no que resguarda o psicológico.

Este caso apresentou sua singularidade, uma vez que o genitor não cumpria com os requisitos mínimos estabelecidos e resguardados nos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, Constituição Federal, dentro os outros que foram expostos nos capítulos anteriores.

Assim sendo, esse caso possui sua excepcionalidade, devendo ser analisado cada caso de forma distinta. No que tange este apresentado, fica claro que os magistrados compreendem o dever de cuidar e de afeto dos pais com os filhos, onde, ficando possível e fácil de comprovar, a indenização ou compensação pelos danos sofridos, se faz como único meio de solução, como lê-se em trecho da ementa:

> [...] Não se conhece dos embargos de divergência, por absoluta inexistência de similitude fato-jurídica entre os arestos confrontados, quando a solução dada ao caso concreto baseou-se, de forma expressa, em situação de excepcionalidade. Embargos de divergência não conhecidos.

Recentemente, a Justiça julgou na 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e na Vara Cível da Comarca de Brasileia, no Acre, dois grandes casos que ganharam destaque.

Na 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) foi julgado procedente o pedido de indenização de um a uma mulher por abandono afetivo de seu pai, reformulando sentença da Comarca de Limeira, a qual tinha julgado improcedente. O valor da reparação equivalia a 45 salários mínimos.[132]

[132] IBDFM. *Jurista ressalta a necessidade de uma maior punição nos casos de abandono afetivo.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6635/Jurista+ressalta+a+necessidade+de+uma+maior+puni%C3%A7%C3% A3o+nos+casos+de+abandono+afetivo> Acesso em: 10 set 2018.

Nos autos do processo, foi alegado o abandono do pai, deixando de dar assistência moral, afetiva e material. Em sua defesa, o abandonador alegou que, o afastamento perante a filha, se deu em razão de seu desentendimento com a mãe da filha, mas 20 (vinte) anos depois, no momento que a filha o procurou, foi cordial.

O relator Luiz Beethoven Giffoni Ferreira entendeu a falta do réu com a autora, no dever de prover alimentos e assistência com a filha, sendo sua pena pecuniária devida pelo abandono, resultante de sua conduta consciente e voluntária movida por ele. Afirmou em seu voto:

> Quem se dipôs a gerar outro ente há que deter responsabilidades referentes a tal gesto; a paternidade gera um poder-dever, aquele limitado por este. Cuidados e afeto são direitos do ser humano em formação, ainda que no ventre materno e bem mais quando em desenvolvimento.

Voto acompanhado unânime com os presentes desembargadores José Carlos Ferreira Alves e José Roberto Neves Amorim com a mesma fundamentação.

O posicionamento atual do STJ é pela inexistência de qualquer restrição à aplicação das regras da responsabilidade civil, no âmbito do Direito de Família, devendo ser responsabilizado aquele que não cumpre com seus requisitos, como foi exposto e explicado no capítulo anterior.

Portanto, tendo em vista os julgados, a Ministra Nancy Andrighi se posiciona num entendimento de que “ necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal”, ou seja, cada sim responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, uma vez que a falta de um dos pressupostos colocados por ela, interferem no desenvolvimento pessoa para o desenvolvimento do ser humano até sua fase adulta, convivendo de forma harmônica dentro da sociedade. Deve-se salientar que não é a obrigação de amar alguém, mas sim de ter a devida assistência, responsabilidade que são impostas a um pai e uma mãe ao seu filho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após explorar o tema proposto, é de se notar que o Direito passa por constantes mudanças, ainda mais no que configura o Direito de família, cabendo sempre estar atento a acompanhar essas alterações, a fim de entender melhor o que se passa nos tempos atuais e quais são as medidas a serem executadas em casos de violação dos deveres.

Nessa perspectiva, muito se mencionou a respeito das mudanças legislativas trazidas com o Código Civil de antigamente ate o atual, trazendo, também, as legislações que regulamentam o direito do menor em relação à responsabilidade que o genitor tem sobre ele, como é ministrado no Código Civil de 2002, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Com a análise desses elementos legais, doutrinários, acadêmicos e jurisprudenciais, conclui-se do presente trabalho, que existem casos em que é verificado o "abandono afetivo", cabendo a indenização do dano, pela violação do dever de cuidado por pais dos pais, que é dever no que diz respeito à responsabilidade civil.

No que é visto nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, anos perduraram para finalmente ter uma decisão favorável sobre o tema, o qual a Ministra Nancy Andrighi decretou, permitindo a mudança no que diz respeito ao assunto, declarando que "amar é faculdade, cuidar é dever".

Neste sentindo, conclui-se ainda, o que vem sendo discutido não é a obrigação de um pai amar seu filho, mas sim deve cuidar e dar os devidos auxílios para o seu desenvolvimento na sociedade. A termologia "abandono afetivo" é ainda bem complexa de se ser entendida pelos doutrinadores, porém, o foco principal da luta por essa indenização, não é o dinheiro, pois realmente ele não repara o que não lhe foi entregue (o cuidado), mas sim para evitar com que vários casos similares venham sempre a se repetir, uma vez que causada a comoção de que não dando auxilio ao filho, vai existir uma sanção, menos casos de abandono afetivo iram ocorrer, ficando assegurado o dever da responsabilidade civil.

Sua aplicação é de extrema dificuldade, dada dificuldade de comprovação do dano. Porém, o caso que foi estudando e analisado, é de grande observância os pressupostos cabíveis na única forma de reparar o dano sofrido mediante o abandono, que é decorrente do dano moral, sendo totalmente nítida a sua colocação, uma vez que interfere o crescimento do ser humano tanto na sociedade, como na vida interpessoal.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Morereira. Direito Romano. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007

AURÉLIO. Significado de abandono. Disponível em: https://www.dicio.com.br/aurelio-2/ Acesso em: 02 out 2018.

AURÉLIO. Significado de responsabilidade civil. Disponível em: https://www.dicio.com.br/aurelio-2/ Acesso em: 02 out 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena. A família na perspectiva do vigente Código Civil. Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: ABEP, 2005

BEVILÁQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975

BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília, DF: OWL,2015

BITTENCOURT, Vanessa. Responsabilidade Civil no Direito de Família: Aspectos relevantes da Responsabilidade Civil no Direito de Família. Disponível em: <https://vanbittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/306634668/responsabilidade-civil-no-direito- de-familia> Acesso em: 20 mai. 2018

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a- diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>. Acesso em: 05. set. 2018.

BRASIL, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> acesso em 21 mai 2018.

BRASIL, Lei Nº 8.06, de 13 de julho de 1990 - Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> acesso em 05 jun 2018.

BRASIL, Lei Nº 883, de 21 de outubro de 1949 - Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0883.htm > Acesso em: 21 mai 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, Resp nº 757.411/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial= 595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 05 de agosto de 2018

BRASIL. Constituição (1988) da República Federativa do Brasil de. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago 2018.

BRASIL. *Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Instituía o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 23 mai 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - *EREsp: 1159242 SP 2012/0107921-6*, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 09/04/2014, S2 SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 23/05/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - *REsp: 757411 MG 2005/0085464-3*, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006

BRASIL. *Superior* Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp nº 1557978 / DF*. Terceira Turma. Relator: Min.Moura Ribeiro. Brasília, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&b=ACOR&p=t rue&l=10&. Acesso em: 6 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp nº 757411* MG 2005/0085464- 3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJ 27/03/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.159.242/SP*, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012

CAMILA, Hayashi. *Da relação de parentesco*. Disponível em: https://camilahayashi.jusbrasil.com.br/artigos/148612539/das-relacoes-de-parentesco-e-dos- tipos-de-filiacao Acesso em: 15 ago. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COSTA, Maria Amélia. A possibilidade de desconstituição da paternidade havida por reconhecimento. Revista de Direito de Família e Sucessão, v. 2, 2016.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. O Afeto face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Seus Efeitos Jurídicos no Direito de Família. 2009. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482> Acesso em: 09 set 2018.

CYSNE, Renata Nepomuceno e. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. Família e jurisdição II . Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 9. Ed. São Paulo : RT, 201.

DUARTE, Josiane Coelho. Abandono afetivo e suas consequências jurídicas. 2016. Disponível em:

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação. São Paulo: Atlas, 2009.

FUNARI, Pedro. Direito de família: de Roma para os tempos atuais. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, nov. 2013. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/revista- ibdfam> Acesso em: 6 abr. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GILDO, Nathália. Evolução histórica do conceito de filiação. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46589/evolucao-historica-do-conceito-de-filiacao> Acesso em 05 jun 2018.

GOMES, Laurentino. A família na história do Brasil. Revista IBDFAM, Belo Horizonte, v. 5, 2007.

GOMIDE, Paula Inez. Pais presentes pais ausentes: regras e limites. Petrópolis: Vozes, 2004

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de família. ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2012

HIRONAKA, Giselda M. F. Noves. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

IBDFM. Jurista ressalta a necessidade de uma maior punição nos casos de abandono afetivo. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/noticias/6635/Jurista+ressalta+a+necessidade+de+uma+maior+pun i%C3%A7%C3%A3o+nos+casos+de+abandono+afetivo> Acesso em: 10 set 2018.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

LIRA, Wlademir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Família e responsabilidade*: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, 2010.

LISBOA, Roberto S. Manual de Direito Civil: Direito de família e das Sucessões. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. Fontes acontratuais das obrigações – Responsabilidade civil. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

MADALENO, Rolf. Direito de família em pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

Marcial Barreto. *Responsabilidade civil no direito de família*. In: DONNI, Rogério; NERY, Rosa Maria Barreyo Borriello de Andrade (Org.). Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Pontes. *Manual de Direito Constitucional*. 3. Ed. Coimbra, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito de família. 39. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. *Curso de Direito civil: direito de família*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

NOTÍCIAS, Agência CNJ de. *Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre- abandono-intelectual-material-e-afetivo>. Acesso em: 06 set. 2018.

RESENDE, Adriana Torres de Sá. *Do* direito parental: parentesco, filiação, adoção, poder familiar e alimentos. *Conteudo Juridico.* Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49169&seo=1> Acesso em: 21 maio. 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. SANCHES. *A evolução histórica da filiação: Roma e Brasil*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31344/a-evolucao-historica-da-filiacao-roma-e-brasil#_ftn3> Acesso em: 6 abr. 2018

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A Tutela Jurídica da Afetividade*. Curitiba: Juruá

SIMÕES, Ulisses. *Filiação socioafetiva e reconhecimento pela via extrajudicial*. Jota Info. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-l-o-baptista- advogados/filiacao-socioafetiva-e-reconhecimento-pela-via-extrajudicial-17012018> Acesso em: 20 mai .2018

SOUZA, Alves Magno Carlos. *CNJ cria regras de reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva.* <https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras- reconhecer-filiacao-socioafetiva> Acesso em: 20 mai.2018.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2.v

VELLSO, Reinaldo. *Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva*. 13 mar. 2017. Disponível em: <http://reinaldovelloso.blog.br/?p=667>. Acesso em: 15 ago. 2018.

VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Recife: Renovar. 2004

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 6. São Paulo: Editora Saraiva: 2006

ZENI, Bruna Schlindwein. O afeto como reconhecimento da filiação. *Revista Direito em Debate*, v.18, n.32, mar. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/632>. Acesso em: 13 maio 2018.

A DOUTRINA DO FORUM NON CONVENIENS COMO OBSTÁCULO À RESPONSABILIZAÇÃO DE TRANSNACIONAIS

Daniel da Silva Rocha

RESUMO

Atualmente, o *Forum non Conveniens*, doutrina criada para estabelecer maior equilíbrio processual entre as partes de um processo que pode ser interposto em diferentes jurisdições, não vem cumprindo seu objetivo quando envolve empresas transnacionais, de modo que estas aproveitam da doutrina para dificultar a sua responsabilização. Diante de tal panorama, questiona-se a aplicabilidade da doutrina em casos dessa natureza, avaliando se permanece o seu objetivo primordial quando existem empresas transnacionais envolvidas. Busca-se comprovar que a doutrina que fora criada para dar maior equilíbrio a um processo está, pelo contrário, constituindo um mecanismo de defesa de empresas transnacionais, dando, portanto, vantagem a uma das partes e, por conseguinte, desvantagem à outra. A análise será feita a partir da escolha de casos os quais a doutrina foi utilizada, para saber se trata de uma prática de má-fé das empresas transnacionais ou, ainda, uma interpretação errada por parte dos tribunais que a julga.

Palavras-chave: *Forum non Conveniens. Forum Shopping*. Responsabilização de empresas transnacionais.

1 INTRODUÇÃO

As vítimas de danos causados por empresas multinacionais que atuam em território estrangeiro geralmente encontram dificuldade para conseguir uma reparação que seja equivalente ao dano causado por estas. Isso se deve a fatores variados, mas no âmbito processual, o encerramento do processo numa jurisdição implica em maior morosidade para o julgamento do mérito desse, corroborando com essa dificuldade, como será visto a seguir.

Considerado o maior desastre químico da história, em dezembro de 1984, numa fábrica de pesticidas da *Union Carbide*, localizada em Bhopal, Índia, vazaram mais de 40 toneladas de um gás venenoso. Oficiais indianos estimaram que o gás deixou, aproximadamente, 3.000 pessoas mortas e 50.000 pessoas com danos permanentes, além de outras 15.000 pessoas que morreram em decorrência da exposição ao gás venenoso. Algumas vítimas tentaram entrar com ação contra a *Union Carbide* (que passou a fazer parte da *Dow Chemical* desde 2001) nos Estados Unidos, na Corte do distrito-sul, em fevereiro de 1985[1]. A Corte de Nova York, entretanto, julgou que um foro indiano seria mais adequado para o processamento do feito.

Em 1999, o governo colombiano, junto com os Estados Unidos, criaram o Plano Colômbia, que consistia em um conjunto de medidas com o objetivo de combater o narcotráfico na Colômbia. Dentre tais medidas, a empresa *DynCorp* foi contratada para espalhar herbicidas pelas plantações de coca no país, por via aérea. Contudo, fazendeiros equatorianos da área fronteiriça com a Colômbia alegaram que suas plantações também estavam sendo afetadas pelos herbicidas, porque a *DynCorp* estaria pulverizando o herbicida nessa região.

Em Setembro de 2001, um grupo desses fazendeiros ajuizou uma ação contra a *DynCorp* local, em virtude da forte presença desses inseticidas (que causariam vômitos, dores de cabeça, além de problemas de pele), além de estragos maciços às plantações "não ilícitas".

A Empresa, por sua vez, alegou que todas as suas ações foram autorizadas pelo governo colombiano, sob as diretrizes do Plano Colômbia, devendo, portanto, a ação ser rejeitada, além do fato do pedido dos demandantes ir contra uma questão debatida no congresso americano, que implementou o Plano Colômbia, o que não

[1] ESTADOS UNIDOS. Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India in Dec., 1984, 601 F. Supp. 1035 (J.P.M.D.L. 1985)

seria possível. Em 2007, uma corte regional acatou as alegações da *DynCorp*, retirando-a do processo[2].

Em 2000, residentes de Nova Papua Guiné ajuizaram ação contra a empresa Rio Tinto, alegando que a empresa foi cúmplice em crimes de guerra e crimes contra a humanidade, cometidos pelo exército PNG durante um conflito separatista em Bougainville, além de causar impactos ambientais. A corporação buscou a rejeição do processo, que foi concedido em 2002[3].

Em 2002, refugiados myanmarenses ajuizaram uma ação contra a empresa Total, no Tribunal Magistrado de Bruxelas. Os demandantes alegam que a ré e seus gerentes foram cúmplices de crimes contra a humanidade, como tortura e trabalhos forçados, *Yadana Gas Pipeline*, ocorridos em Myanmar, ou seja, o Tribunal fora acionado por fatos que não aconteceram em territótio belga. Contudo, em 2008 o processo foi rejeitado e os demandantes perderam o caso[4].

Nos casos apresentados, os demandantes tiveram o seu processo, inicialmente ajuizado em determinada jurisdição, encerrado e encaminhado para outra. Isso se deve à doutrina do *Forum Non Conveniens*, que foi criada para equilibrar a relação processal existente entre as partes, com o objetivo de buscar um foro mais adequado para o processamento das demandas[5], mas que vem sendo utilizada como um mecanismo de defesa de empresas transnacionais. Faz-se necessária uma reflexão, portanto, sobre a maneira de como essa doutrina vem sendo utilizada pelas empresas e discutida pelas cortes.

---

[2] ESTADOS UNIDOS. Dyncorp vs Arias, 856 F. Supp. 2d 46 (D. D. C. 2012). Disponível em: <https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2001cv1908-44> Acesso em: 29 ago. 2018.

[3] ESTADOS UNIDOS. Sarei v. Rio Tinto 221 F. Supp. 2d 1116 (2002). Disponível em: https://www.courtlistener.com/opinion/2486248/sarei-v-rio-tinto-plc/. Acesso em: 29 de ago. 2018.

[4] Disponível em: <http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20070328-10>

[5] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 233.

O *Forum non Conveniens* é uma doutrina que auxilia a fixação de uma jurisdição competente, advinda da *commom law*[6] e surgiu em detrimento ao *Forum Shopping*, doutrina que dá ao autor da ação a possibilidade de ajuizá-la em qualquer dos foros que sejam competentes para tal.

O fenômeno é frequente em estados federais, como nos Estados Unidos[7] ou, ainda, numa união econômica, como é o caso da União Europeia[8], de modo que dentre os mais diversos motivos que possam levar à escolha do autor, ele geralmente o faz em virtude da existência de diferença nas regras de direito material ou processual entre os foros.

Contudo, ocorre que a aplicabilidade da doutrina do *Forum non Conveniens* encontra dificuldades quando empresas transnacionais figuram como parte no processo, de modo que a doutrina parece não conseguir tratar dos casos que envolvam empresas multinacionais de maneira apropriada.

Dessarte, as Corporações encontraram na doutrina do *Forum non Conveniens* uma forma de dificultar a judicialização e sua posterior punição: após a concretização do dano contra as vítimas e ajuizamento de ação em seu desfavor no país de origem da empresa, esta alega que existe um foro mais adequado para processar o caso, ocasionando maior demora para a obtenção de um desfecho para o processo.

Percebe-se que as vítimas de danos ocasionados por essas empresas de grande porte e influência muitas vezes veem a busca por justiça ser dificultada pelas empresas, que acabam por fazer acordos com valores irrisórios[9] em relação aos danos cometidos, esquivando-se de suas responsabilidades.

---

6 JATAHY, Vera Maria Barrera, Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira, cit., p. 37.

7 SIMONWITZ, Aaron D. A US. Perspective on forum shopping, ethical obligation, and internacional commercial context. Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2013, p. 1-21.

8 Ver Regulamento (EU) 1.215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matérias civil e comercial.

9 Vide desastre de Bhopal.

Portanto, a doutrina do *Forum non Conveniens* tem deixado de ser uma ferramenta para determinar um foro mais adequado para processamento da demanda e obter, por sua vez, uma sentença mais justa, tornando-se um mecanismo de defesa das empresas transnacionais.

Reflexo dessa situação é o fenômeno legislativo que acontece em países, em sua maioria subdesenvolvidos, que são um dos principais alvos das atuações das transnacionais em razão, entre outros fatores, de possuírem mão de obra mais barata, que estão buscando alternativas para tentar impedir que a doutrina seja usada como instrumento de imputação de "irresponsabilidade" às corporações, os chamados *blocking statutes*[10]. Diante da vasta área de atuação das empresas transnacionais, é possível notar esse reflexo legislativo pelo mundo.

A título exemplificativo, existe a *ley 364*[11], criada pelo corpo legislativo da Nicarágua justamente para barrar a utilização da doutrina, na tentativa de proteger seus cidadãos de eventuais danos causados e decorrentes dificuldades de responsabilização.

O que se pretende com o trabalho é demonstrar que a doutrina *do Forum non Conveniens*, mesmo que legítima ao ser subsumida ao caso concreto envolvendo empresas transnacionais, acaba por configurar um instituto que emperra a prestação jurisdicional às vítimas.

Com isso, uma decisão que acolhe a utilização da doutrina não implica, necessariamente, na distribuição do caso para um foro que seja mais adequado para a sua análise, às vezes resultando em objetivo contrário, contribuindo com a estratégia de defesa da transnacional.

---

[10] CASEY, M. Ryan. RISTROPH, Barret. Boomerang Litigation: How Convenient Is Forum Non Conveniens in Transnational Litigation? 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2648717>. Acesso em 21 set. 2018.

[11] NICARAGUA. Ley Especial para la Tramitación de Juicios Promovidospor las Personas Afectadas por el uso de Pesticidas Fabricados a Base de DBCP. 2000. Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aaea87dac762406257265005d21f7/545bec2a8b101dd8062571bc005edb9d?OpenDocument> Acesso em: 05 de abr 2018.

Dessa forma, questiona-se: a doutrina do *Forum non Conveniens* permanece com sua funcionalidade de garantir um julgamento de maior qualidade e mais justo quando envolve empresas transnacionais?

Diante de tal questionamento, faz-se necessária uma análise de processos que envolvam transnacionais e que se valeram da doutrina do *Forum non Conveniens*, no sentido de definir a diferença entre legitimidade de uso como viabilidade de uso da doutrina em destaque.

Por todo o exposto, a reflexão do tema faz-se relevante uma vez que, a partir dos casos analisados, os danos causados pelas empresas transnacionais são de grande escala, sejam eles ambientais[12], sejam violações aos direitos humanos, enquanto sua responsabilização vem sendo desproporcional a esses danos, de modo que as decisões proferidas mundo afora que têm frustrado as vítimas de danos provocados por corporações a obterem sua devida reparação, ou, pelo menos, dificultando esse processo e a doutrina do *Forum non Conveniens* tem contribuído para isso.

Assim, o presente trabalho tem o intuito de trazer à tona um panorama de como a referida doutrina vem sendo utilizada em casos dessa natureza, perfazendo uma espécie de mapeamento sobre os casos aqui examinados, avaliando o raciocínio feito pelos tribunais ao acatar (ou não) a doutrina.

A utilização da doutrina mostra-se prejudicada em casos dessa natureza, já que foge de sua característica precípua, qual seja, o estabelecimento de equilíbrio processual entre as partes envolvidas no processo, de modo que as empresas a usam como ferramenta de defesa processual.

Por isso, o trabalho foi organizado em dois capítulos. No primeiro capítulo, o objetivo é demonstrar a aplicabilidade da doutrina do *Forum non Conveniens*, de modo a justificar a sua criação, mostrando os benefícios processuais que a sua utilização traz à efetividade da prestação jurisdicional.

[12] Bhopal, Índia. O pior desastre químico da história. Disponível em: <http://greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal_desastre_continua.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

Superada a ideia de que esse instituto se trata apenas de mero mecanismo de defesa de empresas transnacionais, pretende-se mostrar como a doutrina passou a se tornar uma ferramenta de esquivo de responsabilidade de corporativas.

Apresentado esse contexto, o segundo capítulo tem a intenção de apresentar os efeitos da utilização da doutrina em processos dessa natureza, analisando os casos coletados e o respectivo raciocínio jurídico das decisões proferidas. Após, mostrar em que medida a utilização da doutrina implica numa maior morosidade processual, tanto no processo de conhecimento como no processo de execução[13].

Mostrar, ainda, os efeitos que a utilização paulatina do *Forum non Conveniens* causam à forma de como algumas jurisdições se comportam frente ao tema, como, por exemplo, os *blocking statutes.*

A partir dessa análise, comparar com os casos em que o *Forum Non Conveniens* foi colocado em pauta, mas não foi aceito, para concluir se, de fato, a doutrina se comporta como obstáculo à responsabilização das transnacionais.

2 A DOUTRINA DO *FORUM NON CONVENIENS* UTILIZADA COMO TÉCNICA PROCESSUAL PARA DETERMINAR A COMPETÊNCIA

O título do trabalho traz a doutrina do *Forum non Conveniens* como um empecilho à responsabilização de Empresas Transnacionais. A partir do título, pode se pensar, à primeira vista, que o seu surgimento se deu para benefício das empresas em processos dessa natureza.

Para afastar essa perspectiva, o primeiro capítulo tem o objetivo de mostrar que a doutrina foi criada dentro do contexto de servir como alternativa a outra técnica de determinação de competência, o *Forum Shopping* e, depois, como o referido instituto passou a ser utilizado com finalidade diversa da qual foi criado.

[13] Quanto à execução de sentença, tem-se o caso da Chevron. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-Especial-rejeita-homologa%C3%A7%C3%A3o-de-senten%C3%A7a-que-condenou-Chevron-em-US$-10-bilh%C3%B5es-no-Equador>. Acesso em: 04 jun. 2018.

2.1 O Surgimento do *Forum Non Conveniens* Como Alternativa ao *Forum Shopping*

Um processo, no âmbito civil, se inicia por iniciativa do autor, que o faz perante um juízo que seja competente para processar a demanda, sendo importante na medida em que determina se é possível ou não a análise de uma demanda.

Cada caso guarda em si particularidades, de modo que mais de um juízo pode ser competente para processamento de um feito. Trata-se dos foros concorrentes. Em casos dessa natureza, o autor escolhe dentre os foros possíveis e o faz em razão do foro que melhor atenda aos seus interesses. A esse fenômeno, dá-se o nome de Forum Shopping.

O uso do *Forum Shopping* foi admitido nos Estados Unidos a partir do caso *Internacional Shoe vs Washington*[14], a qual a ré possúia sede em *Delaware*. Os empregados recebiam as encomendas da empresa, recebendo uma comissão pelo serviço de venda, realizado em *Washington.*

O estado de *Washington*, então, processou a empresa pelo fato desta não ter feito contribuições para um fundo de compensação de desemprego exigido. O réu argumentou que não mantinha negócios no estado[15], de modo que a prestação dessa contribuição não lhe seria devida. A corte considerou que a jurisdição de *Washington* seria competente para processar o caso. Dessa forma, passou-se a considerar o *Forum Shopping* como instituto legítimo para que o autor escolhesse o foro o qual considera apropriado para tratar da sua demanda.

Entretanto, constitui tênue a linha entre o uso apropriado do *Forum Shopping* e o seu uso abusivo. Petsche[16] elenca duas consequências do uso abusivo do *Forum*

[14] International Shoe v. State of Washington, 326 U.S. 310, 66 S. Ct. 154, 90 L. Ed. 95 (1945). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/case.html>. Acesso em: 20 jun. 2018.
[15] Aqui, entende-se que o réu se refere a não possuir lojas físicas em *washington*, apesar de possuir esses empregados comissionados.
[16] PETSCHE, Markus. What's wrong with forum shopping? An attempt to identify and assess the real issues of a controversial practice. International Lawyer, v. 45, p. 1.005, 2011.

Shopping: a injustiça material reproduzida pela escolha da jurisdição por uma das partes e a denegação da justiça.

A primeira consequência deriva da possibilidade da sentença obtida pelo foro escolhido ser diferente de uma sentença que seria obtida pela jurisdição potencialmente competente, em razão de diferenças de leis materiais entre as jurisdições, sendo esta característica, contudo, inerente ao instituto do *Forum shopping.* Dessa forma, o autor pode escolher, dentre os foros competentes para processar a sua demanda, aquele que possua um corpo de leis mais favoráveis ao seu caso.

Quanto ao segundo motivo, a possibilidade de denegação de justiça advém da produção de provas: na hipótese de necessidade de produção de provas em jurisdição alheia à escolhida traria custos desnecessários e atrasos, provocando dilações impróprias ao processo.

Nesse contexto de instabilidade proporcionado pela escolha quase arbitrária da parte autora, obtendo vantagem sobre a ré[17], surge na Escócia a doutrina do *Forum non Conveniens*, doutrina onde o próprio juiz pode invocar o uso da doutrina se entender que existe um juízo mais apropriado para julgar o mérito da demanda ou, ainda, pelo fato de que a provas poderiam ser melhor colhidas e apreciadas em outra jurisdição, por exemplo[18].

Para tanto, Rechsteiner delimitou critérios para a caracterização e utilização do *Forum Non Conveniens*, sendo eles:

> […] Em primeiro lugar deve existir um foro diferente daquele onde foi instaurado o processo, sendo igualmente competente para julgar toda a lide. Esse foro deve ser o mais conveniente para as partes. Para avaliar o critério da conveniência, são analisados no caso concreto os seus interesses privados (private interests) na lide. São levados em consideração entre

[17] Um estudo feito por Christopher Cameron mostrou que em todos os casos em que a competência impugnada pelo réu foi mantida, desde o caso *Shoe vs Washington*, o demandante venceu a causa - Kevin R. Death of a salesman? Forum shopping and outcome determination under international shoe. UC Davis Law Review, v. 28, p. 779, 1994-1995.

[18] WHITE, Robin M.; WILLOCK, Ian D.; MACQUEEN, Hector L. The scottish legal system. 5th ed. Edinburgh: Bloomsbury Professional, 2013. p. 8.

> outros, como interesses privados relevantes das partes: o acesso aos meios de prova, principalmente bens imóveis, bem como a residência das testemunhas, a exequibilidade da sentença e as despesas processuais. Não são relevantes, por outro lado, a aplicação de um direito mais favorável para uma das partes e o fato de um outro sistema jurídico não se equiparar àquele foro, desde que sejam garantidos os direitos fundamentais no processo para as partes, previstas também no ordenamento jurídico doméstico. Se não prevalecerem interesses privados por parte do autor ou do réu, o tribunal examinará em seguida a doutrina do forum non conveniens sob a perspectiva do interesse público envolvido. Nesse contexto, o tribunal possui um interesse legítimo de não dever julgar lides sem vínculo específico com o foro. Assim, sendo, pode ser considerado também que o tribunal não está familiarizado com o direito aplicável à causa a ser julgada. Finalmente, o foro mais conveniente (forum conveniens) deve tutelar a pretensão requerida no seu sistema jurídico com uma sanção adequada que seja comparável àquela existente no foro para que não exista a possibilidade de denegação de justiça para o autor da ação perante o foro alienígena[19]

Tomando como exemplo da aplicabilidade da doutrina no sentido original em que foi proposta, tem-se o caso *Gilbert x Gulf Oil Corp*[20]: um morador do estado de Virgínia ajuizou ação na corte federal de Nova York contra uma corporação da Pensilvania, que possuía negócios tanto em Virgínia quanto em Nova York, no intuito para buscar reparação pelos danos causados pela destruição de um armazém público em um incêndio, por negligência da ré.

A jurisdição foi considerada viável para processamento do feito, mas todos os fatos ocorreram em Virgínia, bem como a maioria das eventuais testemunhas residiam lá. Ademais, tanto as cortes estaduais e federais do estado seriam viáveis para o demandante e capazes de obter jurisdição sobre a ré. Portanto, julgou-se que haveria uma jurisdição mais adequada, aplicando-se a doutrina do *Forum Non Conveniens*, sendo o caso rejeitado na corte federal de Nova York.

---

[19] RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática. Editora Saraiva. 18ª Edição. p. 274-275. 2016.

[20] ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT. Gulf Oil Corp vs. Gilbert, 330 U.S 501 (1947). DJ 10/03/1947. Disponível em: < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/501/case.html>. Acesso em: 20 jun. 2018.

Em análise ao caso mencionado, nota-se o respeito aos critérios estabelecidos por Rechsteiner, quais sejam: a existência de foro diverso do qual fora proposta a ação, igualmente competente para processá-la, sendo no caso o foro de Virgínia em detrimento do foro de Nova York.

Quanto à conveniência do foro para as partes, respeita-se tal pressuposto principalmente em relação à produção de provas e eventual necessidade de testemunhas. Todos os fatos ocorreram no estado de Virgínia, não trazendo ônus excessivo ao réu a realização de diligências para que seja alcançada uma defesa de qualidade. Ao mesmo tempo, não traz dilações desnecessárias à prestação jurisdicional por parte do juízo.

No tocante à executabilidade da sentença, tem-se que no presente caso o foro de Virgínia seria capaz de executar a sentença, fazendo com que esta não perdesse a sua eficácia; que a justiça não fosse denegada.

Outro exemplo válido para destaque é em relação ao desastre ocorrido em 2007, no Brasil, com o airbus A320-233, da TAM. A aeronave partiu do Aeroporto Internacional de Porto Alegre para o Aeroporto de Congonhas, quando atravessou os limites da pista e se chocou com o prédio da TAM e um posto de gasolina, ocasionando a morte de passageiros, tripulação, além de pessoas que se encontravam em solo.

As famílias das vítimas ajuizaram ação contra a empresa Airbus S.A, na Flórida, pelo fato desta ser a fabricante da aeronave, além de possuir sede nos Estados Unidos.

A ação, contudo, foi rejeitada com base no *Forum non Conveniens* porque a corte distrital da Flórida considerou que a ação poderia ser proposta no Brasil, visto

que testemunhas e documentos relevantes encontravam-se no território brasileiro. A corte afirmou, ainda, que iria respeitar a sentença proferida por corte brasileira[21].

É importante ressaltar o detalhe apresentado por Rechsteiner de que é indiferente à doutrina do *Forum non Conveniens* as diferenças constantes no direito material das jurisdições competentes para processamento do feito para o seu acatamento ou não.

A análise por parte do tribunal do acolhimento ou não da doutrina recai meramente - ou pelo menos deve recair - sobre o âmbito processual. Por isso, a doutrina do *Forum non Conveniens* não constitui mecanismo de defesa, já que se respeita o equilíbrio que deve existir entre as partes, tratando-se, apenas, de uma doutrina que visa a melhor prestação jurisdicional possível.

Pelo exposto, nota-se que a doutrina do *Forum non Conveniens* surgiu como alternativa ao *Forum Shopping*, já que esta trazia demasiada vantagem ao autor e apresentava dificuldade ao réu, principalmente, para apresentar uma defesa digna. Constitui-se, portanto, de uma doutrina legítima, criada com o intuito de resguardar o equilíbrio processual entre as partes, sem que exista vantagem a quaisquer delas ou sem que prevaleça interesses das partes, seja por parte do demandante ou do réu.

Contudo, a doutrina estudada vem sendo utilizada de forma diversa por empresas transnacionais, que se valem dela como mecanismo de defesa processual, como será abordado ao longo do trabalho.

2.2 O Desvirtuamento Da Doutrina Do *Forum Non Conveniens* Pelo Seu Uso Diverso Por Parte De Empresas Transnacionais

Como visto no tópico anterior, a doutrina do *Forum Non Conveniens* foi criada em alternativa ao *Forum Shopping*, visando estabelecer um maior equilíbrio entre as partes, ao propor um foro mais adequado ao processamento do feito.

[21] ESTADOS UNIDOS. District Court Case No. 07-21941-CIV-COOKE/McAliley. Disponível em: <http://abrapavaa.com.br/wp-content/uploads/2017/02/decisao-eua-acidente-tam.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

A aplicabilidade da doutrina mostra-se frágil, entretanto, quando envolve empresas multinacionais. Estas, por sua vez, têm se tornado cada vez mais poderosas[22], bem como as fronteiras entre os países passaram a diminuir, de modo que elas passaram a possuir maior atuação no globo.

Os casos que envolvem empresas multinacionais são diferentes de casos em que não há esse tipo de parte. Isso se deve ao fato da estrutura complexa destas abrir espaço para que se utilize a doutrina do *Forum Non Conveniens* a seu favor, já que possuem uma sede em local distinto de onde os fatos ocorreram.

Dessa forma, uma ação ajuizada contra a sede da empresa abre a possibilidade que a doutrina seja provocada, de modo que outro foro seja escolhido, como ocorreu no episódio de derramamento de petróleo pela subsidiária da empresa *ConocoPhillips*, na China. Pescadores processaram a empresa na corte distrital de Houston, Texas, por ser esta a sede da empresa, mas a corte rejeitou a propositura da ação, bem como um pedido de depósito dos pescadores[23]. A alegação da empresa para fundamentar a utilização do *Forum non Conveniens* foi de que cortes americanas não teriam jurisdição sobre os pedidos feitos pelos autores[24].

Dessa maneira, as empresas utilizam a doutrina do *Forum non Conveniens* de forma diversa da qual ela fora proposta no momento de sua criação, sendo tanto no momento inicial do processo, quanto na fase executória.

Em um momento inicial, a empresa invoca a doutrina do *Forum non Conveniens* como preliminar de mérito quando é acionada na jurisdição de sua sede pelas vítimas. Por possuírem sede em um país e atuação em diversos outros, a viabilidade de utilização da doutrina não é questionada, sendo, portanto, possível.

---

[22] Em levantamento feito pela *Global Justice Now*, 69 das 100 maiores entidades econômicas do mundo, computando-se Estados nacionais, são empresas multinacionais (2016).

[23] Cong v Conoco. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/109406645/Complaint-Cong-v-Conoco-Southern-District-Texas>. Acesso em: 08 set. 2018.

[24] Caso semelhante ocorreu em Delgado v. Shell Oil Co., 890 F. Supp. 1324 (S.D. Tex. 1995), onde a empresa ré requereu que a corte do Texas aplicasse a doutrina do *Forum non Conveniens* e rejeitasse os casos ali interpostos. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/890/1324/1411147/>. Acesso em: 08 set. 2018.

Acatada a preliminar, a ação é rejeitada no foro que inicialmente foi proposta, de modo que os demandantes passam a ajuizar suas ações em outros foros. Nesse aspecto, o *Forum non Conveniens* passa a ser chamado de *Boomerang Litigation*[25], nome dado à doutrina em tom pejorativo, em alusão a esse efeito de "ida e volta" entre as foros competentes.

Como exemplo, temos o caso *DynCorp vs Arias*[26]: a empresa *DynCorp* foi contratada pelo governo colombiano para combater a produção de drogas ilícitas, por meio do "Plano Colômbia", que consistia, dentre outras práticas, pela pulverização de herbicidas pelas plantações, por meio de aviões27.

Contudo, fazendeiros equatorianos da área fronteiriça com a Colômbia alegaram que suas plantações também estavam sendo afetadas pelos herbicidas, porque a *DynCorp* estaria pulverizando o herbicida nessa região. Ressalta-se que suas plantações em nada tinham a ver com a produção de drogas.

Em Setembro de 2001, um grupo desses fazendeiros ajuizou uma ação na Corte Federal do Distrito de *Columbia* contra a *DynCorp* sob o *Alien Tort Claims Act* (ATCA) [28], que, em tese, dá jurisdição a uma corte americana quando um processo, mesmo ocorrido no estrangeiro, envolva violações da lei das nações ou que ameace os Estados Unidos.

O ajuizamento se deu sob a alegação de que a *DynCorp* pulverizava os herbicidas de forma quase diária e inconsequente, causando danos à saúde dos habitantes locais, a destruição da plantação de alimentos e a morte de quatro crianças em decorrência do produto ser altamente tóxico. Os autores do processo, enfim,

[25] CASEY, M. Ryan, RISTROPH, Elizaveta, Boomerang Litigation: How Convenient Is Forum Non Conveniens in Transnational Litigation (December 20, 2007). Brigham Young University Law Review, Vol. 4, No. 21, 2007. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2648717. Acesso em: 21 set. 2018.

[26] Nesse mesmo contexto de danos ocasionados pela *DynCorp* a fazendeiros equatorianos por causa do "Plano Colômbia", outro exemplo é o caso Quinteros et al v. Dyncorp et al, No. 1:2007cv01042 (D.D.C. 2016).

[27] Arias vs DynCorp 856 F. Supp. 2d 46 (D.D.C. 2012). Disponível em: <https://casetext.com/case/arias-v-dyncorp-4>. Acesso em: 22 ago. 2018.

[28] Lei que permite que uma corte americana seja provocada, mesmo que o delito civil não tenha acontecido sob território americano. 28 U.S.C. §1350

alegaram que tal pulverização indiscriminada e sem qualquer planejamento por parte da *DynCorp*, incorreu em crime contra a humanidade e genocídio cultural.

A Empresa, por sua vez, alegou que todas as suas ações foram autorizadas pelo governo colombiano, sob as diretrizes do Plano Colômbia, devendo, portanto, a ação ser rejeitada, além do fato do pedido dos demandantes ir contra uma questão debatida no congresso americano, que implementou o Plano Colômbia, o que não é possível.

Importante salientar que o caso não poderia ser declinado para o Equador, já que a ley 55 proíbe que os cidadãos proponham a mesma ação que fora rejeitada por uma jurisdição estrangeira em face do Forum non Conveniens29. Dessa maneira, se a ação não tivesse a permissão de tramitar na Corte Federal do Distrito de Columbia, os demandantes não teriam foro cabível no Equador.

Na fase executória, a dificuldade se dá no processo de homologação da sentença estrangeira, ou, ainda, no não reconhecimento, por parte dos réus, da sentença como legítima, como será visto adiante.

Há quem considere, inclusive, que a doutrina do Forum non Conveniens se trata, na verdade, de ferramenta de defesa processual, como assevera Renato Resende Beneduzi:

> Uma defesa processual (ora uma exceção, ora uma objeção) mediante a qual se pede a um juiz, competente embora em para julgar a demanda, que se recuse a julgá-la ao fundamente de que existe um outro foro mais apropriado para o seu julgamento. Daí falar-se de um foro que, embora a rigor competente, é inconveniente.[30]

Ao ser intitulada como "defesa processual", a doutrina do *Forum non Conveniens* falha como proposta de se evitar a escolha arbitrária de um foro e trazer equidade às partes. Isso porque, com tal definição, percebe-se que a doutrina vem

[29] ESTADOS UNIDOS. Arias v. DynCorp,856 F.Supp.2d 46, 51 (D.D.C.2012). Disponível em: <https://casetext.com/case/arias-v-dyncorp-4>. Acesso em: 21 set. 2018.
[30] BENEDUZI, Renato Resende. Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada. 2016, p.799.

sendo utilizada como meio de defesa e não como meio de estabelecer o equilíbrio processual às partes, como proposto no momento de sua criação.

Em face do exposto, nota-se que o *Forum non Conveniens* não consegue abarcar os casos que envolvam empresas multinacionais de maneira aceitável, pelo que estas vêm se aproveitando da doutrina para não serem responsabilizadas, ou, pelo menos, para dificultar e atrasar esse processo.

3 OS EFEITOS DIRIMENTES DO *FORUM NON CONVENIENS* SOBRE A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS

O capítulo 1 teve por objetivo mostrar que parte das ações que envolvem o uso da doutrina do *Forum non Conveniens* são ajuizadas contra as empresas transnacionais. A partir do capítulo, percebeu-se que a doutrina apresenta dificuldade de aplicabilidade quando estas são partes de um processo.

O capítulo 2 tem o intuito de mostrar em maiores detalhes os efeitos do uso da doutrina do *Forum non Conveniens* sobre o processo de responsabilização dessas empresas, através da análise dos exemplos colhidos de casos que tiveram o uso do *Forum non Conveniens* em algum momento do trâmite.

3.1 O Declínio De Competência Por Parte Do Juízo Incorre Em Morosidade Processual

O primeiro problema a ser retratado é relacionado à morosidade processual. Os processos que envolvem transnacionais relacionam-se com múltiplas vítimas/autores, ou, ainda, com danos a direitos difusos, por exemplo. Dessa forma, formam-se lides complexas, que, por si só, já demandariam razoável tempo para a produção de uma sentença, favorável ou não.

Acatada a preliminar do *Forum non Conveniens*, o processo, que já estava tramitando no primeiro juízo, passa a outro foro, que não estava em contato com o demanda, dificultando o trâmite deste. Tal denegação limita o direito dos

demandantes, já que impede que eles ajuizem ações em um foro, a princípio, competente.

Essa morosidade pode ser vista tanto quando o juízo não se reconhece adequado para julgar quanto para executar uma sentença, como será visto nos tópicos 3.1.1 e 3.1.2.

3.1.1 Quando o Juízo Não Se Reconhece Competente Para Julgar

As vítimas de empresas transnacionais começam a enfrentar dificuldades desde o ajuizamento da ação. Como se trata de demandas que envolvem, em sua maioria, danos ao meio-ambiente ou danos a um coletivo de vítimas, o percurso do processo até o julgamento resulta em maior tempo, sendo esta demora inerente a processos desta natureza por questões de oitiva de testemunhas e produção de perícia.

Sendo assim, quando a preliminar do *Forum non Conveniens* é levantada, a análise da preliminar demanda tempo, de modo que uma eventual aplicação da doutrina denota o reinício do processo em outra jurisdição.

No caso *Arias v Dyncorp*, a corte distrital da Flórida, em 2007, considerou que o trâmite em sua jurisdição seria mais conveniente para os demandantes em detrimento à ré. A ré argumentou que quaisquer dos foros considerados (Foro colombiano ou Distrito da Flórida) seriam inconvenientes, haja vista que todos os demandantes teriam residência no Equador e teriam que se deslocar para um desses foros[31]. A corte considerou que o idioma seria uma barreira e a tradução, uma dificuldade, o que não aconteceria na jurisdição colombiana, já que ambos falam espanhol. Há, ainda a questão geográfica, sendo o país dos demandantes froteiriço ao

[31] ESTADOS UNIDOS. Arias v DynCorp. Disponível em <https://www.hollingsworthllp.com/uploads/23/doc/media.59.pdf>. P. 11. Acesso em 07 set. 2018.

da Colômbia. Decidiu-se pela transferência para o foro colombiano, **6 anos** após a abertura do processo[32].

Já no caso *Sarei v Rio Tinto*, a corporação buscou a rejeição do processo, que foi concedido em 2002[33]. A empresa argumentou que as questões trazidas à corte não seriam apropriadas para julgamento de uma corte americana, porque envolveriam atos do próprio Estado de Nova Papua Guiné e que seriam, portanto, questões políticas.

No caso envolvendo a empresa Total, os refugiados advindos de Myanmar tinham a intenção de recorrer a uma lei belga de 1993 sobre Jurisdição Universal[34], que prevê cortes belgas que possuem jurisdição sobre crimes contra à humanidade e crimes de guerra, mesmo que cometidos fora de território belga.

Em março de 2007, a *Cour de cassation* rejeitou todo o processo, afirmando que a ação só poderia continuar com base na lei modificada pela Corte Constitucional se a modificação favorecesse a ré[35].

No caso do desastre de *Bhopal*, trazido na introdução, o processo foi rejeitado com base na doutrina após a corte de Nova York considerar que a jurisdição indiana seria mais apropriada para processar o feito. Dessa forma, após um ano de trâmite na corte americana, o processo foi para outra jurisdição.

Os demandantes foram contrários à aplicação da doutrina, baseando sua alegação em cinco pontos: i) a capacidade de um juízo indiano julgar o caso, devido a sua complexidade; ii) a eficácia do sistema judicial indiano, no tocante à celeridade de processamento do feito; iii) a qualidade de representação de advogados locais; iv)

[32] A ação foi ajuizada em Setembro de 2001 e a decisão que acatou o *Forum non Conveniens* foi em Maio de 2007.
[33] ESTADOS UNIDOS. Sarei v. Rio Tinto, PLC, 221 F.Supp.2d 1116 (C.D.Cal.2002). disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/2486248/sarei-v-rio-tinto-plc/>. Acesso em: 09 set. 2018.
[34] BÉLGICA. Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire. Disponível em:<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52f4e1c34>. Acesso em: 09 set. 2018.
[35] BÉLGICA. *Cour de cassation de Belgique*. Disponível em: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20070328-10. Acesso em: 21 set. 2018.

a capacidade do corpo legislativo indiano em conter fundamento legal suficiente para o julgamento adequado do caso e; v) a lei processual indiana e a possibilidade de que as partes recebessem um julgamento adequado[36].

Em sua análise, a Corte de Nova York rebateu esses pontos da seguinte maneira: i) quanto ao argumento da capacidade do juízo indiano, foi alegado que os demandantes não apresentaram evidências para reforçar a alegação de que o sistema legal indiano não teria capacidade para processar a complexidade que o caso de *Bhopal* exigiria; ii) quanto à questão dos atrasos do sistema processual indiano, constatou-se que o número de juízes por pessoa no Índia seria, de fato, menor que nos Estados Unidos, o que provocaria atrasos, mas que tribunais dos Estados Unidos também estariam sujeitos a tais atrasos. Considerou, ainda, que o processo não seria tocado de maneira ordinária para seguir com o processo[37].

Preocupou-se, ainda, na análise da capacidade de defesa da *Union Carbide* em um juízo indiano. A corte concluiu que um foro indiano teria melhores condições quantos às provas. Considerou a necessidade de oitiva de testemunhas e os custos relacionados ao transportes delas para os Estados Unidos teria uma dispendiosidade desnecessária, já que havia o foro indiano como competente.

O tribunal decidiu, então, pela aplicação da doutrina do *Forum non Conveniens* sob duas condições: que a ré consentisse em se submeter à jurisdição indiana e a obediência da empresa à execução da sentença, em caso favorável.

Em análise à decisão que rejeitou o processo com base na doutrina do *Forum non Conveniens*, os demandantes alegaram, na tentativa de que o processo não fosse processado na Índia, que a lei indiana não seria capaz de avaliar adequadamente o caso. Entretanto, como visto anteriormente, não é da alçada da doutrina a análise de

[36] In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster, 634 F. Supp. 842 (1986) Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/634/842/1885973/>. Acesso em: 05 set. 2018.

[37] O governo indiano promulgou uma lei especialmente para esse desastre, o *Bhopal Gas Leak Disaster Act*, que dá a ele o direito exclusivo para representar as vítimas do acidente, assegurando um julgamento célere. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/1510537/>. Acesso em: 05 de set. 2018.

eventuais diferenças de lei material entre os foros. Portanto, tal argumento não mereceria prosperar, o que, de fato ocorrreu, mas sob o argumento de que não é objetivo da doutrina cuidar de diferenças materiais de lei.

Com a análise dos casos, conclui-se que não há, por parte das empresas, abuso quando estas invocam a doutrina do *Forum non Conveniens*. A doutrina tem o objetivo de que o juízo mais apropriado trate do tema e, pelo menos no tocante às provas, o foro de onde ocorreram os fatos é, de fato, melhor para tal.

Isso se dá porque os gastos com transporte se mostram desnecessários, bem como a realização de provas demoraria mais, em virtude da requisição por carta rogatória.

Ademais, não se nota interpretações equivocadas por parte dos tribunais processantes. Em suas decisões de declínio de competência, concluíram que há um foro que seja mais adequado para julgamento do feito, seja em razão da ocorrência dos fatos em local diverso do ajuizamento do processo, seja pela burocracia excessiva que seria a demanda ser julgada por eles, o que não é uma constatação descabida.

O que se pode perceber, entretanto, é um equívoco no momento em que os requerentes tentam defender que o processamento do feito não seja declinado. No caso do desastre de *Bhopal*, por exemplo, foi alegado que a lei material do foro concorrente não seria capaz de processar o feito de forma eficaz. Contudo, como apresentado ao longo do trabalho, não é objetivo da doutrina julgar a aplicação da melhor lei material ao caso, sendo esta, portanto, uma arguição ineficaz para a reconsideração da aplicação da doutrina.

Conclui-se que a doutrina do *Forum non Conveniens* não está sendo utilizada de forma diversa por parte das empresas transnacionais, tampouco sendo má interpretada pelos tribunais. O que acontece, entretanto, é que a doutrina do *Forum non Conveniens* abre a possibilidade de que as empresas se aproveitem da doutrina

para atrasar o trâmite do processo. Exluindo-se eventual má-fe por parte das transnacionais, trata-se de uma falha da doutrina nesse ponto.

3.1.2 A Perda De Eficácia Da Doutrina Resultante Da Renúncia De Um Juízo Para Executar A Sentença

Falou-se, até agora, sobre a recusa do tribunal inicialmente escolhido para processar o feito. Mas surge um novo problema quando há sentença proferida pelo foro declinado e o processo passa à fase executória, como será melhor visto com o exemplo a seguir.

Chegamos ao caso *Aguinda vs Chevron*[38], exemplo que mostra que a multiplicidade de jurisdições competentes para executar a sentença não reflete em sua eficácia. A empresa Texaco abriu uma filial no Equador na década de 60, permanecendo por cerca de 30 anos, quando encerraram suas atividades. Apesar de possuir recursos para evitar a contaminação do ambiente para extração de petróleo, utilizou-se, em durante todo o período, de técnicas rudimentares que acarretaram em danos ambientais, com "piscinas tóxicas", em razão, unicamente, de tais técnicas serem mais econômicas.

Um processo foi ajuizado contra a sede da Texaco em 1993, nos Estados Unidos. Contudo, em 2002 foi aplicada a doutrina do *Forum non Conveniens* e o processo foi extinto sem resolução de mérito. O processo foi então para o Equador.

Nesse ínterim, a empresa *Chevron* havia adquirido a empresa Texaco e alegou que jamais atuou no referido país, de modo que não mereceria herdar a *lide* da empresa incorporada. Mesmo com tais protestos, o caso foi julgado em 2002 e a *Chevron* foi condenada no montante de 18 bilhões de dólares, reduzido, posteriormente, para 8.6 bilhões, em razão da retirada de sanções punitivas.

[38] ESTADOS UNIDOS. Aguinda v Texaco, Inc., F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001). Acesso em: 03 jun 2018.

Entretanto, à época da sentença, a *Chevron* não mais possuía bens ou qualquer outra espécie de patrimônio no Equador, o que dificultou a execução da sentença. Dessa forma, explodiram pedidos de homologação de sentença por parte dos demandantes, cerca de trinta mil equatorianos, na Argentina[39], Brasil[40] e Canadá[41].

Na Argentina, o processo de homologação da sentença equatoriana não obteve êxito: o *Juzgado Civil 61* considerou que sua jurisdição não seria a correta para tratar do reconhecimento dessa sentença estrangeira, pelo fato da empresa não possuir bens nem domicílio na Argentina.

No Brasil, para que uma sentença estrangeira seja homologada, ela precisa obedecer aos requisitos constantes no art. 963, do Código de Processo Civil de 2015:

> Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:
>
> I- Ser proferida por autoridade competente;
>
> II- Ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;
>
> III- Ser eficaz no país em que foi proferida;
>
> IV- Não ofender a coisa julgada brasileira;
>
> V- Estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que dispense a prevista em tratado;
>
> VI- Não conter manifesta ofensa à ordem pública.

Salienta-se que, ao menos no Brasil, não há uma nova análise no mérito da questão, há, apenas, a verificação quanto ao cumprimento dos requisitos aventados no art. 963 do CPC.

---

[39] ARGENTINA, Aguinda Salazar Maria Y Otros C/ Chevron Corporation S/Exequatur Y Reconocimiento De Sentencia Extr. octubre de 2017. Disponível em <http://theamazonpost.com/wp-content/uploads/2017/11/SE-RESUELVE.pdf>. Acesso em: 03 jun 2018.

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 8542 – Voto do Relator, 29 nov 2017.

[41] CANADÁ, *Court of Appeal for Ontario*, Yaiguaje v. Chevron Corporation, 2018 ONCA 472. Diponível em <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2018/2018ONCA0472.pdf>. Acesso em 03 jun. 2018.

Diante dos requisitos analisados, o voto do relator, Ministro Felipe Salomão, do STJ, órgão responsável pela homologação de sentenças estrangeiras no Brasil, referiu-se ao último inciso do artigo, a ofensa à ordem pública.

Tem-se um conceito abstrato sobre o que seja ordem pública[42], já que este instituto é dotado de relatividade e contemporaneidade. Dessa forma, cada país possui sua própria definição do que seja ordem pública, sendo que o conceito pode variar dentro da mesma sociedade em momentos distintos da sua história[43]. Contudo, segundo Maristela, "a ordem pública enlgoba um corpo de princípios que remete aos valores sociais, morais e econômicos de uma sociedade". No caso concreto, considerou-se que a sentença proferida pelo tribunal equatoriano feriu o devido processo legal em razão da alegação da *Chevron* de fraude processual.

Adentramos, aqui, em ponto controverso: a fraude alegada pela transnacional, na verdade, foi uma campanha de desprestígio feita pela *Chevron* em relação às instituições equatorianas, de modo a deslegitimar as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário do país, alegando que as provas produzidas pelos demandantes foram feitas de forma fraudulenta, sendo ajudada, inclusive, pelo governo equatoriano. Nesse ponto, a *Chevron* conseguiu decisões favoráveis sobre o processo fraudulento na produção de provas em cortes americanas, que se julgaram menos adequadas para julgamento do feito[44].

Ademais, alegou a falta de legitimidade do polo passivo, por entender que a *Chevron* Brasil seria subsidiária indireta da *Chevron Corporation*, com personalidade jurídica própria e patrimônio independente, ocasionando, assim, a

[42] Independentemente de quem tenha sido, a ordem pública é um dos mais fortes pilares de sustentação do direito internacional privado, na medida em que pode conter/deter/impedir a aplicação do direito estrangeiro mesmo quando a norma de solução de conflito de leis manda aplicá-lo. Razão pela qual devemos sempre buscar o "equilíbrio" entre a obrigação de aplicar o direito estrangeiro (como se juiz estrangeiro fosse) e o respeito à ordem pública local (BASSO, Maristela. Curso de Direito Internacional Privado. São Paulo: Atlas, 2009, p.262).

[43] SCHAEDLER, Nestor. O princípio da ordem pública no Direito Internacional Privado: história, revisão crítica e perspectivas. Dissertação (Dissertação em direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, p. 32. 2012.

[44] BREGA, Gabriel Ribeiro, O Processo De Homologação Da Sentença Do Caso Chevron No Brasil – Uma Análise Da Ação SEC Nº 8542 E A Importância De Um Tratado Internacional Sobre Empresas E Direitos Humanos.

ilegitimidade passiva da empresa sediada no Brasil[45]. Por esses motivos, a sentença proferida em solo equatoriano não foi homologada pelo STJ.

No Canadá, entendimento semelhante ocorreu: a *Chevron* Canadá é subsidiária indireta da transnacional *Chevron Corporation* e, portanto, não poderia responder por uma sentença condenatória desta. Desse modo, a sentença equatoriana também não foi homologada no Canadá.

Diante dessas decisões não homologadas, conclui-se que foi se construindo um sistema que dificulta a responsabilização das empresas transnacionais: a empresa fragmenta-se em *joint ventures,* passa a atuar em determinado país, alheio à sede da empresa originária e provoca danos nele. As vítimas, então, ajuizam ação no país sede da empresa, que alega a existência de um foro mais adequado para processamento dessa ação[46] (*Forum non Conveniens).*

Após anos de análise da jurisdição originária, conclui-se que, de fato, há um juízo que possa ser melhor para o julgamento do tema, de modo que o processo se encaminha para ele. Passados mais alguns anos até o julgamento da sentença, a empresa, que, a princípio, havia se submetido à jurisdição local, passa a deslegitimar as suas decisões, confirmado pelo tribunal que, anteriormente, havia concluído que este foro seria mais adequado para julgamento da ação. Além disso, não mais atua naquele país, dificultando, assim, a execução de eventual sentença favorável.

Frisa-se que, apesar de revestido de legalidade, tal sistema traz dificuldades às vítimas para obtenção de reparação dos danos cometidos por empresas transnacionais. Vê-se, a princípio, o surgimento de alguns problemas quando as empresas e tribunais utilizam da doutrina do *Forum non Conveniens*, que seriam: a

[45] Aqui se vê mais um mecanismo de defesa de empresas transnacionais em face de sua responsabilização, a formação das chamadas *joint ventures,* empresas que possuem personalidade jurídica própria, impossibilitando a sua responsabilização por ações de empresas que não sejam elas mesmas, apesar de fazerem partes do mesmo grupo societário.

[46] GALIL, Gabriel. A Responsabilidade Das Joint Ventures Transnacionais Por Violações De Direitos Humanos: Um Estudo À Luz Do Caso Samarco. Dissertação. Homa – Centro De Direitos Humanos e Empresas, p. 13. 2016.

denegação de justiça, o aumento da espera para obtenção de uma resposta judicial e maior dificuldade para executar a sentença, em caso favorável.

Quanto à denegação da justiça, esta se dá porque o demandante, ao propor a ação, o faz dentro de um universo de jurisdições possíveis para a sua demanda. Com a declinação da competência para outro foro, entretanto, o *Forum non Conveniens* limita, ou mesmo retira, o direito do autor em propor a ação naquela jurisdição, especificamente.

No tocante à demora para a obtenção de uma resposta judicial, ficou mostrado ao longo do trabalho que a análise da preliminar demanda tempo. Trata-se de um tempo a mais para processos complexos. No caso apresentado nesse tópico, por exemplo, foram nove anos para que fosse determinado o ajuizamento do processo no Equador (o processo foi ajuizado em 1993 e extinto sem resolução de mérito em 2002 em razão do *Forum non Conveniens).* Trata-se, portanto, de uma doutrina que expõe as partes a uma experiência ainda mais desgastante no âmbito judicial.

Por fim, como visto, apesar de ser mais adequado, o juízo local encontra maiores dificuldades para execução. No caso *Aguinda vs Chevron*, mesmo que obtida uma sentença de mérito favorável, esta precisou passar por um processo de homologação, visto que a transnacional não possuía bens ou qualquer outro tipo de patrimônio no Equador.

Aqui, talvez, seja o maior problema da utilização da doutrina do *Forum non Conveniens.* Apesar de parecer apenas um mero procedimento formal, como apresentado no art. 963 do CPC, a homologação da sentença esbarra no conceito abstrato da ordem pública. Mas o maior impasse reside no simples fato da necessidade de homologação da sentença em outra jurisdição.

A doutrina, que prega a escolha de um foro mais adequado para processar o caso, perde sua eficácia se esse foro não consegue executar a sentença proferida. Essa falta de eficácia pode chegar ao cúmulo da *lide* que fora encaminhada para o

país de onde ocorreram os fatos retornar à jurisdição que declinou da competência em seu favor, para que esta seja homologada, por exemplo.

Percebe-se, portanto, que a doutrina perde sua aplicabilidade quando a declinação da competência vai para um juízo que não consegue executar a sua própria sentença proferida, como ocorreu no caso *Aguinda vs Chevron*.

3.2 Das Consequências Legislativas que a Forma Como o *Forum Non Conveniens* É Usado Pelas Transnacionais Traz às Jurisdições Processantes

O uso da doutrina do *Forum non Conveniens* pelas empresas transnacionais de forma diversa da que ela fora proposta em sua criação acarreta em consequências na responsabilização destas.

Em razão desse fato, algumas jurisdições vêm buscando soluções para conseguir imputar sentenças mais justas. Por isso, o tópico analisará o fenômeno das Leis-Barreiras, leis que tentam barrar o uso da doutrina.

As empresas multinacionais procuram maximizar os seus lucros da maior forma possível. Consegue-se isso por meio de técnicas de produção que sejam mais econômicas, mesmo que prejudiquem o meio ambiente, como foi o caso da *Chevron*, apresentado no tópico anterior.

Outra maneira de melhorar os lucros é buscar mão-de-obra mais barata, de modo que as empresas transnacionais encontram tal condição, muitas vezes, na América Latina. Nesse sentido, esses países vêm enfrentando problemas com a atuação sem as devidas precauções das empresas, com a consequente falta de responsabilização proporcional por danos provocados contra o seu meio-ambiente e população[47]. Para tentar dificultar a utilização da doutrina do *Forum non*

[47] É possível citar Alfaro vs Dow Chem 751 S.W.2d 208 (Tex. App. 1988), que se refere a demandantes residentes da Costa Rica que utilizaram pesticida da referida empresa, causando-lhes danos severos. Disponível em: < https://www.courtlistener.com/opinion/1518187/alfaro-v-dow-chemical/>. Acesso em: 21 set. 2018.

Conveniens como ferramenta de defesa, países latinos têm buscado soluções legislativas.

É de se ressaltar que os países como Honduras, Nicarágua e Equador[48] possuem tradição de *Civil Law*, que deixa difícil o encaixe da doutrina do *Forum non Conveniens* com tal tradição legal. Em Honduras, por exemplo, o art. 138 da *ley de organización y atribuciones de los tribunales*[49] trata da impossibilidade de ajuizamento de ação em jurisdição diversa daquela que fora ajuizada anteriormente, ainda que exista fato superveniente:

> Artículo 138. Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante el Juez o Tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente.

As cortes americanas, portanto, não respeitam ou não se atentam às leis desses países ao rejeitarem uma ação e determinarem que ela seja interposta nessas jurisdições. Com isso, começaram a surgir os *Blocking Statutes* ou Leis-Barreira, que são leis com o objetivo de tentar impedir o uso da doutrina do *Forum non Conveniens*, na tentativa de reforçar as regras que tratam de jurisdição[50].

O Equador promulgou uma lei que entregava nova interpretação aos artigos 27, 28 e 29 do *Codigo De Procedimiento Civil*[51], na tentativa de que, uma vez ajuizada uma ação em foro que não o equatoriano, sua competência para aquela matéria se extinguiria:

> **Art. 1** Sem prejuízo de seu significado literal, os artigos 27, 28 e 29 do Código de Processo Civil devem ser interpretados no sentido de que, em caso de jurisdição internacional concorrente, o autor pode escolher livremente entre entrar com uma ação no Equador ou em um país estrangeiro, exceto quando um estatuto explícito estabelecer que o assunto será resolvido exclusivamente pelos tribunais equatorianos, como

[48] Após pesquisa, foram países onde o fenômeno das Leis-Barreira foi observado.
[49] HONDURAS. Ley de Organización y atribuciones de los tribunales. 1987. Disponível em < http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20de%20Organizacion%20y%20Atribuciones%20de%20los%20Tribunales%20%28LOAT%29.pdf> Acesso em: 05 jun 2018.
[50] DAHL, Henry Saint. *Forum Non Conveniens, Latin America and Blocking Statutes*, 35 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 21 (2004)
[51] EQUADOR, *Ley de Procedimiento Civil.* 2005. Disponível em: <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/Codigo-de-Procedimiento-Civil.pdf>. Acesso em: 05 jun 2018.

> no caso de uma ação de divórcio de um cidadão equatoriano que contraiu casamento no Equador. Se uma ação for apresentada fora do Equador, a competência e a jurisdição nacional dos tribunais equatoriano serão definitivamente extintas[52].

A Nicarágua criou a *ley 364*[53] justamente para barrar a utilização da doutrina, na tentativa de proteger seus cidadãos de eventuais danos causados e decorrentes dificuldades de responsabilização.

Nesse sentido, a referida lei merece breves comentários:

> **Artículo 1.-** La presente Ley tiene por objeto regular y facilitar el procedimiento para la tramitación de juicios en materia de indemnización a las personas afectadas en su salud física, psicológica o patológica, por el uso y la aplicación del plaguicida DBCP, 1.2 dibromo-3-cloropropano y sus derivados, conocido en nuestro país bajo los nombres de NEMAGON y FUMAZONE, entre otros, mismos que se han utilizados en los diferentes cultivos y plantaciones del país.

O composto mencionado no texto do artigo, DBCP, é um inseticida muito usado no país, em plantações de bananas, principalmente, onde os trabalhadores das plantações passaram a sofrer com a exposição paulatina do produto e, por consequência, acabaram por desenvolver doenças[54].

Já o artigo 3º é resultado da quantidade de processos interpostos nos Estados Unidos, foro concorrente ao da Nicarágua, por causa da empresa-matriz ser, geralmente, de nacionalidade americana:

> **Artículo 3.-** Las empresas demandadas en los Estados Unidos de América que por haber optado a que se transfieran los juicios a tribunales nicaragüenses y actualmente estén siendo demandadas en tribunales de nuestro país, una vez demostrado los alcances de la demanda en el respectivo proceso judicial, tendrán la obligación de indemnizar con una suma mínima equivalente a Cien Mil Dólares Norteamericanos, o su

[52] Tradução realizada pelo estudante.
[53] NICARAGUA. Ley Especial para la Tramitación de Juicios Promovidospor las Personas Afectadas por el uso de Pesticidas Fabricados a Base de DBCP. 2000. Disponível em <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aaea87dac762406257265005d21f7/545bec2a8b101dd8062571bc005edb9d?OpenDocument> Acesso em: 04 jun. 2018.
[54] ESTADOS UNIDOS. Delgado x Shell Oil Co. 890 F. Supp. 1324 (S.D. Tex. 1995). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/890/1324/1411147/>. Acesso em: 09 de set. 2018.

> equivalente en Córdobas al tipo de cambio oficial vigente al momento del pago de dicha indemnización, dependiendo de la gravedad del caso, a cada afectado que haya presentado demanda en nuestros tribunales y que se comprobare que haya sido afectado física o psicológicamente en su salud.

Em seu artigo 4º, surge uma tentativa concreta de tentar desestimular que as transnacionais usem a doutrina do *Forum non Conveniens* para que um processo, inicialmente ajuizado em uma corte americana, seja declinado para uma corte da Nicarágua, realizando depósito em juízo:

> **Artículo 4.-** Las empresas demandadas deberán depositar para garantizar las resultas del juicio dentro de los noventa (90) días de haberse iniciado los juicios respectivos ante los tribunales de la República, la suma de cien mil Dólares o su equivalente en Córdobas al tipo de cambio oficial vigente al momento del depósito en el juzgado respectivo como condición procesal para poder tener participación en el juicio. Las personas que se presenten como parte demandante gozarán por estricto imperio de la presente Ley del beneficio de pobreza establecido en nuestra legislación vigente.

Mesmo com o objetivo definido, a produção de tais leis, contudo, não se mostra pertinente. Isso se dá por dois motivos: o primeiro relaciona-se à mitigação do direito que um autor de eventual ação pode ter em acessar jurisdições estrangeiras que uma Lei-Barreira pode causar.

Nesse sentido, o dispositivo interpretativo dos artigos 27, 28 e 29, do *Codigo De Procedimiento Civil* do Equador, apresentado supra, foi considerado inconstitucional pela Corte Constitucional do país por apresentar problemas em sua forma, prejudicando o demandante[55].

O outro problema seria justamente a (falta de) afinidade da doutrina do *Forum no Conveniens* com o sistema judicial dos países da América Latina. Como visto, acatada a preliminar da doutrina, dispositivos legais importantes, como o

[55] Foi feito o seguinte exercício mental: se o demandante ajuizasse uma ação perante um tribunal que não fosse uma corte equatoriana e caso aquele tribunal se declarasse incompetente para processar a ação, qualquer juízo equatoriano também o seria, já que a ação já fora interposta em outra jurisdição, extinguindo-se, portanto, o direito do autor em ajuizá-la perante uma corte do Equador. *Registro Oficial. Organo Del Gobierno Del Ecuador*. Disponível em: <https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2002/05/registro-oficial-9-de-mayo-del-2002#anchor433904>. Acesso em: 21 set. 2018.

Código de Processo Civil desses países são violados. Assim, mesmo que promulgadas especificamente para tratar do assunto, encontram incompatibilidade com a própria doutrina, dificultando a produção de uma lei eficaz.

Dessa forma, mesmo que identificado o problema, por parte das jurisdições processantes, de adequação da doutrina do *Forum non Conveniens* com casos que envolvem empresas transnacionais, acarretando em maior difilculdade de responsabilização destas, o produto que foi encontrado como solução (ou, pelo menos, mitigação do problema), ainda esbarra nos aspectos apresentados.

4 CONCLUSÃO

Como visto ao longo do trabalho, a doutrina do *Forum non Conveniens* surgiu como alternativa ao *Forum Shopping* e, nesse sentido, cumpriu seu papel de fornecer um foro mais adequado para julgamento do feito.

Do ponto de vista jurídico, a partir da análise dos casos que envolvem empresas transnacionais, nota-se que os juízos foram coerentes com a doutrina quando aplicam a doutrina. O pensamento de que o foro de onde ocorreram os fatos ser melhor para o processamento do feito, por enteder que provas e testemunhas se encontram naquela jurisdição, é aspecto basilar do *Forum non Conveniens*.

Contudo, do ponto de vista prático, a doutrina apresenta problemas quanto à aplicabilidade, que se resumem em dois: o processo ganha uma morosidade indesejada, até mesmo porque a doutrina tem por objetivo de que o processo declinado seja julgado de forma melhor, por um foro mais adequado. A celeridade processual deve ser levada em conta, já que o tempo demandado para julgamento de um processo também é avaliado para se determinar a qualidade de uma prestação jurisdicional.

O segundo problema de aplicabilidade da doutrina diz respeito ao processo de execução da sentença, em caso favorável. Como visto no caso envolvendo a empresa *Chevron*, após a declinação da competência para o foro equatoriano, a sentença precisou passar por um processo de homologação em outros países, já que a empresa

não possuía mais patrimônio no Equador. Uma sentença que não pode ser executada mostra que a escolha daquele foro não foi adequada[56].

Dessa forma, apesar de constituir uma doutrina legítima, que possui relevância e utilidade prática, a doutrina do *Forum non Conveniens*, quando aplicada em casos que envolvem empresas transnacionais, não apresenta sua característica primordial: a manutenção do equilíbrio processual entre as partes.

Mesmo não sendo usada de forma desvirtuada pelas empresas, que não se valem de interpretação ambígua da doutrina ou algo do tipo, esta dificulta, de fato, a responsabilização das empresas. Trata-se, portanto, de uma brecha da doutrina, que não consegue servir para casos que têm empresas transnacionais envolvidas da mesma maneira que os casos que não têm, de modo que uma mudança de foro dá às rés o benefício do atraso do trâmite e a perspectiva de prêmios menores em tribunais estrangeiros.

Como visto, a criação de Leis-Barreira não conseguiram atingir o seu objetivo de impedir o uso da doutrina do *Forum non Conveniens* por empresas transnacionais. Assim, há duas possibilidades possíveis de se enxergar para que tal problema se resolva: i) que a doutrina seja adaptada para continuar constituindo uma ferramenta que faz com que não haja vantagem para quaisquer das partes ou ii) que simplesmente seja excluída a possibilidade de utilização desta quando envolver transnacionais em um processo, dada a significativa alteração de significado da doutrina quando trata de casos com tal particularidade, constituindo um mecanismo que atrapalha a responsabilização de empresas transnacionais.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, Aguinda Salazar Maria Y Otros C/ Chevron Corporation S/Exequatur Y Reconocimiento De Sentencia Extr. octubre de 2017. Disponível em

[56] Aqui se faz a ressalva de que o caso da Chevron envolve outros detalhes, de modo que a doutrina do *Forum non Conveniens* não seja o único motivo de dificuldade de responsabilização da empresa, já que foi colocado em questão a legitimidade do processo em si, que possuía indícios de fraude. Ainda assim, uma jurisdição que não consegue executar a sua sentença por falta de patrimônio que se possa executar mostra que a escolha desta jurisdição foi equivocada.

<http://theamazonpost.com/wp-content/uploads/2017/11/SE-RESUELVE.pdf>. Acesso em: 03 jun 2018.

BASSO, Maristela. Curso de Direito Internacional Privado. São Paulo: Atlas, 2009.

BÉLGICA. *Loi* relative *à la répression des violations graves du droit international humanitaire.* Disponível em:<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52f4e1c34>. Acesso em: 09 set. 2018.

BENEDUZI, Renato Resende. Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada. 2016.

BERNARDI, Vanessa de Oliveira. Internacionalização do Processo Civil: A Adoção da Doutrina do *Forum Non Conveniens* como um Prinípio para Combater a Ocorrência do *Forum Shopping* e da Litispendência Internacional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. São Leopoldo. 2016. Disponível em: < http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5585>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.015, de 16 de mar. de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 8542 – Voto do Relator, 29 nov 2017.

BREGA, Gabriel Ribeiro, O Processo De Homologação Da Sentença Do Caso Chevron No Brasil – Uma Análise Da Ação SEC Nº 8542 E A Importância De Um Tratado Internacional Sobre Empresas E Direitos Humanos.

CAMARGO, Solano de. *Forum shopping:* modo lícito de escolha de jurisdição? Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-21122015-193317/pt-br.php>. Acesso em 21 set. 2018.

CAMERON, Christopher. Death of a salesman? Forum shopping and outcome determination under international shoe. UC Davis Law Review, v. 28. 1994-1995.

CANADÁ, *Court of Appeal for Ontario,* Yaiguaje v. Chevron Corporation, 2018 ONCA 472. Diponível em <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2018/2018ONCA0472.pdf>. Acesso em 03 jun. 2018.

CASEY, M. Ryan; RISTROPH, Elizaveta. Boomerang Litigation: How Convenient *Is Forum Non Conveniens* in Transnational Litigation (December 20, 2007). Brigham Young University Law Review, Vol. 4, No. 21, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2648717>. Acesso em 21 set. 2018.

DAHL, Henry Saint. *Forum Non Conveniens, Latin America and Blocking Statutes*, 35 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 21 (2004). Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1189&context=umialr>. Acesso em: 21 set. 2018.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito rocessual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

EQUADOR, *Ley de* Procedimiento *Civil*. 2005. Disponível em: <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/Codigo-de-Procedimiento-Civil.pdf>. Acesso em: 05 jun 2018.

ESTADOS UNIDOS. Aguinda v Texaco, Inc., F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001).

ESTADOS UNIDOS. Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. §1350. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350>. Acesso em: 21 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Delgado v. Shell Oil Co., 890 F. Supp. 1324 (S.D. Tex. 1995).

ESTADOS UNIDOS. Dyncorp vs Arias, 856 F. Supp. 2d 46 (D. D. C. 2012).

ESTADOS UNIDOS. International Shoe v. State of Washington, 326 U.S. 310, 66 S. Ct. 154, 90 L. Ed. 95 (1945).

ESTADOS UNIDOS. Quinteros et al v. Dyncorp et al, No. 1:2007cv01042 (D.D.C. 2016).

ESTADOS UNIDOS. Sarei v. Rio Tinto 221 F. Supp. 2d 1116 (2002). Disponível em: <http://www.csrandthelaw.com/uploads/file/02-56256.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India in Dec., 1984, 601 F. Supp. 1035 (J.P.M.D.L. 1985).

ESTADOS UNIDOS. U.S. DISTRICT COURT Case No. 07-21941-CIV-COOKE/McAliley.

ESTADOS UNIDOS. U.S SUPREME COURT. Gulf Oil Corp vs. Gilbert, 330 U.S 501 (1947).

GALIL, Gabriel. A Responsabilidade Das Joint Ventures Transnacionais Por Violações De Direitos Humanos: Um Estudo À Luz Do Caso Samarco. Dissertação. Homa – Centro De Direitos Humanos e Empresas. 2016.

HONDURAS. Ley de Organización y atribuciones de los tribunales. 1987. Disponível em < http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20de%20Organizacion%20y%20Atribuciones%20de%20los%20Tribunales%20%28LOAT%29.pdf> Acesso em: 05 jun 2018.

ÍNDIA.Bhopal Gas *Leak Disaster Act.* <https://indiankanoon.org/doc/1510537/>. Acesso em: 05 de set. 2018.

JATAHY, Vera Maria Barrera, Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira.

NICARAGUA. Ley Especial para la Tramitación de Juicios Promovidospor las Personas Afectadas por el uso de Pesticidas Fabricados a Base de DBCP. 2000. Disponível em <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aaea87dac762406257265005d21f7/545bec2a8b101dd8062571bc005edb9d?OpenDocument> Acesso em: 04 jun. 2018.

PETSCHE, Markus. What's wrong with forum shopping? An attempt to identify and assess the real issues of a controversial practice. International Lawyer, v. 45, 2011.

RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática. Editora Saraiva. 18ª Edição. 2016.

SCHAEDLER, Nestor. O princípio da ordem pública no Direito Internacional Privado: história, revisão crítica e perspectivas. Dissertação (Dissertação em direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. 2012.

SIMONWITZ, Aaron D. A US. Perspective on forum shopping, ethical obligation, and internacional commercial context. Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2013.

WHITE, Robin M.; WILLOCK, Ian D.; MACQUEEN, Hector L. The scottish legal system. 5th ed. Edinburgh: Bloomsbury Professional, 2013.

O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE EM TEMPOS DE PLURISSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Daniele da Silva Rocha

RESUMO

A presente monografia apresenta o tema "A multiparentalidade em tempos de plurissignificação do conceito de família". Utilizou-se de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais e partindo da premissa da pluralidade de vínculos familiares, foi analisado o reconhecimento da multiparentalidade no Direito de Família brasileiro. A Constituição Federal de 1988 foi um grande marco, trazendo um conjunto de princípios e valores, que influenciaram de maneira intensa nesse novo direito de família, que como um ramo jurídico dinâmico teve que se renovar para acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, na qual a afetividade passa a figurar como elemento central nos vínculos familiares. Com a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade, pôde-se perceber a valorização da afetividade no meio familiar, e ainda pôde-se observar quais os efeitos jurídicos por eles trazidos. Sendo assim, conclui-se que nos tempos atuais não há que se falar em hierarquia entre os critérios de filiação, mas sim na possibilidade de coexistirem simultaneamente, quando necessário, surgindo a multiparentalidade como a resolução mais adequada.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Filiação. Direito de família. Afetividade.

1 INTRODUÇÃO

A monografia apresenta em sua temática "O reconhecimento da multiparentalidade em tempos de plurissignificação do conceito de família" abordando sobre os múltiplos modelos familiares aceitos e reconhecidos pela sociedade contemporânea, em consequência da superação do modelo tradicional e patriarcal de família, bem como traz a importância da afetividade nesses novos tipos

de família, aborda ainda sobre os possíveis efeitos trazidos com o reconhecimento concomitante de paternidades, biológica e socioafetiva que é a chamada multiparentalidade e por fim traz a forma que os tribunais vêm se posicionando sobre o assunto; tendo por base pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com utilização de livros, revistas e artigos.

O objetivo do trabalho é analisar o reconhecimento da multiparentalidade que de fato surgiu como solução para não mais sonegar nenhuma das paternidades, e consequentemente ao se reconhecer essa concomitância de vínculos biológico e socioafetivo trouxe consigo vários efeitos jurídicos, dentre os quais, podemos citar a questão da guarda, dos alimentos, da visita aos filhos, questão registral, sucessórias.

A escolha do tema se deu pela relevância desse recente assunto jurídico, que esta sendo cada vez mais comum na sociedade brasileira, mas ainda não possui uma legislação específica que estabeleça suas diretrizes.

Nesse sentido é que considero de relevância ímpar o estudo, tendo em vista que não se pode ignorar aquilo que ainda não existe juridicamente, visto que o Direito de família contemporâneo é um ramo jurídico dinâmico e, por assim ser, passa constantemente por diversas (des) construções de conceitos, que são superados para que possam acompanhar as mudanças sofridas na presente sociedade, na qual a afetividade passa a figurar como elemento central nos vínculos familiares.

A priori, o primeiro capítulo abordará sobre os modelos de família aceitos pelo ordenamento jurídico na sociedade contemporânea, que passa a ser plural e não mais singular, ou seja, reconhece uma multiplicidade de entidades familiares, tendo a afetividade como elemento constituidor de família. Ademais, adentrou-se na questão da evolução da concepção originária de filiação.

Com o objetivo de compreender o tema proposto é imprescindível analisar que dadas essas possibilidades, não há que se falar em hierarquia entre os critérios de filiação, mas sim na possibilidade de coexistirem simultaneamente, quando necessário, surgindo a multiparentalidade como a resolução mais adequada.

No Segundo capítulo, a partir das considerações sobre os novos tipos de entidades familiares, adentrou-se a questão relativa à possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade, em que há a coexistência de vínculos parentais afetivos e biológicos, para depois analisar os efeitos jurídicos trazidos com a multiparentalidade.

No terceiro capítulo, acompanhando as inovações do direito de família, será evidenciada uma análise jurisprudencial para observar qual o caminho os Tribunais estão seguindo a respeito do tema, observa-se que a jurisprudência brasileira vem apresentando decisões que reconhecem a multiparentalidade, bem como que rejeitam o seu reconhecimento, levando em conta o caso concreto e atendendo o melhor interesse da criança e do adolescente.

2 A PLURALIDADE FAMILIAR E O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO AFETIVA

2.1 Tipos de Famílias

Os relacionamentos de hoje são sobremaneira diferentes dos tidos há meio século, a maior diferença foi o modo como vivia essa família.

Anteriormente, a ideia de sociedade era mais rígida, caracterizada pelo individualismo e patrimonialismo (CAMPOS; LEAL; 2014, p. 24-25), onde a família quanto instituição era mais importante que o interesse de cada membro da família (LÔBO, 2017, p. 22). Havia ainda a noção de que a família estava vinculada a um sistema altamente hierarquizado, de sujeição da mulher, com a figura do pátrio poder, onde os filhos estavam sujeitos à autoridade patriarcal, e o homem possuía posição de predominância, situação essa que era muita clara e intensa nessa época. Da mesma forma que a constituição familiar estava atrelada a um registro estatal formal, fundava se no matrimônio, como única forma constitutiva, indissolúvel. (LÔBO, 2017, p.15-16; 19).

A família contemporânea possui outras características, quais sejam: desaparece a figura de chefe de família, bem como, não existe mais a hierarquia

entre homem e mulher, em que há um exercício conjunto tanto do homem quanto da mulher nesse poder familiar, uma família mais igualitária, que se preocupa com o melhor interesse da criança e do adolescente, há a igualdade entre os filhos, e não há mais que se falar em distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. (LÔBO, 2017, p. 17-18).

Para, além disso, a família contemporânea não está mais, necessariamente, decalcada no matrimônio, há uma pluralidade de entidades familiares, ou seja, traz consigo uma diversidade de modelos de se viver em família.

A pluralidade de entidades familiares tem que ser retratada na própria definição de família, onde aquele conceito clássico de família que consta no livro no início do século passado não mais serve para realidade do presente.

Segundo Diniz (2008, p. 19), ‘’família é composta por todos os indivíduos que possuírem ligação através de vínculo de consanguinidade ou da afinidade, podendo ser incluídos na definição terceiros que não possuam tais vínculos. ‘’

Verifica-se que quando a Constituição Federal de 1988 foi implementada no mundo jurídico, o leque de possibilidades de entidades familiares foi ampliado, onde se passou a reconhecer/proteger outras formas de famílias, que não sejam apenas aquelas constituídas por laços matrimoniais, tendo em vista que a família, tal qual podemos ver na contemporaneidade, consagra-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade, igualdade de filiações e pluralidade de entidades familiares. (LÔBO, 2017, p. 30).

Nesse sentido, Lôbo (2002) aduz:

> Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

A valer, o modelo de família, passa, então, a ser plural e não mais singular, visto que a Constituição Federal reconhece a multiplicidade existente de famílias, quais sejam:

2.1.1 Família tradicional

A família "tradicional" era vista como unidade política, jurídica, e religiosa, como estrutura análoga à do Estado, centrada na figura do *pater famílias.* (WALD, 2002, p. 10).

A noção de família tradicional era fundamentada no homem como líder do núcleo familiar, Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher, poder marital, e sobre os filhos, o pátrio poder. (LÔBO, 2017, p. 16).

2.1.2 Família monoparental

A família monoparental encontra previsão legal no artigo 226, §4º, da Constituição Federal de 1988. Entidade familiar formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. (BOEIRA, 1999, p. 23-24).

Segundo Leite (2003, p. 21-22):

> a monoparentalidade sempre existiu se levar em consideração a ocorrência de mães solteiras, mulheres e crianças abandonadas, mas o fenômeno não era percebido como uma categoria especifica o que explica a marginalidade no mundo jurídico.

Na realidade brasileira atual, há um número expressivo de entidades monoparentais (LÔBO, 2017, p. 81), em que pode ter causa pelo ato de vontade, que é o caso padrão da mãe solteira, ou por situações supervenientes, em casos de viuvez, separação de fato, divórcio, concubinato, adoção por apenas uma pessoa.

2.1.3 Família homoafetiva

A família homoafetiva, é aquela formada por pessoas do mesmo sexo e que, já foram reconhecidas como entidade familiar, merecedoras de proteção estatal (LÔBO, 2017, p. 84).

Assim como nas demais entidades familiares contemporâneas, a família homoafetiva tem como fundamento principal o afeto.

Segundo Lôbo (2017, p. 83), ‘’O caput do artigo 226 adota um conceito aberto, abrangente e de inclusão’’, e ao definir família, utiliza três caracterizadores, quais sejam: afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A afetividade é o primeiro elemento estruturante da família contemporânea, em que seria esse elemento em comum, inerente nessas relações de conjugalidade, seria integrante da relação conjugal ou de filiação para caso de pais e filhos. Ademais, a família se deu pelo agrupamento que esteve representado por uma relação de afetividade.

O segundo elemento seria a estabilidade, essa relação de estabilidade que esse integrante do núcleo familiar possui deve ser estável, ou seja, as relações familiares se prolongam no tempo.

E o terceiro elemento seria a ostensibilidade, a ostentação desse vínculo afetivo seria a publicização, o conhecimento social, em que as pessoas se manifestam assim socialmente, seria então a publicidade dessas relações, o terceiro elemento caracterizador da família contemporânea; ‘’não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade, ostensibilidade e objetivo de constituição de família ’’.

Logo, as uniões homoafetivas são entidades familiares protegidas pela Constituição Federal, por preencherem os requisitos necessários e, possuírem a intenção de constituir família.

2.1.4 Família reconstituída

Historicamente, havia a noção de que a única forma de constituição familiar tinha base no matrimônio, e era considerada indissolúvel. Contudo, a questão da indissolubilidade, evoluiu ao longo do tempo, onde o casamento teve caráter indissolúvel até 1977. O desquite se transformou em separação judicial, amigável ou litigiosa, logo depois estabeleceram as regras, que levavam ao divórcio. (LÔBO, 2017, p. 138-139).

Em dezembro de 1977 foi editada a Lei n° 6515, instituindo o divórcio, consagrado, pelo principio da pluralidade de entidades familiares, veio à possibilidade de reconhecimento de reconstituir esses núcleos familiares, formados por pessoas que antes compunham outras famílias, em especial as fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões. (DIAS, 2010).

As famílias reconstituídas são entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, na qual um ou ambos de seus membros traz filhos de um relacionamento familiar anterior. (GRISARD FILHO, 2007, p. 78).

Grisard (2007, p. 85) afirma ainda que, ‘’as famílias reconstituídas são uma estrutura complexa, conformada por uma multiplicidade de vínculos e nexos, na qual alguns de seus membros pertencem a sistemas familiares originados em uniões precedentes ’’.

2.1.5 Família paralela

Antigamente, se falava em *Concubinatus*, ou seja, união que nasce à margem da sociedade; união que sofre preconceito social (LÔBO, 2017, p. 159). Ademais, o artigo 1727 do Código Civil, equipara o concubinato à união estável; porém no concubinato a pessoa não está separada de fato ou judicialmente, e não há exclusividade de vínculo.

Para resolver esse problema de incongruência teleológica, uma parte da doutrina dividiu o concubinato em duas espécies: concubinato puro, que é o mesmo

que falar da união estável; onde há exclusividade de vínculo e o concubinato impuro, não há exclusividade de vínculo e, portanto, não se equipara à união estável. (LÔBO, 2017, p. 160-161).

A família paralela é aquela em que, de forma concomitante, pelo menos, um dos componentes do casal participa de duas ou mais formas de entidades familiares entre si.

Conforme aduz Pianovski (2006, p. 212):

> [...] caso uma família seja constituída paralelamente a outra, tendo como elemento comum um componente que mantém relações de conjugalidade em ambos os núcleos, incidem sobre a hipótese deveres éticos de respeito e proteção à esfera moral e patrimonial dos componentes da outra entidade familiar. Entre esses deveres, pode estar o de tornar ostensiva a nova relação em face do núcleo original, de modo a não permitir que os componentes daquela primeira entidade familiar incorram em engano.

Segundo Lôbo (2017, p. 179-180), ‘’a liberdade de escolha da entidade familiar não é absoluta. Em nossa cultura, há restrições para reconhecimento jurídico de certas formações familiares, apesar de existirem no mundo da vida, nomeadamente as famílias incestuosas e as famílias poligâmicas’’.

Contudo, deve-se aplicar como base a boa fé objetiva nesses tipos de entidades familiares, pois mesmo sendo considerada uma afronta a monogamia, cabe a cada membro da família considerar a monogamia como uma conduta moral ou não. Sendo, possível a família paralela, ser reconhecida como entidade familiar, como já há casos na jurisprudência a reconhecendo como tal, quando pautadas na boa fé.

2.1.6 Família Eudemonista

A família Eudemonista tem como fundamento a busca da felicidade; e se conquista essa felicidade por meio da afetividade. Segundo Filgueras (2001, p. 54), ‘’ a afetividade é o elemento nuclear e definidor da união familiar. ’’

A família Eudemonista, rege que o interesse existencial e afetivo de cada um de seus integrantes prevalece sobre a família quanto instituição, quanto pilar da sociedade, diferente daquele modelo pretérito de família tradicional. (VILLELA, 1980, p. 12-13).

Como aduz Gama (2007), a função social da família expressa no novo Código Civil, representou uma evolução da noção de "família instituição" para a de "família instrumento":

> [...] A família passou a ser vista como um instrumento de realização da personalidade e das potencialidades de seus integrantes; se, antes, ela era servida, agora deve servir aos seus integrantes, principalmente aqueles mais vulneráveis, que são as crianças, os adolescentes e os idosos.

Assim, tendo em vista esse novo conceito, as questões existenciais prevalecem sobre as patrimoniais, sendo que as questões patrimoniais aqui são importantes quanto instrumento, para se chegar aos interesses existenciais dos integrantes.

Nesse sentido, Farias e Rosenvald (2012, p. 83) disserta sobre a família Eudemonista:

> [...] tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência permitindo que cada pessoa se realize, pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não se confirmando ao estreito espaço da sua própria família.

É um conceito de família que busca a realização, o bem estar, a felicidade mútua de seus membros, constituindo-se pela prevalência dos laços afetivos, onde o respeito, a solidariedade, o amor, a igualdade e a liberdade são muito presentes, independente de vínculo biológico entre eles. (LÔBO, 2000).

2.2 A afetividade como elemento constituidor da família

A afetividade não é aquilo que muitos defendem, não é afeto. Pois bem, afeto é sentimento e não está vinculado propriamente ao mundo da deliberação, mas no mundo da intuição. A afetividade não é a tutela dos efeitos do afeto. Na verdade a

afetividade como princípio é o reconhecimento e tutela das deliberações de vontade, atos conscientes de vontade na perspectiva da constituição de relações familiares. (VIEIRA, 2015).

Na leitura jurídica da afetividade, inicialmente é possível perceber que o amor no nosso contexto atual de Direito de família é estranho ao direito, não está à regular, a laborar o amor. São importantes outros significantes para que possamos laborar, por exemplo, o afeto sim é relevante, é esse vínculo subjetivo, vínculo anímico que une as pessoas, ou seja, pode se ter um vínculo de afeto por uma pessoa ou por outra e efetivamente isso é relevante para os estabelecimentos dos relacionamentos familiares atuais. (CALDERÓN, 2017).

A afetividade, a priori é vista como uma atividade de afeto, ou seja, atividade exteriorizadora de um dado sentimento de afeto que uma pessoa venha a ter. Esta afetividade envolve um agir, que vem a se publicizar, ou seja, esse sentimento de afeto se exterioriza com atos e fatos que podem ser percebidos em dado meio social. Então essa atividade de afeto que é sempre representado por atos e fatos, o Direito consegue perceber. O Direito tem filtros que justamente percebem a presença de atos e fatos jurídicos. (CALDERÓN, 2017).

Em suma, afetividade nada mais é que a autonomia privada, ou melhor, a autonomia da vontade nas relações familiares. Então autonomia de vontade é liberdade mais autoresponsabilidade, autonomia privada mais autoresponsabilidade. Afetividade é a liberdade de constituir família e a sujeição obrigacional de seus efeitos. (VIEIRA, 2015).

Não basta simplesmente escolher com quem estabelecer uma relação de pater filiação, não basta apenas à escolha racional, consciente, razoável e lícita que esteja fundamentada na boa fé para que constitua as diversas formas de instituições familiares, é preciso que essa disposição de vontade seja, primeiramente, pública, ou seja, a sociedade precisa antes de tudo conhecer a deliberação de vontade e seus efeitos e não basta apenas a publicidade dessa deliberação de vontade, mas a continuidade neste processo de deliberação pública na constituição familiar, a

importância da identificação do nome, da aparência nesse processo constitutivo de deliberação familiar. (VIEIRA, 2015).

2.3 Da evolução da concepção originária de filiação

No período da família tradicional, havia a ideia de que a filiação estava sempre atrelada ao matrimônio, ao casamento civil devidamente formalizado, ao vínculo biológico que deveria estar presente ou a adoção, como exceção.

Na década de 80, instalou uma discussão entre os biologistas, que diziam: ‘’a filiação é eminentemente biológica e decorrente da descendência genética’’ e os não biologistas que diziam: ’’ a filiação pode estar atrelada a fatores de convivência e fatores culturais que não necessariamente, sempre estará atrelado ao vínculo de sangue’’.

Um dos precursores, que acolheu o paradigma da afetividade foi João Batista Vilela. Em 1979 já se falava de desbiologização da paternidade, demonstrando que o vínculo paterno filial, não era sempre, nem necessariamente, biológico. Ademais, os vínculos de paternidade poderiam ocorrer de ‘’forma cultural’’, por uma ligação social, vivenciada na prática, o que veio então se denominar como uma relação socioafetiva.

Em meados da década de 90 surge o exame de DNA que passa a permitir, se dizer essa descendência biológica genética com quase 100% de certeza científica, em que o DNA iria se instaurar como resposta única e definitiva em todos os casos. (VARGAS; WELANG, 2004, p. 27-32).

Entretanto não foi bem assim, em paralelo ao avanço do DNA, surgiu um ditado na sociedade muito intenso no Brasil, ‘’pai é quem cria’’, o que está subjacente nesse ditado, pai é efetivamente quem exerce o vínculo de paterno filial diariamente, pai é quem naquela dada família exerce a função paterna de fato; então essa noção de ‘’pai é quem cria’’, quer dizer que o vínculo de filiação e paternidade não é quem está sempre atrelado ao vínculo biológico, o pai pode não ser o ascendente genético daquela criança, mas como exerceu essa função paterna por um

dado tempo, é identificado como pai e para sociedade é suficiente. (LÔBO, 2004, p. 523).

Com isso, passou se a prestar mais atenção nesse vínculo socioafetivo, que não estaria mais decalcado nesse vínculo biológico, ou seja, não existiria vínculo biológico nesse dado pai e dado filho, mas mesmo assim haveria uma relação paterna filial, não era um vínculo formal, registral, nem biológico, mas havia um vínculo real, concreto e afetivo. (WELTER, 2003, p. 15-16).

Atualmente há pluralidade de vínculos de filiação, todos com os mesmos direitos, em que demonstram a nova feição da família contemporânea, um novo modelo. A Constituição Federal de 1988 foi um grande marco, trazendo um conjunto de princípios e valores, que influenciaram de maneira intensa nesse novo direito de família.

Segundo Lôbo, em diversos dispositivos da Constituição Federal, como os artigos 226 e 227, percebe se a consolidação dos vínculos afetivos, reconhecimento da afetividade; mesmo que nas entrelinhas da Constituição Federal. Bem como no código civil de 2002, onde há o acolhimento da afetividade, por exemplo, os artigos 1583 e 1584 do mesmo diploma legal, ao regular a guarda e a convivência familiar percebe se a afetividade de forma implícita e até explicitamente, ao dizer que ‘’um dos critérios é o vínculo de afetividade’’, ou seja, paulatinamente a legislação passou a cuidar da afetividade.

Não há uma prevalência, a priori ou em abstrato entre as espécies de vínculo de filiação, o princípio da igualdade também reverbera nas questões de filiação, onde todos os filhos são iguais, então todas as espécies de vínculo de filiação também devem ser respeitadas, tratadas de maneira igual, estão no mesmo status constitucional, mas cada caso concreto pode ter a prevalência de uma a outra modalidade de vínculo, de acordo com a peculiaridade jurídica apresentada, poderá ser que eu tenha uma solução que o poder judiciário aponte nesse caso prevalecerá apenas o vínculo biológico, em outro caso poderá ter o vínculo socioafetivo

declarado, tema da Repercussão Geral 622, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, a possibilidade de manter os dois vínculos. (CALDERÓN, 2017, p. 181).

Logo restou claro nas questões paterno filiais, que a afetividade está presente como novo paradigma, vindo a influenciar as paternidades socioafetiva. (CALDERÓN, 2017).

2.4 Filiação biológica

Filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau. (FUJITA, 2011, p. 65).

Durante muito tempo a sociedade tem a ideia de que filho é sempre de sangue, ou seja, sempre descendente genético de seus pais; há a ideia que filho é quem descende geneticamente de outrem, é uma noção que ainda está presente de certo modo, mas ao parar para analisar diversas situações, verifica se que nem sempre isso é verdade, mesmo no período pretérito, nem sempre foi o vínculo biológico prevaleceu no vínculo da filiação, como muitas vezes se tem a impressão numa análise superficial.

Nesse sentido Fachin (2012, p. 9) relata que a filiação no senso comum das pessoas refere-se à filiação biológica: "quando se está a versar sobre a questão atinente à paternidade e à maternidade, o dado que costuma vir à mente, em um julgamento superficial fundado no senso comum, é a busca do vínculo biológico."

Segundo Fachin (2012, p. 10):

> O biologismo não assume o papel exclusivo de base apta a determinar paternidade. Se assim fosse, inviável seria, por exemplo, a doação de material genético, com a inseminação artificial heteróloga: os pais seriam sempre os doadores dos gametas. Não é, entretanto, como se sabe, o que ocorre. A paternidade é mais do que uma determinação simplesmente biológica.

Assim, a verdade biológica não é o suficiente para determinar os verdadeiros laços que vinculam um pai, uma mãe a um filho. É uma relação que "transcende a lei

e o sangue", fazendo com que uma pessoa ame e dedique sua vida a criar uma criança e que esta busque conforto, carinho e atenção. (NOGUEIRA, 2001, p. 84).

2.5 Filiação adotiva

Dispõe Fujita (2011, p. 54) que a filiação adotiva ‘’é aquela proveniente de uma adoção, pela qual, mediante sentença judicial constitutiva, é estabelecido um vínculo jurídico entre adotante, ou adotantes, e adotado’’.

Na adoção em regra ocorre à desconstituição da família antiga, ou seja, cancela/desconstitui a família antiga e ganha uma família nova. Diferentemente do que ocorre quando se tem uma filiação socioafetiva, em que muda o próprio conceito de família, sai da noção de consanguinidade e vai para a importância do vínculo amor.

Ademais, quando se tem de fato essa filiação socioafetiva se faz uma ação chamada de ação declaratória de socioafetividade, em que se prova o vínculo de amor, relação de carinho, de afetividade. Declara o amor existente entre essas pessoas, e para gerar seus efeitos ocorre à mudança no cartório do registro de nascimento, ou seja, no campo filiação passa se a constar dois pais e/ou duas mães.

Contudo, conforme aduz Fujita (2011, p. 75), é inquestionável que, na filiação adotiva, se encontra presente a afetividade, envolvendo um adotante (adoção unilateral) ou um casal de adotantes (adoção bilateral), de um lado, e o adotado, de outro, outorgando para este todos os direitos e qualificações a que tem direito um filho, na forma preconizada pelo art. 227, § 6o, da Constituição Federal e repetida pelo art. 1.596 do Código Civil de 2002.

Em termos gerais, na socioafetividade se ganha um pai e/ou uma mãe, não perde o que já tinha; já na adoção, em regra, ocorre à desconstituição da entidade familiar anterior e cria uma nova, sempre respeitando o Estatuto da criança e do adolescente, e o interesse do menor.

2.6 Filiação socioafetiva

Segundo Pereira (2014, p. 337), ‘’a filiação socioafetiva, é a filiação decorrente do afeto, ou seja, aquela que não resulta necessariamente, do vínculo genético, mas principalmente de um forte vínculo afetivo. Pai é quem cria e não necessariamente quem procria’’.

O reconhecimento da filiação socioafetiva decorre da ‘’posse do estado de filho’’, a crença da condição de filho, que se funda em fortes laços de afeto construídos ao longo do tempo (PEREIRA, 2014, p. 543).

Em “A desbiologização da paternidade”, Villela (1979) já dizia que muitas vezes ‘’a filiação pode ser mais um dado cultural, um dado social, uma experiência concreta vivenciada na vida, do que a uma gota de sangue a determiná-la’’, sendo um dos precursores da filiação socioafetiva.

Dispõe Dias (2007, p. 68):

> O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo o lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.

O artigo 1593 do Código Civil aduz: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, pois bem a elocução: ‘’de outra origem’’ vem, justamente a representar a possibilidade de o parentesco ser de uma origem afetiva. Ademais, o artigo 1596 do mesmo diploma legal abole as distinções entre os filhos, igualando-os na sua totalidade, protegidos pela Constituição Federal, no artigo 227.

A socioafetividade é um elemento constituído por dois diferentes aspectos, o social e o afetivo; é justamente o reconhecimento no meio social dessa dada relação afetiva, a publicização dessa relação, por meio de três elementos: a reputação ou

fama que seria justamente a notoriedade, a publicidade desse relacionamento afetivo que eles têm, ou seja, a sociedade, toda a família tem conhecimento de que eles se relacionam que eles são pai e filho; o nome seria o registro em si, o reconhecimento voluntário por aquele que não tem qualquer laço sanguíneo com a criança e o trato é o tratamento dispensado entre eles de pai e filho, o reconhecimento que eles têm como sendo de pai e filho. (CALDERÓN, 2017, p. 148).

A socioafetividade reforça que o vinculo afetivo deve ser à base de uma família. Afinal a filiação socioafetiva é vista como uma construção da realidade fática, em que ser pai não é apenas ter contribuído geneticamente para a formação de um novo ser, do contrario, ser pai envolve comprometimento, vinculação afetiva, ou seja, prestar apoio emocional, educacional, afetivo e tudo o que o poder familiar pressupõe, de forma que os pais biológicos e afetivos devem ter os mesmos direitos e deveres.

Segundo Lôbo (2004):

> A afetividade é construção cultural que se dá na convivência sem interesses materiais que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família. A afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que na realidade da vida seja malferida, porque esse tipo de parentesco jamais se extingue.

Logo, a paternidade, verdadeiramente, decorre da socioafetividade. Verifica-se que o legislador optou por dar relevância ao caso concreto e a realidade social em vista dos preceitos jurídicos preexistentes, trazendo ao primeiro patamar a importância do afeto existe entre duas pessoas que exercem a situação fática de pai (s) e filhos (s), sem deixar de lado a existência e a responsabilidade da filiação biológica, reconhecendo a multiparentalidade.

3 A MULTIPARENTALIDADE E MULTIHEREDITARIEDADE

O objetivo do presente capítulo concentra-se na demonstração do reconhecimento da multiparentalidade, bem como abordar um pouco sobre a diferenciação entre o instituto da multiparentalidade e Coparentalidade. Ademais, buscar-se-á compreender quais sejam os efeitos jurídicos decorrentes desse reconhecimento.

3.1 Reconhecimento judicial e a coparentalidade

Realidade na jurisprudência brasileira sobre a hipótese de mais de um pai e uma mãe. É o fim do modelo dúplice de duas pessoas no registro de nascimento de alguém, em que a socioafetividade trouxe a possibilidade desta parentalidade afetiva coexistir com outra parentalidade, por exemplo, a registral.

Segundo Dias (2013, p. 385):

> coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana

Então, já se admite que alguém tenha pelo menos duas mães e um pai ou dois pais e uma mãe. Pais afetivos se somando a pais biológicos, porque uma parentalidade não precisa obrigatoriamente excluir a outra, em que é totalmente possível que tanto a parentalidade afetiva quanto a parentalidade biológica coexistam e criem esta chamada multiparentalidade.

Diferente da multiparentalidade, um pouco desconhecido ainda, pois é um assunto novo, a Coparentalidade ocorre quando duas pessoas querem ter um filho e se unem para fazer um contrato para criação desse filho; o contrato permite criar, educar juntos, passar crenças e valores, mas cada um na sua casa.

É uma forma de entidade familiar diferente, uma remodelagem desse modelo de família, aqui não há que se falar em laços. Nesse contrato se estabelece algumas variáveis de cuidado com a criação dessa criança, tendo muitos desafios a serem

enfrentados, tendo em vista que se trata de duas pessoas que não se conhecem, não têm afetividade, para criar, constituir valores, e direcionar uma criança.

É a situação em que pais se apóiam na criação de um menor, eles dividem as funções dessa criação, dividem também as funções de chefes de família dessa criança; nesse caso funciona mais ou menos como se fosse uma guarda compartilhada. A relação nesse novo modelo de entidade familiar não deve ser amorosa, tendo em vista que essas pessoas se encontraram com o objetivo único de gerar um filho, então não há esse tipo de expectativa.

Como na Coparentalidade as pessoas não têm relações amorosas afetivas, normalmente ‘’o casal’’ se utiliza de técnicas de reprodução assistida.

Segundo Pereira (2017), a partir do momento em que a ideia de parentalidade ficou separado de conjugalidade as pessoas ficaram mais livres para estabelecer seus vínculos parentais, portanto família Coparental é aquela onde as pessoas se encontram apenas para ter filhos, querem apenas ter filhos sem uma família conjugal, e se faz necessário ou conveniente que se estabeleça um contrato estipulando as regras daquela convivência, por exemplo, questão da guarda compartilhada, sustento, enfim, como um casal qualquer com a única diferença de que não haverá sexualidade presente.

Já a multiparentalidade é um instituto caracterizado pela coexistência de um vínculo parental biológico e um vínculo socioafetivo. O requisito principal é a afetividade, em que o vínculo afetivo tem que estar presente. Ademais, sua finalidade não é previdenciária, sucessória, existe essa repercussão, no entanto, o requisito que os doutrinadores exigem para sua caracterização é a afetividade.

Sem a multiparentalidade teria a destituição do poder familiar de um dos pais, não tendo a coexistência. Logo, a multiparentalidade veio como solução para não mais sonegar/excluir nenhuma das paternidades e sim coexistir, quando de fato exercerem essa paternidade.

3.2 Efeitos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade

Segundo Welter (2012, p. 144),

> em decorrência, a paternidade genética não pode se sobrepor à paternidade socioafetiva e nem esta pode ser compreendida melhor do que a paternidade biológica, já que ambas são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, porque fazem parte da condição humana tridimensional, genética, afetiva e ontológica. Assim, não reconhecer essas duas paternidades, ao mesmo tempo, com a concessão de 'todos' os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a tridimensionalidade humana, genética, afetiva e ontológica, é tão irrevogável quanto a vida, pois faz parte da trajetória da vida humana.

Uma vez consolidada a paternidade socioafetiva, a criança se encontrando na situação de posse de estado de filho, esse filho socioafetivo terá os mesmos direitos que um filho biológico. A própria Constituição Federal, em seu artigo 227 parágrafo 6 consagrou o principio da igualdade dos filhos. Então, desde 1988 não se admite mais, aqui no Brasil nem um tipo de diferenciação em relação à filiação, a origem da filiação.

No Brasil, praticamente, em cada estado há pelo menos um caso na jurisprudência de decisão autorizando a multiparentalidade. Nova realidade brasileira, que após seu reconhecimento haverá várias conseqüências jurídicas de como exercer o poder familiar, por exemplo: a questão da guarda, dos alimentos, da visita aos filhos e por conseqüência o direito sucessório, e como estabelecer isso tendo três pessoas no registro de nascimento?

3.2.1 Registro Civil

Para que a multiparentalidade esteja regularmente constituída, ganhe publicidade perante a sociedade, bem como produza seus efeitos jurídicos, há a necessidade de que todas as pessoas envolvidas figurem no registro de nascimento. (RODRIGUES; TEIXEIRA, 2009, p. 53).

Nesse sentido, Cassettari (2014, p. 178-179), defende que após o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, deve, obrigatoriamente, ser averbada em registro civil. Ademais, aduz que essa averbação é de suma importância

> [...] para ganharem publicidade e conseguirem, de forma mais efetiva, a produção dos seus regulares efeitos, e para facilitar a prova dessa questão para os atos do dia a dia, já que a certidão expedida pelo cartório irá fazer prova plena do que já ocorreu no processo judicial, sem a necessidade de maiores formalidades e documentos, pois, não podemos esquecer, que o §1º do art. 100 da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) estabelece que, antes de averbadas, as sentenças não produzirão efeito contra terceiros. Apesar de essa regra estar inserida no artigo que trata do livro do casamento, entendemos que ela também se aplica, analogicamente, ao do nascimento e óbito [...].

A decisão 622 do Supremo Tribunal Federal "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", ou seja, a multiparentalidade já é reconhecida judicialmente, em que há o reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade; reconhecendo a possibilidade de uma criança ter em seu registro civil o nome dos pais biológicos e dos pais socioafetivos.

Segundo Póvoas (2012, p. 89):

> [...] a importância do registro de nascimento é indiscutível e, por mais que nunca ninguém será pai somente porque o papel diga que assim o é, certo que é fundamental que os genitores o sejam de pleno direito, inclusive registralmente.

Com o provimento n.º 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os cartórios já estão autorizados a emitirem certidões com este novo modelo de filiação multiparental, em que é possível ter, oficialmente, dois pais e duas mães; desde esteja assegurado melhor interesse da criança:

> Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

> 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.
>
> 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

Em princípio não precisa de autorização judicial na averbação do reconhecimento de paternidade socioafetiva, desde que todos os envolvidos, pai e mãe registral; filho maior de doze anos e pai socioafetivo estejam presentes ao ato, submeter à autorização judicial se uma das partes não manifestar a concordância ou o filho quando a lei o exigir, art. 11 parágrafo 4 e 6 do provimento. (ARPEN BRASIL, 2017).

De uma maneira geral as mudanças ocorridas no provimento 63 tiveram como marco a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade; o que se teve foi uma supervalorização da certidão de nascimento, em que se centraliza/unifica todas as informações da vida civil de um cidadão em um documento só. (PEREIRA apud CALDERÓN, 2017).

Alguns criticam as mudanças ocorridas no provimento 63, dizendo ser inconstitucional, tendo em vista que ao se fazer o registro de filiação, há a implicação de diversos efeitos advindos desse registro, e com o provimento se pode fazer esse reconhecimento de filiação socioafetiva perante registro público, facilitando muito algo gera muitas conseqüências no âmbito do direito da personalidade, patrimonial, da pessoa. Contudo, os que estão de acordo com o provimento afirmam que ele veio apenas para se adequar as atuais demandas da sociedade, não sendo por essa razão inconstitucional.

Logo, o registro da filiação multiparental “só traz benefícios aos filhos, auferindo-lhes de forma incontestável e independentemente de qualquer outra prova, todos os direitos decorrentes da relação parental”. (PÓVOAS, 2012, p. 91).

3.2.2 Nome e parentesco

Reconhecida a existência da multiparentalidade, o nome do filho, sem qualquer impedimento legal poderá ser composto pelo prenome e o apelido de família de todos os genitores, tendo em vista que o uso do nome do pai pelo filho é direito fundamental e sua utilização não pode ser vedada. (PÓVOAS, 2012, p. 94).

Nesse sentido, em vista do art. 54, itens 7º e 8º, da Lei nº 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos, determina que no registro devam constar os nomes e prenomes dos pais e dos avós maternos e paternos. Assim, no registro de nascimento constará como pais os nomes dos pais biológicos, do pai ou mãe socioafetivo(a), bem como constarão como avós todos os ascendentes destes. (RIZZARDO, 2014).

Segundo Calderón (2017, p. 228):

> o nome do filho em questão, que pode sofrer ou não alteração a partir desse reconhecimento. Por ser o nome uma expressão da identidade e da subjetividade da pessoa, um típico direito da personalidade, pode sofrer ou não alteração a partir dessa decisão, conforme o caso concreto. Logo, a alteração do nome ou não para inclusão do patronímico do novo pai reconhecido dependerá do interesse do filho em ver processada tal alteração ou não.

Para Brandelli (2012, p. 208), o nome de família deve identificar a família a qual pertence o portador do nome, identificando sua origem familiar, sendo não necessariamente, biológica, mas sim real.

A possibilidade de inclusão do sobrenome de quem foi reconhecida a paternidade ou maternidade, existe desde 2009, com advento da Lei nº 11.924 conhecida como Lei Clodovil, que incluiu o parágrafo 8º no artigo 57 da Lei de Registros Públicos, em que se permite a inclusão do sobrenome do padrasto ou da madrasta, sem retirar o sobrenome dos pais biológicos. Salienta-se que deve haver motivo ponderável, bem como expressa concordância destes. “Trata-se de um belo indício de multiparentalidade, pois, apesar de a lei não falar da inclusão do nome como pais ou mães, acreditamos que esse foi mais um dos argumentos para que isso ocorresse em nossa jurisprudência”. (CASSETTARI, 2014, p. 181).

A respeito do parentesco, com o reconhecimento da multiparentalidade, há o estabelecimento de vinculo de parentesco entre o filho e todos os parentes dos pais/mães. O filho terá parentesco em linhas reta e colateral, até quarto grau, com a família do pai/mãe biológicos e afetivos, sendo que este grau de parentesco serve para todas as hipóteses previstas em lei. (PÓVOAS, 2012, p. 92-93).

Segundo o artigo 1593 do Código Civil "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem", pois bem a elocução: ''de outra origem'' fundamenta a existência da parentalidade socioafetiva, sendo aplicável, por essa razão, todas as regras de parentesco natural ao socioafetivo. (CASSETTARI, 2014, p. 106).

3.2.3 Guarda

Em casos de quebra de vínculo conjugal a guarda dos filhos biológicos ou não biológicos, a priori, para fixação da guarda do menor deve-se levar em conta o que for melhor para criança, analisando cada caso concreto. (PÓVOAS, 2012, p. 95).

Segundo Chaves (2009, p. 487-499):

> [...] nada obsta que a guarda de uma criança seja deferida ao pai ou mãe afim, em detrimento dos pais biológicos, desde que esse caminho seja indicado pelo melhor interesse da criança. Por exemplo, no caso em que ambos os genitores mostrem desinteresse e desmazelo para com os filhos e o pai ou mãe afim evidencie uma relação de extrema afinidade e afetividade com as crianças.

É possível o compartilhamento da guarda entre os dois pais/mães reconhecidos (as) em multiparentalidade, as situações que envolvam crianças e adolescentes. Não parece haver qualquer impeditivo para tal compartilhamento entre três ou mais pessoas, embora isso possa envolver uma maior complexidade, mas certamente é uma questão que demandará maiores reflexões dos familiaristas. (CALDERÓN, 2017, p. 229).

Nesse sentido, Póvoas (2012, p. 96) defende a possibilidade de que seja determinada a guarda compartilhada, se houver harmonia na relação entre os genitores.

Ademais, a guarda poderia ser determinada a terceiro, conforme aduz o artigo 1.616: ‘’A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade’’.

Segundo Póvoas (2012, p. 95):

> Assim, há que se analisar, à luz de estudos feitos por equipe interdisciplinar, com quem deve permanecer o menor, sendo óbvio que em casos tais o melhor critério é a afinidade e a afetividade e, portanto, os pais afetivos levam sensível vantagem para ficar na guarda dos menores que possuem mais de um pai ou de uma mãe.

Cassettari (2014, p. 117) afirma que o pai ou a mãe socioafetivos tem direito à guarda dos filhos, não havendo preferência entre pais biológicos e socioafetivos, sendo o melhor interesse da criança o critério a ser atendido.

3.2.4 Direitos a visita

Segundo Póvoas (2012, p. 97), a disposição do artigo 1589 do Código Civil aplica-se nos casos de multiparentalidade

> Art. 1589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Nessa mesma linha, Calderón (2017, p. 229), afirma que todos os reconhecidos como pais terão direito à convivência com os filhos, de modo que essa convivência também deverá ser compartilhada entre todos, sempre com prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente.

Cassettari (2014. p. 118), afirma que:

> [...] Não há preferência para o exercício do direito de visita de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois o que deve ser atendido é o melhor interesse da criança, lembrando que tal direito é extensivo, também, aos avós, não apenas biológicos, mas também, socioafetivos.

Ademais, não há preferência para o exercício do direito de visita, ou seja, não há que se falar em prevalência de uma parentalidade sobre a outra, o que se leva em consideração é sempre o melhor interesse da criança, em que a convivência somente deve ser impedida havendo evidências de esta seria prejudicial à criança. (CASSETTARI, 2014, p. 118).

Ou seja, o direito de visitas é assegurado ao pai/mãe que não ficar com a guarda do menor, devendo ser garantido esse contato, levando em consideração a importância do vínculo de afinidade, bem como construção do laço afetivo que deve ser conservado.

3.2.5 Alimentos

Caso seja rompida a convivência familiar com quaisquer das figuras parentais, biológico, presumidas socioafetivo, o menor terá mecanismos jurídicos capazes de proteger seus direitos fundamentais, em que poderá ter o direito de receber pensão alimentícia independente do vinculo ser afetivo ou biológico.

A verba alimentar também poderá sofrer influxos a partir do reconhecimento de uma situação multiparental. A verba alimentar deverá ser arbitrada de acordo com essa nova realidade (mais um pai), mas sempre com observância do melhor interesse do filho e com respeito às balizas tradicionais da obrigação alimentar, quais sejam: necessidade, possibilidade, proporcionalidade. Salienta-se que apenas o caso concreto poderá ditar a melhor solução, inexistindo uma verdade absoluta. (CALDERÓN, 2017, p. 229).

Remetem-se aos artigos 229 da Constituição Federal de 1988 e 1694 do Código Civil, respectivamente:

> [...] os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
>
> podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive às necessidades de sua educação.
>
> § 1° Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
>
> § 2° Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Segundo Póvoas (2012, p. 95), estendem-se aos múltiplos genitores as regras ordinárias em relação à verba alimentar, ou seja:

> A obrigação alimentar gerada pelo reconhecimento da multiparentalidade é a mesma já existente no caso de biparentalidade, por exemplo, ou seja, tanto em relação ao pai biológico quanto ao pai afetivo, seria observada a disposição contida no artigo 1.696 do código civil, que estabelece que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

A declaração do vínculo parental de filiação, seu conhecimento é bilateral, ou seja, é uma via de mão dupla, em que seus efeitos também são bilaterais. Assim, quem tiver declarada uma situação de multiparentalidade poderá vir a ter que prestar alimentos a todos os pais com os quais possui vinculação, o que pode vir a ocorrer no fim da vida desses pais. (CALDERÓN, 2017, p. 229).

3.2.6 Direitos Sucessórios

A partir do momento de que um filho é reconhecido, passará a ter os mesmos direitos sucessórios dos outros filhos que o individuo possa ter, ou seja, por exemplo, se um homem não casado, sem companheira morre e possuía quatro filhos, sendo dois biológicos e dois socioafetivos, cada um deles terá direito a uma quota igualitária de vinte e cinco por cento dos bens a serem divididos, em que a igualdade

entre os filhos deve existir em todo e qualquer caso, sendo vedada qualquer discriminação quanto à natureza dessa filiação.

Conforme aduz o próprio artigo 227, § 6º da Constituição Federal: "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação", ou seja, terão os mesmos direitos, inclusive direitos sucessórios, independentemente da forma de reconhecimento dos filhos, sejam biológicos, afetivos.

O que se busca no judiciário é dar os efeitos jurídicos para a parentalidade decorrente do afeto em que não se deve analisar a afetividade apenas pelo lapso temporal essa avaliação deve ser mais rigorosa; se a parentalidade afetiva sobrepõe ou coexiste com a biológica, dependendo de cada caso concreto, tendo em vista que não há uma verdade absoluta.

Segundo Carvalho (2017, p. 331), o direito à herança é cláusula pétrea, com previsão no artigo 5º, XXX da CF e, uma vez reconhecida e oposta ao termo de nascimento a multiparentalidade, o recolhimento múltiplo de direito sucessório paterno ou materno nada mais é do que efeito natural e consequente da morte de quaisquer dos ascendentes a favor do descendente de primeiro grau (art. 1.829, I, do CC, c/c o art. 227, § 6º, da CRFB).

Conforme afirma Veloso (2017), ser possível cumular heranças com o reconhecimento de multiparentalidade, não havendo nenhum equívoco na medida:

> [...] o filho socioafetivo é tão filho quanto o filho biológico, e tem todos os direitos – e deveres! – de um outro filho, qualquer que seja a natureza da filiação. Por exemplo: o filho socioafetivo tem pleno direito à herança de seu pai. Mesmo que já tenha recebido, antes, ou tenha a expectativa de receber, futuramente, herança, de um outro parente, inclusive, de seu pai biológico. É fácil explicar: se o sujeito tem dois pais, com a paternidade juridicamente estabelecida, terá direito a duas heranças, às heranças de cada um de seus pais. Aliás, vou mais longe: observada a evolução desta matéria, a pessoa até poderá ter três (03) pais: um biológico, um registral e um terceiro, socioafetivo. O filho, com certeza, tem aspiração sucessória e será herdeiro de cada um deles, dos três pais que tem. (apud CALDERÓN, 2017, p. 231).

Logo, um filho pode herdar de dois pais ou duas mães, pois, a priori não há impedimento no nosso ordenamento jurídico, e uma vez que o direito passa a aceitar a ideia de que um único filho possa ter direito a diversos pais ou diversas mães, deve se entender que essa aceitação resultará em todas as conseqüências jurídicas abarcadas no direito de família. Portanto o individuo que possua dois pais não pode ser privado do seu direito de herdar os bens de ambos. (CALDERÓN, 2017, p. 230).

Alguns críticos dizem que a multiparentalidade veio como uma questão meramente patrimonial, ‘’uma corrida ao judiciário, uma caça a herança’’, porém para se caracterizar a multiparentalidade depende de cada caso concreto, ou seja, se observado que o seu reconhecimento envolve apenas a questão patrimonial, não será reconhecido. Vale lembrar que esse reconhecimento é bilateral, ou seja, uma via de mão dupla, sendo que caso os pais necessitem na velhice o filho arca com a responsabilidade e vice e versa. (SCHREIBER, 2016).

Sobre os efeitos jurídicos na sucessão Hironaka (2003, p. 81) aduz que:

> A herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários. Ela se transmite por força da lei formando um condomínio entre todos aqueles que foram contemplados com a atribuição de uma quota parte ideal, observadas as alterações instituída pelo autor da herança por meio de testamento (herdeiro testamentário). No geral, todos os da mesma classe receberão a mesma quota parte ideal determinada por lei (herdeiro legítimo).

A sucessão independe do vínculo de parentesco e sim dos laços afetivos, devido a sua relevância na atual sociedade, fazendo com que siga as mesmas normas sucessórias vigentes no Código Civil, em que os descendentes (em eventual concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente) figuram na primeira classe de chamamento, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos.

Quanto à sucessão pelos ascendentes, na ausência de descendentes, todos aqueles que figurarem como pais do mesmo filho seriam herdeiros em pé de igualdade, concorrendo com eventual cônjuge sobrevivente assumindo, também, a condição de herdeiros necessários.

Segundo Farias e Rosenvald (2015, p. 227), sob o prisma do direito positivo brasileiro, a sucessão dos descendentes está submetida a duas regras fundamentais: i) a regra da igualdade substancial; ii) a regra da proximidade.

Portanto, pelo fato de não haver distinção jurídica sobre a forma de relação pai/filho ser biológica ou afetiva, estando reconhecida a multiparentalidade, no momento da transmissão da herança estaria criada a linha de chamamento sucessório de cada pai ou mãe que o filho tiver. Assim o filho multiparental figura como herdeiro necessário de todos os pais que tiver.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E MULTIHEREDITARIEDADE

Veio a conferir corpo essas novas categorias que nasceram do reconhecimento da afetividade e da sua leitura jurídica. Com o impulso da doutrina, passou se a perceber que a sociedade estava decalcada por diversos relacionamentos formados pelo vínculo afetivo; a doutrina já conferia essa possibilidade narrando que a sociedade possuía esses vínculos de direito e não se podia virar às costas para realidade sob pena de fazer injustiça.

Na década de 90 chegou ao Judiciário, filhos de relações socioafetivas passando a pleitear seus direitos, mesmo sem uma lei expressa sobre os vínculos afetivos e que acolhesse a afetividade de maneira taxativa. Realidade social marcada pela afetividade, em que a doutrina passava receber isso, mas a legislação ainda estava incipiente no tema, e quase não regulava expressamente isso até o final do século passado. (LÔBO, 2013).

Contudo, o poder judiciário brasileiro não se furtou a cumprir essas respostas, onde mesmo sem lei expressa a respeito do tema, buscou se respostas, com base na hermenêutica do direito de família que não é apenas a aplicação direita da lei ao caso concreto. A hermenêutica do direito de família demanda uma análise sempre à luz dos princípios e valores da Constituição para então reinterpretar as categorias do direito de família. Isso foi feito pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que a época

deu a palavra final acolhendo os vínculos socioafetivos da nova sociedade, reconhecendo então a existência, qualidade e eficácia desses vínculos socioafetivos, mesmo sem uma lei expressa que venha a dizer que isso poderia ser feito; então essa hermenêutica construtiva do STJ foi vital para que a partir da década de 90 houvesse o acolhimento da socioafetividade como categoria jurídica do direito de família brasileiro. (LÔBO, 2013).

Num primeiro momento foi justamente em casos paterno filial, veio então a consagrar a paternidade socioafetiva, que foi a porta de entrada para a afetividade nessas categorias jurídicas, o STJ foi de grande valia, um impulso a esse acolhimento da afetividade que sofria resistência até então, mas a demanda social era forte, a doutrina dava supedâneo para isso, então o poder judiciário veio acolher e dizer sim, a partir de uma hermenêutica civil constitucional nos trazer essas respostas acolhendo os vínculos socioafetivos. (LÔBO, 2013).

A afetividade passou a impulsionar algumas legislações mesmo que de maneira vagarosa, devagar como toda transição paradigmática, mas é possível perceber o acolhimento da afetividade de maneira implícita em diversos dispositivos da Constituição Federal.

Tendo em vista que a sociedade se alterou e passou a estar lastreada nas relações familiares, seja conjugalidade, seja parentalidade, por esses vínculos afetivos, não há opção para o Direito, que pretenda bem responder essas demandas, a não ser assimilar esses vínculos afetivos.

Assim, a afetividade como princípio do direito de família, passa a ter um aspecto marcante, doutrinário, legislativo e em paralelo com a jurisprudência o Supremo Tribunal Federal tem reiterado em vários julgados, a afetividade como vetor contemporâneo nos relacionamentos familiares; diante de tal cenário se faz necessária a análise jurisprudencial sobre a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade.

Caso 1:

Trata se do Recurso Extraordinário nº 898.060 SP, escolhido como leading case da Repercussão Geral 622, no presente caso verifica se que a autora, F. G., é filha biológica de A. N., comprovado por meio do resultado dos exames de DNA produzidos no curso do processo. Contudo, a autora ao nascer foi registrada como filha de I. G., que foi a pessoa cuidou dela por mais de vinte anos, responsável por sua formação humanística, caráter, e educação.

O acórdão de origem reconheceu a dupla parentalidade, dispondo sobre as consequências jurídicas decorrentes do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança. O pai biológico não concordou com a decisão e recorreu por isso o caso foi julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, sustentando a existência de uma preponderância da paternidade socioafetiva frente à biológica, baseando se nos artigos 226, §§ 4º e 7º, 227, caput e § 6º, 229 e 230 da Constituição Federal; para então se desobrigar de seu encargo como pai, pois a filha já teria um pai socioafetivo, todavia a decisão do RE ora em comento trouxe a figura da paternidade responsável, ou seja, se decidiu que não é porque já se tem a figura de pai socioafetivo que vai haver, necessariamente, a desresponsabilização do pai biológico, pois a paternidade é responsável.

Após profundo debate sobre a possibilidade de coexistência de um vínculo parental biológico e socioafetivo, com a relatoria do ministro Luiz Fux, e por maioria de votos fixou-se a seguinte tese jurídica: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS

> FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. (STF, REx nº 898.060, Rel Min. Luiz Fux, Plenário, pub. 24/08/2017).

No presente caso, o STF passou a reconhecer a paternidade socioafetiva, mesmo sem haver um registro público. Ademais, a paternidade afetiva e biológica encontra-se em um mesmo patamar hierárquico. Diante de tal entendimento, as portas para a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade foram abertas no ordenamento jurídico.

Segundo Schreiber (2016): “o STF adotou um posicionamento claro e objetivo, em sentido diametralmente oposto ao modelo da dualidade parental, consolidado na tradição civilista e construído à luz da chamada “verdade” biológica.”

Pode se dizer que a multiparentalidade representa um grande avanço no Direito de Família, bem como na sociedade, tendo em vista que antes o que se decidia era pela paternidade afetiva ou biológica, ou seja, uma em detrimento da outra, porém a multiparentalidade veio para romper esse paradigma, em que se é possível ter a paternidade concomitante, cumulativa.

Para Calderón (2016), esse reconhecimento é decorrência da filiação socioafetiva, e trouxe diversos pontos positivos; dentre eles: a consolidação do

princípio da afetividade, a paternidade socioafetiva e biológica em um mesmo patamar hierárquico, e por fim a possibilidade jurídica da multiparentalidade.

Segundo José Fernando o reconhecimento jurídico da multiparentalidade: traz consigo o surgimento de demandas que visem uma questão meramente patrimonial.

Contudo Calderón (2016) aduz que: "Por tudo isso, parece que os ganhos foram muitos, de modo que merecem destaque para que reverberem de forma adequada na avançada doutrina jusfamiliarista brasileira. É alvissareira a decisão do STF, que certamente remete a outras questões e a novos desafios, mas nos traz a esperança de uma nova primavera para o direito de família brasileiro''.

Como dito anteriormente, a multiparentalidade trouxe muitos pontos positivos a possibilidade de seu reconhecimento; se diz possibilidade, pois não necessariamente irá ocorrer em todos os casos, há uma instrução processual, em que não se deve analisar a afetividade apenas pelo lapso temporal; deve ser rigorosa, onde irá analisar se esta coexiste ou sobrepõe à biológica, depende de cada caso concreto, tendo em vista que não se trata de uma verdade absoluta.

Pode-se concluir que a multiparentalidade tem como requisito principal a afetividade, em que o vínculo afetivo deve estar presente. Ademais, sua finalidade não é previdenciária, sucessória, muito menos tem o viés patrimonialista, existe essa repercussão, no entanto, devem ser afastadas de plano visto que o requisito que os doutrinadores exigem para sua caracterização é a afetividade. A multiparentalidade veio como solução para não mais sonegar/excluir nenhuma das paternidades e sim coexistir quando na verdade exercem de fato essa paternidade; é um avanço no Direito de Família.

Caso 2:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina na análise da Apelação Cível n. 2012.023843-1 trouxe entendimento em favor da preservação da memória do genitor Conforme ilustra a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PATERNIDADE BIOLÓGICA DO RÉU EXCLUSIVAMENTE PARA FINS DE DIREITO DE PERSONALIDADE, SEM OS DEMAIS EFEITOS JURÍDICOS. APELO DO AUTOR QUE REQUER A REFORMA DO DECISUM PARA RECONHECER A PATERNIDADE BIOLÓGICA EM TODOS SEUS EFEITOS. CABIMENTO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA QUE NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA, QUE DEVE SER RECONHECIDA EM TODA SUA EXTENSÃO, INCLUSIVE PATRIMONIAL E HEREDITÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS FILHOS QUE É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM SEU ART. 227, § 6º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "Os direitos de uso do sobrenome paterno e de herança são consequências lógicas da declaração de paternidade. A Constituição da República, em seu art. 227, assegura uma gama de direitos fundamentais aos filhos, decorrentes do estado de filiação, dentre eles, o de absoluta igualdade de tratamento com relação aos irmãos, nada importando se nascidos ou não do casamento" (Embargos Infringentes n. 2010.0540457, da Capital, declaração de voto vencido do rel. originário Des. Victor Ferreira, j em 13.7.2011). "A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como 'adoção à brasileira', ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a 'adoção à brasileira' e a adoção regular. Ademais, embora a 'adoção à brasileira', muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. Resp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012" (STJ, informativo jurisprudencial n. 512 de 20.2.2013) (TJSC, Apelação Cível n.

2012.023843-1, Lages, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, J. 04/07/2013, DJ 14/08/2013).

No presente caso o Magistrado a quo aduz que existem três entendimentos jurisprudenciais, quais sejam o da prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico, visando atender aos interesses do menor, o da prevalência do vínculo biológico sobre o socioafetivo, por fim, o que reconhece à dupla ou tripla filiação, dividindo a paternidade em biológica, socioafetiva e registral.

Em primeira instância o entendimento do magistrado foi pela prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico, levando e conta o convívio de pai e filho socioafetivos por mais de 32 anos o tratando como se filho fosse.

Em segunda instância, o entendimento foi de que não há prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico e que a paternidade socioafetiva e a biológica são espécies do mesmo gênero, ou seja, devem conviver sem que uma prevaleça sobre a outra. Assim, reconheceu a paternidade biológica não apenas para fins de personalidade, mas em toda sua extensão, inclusive na patrimonial e hereditária, bem como decidiu por preservar a filiação socioafetiva do registro do apelante.

Conforme entendimento do Des. Ronei Danielli, nos Embargos Infringentes 2010.054045-7, "O pai genético, tanto quanto o sociológico, deve ser responsabilizado pela sua paternidade, ainda que apenas financeiramente, já que o direito não dispõe de mecanismos jurídicos hábeis a realizar em termos pessoais e afetivos o primado constitucional da paternidade consciente e responsável".

Por fim, declarou que a prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico foi uma criação jurisprudencial visando à proteção do direito do filho, não sendo cabível para desresponsabilizar a função de pai, tão pouco para privar os direitos do filho.

Caso 3:

Seguindo citada vertente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu, em recurso de apelação, de forma não unânime, pela possibilidade de

multiparentalidade, ou seja, preservando-se a coexistência de ambas as dimensões da paternidade. Conforme ementa a seguir:

> APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. COEXISTENCIA DE VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVO E BIOLÓGICO. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE AS FIGURAS PATERNAS COMPROVADAMENTE DEMOSNTRADAS NOS AUTOS. MULTIPARENTALIDADE. POSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - Ao genitor não pode ser subtraída a oportunidade de obter provimento jurisdicional garantindo o reconhecimento do status de pai do menor, circunstância comprovada mediante a certeza científica decorrente da prova genética constituída no feito, visto que também merece relevo o fato de que a paternidade socioafetiva restou sobejamente demonstrada nos autos, ensejando a hipótese verdadeira ocorrência de multiparentalidade. Possível o reconhecimento judicial da multiparentalidade, conceito que ampara a coexistência de filiação biológica e socioafetiva, preservando sempre o interesse do menor e a evidência das circunstâncias demonstradas nos autos, não obstante o entendimento, segundo o qual o reconhecimento da paternidade biológica redundaria necessariamente na exclusão da dimensão socioafetiva. O reconhecimento da situação de multiparentalidade, com a garantia ao assentamento, no registro civil, tanto da paternidade biológica quanto da socioafetiva, revela solução que se harmoniza com a preservação dos interesses do menor, considerando a ausência de hierarquia dentre as dimensões biológica ou socioafetiva da paternidade. A multiparentalidade garante a estabilização das relações familiares, preservando os direitos individuais e o melhor interesse da criança, pilares constitutivos da ótica orientadora das relações privadas e da família no constitucionalismo contemporâneo. - Recurso provido em parte para reformar parcialmente a sentença.
>
> V.V. 1. A paternidade há de ser reconhecida não como um fato da natureza, cuja origem se radica em pura base biológica, mas um fato cultural, que se assenta na circunstância de amar e servir, fundada no exercício da liberdade e autodeterminação.
>
> 2. Aquele que assume com todo o carinho, amor e dedicação, a criação de uma pessoa desde seu nascimento, numa convivência diária, outra denominação e reconhecimento não se pode dar, que não a do pai verdadeiro.
>
> 3. Existência de mútuo afeto, em relação já constituída com o pai registral, havendo reconhecimento da figura paterna pelo infante, não obstante sua tenra idade.

> 4. Relação de socioafetividade presente, que não pode ser desconsiderada com fundamento na inexistência de vínculo biológico ou em razão do arrependimento do pai biológico em não ter assumido o filho oportunamente. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.321589-7/001, Relator (a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/06/2016, publicação da súmula em 12/07/2016).

No presente caso a mãe da criança vivia união estável com seu companheiro e em um determinado momento teve uma breve relação com outro homem, e dessa relação nasceu à criança, que em um primeiro momento não foi reconhecida pelo pai biológico, restou sendo criada e registrada pelo companheiro da mãe recebendo cuidados como se filho fosse.

Ao completar quase dois anos de idade o pai biológico veio requerer seu direito como pai, querendo enfim reconhecer a criança, e reivindicar a desconstituição de filiação socioafetiva. Houve a relutância da mãe e de seu companheiro, visto que durante o período que o pai biológico se recusou prestar assistência como pai, o socioafetivo prestou esse papel dispondo que durante esse período de convívio a criança já reconhecia o companheiro da sua genitora como pai, e, portanto a paternidade socioafetiva deveria prevalecer sobre a biológica. Contudo, a juíza a quo decidiu a favor ao pai biológico, determinando a exclusão do pai socioafetivo, devendo constar no registro da criança o nome do pai biológico.

Recorreram ao Tribunal Mineiro, por não concordarem com a sentença, no sentido de que a paternidade da criança fosse definida na pessoa do pai socioafetivo. Cinco desembargadores julgaram o caso, sendo que o voto da relatora reformou a sentença, e o do vogal julgou parcialmente procedente o recurso para declarar a multiparentalidade.

A relatora do acórdão, a Desembargadora Áurea Brasil, julgou pela procedência do recurso do pai afetivo e da genitora, reformando a decisão de primeira instância em sua totalidade. Segundo a relatora, o pai biológico teve a oportunidade de assumir a paternidade desde a descoberta da gestação, mas preferiu ficar inerte.

Contudo, o Des. Moacyr Lobato trouxe a possibilidade de multiparentalidade, tendo em vista que o que se busca é o melhor interesse para a criança, e nesse caso a criança já teria um vinculo afetivo com o companheiro da mãe, sendo inviável e prejudicial a ele sonegar essa paternidade, bem como também seria prejudicial privá-lo da convivência com seu pai biológico, ou seja, a melhor solução é o reconhecimento da multiparentalidade. Conclui que:

> [...] a possibilidade de reconhecimento da paridade existente entre a paternidade biológica e socioafetiva, tenho que ao genitor não pode ser subtraída a oportunidade de obter provimento jurisdicional garantindo o reconhecimento do status de pai do menor, visto que tal circunstância encontra-se comprovada mediante a certeza científica decorrente da prova genética constituída no feito. Ao mesmo tempo, tenho que deve ser garantida a preservação da paternidade socioafetiva, pois que necessária à garantia do melhor interesse da criança, amparando assim o resguardo da pretensão do indivíduo ao reconhecimento dos laços de parentesco que se configuram legítimos. Assim a situação aqui versada, a meu ver, demanda a possibilidade de reconhecimento da Multiparentalidade, conceito que ampara a coexistência de filiação biológica e socioafetiva, preservando sempre o interesse do menor e a evidência das circunstâncias colacionadas nos autos, uma vez que descabe a pretensão de que o reconhecimento da paternidade biológica redundaria necessariamente a exclusão da dimensão socioafetiva, ou vice-versa. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.321589-7/001, Relator (a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/06/2016, publicação da súmula em 12/07/2016).

Os outros três desembargadores seguiram entendimento do o Des. Moacyr Lobato, destacando a importância da análise do caso concreto, bem como evidenciando a necessidade do Direito acompanhar a vida das pessoas:

> A vida anda, caminha, e com ela deve caminhar o direito. O que antes parecia inaceitável, como que de repente, passa a ser a realidade vivida e querida pela sociedade. “Soberana não é a lei, é a vida” – dizia o Min. Sálvio de Figueiredo. O Direito nunca se apresenta desvinculado da vida. Natural, portanto, que, em mudando os fatos ou a situação que disciplina, mude a interpretação. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.321589-7/001, Relator (a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/06/2016, publicação da súmula em 12/07/2016).

E, de fato, as diversas concepções históricas de família, nem sempre tiveram alicerce na afetividade, mas apenas era apoiado no vínculo biológico. Contudo, faz-se necessário que o Direito de Família acompanhe as mudanças da sociedade contemporânea, em que a afetividade passou a figurar como elemento central nos vínculos familiares; e assim se torne possível o reconhecimento da multiparentalidade.

Caso 4:

O REsp 1674849 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, apesar de pleitear o reconhecimento da multiparentalidade, não foi provido, diante da situação fatídica:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENDI DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. 1. O propósito recursal diz respeito à possibilidade de concomitância das paternidades socioafetiva e biológica (multiparentalidade). 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (ADI n. 4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionada à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. 4. Apreciando o tema e reconhecendo a repercussão geral, o Plenário do STF, no julgamento do RE n. 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 24/8/2017, fixou a seguinte tese: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais." 5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado

> pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho. 6. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor e, em contrapartida, o pai socioafetivo assiste (e pretende continuar assistindo) à filha afetiva e materialmente. Ficou comprovado, ainda, que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que se vale da criança para conseguir atingir suas pretensões. 7. Ressalva-se, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido.
>
> (STJ - REsp: 1674849 RS 2016/0221386-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 17/04/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2018)

Primeiramente, cumpre ressaltar que a situação posta nos autos está relacionada à pretensão da genitora quanto à possibilidade de multiplicidade de vínculos parentais e o reconhecimento concomitante da filiação socioafetiva e biológica, em face das quais foi ajuizada a presente ação de investigação de paternidade com pedido de retificação de registro civil ajuizada.

No presente caso, a ação foi ajuizada por A C V D, representada por sua genitora, em desfavor de A V H e de E A C D; depreende-se dos autos que no período que a criança foi concebida, a mãe encontrava se num relacionamento amoroso com ambos requeridos. E o réu E A C D por ter dois filhos com a genitora, registrou a criança, mesmo sem ter a certeza quanto à paternidade.

O Magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido com base no melhor interesse da criança, tendo em vista que o pai registral socioafetivo já se fazia

presente em sua vida, assistindo-a material e afetivamente. Já a figura do genitor não demonstrou interesse em cuidar e responsabilizar pela menor.

Não satisfeita, a menor interpõe recurso especial expondo a necessidade de se reconhecer a multiparentalidade, ao argumento de que a ‘’perfilhação biológica será favorável ao melhor convívio futuro entre as partes, sem que haja desconstituição vínculo socioafetivo. ''

Segundo relator, com base nos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança inviabilizam, no caso concreto, o reconhecimento da multiparentalidade. Ademais, a possibilidade de cumulação de paternidades biológica e socioafetiva não é a regra, dependendo de cada caso concreto; não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável.

Assim, reconhecer a multiparentalidade no caso em apreço seria homenagear a utilização da criança para uma finalidade totalmente avessa ao ordenamento jurídico, sobrepondo o interesse da genitora ao interesse da menor. (STJ - REsp: 1674849 RS 2016/0221386-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 17/04/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2018).

Em resumo, a melhor solução encontrada para essa ação foi que como o estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível a menor ao completar a maioridade poderá buscar seu direito de inclusão da paternidade biológica no registro civil, se assim for a sua intenção respeitando assim o melhor interesse da criança, e não o interesse da genitora. (STJ - REsp: 1674849 RS 2016/0221386-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 17/04/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2018)

5 CONCLUSÃO

A presente monografia teve como proposta discutir a multiparentalidade e a possibilidade de reconhecimento no presente ordenamento jurídico. Como visto ao longo do trabalho a multiparentalidade surgiu como alternativa de coexistência das paternidades biológica e socioafetiva, em que não há mais que se falar em hierarquia de paternidades, tendo como base, principalmente, o princípio do melhor interesse da criança, bem como o da afetividade que esta sendo visto como elemento constituidor de família na sociedade contemporânea.

Conforme primeiro capítulo chegou-se a ideia de que a sociedade ‘’moderna’’ era mais rígida caracterizada pelo individualismo e patrimonialismo. Havia ainda a noção de família patriarcal, a qual era hierarquizada e o homem era visto como o líder do núcleo familiar. Ademais, era refletida numa comunidade de sangue fundada no casamento, havendo distinção entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, sendo chamados de legítimos e ilegítimos, respectivamente.

Porém com o advento da constitucionalização do direito civil, a Família foi, então, para o texto constitucional devendo ser avaliada na perspectiva dos direitos fundamentais. Observa-se que o modelo de família, passa, então, a ser plural ao invés de singular, visto que a Constituição Federal reconhece a multiplicidade existente de famílias, quais sejam: as famílias monoparental, homoafetiva, reconstituída, paralela, eudemonista. Ademais, o direito de família passou a tutelar essas entidades familiares contemporâneas, que caracterizam se pela maior preocupação na manutenção do afeto, da solidariedade, amor, carinho, respeito existente entre elas.

Nesse contexto o afeto ganhou relevância jurídica quando o legislador conseguiu se desfazer dos conceitos patrimonialistas do direito de família e passou a valorizar os princípios da dignidade humana, solidariedade e do maior interesse da criança e do adolescente, vindo, atualmente, a afetividade ser considerada como princípio do Direito de Família contemporâneo, mesmo não constando expressamente no texto da Constituição Federal.

No capítulo dois constata-se que a multiparentalidade já é realidade na jurisprudência brasileira, caracterizada pela admissão da pessoa ter dois pais ou duas mães em seu registro cível, afastando-se a obrigação de escolher entre o vínculo afetivo ou biológico, ou seja, vínculo parental não adstrito à consanguinidade.

Ademais, o reconhecimento jurídico de múltiplos pais, quando regularmente constituído, produz efeitos jurídicos que repercutem na esfera pessoal, social, e patrimonial, quais sejam: direito de ter o nome da família, direitos sucessórios, de guarda, visita, alimentos. Vale lembrar que há a necessidade de que todas as pessoas envolvidas figurem no registro de nascimento, para que produza os devidos efeitos.

Cabe destacar que aos filhos contemplados com múltiplos pais, embora essa situação traga consigo um ‘’bônus’’, os efeitos são para ambas as direções, ou seja, direito do filho em relação aos múltiplos pais, bem como direito dos múltiplos pais em relação ao filho, repercutindo no direito à herança e na reciprocidade de alimentos; podendo a multiparentalidade vir a se converter em ‘’ônus’’ elevado àquele personagem que costuma ser visto como “felizardo” nas decisões judiciais que reconhecem a multiparentalidade.

Ressalte-se, contudo que para se caracterizar a multiparentalidade se faz necessária a análise de cada caso concreto, e se observado que o reconhecimento tem mero fim patrimonial, não será reconhecido, ou seja, é possível a dupla sucessão desde que esteja presente a convivência, a afetividade, o cuidado.

Com relação à parentalidade socioafetiva, verifica-se que o legislador optou dar relevância ao caso concreto e à realidade social em vista dos preceitos jurídicos preexistentes, trazendo ao primeiro patamar a importância do afeto existente entre duas pessoas que exercem a situação fática de pai(s) e filho(s), sem deixar de lado, a existência e a responsabilidade da filiação biológica.

No terceiro e último capitulo ao analisar a jurisprudência denota-se que os tribunais têm valorizado o afeto existente nas relações familiares, e quando comprovada a situação de concomitância de vínculos, baseado pela convivência

familiar, natural e harmônica, tendo como princípio a afetividade e o interesse na paternidade responsável tem-se reconhecida a multiparentalidade. E, quando não houve o reconhecimento observa se que a situação familiar não correspondia à uma relação multiparental.

Verificou-se que o que se buscou no judiciário foi dar efeitos jurídicos para a parentalidade decorrente do afeto. Há uma instrução processual, em que não se deve analisar a afetividade apenas pelo lapso temporal; deve ser rigorosa, onde irá analisar se esta coexiste ou sobrepõe à biológica, depende de cada caso concreto, tendo em vista que não se trata de uma verdade absoluta, em que a legislação ainda não é unânime quanto às decisões proferidas, quanto aos posicionamentos doutrinários, bem como quanto à possibilidade legal do reconhecimento da multiparentalidade.

Sendo assim, conclui-se que, a multiparentalidade é deve ser amparada pelo ordenamento jurídico, bem como pela sociedade, visto que o seu reconhecimento é de interesse ao Direito de Família, qual seja: o de resguardar com dignidade o meio familiar.

REFERÊNCIAS

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24. ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE 898.060/SC.** Julgado em 21/09/2016. Disponível em:< http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092> Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2012.023843-1**. Relator Jaime Luiz Vicari. Julgado em 3/07/2013. Disponível em < https://tj-

sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23956476/apelacao-civel-ac-20120238431-sc-2012023843-1-acordao-tjsc> Acesso em: 10 jun. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em:< https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153> Acesso em: 02 ago. 2018.

CAMPOS. Alyson Rodrigo Correia; LOBO. Fabíola Albuquerque; LEAL. Larissa Maria de Moraes, **Direito das famílias das sucessões**. Recife: Nossa Livraria, 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo de. **Direito das sucessões**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011340/cfi/6/46!/4/270/8/2@0:0> Acesso em: 12 ago. 2018.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, Marianna. A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2721, 13 dez. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17987>. Acesso em: 21 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Posse de estado de filho, adoção e sucessão testamentária. **Soluções Práticas**. v. 2. p. 135. jan .2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, direito de família. 4 ed. vol. 6. Salvador: Jus Podium, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: sucessões, volume 7. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

FUJITA, Siguemitsu, J. **Filiação**, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: < https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522466917/cfi/104!/4/2@100:0.00> Acesso em: 12 ago. 2018.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V **Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais.** A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. V. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/527>. Acesso em: 7 abr. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do IV **Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n. 12:40- 55, jan./mar. 2002. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf> Acesso em 14 ago. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em família e a orientação do STJ: Considerações em torno do REsp 709.608. **Revista jus navigandi,** Teresina, ano 18, n. 3760, 17 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25365>. Acesso em: 14 set. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: Famílias, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: < https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547209865/recent> Acesso em: 15 ago. 2018.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A **filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

Palestra “Visão Panorâmica do Direito de Família”, proferida pelo juiz federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, na **Escola Paulista da Magistratura** em 7 mar. 2007. Disponível em: <

http://www.epm.sp.gov.br/Noticias/noticia/3466?pagina=236> Acesso em: 3 jun. 2018.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Cunha, **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado, 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: < https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622852/cfi/457!/4/2@100:0.00> Acesso em: 10 set. 2018.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentalidade**: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PRETTO, Gabriela Camila. **Multiparentalidade**: possibilidade jurídica e efeitos sucessórios. Monografia. Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/117154/TCC%20pdff.pdf?sequence=>. Acesso em: 18 set. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: < https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5837-4/cfi/6/10!/4/2@0:69.0> Acesso em: 10 ago. 2018.

RODRIGUES, Renata de L.; TEIXEIRA, Ana C. B. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Belo Horizonte, n: 10, p. 34-60, jun./jul. 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Dignidade Humana. Anais V **Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo. IOB Thomson, 2006.

SCHREIBER. Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a multiparentalidade e seus efeitos. **Jornal Carta Forense (versão digital),** 2016. Disponível em: < http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>. Acesso em: 23 de ago. 2018.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG, Maslova. **Paternidade**. investigação judicial e coisa julgada. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

VILLELA, João Batista. **Desbiologização da paternidade**. Disponível em: <http:www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 29 out. 2018.

VILLELA, João Batista. Família hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto. In: BARRETO, Vicente (Org.) **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLELA, João Batista. Liberdade e família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. v. 03, Belo Horizonte: UFMG, 1980.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do direito das famílias. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, p. 127-148, jan./ abr. 2012.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA A DEFESA DO CONSUMIDOR

Erick Suelber Macedo Ramos

RESUMO

Por meio de previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), tornou-se imperiosa a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova pelo magistrado nos casos em que se caracterize a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações, conforme o critério estabelecido no artigo 6º, inciso VIII, do referido diploma. Por outro lado, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.015, de 16 março de 2015) trouxe um novo mecanismo de instrução processual, cuja previsão conta no artigo 373, §1º, o qual é intitulado como a Distribuição Dinâmica do ônus da prova. Diante disso, alguns doutrinadores passaram a questionar a possibilidade de aplicação deste novo instituto processual às relações de consumo. Este projeto científico, portanto, tem como finalidade a análise da aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova ao direito do consumidor.

Palavras-chave: Inversão do ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Direito do consumidor.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, previsto no Código de Processo Civil e sua aplicabilidade nas relações de consumo. A razão da escolha deste tema ocorreu a partir do aparente conflito existente entre a doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de aplicação do instituto processual previsto no art. 373, §1º do CPC

em afronta à aplicação da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor. Alguns doutrinadores, como o Mestre Fábio Machado Malagó, defendem a ideia de que ambos os institutos são a mesma técnica aplicada sob pontos de vista diferentes. No entanto, os professores Leonardo Bessa e Ricardo Rocha Leite possuem posicionamento diverso daquele, entendendo que a inversão do ônus da prova é um mecanismo específico que abrange as peculiaridades das relações de consumo, através da análise da hipossuficiência e verossimilhança das alegações, portanto, não sendo possível aplicar um instituto geral de processo civil em um contexto em que o ordenamento jurídico já previu instrumento processual específico à categoria consumerista. Ademais, temos ainda uma análise de alguns julgados onde os magistrados utilizam a distribuição dinâmica do ônus da prova em relações tipicamente de consumo.

Por tudo isso, questiona-se se: a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no art. 373, §1º do CPC, pode ser aplicada nas relações de consumo?

Segundo uma análise preliminar da matéria, parece-nos que os institutos são diferentes, uma vez que seus requisitos de aplicabilidade são diversos, o que causa divergência no caso concreto. Considerando a existência de instrumento processual semelhante e específico às relações consumeristas, temos que, inicialmente, seria mais adequada a aplicação da norma específica, em detrimento da norma geral. Ainda assim, tudo isso será analisado no decorrer do presente trabalho até que se chegue a uma conclusão do tema.

O tema analisado é de suma importância social, tendo em vista a grande quantidade de processos que chegam aos tribunais tratando de relações entre consumidor e fornecedor. Diante da larga escala de demandas que envolvem a aplicação deste instituto processual, vemos que se faz necessária uma padronização do entendimento sobre o tema; tudo isso, em primazia ao Princípio da Segurança Jurídica.

O eixo metodológico deste trabalho é dogmático e instrumental, uma vez que utiliza a doutrina e a legislação, assim como alguns julgados, especialmente do

Superior Tribunal de Justiça, e ainda alguns do Tribunal de Justiça da Bahia e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Como marco teórico deste trabalho tivemos os doutrinadores Leonardo Bessa e Ricardo Rocha Leite.

Para chegar à finalidade do trabalho, iniciou-se a pesquisa através da evolução dos direitos do consumidor no Brasil, primeiramente com a Constituição Federal de 1988 e posteriormente com a criação do Código de Defesa do Consumidor. Em seguida, passa-se a uma análise vulnerabilidade do consumidor dentro das relações comerciais. A partir desse ponto, este trabalho passa a analisar a inversão do ônus da prova como mecanismo processual de facilitação do exercício dos direitos consumeristas, analisando-se os requisitos de aplicação: hipossuficiência e verossimilhança das alegações. Após tudo isso, passamos a analisar o conceito do novo instrumento processual trazido pelo CPC, e suas diferenças com a inversão do ônus da prova prevista no CDC. Como desfecho, este trabalho aponta alguns doutrinadores que analisam o tema, assim como alguns julgados dos tribunais, que tem aplicado o art. 373 §1º do CPC nas relações de consumo.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O surgimento da preocupação do ordenamento jurídico brasileiro com o consumidor, se inicia com a Constituição Federal de 1988, que o reconheceu como um novo sujeito de direitos – seja na esfera individual, seja na esfera coletiva – ao inseri-lo no seu rol de cláusulas pétreas, quando diz expressamente que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, XXXII).

A Carta Magna proporcionou tal força aos princípios que futuramente serviriam de base para toda a curatela dos direitos dos consumidores, que ainda o colocou como parte de seu interesse primordial (art. 170, Constituição Federal), sendo a proteção ao consumidor não somente um princípio, mas um fim a ser perseguido por ela:

> A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos

> existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> [...] V – defesa do consumidor.

A Constituição Federal, portanto, é a origem nuclear da proteção dos consumidores no Brasil, seguida pela criação do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, que através do comando do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, integra o compêndio de leis de hierarquia superior, confirmando a proteção do consumidor como um valor constitucional norteador da ordem econômica e limitador da autonomia da vontade para as partes envolvidas na relação de consumo.

Esse esforço constitucional para trazer harmonia às relações comerciais, advém de uma preocupação com o desequilíbrio entre fornecedores e consumidores, dada a absoluta desproporção do poder de mercado e, ainda, da influência daqueles sobre estes. Por esse motivo o Código de Defesa do Consumidor passou a utilizar o conceito de vulnerabilidade como principal marco de definição das relações de consumo.

Diante disso, podemos dizer que a vulnerabilidade se tornou a pedra-chave para caracterizar o consumidor final e a aplicação dos mecanismos de proteção, buscando alcançar mais precisamente as situações em que os consumidores figuram como vulneráveis, seja pela ausência de informação ou por ser irregular a viabilização dessas informações. Nas palavras de Cláudia Lima Marques,

> Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.[1]

Por conseguinte, também é importante notar que não há que se falar em vulnerabilidade absoluta, mas sim presumida, visto que pode se revelar em outros

[1] Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.)

aspectos, tais como a vulnerabilidade informacional, fática, econômica, técnica e até mesmo jurídica. Ou seja, trata-se de uma situação de desigualdade em comparação ao fornecedor, que configure um amplo conhecimento de uma das partes com o objeto pactuado entre elas, porém, de perceptível desconhecimento da outra.

Ademais, também leciona Bruno Miragem, acerca dessa característica em demais situações:

> E nessa vulnerabilidade exigida como pressuposto da aplicação da equiparação legal não se restringe apenas à hipótese de vulnerabilidade fática econômica. É possível reconhecê-la também na situação de vulnerabilidade técnica, quando, por exemplo, pessoa jurídica que pretenda a equiparação demonstre que não era especialista e não conhecia as informações técnicas relativas ao produto ou serviço contratado, assim como que tais conhecimentos não lhe eram exigíveis.[2]

Sobre este assunto a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, ensina que a vulnerabilidade deve ser analisada com extremo cuidado pelo julgador, uma vez que não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável em razão de outros fatores que o torna desigual na relação jurídica de consumo.[3]

Posto isto, elegendo as hipóteses mais frequentes e permeáveis encontradas nos julgados, a doutrina elenca três espécies principais de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo); jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo); e fática (situações em que a insuficiência

---

[2] MIRAGEM, Bruno; *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 163.

[3] Vulnerabilidade não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. ANDRIGHI, Nancy; Revista de Direito do Consumidor, nº 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2006. p. 249).

econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).[4]

Não apenas a doutrina, mas os tribunais também têm aderido a essa classificação de hipossuficiência, como podemos observar no Recurso Especial nº 1.195.642/RJ, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que também aponta a existência da vulnerabilidade técnica, jurídica e fática nas relações consumeristas.[5]

Destarte, esse raciocínio também se opera para com as pessoas jurídicas, pois em uma dada relação consumerista, esta poderá ser vulnerável em face da parte fornecedora, seja pela análise fática ou descoberta nos autos processuais; a linha de pensamento que opera é a tutela de relações que se mostrem desequilibradas, por definição de consumidor, viabilizando a aplicação desta teoria, como Bruno Miragem menciona que ainda nas relações entre pessoas jurídica, deve ser analisada a hipótese de ocorrer uma relação de vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, ainda se aplicando o CDC. O norte protecionista gira em torno do princípio da vulnerabilidade, para a determinação do conceito de consumidor, mesmo que se trate de pessoa jurídica, em decorrência da aplicação do CDC.

Após a demonstração da fragilidade das relações de consumo e da necessidade de proteção estatal sobre a parte vulnerável e em posição de desigualdade, é certo que a proteção do consumidor não se dá apenas no aspecto material, devendo ser observados mecanismos de proteção aos diretos do

[4] Em resumo, existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática. Em um quarto tipo de vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional. Tal classificação tem sido observada pelo STJ que, em julgado recente, concorda com as quatro espécies de vulnerabilidade e acrescenta que, em situações concretas, outras formas de vulnerabilidade podem se manifestar. (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 98.)

[5] A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem-se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp nº 1.195.642/RJ. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJe 21.11.2012.)

consumidor em juízo. A inversão do ônus da prova é um dos principais institutos processuais previsto no Código de Defesa do Consumidor e será melhor delineado a seguir.

3 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Um dos mecanismos utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor, na tutela dos direitos dos consumidores, almejando compensar o desequilíbrio nas relações de consumo, se dá por meio da implementação de limitações e condições ao próprio fornecedor. À exemplo de uma destas importantes medidas, se menciona a possibilidade de inversão do ônus probatório, ficando a cargo do fornecedor o ônus de prova nos processos judiciais, mesmo quando a empresa-fornecedora figurar no polo passivo da demanda.

Tal diferenciação é importante porque a regra do Processo Civil é a de que cabe ao autor a prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor[6].

Dessa maneira, se fôssemos seguir a regra civilista, sempre que o consumidor figurasse como autor de um processo judicial, caberia a ele a prova constitutiva de seu direito, mesmo que, em razão de sua hipossuficiência no caso concreto, lhe seja impossível a produção da prova.

Como se observa, a inversão do ônus probatório é uma medida que garante ao consumidor a possibilidade de requerer seus direitos em juízo, sem ser prejudicado pela sua posição de desigualdade, e fazendo, portanto, que o fornecedor seja responsável pela produção das provas.

Em termos legais, o Código do Consumidor, no Capítulo III, prevê em seu artigo 6º, inciso VIII que são direitos do consumidor, conforme o inciso VIII "[...] a

[6] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, art. 373, Brasília, DF:
Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova [...].”

Por entender que o consumidor é a parte mais frágil da relação, o legislador optou por prever especificamente a inversão do ônus da prova, viabilizando a defesa dos possíveis argumentos trazidos pelo consumidor, que muitas vezes, dentro de uma relação de consumo prática, não podem ser comprovados, ou mesmo, não dispõe de todos os elementos comprobatórios que, no mercado, predominantemente, estão sob a expertise do fornecedor.

Coaduna este entendimento, Humberto Theodoro Júnior, ao descrever a condição em que jaz o consumidor na relação consumerista:

> Por admitir que, em geral, o consumidor é a parte fraca no mercado de consumo, a lei inclui entre as medidas protetivas que lhe são proporcionadas a da possibilidade de inversão do ônus da prova. Mas o inciso VIII do art. 6º do CDC autoriza essa providência apenas quando o juiz venha a constatar a verossimilhança da alegação do consumidor, ou a sua hipossuficiência, ‘segundo as regras ordinárias de experiência’. [7]

Dessa forma, se pode observar ainda, na visão do referido doutrinador que

> O mecanismo da inversão do ônus da prova se insere nessa política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para superar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face do fornecedor.[8]

A vulnerabilidade é requisito indispensável para demonstração da existência de uma relação de consumo, no entanto, para que possamos aplicar o instituto da inversão do ônus da prova, o CDC[9] trouxe, em seu art. 6º dois requisitos essenciais,

---

[7] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do CDC e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed. 2013. p. 180.

[8] Idem. p. 181.)

[9] BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Código de Defesa do Consumidor.
Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
VIII - A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências

a serem analisados no caso concreto: verossimilhança das alegações e hipossuficiência.

Parte da doutrina[10] entende pela aplicação literal do dispositivo legal no sentido que os requisitos acima apresentados não são cumulativos, de maneira que basta a demonstração de um deles para que seja aplicado o referido instituto processual.

Entretanto, tal entendimento não é pacífico, uma vez que alguns doutrinadores ainda se posicionam de maneira diversa, entendendo que os requisitos são cumulativos e, portanto, é necessário que o consumidor demonstre ambos no caso concreto[11].

Segundo os doutrinadores Ricardo Rocha Leite e Leonardo Bessa, tratando dessa temática

> [...] mesmo que verossímil a alegação do consumidor, não se justifica a inversão do ônus da prova se não constatada a hipossuficiência, dado que, *in casu*, consumidor e fornecedor estão em paridade de armas no processo, não se justificando o tratamento favorecido ao consumidor[12].

Na mesma ocasião, os doutrinadores acima trazem um exemplo bastante claro da importância dos dois requisitos, quando um consumidor alega extravio de bagagem que continha dois ou três casacos de couro, dentre outras roupas de inverno, em uma viagem para um local tropical[13]. Nesse caso, mesmo que se trate de consumidor hipossuficiente, vemos que a falta o requisito da verossimilhança das alegações pode trazer prejuízo injusto ao fornecedor que terá o ônus probatório e, talvez, até mesmo uma condenação cível, sobre uma matéria que sequer possui lógica e razoabilidade.

---

[10] MELO, Nehemias Domingos de. Da defesa do consumidor em juízo. São Paulo: Atlas. 2010. p.165.
[11] ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre processo no Código de Defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 10, p. 256, 1994.
[12] BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 140-155.
[13] IDEM, 2016, p. 153.

Diante disso, nos filiamos à esta última corrente doutrinária, que condiz com os objetivos deste instituto processual, evitando excessos de consumidores que podem tentar se aproveitar de má-fé de tal instituto.

3.1 Da verossimilhança das alegações

Sobre a verossimilhança das alegações, Humberto Theodoro Júnior ainda tece as seguintes considerações:

> A verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de matéria probatório de feitio indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito 'segundo as regras ordinárias de experiência' (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor.[14]

Em outras palavras, para que possamos aplicar o instituto processual da inversão do ônus da prova é necessário que o juiz possa abstrair das alegações do consumidor um mínimo de plausibilidade ou provável veracidade do direito postulado[15].

Isto se dá, especialmente, para evitar abusos de direito na aplicação da inversão do ônus da prova, pois é necessário que as alegações do consumidor sejam minimamente razoáveis e prováveis para que possamos imputar ao fornecedor o ônus probatório.

Até mesmo porque, os institutos de proteção ao consumidor devem servir para equiparar e igualar as partes na relação de consumo, e não para tornar o consumidor como parte superior e absoluta em direitos, trazendo resultados injustos e que violariam a garantia de isonomia e devido processo legal.[16]

3.2 Da Hipossuficiência do consumidor

[14] Idem, p. 181.
[15] CABRAL, Érico de Pina. Inversão do ônus da prova. São Paulo: Método, 2008. p. 379-383.
[16] CÂMARA, Alexandre Freitas.Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord). Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1091.

Por conseguinte, temos a vulnerabilidade, que é condição implícita a todo consumidor, decorrente do processo histórico de evolução da relação de consumo. No entanto, é possível que o consumidor figure em um contexto que não tenha o menor domínio informacional, educacional, técnico, jurídico ou fático, configurando uma condição além da mera vulnerabilidade, a qual é denominada de hipossuficiência.

Por definição, há diversos conceitos doutrinários dos quais pode-se extrair o significado de hipossuficiência, dos quais cita-se o ensinamento do doutrinador Humberto Theodoro Júnior.

> Quanto à hipossuficiência, trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica, se de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso.[17]

Sobre o aspecto da hipossuficiência, tem-se que nem sempre estará caracterizada, visto que há situações em que o consumidor – por definição vulnerável –, tenha suficiente conhecimento sobre o pacto entabulado naquela relação e, por isso, poderá não ser atribuída a inversão automática do ônus da prova, cabendo assim, uma análise do caso concreto.

Nesse contexto, continua a lecionar Arruda Alvim:

> A existência de norma específica a estabelecer esse ônus da prova, reforça o argumento de que, ao revés do que se possa crer, a *genuína* inversão prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC não é automática para todas as relações de consumo.[18]

---

[17] Quanto à hipossuficiência, trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica, se de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural onus probandi, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: *A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do CDC e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed. 2013. p.182)

[18] ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais. 17ª ed. 2017. p. 861.

Não é demais ressaltar que, a inversão do ônus da prova possibilitou a garantia e proteção ao consumidor, para o pleno exercício de seus direitos. Arruda Alvim afirma que apesar do Código de Processo Civil de 1973 não prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, já era feita uma análise constitucional do tema para aplicar as regras relativas ao ônus probatório em favor do consumidor.[19]

A necessidade de regulamentação dos institutos de proteção também se tornou um escudo aos fornecedores para que passem a cumprir as devidas cautelas no momento da comercialização – informação adequada, publicidade clara, cláusulas contratuais inteligíveis ao consumidor comum, possibilidade de arrependimento, caso haja incompatibilidade com a oferta –, medidas estas que ausentes, atraem a possibilidade de aplicação, *in causu*, da inversão do ônus da prova.

Sobre as regras que devem permear a avaliação do magistrado, tanto em face do consumidor quanto do fornecedor, James Oliveira ensina que esta regulamentação deve ser trabalhada no caso concreto e analisadas pelo juiz, conforme já previu o inciso VIII do artigo 6º, possibilitando uma visão mais ampla da relação real, daquela situação:

> A inversão de que trata o inciso VIII do art. 6º, por implicar modificação das regras de divisão do encargo probatório previstas em lei, precisa ser previamente definida pelo juiz antes do início da fase instrutória, pois o fornecedor tem o direito de saber que estarão afastados daquela demanda os parâmetros de distribuição do ônus da prova.[20]

A existência das características da vulnerabilidade (presumida) e da hipossuficiência (decorrente de análise do caso), apesar de definições diferentes, visa alcançar o máximo de consumidores, nas mais diversas ocasiões. Vejamos:

---

[19] Antes do CPC/2015, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), já previa de maneira expressa a possibilidade de se inverterem as regras relativas ao ônus probatório em favor do consumidor, com o fim de garantir o acesso a justiça, desde que demonstradas a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das alegações (art.6º, VIII do CDC). Na vigência do CPC/1973, ao contrário, se exigia a interpretação constitucional dos dispositivos relativos à distribuição do ônus da prova para o fim de permitir a inversão do ônus da prova. (ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 17ª ed. 2017. p. 860).

[20] OLIVEIRA, James Eduardo. Código de Defesa do Consumidor. *Anotado e comentado. Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 6ª ed. 2015. p. 119.

> Hipossuficiência e vulnerabilidade são conceitos distintos. A vulnerabilidade do consumidor é presumida em toda e qualquer circunstância, sendo em certa medida o próprio fundamento da legislação consumerista. A hipossuficiência, por sua vez, diz respeito a determinada situação ou relação jurídica, frente à qual o consumidor apresenta traços de inferioridade técnica, cultural, econômica ou probatória em relação ao fornecedor.[21]

Quanto ao momento processual da inversão do ônus da prova, o ideal é que seja feito durante a decisão de saneamento do processo, nos termos do art. 357 do NCPC[22].

Entretanto, o dispositivo legal em questão não é rígido sobre a matéria, levando alguns tribunais a entenderem pela possibilidade de aplicação do instituto processual em momento posterior, desde que resguardado o direito da parte a ter oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, conforme disposto no art. 373, §1º do NCPC[23].

Nesse sentido, temos alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que pacificam o tema ao dizer que a jurisprudência daquela Corte entende que "

> a inversão *'ope judicis'* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas[24].

---

[21] OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor. Anotado e comentado. Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 6ª ed. 2015. p. 119.

[22] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, art. 357, Brasília, DF:
Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

[23] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, art. 373, Brasília, DF:
Art. 373, §1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

[24] AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL E MÉDICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO.INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. NÃO PROVIMENTO.

Dessa maneira, podemos concluir que, apesar da decisão de saneamento ser o momento adequado para análise dos requisitos e atribuição da inversão do ônus probatório, é possível que o magistrado o faça em outra ocasião, desde que seja garantido ao fornecedor a oportunidade de se produzir as provas necessárias.

A inversão do ônus da prova é um instituto processual criado especificamente para aplicação nas relações de consumo, entretanto, o novo código de Processo Civil trouxe uma nova possibilidade de distribuição do ônus probatório, que será analisada pormenorizadamente abaixo.

4 DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO CPC E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO CDC

O novo Código de Processo Civil trouxe uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro ao positivar a inversão dinâmica do ônus da prova, em seu art. 373, §1º[25], possibilitando ao magistrado a análise do caso concreto para determinar o ônus probatório à parte que possuir melhor condições de supri-lo. Nas palavras de Ricardo Rocha Leite e Leonardo Bessa:

> Diante das peculiaridades da causa no que tange à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo e a maior facilidade de obtenção da prova do fato

---

1.A análise da controvérsia quanto ao momento processual para inversão do ônus da prova prescinde de novo exame de provas e de fatos, razão pela qual não incide o óbice previsto na Súmula 7 desta Corte.
2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que "a inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas" (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 21/9/2011).
3. Agravo interno ao qual se nega provimento.
(AgInt no AREsp 355.628/RO, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

[25] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, art. 373, Brasília, DF:
Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

> contrário, pode o magistrado distribuir o ônus de forma diversa. Observa-se de imediato a aproximação com o pressuposto da hipossuficiência do consumidor que, em síntese, significa a dificuldade de produzir prova sobre determinado fato[26].

Dessa maneira, a atribuição dinâmica do ônus da prova não é matéria exclusiva do direito consumerista, sendo um instituto processual de direito civil, aplicável a qualquer relação jurídica em que existam partes em posição de desigualdade. Entretanto, como bem observado no trecho supracitado, a aplicação do §1º do art. 373 do CPC possui extrema correlação com a inversão do ônus da prova apresentada no capítulo anterior.

O CPC estabelece dois deveres que serão cumpridos pelo magistrado que decidir aplicar o disposto no art. 373, §1º, quais sejam: decisão fundamentada e a responsabilidade de fornecer a parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A fundamentação das decisões é a regra do ordenamento jurídico brasileiro[27], todavia o legislador precisou destacar especificamente o dever de fundamentação da decisão que determinar a distribuição dinâmica do ônus da prova, pois, a regra é a aplicação do caput do art. 373, ou seja, compete ao autor o ônus da prova constitutiva de seu direito. Toda vez que o magistrado analisar o caso concreto e concluir que uma das partes possui melhores condições de produzir as provas processuais, deverá fundamentar[28] com as razões que o levaram a chegar àquela conclusão.

---

[26] BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 140-155.

[27] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, art. 373, Brasília, DF:
Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

[28] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, art. 373, Brasília, DF:
§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - Se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

Já o dever de fornecer a parte a possibilidade de se desincumbir do ônus probatório, decorre da garantia do contraditório[29] e da ampla defesa e ainda, do princípio da não surpresa[30].

O Código de Processo Civil prevê que para aplicação do referido instrumento processual, deve restar demonstrado nos autos a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput do art. 373 ou maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

O dispositivo legal nos leva a crer que os pressupostos acima narrados são alternativos, ou seja, basta a demonstração de um e não de ambos para que tenhamos a incidência da referida faculdade processual. Entretanto, parte da doutrina[31] entende que esta interpretação literal é equivocada, uma vez que foge ao próprio objetivo da norma: imputar o ônus probatório a parte que possui melhor condições de produzi-la.

Se os requisitos não forem considerados cumulativos, teremos fortes prejuízos à natureza do instituto processual, que foi criado para criar mais igualdade

---

III - Invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[29] Para parcela da doutrina, a dinamização da prova é uma regra de julgamento, ou seja, não haveria necessidade do conhecimento prévio das partes acerca de sua aplicação pelo juiz. Contudo, o CPC tem por escopo assegurar ao máximo o contraditório às partes, inclusive em matérias de ordem pública. É o que se tem denominado de contraditório substancial. (BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 140-155).

[30] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, art. 373, Brasília, DF:
Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

[31] Dessa forma, cada um dos requisitos reflete a situação de uma parte na relação processual, ou seja, para uma é impossível ou excessivamente difícil a prova de um fato e, em contrapartida, a parte adversa detém melhores condições de produzir aquele meio de prova. Trata-se de conceito jurídico indeterminado e que deixa a critério do juiz a sua elucidação, observadas as peculiaridades da causa. Cabe ao magistrado distribuir o ônus a quem detém os elementos da prova. Com base nessa interpretação calcada no modelo cooperativo de processo, embora o texto legal se reporte à alternatividade dos requisitos (excessiva dificuldade "ou" maior facilidade de obtenção da prova), não é possível inferir logicamente que, para o reconhecimento do instituto, seja possível essa aplicação alternada. (IDEM, 2016, p. 155)

processual àquela parte que não possui condições de se desincumbir do ônus e não para criar uma desigualdade inversa[32].

É válido lembrar ainda que a análise de apenas um dos requisitos de forma separada poderia levar à imputação das chamadas provas diabólicas[33], contudo o art. 373, § 2º, do CPC já afasta essa possibilidade ao prever que "a decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil".

Ao analisarmos a aplicação do art. 373, §1º nas relações de consumo o entendimento não é unanime dentre a doutrina. Inicialmente, podemos citar Fábio Machado Malagó que, em sua dissertação de Mestrado, afirma que ao confrontar a técnica de dinamização prevista no CPC com a inversão do ônus da prova previsto no CDC foi possível constatar que são a mesma técnica aplicada sob pontos de vista diferentes.

Por outro lado, Leonardo Roscoe Bessa e Ricardo Rocha Leite são categóricos ao firmar seu entendimento[34] de que não é cabível a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova ao consumidor, pois o CDC já possui previsão de um instrumento processual específico para categoria e que satisfaz de maneira mais eficiente as necessidades dos consumidores.

Segundo os autores, é importante lembrar que a inversão do ônus probatório previsto no CDC é aplicada tão somente em prol do consumidor, não havendo que se falar em tal inversão para beneficiar empresa-fornecedora. Não obstante, esta

[32] FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 7, p. 31-32, 1993.

[33] O limite material da distribuição dinâmica do ônus da prova é verificado na alteração do encargo probatório que cria uma prova "diabólica" reversa, ou seja, o deslocamento do ônus da prova é inviável por se tratar de um fato excessivamente difícil ou impossível de ser comprovado pela outra parte (KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 188.)

[34] A distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos previstos no novo CPC, não aplica à relação de consumo. O CDC, considerando a fragilidade processual do consumidor, prevê um critério específico na distribuição do ônus da prova. O legislador facultou ao juiz, de acordo com as regras de experiência, isentar o consumidor da prova de algum ou alguns fatos constitutivos do seu direito, desde que demonstrada a hipossuficiência e a verossimilhança do alegado. (BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 140-155).

situação é uma das possibilidades da distribuição dinâmica da prova, uma vez que não importa se o autor ou o réu são partes hipossuficientes na relação jurídica, e sim, uma análise objetiva de quem possui melhores condições de produzir as provas dentro do processo.

Dessa maneira, tais doutrinadores entendem que a melhor solução é aplicar a regra específica dos consumidores, que já possui análise das peculiaridades da relação de consumo, em detrimento da aplicação de normal geral, prevista no Código de Processo Civil e que será aplicada para as demais relações jurídicas.

Apesar disso, os tribunais[35] têm aplicado a regra do art. 373 §1º, mesmo em casos de relações de consumo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, em julgado recente de Relatoria do Desembargador Dilso Domingos Pereira afirmou que

> As disposições sobre a distribuição do ônus da prova devem ser aplicadas integralmente no âmbito processual, devendo ser observada a carga dinâmica de sua distribuição prevista no § 1º, do art. 373, do NCPC, não obstante a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto[36].

[35] AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA (BEM IMÓVEL). AÇÃO INDENIZATÓRIA POR VÍCIOS CONSTRUTIVOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. As disposições sobre a distribuição do ônus da prova devem ser aplicadas integralmente no âmbito processual, devendo ser observada a carga dinâmica de sua distribuição prevista no § 1º, do art. 373, do NCPC, não obstante a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto. Agravo de instrumento parcialmente provido. Unânime. (Agravo de Instrumento, nº 70078493616, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 26/09/2018).

[36] AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMISSÃO DE PASSAGENS AÉREAS. ALEGAÇÃO DE FRAUDE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. CARGA DINÂMICA. O Código de Defesa do Consumidor também é aplicável àqueles que adquirem produtos ou serviços para fins econômicos, aplicando-os em sua produção/operação, mas em condição de flagrante vulnerabilidade. Caso concreto em que a agravada, empresa de turismo, encontra-se em vulnerabilidade técnica e financeira em relação à companhia aérea. Possibilidade de inversão do ônus da prova tanto pelo CDC, quanto pelo artigo 373, § 1º do CPC/2015 - teoria da carga dinâmica da prova. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70078188026, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 27/09/2018).

O Tribunal de Justiça da Bahia[37] também já se manifestou sobre o tema, aplicando o art. 373, §1º em uma relação tipicamente de consumo, fundamentando sua decisão, inclusive, na hipossuficiência do consumidor.

Apesar das grandes semelhanças entre os institutos, conforme observado pelo Mestre Fábio Machado Malagó supracitado, temos que os tribunais, muitas vezes, têm aplicado a teoria processual do Novo Código de Processo Civil de maneira equivocada, tratando institutos diversos como se fossem o mesmo. No caso do julgado do TJBA mencionado acima, toda a fundamentação legal do magistrado teve por base o CDC e a hipossuficiência do consumidor, apesar disso, concluiu pela aplicação da Distribuição Dinâmica do ônus da prova.

Diante disso, adotamos o entendimento dos ilustríssimos doutrinadores Leonardo Bessa e Ricardo Rocha Leite no sentido de que não é aplicável ao direito do consumidor o instrumento processual da Distribuição Dinâmica do ônus da prova, previsto no art. 373, §1º do CPC, como melhor alternativa para desempenhar a proteção aos direitos dos consumidores.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como cerne de seu desenvolvimento o seguinte questionamento: a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no artigo 373, §1º do novo Código de Processo Civil, pode ser aplicada nas relações de consumo?

Isto porque, alguns doutrinadores entendem que se tratam de institutos análogos, podendo ser aplicado um ou outro, enquanto outros doutrinadores entendem pela inaplicabilidade do instituto do CPC nas relações consumeristas. A jurisprudência, por outro lado, vislumbra a possibilidade de aplicação da

[37] AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENTENDIMENTO DO MAGISTRADO SINGULAR COM FULCRO NA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE RESPALDADA NOS TERMOS DO ARTIGO 373, § 1º, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0021333-03.2017.8.05.0000, Relator(a): Baltazar Miranda Saraiva, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 13/03/2018)

Distribuição Dinâmica do ônus da prova aos consumidores, por se tratar de matéria processual, portanto, aplicada à todas as relações reguladas pelo Código de Processo Civil.

Como foi analisado no decorrer deste trabalho, vimos que essa segunda corrente doutrinária entende que não é possível aplicar aos consumidores o art. 373, §1º do CPC, porque o Código de Defesa do Consumidor já possui instrumento processual adequado às necessidades da relação de consumo, enquanto a lei processual civil trata de normas gerais que não abrangem as peculiaridades e desigualdades inerentes aos consumidores, não possuindo ideal abrangência aos seus interesses.

Após a análise de ambas as correntes, este trabalho concluiu que os institutos são diferentes, uma vez que, mesmo tendo resultados semelhantes quanto ao efeito do ônus probatório, ainda é importante notar que os requisitos de aplicabilidade não são os mesmos, o que acarreta divergência no caso concreto.

Dessa maneira, temos que o instituto do Código de Defesa do Consumidor, de fato, analisa as peculiaridades das relações consumeristas, enquanto o novo Código de Processo Civil é norma de aplicação geral a todos os ramos cíveis. Ante o exposto, seria aplicável o princípio da especialidade, onde a norma especial afasta a incidência da norma geral, aderindo à teoria firmada por Bessa e Ricardo Rocha Leite.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais. 17ª ed. 2017.

ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre processo no Código de Defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 10, 1994.

ANDRIGHI, Nancy; Revista de Direito do Consumidor, nº 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 802.832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe de 21/9/2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça da Bahia, Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0021333-03.2017.8.05.0000, Relator(a): Baltazar Miranda Saraiva, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 13/03/2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do RS, Agravo de Instrumento Nº 70078188026, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 27/09/2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do RS, Agravo de Instrumento, nº 70078493616, Vigésima Câmara Cível, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 26/09/2018.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, AgInt no AREsp 355.628/RO, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp nº 1.195.642/RJ. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJe 21.11.2012.

CABRAL, Érico de Pina. Inversão do ônus da prova. São Paulo: Método, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord). Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 7, 1993.

KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. Da defesa do consumidor em juízo. São Paulo: Atlas. 2010.

MIRAGEM, Bruno; Curso de Direito do Consumidor. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA, James Eduardo. Código de Defesa do Consumidor. Anotado e comentado. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas. 6ª ed. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do CDC e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed. 20 Aplicabilidade

A REGULAÇÃO DO MERCADO DE ECONOMIA COMPARTILHADA

Fernando Bianchini de Oliveira

RESUMO

O presente artigo jurídico busca analisar a possibilidade e a maneira mais eficiente de introduzir novas tecnologias e novos modelos de mercado – como a economia de compartilhamento, foco deste trabalho – na sociedade brasileira, garantindo, contudo, a proteção dos direitos dos consumidores e o interesse de toda a sociedade, o fazendo com base na legislação, jurisprudência e doutrina brasileira e em exemplos concretos de como a economia de compartilhamento tem sido introduzida no mercado (citados sem fins publicitários ou comerciais). Cabe esclarecer que este trabalho acadêmico se atém apenas aos preceitos regulatórios e econômicos da inserção do modelo econômico da economia de compartilhamento no mercado brasileiro, fazendo referência à sua recepção em outros países, sem se aprofundar em questões sob a ótica empresarial ou trabalhista.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Direito regulatório. Direito econômico. Economia compartilhada. Economia de compartilhamento. *Sharing economy*. Tecnologia disruptiva. Regulação.

1 INTRODUÇÃO

Cada vez mais as tecnologias disruptivas se popularizam globalmente e, consequentemente, adentram o mercado brasileiro, trazendo novas noções – antes impensadas – à economia nacional. É o que se verifica claramente na economia compartilhada, que vem sacodindo mercados e renovando práticas comercias já sedimentados no ramo.

A economia compartilhada se baseia na comercialização de produtos e serviços ociosos, principalmente por pessoas físicas. Enquanto tal fornecedor

consegue uma renda extra, seja comercializando ou alugando determinado bem seu que esteja parado, ou prestando serviço durante seu tempo livre, os consumidores ganham um novo mercado, muito mais diversificado e com preços geralmente mais atrativos que aqueles impostos pelas grandes empresas.

Contudo, a chegada de novas tecnologias e novas práticas comerciais trazem consigo a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico vigente para as inovações do mundo contemporâneo. Assim, devem os Estados regulamentar tais atividades de modo a adaptá-las aos padrões da sociedade e aos princípios basilares do Direito daquela nação.

Desse modo, busca o presente trabalho acadêmico estudar como o fenômeno da economia compartilhada poderá ser introduzido da melhor maneira no ordenamento jurídico brasileiro, seja por meio de alterações na legislação, novas interpretações por parte dos tribunais pátrios ou regulamentações administrativas, de modo a diminuir as disparidades e tensões com os modelos de negócio já consolidados, como o ramo de táxis e hotéis.

A economia compartilhada chegou com força e aceitação incríveis no mercado consumidor, e sua remoção apenas traria malefícios aos consumidores, verdadeiros titulares dos direitos por um mercado mais justo, equilibrado e acessível.

Somente a partir da análise pormenorizada das situações reais que os intérpretes do Direito poderão encontrar o balanço entre os princípios básicos do Direito (do Consumidor), as práticas comerciais já sedimentadas e as inovações trazidas pelos novos agentes comerciais, de modo a garantir a proteção dos interesses dos consumidores e a igualdade no tratamento de todos os fornecedores de produtos e serviços.

2 CONCEITOS BÁSICOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR E A CHEGADA DE TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS NO MERCADO

Inicialmente, cabe definir alguns conceitos que serão utilizados neste trabalho acadêmico, principalmente o de fornecedor e consumidor, bem como uma breve

explanação acerca das relações de consumo e a aplicação do Direito do Consumidor no mercado, passando para um panorama geral acerca da criação e difusão de tecnologias disruptivas no mercado e como podem alterar a sociedade moderna.

2.1 Breve introdução ao Direito do Consumidor

O Direito do Consumidor busca dar garantias aos consumidores, quase sempre hipossuficientes nas negociações, para equilibrar as relações de consumo e compensar sua vulnerabilidade. Para isso, previne e pune práticas abusivas praticadas no mercado e facilita a busca de seus direitos quando forem violados.

Conforme preceitua o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei Federal nº 8.078/1990)[1], são considerados fornecedores as pessoas físicas ou jurídicas que participem da cadeia de produção e comercialização de um produto ou a prestação de um serviço – exceto quando considerada a relação trabalhista, e o fazem em troca de uma contraprestação (outro produto/serviço ou pagamento em dinheiro, como forma de compor ou complementar sua renda) ou até mesmo de forma gratuita (como os casos de amostras grátis, distribuídas como forma de dar publicidade ao produto). Nas palavras de Grinnover *et al*:

> [...] fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.[2]

Já o art. 2º do CDC[3] define como consumidor todo aquele que utiliza produto ou serviço como destinatário final, ou seja, aquele que o utiliza de fato e encerra a cadeia de produção e comércio. Contudo, tendo em vista a natureza das relações de consumo, esse conceito padrão foi adaptado pela doutrina e pela jurisprudência para

[1] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 50.

[3] BRASIL, *op. cit.*.

evitar abusos por aqueles que se aproveitavam da proteção mesmo que não fossem hipossuficientes de fato.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça adotou o conceito da escola finalista mitigada (ou finalista aprofundada), na qual se exige, além da destinação final, a vulnerabilidade do consumidor e que possua expertise diversa (não possua conhecimento técnico suficiente acerca do produto/serviço que está contratando, de modo que não poderia reconhecer eventuais vícios ou fatos prejudiciais). Assim destacou a Ministra do STJ Fátima Nancy Andrighi em seu voto proferido no paradigmático julgamento do Recurso Especial nº 476.428/SC, de sua relatoria[4]:

> Recentemente, a Segunda Seção deste STJ superou discussão acerca do alcance da expressão "destinatário final", constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor.
>
> Segundo a teoria preferida, a aludida expressão deve ser interpretada restritivamente. Com isso, o conceito de consumidor deve ser subjetivo, e entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado - o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.
>
> Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.
>
> Nesse prisma, a expressão "destinatário final" não compreenderia a pessoa jurídica empresária.
>
> Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 476.428/SC*. Recorrente: Agipliquigás S.A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo Ltda. 2005. Voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, Brasília, 9 maio 2005. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201456245&dt_publicacao=09/05/2005>. Acesso em: 20 set. 2018.

> Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I).
>
> Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.
>
> Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não.

Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor[5] ainda considera como consumidor todas as vítimas do evento danoso (art. 17) e todos que forem expostos às práticas comerciais abusivas (art. 29), buscando proteger também todos aqueles que sofreram ou poderiam sofrer danos em razão da conduta ou negligência do fornecedor.

Portanto, a relação de consumo se dá quando o consumidor adquire um produto ou contrata um serviço para seu próprio usufruto, e sobre o qual não possui necessário conhecimento técnico capaz de garantir sua equidade na negociação, evidenciando assim sua vulnerabilidade perante o fornecedor.

[5] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

O referido Código ainda dispõe, em seu artigo 6º, os direitos básicos do consumidor, que devem ser garantidos pelo Estado:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
>
> II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
>
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem
>
> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
>
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
>
> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
>
> VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
>
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
>
> IX - (Vetado);
>
> X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Para cumprir seu papel na defesa dos consumidores vulneráveis, o Estado cria mecanismos para protegê-los de forma preventiva ou ostensiva, fiscalizando e punindo os fornecedores que abusem de sua posição privilegiada e não cumpram com seu dever de garantir a segurança de toda a sociedade por lesões decorrentes de falhas inesperadas do seu produto ou serviço.

No entanto, o avanço da sociedade – principalmente tecnológico – resulta na necessidade constante do Estado em adaptar suas normas e mecanismos de forma a garantir a proteção dos consumidores em novos modelos de negócios, que dão origem a novas possibilidades e, consequentemente, novas vulnerabilidades.

Não obstante, algumas dessas inovações chegam com força e velocidade estonteantes, seja por criar métodos mais práticos e eficientes ou por trazer modelos de negócios inovadores que atraiam o interesse dos consumidores, tomando o mercado antes mesmo que o Poder Legislativo possa editar leis específicas e completas. Assim, cabe aos juristas encontrar soluções rápidas e efetivas baseadas nos princípios básicos do Direito para que os tribunais pátrios possam garantir a proteção da parte vulnerável até mesmo diante do vácuo legislativo.

Diante disso, se tratará a seguir acerca das tecnologias disruptivas que sacudiram o mercado ultimamente, fortalecendo o consumo compartilhado e trazendo novos concorrentes aos grandes fornecedores já consolidados no mercado.

2.2 A chegada de tecnologias disruptivas no mercado mundial e nacional

Com o advento e a popularização da internet, novas metodologias de comunicação e comércio se tornaram possíveis. Tais inovações abrem portas não só para a melhoria de modelos já consolidados, mas também ao desenvolvimento de novas e modernas tecnologias que buscam quebrar com as ideias mais antigas.

As tecnologias disruptivas, como o próprio nome sugere, combatem os modelos econômicos já consolidados e trazem inovações ao mercado, possibilitando a exploração de novos produtos ou serviços que muitas vezes competem com os modelos de negócios tradicionais, trazendo nova competitividade ao mercado. Também possibilitam o ingresso de novos *players* (“jogadores”; agentes do mercado; fornecedores) que, por explorarem um negócio inovador, poderão ganhar espaço no meio das grandes empresas.

Tais inovações não trazem apenas benefícios aos novos fornecedores, mas também aos consumidores, uma vez que trazem mais opções ao mercado e aumentam a competitividade, forçando os *players* consolidados a se adaptar às inovações e melhorar o preço ou a qualidade do serviço. Por outro lado, podem atingir um nicho do mercado ainda inexplorado, aumentando o leque de opções do consumidor e atendendo melhor os interesses de cada um.

Contudo, a chegada de novos concorrentes em mercados já consolidados quase sempre se dá com forte resistência dos fornecedores já atuantes. Como exemplo, grandes empresas ou associações se utilizam de sua influência e de seu grande poder econômico para influenciar os Poderes Legislativo, Executivo e até mesmo Judiciário a fim de barrar os avanços dos novos concorrentes, ou ainda fazer campanhas publicitárias milionárias capazes de atrair o interesse dos consumidores para seus produtos/serviços e usar de todo seu poder econômico para garantir sua permanência no mercado.

Infelizmente, a realidade que vemos no mercado é a de várias empresas grandes, com marcas renomadas, disputando entre si por seus clientes, ocultando e até mesmo levando à falência os pequenos agentes que buscam ganhar a vida naquele determinado ramo, às sombras dos gigantes.

Mesmo diante de diversas tentativas de barrar a entrada dos agentes da economia compartilhada no mercado, seja por meio de pressão política ou até mesmo *lobbying*, tal modelo mercadológico se inseriu no mercado mundial de forma rápida e impactante, se espalhando pelos países após fazerem sucesso no país de origem (comumente o Estados Unidos da América).

Grande parte do sucesso de tal modelo na disputa com os antigos agentes se dá pelo apoio dos próprios consumidores, que veem na inovação diversos benefícios. Outra parte se dá em razão da postura tomada pelas empresas diante da confusa legislação de cada país, muitas vezes inapta para receber os resultados das inovações tecnológicas e econômicas.

Enquanto se discute acerca da legalidade ou não de determinadas atividades, os novos *players* investiram fortemente na popularização de seus produtos e serviço, fazendo com que o a adoção e pressão popular sirvam de proteção contra as investidas dos antigos agentes. Para isso, ingressam no mercado com atendimento diferenciado e preços promocionais para conquistar novos clientes e garantir sua permanência no mercado. Nas palavras de Rainer Couto e Leandro Novais[6]:

> A popularização da sharing economy tem provocado reações acirradas dos antigos players de mercados tradicionais. Os governos também não se mostraram hábeis ao lidar com o problema. A consequência é que os agentes que exploram a sharing economy vêm adotando uma postura agressiva: ao invés de adentrarem no ambiente político para possíveis alterações legislativas, as empresas desafiam as leis, estabelecem o produto e a marca e esperam que, com a inércia do judiciário e legislativo de cada jurisdição, possam construir uma base de clientes e uma economia forte que não possa ser eliminada futuramente. Essa prática não tão "ética" é fruto de uma incapacidade dos órgãos públicos em lidar com o alto dinamismo das tecnologias disruptivas e uma resposta às tentativas de barrar a inovação.

Um exemplo amplamente conhecido dessa conduta são os motoristas do aplicativo Uber, que no início de suas atividades no Brasil cobravam valores bem mais baratos e prestavam serviços de forma mais atenciosa e receptiva (como oferecer água e doces aos passageiros), resultando em sua rápida adoção pelo mercado consumidor brasileiro e na mudança de comportamento dos taxistas, que se viram ameaçados pela nova concorrência e precisaram se adaptar às novas exigências do mercado para continuar competindo.

Com a popularização dos *smartphones* e do acesso à internet em uma parcela cada vez maior da população mundial (incluindo países pobres e com pouca infraestrutura), abriram-se as portas para avanços antes inimagináveis. Com o advento da internet, a comunicação entre cidades ou até mesmo países, antes difícil e custosa, se tornou simples, rápida e barata. Com poucos cliques ou toques (no caso

[6] COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise da sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 269-292. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017, p. 284.

das telas *touchscreen*), compramos produtos diretamente de outros países, sem se preocupar com ligações internacionais ou complexos sistemas cambiais. A contratação de serviços se tornou tão fácil quanto apertar um único botão e permitir que o aplicativo encontre o melhor serviço ou produto pelo melhor preço.

3 A ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO E UMA NOVA NOÇÃO DE FORNECEDORES

Como se verá a seguir, a facilidade na comunicação e negociação possibilitou a transformação de práticas íntimas e pessoais, como emprestar uma ferramenta ao vizinho ou dar carona a um amigo, em modelos de negócios rentáveis e seguros que movimentam riquezas "paradas", combatendo o consumismo exacerbado e a acumulação de bens com pouca atualização.

3.1 O conceito de economia colaborativa

O consumo colaborativo se dá a partir de uma necessidade momentânea por determinado bem, como um veículo ou uma furadeira, de modo que o alto custo de aquisição torna inviável a sua compra para o uso eventual. Assim, por meio de um aplicativo fornecido por uma grande empresa, dado consumidor poderá encontrar pessoas que, proprietárias do bem buscado, o vendam ou o aluguem por preço mais vantajoso se comparado com o custo de aquisição de um recém-fabricado.

Tal prática, contrária ao pensamento puramente capitalista de acumulação e consumismo, se faz cada vez mais comum diante das crises financeiras e ambientais que presenciamos constantemente. A escassez de recursos torna a matéria prima mais cara, encarecendo assim o produto final. Por outro lado, o crescimento exorbitante da população mundial e a consequente escassez de empregos para todos resulta na redução da renda de cada indivíduo ou família, completando o ciclo vicioso que constantemente causa problemas à economia de todos os países.

O advento da *sharing economy* (termo em inglês para "economia de compartilhamento") abala as estruturas de comércio comum, seja trazendo o

princípio de circulação de itens usados no mercado, diminuindo assim a aquisição de itens novos, ou pela introdução de diversos pequenos fornecedores no mercado, de permanência volátil, em contrapartida aos fornecedores tradicionais. Nesse sentido, afirmam Mendes e Ceroy[7]:

> [...] a economia compartilhada distingue-se pelo aproveitamento do excesso de capacidade e funcionalidade de bens duráveis, assim como pelo uso de meios tecnológicos que facilitam e aprimoram a qualidade e eficiência de produtos e serviços. [...]
>
> Devido a tais características, esta nova economia diferencia-se em grande medida do capitalismo tradicional, que tinha como sua grande mola propulsora o ato de possuir e de acumular a maior quantidade possível de bens.

A economia de compartilhamento abandona o modelo de consumo onde quase somente as grandes empresas, já bem estabelecidas no mercado, fornecem produtos e serviços para seus consumidores, optando por dar lugar aos pequenos fornecedores, pessoas físicas que se habilitam a prestar serviço ou negociar um bem com outra pessoa, baseando-se na confiança mútua. Assim, surge como um meio de fugir dos hábitos de hiperconsumo e da acumulação de bens que quase nunca usamos, ao mesmo tempo que abre um novo mercado para aqueles com bens ou tempo ociosos. Como exemplo, temos o motorista do Uber que, possuidor de um carro, poderá realizar serviços de transporte durante seu tempo livre, prestando serviços para aqueles que precisam chegar de um ponto a outro sem a necessidade de possuir um veículo próprio.

Bond[8] conceitua a *sharing economy* como uma microeconomia baseada na utilização de recursos humanos e materiais ociosos, buscando a completa utilização dos recursos disponíveis na sociedade. Para ele, tal prática comercial decorre

---

[7] MENDES, Francisco Schertel; CEROY, Frederico Meinberg. *Economia Compartilhada e a Política Nacional de Mobilidade Urbana*: Uma proposta de marco legal. Texto para Discussão nº 185. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td185>. Acesso em: 20 set. 2018.

[8] BOND, Andrew T. An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy. *Notre Dame Law Review*, South Bend, v. 90, nº 2, p. 77-96, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2586083>. Acesso em: 20 set. 2018.

principalmente da percepção de que utilizamos os recursos naturais e humanos de forma ineficiente, causando constantes danos ao meio ambiente.

Em outras palavras, os novos fornecedores oferecem bens que não estão utilizando no momento, ou até mesmo a prestação de um serviço em seu tempo livre, muitas vezes em troca de uma contraprestação por parte do consumidor. Já os consumidores buscam fugir da necessidade de aquisição de um bem que usariam apenas ocasionalmente, gastando muito menos pela disponibilidade do bem.

Por sua vez, a autora Cláudia Lima Marques[9] conceitua a economia compartilhada como um modelo econômico no qual pessoas fornecem bens, novos ou usados, ou serviços, por meio de um aplicativo fornecido por uma grande empresa, facilitando assim seu contato com o consumidor final, barateando o fornecimento e ampliando as opções do consumidor:

> [...] posso definir a economia do compartilhamento, de forma simples, como um sistema "negocial" de consumo (collaborative consumption), no qual pessoas alugam, usam, trocam, doam, emprestam e compartilham bens, serviços, recursos ou commodities, de propriedade sua, geralmente com a ajuda de aplicativos e tecnologia online móvel, com a finalidade de economizar dinheiro, cortar custos, reduzir resíduos, dispêndio de tempo, ou a imobilização de patrimônio ou melhorar as práticas sustentáveis e a qualidade de vida em sua região. São relações de confiança, geralmente contratuais, a maioria onerosa (de bicicletas nas cidades verdes, até carros, estadias e as mais "comerciais", como o Uber, Cabify, Airbnb, Zipcar etc.), sendo gratuito o uso do aplicativo, mas paga uma porcentagem do "contratado" ao guardião da tecnologia online, podendo também, as vezes, tomar a forma cooperativa, de crownfunding ou de doação de pequena monta ou trocas gratuitas (livros em táxis etc).

Os autores Couto e Novais[10], por sua vez, conceituam a *sharing economy* como um "arranjo na qual os agrupamentos de 'pares' conectam-se através da

[9] MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 247-268. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017, p. 249.

[10] COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise da sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 269-292. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017, p. 270.

Internet a fim de realizar transações que aproveitam a capacidade ociosa de produtos e serviços, incentivados pelas relações de confiança e reputação".

Cada vez mais vemos pessoas que estão deixando de adquirir bens (principalmente automóveis e imóveis, em razão de seu alto custo de compra e manutenção) em razão da facilidade e praticidade de encontrar outras pessoas que os vendam ou forneçam determinado serviço por um custo-benefício muito maior.

3.2 Fornecedor intermediário e fornecedor de fato

Como dito anteriormente, os negócios de economia compartilhada – que derivaram de relações interpessoais entre amigos ou vizinhos – se expandiram para o mundo todo, permitindo que estranhos os realizem mesmo sem conhecer pessoalmente um ao outro. Como veremos adiante em alguns exemplos da aplicação da *sharing economy* no mercado mundial, todas as contratações dependem da presença da grande empresa fornecedora do aplicativo que possibilitou o contato entre as partes (*peers*).

Nota-se, contudo, que na maioria dos casos não é a empresa que presta o serviço ou disponibiliza o produto, mas sim pessoas comuns buscando ajudar os demais ou conseguir uma renda extra para fortalecer suas finanças. De fato, as empresas nem sequer participam diretamente da cadeia de fornecimento, apresentando apenas o meio para que a contratação entre os particulares aconteça. Mas o que faz com que sua presença seja essencial para o bom funcionamento do negócio?

O Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014) [11] define, em seu art. 5º, inciso VII, que a aplicação de internet é "o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet". Assim, é fácil perceber que, no âmbito do Direito Digital, as empresas aqui tratadas podem ser consideradas provedoras das aplicações, uma vez que criam plataformas para que

[11] BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

seus clientes, por meio da internet, entrem em contato e acordem as condições da contratação. Todavia, a mera disponibilização da plataforma, apesar de ser peça essencial para o funcionamento do modelo de negócios, não é suficiente para encorajar os particulares a aderir à economia de compartilhamento, sem qualquer garantia de sua segurança.

Em verdade, os contratos da *sharing economy* se dão pela confiança mútua entre consumidor e fornecedor, amparada pela presença da grande empresa que fornece a aplicação e possibilita aquele contato, e que muitas vezes apresenta soluções práticas para dirimir eventuais conflitos e garantias para ambas as partes para o caso de haver algum problema. Com isso, "o consumidor ou grupo de consumidores quer justamente este fornecedor ou grupo de fornecedores que divide esta marca/imagem/status etc."[12].

Fábio Schwartz[13] conceitua essa confiança como "uma crença na ocorrência de um comportamento futuro com lastro em um agir do passado, gerando expectativa de continuidade". Cláudia Lima Marques[14] complementa:

> A confiança é um princípio diretriz das relações contratuais, merece proteção e é fonte autônoma de responsabilidade. Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, dados ou omissões, fazem nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados, em resumo, confiar é acreditar, é manter, com fé, a fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é a aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais.

Em suma, o provedor da aplicação – comumente uma grande empresa que atua como intermediária da relação – é peça chave para o negócio, uma vez que possibilita o contato entre duas pessoas que muito provavelmente jamais se

[12] MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 247-268. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017, p. 261.

[13] SCHWARTZ, Fábio. A economia compartilhada e a responsabilidade do fornecedor fiduciário. R*evista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 221-246. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017, p. 236.

[14] MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato*: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 31 *apud* SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 233.

conheceria ou firmariam um contrato em outras circunstâncias. Portanto, é inviável afastá-lo da cadeia de fornecimento sem que esse modelo de negócio deixe de funcionar.

Na maioria dos casos, esse fornecedor intermediário (como será chamado doravante a empresa provedora da aplicação) não se confunde com fornecedor de fato, que por sua vez é a pessoa física que se aproveita desse modelo econômico para recircular seus bens ociosos ou para aproveitar melhor o seu tempo livre para conseguir uma renda extra. Para Marques[15], o provedor da aplicação (também chamado pela autora de *gatekeeper*) tem o dever de garantir a segurança do negócio realizado por meio de sua aplicação de internet, sem ser necessariamente responsável pelo cumprimento das obrigações assumidas pelas partes contratantes.

Outrossim, ambos os fornecedores – real ou intermediário – se enquadram no conceito de fornecedor previsto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor[16] visto anteriormente. Do mesmo modo, o *gatekeeper* integra (mesmo que indiretamente) a cadeia de fornecimento, vez que, caso não estivesse presente, a grande maioria dos negócios firmados por meio de sua aplicação jamais teriam se concretizado, seja pela falta de comunicação entre as partes ou pela ausência de confiança entre aqueles desconhecidos, que só firmariam o contrato caso tivessem alguém em quem confiam os protegendo.

Diante dessa peculiaridade em relação aos modelos tradicionais, Claudia Lima Marques[17] aponta que não devemos analisar a economia de compartilhamento como uma mera cadeia de fornecimento, mas sim como uma correlação de contratos firmados entre diversos contratantes: consumidor, fornecedor real, instituição financeira, provedor da aplicação (fornecedor intermediário), etc. Contudo, a autora

[15] MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 247-268. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017, 255-256.
[16] BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.
[17] MARQUES, *op. cit.*, p. 258-260.

ressalta que tais contratos visam o mesmo fim, atraindo a característica do contrato de consumo para todos[18]:

> A união de contratos, seu encadeamento em redes, cadeias de fornecimento, formação de grupos de consumidores alvo é o novo meio de que se utiliza o mercado para a satisfação de um interesse, que não se poderia realizar através das figuras típicas contratuais existentes e do modo de negociação e contratação clássico, mas que o encadeamento/simultaneidade de contratos permite.
>
> [...]
>
> Na doutrina, distinguem-se três tipos de contratos conexos de acordo com as suas características básicas de possuírem fim unitário (elemento objetivo), de existir uma eventual vontade de conexão ou união (elemento subjetivo) ou de a conexão ter sido determinada por lei (compra e venda com financiamento do art. 52 do CDC): grupos de contratos; rede de contratos e contratos conexos (stricto sensu). Como já escrevi, contratos conexos stricto sensu são aqueles contratos autônomos que, por visarem à realização de um negócio único (nexo funcional), se celebram entre as mesmas partes ou entre partes diferentes e se vinculam por esta finalidade econômica supracontratual comum, identificável seja na causa, no consentimento, no objeto ou nas bases do negócio. Assim, se a finalidade supracontratual comum é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexidade ou acessoriedade.

Não obstante, muitas empresas se responsabilizam diretamente pela garantia da prestação do serviço, atraindo para si a responsabilização por danos causados aos seus clientes em razão do negócio firmado sob sua supervisão. Dessa forma, garante primeiramente a satisfação do cliente lesado, assumindo a cobrança regressiva do valor referente ao dano em face do usuário que causou a lesão, avaliando ainda a permanência desse na plataforma para que não cause mais problemas aos demais clientes. Com isso, objetiva fazer com que seus usuários se sintam seguros e confortáveis ao utilizar a plataforma, aumentando o índice de aprovação do serviço prestado e, consequentemente, atraindo mais clientes.

[18] Ibidem, p. 261-262.

Não há como negar, portanto, que a confiança e as garantias trazidas pelo fornecedor intermediário devem lhe atrai responsabilidade subsidiária em relação ao devido cumprimento da obrigação assumida pelos particulares.

Claro que a responsabilidade deverá ser analisada caso a caso, cabendo à empresa comprovar a culpa exclusiva do fornecedor real, bem como a imprevisibilidade da conduta desse em relação aos consumidores, para que possa cobrar a restituição dos valores pagos ao consumidor pela empresa a título de reparação do dano causado. Como dito alhures, a confiança e as avaliações geram uma expectativa de que o serviço ou bem serão fornecidos em boas condições, na medida do possível, seja para o consumidor ou para o provedor da aplicação, em quase a totalidade dos contratos, com raras exceções.

Assim, não podemos responsabilizar exclusivamente o provedor da aplicação que, confiando na presteza que sempre lhe foi demonstrada por determinado fornecedor em tantos outros negócios – refletida em sua reputação no sistema –, seja surpreendido por conduta totalmente contrária da esperada, vez que não poderia prever tal mudança no comportamento. Isso por sua vez não afasta a obrigação de garantir os direitos do consumidor, parte mais vulnerável de toda a relação, repassando aos fornecedores o ônus de identificar qual deles realmente causou o dano. Como explica Tartuce[19], é com esse mesmo intuito que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco-proveito, que assume a responsabilidade objetiva para os fornecedores que tiram proveito da relação, objetivando garantir a reparação integral dos danos causados ao consumidor independentemente da demonstração de culpa do fornecedor.

Não há dúvidas de que o fornecedor intermediário obtém proveito de toda a relação, ainda mais com a costumeira cobrança de taxas sobre o valor do contrato, cobradas a título de remuneração pela intermediação e facilitação do contrato e retiradas automaticamente do pagamento efetuado pelo usuário. Desse modo, é

[19] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito do Consumidor*: direito material e processual. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 158.

inafastável sua responsabilidade objetiva pelos fatos de consumo ocorridos nos contratos feitos por meio de sua plataforma.

3.3 Exemplos da economia de compartilhamento no mercado

Os exemplos a seguir evidenciam que, ao optar pela facilidade na contratação do serviço ou na disponibilização temporária do bem negociado, fornecedor e consumidor firmam seu contrato com base na confiança. Os modelos de negócio citados podem causar estranheza ao conectar pessoas totalmente desconhecidas para comprar ou dividir um bem ou contratar um serviço, porém os números estonteantes comprovam que a confiança no outro contratante, incentivada e assegurada pela presença do fornecedor do aplicativo, são suficientes para o perfeito funcionamento do sistema.

3.3.1 Locação de imóveis e o caso do Aribnb

Um dos precursores da economia compartilhada (além de um dos casos de maior sucesso) é a empresa estadunidense Airbnb, que introduziu no mercado um serviço utilizado no mundo todo por viajantes que desejam algum lugar para ficar, por um preço muito mais barato que as exorbitantes tarifas cobradas pelos hotéis.

Como relata o jornalista Thomas L. Friedman[20], a ideia do aplicativo surgiu quando seus criadores, Brian Chesky e Joe Gebbia, precisaram de dinheiro para pagar o aluguel da casa em que moravam. Sabendo que um grande evento aconteceria em sua cidade e da superlotação dos hotéis, a dupla de amigos decidiu disponibilizar os três colchões infláveis que possuíam e oferecer café da manhã (*airbed and breakfest*, de onde surgiu o nome Airbnb) e serviço de guia turístico para aqueles que viriam ao evento.

[20] FRIEDMAN, Thomas L. Welcome to the 'Sharing Economy'. *New York Times*, Nova Iorque, 20 jul. 2013. Sunday Review. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/07/21/opinion/sunday/friedman-welcome-to-the-sharing-economy.html>. Acesso em: 20 set. 2017.

Além da contraprestação que receberam dos três hóspedes, suficientes para complementar o pagamento do aluguel daquele mês, nasceu ali uma ideia cujo valor atual ultrapassa 30 bilhões de dólares[21]: desenvolver uma rede global que interligasse aqueles que desejem alugar uma cama, um quarto ou até mesmo um imóvel inteiro que estava vazio, com aqueles que buscam uma alternativa mais barata e diferente do clássico setor hoteleiro.

A grande movimentação de universitários popularizou a prática nos Estados Unidos da América. Com o ingresso em instituições de ensino superior longe da casa de sua família, surge a necessidade de encontrar imóveis em valores mais baratos, tendo em vista o alto custo das universidades e o baixo preparo profissional que possibilite aos jovens arcar com o valor médio dos imóveis. Assim, quando não optam por morar em uma "república" (conjunto de apartamentos para universitários), buscam dividir uma casa com pessoas desconhecidas, repartindo assim as despesas do imóvel.

Por outro lado, com a saída dos filhos de casa para morarem perto da universidade, os pais ainda podem alugar o quarto vazio por um valor mais módico que o preço médio de mercado, podendo utilizar os rendimentos para dirimir os altos custos da educação de seu filho. Uma prática semelhante ocorre no caso de intercâmbio, onde as famílias podem disponibilizar sua moradia para o estudante estrangeiro em troca de dinheiro ou da oportunidade de seu próprio filho ser recebido em outro país por uma família na mesma situação. Isso garante ainda que o estudante possa conviver com uma família típica do país de destino, possibilitando um maior contato e aprendizado com aquela cultura.

Esses tipos de negócio exigem, contudo, a confiança dos contratantes entre si, uma vez que abrem mão de sua privacidade (e até mesmo de sua segurança) por outros interesses, como pagar preços menores, auferir renda sobre um bem ocioso ou até mesmo conviver com pessoas diferentes. Com a presença de uma empresa capaz

[21] BENSINGER, Greg. Airbnb Valued at $31 Billion After New Funding Round. *The Wall Street Journal*, Nova Iorque, 09 mar. 2017. Tech. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/airbnb-valued-at-31-billion-after-new-funding-round-1489086240>. Acesso em: 20 set. 2017.

de dirimir conflitos, garantir um mínimo de segurança e assegurar a reparação de eventuais danos, os usuários do aplicativo passam a ter mais conforto e confiança na contratação, popularizando o modelo no mercado.

Outro uso desse modelo de mercado é para viajantes que não buscam todo o conforto dos hotéis, como quartos bem arrumados e café da manhã farto, mas apenas um quarto e um banheiro para passar as noites e tomar um banho, objetivando passar o dia visitando a cidade e almoçando em restaurantes.

Denota-se que a atividade realizada pelos anfitriões do Airbnb difere do serviço ofertado por hotéis por não garantir a limpeza dos quartos e outras mordomias por um preço elevado, características do aluguel tradicional. Por outro lado, o Airbnb possibilita estadias curtas para uma viagem ou temporada, característica da atividade hoteleira. Desse modo, os usuários podem garantir sua estadia por um custo menor em troca das mordomias que teria em um hotel.

Assim como todos os modelos econômicos, a atividade prestada no Airbnb também possui seu lado negativo, evidenciado a partir de seu mau uso por alguns fornecedores, que veem no aplicativo uma oportunidade de ofertar seus diversos imóveis, mascarando sua real atividade e escapando de eventuais taxas e limitações do mercado hoteleiro ou de locação. O mau uso da plataforma põe em cheque a noção de compartilhamento do modelo e a confiança na aplicação, sendo de interesse direto dos demais usuários e da própria empresa a exclusão de tais fornecedores, como se verá mais adiante.

3.3.2 Aplicativos de transporte de passageiros e entregas

Ainda nos tempos mais antigos, com a expansão da sociedade e o crescimento da área ocupada pelo ser humano, o transporte de passageiros passou a ser atividade essencial e de grande interesse econômico e social. Em uma época sem carros, as pessoas precisavam contratar charreteiros para que pudessem viajar uma

distância maior do que poderia fazer a pé e que os levasse além dos limites das estações de trens.

O avanço da tecnologia e o advento dos veículos automotores produzidos em larga escala possibilitou a popularização do serviço, até se desenvolver no que hoje chamamos de táxi. Com uma abordagem histórica da evolução do sistema de transporte de passageiros nos Estados Unidos da América, o autor Andrew T. Bond[22] relata que o sistema vigente até hoje em muitas cidades estadunidenses e em outros países (como o Brasil) surgiu ainda em 1937, com as chamadas *medallions*.

As *medallions* são licenças numeradas emitidas pelo Estado para regularizar a atividade e limitar o ingresso desenfreado de novos fornecedores no mercado. Com isso, o Estado visa garantir que todos os motoristas passem pelo seu crivo e que cumpram requisitos mínimos para que possam atender com maior segurança os consumidores. O autor conta que no início da vigência do sistema na cidade de Nova Iorque, foram disponibilizadas 11.787 (onze mil, setecentas e oitenta e sete) licenças, número que permaneceu constante até 2004, quando foram disponibilizadas mais 1.363 (mil, trezentas e sessenta e três) licenças.

Tendo em vista que as licenças podem ser repassadas pelo seu detentor com a anuência do Estado, rapidamente se criou um mercado de compra e venda sobre elas. No entanto, em razão do número limitado de *medallions* disponibilizados na cidade, seu preço se elevou para patamares exorbitantes, chegando a custar mais de um milhão de dólares em 2010. Diante do alto custo das licenças e a saturação de fornecedores, instaurou-se no mercado um sistema onde as companhias de taxis são as verdadeiras donas das *medallions*, "alugando-as" aos motoristas para que possam prestar o serviço.

Tendo em vista a semelhança do sistema brasileiro com o nova-iorquino, uma conversa com taxistas brasileiros revela que o mesmo ocorre neste país: em razão da

[22] BOND, Andrew T. An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy. *Notre Dame Law Review*, South Bend, v. 90, nº 2, p. 77-96, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2586083>. Acesso em: 20 set. 2018.

escassez de novas licenças e a consequente alta nos preços dessas, alguns motoristas se veem obrigados a alugar um táxi, pagando por volta de R$ 100,00 (cem reais) a diária. Para pagar o aluguel e ainda auferir algum lucro, os motoristas passam o maior tempo possível dentro do carro, aguardando ou realizando as corridas. Diante dessa condição, vemos motoristas cansados e estressados, além de carros sujos e sem manutenção, prejudicando em muito a qualidade dos serviços prestados e a segurança dos passageiros.

Com a chegada e a popularização do Uber pelo mundo, novos motoristas entraram no mercado e elevaram a concorrência. A licença também deixou de ser estritamente necessária, reduzindo sua procura e, consequentemente, seu valor de mercado, já que o motorista pode usar seu próprio veículo de passeio para a prestação do serviço. Como relata Bond[23], em apenas um ano de atividade do Uber na cidade de Nova Iorque os preços das *medallions* caíram cerca de 30% (trinta por cento).

Por óbvio, os taxistas – e principalmente as companhias e cooperativas de táxi –, se sentindo diretamente ameaçados pela nova concorrência, rapidamente reagiram contra seu avanço, tentando barrar sua consolidação no mercado. Com isso, o governo se encontra em uma situação complicada: de um lado, a pressão política dos taxistas e dos donos das grandes companhias (que em muitos casos integram o Poder Legislativo); do outro, a grande pressão popular pela aceitação dos aplicativos no mercado de transporte, seja pelos potenciais consumidores ou pelos potenciais fornecedores.

Já em São Francisco, cidade de origem do Uber e de diversas outras tecnologias disruptivas, o aplicativo foi recebido com muito mais positividade. Tanto a população quanto o governo local consideraram que a presença do aplicativo garante uma maior segurança e praticidade aos seus usuários, aprimorando a prestação do serviço tanto para o fornecedor quanto para o consumidor. Assim, ao

[23] BOND, Andrew T. An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy. *Notre Dame Law Review*, South Bend, v. 90, nº 2, p. 77-96, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2586083>. Acesso em: 20 set. 2018.

invés de barrar o ingresso do serviço na cidade, o governo local cogita derrubar algumas barreiras impostas aos taxistas, de forma a ampliar o mercado fornecedor e garantir a concorrência justa entre todos os motoristas.

Uma terceira realidade mostrada por Bond[24] pode ser verificada no distrito de Columbia – onde está situada a capital Washington –, que acatou a chegada do Uber com maior tranquilidade. Tendo em vista a ausência do sistema de licenças no Distrito, o governo local editou uma norma para estender a exigibilidade de requisitos mínimos para todos os prestadores do serviço de transporte. Dentre eles, o governo exige que os motoristas passem por inspeções anuais de histórico criminal e de segurança do veículo, bem como a contratação de seguro no valor de um milhão de dólares para garantir eventuais danos aos passageiros e à terceiros. Com isso, equilibraram a concorrência e asseguraram a entrada do novo modelo de negócios, trazendo benefícios para toda a população.

O Uber também não é o único agente novo no mercado brasileiro, dividindo o *market share* (fração do mercado) que os aplicativos garantiram para si com outras empresas, como a Cabify e a 99. Em todos eles o consumidor, ao invés de buscar um ponto de táxi ou entrar em contato com uma cooperativa local, utiliza seu *smartphone* para, com poucos cliques, solicitar um motorista para que o leve de um lugar a outro, já com a previsão do quanto irá gastar. Podem ainda optar pela classe de veículos que poderá contratar, com qualidades, espaço interno e custos diferenciados, possuindo uma gama de opções muito maior se comparado com a disponibilidade de veículos nos pontos de táxi (que costumeiramente se organizam em fila e impedem a escolha do consumidor por outro veículo ou motorista).

O motorista, por sua vez, abre o aplicativo em seu tempo ocioso para que possa ser notificado caso haja algum cliente nas redondezas que queira fazer uma viagem. Caso não possa atender ao pedido, basta que negue a corrida ou feche o aplicativo, não havendo obrigação patronal para que trabalhe determinadas horas

[24] BOND, Andrew T. An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy. *Notre Dame Law Review*, South Bend, v. 90, nº 2, p. 77-96, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2586083>. Acesso em: 20 set. 2018.

diárias e/ou em horários específicos. Pode ainda informar o aplicativo que está indo para um destino pessoal, como retornando para casa, para que o aplicativo encontre um cliente que queira ir para local próximo, aproveitando aquele percurso que já faria para ganhar algum dinheiro.

Nem o consumidor e nem o motorista sabem com quem de fato irão fazer a viagem até que o motorista aceite a corrida. Se guiam tão somente pela confiança na empresa que forneceu o aplicativo que ambos utilizaram, amparados pela constante avaliação de todos os usuários e nas garantias dadas pela empresa.

Um fato curioso que exemplifica a força desse modelo econômico é a empresa brasileira "99". A empresa, fundada em 2012 como "99 Táxi", ingressou no mercado com o propósito de facilitar o contato entre taxistas – devidamente licenciados pelo Estado – e os passageiros, facilitando o acesso do consumidor ao serviço e aumentando o número de corridas feitas pelos taxistas, que não mais precisavam aguardar as filas nos pontos de táxi. Com a popularização da economia de compartilhamento e dos aplicativos de transporte individual, seus sócios viram a oportunidade e, utilizando o mesmo aplicativo, possibilitou o cadastro e a solicitação de viagens com motoristas particulares, atingindo assim ambos os lados do mercado (taxistas e motoristas particulares).

Um último exemplo do modelo de transporte particular de passageiros é a Lyft, fundada por Logan Green e John Zimmer. Como relata Josh Bell[25], Green teve a ideia de negócio após pegar caronas que o levassem do campus até a cidade em que morava sua namorada, sempre incomodado com o fato de nunca conhecer previamente o motorista que lhe daria carona em razão de como o mercado funcionava à época. Com a liberação da interface do Facebook para uso de terceiros, Logan viu a oportunidade de sanar o problema e utilizar os dados cadastrados na rede social para que ao menos pudesse obter informações mínimas para se sentir mais seguro para a viagem. Assim, criou a Zimride, serviço que integrava toda a

[25] BELL, Josh. Two Startups Harness Facebook's Power to Connect Riders to Rides. *ABC News*, Nova Iorque, 04 set. 2007. Disponível em: <https://abcnews.go.com/Technology/story?id=3555783>. Acesso em: 20 set. 2018.

rede de motoristas e passageiros e possibilitava aos usuários o acesso aos dados fornecidos pelo outro contratante em suas próprias redes sociais.

Como relatado por John Zimmer em entrevista dada ao portal Business Insider[26], o projeto de Green chamou sua atenção quando um amigo em comum divulgou o serviço em sua página no Facebook, tanto pelo seu interesse à época em iniciar um projeto de carona solidária (*ride-sharing*) quanto pela similaridade do nome Zimride com seu próprio sobrenome. Foi em função de uma amizade em comum e pela internet que os estudantes recém-formados se conheceram e evoluíram o pequeno projeto para se tornar a Lyft, empresa concorrente da Uber que intermedia e assegura os contratos de transporte particular firmados diariamente entre seus usuários.

Além dos casos citados, as possibilidades ao motorista vão além do transporte de passageiros: empresas como a Uber Eats, Postmates e DeliveryMuch ligam motoristas e restaurantes, que veem nos aplicativos a oportunidade de entregar seus produtos para um maior número de clientes espalhados pelo bairro ou cidade sem precisar se preocupar com a manutenção de um serviço de entrega próprio. Com isso, garantem uma maior gama de opções ao consumidor que deseja uma refeição bem preparada sem sair de casa.

3.3.3 Carsharing

Outro negócio explorado no modelo da economia de compartilhamento é o *carsharing* (compartilhamento de veículos). De forma semelhante ao sistema clássico aluguel de veículos tradicional, empresas como a estadunidense Zipcar e a alemã Car2Go disponibilizam carros próprios aos seus clientes, arcando com as despesas de manutenção do veículo e cobrando por pacotes de tempo e distância máxima a ser percorrida (sob pena de multa caso o consumidor ultrapasse os limites

[26] SHONTELL, Alyson; LEBOWITZ, Shana. Lyft's cofounders met on Facebook and lived on opposite coasts – here's how they launched a $7.5 billion startup long-distance. *Business Insider*, Nova Iorque, 18. out. 2017. Disponível em: < https://www.businessinsider.com/how-john-zimmer-and-logan-green-started-lyft-2017-10>. Acesso em: 20 set. 2018.

contratados). No entanto, algumas diferenças no contrato acabam tornando o *carsharing* muito mais prática que o modelo clássico.

A primeira diferença que se percebe é que os pacotes disponíveis aos usuários não são baseados em diárias ou períodos maiores, mas sim em horas. Consequentemente, a distância máxima percorrida também diminui, focando o serviço prestados para aqueles que precisam de um veículo por curto período e para curtas distâncias (raramente se estendendo para fora do perímetro urbano da cidade em que reside).

Outra mudança notável é a disponibilização de seguro contra acidentes, cujo custo já está incluso no preço pago pelos usuários de forma diluída entre todos os usuários. No caso do aluguel tradicional, tal garantia é geralmente vendida em separado pelas locadoras, repassando assim o risco de danos decorrentes de eventual acidente àquele consumidor individual, a quem cabe ponderar acerca da necessidade ou não do seguro para não arcar com as despesas de um acidente durante a validade de seu contrato.

Ademais, os gastos com combustível e manutenção também já estão inclusos no valor pago pelo consumidor, que pode ficar despreocupado com o consumo do veículo. Caso seja necessário abastecer o veículo durante o percurso ou levá-lo ao mecânico para reparos essenciais, basta informar a empresa para que ressarça prontamente quaisquer gastos tidos pelo cliente para manter o perfeito funcionamento do automóvel.

Todavia, a inovação que mais garante a praticidade e a viabilidade desse modelo de negócio é dispensabilidade de custosas lojas físicas para o seu pleno funcionamento, mas de pequenos postos em estacionamentos. Isso se torna possível pois, ao fazer seu cadastro no site da empresa, o usuário receberá em casa um cartão magnético com numeração única. Quando precisar de um veículo, basta acessar o aplicativo em seu celular para registrar a intenção de aluguel pelo tempo e distância que considerar necessário, checando a disponibilidade no sistema e reservando um

veículo em determinado local para o horário combinado, sendo o valor devido debitado diretamente de sua conta bancária.

O usuário deve então ir a um dos estacionamentos da empresa (espalhados pela cidade) e passar seu cartão magnético no leitor presente em todos os veículos, que irá consultar o sistema e liberar o acesso ao cliente. A única obrigação do usuário é devolver o veículo no mesmo estacionamento em que o retirou, e em condições mínimas estabelecidas pela empresa para garantir adequadamente o uso pelo próximo cliente, como manter o carro limpo e com no mínimo ¼ (um quarto) do tanque de combustível abastecido. Caso o último cliente não tenha tomado esses cuidados, basta registrar uma reclamação no aplicativo, que será analisada pela empresa para que multe aquele usuário pelo não cumprimento de sua obrigação.

Diferentemente do modelo tradicional de locação de veículos, o *carsharing* permite que pessoas comuns que não possuam um carro, seja porque não veem necessidade em razão da eficiência do transporte público ou porque não querem arcar com os altos custos de manutenção do veículo, tenham a oportunidade de utilizá-lo nos momentos de maior necessidade, como quando precisa chegar urgentemente a um compromisso ou até mesmo para ir ao supermercado, onde o grande volume de compras dificulta a volta para casa no transporte público. Com um pouco de planejamento por parte do consumidor, os gastos se moldarão à sua necessidade, bem como terá disponível um veículo para uso sempre que precisar, sem que deva arcar com o alto valor de compra ou manutenção de um automóvel.

Outro modelo é o chamado *peer-to-peer carsharing* (compartilhamento de veículos ponto a ponto), praticado por empresas como a Getaround e a Turo. Diferentemente do modelo anteriormente citado, as empresas não possuem nenhum veículo próprio, mas apenas intermediam a relação entre dois particulares. De forma semelhante ao praticado pela Uber e pela Airbnb, o aplicativo une o usuário que possui um veículo, ocioso por alguns períodos, e outro usuário que precisa de um veículo momentaneamente, permitindo que esses particulares realizem entre si um

contrato de locação do veículo de forma semelhante à descrita acima, com curta duração.

Um exemplo do serviço pode ser o de um funcionário de uma empresa ou órgão público que vá com seu próprio carro para o trabalho. Como ficará no trabalho durante seu expediente, sem precisar sair com seu carro, esse ficará ocioso por todo o período. Objetivando obter uma renda extra, basta que abra o aplicativo para informar ao sistema que seu veículo está disponível a outros usuários. Com isso, outras pessoas que precisem de um veículo durante aquele período poderão entrar em contato para combinar a locação do veículo, cujo pagamento se dará inteiramente pelo aplicativo e nos moldes estabelecidos pela empresa.

Mesmo que sua popularidade e difusão ainda sejam menores que os serviços de transporte particular de passageiros, o *carsharing* pode se tornar cada vez mais comum e prático com o advento dos carros autônomos, que poderão se dirigir ao usuário e levá-lo ao seu destino com a mínima necessidade de interação entre os contratantes, que se dará tão somente por meio do aplicativo.

Ressalta-se por fim que em nenhum desses modelos os bens circulados são de uso público, mas sim de uso particular compartilhado. Para que possa utilizar ou disponibilizar o veículo, o usuário deve estar devidamente cadastrado e habilitado, de modo que todos os usuários confiam que a empresa coibirá e punirá a utilização do serviço em má-fé, fornecendo àquele que disponibilizou o veículo garantia contra danos causados por outros usuários.

3.3.4 Comércio de bens usados e o reaproveitamento de bens em circulação

O comércio de bens usados entre particulares é uma prática comum há bastante tempo – como podemos ver na seção de “classificados”, comumente presente nos jornais de maior circulação –, porém o advento da internet possibilitou a expansão e o alcance desse modelo. Por meio dos sites e empresas amplamente

conhecidas no mercado brasileiro, como o Mercado Livre e a OLX, ou ainda o e-Bay, conhecido globalmente, pessoas de diversas cidades anunciam e compram diariamente bens usados, que serão enviados por meio de empresas especializadas diretamente ao endereço dado pelo comprador. O pagamento também é feito inteiramente através da plataforma, que reterá a taxa contratada com o vendedor e repassará o valor restante, intermediando e garantindo a relação entre os particulares até que o produto seja entregue na forma como anunciada.

Cabe ressaltar que a atividade praticada em tais plataformas não caracteriza por si só o modelo da economia de compartilhamento, uma vez que o serviço pode ser utilizado por estabelecimentos comerciais (fornecedores profissionais) que procuram uma maneira mais prática e segura de fazer vendas pela internet e atingir o mercado nacional e talvez internacional.

Entretanto, o modelo econômico ainda é verificado nas relações entre pessoas físicas: de um lado, o dono de um bem ocioso, seminovo ou usado; do outro, alguém que busca adquirir um bem por um preço mais módico, mesmo com as depreciações decorrentes do uso pelo dono anterior. Por não se conhecerem, depositam sua confiança na empresa que tornou possível o contato entre eles, garantidora do devido cumprimento das obrigações assumidas por cada um dos particulares.

Por fim, não se pode confundir o serviço aqui descrito com a atividade meramente publicitária praticada, por exemplo, nos “classificados” dos jornais. Assim como nos demais exemplos baseados na economia de compartilhamento, vemos que a empresa é responsável direta pelo contrato firmado entre particulares, facilitando, intermediando e garantindo o negócio.

3.3.5 Serviços de cuidados de animais domésticos

Um último exemplo conhecido no Brasil e em outros países é o aplicativo DogHero, que possibilita aos donos de animais de estimação encontrar outras

pessoas que cuidem de seus bichinhos por um tempo determinado, como uma "creche para animais".

Os anfitriões, pessoas físicas que gostam de animais e buscam uma renda extra, criam um anúncio como fotos do ambiente em que ficará o animal (na maioria dos casos, sua própria residência) e informações gerais acerca das condições da estadia, precificando a diária da forma que achar justo. Assim, basta que o consumidor acesse o aplicativo, escolha e entre em contato com o anfitrião que mais o agradar, buscando mais informações ou contratando o serviço pelo período que precisar (como durante uma viagem, em que não estará em casa para cuidar de seu animal de estimação).

Como forma de garantir a ideal prestação do serviço, a DogHero ainda garante ao anfitrião um seguro para eventuais despesas veterinárias que o animal possa vir a precisar, encorajando os anfitriões a procurar profissionais (já que não precisarão arcar com os custos do hospital veterinário) e garantindo aos usuários a segurança a atenção que buscam para seus animais de estimação.

4 ALTERNATIVAS PARA A REGULAÇÃO ESTATAL DO MERCADO DE ECONOMIA COMPARTILHADA

Para o bom funcionamento da economia e o constante desenvolvimento do país, o Estado deve estar sempre atento às variações e inovações mercadológicas, de modo a reagir de forma rápida e eficiente para assegurar o melhor interesse de todos os agentes (antigos ou recém-chegados) contra práticas abusivas e predatórias. Assim como em qualquer outro modelo de mercado, tradicional ou inovador, o Estado não pode deixar de intervir na economia de compartilhamento. No entanto, como se verá a seguir, a regulamentação estatal não pode sufocar as tecnologias e modelos emergentes, devendo tirar proveito das atitudes inerentes ao mercado regulado para agir da forma mais eficiente possível.

4.1 A transparência e a concorrência como forma de assegurar a qualidade das relações contratuais

Nota-se dos exemplos citados que algo comum – praticamente obrigatório – nas plataformas é um sistema de avaliação utilizado e alimentado pelos próprios usuários do serviço, seja fornecedor ou consumidor, de modo a informar os demais sobre sua experiência com aquela contratação e construir um "histórico de satisfação" visível a todos.

Ao término da relação entre os particulares, seja pelo cumprimento ou não da obrigação, ambos poderão avaliar a outra parte, elogiando-a ou criticando-a, além de poder fazer reclamações diretamente à empresa para que averigue quaisquer falhas na prestação do serviço. Os sistemas de pontuação e avaliação servem de alerta não apenas ao consumidor e ao fornecedor real, mas também ao próprio fornecedor intermediário, que, apesar de não acompanhar de perto cada contratação realizada sob sua supervisão, obtém dados da qualidade da relação entre seus usuários a partir dos relatos, podendo assim dirimir os conflitos e buscar o melhor funcionamento de todo o mercado.

Assim como ocorre no mercado tradicional, tendo conhecimento acerca da reputação do fornecedor e da opinião de outros usuários que já negociaram com ele, o consumidor terá mais poder em suas escolhas e poderá optar pelo fornecedor que melhor atenda às suas necessidades de preço ou qualidade.

No entanto, temos no modelo tradicional diversas empresas já consolidadas no mercado que trazem em sua marca características específicas, que transmitem informações tácitas ao consumidor e individualizam seu produto ou serviço perante os demais, apenas em função de experiências pessoais ou relatadas. Já na economia de compartilhamento, isso se aplica apenas à empresa fornecedora da aplicação, de grande porte e de renome em seu ramo, para que passe credibilidade e confiança aos seus clientes.

Diante do elevado número de concorrentes, os fornecedores reais são pressionados a prestar o melhor serviço possível, uma vez que cada contratação tem um peso muito maior para sua reputação, podendo lhe garantir maior credibilidade e visibilidade. Ademais, a vigilância e o poder exercido pelo fornecedor intermediário

garantem que os fornecedores reais pouco confiáveis sejam retirados do mercado, elevando a qualidade média do serviço e beneficiando aqueles que forneçam um produto ou serviço adequado às expectativas dos consumidores.

Os benefícios dados ao consumidor são evidentes, mas o mesmo sistema também gera reflexos positivos aos fornecedores. O histórico de cada consumidor permite dar maior segurança ao fornecedor real, que pode esperar menos problemas com os clientes que atender. A maior segurança aumenta a perspectiva por custos menores e lucros maiores, o que incentiva o fornecedor a aumentar seu negócio e garantir condições mais favoráveis, resultando no aumento gradativo de sua clientela e sua visibilidade no mercado.

Um exemplo de como o histórico pode ajudar o bom consumidor é o *score*, um índice matemático utilizado no mercado financeiro (principalmente em outros países, como os Estados Unidos) que representa a probabilidade de determinado indivíduo adimplir com as contraprestações assumidas perante as instituições financeiras nas operações de crédito. Sabendo que aquele consumidor irá adimplir com suas obrigações contratuais, a instituição pode reduzir seus custos com inadimplência e cobrar taxa de juros menores dos bons pagadores, lucrando mais ainda com a quantidade de negócios feitos.

Por óbvio que os sistemas de reputação segregam os usuários bons e ruins, sendo de interesse de todos os participantes educar ou afastar aqueles *players* ruins em benefício das boas práticas no mercado. Na economia compartilhada, todos os usuários são garantidores da qualidade dos bens ou serviços, o que se dá graças à transparência garantida pelos sistemas de avaliação e reputação: de um lado, a avaliação feita pelos consumidores permite que o bom fornecedor se destaque no mercado com serviços melhores ou preços mais vantajosos; do outro, fornecedores poderão se proteger de consumidores "problemáticos", buscando diminuir seus custos de operação e aumentar sua lucratividade (até mesmo com a redução de preços).

O aumento na qualidade geral dos negócios também traz reflexos imediatos ao fornecedor intermediário, que pode prospectar novos clientes divulgando demonstrativos da satisfação de seus atuais usuários. A relevância do sistema de avaliação é tamanha que até serviços de pesquisa, indexação ou agregação de conteúdo, como Google e Facebook, inseriram em sua plataforma a possibilidade de seus usuários relatarem suas experiências e avaliarem os fornecedores, mesmo que tais empresas não intermedeiem a relação contratual tida entre fornecedor e consumidor.

Graças às avaliações dos usuários, os fornecedores intermediários podem optar por facilitar aos consumidores mais bem avaliados a contratação dos melhores fornecedores, objetivando defender o melhor interesse daqueles que cumprem suas obrigações da forma esperada. Ao fazer isso, não necessariamente exclui os usuários de reputação mais baixa, mas reduz sua aceitabilidade no mercado e os incentiva a melhorar suas práticas, buscando garantir que condutas desfavoráveis ao interesse de todo o mercado não se popularizem.

No entanto, isso não exclui o poder controlador da empresa, que poderá excluir determinados usuários em situações mais graves, como uma baixíssima reputação em relação a seus pares ou o cometimento de falha grave que vá contra os princípios éticos e morais da empresa e do serviço, dispostos nos Termos de Uso do sistema aceito (por adesão) por cada usuários. De fato, as hipóteses de exclusão de um dos usuários em razão do não atendimento dos preceitos mínimos requeridos para o bem-estar de todos no mercado é uma prática bem vista, desde que não se dê por mera discricionariedade da empresa ou de forma abusiva. O controle de usuários aumenta a segurança no mercado e a confiabilidade das empresas, e a retirada dos agentes ruins mantém o sistema funcionando em suas melhores condições. Como diz o ditado, "basta uma fruta podre para estragar toda a caixa", razão pela qual devemos retirá-la e evitar danos futuros.

A transparência não se limita aos serviços de avaliação alimentados pelos usuários, mas é necessária principalmente por parte do fornecedor intermediário.

Como se nota do narrado anteriormente, cabe à empresa fornecedora da aplicação filtrar a entrada de usuários que não se encaixem nos parâmetros mínimos de utilização de seu serviço e fiscalizar os contratos firmados sob sua supervisão, resolvendo caso a caso eventuais conflitos conforme suas diretrizes de atuação.

Vemos então que o próprio mercado, regido pela transparência e pela livre iniciativa, se regula conforme a satisfação dos próprios membros. Em razão da ampla concorrência, os consumidores têm mais opções para contratar, o que resulta na eterna corrida dos fornecedores em fornecer o melhor produto/serviço pelo preço mais favorável. No entanto, não basta que o mercado seja regido por si só, uma vez que a disparidade entre os *players* favorece a prática de abusos perante os mais vulneráveis. A atuação honesta das empresas em parceria com instituições de controle governamentais, baseada nas sugestões e reclamações feitas pelos seus próprios usuários, tende a facilitar a fiscalização e ampliar o alcance do poder estatal, como se verá um pouco mais adiante.

Assim como ocorre no Poder Público com a criação de autarquias ou outras instituições da Administração Indireta para o controle de um setor específico, subordinadas diretamente ao Ministério responsável pela sua criação e supervisão, a criação de uma cadeia organizada de fiscalização transfere parte da responsabilidade de supervisão para órgãos menores, que podem focar seu orçamento em um controle mais próximo de seus supervisionados.

4.2 A capacidade de autorregulação do mercado e seus limites de aplicação

Conclui-se até aqui que o mercado da *sharing economy* só é possível em razão da aplicação de ferramentas essências de controle interno, que garantem a qualidade e a confiança entre seus integrantes. Tais ferramentas evidenciam, acima de tudo, a capacidade de autorregulação do mercado, que elimina de forma quase natural os *players* que não se encaixem nas expectativas de todos os demais e controla as negociações por meio de seus próprios integrantes.

Leva-se em consideração que, segundo Koopman, Mitchell e Thierer[27], as tecnologias de avaliação e reputação dos fornecedores permitem que os próprios consumidores controlem e protejam o mercado, tornando desnecessária a proteção ostensiva dos consumidores. No mesmo sentido, Couto e Novaes[28] afirmam que "os agentes se regulam nesse mercado, constroem mecanismos de reputação e avaliação, a plataforma divulga os dados relativos às negociações para que sejam fiscalizados e o governo atua em última instância".

No entanto, o sistema de avaliação é apenas uma das ferramentas de controle do mercado. De fato, a grande mudança no que tange a fiscalização pelas empresas – e que realmente torna possível o ideal funcionamento da *sharing economy* – não está apenas nas diretrizes da empresa ou nos Termos de Uso assinado por seus usuários, mas também está inserido no próprio código de programação da aplicação, feito nos moldes da legislação nacional e internacional vigente. Assim, com uma estrutura de *compliance* já integrada no núcleo do aplicativo, a aplicabilidade da lei se torna praticamente instantânea, bastando que o usurário faça uma reclamação para que o próprio sistema a processe e tome as medidas cabíveis para sua reparação.

A confiança das empresas na eficiência da programação é tamanha que em muitos casos a própria empresa pode arcar com eventuais débitos decorrente de sua atuação errônea em determinado conflito, como o caso de um motorista da Uber que contesta uma reclamação feita por um cliente. Com a devida programação do *software* (aplicativo) e a aplicação automatizada da legislação – feita por uma inteligência artificial capaz de identificar o problema e encontrar a solução mais eficiente, partindo do pressuposto de que o negócio ocorreu em comum acordo entre as partes até que haja reclamação por uma delas – a taxa de erros e de insatisfação pode ser reduzida a patamares mínimos, ao ponto que os custos de uma atuação

[27] KOOPMAN, Christopher; MITCHEL, Matthew D.; THIERER, Adam D. The Sharing Economy and Consumer Protection: The Case for Policy Change. *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, v. 8, 2 ed. Arlington: Mercatus Research Paper, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2535345>. Acesso em: 20 set. 2018.

[28] COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise da sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 269-292. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017, p. 285.

prematura podem ser arcados pela própria empresa sem que comprometa significativamente o seu orçamento ou o valor cobrado pelo serviço.

Este "autocontrole" característico da *sharing economy* permite que diversas barreiras, utilizadas pelo Estado para filtrar os agentes que ingressam no mercado tradicional, possam ser total ou parcialmente removidas da regulamentação. Além disso, a seleção de bons fornecedores e a eficiente solução de conflitos é de interesse da própria provedora da aplicação, que terá clientes mais satisfeitos e uma maior popularidade.

Por outro lado, Arun Sundararajan[29] esclarece que a autorregulação não se confunde com a ausência de regulação e nem com a regulação feita pela entidade para si; em verdade, a autorregulação se traduz em uma estrutura de regulação e atuação conjunta entre Estado e empresas privadas, no qual as entidades estatais podem contribuir, policiar ou até mesmo impor determinados padrões a serem seguidos por todas as empresas e seus usuários.

Por mais que a autorregulação traga benefícios ao mercado ao facilitar a fiscalização e o controle, a natureza competitiva da economia traz consigo práticas predatórias e abusivas, em um cenário de disputas constantes entre fornecedores e consumidores. Tais práticas acabam beneficiando as partes mais fortes e prejudicando as partes mais vulneráveis das relações, como os consumidores (em quase a totalidade das relações de consumo) e os fornecedores menores, e devem ser combatidas antes mesmo que possam gerar efeitos.

Diante da difícil aplicação da teoria do imperativo categórico de Immanuel Kant[30] na disputa de mercado (segundo a qual o indivíduo deve praticar aquilo que considere como regra necessária para o bem social), práticas que trazem um grande benefício individual para aquele que a comete em detrimento dos demais acabam se popularizando, contaminando o mercado com uma batalha desonesta de

[29] SUNDARARAJAN, Arun. *The sharing economy*: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism. Cambridge: The MIT Press, 2016.
[30] KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Parte I: Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Tradução Clélia Aparecida Martins. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

demonstração de força (econômica e política). Nas palavras do filósofo e economista Adam Smith, "não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses".

Sem a intervenção do Estado, a autorregulação pode "sair dos trilhos", se tornando um sistema nocivo ao próprio mercado e exacerbando os vícios do modelo e as diferenças de poder entre seus integrantes. No âmbito dos fornecedores, o cenário se assimilaria aos oligopólios do mercado tradicional, onde grandes empresas barram a entrada de novos concorrentes e atuam em conluio para pressionar os agentes do Estado para agir em seu favor. Já os consumidores se tornariam sujeitos meramente passivos nas relações contratuais, levados a assinar contratos de adesão abusivos e limitados em suas escolhas pela baixa concorrência e variedade de opções.

Assim como em todos os modelos econômicos, é imperiosa a intervenção estatal na economia de compartilhamento para seu ideal funcionamento, de modo a reparar os vícios inerentes de cada modelo. Se tratando de uma ciência que envolve as incertezas do comportamento humano, é natural que os modelos econômicos apresentem falhas em sua execução, por mais bem desenvolvidos que sejam. Cabe ao Estado, buscando o interesse comum e acatando sugestões da comunidade científica sobre o tema, encontrar maneiras para sanar os vícios em sua execução.

4.3 De que forma o Estado deve intervir?

Ante ao cenário natural da economia, é imperiosa a intervenção do Estado para regulamentar e fiscalizar os mercados afetados pelo advento do consumo compartilhado, de modo a igualar as condições de todos os agentes (incluindo os mercados tradicionais já consolidados). Tendo em mente o crescimento de toda a sociedade, os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor lecionam

que o Estado deve, sem prejuízo da defesa do consumidor, garantir o desenvolvimento da sociedade[31]:

> Assim, embora se fale das necessidades dos consumidores e do respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, já que sem dúvida são eles a parte vulnerável no mercado de consumo, justificando-se dessarte um tratamento desigual para partes manifestamente desiguais, por outro lado se cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se os princípios da ordem econômica de que trata o art. 170 da Constituição Federal, e educação – informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e obrigações.

Mantendo-se a sistemática utilizada atualmente, a retirada de barreiras de modo a permitir a entrada desenfreada de novos agentes, com poucas exigências mínimas de segurança e qualidade, desestabilizaria toda a economia, causando danos repentinos a toda a sociedade. Por outro lado, manter (ou até mesmo aumentar) as exigências, barreiras e limitações para ingresso no mercado seria, de fato, um ato retrógrado, limitando a entrada de inovações tecnológicas e favorecendo o interesse das grandes empresas consolidadas no mercado tradicional. Amanda Flávio de Oliveira[32] pondera:

> [...] a economia colaborativa constitui fruto inegável de um processo sempre desejável pelos Estados, embora nem sempre adequadamente incentivado, de investimento em inovação. Impor restrições à atividade econômica que representem claros desestímulos à inovação pode constituir um preço caro demais passa a humanidade e para o desenvolvimento dos Estados. Por fim, uma mera desregulamentação ou 'carta branca' para as empresas atuarem livremente no novo contexto não parece ser uma opção factível.

[31] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 11.

[32] OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, ano 27, p. 479-495. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2018, p. 490.

Para Couto e Novais[33], o Estado deve encontrar um equilíbrio que viabilize a entrada de novos agentes e assegure a permanência dos antigos:

> A regulação deve estabelecer um nível adequado de segurança e estabilidade entre os diversos atores do mercado e o Estado, tendo as agências reguladoras o cuidado de não serem apenas órgãos perpetuadores do status quo ou de situações favoráveis a interesses de terceiros que, de outra forma, não conseguiriam se estabelecer em um mercado competitivo sem motivo constitucional razoável. Já a Autoridade Concorrencial deve estar atenta aos impactos à livre concorrência que tais regulações possam causar não só no mercado relevante em questão, como também em mercados colaterais, upstream ou downstream, exigindo, novamente, uma intervenção que cubra as lacunas e deficiências regulatórias.
>
> [...]
>
> A rápida expansão da sharing economy é um fenômeno que deveria ser tratado de forma mais cautelosa pelas agências reguladoras do governo. Há situações em que os serviços não representam ameaça alguma à economia ou à lei: são complementos ou facilitadores de atividades bem conhecidas e regulamentadas. [...] O grande problema emerge dos aplicativos que fazem uso comercial de negócios bem regulamentados e, frequentemente, com altas barreiras à entrada, como o Airbnb e o Uber. Nesses setores, a sharing economy não só "rouba" parcela considerável do mercado tradicional, como também influencia todo o mercado secundário das atividades: seguros, agências de prestação de serviço etc.

Bond defende ainda que os governos locais devem buscar a integração do novo sistema de mercado, trazendo maior dinamismo e liberdade ao mercado, que se autocontrolaria por meio da concorrência, apontando como exemplo o que ocorreu com a diminuição da regulação no mercado estadunidense de telecomunicações, que trouxe melhores serviços e preços ao consumidor final.[34]

Mesmo diante do conflito entre a necessidade de intervenção e os benefícios de um mercado mais livre, uma análise pormenorizada da situação evidencia que a

[33] COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise da sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 269-292. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017, p. 283-284.

[34] BOND, Andrew T. An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy. *Notre Dame Law Review*, South Bend, v. 90, nº 2, p. 77-96, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2586083>. Acesso em: 20 set. 2018.

aplicação de um modelo que contrabalanceie essa dualidade não se mostra tão complicada.

Retomando à ideia de uma fiscalização multinível (nome criado neste texto para uma melhor visualização da cadeia de fiscalização tratada anteriormente), podemos posicionar a robotização e automatização da fiscalização no primeiro nível, filtrando e resolvendo rapidamente os problemas mais simples e recorrentes. Caso não haja uma solução satisfativa aplicável pelo *software*, os casos sem solução devem ser então remetidos à análise por funcionários da empresa, que integrarão o segundo nível de fiscalização para mediar o conflito entre os particulares e solucionar o problema da melhor forma possível.

Diante da impossibilidade de aplicação de uma solução harmoniosa do conflito por parte dos integrantes daquela relação de consumo (fornecedor real, intermediário e consumidor), caberá ao Estado, no terceiro nível de fiscalização, intervir para a resolução do litígio por meio de entidades já existentes – como o PROCON – ou criadas especificamente para esse fim – como uma autarquia especializada no mercado de economia compartilhada. Por fim, em quarta e última instância, caberá ainda a judicialização do litígio para verificar a legalidade dos procedimentos e decisões nas camadas anteriores, assim como ocorre em face de procedimentos administrativos instaurados em autarquias como a ANEEL e a ANATEL.

Com a aplicação do modelo em camadas, o Estado poderá alocar recursos (financeiros e humanos) para uma atuação mais ostensiva e profunda, diretamente nas empresas. Com isso, ao invés de buscar a fiscalização de cada caso isoladamente, basta que o Estado exija e trabalhe em conjunto com as empresas para que os dois primeiros níveis funcionem da forma mais efetiva possível, reduzindo os conflitos que chegam ao Estado para um mínimo aceitável (tendo em vista a impossibilidade de resolução automática de todos os conflitos) e tornando a fiscalização muito mais eficiente.

Quanto à entrada de novos *players* no mercado, a atuação do Estado poderá ser guiada conforme dois pontos de vista opostos, nomeados e explicados por Adam Thierer[35] como o *precautionary principle* ("princípio da precaução", de caráter mais intervencionista) e o *permissionless innovation*, ("inovações de permissão dispensável", de caráter mais liberal).

No primeiro, caberá ao Estado analisar o *software* e os planos de ação da empresa antes da concessão de licença de operação, fazendo questão de que apenas as organizações devidamente preparadas possam operar no mercado (o que criaria novas barreiras de entrada e elevaria o custo de fiscalização preventivo por parte do Estado). Já no segundo, basta que o Estado exija documentos aptos a confirmar a viabilidade do negócio e declarações de responsabilidade emitidas pela própria empresa requerente, que poderão ser utilizados posteriormente caso a empresa aja em desconformidade com o esperado (o que, na opinião desse autor, seria o ideal para garantir maior liberdade ao mercado).

Desse modo, uma regulamentação menos invasiva abre espaço para que o próprio mercado possa se organizar e controlar, por meio da concorrência e toda transparência (ambas incentivadas e protegidas pelo Estado), trazendo benefícios para todas as camadas da sociedade. O Estado deve permitir que o próprio mercado se controle, fiscalizando e atuando de forma a manter o ideal funcionamento do modelo. Deve atuar também como última instância na resolução de conflitos, cabendo ao fornecedor intermediário a mediação entre o fornecedor real e o consumidor, tendo em vista ser o responsável pela viabilização daquele negócio.

Os problemas inerentes à *sharing economy* podem ser rapidamente solucionados por meio de um diálogo entre o Estado, as empresas e toda a sociedade civil, de modo que possamos equilibrar a liberdade e a segurança jurídica para

[35] THIERER, Adam. Permissionless Inovation: The Continuing Case for Comprehensive Technological Freedom. Revised and expanded edition [versão digital]. Arlington: Mercathus Center at George Mason University, 2016. Disponível em: < https://www.mercatus.org/system/files/Thierer-Permissionless-revised.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

alcançar o melhor interesse de todos e o pleno desenvolvimento econômico e social da nação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A economia compartilhada, cada vez mais popular em razão do avanço tecnológico e da popularização do acesso à internet, chegou no mercado global com grande aceitação da sociedade civil e de algumas empresas, que viram o novo modelo econômico como o futuro da Economia.

Com o desenvolvimento de inteligências artificiais cognitivas e a aplicação de técnicas e projetos de *compliance* diretamente no código de programação dos aplicativos, a fiscalização das atividades pela própria empresa se torna cada vez menos custosa, incentivando-a a agir em conformidade com a legislação. Com a popularização das boas práticas, o Estado pode ter mais confiança no mercado, desatando algumas amarras e dando mais liberdades aos agentes econômicos para o crescimento de toda a Economia, controlando apenas aqueles que "saem dos trilhos".

Dessa forma, é interesse de toda a sociedade que o Estado permita o ingresso do novo modelo de negócios na economia nacional, combatendo de forma mais agressiva as práticas predatórias e abusivas para deixem de ser lucrativas no final das contas. Para isso, o Direito deve se moldar aos interesses comuns e acompanhar as mudanças da sociedade, que ocorrem de forma constante na sociedade contemporânea.

Aos poucos, os modelos e parâmetros antigos devem dar lugar aos novos, garantindo ampla e franca comunicação entre o Estado e os particulares, seja por meio de audiências públicas para a elaboração de leis (como a regulamentação de um novo modelo econômico) ou um maior contato com a comunidade científica, que por sua vez deve sempre buscar a inovação e a evolução. A chegada da economia de compartilhamento apenas introduz uma nova era de inovações regidas por preocupações sociais e ambientais cada vez mais alarmantes e apoiadas pelo aproveitamento positivo de máquinas para melhor a eficiência do trabalho humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 476.428/SC*. Recorrente: Agipliquigás S.A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo Ltda. 2005. Voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, Brasília, 9 maio 2005. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201456245&dt_publicacao=09/05/2005>. Acesso em: 20 set. 2018.

COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise da sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 269-292. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017.

MENDES, Francisco Schertel; CEROY, Frederico Meinberg. *Economia Compartilhada e a Política Nacional de Mobilidade Urbana*: Uma proposta de marco legal. Texto para Discussão nº 185. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td185>. Acesso em: 20 set. 2018.

BOND, Andrew T. An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy. *Notre Dame Law Review*, South Bend, v. 90, nº 2, p. 77-96, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2586083>. Acesso em: 20 set. 2018.

MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 247-268. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

SCHWARTZ, Fábio. A economia compartilhada e a responsabilidade do fornecedor fiduciário. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 221-246. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito do Consumidor*: direito material e processual. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

FRIEDMAN, Thomas L. Welcome to the 'Sharing Economy'. *New York Times*, Nova Iorque, 20 jul. 2013. Sunday Review. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/07/21/opinion/sunday/friedman-welcome-to-the-sharing-economy.html>. Acesso em: 20 set. 2017.

BENSINGER, Greg. Airbnb Valued at $31 Billion After New Funding Round. *The Wall Street Journal*, Nova Iorque, 09 mar. 2017. Tech. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/airbnb-valued-at-31-billion-after-new-funding-round-1489086240>. Acesso em: 20 set. 2017.

BELL, Josh. Two Startups Harness Facebook's Power to Connect Riders to Rides. *ABC News*, Nova Iorque, 04 set. 2007. Disponível em: <https://abcnews.go.com/Technology/story?id=3555783>. Acesso em: 20 set. 2018.

SHONTELL, Alyson; LEBOWITZ, Shana. Lyft's cofounders met on Facebook and lived on opposite coasts – here's how they launched a $7.5 billion startup long-distance. *Business Insider*, Nova Iorque, 18. out. 2017. Disponível em: < https://www.businessinsider.com/how-john-zimmer-and-logan-green-started-lyft-2017-10>. Acesso em: 20 set. 2018.

KOOPMAN, Christopher; MITCHEL, Matthew D.; THIERER, Adam D. The Sharing Economy and Consumer Protection: The Case for Policy Change. *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, v. 8, 2 ed. Arlington: Mercatus Research Paper, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2535345>. Acesso em: 20 set. 2018.

SUNDARARAJAN, Arun. *The sharing economy*: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism. Cambridge: The MIT Press, 2016.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Parte I: Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Tradução Clélia Aparecida Martins. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, ano 27, p. 479-495. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2018.

THIERER, Adam. *Permissionless Inovation*: The Continuing Case for Comprehensive Technological Freedom. Revised and expanded edition [versão digital]. Arlington: Mercathus Center at George Mason University, 2016. Disponível

em: < https://www.mercatus.org/system/files/Thierer-Permissionless-revised.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO INVERSO: O ESTUDO SOBRE A SUA DIRETA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Gabriela de Castro Motta

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal debater a importância da responsabilidade civil no direito de família principalmente referente ao abandono afetivo mais especificamente o abandono afetivo inverso quando os filhos abandonam seus pais na velhice. O abandono é gerado pelas chamadas "atitudes negativas" que se configuram quando o sujeito ativo deixa de fazer uma ligação importante, deixa de estar presente em ocasiões importantes na vida do abandonado que permanece em situação de vulnerabilidade emocional. Assim como a infância, a velhice é um momento delicado da vida de um indivíduo quando o mesmo não demonstra o vigor da juventude em que outrora possuía e esse fato pode vim a acarretar diferentes problemas psicológicos. Por essa razão, o abandono afetivo inverso é extremamente prejudicial para a dignidade da pessoa humana, pois impede que o indivíduo abandonado, viva de forma digna como o texto Constitucional garante em seu artigo 230. A partir do momento que o abandono afetivo inverso ocorre gera-se um ato ilícito indenizável.

Palavras-chave: Velhice. Abandono. Dano. Dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

Assim como na infância, quando o indivíduo entra na chamada "melhor idade", fica suscetível a diversos problemas tanto psíquicos quanto naturais. É muito comum ver famílias abandonando seus idosos em lares especializados ou atribuindo a apenas um membro da família as responsabilidades e cuidados necessários para o

melhor aproveitamento dessa fase da vida. Quando esse tipo de ação ocorre, a dignidade humana, princípio básico do direito elencado na Carta Magna de 1988 fica comprometida.

A disciplina de direito de família é muito importante para o desenvolvimento do direito civil brasileiro. Dentro do direito civil quando uma obrigação não é comprida seja qual for o motivo caberá indenização por perdas e danos. Quando um indivíduo produz uma ação que gera dano a outrem cabe o dever de reparar, gerando a dita responsabilidade civil.

Porém, por muitos anos essa "equação" básica de responsabilidade civil não é aplicada ao direito de família.

Ora, no REsp 1159242 da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça foi reconhecida a indenização por abandono afetivo reverso. O acordão teve como relatora a Ministra da Corte Superior Nancy Andrighi. O caso fático que moveu a máquina judiciaria se trata de uma filha que foi abandonada afetivamente pelo pai biológico durante sua vida e resolveu acionar o judiciário querendo uma reparação pelo descumprimento da obrigação de cuidado.[1]

Vale ressaltar que a jurisprudência debatida tem como sujeitos ativos e passivos descendente e ascendente respectivamente. Desse modo, a questão proporciona uma reflexão que deve se basear na pergunta: Pode ser aplicada no sentido inverso, ou seja entre descendentes que abandonam ascendentes?[2]

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Idoso em diversos dispositivos afirmam a necessidade de cuidado e amparo para o individuo que completa 60 anos. Neste contexto, este tema tem bastante relevância social, à luz da

---

[1] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242.** Relator Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data de Julgamento: 24 abr 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true/>. Acesso em: 22 ago 2018.

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data de Julgamento: 24 abr 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true/>. Acesso em: 22 ago 2018.

dignidade da pessoa humana e por isso, essa pesquisa terá como objeto o estudo da indenização como sanção civil no caso de abandono afetivo inverso.

A presente pesquisa será, sobretudo, dogmática, com estudo de caso e análise jurisprudencial, principalmente do REsp 1159242 proferido na terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que se discute o abandono afetivo.

O objetivo principal da pesquisa de monografia consiste em discutir a responsabilidade civil no âmbito do direito de família principalmente no caso do abandono afetivo inverso, e a importância da utilização de jurisprudência a ser utilizada analogicamente.

Com esse trabalho pretendo expor a problematização da falta de assistência dos filhos para com os seus pais no período da velhice, e as consequências emocionais que esse comportamento gera, assim como a quebra do dever jurídico originário de cuidar dos ascendentes deve gerar a responsabilidade civil. A máxima exposta pela Ministra Nancy "amar é faculdade, dever obrigação" também se aplica reversa mente.[3]

2 ENTIDADES FAMILIARES E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

Nos primórdios da humanidade os seres humanos se agrupavam e formavam famílias com o instinto de sobrevivência. Com os grupos ficava mais fácil praticar atividades básicas e necessárias para a sobrevivência como a caça, pesca entre outras. A união em grupo também protegia as tribos de confrontos com tribos inimigas. Dentro desses grupos sempre havia um líder que guiava a tribo e comandava todos em afazeres diários.

Com o passar dos anos os grupos e tribos foram se transformando em famílias. Não era mais necessário um grande número de pessoas para pescar o jantar

[3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data de Julgamento: 24 abr 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true/>. Acesso em: 22 ago 2018.

por exemplo, porem a união com algumas pessoas ligadas por laços sanguíneos passou a ser a base da sociedade. Por muito tempo a família era associada ao casamento e só podia começar a partir dele. O casamento justificava a existência da família e permitia obtenção de uma pessoa aliada criando deveres entre as duas como o de assistência mutua. Criou-se então a concepção de que cada indivíduo dentro do contexto de família possuía uma tarefa especifica para a preservação dessa entidade, o chamado *pater* poder tomou força.

O *pater* poder era o dever e direito que o ser humano do gênero masculino possuía para comandar a sua família, esse instituto permanece no Direito Brasileiro até 1988, ano em que a Constituição Brasileira foi promulgada e proibiu a distinção de gênero. O papel da mulher dentro do contexto familiar era basicamente de cuidar do marido, filhos e afazeres domésticos, inclusive o dever da procriação era atribuído a ela. A família nessa época pode ser conceituada como uma unidade produtiva e reprodutiva. Esse era o modelo de família que permaneceu na sociedade brasileira por muitos anos e assim refletindo no ordenamento jurídico pátrio.[4]

Nos dias atuais, as entidades familiares ganharam um aspecto mais moderno e sob o prisma da dignidade da pessoa humana, o *pater* poder foi substituído pelo poder familiar que é exercido de igual forma entre a mãe e o pai, o casamento deixou de ser o único meio de se criar a família, entre outras mudanças que serão abordadas logo mais.[5]

O ordenamento jurídico seguiu a sociedade e as mudanças na concepção de entidades familiares refletiram juridicamente. Principalmente no que tange a proteção do Estado sob a família como dispõe o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 –CF/88.[6] Outras leis infraconstitucionais também se modificaram para se adequarem a nova realidade brasileira, além das jurisprudências dos tribunas

---

[4] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[5] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[6] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

superiores que emitiram decisões permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, multiparentalidade, abandono afetivo, questões de guarda compartilhada entre outros temas extremamente relevantes para a proteção da família e para a dignidade da pessoa humana.

2.1 Conceito de Família

Conceituar família tem sido um grande desafio para as ciências humanas. Antropólogos, sociólogos, filósofos, psicólogos, juristas entre outros estudiosos possuem conceitos distintos para descrever a instituição mais importante do mundo moderno. Instituição essa que sofreu e sofre grandes mudanças com o passar dos séculos o que dificulta ainda mais o trabalho de conceituar família.

Cristiano Chaves em sua obra "Curso de Direito Civil – Famílias" conceitua família como um fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e globalizadas.[7] O autor foi extremamente feliz neste conceito quando mencionou a interdisciplinaridade que envolve a família.

Por essa razão faz-se necessário a saída por algum tempo do universo jurídico para compreender um pouco sobre a importância da família na sociedade contemporânea.

Christian Gastariam, na sua obra "Introdução ao Estudo do Parentesco" afirma:

> Que para sobreviver nas sociedades restritas, os indivíduos devem necessariamente constituir grupos de cooperação. Estes grupos são, antes de mais, formados na base do parentesco. Logo, a segurança e o destino de um indivíduo estão nas mãos dos que lhe são aparentados.[8]

---

[7] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[8] CHRISTIAN, Ghasarian. Introdução ao Estudo do Parentesco. 1º ed. Rio de Janeiro: Terra Mar.

Ou seja, o antropólogo afirma que a família tem o dever natural de trazer segurança para aqueles que estão dentro dela. Nos primórdios da sociedade a segurança que o ciclo familiar trazia era vital para atividades de sobrevivência como a caça, agricultura, guerra entre outras. A ideia de parentesco é essencial tanto nas sociedades tradicionais como nas sociedades industrializadas. O antropólogo afirma ainda o sentimento de parentesco explica, por exemplo, a satisfação irracional sentida por aqueles que investigam a sua genealogia em profundidade, a procura de primos muitos afastados com os quais se reatam laços.[9]

O modelo de família é sempre um conjunto de pessoas, considerando uma unidade social, onde se estabelecem relações como os membros e o mundo exterior. A família sistêmica e dinâmica costuma conter outros subsistemas desempenhando funções importantes na sociedade como por exemplo o afeto, a educação, a socialização entre outras.

Voltando para o universo jurídico, doutrinadores civilistas possuem diferentes conceitos de direito de família.

A jurista Maria Helena Diniz, apresenta três conceitos de família:

> O sentido amplíssimo, o sentido *lato* e a acepção restrita. O sentido amplíssimo engloba aqueles parentes ligados por um vínculo consanguíneo ou por afinidade. Já família *lato sensu* para a doutrinadora significa parentes em linha reta, colateral bem como os afins. E a acepção restrita de família se traduz na comunidade formada pelos ascendentes e descendentes.[10]

A legislação brasileira possui regras e ordenamentos para membros de todas as categorias de família apresentadas por Diniz, os direitos e obrigações decorrem do grau de afinidade existente entre os relacionados.

Orlando Gomes ainda conceitua família como:

> Um grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes unificados pela

[9] CHRISTIAN, Ghasarian. **Introdução ao Estudo do Parentesco**. 1º ed. Rio de Janeiro: Terra Mar.
[10] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

> convivência e comunhão de afetos, e uma só e mesma economia, sob a mesma direção.[11]

Cabe observação no que se refere ao conceito dado por Gomes se inserir dentro de um conceito histórico em um período de transição entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 dotada de novos direitos, garantias fundamentais e principalmente novos princípios que seriam os norteadores do direito de família e o Novo Código Civil promulgado em 2002.[12]

Em seu conceito o afeto já passa a ser importante no conceito de família, o que não ocorria no Código Civil /1916 –CC/16,[13] e constitui importante modificação trazida pela CF/88, porem o jurista ainda afirmou que a família é regida por uma só direção fazendo alusão ao pátrio poder existente no ordenamento jurídico anterior, porem proibido pelo texto constitucional de 1988 que afirmou a igualdade entre homem e mulher.

Na lição de Paulo Lobo; sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Existem três vínculos que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade.[14]

Pode-se observar que o conceito de direito de família estabelecido por Lobo, muito se aproxima ao que Maria Helena Diniz chama de sentido amplíssimo, *lato* e acepção restrita do conceito estabelecido por ela.

Definir família sem dúvidas constitui um grande desafio, e diferentes tipos de conceitos e concepções o que não se pode discordar é a importância do tema e da instituição dentro da sociedade.

Resumidamente a família pode ser conceituada como um agrupamento de seres humanos unidos por laços de sangue ou por afinidade, onde o afeto é

---

[11] GOMES. Orlando. **Direito de família** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 33.
[12] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[13] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[14] LOBO, P. **Direito Civil: família.** 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 2.

presumido que possuem direitos e obrigações uns com os outros com a finalidade de garantir uma vida digna para cada um de seus membros.

2.2 Princípios do Direito Civil - família

O direito em regra possui princípios fundamentais e necessários para existir. A maioria deles mudam de acordo com o evoluir da sociedade, o direito muda conforme a sociedade muda. No tempo antigo os princípios eram baseados em livros e escrituras sagradas, a igreja e o Estado eram unidos, logo o ordenamento jurídico era regrado pela religião predominante.

Nos dias atuais, no caso do Brasil o Estado é laico, logo os princípios não podem ser baseados em nenhuma convicção ou dogmática religiosa. O ordenamento brasileiro é regido por princípios gerias estabelecidos na Carta de princípios das Nações Unidas (ONU) alguns deles estão positivados expressamente na Constituição Federal de 1988.[15]

O direito de família em especial possui princípios básicos fundamentais elencados na Carta Magna e servem de parâmetro para os julgadores fundamentarem decisões, principalmente quando existe lacuna na legislação infraconstitucional.

Muitas mudanças ocorreram com a promulgação da CF/88 principalmente no direito de família, antes da Constituição o princípio fundamental do direito de família era o patrimonial, todos a legislação referente as famílias visavam proteger o patrimônio e diminui perdas materiais.

Com o advento da CF/88 o princípio fundamental do direito de família passou a ser a dignidade da pessoa humana, logo a pessoa passou a ser o centro das relações familiares. Ao invés do operante do direito pensar em proteger o patrimônio passou a se proteger e guardar a pessoa.[16]

---

[15] **DECLARAÇAO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS**. ONU. 1948. Disponível em: < http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 ago 2018.

[16] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

Esse importante princípio se divide em subprincípios que serão expostos a seguir.

2.2.1 Princípio da pluralidade das entidades familiares

O concepção de família artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".[17]

O conceito de família mudou conforme o evoluir da sociedade, no Código Civil de 1916 só podia ser considerada família aquelas legitimadas pelo casamento.[18] O constituinte de 1988 já pensando nas demais formas de família deu especial proteção do Estado a todas as famílias independentemente da forma como ela se originou.

O legislador do CC de 2002 afirmou que gozam de especial proteção do Estado as entidades constituídas solenemente, como o casamento, quanto as entidades informais o caso de união estável, famílias divorciadas entre outros.[19]

Vale ressaltar que família é uma manifestação afetiva fundada na socioafetividade e na dignidade da pessoa humana, ou seja podem haver famílias monoparentais, socioafetivas e que se originaram de uma união estável. O rol da previsão constitucional não é taxativo, é protegida toda e qualquer entidade familiar fundada no afeto.

Ademais, uma das grandes inovações da lei de 2002 foi deixar de compreender a família como um núcleo econômico e reprodutivo passando assim, para uma compreensão socioafetiva. O afeto nas relações de família passou a ser essencial para a construção da própria família, exemplo para essa mudança é a

---

[17] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[18] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[19] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

facilidade que se tem com o advento da nova lei do divórcio,[20] sem precisar buscar culpados ou respeitar infinitos prazos, o simples motivo do fim do afeto já gera o rompimento do vínculo matrimonial.

Essa nova dinâmica diminui em muito sofrimento dos cônjuges que desejam não mais conviver juntos. Em uma eventual ponderação de valores se sobressai o valor da dignidade da pessoa humana em detrimento do patrimônio.

A busca da dignidade humana, se sobrepõe a valores meramente patrimoniais.

2.2.2 Princípio da igualdade entre o homem e a mulher

Durante muitos anos a mulher era submetida ao julgo masculino na relação familiar. No período do Império Romano quando a mulher se casava ela passava a pertencer aos bens do marido, quando solteira era incorporava aos bens do pai.

O legislador Civil de 1916 estabeleceu distinções de gêneros. Afirmava em seu artigo 219, que o cônjuge varão poderia anular o casamento em razão de erro caso viesse a descobrir que sua esposa não era virgem[21]. Clovis Bevilaqua defendeu o dispositivo afirmando:

> A virgindade da mulher que contrai primeiras núpcias, por isso que é indicio de honestidade e recato, é qualidade essencial. O marido naturalmente, não quereria o casamento se soubesse que a mulher faltava esse predicado.

Com a afirmação do jurista em tela fica muito claro os princípios adotados no CC/16 e a discriminação que existia em relação as mulheres, fica bem evidente que o

[20] BRASIL. **Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[21] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

fato não era essencial mas poderia e não poderia ser uma consequência da relação jurídica estabelecida com o casamento.[22]

Com o advento da CF de 1988 passou a ser inconstitucional dar tratamento privilegiado ao homem em detrimento da mulher. A CF dispõe no art. 5º que todos são iguais perante a lei, logo fica assegurado a igualdade entre direitos e deveres a homens e mulheres.[23] Vale ressaltar que com a promulgação da CF/88 vários diapositivos da Lei Civil de 1916 não foram recepcionados pois esbarrariam em princípios fundamentais estabelecidos pela Carta Magna do Brasil como o mencionado acima.

A Lei Civil de 2002 seguiu o princípio constitucional de igualdade em vários de seus artigos assegurando assim o princípio da igualdade entre os gêneros. Para exemplificar pode ser citado o art. 1657 do CC que dispõe sobre a administração dos bens afirmando que o exercício de direitos dentro de uma relação afetiva é reconhecido a ambos, em igualdade de condições.[24]

Ainda para exemplificação da igualdade substancial entre homens e mulheres o CC de 2002 expressamente afirma o fim do pátrio poder cabendo aos pais o poder familiar sobre os filhos.

> Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.
>
> Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.
>
> Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão

[22] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[23] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[24] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

> quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.[25]

Como pode ser observado nos artigos transcritos acima o poder familiar é tanto da mãe quanto do pai sem nenhuma distinção em relação ao sexo, não precisa a mãe pedir autorização do pai para exercer o poder familiar sobre seus filhos.

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> I - dirigir-lhes a criação e a educação
>
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584
>
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem
>
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior
>
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município
>
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar
>
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição[26]

O artigo transcrito acima fica claro que compete a ambos os pais zelar pelo poder familiar e o bem estar da prole, sem distinção alguma.

2.2.3 Princípio da igualdade substancial entre os filhos

[25] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[26] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

Nos remetendo mais uma vez a Lei Civil de 1916, os filhos havidos dentro do casamento eram aqueles considerados legítimos, aqueles fora do matrimonio eram chamados “filhos ilegítimos” e poderiam ser legitimados pelo casamento de seus genitores.[27]

A diferença pratica na divisão das categorias dos filhos era muito notória em vários âmbitos do direito civil além do direito de família, o caso do direito sucessório, como veremos mais a frente.

Em 05 de outubro de 1988, com o advento da Constituição Cidadã ficou proibida a discriminação entre os filhos,[28] vários dispositivos do CC/16 não foram recebidos pela Carta Magna e passaram a ser inconstitucionais.

Com o tempo o afeto passou a ser presente nas relações familiares. Além de patriarca, antigamente, a família considerada para efeitos jurídicos era baseada em laços de sangue e não no caráter afetivo que passou a reger as relações familiares a partir do CC de 2002.

O sangue superponha qualquer laço afetivo, deixando o afeto de lado como um bem jurídico. Podemos observar os artigos 1605 e 1609 do livro de sucessões do CC/1916 como fica claro que o parentesco por sangue é o mais importante.[29]

> Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.
>
> § 1o Revogado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977:
>
> Texto original: Havendo filho legítimo ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358).

---

[27] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[28] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[29] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

> § 2o Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.[30]

Como pode ser observado na lei transcrita acima os filhos adotivos, por não possuírem lações familiares de sangue com seus pais ficavam em desvantagem no partilhar da herança quando concorriam com filhos legítimos.

Ainda, na Lei Civil de 1916 a sucessão dos ascendentes também era diferenciada quando os pais eram sanguíneos ou não. No artigo 1609 da lei podemos claramente perceber o sangue mais uma vez se sobrepondo sobre os vínculos afetivos.

> Art. 1.609. Falecendo sem descendência o filho adotivo, se lhe sobreviverem os pais e o adotante, aqueles tocará por inteiro a herança.
>
> Parágrafo único. Em falta dos pais, embora haja outros ascendentes, devolve-se a herança ao adotante.[31]

Ou seja, o artigo dispõe que o adotante, aquele que criou por toda vida e nutre laços de amor e carinho com o adotado, perdera por inteiro a herança, caso os pais biológicos ainda forem vivos no momento da abertura da sucessão. Pais estes que não possuem nenhum afeto sobre a vida do de cujos[32]. Vale a pena ressaltar que a lei sucessória do CC/ 16 ainda é válida no caso de sucessões abertas até 2002.

Ainda sobre a adoção no CC/16 em seu artigo 370 podemos observar o aspecto patriarcal e fechado da lei civil que vigorou no país até 2002.

> Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.[33]

Logo, apenas um casal definido como homem e mulher poderia adotar, e se fossem casados. Esse dispositivo exclui completamente as famílias monoparentais

---

[30] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[31] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[32] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[33] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

presentes em grande parte da população brasileira e dificulta a adoção e o afeto como bem jurídico que deve ser devidamente tutelado pelo Estado.[34]

Com a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, a distinção entre filho ilegítimo e legitimo, adotado ou não passou a ser proibida constitucionalmente. Em seu artigo 227 parágrafo sexto ela expressamente dispõe:

> Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.[35]

Assim, a lei máxima do Brasil, não recebe vários dispositivos elencados no Código Civil em vigor a época, pois fazia uma distinção grotesca entre os parentes sanguíneos e aqueles que são fruto do afeto familiar,[36] instituto muito presente nos dias atuais.

Como pode ser observado os princípios norteadores do direito de família mudaram drasticamente entre o CC de 1916 e CC 2002, as entidades familiares mudaram suas formas e os reflexos jurídicos estão tendendo cada vez mais em assegurar a dignidade da pessoa humana, esse modelo básico da família constitucional é o embasamento básico para jurisprudências valorando o afeto.

2.3 As famílias constitucionais

A instituição da família nasce do simples desenvolvimento da vida humana, e a visão constitucional da família não se afasta disso. Nas palavras de Gustavo

---

[34] BRASIL. **Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[35] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[36] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

Repedindo: “a milenar produção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a tutela essencialmente funcionalizada a dignidade de seus membros”.[37]

Segundo Cristiano Chaves:

> A família trata-se de entidade de afeto, solidariedade fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma leal regulamentados a Constituição Federal de 1988.[38]

A família tem especial proteção do Estado como dispõe o art. 226 da Carta Magna.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
>
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
>
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)
>
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

[37] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[38] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.[39]

Com a leitura do artigo transcrito acima é possível entender que a família é uma das principais preocupações do Poder Constituinte de 1988, onde as várias formas de família ganham destaques. O casamento não é mais o único meio para a criação de um núcleo familiar como acontecia nas Constituições anteriores (artigo 124 da Constituição de 1937, 163 da Constituição de 1946) o artigo transcrito acima em seu § 3º reconhece a união estável para efeito da proteção do Estado. Formado o núcleo familiar ele merece proteção legal independentemente de como se originou.[40]

Cristiano Chaves afirma em seu livro que "todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da clausula geral de inclusão constitucional".[41] A clausula geral de inclusão que o autor se refere é o conceito trazido no *caput* do art. 226 que é plural e indeterminado.[42]

O § 7º do artigo 226 da CF/88 dispõe sobre o planejamento familiar, tema de suma importância principalmente em relação a saúde da mulher e a dignidade da pessoa humana, princípio central nos temas de família. [43]

Tema muito polêmico foi a figura do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, após longos debates a lei foi aprovada em 2010 facilitando o fim do casamento através do divórcio como dispõe o § 6º do artigo 226 da CF/88, mais uma

---

[39] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[40] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[41] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.
[42] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.
[43] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

vez se preservando o princípio da dignidade humana e não o princípio patrimonial. [44]

2.3.1 A não taxatividade do rol constitucional

A enumeração trazida no artigo 226 da CF/88 comporta um rol meramente exemplificativo, ou seja o elenco de entidades familiares citados no dispositivo composto pelo casamento, união estável e pela família monoparental pode ser aumentado para as diversas concepções de família que surgiriam com o passar do tempo.

A justificativa para que o rol seja meramente exemplificativo advém do disposto no preambulo da CF/88 onde foi instituído o Estado Democrático, a destinação deste tende a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem– estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Logo, fica evidente que a hermética jurídica de todo o texto Constitucional deve ser pautado nos princípios da liberdade e igualdade despida de qualquer preconceito, pois tem como fundo o macroprincipio da dignidade da pessoa humana.[45]

2.3.2 As diferentes formas de família e a proteção do Estado

O constituinte de 1988 normatizou o que representava a realidade de milhares de brasileiros, reconhecendo que é a família é um fato natural e o casamento uma solenidade convencional, passando a receber a proteção especial do Estado qualquer modalidade de família não aquela apenas que se originou do casamento. [46]

---

[44] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[45] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[46] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

Assim, gozam de proteção as entidades constituídas de forma solene através do casamento, como as entidades informais a exemplo da união estável.

A sociedade contemporânea destinou que a família cumpra uma função de "entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna". Logo, é necessário compreender a família como um sistema democrático, como um espaço aberto ao diálogo entre os membros, onde é almejada a felicidade e a realização plena.[47]

Dentro dessa filosofia pluralista, o Estatuto da Criança e do Adolescente com as modificações implantadas pela Lei Nacional de Adoção[48] reconheceu proteção a diferentes modelos familiares como a família natural, família ampliada e a família substituída. Ainda nessa perspectiva a redação do parágrafo único do art. 1589 do Código Civil de 2002 reconhece o direito de visitas dos avos, confirmando a ampliação ao conceito de família.[49]

Deixando de compreender a família como núcleo econômico e reprodutivo, avançando para uma compreensão socioafetiva, naturalmente surgem novas representações sociais e novos arranjos familiares.

A busca da dignidade da pessoa humana, sobrepuja valores meramente patrimoniais, assim reconhecendo famílias monoparentais, famílias reconstituídas ou recompostas, famílias baseadas tão somente no afeto como a maternidade e paternidade socioafetiva, entre outros muitos avanços do ordenamento jurídico na importante missão de conceder as famílias proteção e assistência do Estado.

---

[47] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[48] BRASIL. Lei n. 12.010/09, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[49] BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

2.4 Relação de parentesco em Direitos e Obrigações

Como todas as relações de família ocorreu uma grande mudança em relação ao conceito de parentesco com a promulgação da CF/88. Em tempos antigos os filhos eram classificados em filhos legítimos e ilegítimos de acordo com o casamento, o §7º do art. 227 do Texto Magno estabelece a isonomia no tratamento jurídico dos filhos, ao asseverar que "os filhos havidos os não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminatórias relativas a filiação".[50]

Da mutação social e como decorrência dessa a mutação constitucional decorre naturalmente alterações nas concepções jurídico – sociais vigentes no sistema. Desse modo a família e por decorrência disso o parentesco, passa a ser um elemento de garantia do homem na força de sua propulsão ao futuro.

De acordo com a percepção de Anthony Giddens:

> A nova visão de família e parentesco se baseia em "um relacionamento baseado na comunicação emocional, em que as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação dos relacionamento".[51]

A disciplina das relações parentais não vem mais se subordinando apenas em valores biológico, sociológicos entre outros, o vínculo tem sido estabelecido em cada caso concreto a partir de princípios constitucionais.

Antigamente o parentesco poderia ser conceituado, como uma relação entre pessoas que descendem umas das outras e entre um dos cônjuges e os parentes do outro, além da relação decorrente de adoção. Na sociedade contemporânea essa definição se torna altamente deficiente, por esse motivo a doutrina vem se aperfeiçoando para conseguir uma conceito moderno do parentesco.

---

[50] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[51] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

A doutrina jurídica vem mencionando a existência de um tríplice critério de parentalidade: parentalidade biológica, registral e socioafetiva. O parentesco biológico tem relação com a genética dos parentes. Já a registral tem a ver com o registrado no cartório do registro civil de pessoas naturais, a relação existente entre determinadas pessoas, apresentando uma relação, sempre relativa para a produção de certos efeitos. E por fim o parentesco sócio afetivo deflui de um vínculo estabelecido pela relação cotidiana de carinho, respeito e solidariedade entre determinadas pessoas.

Normalmente os vínculos de parentesco biológico, registral e socioafetivo iram coincidir, porem havendo discrepância entre eles não existe um critério que prevalece caberá a análise do caso concreto.

A importância da delimitação do parentesco se torna essencial, pois a partir dele que são criados direitos e obrigações entre os aparentados pois a família independente da sua forma tem especial proteção do Estado.

O próprio texto constitucional afirma alguns direitos e obrigações decorrentes do parentesco como o dever elementar de prestação de assistência material e moral entre eles (CF/88, artigo 229), de modo a resguardar a dignidade do homem, conferindo proteção diferenciada as crianças, adolescentes e aos idosos, em face de suas peculiares condições (CF/88 artigos 227 e 230).[52]

2.4.1 Espécies de Parentesco

O vínculo parental pode ser estabelecido em linhas que se subdividem em retas e colaterais e o parentesco por afinidade. No que diz respeito as linhas o parentesco é contado em graus, indicando a distância existente entre os parentes.

[52] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

Essa estrutura na pratica é de suma importância para organizar os inúmeros efeitos jurídicos que a relação de parentesco gera.[53]

Os chamados "parentes em linha reta" são os que mantem entre si uma relação de descendência. Decorrem ou não de um vínculo biológico, podendo ser a adoção ou um vínculo sócio afetivo. Esses parentes são os pais, avos, bisavós, filhos, netos entre outros. Dispõe o artigo 1.591 do CC/02:

> Art. 1591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.[54]

Ou seja, a linha reta pode ascendentes ou descendentes, importante ressaltar a linha dos ascendentes ainda contem ramificações entre a linha paterna e materna. O parentesco em linha reta não possui limites de graus, todos em linha reta são considerados parentes.[55]

Já a linha colateral determina o parentesco a partir de um entroncamento comum entre os parentes, logo todos descendem de um tronco em comum. Como dispõe o artigo 1.592 do CC/02.

> Art. 1592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.[56]

Importante a observação que a Lei afirma ao contrário dos parentes em linha reta, os em linhas transversais possui limite de grau, ou seja, só é parente em linha transversal aqueles que estão posicionados até em 4º grau, esses são os popularmente chamados de "primos irmãos" ou tio – avo para com o sobrinho neto.

O parentesco não pode ser dissolvido por vontade das partes, seus efeitos jurídicos são mantidos mesmo que o afeto tenha se encerrado entre as pessoas

---

[53] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[54] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[55] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[56] BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

aparentadas. O que tem o poder de extinguir o vínculo parental é a adoção, que implica o aniquilamento dos lações biológicos originários.[57]

O parentesco ainda pode ser por afinidade, tipo definido por expressa previsão legal e é um efeito jurídico decorrente do casamento ou da união estável. O CC/02 traz previsão expressa sobre essa forma de parentesco em seu artigo 1.595:

> Art. 1595.Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.
>
> § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.
>
> § 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.[58]

Na língua inglesa temos a expressão *Family in law* que em tradução livre seria "família por força de lei", essa é a definição perfeita para o parentesco por afinidade.

Seus efeitos jurídicos são restritos basicamente a proibição de contrair matrimonio.

2.4.2 As obrigações decorrentes do parentesco

Muitas são as obrigações decorrentes do vínculo de parentesco, a própria CF/88 dispõe em seu artigo 229 o dever reciproco dos filhos para com os pais e dos pais para com os filhos:

> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.[59]

---

[57] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[58] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[59] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

Esse artigo deixa bem claro a solidariedade e reciprocidade familiar gerando um dever de cuidado entre ascendentes e descendentes visando zelar pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Na legislação infraconstitucional também podemos observar exemplos de obrigações estabelecidas a partir do parentesco como a obrigação alimentar disposta no artigo 1.694 do CC/02.

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.[60]

A obrigação alimentar talvez seja uma das mais famosas e utilizadas no sistema jurídico brasileiro. Os parentes podem e devem pedir alimentos entre si baseados no binômio necessidade X disponibilidade, os alimentos são baseados na necessidade do alimentando e da disponibilidade do alimentante. Eles são essenciais a sobrevivência digna de quem os recebe, são considerados intransmissíveis e indisponíveis tamanha a sua importância dentro do ordenamento. Também configura a única hipótese expressamente prevista que comporta a prisão civil. [61]

A lei expressamente prevê que eles podem ser requisitados em várias situações por vários parentes, a mais comum no caso do genitor (a) em relação a prole, o genitor (a) também pode pedir alimentos a prole, ainda parentes colaterais em segundo grau, os irmãos, e por fim o e –cônjuge pode requisitar a pensão alimentícia do outro cônjuge. [62]

A lei ainda cria obrigações em relação aos cônjuges, dispondo em seu artigo 1.566 sobre os deveres que serão estabelecidos a partis do casamento ou união estável.

---

[60] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[61] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[62] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
>
> I - fidelidade recíproca;
>
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
>
> III - mútua assistência;
>
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
>
> V - respeito e consideração mútuos.[63]

Ou seja, podemos observar quem sem fazer distinção de gênero a lei cria obrigações vinculando ambos os nubentes.

Esses são só alguns exemplos de um grande rol de obrigações que são geradas a partir do parentesco. Importante sempre manter em mente os princípios e conceitos apresentados neste capitulo como a família nas suas mais diversas formas, a especial proteção que ela recebe do Estado e a importância da família para o desenvolver de uma sociedade saudável.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL – O ATO ILÍCITO E A OBRIGAÇÃO DE REPARAR

A responsabilidade civil se baseia no princípio básico da ordem jurídica, o de proteger o licito e combater o ilícito. Podemos até afirmar: "ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria".

Cavalieri afirma que muitas vezes o julgador e o operador do direito não conseguem alcançar uma visão global da disciplina, e por esta razão encontra certa dificuldade para aplicar o instituto em diversas situações.[64]

Antigamente o sistema brasileiro de responsabilidade civil era muito simples, existia praticamente apenas um artigo no CC/16, consagrando a responsabilidade

[63] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[64] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

civil subjetiva, era necessário que a culpa fosse comprovada. A culpa era o grande ponto máximo da responsabilidade civil, raramente a responsabilidade era objetiva.[65]

O CC/02 consagra tanto a responsabilidade objetiva quanto a responsabilidade subjetiva. A regra ainda é a responsabilidade subjetiva, logo, depende da comprovação de culpa, porem em alguns casos excepcionais a responsabilidade objetiva, sem que se faça necessário a comprovação de culpa, é utilizada.

Qual o conceito de culpa? Cavalieri define a culpa *lato sensu* sendo "um elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado". A culpa *strito sensu* se materializa como um comportamento humano que gera um resultado a partir da ação ou omissão da inobservância de diligencia que deveria ter sido observada, ou seja sempre haverá minimamente uma vontade na conduta do agente.[66]

Para configurar a responsabilidade civil é necessário o dano, havendo a ausência desse não a o que se falar em responsabilidade civil ou dever de indenizar

Sergio Cavalieri afirma:

> O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.[67]

O dano é uma parte extremamente importante da equação da responsabilidade civil, inclusive a indenização se mede por extensão dele como dispõe o artigo 944 do

[65] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.
[66] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.
[67] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

CC/02.[68] O próprio conceito de ato ilícito é pautado no dano como reza o artigo 186 ainda do CC/02.

> Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito. [69]

Ainda o artigo 927 da Lei Civil dispõe:

> Artigo 927. Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a reparar. [70]

Pode ser observado desses dois dispositivos retirados da Lei Civil que a responsabilidade civil se baseia no dano, mas afinal qual é o conceito de dano? O dano é a diminuição ou subtração de um bem jurídico, esse bem não precisa ser patrimonial necessariamente abrangido também todos os direitos fundamentais intrínseco aos entes dotados de personalidade jurídica.

Importa observar que o artigo 186 do CC/02 dispõe sobre a responsabilidade civil subjetiva, ou seja com ocorrência de culpa já o artigo 927 da mesma lei fala apenas em responsabilização a pratica do ato ilícito causando danos a outrem já gera a obrigação, a culpa não é necessariamente obrigatória contra *sensu* o dano é.

Ainda para a responsabilidade civil existir é importante a figura do nexo casual que é a ligação entre o dano e agente causador. Cavalieri dispõe: "o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado".[71] Para definir o nexo casual a doutrina se valeu de algumas teorias foram elas: teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causalidade adequadas, teoria da causalidade direta ou imediata. O legislador de 2002 adotou a teoria da causalidade adequada por essa

---

[68] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[69] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[70] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[71] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

teoria se considera causa do resultado apenas a conduta antecedente, reputada razoável para gerar o evento.

A equação geradora da responsabilidade civil se baseia no ato ilícito que deve produzir um dano com um nexo casual entre ele e o e agente, gerando assim a obrigação de reparar.

3.1 A responsabilidade civil por fato próprio

É responsável por um dano aquele que o pratica, logo, se A por ação ou omissão está vinculado em nexo casual a um fato danoso que causou prejuízo a B cria-se uma nova obrigação jurídica, aquela de indenizar. De acordo com a essa explanação e conclui que a responsabilidade civil é individual, todos nós respondemos pelos nossos atos ou omissões. No ordenamento jurídico brasileiro, como de praxe, existe algumas exceções a essa regra como a responsabilidade por ato de outrem ou pelo fato da coisa.

A responsabilidade civil é fundada no princípio do *neminem laedere*, a formula de elaboração romana, que nos recomenda agir de forma a não lesão os direitos de outrem.[72] Sabiamente Aguiar Dias, anota que "o mecanismo da responsabilidade civil visa, essencialmente a recomposição do equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano."[73] Importante ressaltar que com o avançar da sociedade e normas jurídicas como Nelson Rosinaldo explana em sua obra "hoje sabemos que nem sempre o equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano é econômico. Os mais graves, aliás, não são".[74] Ou seja, a responsabilidade civil, em princípio é individual como dispõe o artigo 927 da Lei Civil:

> Artigo 927. Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a reparar. [75]

---

[72] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.
[73] AGUIAR DIAS, Jose de. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1954. p. 557.
[74] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.
[75] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

O dispositivo afirma categoricamente que o dever de indenizar é daquele indivíduo que praticou o ato ilícito, no parágrafo único do citado artigo ainda dispõe que "quem desenvolver atividade de risco, causar danos, respondera por eles, mesmo sem culpa, desde que haja nexo de causalidade entre a atividade e o dano".[76]

Ainda o artigo 187 do mesmo dispositivo legal reza que "quem sendo titular de um direito, excede-se em seu exercício, desviando-se funcionalmente, comete ato ilícito e arcara com as consequências civis do ato. [77] De forma meramente exemplificativa os dispositivos exemplificados acima demonstram que a responsabilidade civil positivada no ordenamento jurídico brasileiro em regra é individual.

Como dispõe Cristiano Chaves de Farias em sua obra:

> A responsabilidade por fato próprio, nos nossos dias, não decorre apenas da violação de regras, mas também de princípios. Desse modo, pode um fato gerador da responsabilidade civil ser um princípio do direito e não uma norma positivada. Ganha, com isso, em prestigio e importância a atividade hermenêutica, e daí se extraem maiores e mais fortes deveres de argumentação.[78]

Vale ressaltar, que como o direito está em constante modificação a hermenêutica se torna ferramenta essencial para imputar fatos causadores de atos ilícitos que obrigam o agente causador a reparação. Os princípios jurídicos são de extrema importância jurídica e constituem base solida para todo o ordenamento brasileiro.

A responsabilização jurídica por fato próprio atravessa todo o sistema jurídico podendo assumir diferentes contornos, pode está ligada na responsabilidade subjetiva (um motorista bêbado atropelando uma família por exemplo), podendo assumir índole objetiva também (um policial mata um cidadão atirando nele).

---

[76] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[77] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[78] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

3.2 O dano moral

O dano moral é um resultado de princípios e valores que vem modificando o direito com o passar dos anos, o fato de algo "extrapatrimonial" ser algo digno de indenização reflete a sociedade monetarizando e buscando valores que outrora eram ignorados pelo ordenamento jurídico.

Pontes de Miranda diagnosticou:

> Na Alemanha mais do que nos outros povos, esteve em discussão a doutrina do dano moral, do elemento não patrimonial do direito. O interesse econômico não é o único interesse; outros existem, e não são de somenos importância. O Código Civil Alemão foi, para Josef Lohler, o caminho, o degrau para a futura evolução do ressarcimento do dano moral.[79]

3.2.1 Histórico do dano moral

Até meados dos anos 60 o STF dizia de modo peremptório que "não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar a reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material".[80] Logo, por esse raciocínio apenas os danos materiais são passíveis de indenização.

Pontes de Miranda em 1927 afirmou:

> Não compreendo como se possa sustentar a absoluta irreparabilidade do dano moral. Nos próprios danos a propriedade, já elemento imaterial, que se não confunde com o valor material do dano. Que mal – entendida justiça é essa que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá ao dano imaterial sozinho?[81]

O clássico argumento para a não indenização de danos morais em tempos antigos era a ausência de equivalência possível entre o sofrimento e o dinheiro. Certo é que a monetarização do afeto e de outros bens jurídicos que dão ensejo a

---

[79] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privada**. Rio de Janeiro: Boros. p. 221.
[80] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 11.786**. Relator Min. Hahnemann Guimaraes. 2º Turma. J. 711.1950. DJ 6.10.1952.
[81] MIRANDA, Pontes de. **Das obrigações por ato ilícitos**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1927. p. 182.

reparação moral é extremamente difícil, porém não indenizando os danos morais a justiça se torna ineficaz em vários aspectos. Para exemplificar, um animal morto recebia uma indenização maior do que uma pessoa morta, pois em relação a pessoa o CC/16 restringia a reparação as despesas do luto e do funeral.[82]

O chamado *leading case* foi o divisor de aguas que sinalizou a mudança de rumo – aconteceu no Supremo num julgado de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, nele o STF deu provimento a um recurso extraordinário e reconheceu que o dano moral é sim reparável.

A ação foi proposta pelos pais em razão do falecimento de dois menores (9 e 6 anos) vitimadas por um acidente cuja culpa foi atribuída a empresa de ônibus. O STF contrariando decisão do tribunal deu provimento para o dano moral, porem a indenização foi calculada com base naquilo que os pais gastaram até ali com a criação e a educação dos filhos. Ou seja, o avanço do STF foi relativo pois na prática o que estava sendo indenizado eram os gastos matérias para a criação dos filhos até a data da morte e não a dor de ter perdido os filhos.[83]

A Sumula nº 491 do STF estabeleceu ser indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça atividade remunerada. [84]

Porém, a verdadeira mudança em relação aos danos morais veio com o advento da CF/1988 que prévio de forma explicita o dano moral o art. 5º, incisos V e X tirando todas as dúvidas sobre o cabimento ou não do dano moral.

3.2.2 O que é dano moral?

No ordenamento jurídico brasileiro não existe um conceito fechado sobre o que é o dano moral, ele aparece positivado em vários artigos de leis

---

[82] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.
[83] BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. RE 85127**. Relator Min. Soares Munoz. 1º Turma. J. 3.4.1979, DJ 19.4.1979.
[84] APRENDER A CITAR SUMULA

infraconstitucionais como no artigo 6º, inciso X do Código de Defesa do Consumidor que dispõe "são direitos básicos do consumidos: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" e o CC de 2002 no artigo 186 que dispõe "aquele que, por ação ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" e até da Carta Magna no art. 5º, incisos V e X.[85]

Em muito se tenta conceituar o dano moral, porem quanto mais a tentativa de positivar o mesmo pior seria para a justiça pois um dos danos mais importante para a dignidade humana ficaria engessada em um conceito de lei dificultando a sua aplicação nos mais complexos casos e a natural evolução do dano moral.

3.2.3 A dignidade humana e o dano moral

Aproximar o modelo jurídico do dano moral com o princípio da dignidade humana é um exercício indispensável para construir um direito civil constitucional.

A dignidade humana é o valor positivado na CF/88 extremamente importante para que o direito compra sua função de manter a paz social, o valor da dignidade humana antecede e fundamenta a ordem política, inserindo a pessoa como protagonista do sistema jurídico em duas dimensões: uma negativa, no sentido de evitar qualquer atentado a necessária estima e respeito inerente dignidade de cada ser humano; uma positiva, determinando que o ordenamento propicie um ambiente de liberdades com a concessão de um mínimo invulnerável para que todos possam desenvolver as suas aptidões e exercitar os seus fins de acordo com condições verdadeiramente humanas.[86]

---

[85] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[86] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

Importante lembrar que cada ser humana dotado de personalidade jurídica é diferente entre si, ou seja impossível que a dignidade da pessoa humana de um seja a mesma para com outro em muitos aspectos. Exemplificando se uma pessoa A vive em determinada condição financeira, a dignidade humana dela será diferente em relação a uma outra pessoa B que vive em uma condição diversa da pessoa A. A dignidade humana não pode ser auferida com base em padrões individuais, embora existam princípios básicos que podem e devem ser aplicadas a e a B independentemente de qualquer condição financeira ou individual.[87]

Cristiano Chaves sabiamente em sua obra aponta:

> A dignidade é um valor redundante de toda a disciplina privada, significando que a personalidade humana não é redutível apenas a sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente a medida que a pessoa considerada em si e por sua humanidade, constitui o valor fonte que justifica a existência de um ordenamento jurídico.[88]

Maria Celina Bodinho de Morais afirma que:

> Do material da dignidade decorrem quatro princípios extremamente relevantes para juntar em uma mesma equação a dignidade da pessoa humana com os danos morais, esses princípios são: os da igualdade ou seja, de acordo com a legislação brasileira é vedado toda e qualquer discriminação arbitraria e fundada nas qualidades da pessoa; o princípio da liberdade que assegura autonomia a pessoa; e da integridade psicofísica e da solidariedade no que diz com garantia e promoção da existência humana em suas diversas manifestações.[89]

---

[87] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[88] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[89] MORAES, Maria Celina Bodinho de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil: constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar.

Segundo o Informativo nº 0513 do STJ "sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta a dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral".[90]

A dignidade da pessoa humana é um princípio tão forte e dotado de grande importância que mesmo que não tenha dor a Corte aceitou o cabimento do dano moral apenas pela ocorrência da ofensa a dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo o STJ onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, eleito pela CF/88 se alcançara a violação da dignidade da pessoa humana. Importante ressaltar que as sensações de dor e sofrimento que estão atreladas costumeiramente a experiência das vítimas de dano moral, não se traduzem do próprio dano porem possuem sua eficácia direta.[91]

3.2.4 Quantificação do dano moral

Tema que atormenta juristas é a quantificação do dano moral, como mensurar o imensurável? Como definir valores para a dor alheia?

O Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 292, V pede para o autor da inicial colocar como valor da causa em caso de demanda relacionada ao dano moral o "valor pretendido da indenização", como colocar o valor pretendido tendo o grande desafio de quantificar a dor e o sofrimento, sentimentos impossíveis de serem colocados em números.

Importante lembrar que no caso dos danos morais não pode ser usado o termo "indenização" como bem reza Cristiano Chaves de Farias em sua obra "Indenização vem do latim, *in dene*, que significa voltar ao estado anterior, ao *status quo ante*. Ora, essa volta é possível no dano material, mas é completamente impossível no

[90] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0513. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-513-do-stj-2013,42335.html>. Acesso em: 22 ago 2018.

[91] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

dano moral. Esses danos conceitualmente não tem volta. Por isso se diz que os danos morais são compensáveis, mas não ressarcíveis".[92] Esse fato torna ainda o desafio da quantificação dos danos morais ainda mais difícil, já que o que se foi se foi e não tem retorno.

Partiremos do artigo 944 do CC que reza:

> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
>
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.[93]

A norma originalmente servia para medir a extensão de um dano patrimonial, porem pode ser perfeitamente aplicada em caso de dano extrapatrimonial que são os morais, conforme as peculiaridades de cada caso pode se estabelecer uma pertinência entre a extensão do dano moral e montante fixado pelo julgador.

O STJ começou a implantar na jurisprudência da Corte um critério bifásico para danos patrimoniais, na primeira etapa, deve se estabelecer um valor básico para indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstancias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.[94]

Neste critério apresentado pelo STJ na fase da valoração é constado a existência do dano extrapatrimonial pela violação do dever jurídico ou de situações jurídicas, ou seja o magistrado se dirigiras ao fato lesivo. A investigação deverá ser no fato do dano em questão ter atingido a dignidade da pessoa humana ou a honra do indivíduo lesado. Neste sentido seria indispensável o ônus probatório que como dispõe o artigo 373 incisos I e II incumbe a quem alegar.

---

[92] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[93] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[94] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1152541/RS.** Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 3º Turma. Dje 21.9.2011.

Ainda o Enunciado nº454 do Conselho de Justiça Federal afirma "Embora o reconhecimento dos damos morais se de, em numerosos casos, independentemente de prova (*in ré ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que necessário, as circunstancias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência".[95]

Após o dano moral ser valorado e comprovado entra em cena a quantificação do dano moral. Agora o julgador irá investigar o impacto do dano sobre as peculiaridades da pessoa da vítima buscando a individualização do dano moral, uma analogia ao direito penal onde se busca a individualização da pena. No seu íntimo cada indivíduo reage a uma situação de maneira diferente de outros, essa fase busca compreender como o indivíduo A reagi a certa situação onde ocorreu ofensa a sua dignidade humana e como B irá reparar o indivíduo A de acordo com essa reação que sua atitude gerou.

Cristiano Chaves exemplificou de maneira excelente quando citou o exemplo da perda de um filho em virtude de um homicídio, essa ação será sentida de forma diferente por um pai afetuoso e de outra forma por um pai que abandona afetivamente o filho. Não significa que apenas o pai afetuoso pode receber uma reparação mais sim que o pai afetuoso deve receber uma reparação maior do que aquele que abandonou o filho.[96]

A forma com que o STJ delimitou os danos morais dentro dessas duas etapas acaba sendo um sistema bem mais justo pois os critérios ficam menos subjetivos e dependentes da sensibilidade do magistrado que muitas vezes culmina com uma condenação de um dano moral inextinta e sem nexo casual. Além de que, gera segurança jurídica.[97]

---

[95] BRASIL. **Enunciado nº454 do Conselho de Justiça Federal.** Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/398>. Acesso em: 22 ago 2018.
[96] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.
[97] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

E no caso de um ato ilícito ter gerado dano sobre a dignidade de vários indivíduos e eles demandarem a indenização em lides autônomas? Como bem dispõe a Ministra Nancy Andrighi da 3º Turma do STJ em seu voto proferido no julgamento do REsp nº 1245527/SP "Se uma determinada lesão a bem jurídico atinge mais de uma pessoa e se cada pessoa pleiteou em processo autônomo a reparação de seus direitos, é importante que na fixação do montante da indenização os procedentes específicos já exarados sejam tomados em consideração em nome do princípio da segurança jurídica, ainda que não provenientes do STJ. É critério razoável, nesse sentido, o do estabelecimento da média das indenizações já fixadas para se encontrar a justa reparação do dano moral causado".[98]

A mudança da condição existencial da vítima é auferida em dois níveis: a objetiva *(in ré ipsa)* e a subjetiva que em nada se relaciona com o exame da condição financeira e econômica da vítima. A pobreza ou riqueza não altera a sua essencial dignidade, qualquer relação de dano com a situação econômica do lesado tem impacto nos lucros cessantes e não no dano moral em si.

Como dispõe o entendimento do STJ, que:

> O tribunal local diminuirá bastante a indenização fixada pela sentença em razão da morte causada por preposto, ao considerar muito a condição econômica do réu e a condição social da vítima, tida por pessoa pobre. O Ministro Ari Aprender, que capitaneou a divergência, firmou que o Tribunal local incorreu em gravíssimo erro ao ter preconceito contra pessoa pobre. O ministro Carlos Alberto Menezes Direito aduzi-o que, no trato de indenização por morte, seria abusivo de um lado reconhecer a incapacidade da empresa em suportar a indenização e do outro discriminara pobreza da vítima, pois tanto pobres quanto ricos sofrem o mesmo dano, pois o valor da vida não está na condição social.[99]

Também não posso fixar o dano moral baseado no dano patrimonial, não existe nenhuma relação de dependência ou algum princípio que ligue os dois

---

[98] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1245527/SP**. Relator Min Nancy Andrighi. 3º Turma. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21256186/recurso-especial-resp-1245527-sp-2011-0038717-7-stj/inteiro-teor-21256187?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 ago 2018.

[99] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

prevalecendo a total independência entre eles. Em decorrência dessa independência pode haver uma lide com dano extrapatrimonial e sem dado patrimonial como vice e versa. [100]

Quantificar o dano moral continua sendo um caminho tortuoso para os magistrados e aplicadores do direito, porem com o critério estabelecido pelo STJ vem ganhando contornos mais nítidos e delimitáveis.

3.3 O afeto e o dano moral

Segundo o dicionário de Língua Portuguesa o termo "afetivo" possui três significados, o primeiro deles é: qualidade ou caráter de quem é afetivo, o segundo é um conjunto de fenômenos psíquicos que são experimentados e vivenciados na forma de emoção e sentimentos e por fim pode se definir afeto como a tendência ou capacidade de reagir facilmente aos sentimentos e emoções. Já a palavra "afeto" tem como significado "sentimento de imenso carinho que se tem por alguém ou por algum animal".[101]

Já o dano moral pode ser conceituado como "a lesão de interesses não patrimoniais de pessoas físicas e jurídicas provocado por ato lesivo".[102]

Ambos os institutos parecem está a milhas de distancias, porem o afeto é um interesse não patrimonial de um indivíduo, ora, o ser humano espera receber afeto dês do momento que nasce e a falta dele gera incontáveis problemas psicológicos para o indivíduo.

O não recebimento de afeto por parte de um ser humano a outra gera sem dúvidas uma lesão, porém, como essa lesão entra no mundo jurídico ensejando a reparação por danos morais? Com as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico a

---

[100] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[101] AFETIVO. **DICIONARIO ONLINE AURELIO**. 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>. Acesso em: 22 ago 2018.

[102] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

partir da CF/88 o afeto passou a ser tutelado como um bem jurídico e como tal precisa ser tutelado e protegido pelo ordenamento.

3.3.1 O afeto como um bem jurídico

Historicamente, principalmente antes do advento da CF/88 o afeto não era necessário para a composição da família, o que se protegiam eram os bens e os bons costumes pautados no cristianismo. Em tempos remotos para se unir em matrimonio o afeto nem era necessário, inúmeros foram os matrimonio que se consolidaram sem afeto e com base em interesses materiais.

Com o advento da Constituição Cidadã o afeto passou a ganhar especial importância no mundo jurídico e passou a ser base da construção da família que tem especial proteção do Estado segundo o texto Constitucional. [103] A própria Constituição em seu artigo 226 § 6 dispõe que que "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação".[104] Ou seja, a própria CF/88 proíbe a discriminação por filhos naturais ou adotados sendo o afeto a justificativa, neste caso o afeto sobrepõe a lações meramente sanguíneos.

O CC/02, Lei que possui total sintonia com a CF/88, em vários dispositivos afirma ser o afeto o ponto de formação da família inclusive em sua formação como dispõe o artigo 1.723 do CC/02, dispõe que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".105 Ou seja, o legislador não colocou tempo para que seja configurada a união estável basta elementos que configuram o afeto entre os membros.

---

[103] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[104] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.
[105] BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

Maria Helena Dinis afirma que:

> O direito das famílias, ao receber o influxo do direito constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derrogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros.[106]

O ordenamento jurídico não está mais preocupado em como a família foi formada, se através de um casamento com todas as suas formalidades, de uma união estável ou de simples adoção monoparental de um menor, a única importância é o afeto que deve reger as relações familiares.

Como doutrina grandes civilistas como Caio Mario, Orlando Gomes, Paulo Nader, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entre outros, é considerado bem valores imateriais ou materiais que servem de objeto a uma relação jurídica, é um conceito bem mais amplo que o de coisa.[107]

O professor Paulo Thompson em seu livro afirma que:

> Para o bem ser considerado jurídico ele deve ser suscetível de apropriação, integram o conceito de bens jurídicos os materiais e imateriais dotados de valor econômico ou não, tais como uma casa, um credito, uma prestação, a honra, a liberdade, o afeto entre muitos outros.[108]

Os bens imateriais tais como afeto, honra e liberdade são incorporados ao conceito de bem pois são uteis ao ser humano e suscetível de apropriação, ou seja os

---

[106] **Revista da Faculdade de Direito – UFPR.** Curitiba. n.54. p.109-125. 2011. 117- Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba. n.47. p.29-64. 2008.

[107] FLORES THOMPSON, Paulo. Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. 2 ed.

[108] FLORES THOMPSON, Paulo. Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. 2 ed.

ascendentes devem se apropriar do afeto que os descendentes possuem para com eles e assim vice e versa.

No direito romano o interesse na distinção entre bens incorpóreos e corpóreos era enorme pois ditava a forma de transmissão, devendo a *res corporales* atenderam ao formalismo da *mancipatio* (entrega simbólica de um objeto para caracterizar a transferência do bem negociado) ou da *traditivo* (entrega da coisa afim de configurar a transferência da propriedade); as *res incorporales* atendiam a forma da *in* iure *cessio* (cessão de credito), nos dias atuais tanto os bens corpóreos como incorpóreos mantem a mesma relevância jurídica.[109]

Apenas os seres humanos podem ser sujeito de direito, porem as ações humanas tem o poder de serem objeto de direito.

O professor Thompson afirma que:

> O objeto do direito no âmbito obrigacional não é o bem vendido, mas a conduta do devedor em entregar o bem, posto que a relação obrigacional implica sempre numa relação entre duas ou mais pessoas, tendo por objeto uma determinada prestação, no mais das vezes envolvendo as duas partes, como ocorre nos contratos sinalagmaticos. Logo, as prestações, atos humanos comissivos ou omissivos que implicam no cumprimento da obrigação assumida pelo sujeito passivo para com o sujeito ativo, são o objeto do direito de uma relação jurídica de natureza obrigacional.[110]

Ou seja, o afeto é um bem jurídico passível de apropriação pelo ser humano que possui personalidade jurídica, logo é sujeito de direito. A apropriação desse bem pode vim a se tornar um objeto de direito decorrente de uma relação jurídica de caráter obrigacional entre os sujeitos.

---

[109] FLORES THOMPSON, Paulo. Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. 2 ed.

[110] FLORES THOMPSON, Paulo. Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. 2 ed.

Os sujeitos de direito que fazem parte dessa relação jurídica obrigacional, a qual o afeto é o bem jurídico são os parentes ligados pelo próprio afeto, e a obrigação jurídica é legal e decorre do texto Constitucional.[111]

3.3.2 A monetarização do afeto

Como em toda relação obrigacional quando o objeto não está sendo satisfeito a obrigação se resolve convertendo-se em perdas e danos, o dever de indenizar como dispõe o artigo 389 do CC/02 "Não cumprida a obrigação responde o devedor por perdas e danos mais juros e atualização monetária. Ainda o CC/02 reza no artigo 944 que a indenização mede- se pela extensão do dano.[112] Porem como medir o dano que a falta de afeto pode causar em um indivíduo?

Os princípios relacionados a dignidade humana e outros tantos fundamentais que compõem a espinha dorsal do ordenamento jurídico ficam prejudicados quando o afeto deixa de existir.

Leonardo Castro e Isabel Eliane em artigo afirmam que:

> Temos o dever de afeto como suposta parcela da educação prevista em Lei, em oposição à chamada "monetarização do amor", fundamentada na cautela. O temor surge a partir do prelúdio de uma enxurrada de ações indenizatórias munidas de interesses mercenários, não havendo como exigir do julgador a faculdade sobrenatural do discernimento entre a real angústia do abandono e a ganância inescrupulosa.[113]

Fica clara a preocupação dos autores do artigo na chamada "indústria do dano moral e do afeto" onde pessoas ajuizariam milhares de ações no judiciário esperando em troca apenas algo material.

---

[111] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[112] BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[113] CASTRO, Leonardo. ELAINE, Isabel. Preço do amor: punir abandono afetivo não aproxima pais e filhos.

Essas ações estariam carentes de justificativa jurídica, pois se não teve falta de afeto não poderiam elas serem resguardadas pelos dispositivos do CC/02 e da CF/88. Cabe aos magistrados agirem com máxima cautela analisando sabiamente as provas produzidas quando se depararem com ações desse tipo, sob pena do valor do afeto ser banalizado na sociedade.[114]

Importante lembrar que o afeto ou amor é tão importante no direito de família como a autonomia privada é para o direito das obrigações. O direito de família tem como eixo principal o afeto, quando este se torna insuficiente fica deficiente a relação classificada como "família", gerando um dano profundo e de difícil reparação nos envolvidos.

Cabe ressaltar que a família é base da sociedade e dispõe de especial proteção do Estado. O Estado – juiz deve protege-la se utilizando da máquina judiciaria com ponderação adequada do julgador ao qual lhe foi conferida jurisdição, para resguardar essa importante jurisdição.

4 O ABANDONO AFETIVO

Segundo o dicionário online a palavra "abandono" tem como significado "1 – ato ou efeito de largar, de sair sem a intenção de voltar; afastamento; 2 – falta de amparo ou de assistência".[115] Logo, o abandono afetivo se configura no momento que o responsável, larga ou sai de perto daquele da qual a responsabilidade de transmitir afeto era sua.

O abandono é gerado pelas chamadas "atitudes negativas" que se configuram quando o sujeito ativo deixa de fazer uma ligação importante, deixa de estar presente em ocasiões importantes na vida do abandonado que permanece em situação de vulnerabilidade emocional.

---

[114] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

[115] AFETIVO. **DICIONARIO ONLINE AURELIO**. 2018. Disponível em: < https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>. Acesso em: 22 ago 2018.

Muito se busca entender os motivos que configuraram o abandono seja ele entre pais e filhos ou filhos e pais. As psicólogas Carolina Soejima e Lidia Weber escreveram um artigo cujo título é "o que leva a mãe a abandonar um filho?"[116] Nesse artigo ambas tentam decifrar os motivos que levaram mulheres a abandonarem seus filhos.

Fatores históricos como a existência da "roda dos rejeitados", as amas de leites, as relações afetivas de cada período histórico são extremamente importantes para a análise desse importante fato social.[117]

Ainda importante destacar que a pesquisa verificou um padrão no núcleo familiar das mães que abandonaram seus filhos. A maioria dessas mulheres foram abandonadas afetivamente pelos seus pais ou não tiveram um convívio familiar harmonioso o que as levou a reproduzir o comportamento com sua prole.[118] Ou seja, o abandono também produz danos que podem vim a prejudicar outras gerações.

Ainda a autora compreendeu o abandono como um fato social que só se desvela se compreendido historicamente em todas as suas possíveis vertentes seja qual for a justificada para a ocorrência de tal fato.[119]

A relevância do afeto para a vida do indivíduo sob o manto da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado no ordenamento jurídico, leva a crer que o abandono afetivo tem fundamental importância e causa efeitos devastadores no íntimo da pessoa.

Vale ressaltar a lição de Gustavo Tepedino que aposta nas bases do afeto, amor e solidariedade para ele:

---

[116] SOEJIMA E WEBER. **O que leva a mãe a abandonar um filho?** Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n28/n28a14.pdf>. Acesso em: 26 jul 2018.
[117] SOEJIMA E WEBER. **O que leva a mãe a abandonar um filho?** Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n28/n28a14.pdf>. Acesso em: 26 jul 2018.
[118] SOEJIMA E WEBER. **O que leva a mãe a abandonar um filho?** Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n28/n28a14.pdf>. Acesso em: 26 jul 2018.
[119] SOEJIMA E WEBER. **O que leva a mãe a abandonar um filho?** Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n28/n28a14.pdf>. Acesso em: 26 jul 2018.

> Ao contrário de desenvolvermos técnicas que possam parecer destinadas a superar a realidade cultural, em que vivemos, na verdade, temos técnicas terapêuticas para suprir deficiências humanas, para atender à pessoa para, excepcionalmente, prolongar e gerar vida, e não para suprir, pura e simplesmente, a falta de afeto e de amor que se dá no seio da família.[120]

Incontáveis são os prejuízos causados pelo abandono afetivo na vida de um ser humano, algo tão simples como amor e afeto poderia proporcionar para muitos uma boa saúde mental, essa que já é tão prejudicada pelos desafios da vida moderna.

4.1 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está disposto no artigo 1 inciso III da Constituição Federal de 1988 que reconhece a prerrogativa humana de que todos devem ser respeitados como pessoas e sua existência não deve ser prejudicada.

O atual ministro do STF, Alexandre de Morais afirma em sua obra que:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.[121]

O princípio da dignidade humana tem intima relação com o Direito Natural, pois considerando que o direito natural nasce com o ser humano assim como a dignidade. Todos os homens ao nascerem são igualmente dotados da mesma dignidade, em momento posterior se diferencia devido ao contexto socioeconômico ao qual cada indivíduo está inserido.[122]

---

120 TEPEDINO, Gustavo. **Clonagem: pessoa e família nas relações do Direito Civil**. Revista CEJ. Brasília. n. 16. 2002. p. 49-57.

121 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas. 2002. p. 128.

122 ARAD. **Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>. Acesso em: 26 jul 2018.

Para que o princípio da Dignidade Humana tome forma e seja melhor compreendido faz-se necessário compreender a formação do Estado. Para que o homem viva em sociedade é essencial que exista uma entidade que proteja alguns direitos fundamentais do indivíduo de seus próprios semelhantes. Essa entidade é o Estado que pode intervir de maneira grande na vida de cada ser humano, como ocorreu nos Estado Totalitários do sec. XX ou pode intervir minimamente.

Para o desembargador Sarlet:

> Justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.[123]

Como foi mencionado acima, a dignidade da pessoa humana está para o homem assim como o direito Natural está para ele. Ou seja, todos nascem e morrem com o mesmo nível de dignidade e por essa simples razão o Estado é responsável por manter a dignidade do homem durante a sua existência.

Para que esse objetivo seja realizado com sucesso o Estado cria normas visando a manutenção da dignidade do homem durante a sua vida. Por essa razão no ordenamento jurídico brasileiro a dignidade humana é princípio máximo Constitucional e imutável.

4.1.2 Consequências jurídicas do abandono afetivo à luz da dignidade da pessoa humana

No direito Civil Brasileiros podemos encontrar alguns grandes civilistas adeptos a uma ampliação da responsabilização civil no âmbito interior da família. Ou seja, sustentam que a indenização é devida em casos gerais contemplados nos

[123] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

artigos 186 e 187 do CC/02 ou em casos específicos que decorrem da violação de certos deveres familiares.[124]

Com base nessa afirmação a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou o RESP 1.159.242 em que a autora pedia uma indenização ao pai por abandono afetivo e material no decorrer da sua infância e juventude. Reformando a decisão proferida por juiz em primeira instancia a relatora, Ministra Nancy Andrighi entendeu que a indenização é sim devida.[125]

Em seu voto a Ministra afirmou que *"amar é faculdade, cuidar é dever."* Para ela, não existe sentido em tratar de forma distinta e diferente os danos ocorridos em decorrência de uma relação familiar daqueles que geram responsabilidade civil. A indenização custou ao pai o valor de 200 mil reais.

Importante ressaltar que embora o afeto seja uma bem jurídico de máxima importância para o ordenamento jurídico, a indenização proferida no acordão é baseado na falta de cumprimento da obrigação jurídica originaria que consiste no dever elencado no art. 229 da Constituição Federal de 1988 que dispõe que "os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".[126]

A indenização por abandono afetivo também encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana disposto na Constituição Federal de 1988, pois a dignidade é inerente ao indivíduo e muitas vezes outros seres humanos possuem deveres necessários para manter a dignidade em seu semelhante. Quando essa obrigação não é realizada o Estado Juiz possui o poder de punir.

---

[124] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

[125] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1159242/SP. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true/>. Acesso em: 22 ago 2018.

[126] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez 2017.

Farta é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do abandono afetivo, inclusive no julgamento do REsp 1480488/RS de relatoria do Ministro Raul Araújo, o abandono causou a destituição do poder familiar:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MAUS-TRATOS E GRAVE SITUAÇÃO DE RISCO IDENTIFICADOS QUANDO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. MENORES INSERIDAS EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. PARADEIRO ATUAL DA MÃE BIOLÓGICA DESCONHECIDO. \PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> 1 Identificando-se, no início da ação, situação grave de risco e abandono e não subsistindo, atualmente, nenhuma comprovação de capacidade da genitora para cuidar das filhas, nem existência de vínculo afetivo entre elas, deve prevalecer o interesse das menores, já inseridas em família substituta.
>
> 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "inobstante os princípios inscritos na Lei n. 8.069/90, que buscam resguardar, na medida do possível, a manutenção do pátrio poder e a convivência do menor no seio de sua família natural, procede o pedido de destituição formulado pelo Ministério Público estadual quando revelados, nos autos, a ocorrência de maus tratos, o abandono e o injustificado descumprimento dos mais elementares deveres de sustento, guarda e educação da criança por seus pais" (REsp 245.657/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ de 23/06/2003).
>
> 3. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido de destituição do poder familiar.
>
> (REsp 1480488/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 15/12/2016).[127]

Ainda vale ressaltar que o abandono material somado ao abandono imaterial pode gerar outras serias consequências aos obrigados que não cumpriram essa obrigação.

---

[127] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL 1480488.** Ministro Relator: Raul Araújo. Quarta Turma. Data do julgamento: 01 de dezembro de 2016. DJE: 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178375641/recurso-especial-resp-1480488-rs-2012-0082565-3>. Acesso em: 28 ago 2018.

4.2 O abandono afetivo inverso

O processo de envelhecimento do homem ocorre inevitavelmente, afinal faz parte da essência do ser humano assim como a dignidade da pessoa humana. Juntando esses dois fatores todos possuem direito de ter um envelhecimento saudável e cercado de afeto.

Com o envelhecimento por diversas vezes o indivíduo deixa de realizar tarefas básicas do dia a dia como trabalhar, dirigir, cuidar da vida financeira dentre outras. Em muitos casos junto do avançar da idade algumas doenças chegam dificultando e muitas vezes ainda impossibilitando a vida cotidiana de muitos indivíduos.

E por essa razão o idoso vem ganhando especial proteção do Estado com seus direitos assegurados por leis como o Estatuto do Idoso e por outros diplomas Constitucionais e infraconstitucionais.

Assim como na infância onde os pais são responsáveis pelo crescimento, amadurecimento de seus filhos quanto mais o tempo passa a vida surpreende e os papeis são investidos, os filhos passam a se tornar responsáveis pelos pais.

Além do mais, os ascendentes muitas vezes necessitam de apoio psicológico e moral para atravessar algumas dificuldades que surgem com o envelhecimento, assim como os descendentes necessitavam para atravessar a infância e juventude.

Dificuldade essas, como se locomover, ir a médicos entre outras muitas a depender da saúde física e mental do idoso.

Nesse processo de inversão de responsabilidades muitos filhos não percebem ou simplesmente ignoram o fato de que as mesmas responsabilidades que os pais tinham para com eles na infância, agora são responsabilidades deles para com seus pais.

E essa ignorância muitas vezes leva os pais a viverem em situações de abandono que são totalmente prejudiciais a saúde física e mental do idoso gerando assim o mesmo efeito que é gerado quando o pai abandona o filho na infância.

Assim como a infância, a velhice é um momento delicado da vida de um indivíduo quando o mesmo não demonstra o vigor da juventude em que outrora possuía e esse fato pode vim a acarretar diferentes problemas psicológicos.

Ainda existem diversos casos de doenças que chegam com o avançar da idade que podem incapacitar o indivíduo fazendo com que o próprio precise de cuidados médicos entre outros cuidados especiais.

Por essa razão, o abandono afetivo inverso é extremamente prejudicial para a dignidade da pessoa humana, pois impede que o indivíduo abandonado viva de forma digna como o texto Constitucional garante em seu artigo 230,[128] que dispõe:

> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.[129]

Ou seja, a trindade família, Estado e sociedade possuem o dever Constitucional de assegurar ao idoso a sua dignidade dentre outras garantias. O abandono afetivo inverso acaba sendo uma violência contra o idoso e contra a Constituição do Brasil de 1988,[130] que tanto presa belo bem- estar social.

4.2.1 O Estatuto do Idoso

Com o aumento da ciência e da medicina a expectativa de vida do brasileiro foi ganhando novos contornos a expectativa de vida no país gira em torno de 75 anos segundo o IBGE um significativo aumento em comparação a décadas anteriores.

---

[128] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez 2017.
[129] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez 2017.
[130] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez 2017.

Infelizmente no Brasil a tendência é valorizar aquilo que é novo e excluir o que é velho, devido a essa triste realidade surge a importância de criar programas normativos e políticas públicas a fim de melhorar a qualidade de vida dessa importante parcela da população.

No ano de 1994 surge a Lei 8842/94 que estabeleceu a Política Nacional do Idoso a lei foi criada em razão da demanda da população em especial da Associação Nacional de Gerontologia – ANG e estabeleceu um rol de recomendações sobre a questão do idoso. O objetivo da lei era estabelecer condições para promoção da autonomia, integração e participação na sociedade.[131]

O ano de 1999 foi considerado o "Ano Internacional do Idoso" em virtude da grande importância e preocupação em relação a este segmento da população, porem pouco se fez em relação a legislação especifica para a população dessa faixa etária. Apenas em outubro do ano de 2003 o Congresso Nacional publicou a Lei número 10.741/03 que é conhecida como o Estatuto do Idoso.[132]

A lei do Estatuto do Idoso veio para dar maior concretude ao texto Constitucional onde se tutela os direitos da pessoa idosa, e assim evita que a falta de norma esvaziasse seu conteúdo.[133]

Ademais a Lei do Estatuto do idoso veio para tentar diminuir o processo de exclusão social dos indivíduos que possuem 60 anos ou mais, Wladimir Novaes Martinez afirma que os idosos que normalmente são vítimas do desrespeito por parte dos que os cercam, possuem a partir do Estatuto do Idoso um conjunto de normas

---

131 OLIVEIRA, Rita**. O processo histórico do Estatuto do idoso e a inserção pedagógica na Universidade aberta**. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/28/art18_28.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

132 BRASIL. **Estatuto do Idoso. Lei 10.471/03.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/inclusao-social-e-equidade/acessibilidade/legislacao-pdf/Legislaoidoso.pdf>. Acesso em: 22 ago 2018.

133 INDALENCIO, Maristela. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2049/1/Maristela%20Nascimento%20Indalencio.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

para resguarda-los, providencias das mais variadas formas para viabilizar o exercício da cidadania.[134]

Importante ressaltar que o Estatuto do Idoso tem o papel da proteção integral ao idoso na mesma linha que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem por função a proteção integral aos menores, com o objetivo de judicializar os direitos e deveres dessas pessoas, direitos esses que muitas vezes estão deficientes dentro do plano social.[135]

Embora o texto Constitucional fundamente e imponha a tutela de hipossuficiência dos idosos, sem a legislação infraconstitucional a eficácia da norma fica comprometida. A positivação da norma permite que um instrumento de tutela jurídica não reste esvaziado por falta de norma complementar.[136]

O Estatuto do Idoso oferece "vantagens" aos indivíduos para suprir as desvantagens geradas pelas diferenças causadas pelo avançar da idade, são essas vantagens: vaga especial, fila preferencial em bancos e estabelecimentos comerciais dentre outras. A lei ainda se preocupa em trazer políticas públicas para responsabilização da sociedade, família e do Estado em caso de omissão relativa a qualquer forma de violência dando efetividade a CF/88.[137]

A Lei do Estatuto do Idoso trouxe ainda o conceito jurídico adotado pela legislação brasileira para se referir ao idoso. Optou-se pelo critério biológico afim de

---

[134] MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2 ed. São Paulo: DLTR. 2005. p. 14.

[135] INDALENCIO, Maristela. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2049/1/Maristela%20Nascimento%20Indalencio.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

[136] INDALENCIO, Maristela. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2049/1/Maristela%20Nascimento%20Indalencio.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

[137] INDALENCIO, Maristela. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2049/1/Maristela%20Nascimento%20Indalencio.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

trazer a segurança jurídica necessária e devida.[138] Ou seja, a Lei citada dispõe em seu artigo 1ª que a lei visa proteger e assegurar direitos a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos.[139]

O Estatuto busca em suma assegurar a todo cidadão com idade igual ou superior aos sessenta anos a possuir uma vida digna e saudável dano assim efetividade ao CF/88.

4.2.2 O dever de cuidado

O texto Constitucional de 1988 em seu artigo 229 afirma o dever reciproco que os filhos e pais possuem em relação uns com os outros.

> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. [140]

A obrigação exposta na CF/88 é reciproca entre pais e filhos, ou seja, o dever constitucional e a especial proteção do Estado são tanto para os filhos enquanto menores quanto para os pais quando se tornarem idosos.

A Constituição cuidou de proteger esses momentos com muito esmero dando obrigação reciproca para ascendentes e descendentes cada um com seu momento de ter o dever jurídico de zelar pelo familiar.

Ainda o Texto Constitucional especificamente cita o direito do idoso no artigo 230 da CF/88 e seus parágrafos que especificam como o idoso deve ser tratado em determinadas circunstancias. Reza o dispositivo:

---

[138] INDALENCIO, Maristela. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2049/1/Maristela%20Nascimento%20Indalencio.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

[139] BRASIL. **Estatuto do Idoso. Lei 10.471/03.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/inclusao-social-e-equidade/acessibilidade/legislacao-pdf/Legislaoidoso.pdf>. Acesso em: 22 ago 2018.

[140] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez 2017.

> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
>
> § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.
>
> § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.[141]

Ou seja, como bem dispõe, o texto Constitucional a família, sociedade e o Estado possuem o dever legal que é revertido em forma de diversas obrigações para amparar a pessoa idosa assegurando-a diversos privilégios.

Como citato acima o Estatuto do idoso veio para dar efetividade a Constituição Federal criando inúmeras outras obrigações que vinculam o Estado, sociedade e a família nessa busca pela dignidade humana.

Essas obrigações possuem força normativa Constitucional, ou seja, os obrigados devem cumprir come esmero o seu dever de zelar pela dignidade humana na vida dos idoso.

A família em especial possui especial dever de zelar pela dignidade humana daqueles que são idosos como dispõe o já transcrito artigo 229 da Constituição Federal.[142] O Estatuto do Idoso amparado pelo texto constitucional dispõe em seu artigo 3ª:

> Art. 3o É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.[143]

---

[141] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez 2017.

[142] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez 2017.

[143] BRASIL. **Estatuto do Idoso. Lei 10.471/03.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/inclusao-social-e-equidade/acessibilidade/legislacao-pdf/Legislaoidoso.pdf>. Acesso em: 22 ago 2018.

Ou seja, a família deve obrigatoriamente facilitar a vida do idoso no que diz respeito ao direito a vida, saúde, alimentação, educação, cultura entre outros direitos. Não apenas os direitos materiais são garantidos pela legislação, pois os idosos também possuem o direito a dignidade e participar de questões sociais em geral.[144]

Muitas vezes vimos no meio familiar essa obrigação não sendo cumprida e o idoso sem acesso a esses direitos tão fundamentais a dignidade humana.

Importante ressaltar que ao sofrer do desafeto pela família, o idoso também acaba envelhecendo e adoecendo mais rapidamente, sendo assim privados da convivência familiar, ou seja, deveres de assistência imaterial que os filhos tem para com seus pais, direito ainda assegurado pelo Estatuto do Idoso.[145]

José Afonso da Silva discorre sobre o convívio familiar:

> O conviver que é basicamente afetivo enriquecido com uma convivência mútua alimenta o corpo, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar. Juridicamente, existem obrigações imateriais dos filhos para com os pais idosos, como convivência familiar e amparo.[146]

Ademais vale destacar que existe clara diferença entre abandono material, intelectual e afetivo, não podendo ser confundido. O abandono afetivo consiste na falta de amparo imaterial e afeto, transformando-se em obrigação jurídica quando caracterizado com a inobservância do importante princípio da solidariedade familiar, como bem dispõe Leandro Carvalho Hanson em seu artigo.[147]

---

[144] SANSON. **O instituto do abandono afetivo inverso no brasil e as suas** implicações **jurídicas**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16917>. Acesso em: 20 ago 2018.

[145] SANSON. **O instituto do abandono afetivo inverso no brasil e as suas implicações jurídicas**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16917>. Acesso em: 20 ago 2018.

[146] SANSON. **O instituto do abandono afetivo inverso no brasil e as suas implicações jurídicas**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16917>. Acesso em: 20 ago 2018.

[147] SANSON. **O instituto do abandono afetivo inverso no brasil e as suas implicações jurídicas**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16917>. Acesso em: 20 ago 2018.

As obrigações de cunho material são tão relevantes e importantes como as de cunho imaterial, essas quando são descumpridas geral danos muitas vezes insuperáveis. O abandono afetivo pode gerar danos de ordem moral que podem chegar a causar doenças e abalos psicológicos que contribuem para a perda da dignidade.

Logo, o filho que deixa de amparar seus pais na velhice, deixara de cumprir uma obrigação imaterial disposta em tanto na Constituição Federal como em lei infraconstitucional, cometendo um ato ilícito que gera danos de ordem moral.

Essa indenização tem como objetivo colocar em pratica o caráter punitivo que transmite uma compensação aos pais pelos danos causados.[148]

Como bem dispõe Azevedo:

> O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.[149]

4.2.3 A jurisprudência em relação ao abandono afetivo

O primeiro grande caso a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que versava sobre abandono afetivo foi o processo iniciado na 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG.

O caso dos autos diz respeito ao abandono que o filho teria sofrido pelo pai quando seus pais se divorciaram e seu genitor constituiu nova família. A partir desse cenário o autor alega que lhe foi negado o convívio com o pai e também com sua irmã fruto desse novo casamento. O réu alegou que a mãe impedia seu contato com

---

[148] SANSON. **O instituto do abandono afetivo inverso no brasil e as suas implicações jurídicas**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16917>. Acesso em: 20 ago 2018.

[149] AZEVEDO, Álvaro Villaça. VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Anotado e Legislação Complementar**. Rio de Janeiro: Atlas. 2004.

o descendentes e suas inúmeras viagens dificultava ainda mais sua convivência com o filho.

O juízo de primeira instancia negou o pedido do autor baseado na falta de provas, inconformado com a decisão a apelação foi interposta e o caso foi levado ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o resultado foi revertido e condenou o réu a arcar coma a indenização por dano moral no valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais).[150]

O julgado ainda ressaltou o fato de que as relações familiares mudaram com o decorrer do tempo e deixaram de ser uma opressão e passou a ser baseada em relação de afeto.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça através de um Recurso Especial Interposto pelo pai condenado. O Ministro Fernando Gonçalves, relator do caso iniciou seu voto se perguntando quais danos imateriais teriam como consequência uma indenização patrimonial.

Sustentou em seu argumento que a legislação pátria já prevê, no caso de descumprimento injustificado do dever de sustento ou de abandono a destituição do poder familiar, e portanto tal sanção já cumpriria de forma satisfatória a função punitiva. Ainda afirmou que condenando o pai ao pagamento de uma indenização ao filho sepultaria qualquer chance de reaproximação de ambos.

Em 24 de abril de 2010 a Ministra Nancy Andrighi foi relatora de um novo processo que pleiteava a indenização por abandono afetivo, o REsp 1.159.242-SP nele a autora conta que durante sua infância sofreu abandono afetivo de seu pai.

O Juiz de Primeira instancia julgou improcedente o pedido da autora fundamentado no fato do distanciamento entre pai e filha não ser culpa do progenitor e sim pelo comportamento abusivo da genitora.

---

[150] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Civil nº 208.550-5**. Relator: Desembargador Unias Silva. Belo Horizonte. 01 abril 2004. Disponível em: < https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6066308/102510802614140011-mg-1025108026141-4-001-1/inteiro-teor-12206203>. Acesso em: 22 ago 2018.

Em segunda instancia foi dado provimento para a demanda da autora condenando o pai a pagar R$ 415 mil nos termos da seguinte Ementa:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O caso chegou ao Superior Tribunal de justiça com relatoria da Ministra Nancy Andrighi baseada na violação dos seguintes artigos: 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

> EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo

> Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.[151]

Em seu voto a Ministra afirmou que "aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos".[152]

Ainda em relação a responsabilidade civil em seu voto a Ministra citou:

> A teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem.[153]

Em relação ao nexo casual tão importante para configurar a responsabilidade civil a Ministra afirmou: "entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe".[154]

Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento em relação a viabilidade da indenização por abandono afetivo.

Ainda que não exista na legislação brasileira de forma clara e positivada a obrigação de ressarcir para o idoso o dano material é pacifico na jurisprudência esse

---

[151] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.159.242-SP**. Relator Ministra Nancy Andrigh. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26841702/recurso-especial-n-1159242-sp>. Acesso em: 22 ago 2018.

[152] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.159.242-SP**. Relator Ministra Nancy Andrigh. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26841702/recurso-especial-n-1159242-sp>. Acesso em: 22 ago 2018.

[153] RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. MAMEDE, Gladston. ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas. p. 75.

[154] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.159.242-SP**. Relator Ministra Nancy Andrigh. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26841702/recurso-especial-n-1159242-sp>. Acesso em: 22 ago 2018.

ressarcimento. Cuida-se que não é um mero dissabor e sim um abandono que vem a gerar sérios danos psicológicos e assim tirando a dignidade humana.[155]

Farta é a jurisprudência em Tribunais de Justiça quando se diz a respeito de idosos em situação de abandono contando com a intervenção do Estado para terem uma vida digna e saudável.

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - **IDOSA EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL - ABANDONO FAMILIAR E CARÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS** - MEDIDA PROTETIVA - ACOLHIMENTO EM ENTIDADE DE LONGA PERMANÊNCIA - NECESSIDADE E URGÊNCIA - DEMONSTRAÇÃO.
> 1. A proteção ao idoso foi erigida como prioridade pelo nosso ordenamento jurídico, sendo dever da família, da sociedade e do Estado, numa atuação conjunta, assegurar às pessoas idosas, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, defendendo sua dignidade e bem-estar.
> 2. O artigo 45 do Estatuto do Idoso relaciona medidas protetivas que podem ser adotadas quando os direitos dos idosos forem ameaçados ou violados.
> 3. Demonstrada a situação de abandono familiar e a carência de recursos financeiros, bem como a necessidade urgente de assistência à idosa, justifica-se a aplicação, de plano, de medida protetiva de acolhimento junto à entidade de longa permanência.
> 4. Recurso não provido.
>
> (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0439.17.007983-4/001, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/05/2018, publicação da súmula em 15/05/2018)[156]

---

[155] SANSON. **O instituto do abandono afetivo inverso no brasil e as suas implicações jurídicas**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16917>. Acesso em: 20 ago 2018.

[156] BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento 1.0439.17.007983-4/001.** Desembargador Relator: Áurea Brasil. 5ª Câmara Cível. Julgamento em: 10 de maio de 2018. Publicação em: 15 de maio de 2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578077636/agravo-de-instrumento-cv-ai-10439170079834001-mg/inteiro-teor-578077753?ref=serp>. Acesso em: 28 ago 2018.

No julgado acima a situação da idosa era de estado de emergência devido ao abandono familiar e assim coube ao Estado como dispõe o texto Constitucional do artigo 230 amparar a idosa.

Ainda é comum encontrar no cenário jurisprudencial ações movidas por idosos referentes a indenização por falta de amparo afetivo e material e ainda solicitando aos filhos alimentos para a sobrevivência básica.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PLEITO DE GENITORA IDOSA EM FACE DOS FILHOS MAIORES. FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR PROVISÓRIA NO IMPORTE DE 20% DO SALÁRIO MÍNIMO PARA CADA UM DOS FILHOS. INSURGÊNCIA DOS REQUERIDOS. JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO FORMULADO EM SEGUNDO GRAU. PLEITO QUE FOI TAMBÉM FORMULADO EM CONTESTAÇÃO, ESTANDO PENDENTE DE ANÁLISE PELO JUÍZO DE ORIGEM. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO, APENAS PARA ISENTAR A AGRAVANTE DO PAGAMENTO DE PREPARO RECURSAL E PERMITIR O CONHECIMENTO DO RECLAMO. RECURSO VISANDO A DESOBRIGAÇÃO ALIMENTAR. A**LEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO E MATERIAL** QUE ATÉ ESTE MOMENTO PROCESSUAL NÃO RESTOU COMPROVADA**. DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. RELAÇÃO DE PARENTESCO. MONTANTE FIXADO QUE, ADEMAIS, AFIGURA-SE ADEQUADO AOS PRECEITOS LEGAIS.** RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA EFEITO DE PERMITIR O CONHECIMENTO DO RECLAMO INDEPENDENTEMENTE DO RECOLHIMENTO DE PREPARO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002233-63.2017.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 01-02-2018).[157]

No caso acima o julgamento de mérito ainda não havia ocorrido e por essa razão o processo não possui decisão meritória. Na jurisprudência do Tribunal de

[157] BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Agravo de Instrumento 4002233-63.2017.8.24.0000.** Desembargador Relator: André Carvalho. Primeira Câmara de Direito Civil. Julgamento em: 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492502636/agravo-de-instrumento-ai-40112133320168240000-tubarao-4011213-3320168240000?ref=serp>. Acesso em: 28 ago 2018.

Santa Catarina – SC é possível encontrar jurisprudência positiva em relação ao abandono afetivo inverso.

No caso em abaixo além do abandono afetivo sofrido pelo casal de idoso ambos ainda foram ludibriados pelos descedentes e passaram a sofrer toda forma de privação econômica.

> APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE ATOS JURÍDICOS. TRANSFERÊNCIA DE BENS DE GENITORES PARA DESCENDENTE DIRETO E PARENTE POR AFINIDADE EM DECORRÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL (NORA). CUMULAÇÃO COM DANO MORAL EM RAZÃO DO ABALO ANÍMICO VIVENCIADO PELOS DEMANDANTES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO PELOS RÉUS. PRELIMINAR LEVANTADA EM CONTRARRAZÕES. DIALETICIDADE CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO. NULIDADE DA SENTENÇA NÃO EVIDENCIADA. RELATÓRIO ESCORREITO. MÉRITO. PLEITO PARA MANUTENÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. TRANSFERÊNCIA DE 3 IMÓVEIS. CAUSAS DE NULIDADE E ANULABILIDADE EVIDENCIADAS. SIMULAÇÃO E VÍCIO DE CONSENTIMENTO (DOLO E ERRO ESSENCIAL). TRANSFERÊNCIAS QUE NÃO PODEM SUBSISTIR. DANO MORAL CONFIGURADO. TRATAMENTO DEGRADANTE NO SEIO FAMILIAR. CONDENAÇÃO ADEQUADA. HONORÁRIOS MANTIDOS. SENTENÇA INALTERADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Respeitado o princípio da dialeticidade (CPC, artigos 514, II, e 524, II), não merece reforma o julgado se as razões recursais deixam de impugnar especificamente fundamento suficiente para sustentá-la. Aplicação analógica da Súmula 182/STJ. Cumprindo o relatório da sentença com os requisitos dispostos no artigo 458, inciso I, do CPC/1973 ("os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo"), não há nulidade no julgado recorrido. Conferindo-se aparência diversa ao negócio jurídico que se pretende realizar, resta configurada a simulação do ato, tornando-o nulo de pleno direito (artigo 167, § 1º, inciso I, do Código Civil). A declaração livre, desembaraçada e espontânea de vontade é elemento basilar para a validade do negócio jurídico. Vislumbrando-se vício de consentimento capaz de macular a intenção da parte - consistente em dolo e erro essencial, é possível a anulação de transferência de propriedade realizada sem os requisitos para a eficácia do contrato. Para a configuração do dano moral o sofrimento de quem se diz ofendido deve ultrapassar a linha da normalidade,

> atingindo sobremaneira a reputação, a honra ou a integridade moral do indivíduo e o seu comportamento psicológico. **Pais e sogros que são vítimas de abandono material e afetivo por parte do filho e da nora, após avançada idade, sendo vítimas de dilapidação patrimonial perpetrada no seio familiar, indiscutivelmente, sofreram abalo moral a justificar o arbitramento de indenização pecuniária.** O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado em atenção ao princípio da proporcionalidade, levando-se em consideração, de um lado, a gravidade do ato danoso e do abalo suportado pela vítima e, de outro, o aspecto sancionatório ao responsável pelo dano, a fim de coibir a reiteração da conduta lesiva. Os honorários advocatícios, nos casos sentenciados na vigência do Código de Processo Civil de 1973, devem ser fixados em atenção aos critérios estabelecidos em seu art. 20, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (TJSC, Apelação Cível n. 0008653-63.2013.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 23-02-2017).[158]

No caso dos autos os pais foram vitimas de abandono afetivo inverso e ainda vitimas de simulação e erro no negocio jurídico, a abandono afetivo foi comprovado dentre muitas outras formas através de testemunhas como afirma o voto do relator do processo:

Além disso, as testemunhas Josemar Marques, Jones Matheus de Oliveira e Joraci da Silva foram claras ao mencionar que o abandono afetivo e material dos apelados era patente: o cartão que controlava a aposentadoria do Sr. Hilário foi suprimido, assim como a comunicação por interfone, telefone celular e a empregada doméstica - que há longa data laborava na casa da família, posteriormente readmitida pela Sra. Santina, que, apesar da avançada idade, conseguiu restabelecer os rumos de sua própria vida.[159]

---

[158] BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível 0008653-63.2013.8.24.0075.** Desembargador Relator: Sebastião César Evangelista. Segunda Câmara de Direito Civil. Julgamento em: 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/538722787/apelacao-civel-ac-58114720128240075-tubarao-0005811-4720128240075/inteiro-teor-538722891>. Acesso em: 28 ago 2018.

[159] BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível 0008653-63.2013.8.24.0075.** Desembargador Relator: Sebastião César Evangelista. Segunda Câmara de Direito

Ainda, os danos morais pelo abandono afetivo inverso encontram, respaldo nos artigos dispostos 186 e 944 do Código Civil de 2002, devendo o quantum ser fixado levando-se em consideração a extensão do dano sofrido, o grau de reprovabilidade da conduta e a capacidade econômica do réu.[160]

Sobre o caráter pedagógico do dano o relator ainda afirmou:

> Conforme assente na jurisprudência, a quantificação do dano deve, de um lado, compensar a vítima pelo abalo sofrido e, de outro, ter caráter pedagógico ao infrator, a fim de que não lhe seja infligida sanção irrelevante, incapaz de estimular uma mudança de comportamento.

Ou seja, o dano moral sofrido pelos pais quando foram abandonados afetivamente pelos descedentes deve possuir um caráter punitivo e pedagógico aos réus afim de uma tentativa de compensar todo o sofrimento causado.

5 CONCLUSÃO

Com esse trabalho conclui que a responsabilização civil no direito de família quando uma obrigação constitucional não é cumprida possui suma importância para a valorização da dignidade humana.

Para ocorrer a responsabilização civil faz-se necessário alguns elementos como o ato ilícito, o dano e nexo casual. No caso do abandono afetivo inverso o ato ilícito ocorre a partir da quebra do dever de cuidado que está estabelecido em diversos diplomas legais como o Código Civil, Estatuto do Idoso e até mesmo a Constituição Federal.

Civil. Julgamento em: 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/538722787/apelacao-civel-ac-58114720128240075-tubarao-0005811-4720128240075/inteiro-teor-538722891>. Acesso em: 28 ago 2018.

[160] BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível 0008653-63.2013.8.24.0075**. Desembargador Relator: Sebastião César Evangelista. Segunda Câmara de Direito Civil. Julgamento em: 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/538722787/apelacao-civel-ac-58114720128240075-tubarao-0005811-4720128240075/inteiro-teor-538722891>. Acesso em: 28 ago 2018.

O dano que é provocado pelo abandono afetivo ao idoso é enorme e pode vim a gerar diversos problemas tanto físicos quanto emocionais e psicológicos. O nexo casual se configura coma a falta de afeto.

Lembrando ainda que o afeto é um bem jurídico e pode como também deve ser tutelado como tal. O valor do afeto é relativamente novo na doutrina do Direito de Família e veio principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 onde se busca valorizar cada vez mais a dignidade da pessoa humana.

Ora, se o afeto é um bem jurídico a falta de afeto gera um dano que deve ser compensado.

A jurisprudência brasileira já se mostrou bastante favorável em afirmar a possibilidade de uma reparação pecuniária para situações em que o afeto, importante elemento e bem jurídico não se mostra presente.

Com o advento da Constituição Cidadã o afeto passou a ganhar especial importância no mundo jurídico e passou a ser base da construção da família que tem especial proteção do Estado segundo o texto Constitucional. O instituto tem tanta importância jurídica que o ordenamento não está mais preocupado em como a família foi formada, se através de um casamento com todas as suas formalidades, de uma união estável ou de simples adoção monoparental de um menor, a única importância é o afeto que deve reger as relações familiares.

E como no matrimônio em todas as outras relações familiares o afeto ganhou suma importância e a falta dele gera ato ilícito digno de reparação.

A relevância do afeto para a vida do indivíduo sob o manto da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado no ordenamento jurídico, leva a crer que o abandono afetivo tem fundamental importância e causa efeitos devastadores no íntimo da pessoa.

O ser humano quando chega a determinada idade acaba enfrentando serias dificuldades e por isso necessitam de ajuda psicológica e moral para atravessa-las. O

apoio é buscado no seio familiar onde teoricamente nos temos a maior fonte de afeto e amor.

Quando esse afeto e amor, não é encontrado acaba gerando serias dificuldades emocionais que podem resultar inclusive em doenças físicas e mentais.

O Constituinte de 1988 positivou o dever de cuidado entre filhos e pais e pais e filhos do artigo 230 da CF/88 e ainda o Estatuto do Idoso Lei n. 10741/03 reafirmou o dever da família e do Estado em proporcionar ao individuo com idade igual ou superior a 60 anos uma vida digna e adequada.

Esses deveres positivados vinculam a família e o Estado e quando um dever não é cumprido se torna um ilícito civil. Esse ilícito civil possui um dano psicológico ao individuo que deve ser reparado.

Ainda, a jurisprudência majoritária dos Tribunais tem se mostrado bastante favorável a conceder a indenização moral em decorrência do abandono afetivo a partir do caso piloto julgado do o REsp 1.159.242-SP em que a Corte julgou procedente a indenização referente ao abandono do pai para com a sua filha durante a infância.

O abandono afetivo reverso também aparece na jurisprudência dos Tribunais com respaldo nos artigos dispostos 186 e 944 do Código Civil de 2002, devendo o quantum ser fixado levando-se em consideração a extensão do dano sofrido, o grau de reprovabilidade da conduta e a capacidade econômica do réu.

Ainda que não exista na legislação brasileira de forma clara e positivada a obrigação de ressarcir para o idoso o dano material é pacifico na jurisprudência esse ressarcimento. Cuida-se que não é um mero dissabor e sim um abandono que vem a gerar sérios danos psicológicos e assim tirando a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AFETIVO. DICIONARIO ONLINE AURELIO. 2018. Disponível em: < https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>. Acesso em: 22 ago 2018.

AGUIAR DIAS, Jose de. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense. 1954.

ARAD. Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>. Acesso em: 26 jul 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Anotado e Legislação Complementar. Rio de Janeiro: Atlas. 2004.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Enunciado nº454 do Conselho de Justiça Federal. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/398>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0513. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-513-do-stj-2013,42335.html>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Lei n. 12.010/09, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1159242. Relator Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data de Julgamento: 24 abr 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true/>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1152541/RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 3º Turma. Dje 21.9.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 11.786. Relator Min. Hahnemann Guimaraes. 2º Turma. J. 711.1950. DJ 6.10.1952.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 85127. Relator Min. Soares Munoz. 1º Turma. J. 3.4.1979, DJ 19.4.1979.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil nº 208.550-5. Relator: Desembargador Unias Silva. Belo Horizonte. 01 abril 2004. Disponível em: < https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6066308/102510802614140011-mg-1025108026141-4-001-1/inteiro-teor-12206203>. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível 0008653-63.2013.8.24.0075. Desembargador Relator: Sebastião César Evangelista. Segunda Câmara de Direito Civil. Julgamento em: 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/538722787/apelacao-civel-ac-58114720128240075-tubarao-0005811-4720128240075/inteiro-teor-538722891>. Acesso em: 28 ago 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0439.17.007983-4/001. Desembargador Relator: Áurea Brasil. 5ª Câmara Cível. Julgamento em: 10 de maio de 2018. Publicação em: 15 de maio de 2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578077636/agravo-de-instrumento-cv-ai-10439170079834001-mg/inteiro-teor-578077753?ref=serp>. Acesso em: 28 ago 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento 4002233-63.2017.8.24.0000. Desembargador Relator: André Carvalho. Primeira Câmara de Direito Civil. Julgamento em: 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492502636/agravo-de-instrumento-ai-40112133320168240000-tubarao-4011213-3320168240000?ref=serp>. Acesso em: 28 ago 2018.

CASTRO, Leonardo. ELAINE, Isabel. Preço do amor: punir abandono afetivo não aproxima pais e filhos.

CHRISTIAN, Ghasarian. Introdução ao Estudo do Parentesco. 1º ed. Rio de Janeiro: Terra Mar.

DECLARAÇAO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. ONU. 1948. Disponível em: < http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 ago 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias de acordo com o Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Juspodivm.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

FLORES THOMPSON, Paulo. Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. 2 ed.

GOMES. Orlando. Direito de família 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991.

INDALENCIO, Maristela. Estatuto do idoso e direitos fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2049/1/Maristela%20Nascimento%20Indalencio.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

LOBO, P. Direito Civil: família. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários ao Estatuto do Idoso. 2 ed. São Paulo: DLTR. 2005.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privada. Rio de Janeiro: Boros.

MORAES, Maria Celina Bodinho de. Danos a pessoa humana: uma leitura civil: constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar.

OLIVEIRA, Rita. O processo histórico do Estatuto do idoso e a inserção pedagógica na Universidade aberta. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/28/art18_28.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba. n.54. p.109-125. 2011. 117-
Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba. n.47. p.29-64. 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. MAMEDE, Gladston. ROCHA, Maria Vital da. Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo: Atlas.

SANSON. O instituto do abandono afetivo inverso no brasil e as suas implicações jurídicas. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16917>. Acesso em: 20 ago 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

SOEJIMA E WEBER. O que leva a mãe a abandonar um filho? Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n28/n28a14.pdf>. Acesso em: 26 jul 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Clonagem: pessoa e família nas relações do Direito Civil. Revista CEJ. Brasília. n. 16. 2002.

DA IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PATENTE DE SEGUNDO USO PARA MEDICAMENTOS

Ighor Soares dos Santos

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa a possibilidade da concessão de patentes de segundo uso para medicamentos. Isso porque a legislação aplicável ao caso não permite ou veda expressamente a possibilidade de sua concessão. Nesse contexto, há correntes doutrinárias e jurisprudenciais que entendem tanto no sentido afirmativo quanto no negativo pelo deferimento do direito de exclusividade nesse campo. Ademais, a controvérsia também se estende ao Poder Executivo e ao Legislativo. Dessa forma, o presente estudo se propõe a explicar a conflito jurídico envolvido e elucidar qual é o entendimento mais compatível com a legislação existente atualmente sobre o tema, bem como a sua perspectiva histórica e com os fundamentos teóricos do instituto das patentes. Para tanto, também se considera as peculiaridades próprias do campo farmacêutico que abarca deveres constitucionais próprios do Estado. Com base nesses critérios e, se utilizando dos mecanismos de interpretação constitucional e recomendações sobre a limitação de atuação do Poder Judiciário em matérias estritamente legislativas, conclui-se pela impossibilidade de concessão da patente de segundo uso para medicamentos.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Patente. Segundo Uso. Medicamentos.

1 INTRODUÇÃO

O direito de patente é uma tutela jurídica concedida pelo Estado para que o inventor goze de direito de exclusividade na exploração do seu invento durante lapso temporal definido em Lei, com finalidades específicas, das quais se destaca a proteção do inventor contra práticas comerciais abusivas, bem como o estímulo de

compartilhamento de informações úteis à sociedade e com vistas ao desenvolvimento social e econômico.

Contudo, a concessão desse direito enfrentou séculos de divergência até o seu devido reconhecimento tanto no ordenamento nacional, quanto no plano internacional com a realização de tratados e convenções sobre a matéria. Ainda hoje, o reconhecimento do direito de privilégio exclusivo enfrenta resistências em determinados campos e demanda a compatibilização com outros direitos, sobretudo os de natureza constitucional, os quais demandam a flexibilização do instituto.

É nessa perspectiva que se encontra a discussão sobre a possibilidade de concessão de patente para medicamentos, a qual sofreu sucessivas mudanças ao longo do século XX para que ao final deste período se tenha consolidado a obrigatoriedade da referida outorga pela maior parte dos países em razão da ratificação tratados de larga escala sobre a matéria. Contudo, ainda sim não cessaram os conflitos relacionados aos fármacos e aos privilégios, pois ainda existe a defesa pela flexibilização da concessão do direito nesse campo, sobretudo em decorrência de efeitos negativos que foram gerados justamente pela sua outorga em larga escala. Lado outro, os defensores e interessados pela concessão da patente para os medicamentos defendem o reconhecimento de mais prerrogativas aos inventores para que seja possível a continuidade de investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos. É nessa última linha que se insere o debate sobre a outorga jurídica de proteção ao segundo uso farmacêutico.

Nesse cenário, a concessão de patentes para o segundo uso farmacêutico não seja expressamente permitida e nem vedada pelos tratados internacionais e pela legislação nacional que trata sobre a matéria. Ainda sim, houveram pedidos de patente dessa modalidade os quais foram concedidos pelo órgão governamental responsável por apreciar a questão. Contudo, outros órgãos governamentais também do Executivo brasileiro não são favoráveis à concessão, de modo que, na perspectiva desse Poder. No Legislativo, trâmites de projetos de Lei que visam proibir a referida prática, os quais, contudo, ainda não foram aprovados. Por fim, no

âmbito do Poder Judiciário, pouco se foi apreciado, mas se tem jurisprudência nos dois sentidos, sem que se possa verificar a prevalência de algum posicionamento, algo que se repete nos debates doutrinários sobre a questão.

Dessa forma, diante de um cenário tão controverso, se faz oportuna a análise dos conceitos, da perspectiva histórica e dos fundamentos teóricos que envolvem o direito de patente, bem como dos argumentos favoráveis e desfavoráveis sobre a controvérsia para que se possa verificar a possibilidade jurídica da concessão do direito para o segundo uso farmacêutico.

A partir da elucidação dessas características e, utilizando-as como critério definidor da controvérsia em conjunto com a legislação e critérios interpretativos, se buscará definir a possibilidade jurídica da concessão do privilégio exclusivo para o segundo uso e qual postura é recomendada ao Judiciário para se posicionar sobre a matéria.

2 DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Para que seja possível a compreensão da tutela de “patentes” ou “direito do inventor” no ordenamento jurídico pátrio, bem como os desdobramentos jurídicos que dela decorre e fazem parte do presente estudo, se faz necessária a elucidação do conceito e das características do direito de “propriedade intelectual”, campo o qual faz parte ou gênero da qual é espécie. Sendo assim, os fundamentos da propriedade intelectual elucidam e se aplicam ao instituto das patentes.

O direito de propriedade intelectual, conforme o próprio nome sugere, se refere ao conjunto normativo que disciplina o direito de propriedade imaterial, isto é, aqueles que decorrem da atividade intelectual humana. Essa manifestação do intelecto pode produzir repercussões no campo das artes e das ciências ou no campo das indústrias. Em decorrência dessa diversidade de objetos de incidência, a propriedade intelectual é um ramo que abarca duas subdivisões, quais sejam: o direito do autor (aplicável ao campo das artes e da ciência) e o direito de propriedade industrial (aplicável ao campo industrial). Este última espécie, por sua

vez, se subdivide em outras duas espécies, qual seja a tutela das marcas e o direito de patente, o qual será o foco do presente estudo.[1]

Ainda no tocante à propriedade intelectual, cumpre acrescentar que embora a propriedade intelectual já tenha figurado como objeto de tutela do Código Civil de 1916 (artigos 649 a 673), o Código Civil de 2002 não aborda mais o tema, o qual é tratado por leis especiais, sobretudo a Lei 9.279/96 denominada de "Lei da Propriedade Industrial" e a Lei 9.610/98, denominada de "Lei do Autor". Isso porque a "propriedade" no campo dos bens imateriais não pode ser equiparada de forma absoluta a propriedade tutelada no artigo 1.228, *caput*, do Código Civil de 2002, que dispõe sobre o direito de disposição, uso e gozo das propriedades corpóreas. Atualmente, as leis específicas constatam e regulam suas peculiaridades, bem como aspectos ligados aos direitos da personalidade e situações jurídicas como a tutela do consumidor e a vedação à concorrência desleal.[2] Nas palavras de Raeffray: "Propriedade Intelectual é, portanto, uma forma de conhecimento ao qual se atribui direitos de propriedade específicos, uma vez que cria um meio jurídico de apropriação do conhecimento."[3]

Nessa perspectiva, cabe mencionar que a natureza jurídica da propriedade intelectual é tratada de forma dúplice por Sérgio Vieira Branco Júnior. Isso porque abarca direitos morais atinentes à personalidade do criador e os seus direitos patrimoniais segundo os quais o seu autor se remunera.[4] Não se tratam de direitos pessoais e nem de direitos reais, mas de índole própria ou *sui generis*.[5]

No tocante à perspectiva da personalidade, se deve acrescentar que a tutela da propriedade intelectual é prevista na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, em seu artigo 5º, incisos XXVII, XVIII e XXIX. Esses dispositivos

---

1 HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.18.
2 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 452
3 RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. "*O bem estar social e o direito de patentes na seguridade social*". São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 150.
4 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, 2011, p. 455 apud BRANCO JÚNIOR, Sergio Vieira, 2007, p.31.
5 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 458.

conferem ao proprietário o direito exclusivo de utilização, publicação e exploração de suas obras; a proteção as participações individuais em obras coletivas; as reproduções de imagem e voz humana garantida a fiscalização do seu aproveitamento econômico e o privilégio na utilização, criações e titularidade das marcas dos inventos industriais.

Quanto ao objeto da propriedade intelectual, acrescente-se que, conforme ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama, é tudo aquilo que deriva da criatividade humana, que após tomadas as devidas providencias jurídicas, passa a ser afetado de forma exclusiva ao seu titular, inclusive no tocante à sua utilização. Esse direito tem caráter absoluto ou *erga omnes*, isto é, oponível contra todos. São direitos imateriais, mas a sua fruição normalmente demanda materialização da criatividade, a qual gera a possibilidade de aproveitamento individual e simultâneo com todas as demais pessoas que se tornem donas de outros exemplares ou unidades.[6]

Portanto, cabe concluir que a Propriedade Intelectual pertence a um ramo de direito privado de natureza *sui generis* e de disciplina normativa própria. O seu objeto são as criações decorrentes do intelecto humano, tanto no seu aspect patrimonial, quanto moral, sendo certo que pertence ao direito da personalidade do seu criador, conforme disposição expressa da Constituição Federal de 1988. As criações podem ser de caráter científico e artístico ou industrial, motivo pelo qual se subdivide em duas grandes áreas, quais sejam a do direito do autor e da propriedade industrial. A tutela da propriedade intelectual é distinta da propriedade corpórea com peculiaridades suas, mas também se prestam a garantir a utilização e exclusividade de vinculação jurídica *erga omnes* por parte do proprietário.

2.1 Do aspecto histórico

[6] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 456-457.

Quanto à perspectiva histórica do direito do inventor, cabe mencionar que o caminho até a aceitação e concretização desse direito e seus aspectos no ordenamento internacional e nacional foi tarefa árdua e longa, que sofreu uma série de transformações de concepção ao longo do tempo.

Nesse sentido, registre-se que nos primórdios da civilização, a primeira concepção acerca das invenções técnicas era a de que se tratavam de bens comuns[7]. Tinha-se uma noção de caráter social das idéias, como se fosse os frutos dela resultantes fossem uma espécie de propriedade social.[8]

Posteriormente, já na Idade Média, o reconhecimento de direitos aos inventores era chamado de "privilégios", os quais eram concedidos por corporações de ofício e senhores feudais, segundo critérios bastante arbitrários. Eram concedidos por meio de cartas abertas que não asseguravam uma proteção ao inventor, mas apenas como um ato de graça, que consistia em dar ao beneficiário uma parte do valor resultante do privilégio, que sequer era restrito aos inventos, porque também poderia ser concedido a trabalhos não-técnicos e não inventivos. Também sequer era restrito aos inventores, tendo em vista que adquirentes e possuidores do invento também podiam recebê-lo.

Posteriormente, as surgiram as primeiras codificações que dispunham em contraposição aos privilégios e com disposições mais próximas as de direito atual, ainda que de forma embrionária. Estas legislações remontam-se ao século XV no direito veneziano (1474) e no século XVII, no direito inglês (1624).[9] As duas codificações trouxeram características essenciais ao instituto que o norteiam até os dias de hoje. No tocante à lei veneziana, esta dispunha que só eram objeto de patente os inventos de aplicação industrial e a carta de patente era direcionada exclusivamente ao primeiro inventor. Tinha-se a noção de que servia ao

---

[7] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.24

[8] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 454.

[9] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.24-25

encorajamento da atividade inventiva, bem como para a compensação das custas empenhadas pelo empreendedor.

Essas regras viraram tendência de legislações nos mais diversos países, os quais passaram a editar normas internas de cunho semelhante às do direito veneziano. Contudo, a intensificação da internacionalização do comércio ocorrida, sobretudo, a partir da Revolução Industrial fez com que houvesse a necessidade também de uma tutela internacional sobre a questão, sob pena de tornar praticamente sem efeito as tutelas domésticas. Até a segunda metade do século XIX, o assunto era tratado majoritariamente pelo Direito doméstico quando as questões internacionais até a assinatura da Convenção da União de Paris em 1883, primeiro marco internacional sobre a matéria. Esta convenção passou ainda por sete revisões, quais sejam em Roma, Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958), Estocolmo (1967).[10]

A oficialização da denominação "direito de propriedade intelectual" se deu na conferência diplomática de Estocolmo, em 1967, para revisar as Conferências de Berna e Paris, as quais se propunham a tutelar a proteção das obras literárias e artísticas, bem como a propriedade industrial, respectivamente. Dessa conferência surgiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que desde então vem promovendo uma melhor compreensão entre os Estados, encorajando a atividade criadora e promovendo a proteção da propriedade industrial em escala mundial.[11]

Ainda nesse contexto, a partir de criação da OMPI as discussões acerca da proteção ao direito de patente em específico tomaram mais força, surgindo outros marcos relevantes como o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), assinado em Washington, em 19 de junho de 1970, primeiro mecanismo internacional que tratou de questões práticas como o depósito de patentes, a

[10] BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 78-79.
[11] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.19

multiplicidade de exames de um mesmo produto patenteado e estimulo aos países em desenvolvimento a adotar meios eficazes à proteção de patentes[12].

Ato contínuo, outra série de tratados foram firmados no âmbito internacional a partir deste até que se chegasse ao Acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)*, atual principal referência internacional balizadora do direito de patentes. Esse acordo foi firmado em abril de 1994 após a finalização da Rodada do Uruguai, em Marrakesh, a qual culminou também na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Inclusive, todos os países participantes da OMC deveriam, obrigatoriamente, se vincular ao Acordo TRIPS e concederem patentes para todos os campos tecnológicos, inclusive o de farmacêutico.[13]

No Brasil, o marco legislativo pioneiro sobre a matéria se deu em 1809, pelo alvará de 28 de abril expedido neste mesmo ano, o qual estabeleceu o direito de privilégio exclusivo aos inventores pelo período de quatorze anos, bastando que os beneficiários apresentassem os seus planos de invento à "Real Junta de Comércio". O inventor deveria publicar os aspectos do seu invento para que, ao final do período, este fosse gozado por toda a nação. A Constituição Imperial de 1824 também passou a tutelar o direito do inventor, acrescentando que as leis estabeleceriam critérios de remuneração ao inventor pela perda que sofram pela vulgarização do seu invento, tutela que veio a se repetir nas constituições posteriores.[14] No plano internacional, o Brasil é signatário do Acordo TRIPS, o qual está internalizado no direito pátrio pela "Lei da Propriedade Industrial" e pela "Lei do Autor".

2.2 Do fundamento teórico do direito de patente

[12] BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 106-107.
[13] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. "O bem estar social e o direito de patentes na seguridade social". São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 155
[14] HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.28-29.

Diversas são as teorias que fundamentam o direito de exclusividade das propriedades industriais, dentre as quais cumpre destacar primeiramente a "teoria da falha de mercado". De acordo com essa teoria, se a matéria decorrente da atividade intelectual inventiva ficasse à livre disposição do mercado, o investimento gasto na criação do invento seria rapidamente perdido, pois haveria a liberdade da concorrência de copiar o produto assim que ele fosse lançado no mercado[15], surgindo então uma prática concorrencial parasitária e, assim, desleal dos concorrentes. Nesse contexto, os concorrentes não precisariam recuperar o dinheiro gasto em pesquisas e poderiam lançar o produto ou serviço em custo muito menor, o que poderia inviabilizar financeiramente o inventor, desestimulando-o a investir em invenções ou, caso o fizesse, estimulando-o a manter a fórmula em segredo.

Há outras teorias que buscam fundamentar o instituto, quais sejam a do "estímulo social", a do "direito natural", a da "recompensa" e do "contrato social". A primeira considera que a patente é um estímulo para o aumento de inovações. A segunda aduz que a invenção é direito natural do inventor, já que sem ele não existiria e, por isso, a sociedade deve protegê-lo. A terceira aduz que a patente é a recompensa ao inventor por ter favorecido a sociedade como um todo. Por fim, a quarta parte do pressuposto que sem a patente o inventor não tornaria pública sua invenção, de modo que, ele troca com o Estado a proteção pelo posterior conhecimento público do conhecimento necessário à sua produção.[16]

Percebe-se que sob diferentes fundamentos, as teorias buscam transmitir a idéia de que o inventor deve ser recompensado pelo seu trabalho de desenvolvimento, de forma a impulsionar também qualquer membro da sociedade a também buscarem as inovações. Sem essa proteção, estar-se-ia diante da possibilidade de concorrências desleais, porque aqueles que não despenderam com o desenvolvimento estariam em condições de igualdade de concorrência,

[15] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direitos reais. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 464-465.
[16] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. "O bem estar social e o direito de patentes na seguridade social". São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 152.

desestimulando o compartilhamento de informações que podem ser úteis a toda a sociedade.

Nesse sentido, acrescente-se ainda que enquanto direito de propriedade se pode dizer que a propriedade industrial com um todo é, nas palavras de Raeffray: "*ainda mais funcional, mais condicionada, mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade.*"[17] Isso porque também está ligado à ordem econômica, sendo um direito de propriedade ainda mais atrelado à sua função social, estando também, por isso, intimamente ligado com a ordem social constitucional. Nesse sentido, aduz Raeffray que:

> A propriedade industrial cumpre, assim, a sua função social, cuja natureza econômica determina que seja de acordo com os objetivos estampados no artigo 170 da Constituição Federal, fundando-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, de acordo com os ditames da justiça social. É a função da propriedade dos bens de produção, posto que se incorpore a propriedade industrial a uma exploração empresarial.[18]

Assim, se pode afirmar que se trata de um direito que também está intimamente ligado à ordem econômica e a livre concorrência, tendo em vista que impõe ditames no sentido de proteção à concorrência desleal e limitações ao exercício da livre concorrência, conforme se verifica pela própria teoria da falha de mercado. Nesse sentido, o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva chega a afirmar que tal direito não deveria nem mesmo figurar no rol de direitos individuais constantes no artigo 5º da Constituição Federal, mas na ordem constitucional econômica. *Verbis:*

> O dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente

[17] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *"O bem estar social e o direito de patentes na seguridade social"*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 148-149.
[18] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. "O bem estar social e o direito de patentes na seguridade social". São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 174.

> não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica.[19]

Portanto, se pode concluir que o direito de patente é concedido pelo Estado ao titular de um invento, atribuindo-lhe o direito de exclusividade temporária para exploração, sob condição de obter a fórmula ou aspectos gerais da invenção em domínio público quando findo o prazo de proteção. Sendo assim, dispõe o detentor da patente de meios legais para inibir o uso ou gozo não autorizado do seu invento. Contudo, também se trata de um direito que possui aspecto de proteção à ordem econômica e cumprimento de função social, tendo em vista que visa o estímulo do compartilhamento das informações relacionadas à invenção para uso geral da sociedade.

2.3 Do conceito de direito de patente

Ao se aprofundar na subdivisão da qual o direito do inventor faz parte, oportuno se faz mencionar algumas características da "propriedade industrial". Conforme mencionado anteriormente, é a direito de propriedade imaterial que decorre das obras de caráter industrial ou utilitário para fins comerciais excluídas as obras científicas e artísticas. Sendo assim, engloba as patentes e as marcas.[20]

As marcas podem ser definidas como sinais distintivos e identificadores de produtos ou serviços que quando lançados ao mercado concorrencial são vinculados ao titular por força de vínculo jurídico.[21] Já o direito de patente, objeto do presente estudo, permite ao seu titular impedir o uso não autorizado de uma invenção, dentro de um país, durante determinado período para que possa explorá-la e desenvolvê-la com exclusividade. É concedido pelo Estado e, quando o período de exploração exclusiva se encerra, a invenção cai em domínio público e todos passam a poder explorá-la. Em síntese, pode ser definido como: *"título de propriedade concedido*

---

[19] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 280.
[20] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direitos reais. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 465-466.
[21] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direitos reais. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 468

pelo Estado, que assegura ao seu titular exclusividade temporária para exploração de uma determinada invenção.''[22]

2.4 Dos requisitos para concessão da patente

O patenteamento é concedido pelo Estado, mediante ato administrativo de instituição especializada, qual seja o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Trata-se de uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), criada e regida pela Lei n. 5.648/70, cuja principal atribuição é a aplicação de normas relativas à propriedade industrial e a concessão de patentes de invenção e modelo de utilidade.[23]

Dessa feita, a concessão do direito de patente pelo INPI concede a possibilidade de exploração econômica exclusiva do objeto pelo período de até 20 anos no caso das invenções e de até 15 anos no caso dos modelos de utilidade, ressalvadas as exceções legais.[24]

Ademais, para se patentear um invento, o artigo 8º da Lei n. 9.279/96[25] exige os requisitos de: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. A Lei determina que o objeto do patenteamento sejam invenções e modelos de utilidade que atendam a esses requisitos sem, contudo, estabelecer o que seria um invento, limitando-se a dispor no seu artigo 10, o que não pode ser considerado como atividade inventiva.

Nesse sentido, se pode dizer de acordo com a doutrina de Guilherme Calmon Nogueira da Gama são invenções: "criações intelectuais de efeito técnico ou industrial, constituindo uma nova concepção até então não existente ou não revelada,

---

[22] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. O bem estar social e o direito de patentes na seguridade social. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 151.
[23] BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 142-143.
[24] BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 191.
[25] BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.* Brasília, 1996. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em: 28 set. 2017.

com resultados técnicos ou industriais"[26]. As invenções não se confundem com as simples descobertas, as quais não são objetos de patente por disposição expressa do artigo 10, da Lei 9.279. Isso porque estas se voltam aos estudos da natureza, mas sem se propor a apresentar uma solução técnica para um problema técnico.[27]

Já os modelos de utilidade, ainda segundo Guilherme Calmon, "é toda forma ou disposição nova introduzida em objeto conhecido que gere melhoria funcional do seu uso ou na sua fabricação e que, em relação a um especialista e técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar no estado da técnica."[28]

Ainda nesse sentido, oportuno se faz elucidar os três requisitos que dão base à concessão de patentes. No tocante ao requisito de o requisito novidade, o artigo 11 da Lei n. 9279/96 considera como invenções e modelos de utilidade os objetos do patenteamento como "aqueles não compreendidos no estado da técnica". Assim, contraria o requisito de novidade a anterioridade, que abarca tudo aquilo que já foi patenteado ou com o pedido de depósito de patente publicado, posto à disposição do público ou divulgado por qualquer meio, salvo as exceções em Lei. É marcada pela extraterritorialidade, ou seja, não deve ser novidade apenas no território brasileiro, denominando-se tal fato de "princípio da novidade absoluta".[29]

Por conseguinte, mencione-se quanto à "atividade inventiva", o artigo 13 da Lei n. 9279/96 dispõe que é preenchido sempre que para um técnico da área envolvida o invento ou modelo de utilidade não lhe seja óbvio ou evidente, do estado da técnica prévio. No caso do modelo de utilidade, o artigo 14 da Lei fala ainda em "decorrência de maneira incomum do estado da técnica". Assim, não se exige a mera novidade, mas também que a invenção tenha um nível de criatividade.[30]

---

[26] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 474.
[27] BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017. p. 6.
[28] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 474.
[29] BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 194-195.
[30] BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 199.

Por fim, no caso do terceiro requisito, qual seja o de "aplicação industrial", o artigo 15 da Lei 9279/96 exige que o invento ou modelo de utilidade seja aplicável industrialmente, ao serem produzidos ou utilizados em qualquer tipo de indústria, sendo o sentido de alcance desta palavra o mais amplo possível. Trata-se do aproveitamento mercadológico do invento ou modelo de utilidade.[31]

Entretanto, cumpre ressalvar que por força de Lei, não podem ser objetos de patentes as invenções contrárias à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde públicas. Também não podem ser alvo de invenções as resultantes de transformação de núcleo atômico (por motivo de segurança nacional) e as invenções referentes à seres vivos, exceto os micro-organismos transgênicos.[32] Além disso, o artigo 10 da Lei 9.279/96 apresenta extenso rol de objetos que não podem ser alvos da concessão, dos quais é oportuno destacar as descobertas; as concepções meramente abstratas; as técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal.

Portanto, se pode dizer que são alvos do direito de patente as invenções e os modelos de utilidade técnicos que não são objetos de patente e não divulgados no território nacional ou estrangeiro, os quais apresentam novidade não facilmente auferível por técnico no assunto e se destinam a aplicação industrial, ressalvados os casos de proibição legal, sobretudo os constantes no artigo 10 da Lei 9.279/96.

2.5 Do processo para obtenção da patente e a da necessidade de exame prévio por parte da ANVISA para concessão de patentes de medicamentos

O inventor deve formular pedido de concessão do direito de patente ao INPI que irá examinar os pressupostos legais para concedê-lo. Conforme aduz o artigo 19 da Lei 9.279/96, o requerimento deverá conter um relatório descritivo, reivindicações, desenhos, se for o caso e um resumo.

---

[31] BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 200

[32] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 476.

O relatório descritivo é relativo à descrição da finalidade do privilégio e em quê consiste a invenção. Deve trazer os detalhes do invento, o que ele tem de novo e especial, bem como o objeto a proteger, As informações nele constantes devem ser claras e precisas, de modo a tornar possível a um técnico no assunto fazer funcionar a técnica. Já o resumo e o desenho servem para tornar o conteúdo mais claro para o examinador do pedido.[33]

Quando o pedido é protocolado emite-se uma certidão com as informações do inventor e da data da apresentação do pedido.[34] O pedido é mantido em sigilo por até 18 meses até ser publicado, podendo o requerente antecipar esse prazo a qualquer tempo. A partir da publicação, os dados referentes ao pedido como o relatório descritivo, o resumo e os desenhos ficarão disponíveis ao público no INPI. A partir da publicação, abre-se um prazo de sessenta dias para eventuais oposições e para apresentação de documentos requeridos por aquela autarquia, sob pena de indeferimento do pedido, sendo que os examinadores podem solicitar explicações que deverão ser fornecidas em até noventa dias.[35] Se o INPI deferir o pedido de concessão de patente haverá expedição da carta de patente em favor do requerente.[36]

No caso específico da concessão de patentes para medicamentos, a Lei n. 10.196/01 incluiu o artigo 229-C na Lei n. 9.279/96, que aduz que: *a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA*. A Lei cuidou de sedimentar situação que já era existente desde 1999, por força da edição da Medida Provisória n. 2.006.

Tal medida possui como fundamento o fato de os medicamentos serem produtos fundamentais á saúde humana e a consecução de políticas públicas do

[33] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, 321-322.
[34] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, 324.
[35] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, 324.
[36] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, 326.

governo no setor. Assim, a concessão de patentes para medicamentos causam impacto direto na possibilidade de aquisição desses bens. Por esse motivo, entendeu-se pela necessidade de exame mais técnico e cuidadoso para concessão de patentes para medicamentos, com a atuação da ANVISA no processo necessário para tanto.[37]

Nesse cenário, atuação entre as duas autarquias se deu no sentido de que o INPI faria o seu exame de admissibilidade na concessão da patente e posteriormente o encaminharia a ANVISA que poderia ratificá-la ou rejeitá-la ou restringir os seus termos de concessão. Tal forma de atividade conjunta gerou controvérsias entre os institutos e atores envolvidos, já que a partir disso muitos pedidos de patente concedidos pelo INPI, foram negados pela ANVISA, bem como houve restrição aos termos de concessão a princípio aprovados pela primeira autarquia.[38]

Para o INPI, a ANVISA não poderia ter qualquer ingerência na análise dos três requisitos de concessão da patente para os medicamentos, devendo a sua análise se restringir apenas a eventuais riscos à saúde pública do objeto do pedido de privilégio. Lado outro, a ANVISA entende forma contrária, entendendo que para que a análise de riscos à saúde pública seja feita, é necessário o exame dos demais requisitos legais de concessão do privilégio.

A controvérsia do caso em questão chegou a gerar pronunciamento do Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI) em dezembro de 2008 no sentido de dar suporte ao entendimento da ANVISA sobre as suas prerrogativas sobre o processo, o qual foi rechaçado pelo INPI que se pronunciou no sentido de que só alteraria seu posicionamento diante de alteração formal da legislação.[39]

---

[37] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 142.

[38] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 142-143.

[39] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 143-144.

Em abril de 2017 parece que a controvérsia entre as duas instituições chegou ao fim, com a elaboração da Portaria Conjunta Nº 1, de 12 de abril de 2017, realizada com respaldo em parecer da Advocacia-Geral da União (AGU). Tal mecanismo constituiu uma espécie de "acordo" entre as duas autarquias no sentido de solução do impasse concluindo pela restrição da análise da ANVISA a questão de impacto à saúde pública dos medicamentos submetidos à apreciação para pedido de patente, enquanto que o INPI teria exclusividade na análise dos critérios legais de patenteabilidade.[40]

2.6 Dos direitos decorrentes da concessão

O titular da patente possui o direito de impedir que terceiro reproduza, use, coloque à venda, venda, ou importe o produto objeto da patente, o processo ou produto obtido diretamente pelo objeto patenteado, sem o seu consentimento. Além disso, o titular da patente possui o direito de impedir que terceiros não só pratiquem os atos descritos nesse artigo, como contribuam para que outros o façam, conforme determina o artigo 42, da Lei 9.279/98, salvo nos casos em que o artigo 43 desta Lei admite como exceções.[41]

Além disso, pode perfeitamente o titular da patente ceder os direitos sobre a sua invenção para terceiros e antes mesmo de requerida ou expedida a patente, pois os efeitos do seu deferimento são retroativos. Esse contrato de cessão é regido pela legislação comum.[42] Ademais, o titular da patente pode transferir o próprio direito de patente, mas esse tipo de negócio está sujeito a formalidades exigidas pelo INPI, pois só poderá produzir efeitos após o deferimento da patente pela autarquia.[43]

---

[40] INPI, *Cerimônia com Presidente Temer marca acordo com Anvisa e nova IN de contratos.* Brasília, 2017. Disponível em: < http://www.inpi.gov.br/noticias/cerimonia-com-presidente-temer-marca-assinatura-de-acordo-com-anvisa-e-anuncio-da-nova-in-de-contratos > Acesso em 20 mai. 2018.

[41] BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Brasília, 1996. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em: 23 nov. 2017.

[42] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.328.

[43] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.330.

2.7 Da licença compulsória

Contudo, cabe ressalvar que o direito à patente não é absoluto, sendo oportuno mencionar sobre o regramento da licença compulsória, um dos mecanismos legais que mais se coadunam com a função social da propriedade e com o interesse social do instituto das patentes. O efeito da licença compulsória é o de obrigar que o titular da patente conceda a exploração do seu invento ou modelo de utilidade ao beneficiário, após procedimento administrativo ou judicial, sendo que na decisão que a conceder deverá haver a remuneração a ser paga ao titular.[44]

Nesse sentido, mencione-se que quem exerce abusivamente os direitos decorrentes da patente, quem abusa do poder econômico dela decorrente e quem não explora o seu objeto, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação, ensejam a referida licença. O mesmo ocorre, ainda quando, a comercialização não satisfazer as exigências do mercado.

Assim, tem-se a ideia de que só quem possui o legítimo interesse e a capacidade técnica e econômica de realizar a explorar o objeto da patente é que deverá requerer a licença, compulsória, devendo ainda a exploração se destinar ao mercado interno de forma predominante. A licença compulsória só pode ser efetivada após 3 anos da concessão do direito de patente.[45]

A licença compulsória pode ser ainda concedida quando houver interesse público ou a emergência nacional se fizer presente e o seu titular não conseguir atender a necessidade. Elas serão concedidas sempre sem exclusividade e não se permite o sub-licenciamento. O beneficiário da patente também deve ter prazo estipulado para iniciar a exploração da patente, sob pena de ter o seu benefício cassado.[46]

---

[44] BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 279.
[45] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.333.
[46] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.335.

2.8 Dos crimes contra o privilégio de invenção

A violação dos direitos do inventor pode constituir crime. Os artigos 183 e 186 da Lei 9.279/96 descrevem condutas praticadas por terceiros que constituem em crime contra o privilégio de invenção, os quais são chamados de "contrafação".[47] Comete esse crime quem fabrica produto objeto de invenção ou modelo de utilidade sem autorização do titular, bem como quem usa meio ou processo que seja objeto de privilégio de invenção, também sem autorização do titular. Tais condutas ensejam a pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Ainda nessa perspectiva, também se deve acrescentar que comete o crime em tela, quem exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado. Também comete o crime de contrafação quem importa produto que seja objeto de patente de invenção ou modelo de utilidade ou obtido por meio de processo patenteado no país, para fins econômicos, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento. Quem fornece componente de produto patenteado ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde a aplicação final do componente, material o ou equipamento, necessariamente, à exploração do objeto da patente, também comete crime. Tais condutas são puníveis com detenção, de um a três meses, ou multa.

Perceba-se que a finalidade da Lei é impedir condutas que ferem o direito de exclusividade do inventor, sobretudo de forma a vislumbrar interesses comerciais, porque desacreditam o produto legítimo ou porque praticam atos de concorrência desleal. Contudo é importante ressalvar que não é necessário o efetivo prejuízo do titular da patente e nem o lucro do infrator, basta a materialidade das condutas descritas. Contudo, a patente deve estar em vigor no momento da conduta. Apenas,

[47] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.437.

posterior nulidade desta pode desconfigurar a conduta criminosa, não bastando a mera caducidade do direito.[48]

3 DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS

Conforme já mencionado, o reconhecimento do direito do inventor levou séculos para ser concretizado, sobretudo na forma que é hoje, passando por sucessivas mudanças em sua concepção e na sua extensão. Embora se tenha efetivado o reconhecimento do direito em si, sobretudo no plano internacional, a temática encontra-se longe de estar pacificada. Ainda existem diversos debates internacionais sobre a questão, sobretudo no tocante à aplicabilidade e extensão do direito do inventor, especialmente no tocante às patentes relacionadas a medicamentos. Isso porque se atinge diretamente a população, governos e empresas farmacêuticas, atendendo melhor ao interesse de uns e menos o de outros.

Nessa senda, registre-se que a amplitude da controvérsia da extensão e do próprio reconhecimento do direito de patente no setor farmacêutico se dá pelo fato de que ela atinge a população como um todo, já que os medicamentos são "produtos de consumo inelásticos", isto é, os consumidores devem adquiri-los ainda que com preços elevados, por destinarem-se a manutenção de sua saúde[49]. Em outras palavras, liberdade de escolha do consumidor sobre a sua aquisição ou não, é praticamente inexistente, tendo em vista a necessidade vital de adquiri-lo.

Nessa perspectiva, cumpre mencionar que os medicamentos são essenciais para concretização de políticas públicas de saúde por parte dos governos. No caso do Brasil, cumpre mencionar que o direito à saúde está previsto no artigo 6º, da Constituição Federal como direito social. Ou seja, o Estado não deve apenas se abster de feri-lo (prestação negativa) como também possui o dever de garanti-lo de forma prática (prestação positiva).

---

[48] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.438.

[49] VARELLA, Marcelo Dias. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 143.

A partir disso, tem-se que nos casos de doença, o indivíduo possui o direito a um tratamento de acordo com o estado atual da ciência médica e independentemente da sua situação econômica.[50] Ainda nesse sentido, o artigo 196, também da Constituição Federal, aduz expressamente que é dever do Estado garantir o acesso á saúde por meio de políticas sociais e econômicas que visem não só a redução do risco à doença, mas também do acesso aos meios para a sua promoção, proteção e recuperação. Sendo assim, é dever constitucional do Estado garantir o acesso aos medicamentos vitais à saúde dos seus cidadãos, de modo que, os preços elevados possuem impacto direito na viabilidade e extensão das políticas executadas para esse fim.

O direito de patente de medicamentos fornece aos inventores dos fármacos maior possibilidade de ditar os preços desses produtos em decorrência da exclusividade dele decorrente, motivo pelo qual mesmo com a previsão de institutos como a licença compulsória, é inegável que a referida tutela encarece o estabelecimento de políticas públicas de acesso aos medicamentos, bem como também retira a possibilidade de consumidores mais carentes adquirem fármacos de alto custo por conta própria.

Nesse cenário, cabe mencionar que a patente de medicamentos foi abarcada pela Convenção de Paris, em 1883, pioneira no campo do direito de patente no plano internacional e internalizada pela legislação de diversos países participantes como Itália, Estados Unidos, Alemanha, Brasil, dentre outros. Contudo, com o passar do tempo, alguns dos países foram suprimindo a possibilidade da suas legislações a possibilidade de se patentear essa espécie de produtos, com vistas ao fortalecimento de suas próprias indústrias, algo viável mesmo em face daquela Convenção já que não havia previsão de sanções nesse caso. Como exemplo, cabe citar a Itália de Mussolini em 1939, o Japão e a Suíça em 1945.

[50] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 311.

No caso do Brasil, cumpre destacar que este confirmou a proteção de patente aos medicamentos, sendo signatário da Convenção de Paris de 1883. Contudo, também suprimiu a proteção posteriormente com vistas ao fortalecimento de suas indústrias, o que ocorreu em 1945 na Era Vargas, algo que perdurou até a edição do primeiro Código de Propriedade Industrial (Lei n. 5.772/71), que trazia a proibição de forma expressa em seu artigo 9º. A possibilidade de patentear medicamentos no cenário nacional só pôde ser possível novamente em 1991, com a aprovação do Projeto de Lei nº 824/91, apresentado pelo então presidente Fernando Collor de Melo.[51]

Lado outro, há diversos interessados na manutenção do sistema de proteção de patentes de medicamentos na forma existente ou, mais do que isso, defendem a extensão das suas prerrogativas em favor dos inventores. As grandes indústrias farmacêuticas são as maiores interessadas nesse sentido, porque são os agentes que pleiteiam a concessão do direito de exclusividade como forma de maximizarem seus lucros e, com isso, diminuir os custos de pesquisa e desenvolvimento que despenderam com a produção de novos medicamentos. Além disso, como as indústrias farmacêuticas de países desenvolvidos são responsáveis por 95% das invenções patenteadas[52], os governos de países nesse perfil acabam sendo interessados indiretos nessa linha e que tratam dos interesses que melhor favorecem às suas indústrias no plano internacional.

Assim, a partir do Acordo TRIPS, a tutela da propriedade industrial dos medicamentos fortaleceu-se novamente em âmbito internacional, reduzindo a ingerência dos países signatários sobre a sua aceitabilidade. Além disso, os proprietários das patentes passaram a contar com instrumentos para estimular os

[51] VARELLA, Marcelo Dias. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 144-145.
[52] POLÔNIO, Carlos Alberto. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos: regras comerciais, direito à saúde e direitos humanos.* Revista de direito sanitário, São Paulo: v. 7, n. 1/2/3, 2006, p.163-182.

países (sobretudo os desenvolvidos) a requerem sanções comerciais contra outros países em decorrência de violação desse acordo internacional.[53]

Em decorrência disso, o impacto do encarecimento dos medicamentos gerado pela proteção decorrente da concessão de patentes é sentido em maior parte pelos países em desenvolvimento, sobretudo porque possuem menos recursos financeiros para custeio das políticas públicas deles dependentes. Além disso, cabe frisar novamente que a concessão do direito de exclusividade se dá em maior parte às indústrias dos países desenvolvidos. Essas limitações tomam maior repercussão quando dificultam o combate a epidemias que de maior incidência em países com esse perfil como é o caso da AIDS nos países africanos, bem como doenças infecto-parasitárias como a tuberculose e a malária.[54]

Além disso, a melhoria da saúde pública nos países em desenvolvimento demanda não apenas o acesso a medicamentos existentes a preços razoáveis como também investimentos consideráveis em pesquisa e desenvolvimento (P&D). Contudo, estima-se que menos que 5% dos recursos gastos com P&D em todo o mundo investido em medicamentos para combate de doenças tropicais. De 1975 a 1999, somente 1% dos novos medicamentos aprovados para comercialização foram destinados ao tratamento dessa espécie de doença.[55]

Ademais, mencione-se ainda que cerca de 90% das vendas mundiais de produtos farmacêuticos são realizadas nos países desenvolvidos ao passo que 90% das 14 milhões de doenças infecciosas existentes no mundo estão localizadas em países em desenvolvimento e nos países de menor desenvolvimento relativo.[56]

Sendo assim, se pode concluir que as indústrias com maior capacidade de formular pesquisa e desenvolvimento para produção de medicamentos estão nos

---

[53] VARELLA. M.D. et al. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 279-280.

[54] VARELLA. M.D. et al. Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2005 p. 277.

[55] VARELLA. M.D. et al. Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 278.

[56] POLÔNIO, Carlos Alberto. Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos: regras comerciais, direito à saúde e direitos humanos. Revista de direito sanitário, São Paulo: v. 7, n. 1/2/3, 2006, p.174.

países desenvolvidos, ao passo que as enfermidades que mais necessitam e carecem de atenção no tocante à investimento de produção de novos medicamentos estão localizadas nos países em desenvolvimento de menor desenvolvimento relativo.

Nesse contexto, os países em desenvolvimento se uniram a organizações não-governamentais e conseguiram o reconhecimento de prioridade à saúde pública na Conferência Ministerial da OMC, em Doha, quando foi proferida a "Declaração sobre o acordo TRIPS e a Saúde Pública." Esta declaração aduz que o Acordo TRIPS não deve impedir os países membros de tomar medidas para proteger a saúde pública, de forma que, o acordo deve ser interpretado de forma á protegê-la e, em particular, de promover o acesso de medicamentos para todos. Como alternativas para a dificuldade de acesso, estão adoção de medidas como a licença compulsória, a importação paralela[57] que facilitam a aquisição de medicamentos patenteados ao restringir à prerrogativa de exclusividade dos detentores.

Entretanto, ao mesmo tempo em que existem discussões no sentido da relativização das normas referentes à propriedade industrial para adequação às necessidades dos países e consumidores de menor poder aquisitivo, sobretudo em relação às doenças tropicas, se tem discussões pela extensão dos direitos e benefícios existentes decorrentes da proteção de patente. Nesse contexto, os interessados na ampliação buscam se valer de mecanismos como a concessão de patente de segundo uso farmacêutico, foco do presente estudo.

A princípio, as patentes no campo farmacêutico abarcam os processos químicos envolvidos na produção do medicamento e a proteção dos produtos farmacêuticos,[58] tanto na perspectiva do Acordo TRIPS, quanto da Lei n. 9.279/96. Contudo, nos dias atuais tem-se ampla discussão jurídica no sentido da possibilidade jurídica da concessão de patentes de segundo uso de medicamentos, isto é, a

[57] VARELLA. M.D. et al. Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 280
[58] VARELLA, Marcelo Dias. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. São Paulo: Atlas, 1996, p. 146.

concessão de proteção a quem descobre nova aplicação terapêutica de um composto já conhecido.[59]

Sendo assim, se pode concluir que o reconhecimento à possibilidade de concessão de direito de patente em relação a medicamentos foi alvo de controvérsias no plano internacional durante décadas, havendo países que embora chegassem a reconhecê-los em um primeiro momento, optaram pela sua proibição expressa em momentos posteriores ao perceber o impacto gerado nos custos de implementação de políticas públicas relacionadas à saúde e no desenvolvimento das indústrias farmacêuticas nacionais. Com o retorno da obrigatoriedade de tutela das patentes de medicamentos em plano internacional ocasionado pelo Acordo TRIPS, as controvérsias não cessaram, tendo em vista que países em desenvolvimento ou com menor desenvolvimento relativo verificaram a necessidade de ao menos se considerar a relativização dos seus termos, bem como o reconhecimento de mecanismos que pudessem baratear a aquisição de medicamentos. Embora, de certa forma, tenham ocorridos avanços no sentido de se reconhecer que o reconhecimento dos direitos relativos à propriedade industrial não pode ser óbice à consecução do acesso à saúde, havendo os países liberdade de adotar medidas para compatibilizar as necessidades dos governos, consumidores e inventores (como é o caso de medidas como a licença compulsória e a importação paralela), os interessados na concessão de patentes para medicamentos ainda buscam o reconhecimento de novos direitos de exclusividade ou extensão dos já existentes. É nesse contexto que se dá a controvérsia acerca da possibilidade de concessão de patentes de segundo uso de medicamentos.

Nessa perspectiva, oportuno se aprofundar nos conceitos de patentes de produto, de processo e de uso para que se possa delinear a controvérsia envolvendo a questão do segundo uso de medicamentos e possíveis desdobramentos jurídicos que a tomada de uma ou outra posição pode acarretar.

---

[59] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 127.

3.1 Das patentes de produto e de processo

O direito de patente relacionada a um produto ou de "patente de produto de *per se"* como também é chamada, refere-se ao entendimento jurídico de que a proteção decorrente desse direito abarca a entidade física decorrente da atividade intelectual. No tocante aos medicamentos, tal entendimento ensejaria a proteção da substância química ou matéria biológica em si, de forma que, não importa o uso para o qual ela se destina no momento da reivindicação. O objeto de proteção é a estrutura física e não cada fim ou utilidade a que ela se destina, isoladamente considerados.[60]

Assim, no tocante aos medicamentos, se uma substância química "X" é patenteada, a princípio, com a intenção de combater uma doença "Y", sendo esta sua aplicação industrial, e, posteriormente, outrem se utilizasse dessa mesma substância para combater doença "Z", haveria violação ao direito do inventor, pois o objeto do seu invento é a substância em si e não cada uso ou fim a que se destina. Ou seja, encerrada a vigência da patente do produto, a descoberta de outro possível fim industrial não permitiria nova concessão de patente. Além disso, o fim da vigência da patente faria com que a sociedade pudesse utilizar o produto uma vez patenteado para todas as utilizações possíveis, sem restrições.

Essa solução jurídica é chamada recebe o nome de "proteção absoluta", porque estende a proteção às patentes farmacêuticas a todo e qualquer círculo de utilização terapêutica do medicamento, sejam elas conhecidas ou desconhecidas no momento da aquisição da proteção, descrita ou não no relatório descritivo realizado no momento da aquisição da proteção.[61]

No tocante às patentes de processo, essa espécie de patente engloba as ações humanas ou meios mecânicos ou químicos necessários para se obter um resultado

[60] MARQUES, João Paulo F. Remédio: *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil p*ropriedade intelectual – direito contemporâneo e constituição, Aracaju, Ano III, Edição nº 5/2014, Fev/2014, p. 326-327.

[61] MARQUES, João Paulo F. Remédio: *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil p*ropriedade intelectual – direito contemporâneo e constituição, Aracaju, Ano III, Edição nº 5/2014, Fev/2014, p. 327.

técnico, por exemplo, trazer determinado produto ao zero absoluto, acrescer um ácido, dentre outros.[62] Assim, o direito de exclusividade recai sobre os meios utilizados na produção, o qual pode resultar um ou mais produtos. Contudo, a proteção não recai sobre os resultados, pois se for possível a produção desses por meio de outro processo que não o patenteado, não haverá o que se falar em violação.[63]

3.2 Das patentes de segundo uso

As patentes de uso, por sua vez, partem de um pressuposto limitador da ideia de proteção absoluta das patentes de produto ao mudar o referencial da proteção jurídica. De acordo com essa perspectiva, os produtos decorrentes da patente devem corresponder a uma utilização concreta e descrita na ocasião da sua reivindicação, de forma restritiva.[64]

Assim, é possível o patenteamento de um uso relacionado a um produto que, embora já esteja compreendido no estado da técnica, não teria como objeto de sua proteção a aplicação industrial nova. Dessa forma, os usos posteriores com essa característica poderiam ser alvo de atividade inventiva e, assim, novo objeto de exclusividade. Isso porque o objeto da concessão de patente não seria o produto do invento, mas sim a sua utilidade industrial. A patente reivindicação de uso garantiria a exclusividade sobre o novo emprego dos meios ou produtos, não para estes isoladamente considerados.[65]

Logo, se pode resumir a patente de segundo uso de medicamentos à possibilidade de concessão do direito de exclusividade a uma utilização terapêutica

---

[62] BARBOSA. Denis. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf> Acesso em mai. de 2018, p. 340.

[63] BARBOSA. Denis. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf> Acesso em mai. de 2018, p. 342.

[64] MARQUES, João Paulo F. Remédio: Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasilropriedade intelectual – direito contemporâneo e constituição, Aracaju, Ano III, Edição nº 5/2014, Fev/2014, p. 330.

[65] MARQUES, João Paulo F. Remédio: Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasilropriedade intelectual – direito contemporâneo e constituição, Aracaju, Ano III, Edição nº 5/2014, Fev/2014, p. 330.

nova, ainda que a substância ou composto utilizado já seja conhecido[66]. Considera-se tal atividade como inventiva, sob o fundamento de que o alvo da patente não é estrutura resultante do intelecto, mas sim a solução a um problema de ordem técnica.[67]

Um exemplo prático disso seria a utilização da substância ativa patente da chamada de "*ácido Zoledrónico"*, utilizada na produção de medicamentos de combate à osteoporose, constante em material descritivo da proteção. Nessa perspectiva, um terceiro reivindicaria a proteção da utilização do ácido Zoledrónico para tratamento da doença de *Paget*.[68]

Outro exemplo que ilustra bem a segunda utilização terapêutica de um medicamento e, este é até amplamente conhecido, é caso do "Viagra". No caso deste fármaco é interessante destacar que o primeiro uso sequer chegou a ser comercializado. A princípio, o Viagra deveria funcionar como um anti-hipertensivo. Contudo, desistiu-se da sua comercialização para essa finalidade em decorrência da grande quantidade de produtos já existentes no mercado. Posteriormente, descobriu-se por meio de relatos de voluntários dos testes clínicos uma nova utilidade terapêutica para o medicamento, qual seja o combate à disfunção erétil masculina.[69]

Contudo, cabe mencionar segundo os defensores dessa possibilidade, o segundo uso (e posteriores usos, se houverem) deve observar o critério de atividade inventiva no seguinte sentido: se, embora se trate de um novo uso este não esteja compreendido na reivindicação, mas se for claro a um perito na área, entende-se que não há o que se falar em atividade inventiva e, assim, não seria alvo de patente.[70] Em

---

[66] BARBOSA, Denis Borges. A questão do segundo uso farmacêutico. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 19.

[67] BARBOSA, Denis Borges. A questão do segundo uso farmacêutico. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017 p. 6.

[68] MARQUES, João Paulo F. Remédio: Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasilropriedade intelectual – direito contemporâneo e constituição, Aracaju, Ano III, Edição nº 5/2014, Fev/2014, p. 325.

[69] VARELLA. M.D. et al. Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 320.

[70] VARELLA. M.D. et al. Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 337.

outras palavras, não basta apenas que o segundo uso não seja objeto da reivindicação, mas também de que esta não seja clara a um *expert* no assunto, sob pena de não se constituir em uma atividade inventiva.

Ademais, cumpre ressaltar que não se devem confundir as patentes de uso com as patentes de processo. Ambos os tipos de patente se referem a inventos de atividade e não de produto. Contudo, o processo engloba um encadeamento de atos técnicos destinados a produzir determinado produto, enquanto que o uso pressupõe um produto já existente, conferindo-lhe nova aplicação prática, para solução de problema técnico novo.[71]

3.3 Da controvérsia do segundo uso em âmbito internacional

De início, cabe destacar que o Acordo TRIPS não traz previsão expressa sobre a possibilidade de concessão de patentes de uso. Logo, a sua possibilidade nasce de construção de teoria jurídica que é interpretada à luz do próprio acordo internacional e do ordenamento interno de cada país, o que tem gerado entendimento tanto em sentido favorável quanto desfavorável sobre a questão.

No âmbito europeu a doutrina favorável à possibilidade de concessão de patentes de segundo uso encontrava resistência no âmbito jurídico, sendo certo de que era consensual a sua inviabilidade nos trabalhos iniciais da Convenção de Patentes Européias (CPE), sob o fundamento de que constituiria em dupla proteção para uma substância já consagrada no estado da técnica.[72] Nesse sentido, cabe destacar ainda que a legislação francesa rejeitava expressamente esse tipo de patente, a qual persiste até os dias atuais.[73]

---

[71] BARBOSA, Denis Borges. A questão do segundo uso farmacêutico. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 13.

[72] MARQUES, João Paulo F. Remédio: Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasilropriedade intelectual – direito contemporâneo e constituição, Aracaju, Ano III, Edição nº 5/2014, Fev/2014, p. 332.

[73] BARBOSA, Denis Borges. A questão do segundo uso farmacêutico. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 18-19.

Contudo, tal perspectiva passou a ser admitida na jurisprudência do Instituto Europeu de Patentes (cabendo mencionar a Decisão G 1/83, da Grande Câmara de Recursos) na apreciação dos pedidos de patente para uso de medicamentos, se admitindo a proteção do uso da substância já objeto da patente para fabricação de medicamento a ser utilizado para tratamento de doença não descrita na reivindicação pioneira, no que se passou a denominar de "fórmula suíça".

Posteriormente, o Instituto Europeu de Patentes veio por meio de nova decisão (Decisão G 2/08), de caráter uniformizador no âmbito europeu, de que a é possível a concessão de patente relacionada a novo uso de substância já conhecida, ainda que essa utilização nova seja diferente somente no tocante à dosagem.[74] Contudo, embora tal decisão não vincule o Judiciário dos países europeus, a maioria passou a adotar esse entendimento, cabendo citar como exemplo a Inglaterra, a Suécia, a Holanda e a Alemanha.[75]

Ainda na perspectiva internacional quanto à admissibilidade jurídica das patentes de segundo uso, cumpre mencionar outros exemplos de países que admitem ou não a concessão desse tipo de privilégio. Nesse sentido, registre-se que a Índia, a Argentina, a Comunidade Andina (formada por Bolívia, Colômbia, Equador e Peru) não permitem a concessão de patentes de segundo uso. Lado outro, Coréia do Sul, Alemanha, Japão, China admitem a concessão dessa espécie de patente. Por fim, cabe citar que os Estados Unidos não admitem a concessão de patentes para uso, mas admite a proteção para métodos, inclusive terapêuticos. Assim, quando chegam esse tipo de reivindicação naquele país, determina-se que o pedido seja transformado em pedido de patente de uso ou de processo.[76]

---

[74] MARQUES, João Paulo F. Remédio: Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasilropriedade intelectual – direito contemporâneo e constituição. Aracaju, Ano III, Edição nº 5/2014, Fev/2014, p. 332-333.

[75] BARBOSA, Denis Borges. A questão do segundo uso farmacêutico. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 20.

[76] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 132-133.

Portanto, se pode concluir que diante da falta de menção expressa de legislação internacional sobre a matéria, cada país decide a admissibilidade das patentes de segundo uso de acordo com o que reza seus ordenamentos e segundo seus interesses. Contudo, se pode perceber que, de maneira geral, os países que aceitam a patente de segundo uso de medicamentos são desenvolvidos, enquanto que os países que rechaçam a possibilidade de concessão dessa espécie de proteção são de menor desenvolvimento relativo ou estão em desenvolvimento.

3.4 Da controvérsia do segundo uso em âmbito nacional

No direito brasileiro, não há menção específica quanto à patente de uso na Lei 9.279/96 ou em outro dispositivo legislativo. Logo, a discussão sobre possibilidade da concessão de patentes dessa natureza ocorre à luz dos requisitos gerais presentes na legislação e diretrizes fixadas pelo INPI, a qual ainda não encontra consenso em âmbito nacional.

Sob a perspectiva do Instituto Nacional da Propriedade Intelectual têm-se que as suas atuais diretrizes (artigo 2.39.2.1) não permitem a concessão de patentes para o primeiro uso médico, sob o fundamento de que esta modalidade não satisfaz o requisito legal de novidade, o qual consta no artigo 11, da Lei 9.219/96, uma vez que o composto já se encontra conhecido no estado da técnica. Contudo, o INPI permite a concessão de patentes ao segundo uso médico por meio da "fórmula suíça".[77]

Nesse cenário, cumpre mencionar pronunciamento do Grupo Interministerial da Propriedade Intelectual (GIPI) sobre a questão. Trata-se de repartição existente dentro do âmbito da Câmara de Comércio Exterior, criada pelo Decreto Presidencial n. 9.303, formado por 11 membros do governo para, entre outras atribuições, subsidiar a definição de políticas públicas de propriedade intelectual em âmbito tanto internacional, quanto doméstico, podendo promover ações e debates interministeriais

[77] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 126

relativos á tal questão.[78] No tocante à controvérsia das patentes de segundo uso, o GIPI chegou a se pronunciar em dezembro de 2008 de forma contrária à concessão de patentes de segundo uso. Em contrapartida, o INPI se pronunciou no sentido de que para que a vedação de concessão dessas fosse possível, seria necessária a mudança legislativa da Lei 9.219/96.

Ainda acerca da controvérsia, cabe mencionar que a questão também chegou ao Poder Legislativo, havendo a tramitação de Projetos de Lei (PL) sobre o assunto, quais sejam o PL 2.511/2007, de autoria do Deputado Fernando Coruja (PPS/SC) e PL 3.395/2008, de iniciativa dos Deputados Paulo Teixeira (PT/SP) e Dra. Rosinha (PT/PR).[79] Os projetos de lei em questão visam alterar a Lei n. 9.279/96 e estabelecer proibição à concessão de patentes de indicações terapêuticas para produtos e processos farmacêuticos. Contudo, tais matérias ainda estão pendentes de apreciação pela Câmara dos Deputados.[80]

No âmbito judicial, a questão também não é pacífica. A matéria ainda não chegou aos tribunais superiores brasileiros, de modo que não há qualquer entendimento vinculante sobre o assunto neste âmbito. Ademais, as poucas decisões proferidas em segunda instância também não são uníssonas. Nesse sentido, oportuno se mencionar dois acórdãos proferidos pela mesma turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região que chegaram a conclusões distintas sobre a possibilidade da concessão de patentes de segundo uso.

Primeiramente, vale mencionar o pronunciamento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região se pronunciou acerca do tema por meio de sua Segunda Turma Especializada, cabendo destacar o acórdão proferido em 2009 nos autos da apelação relativa ao processo n. 2005.51.01.507811-1. Nesta ação, a sentença de primeira

---

[78] MDIC, GIPI Grupo Interministerial da Propriedade Intelectual. Brasília, 2018. Disponível em: < http://www.mdic.gov.br/index.php/inovacao/inovacao-global-e-propriedade-intelectual/propriedade-intelectual/gipi-grupo-interministerial-de-propriedade-intelectual> Acesso em 20 mai. 2018.

[79] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 137.

[80] CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL. 2.511/2007. 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=378654&ord=1> Acesso em 24 mai. 2018.

instância havia julgado como nulo o processo administrativo que negou reconhecimento à patente relativa ao segundo uso de um medicamento. Contudo, o acórdão do TRF-2 cuidou de reformar a sentença argüindo que patentes de segundo uso não são objeto de proteção pela lei brasileira, por não atender ao princípio de novidade pela substância, de se tratar de simples descoberta e por estender indevidamente a patente.[81]

Lado outro, cumpre destacar acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, também por meio de sua Segunda Turma Especializada no processo n. 2005.51.01.500427-9, sinalizou outro entendimento. Neste julgamento, embora se tenha entendido que na ocasião não houve a demonstração do atendimento do requisito de novidade no caso concreto, o relator destacou no seu voto que o fato de uma patente ser de segundo uso não importa por si só a ausência do atendimento do requisito de novidade. Salienta que é possível que novos efeitos terapêuticos se originem de pesquisas e estudos em sentido inovador, sem que se configurem apenas em meras descobertas de uso do medicamento.[82]

Portanto, verifica-se que a possibilidade de concessão de patentes para segundo uso de medicamentos é amplamente controvertida no Brasil. No âmbito do Poder Executivo, o INPI tem estranho posicionamento na medida em que tende a rechaçar a patente de primeiro uso, mas admite a possibilidade de patentes de segundo uso para medicamentos seguindo a fórmula suíça. Lado outro, o GIPI se manifesta de forma desfavorável à concessão. No âmbito legislativo, em que pese não se tenha menção expressa na Lei n.9.276/96 sobre a possibilidade de concessão de privilégios ao segundo uso médico, há projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados no sentido de estabelecer a sua proibição, não havendo nenhum outro

---

[81] PINTO, Ana Paula Gomes. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 14 n. 102 Fev./Mai. 2012 p. 191 a 211.

[82] BRASIL, Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Apelação Cível. AC 200551015004279 RJ. Segunda Turma Especializada. Apelante: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Apelado: Instituto Nacional de Propriedade Industrial e outros. Relator: Des. Messod Azulay Neto.Rio de Janeiro, 25 de maio de 2010. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15300800/apelacao-civel-ac-200551015004279-rj-200551015004279?ref=juris-tabs> Acesso em: 26 de maio de 2018.

em contrapartida. Por fim, no âmbito do Poder Judiciário, não há julgados em caráter vinculante sobre a matéria. Ao contrário, tem-se decisões proferidas em segunda instância que atuam nos dois sentidos, isto é, pela possibilidade e pela impossibilidade da concessão das patentes de segundo uso médico.

4 DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA APLICÁVEL À CONTROVÉRSIA

Delineada a controvérsia em âmbito nacional e internacional sobre a concessão de patentes de segundo uso, oportuno se faz analisar os fundamentos favoráveis e desfavoráveis acerca da sua concessão, sobretudo diante das disposições do ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 Dos argumentos favoráveis a concessão de patentes de segundo uso

Na perspectiva dos argumentos favoráveis à concessão da tutela objeto do presente estudo, se deve analisar novamente os requisitos legais do artigo 8º da Lei n. 9.279/96 para a concessão do direito de patente, sob a perspectiva dessa corrente, valendo a pena frisar que são eles: a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial para concessão de patentes para invenções ou modelos de utilidade. Além disso, o artigo 10 da Lei n. 9.219/96 elenca um rol do que não pode ser considerado como invento ou modelo de utilidade, cabendo destacar desse rol a exclusão das descobertas, teorias científicas e os métodos terapêuticos.

Na análise da compatibilidade dos requisitos legais para a concessão do privilégio para o "uso", se defende que o requisito de "novidade" pode ser atendido quando resultado obtido é novo, ou seja, até o momento da requisição é desconhecido no estado da técnica[83]. Não é necessário que gere um produto físico diferente, mas apenas uma nova solução prática.

[83] BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 7.

No tocante ao requisito de "atividade inventiva", defende-se que tal requisito pode ser preenchido se a nova utilização não for óbvia, ou seja, não é facilmente verificável por um técnico no assunto. Além disso, é necessário que o resultado novo resolva problema técnico diverso daquele inicialmente solucionado, sob pena de se configurar meramente uma "nova aplicação", isto é, um novo uso que não resolve problema industrial algum ou que apenas facilita a resolução de um problema industrial já existente.[84]Assim, a nova aplicação não pode ser óbvia e deve solucionar problema técnico autônomo, diferente dos até então solucionados. Inclusive foi nesse sentido que se manifestou o relator processo n. 2005.51.01.500427-9, ao argüir que pode haver novos efeitos decorrentes de pesquisas e estudos e, por isso, teriam caráter transformador e não meras descobertas.[85]

Frise-se que o problema solucionado é de caráter industrial, assim, também pode cumprir o requisito de "aplicação industrial", sob pena de se configurar como um "emprego novo", ou seja, mera utilidade de caráter estritamente operacional e sem relevância jurídica, o qual não seria objeto de patente.[86]

Ademais, no tocante às possíveis restrições legais para a concessão da tutela do uso, se defende que não há o que se falar em exclusão da possibilidade de concessão de patentes por se tratarem de meras descobertas. Isso porque o segundo uso resolveria um problema técnico, enquanto que as meras descobertas resultam do espírito especulativo do homem que retratam a força da natureza, criações nascidas

---

[84] BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 8-9.

[85] BRASIL, Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Apelação Cível. *AC 200551015004279 RJ*. Segunda Turma Especializada. Apelante: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Apelado: Instituto Nacional de Propriedade Industrial e outros. Relator: Des. Messod Azulay Neto.Rio de Janeiro, 25 de maio de 2010. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15300800/apelacao-civel-ac-200551015004279-rj-20055101500427-9?ref=juris-tabs> Acesso em: 26 de maio de 2018

[86] BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 9.

independentemente da ação humana. Apenas acrescentam os conhecimentos do homem sobre o mundo físico.[87]

Por conseguinte, também cabe ressaltar que a fundamento para se enquadrar o segundo uso como objeto do direito de patente, em que pese o silêncio legal, encontraria respaldo na Constituição Federal. Isso porque se defende que embora o artigo 42, da Lei n. 9.279/96 não faça referência ao "uso" como objeto da concessão das patentes, mas tão somente aos produtos e aos processos, não há óbice para englobá-lo como objeto do privilégio, pois o fundamento para a concessão do uso seria acima de tudo constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal[88]. Este dispositivo prevê que a Lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização. Assim, a interpretação que se faz é a de que a limitação à concessão desse direito deve ser expressamente prevista em Lei, a qual ainda deve ser analisada à luz da Constituição Federal.[89] Se não há vedação expressa, então se deve considerar pela possibilidade jurídica de concessão do privilégio.

Por fim, defende-se que o "segundo uso" não poderia ser enquadrado como método terapêutico, pois o método terapêutico se refere ao conjunto de passos e condutas médicas realizadas fora do contexto industrial, pelos profissionais da saúde.[90]Assim, não há o que se falar em vedação à utilização de produtos, em particular as substâncias, para concretizar o método de tratamento.[91]

Portanto, perceba-se que os argumentos favoráveis à possibilidade de concessão de patentes de segundo uso se dão no fato de que é possível o

---

[87] BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 6.

[88] BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 nov. 2017.

[89] BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 15.

[90] BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 29.

[91] BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017, p. 30

preenchimento dos requisitos legais existentes, quais sejam o de novidade, de atividade inventiva e de aplicação industrial. Além disso, não há como se considerar patentes de uso como meras descobertas em razão de esta se limitar a acrescer noespírito especulativo do homem, ao passo que o uso detém aplicabilidade industrial. Também não se considera método terapêutico, porque não se trata de procedimentos relativos à condutas médicas. Assim, em que pese a tutela do uso não esteja prevista na Lei dentre os objetos patenteáveis, o fundamento para a sua concessão seria constitucional.

4.2 Dos argumentos desfavoráveis à concessão de patentes de segundo uso

No tocante aos argumentos usualmente utilizados pela impossibilidade da concessão de patentes de segundo uso, cabe destacar primeiramente que se defende que esta modalidade de patente não está prevista na legislação brasileira e nem no Acordo TRIPS, motivo pelo qual faltam pressupostos legais para a sua concessão.[92]Ao contrário, aponta-se que as atuais disposições na legislação brasileira seriam desfavoráveis à aceitabilidade da tutela do segundo uso ao prever no artigo.

Por conseguinte, acrescente-se que há tendência a considerar o segundo uso como uma mera descoberta, tendo em vista que nada é alterado no produto objeto da patente, mas apenas se verifica que o mesmo possui uma finalidade nova.[93]. Nesse sentido que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, também por meio de sua Segunda Turma Especializada, no processo n. 2005.51.01.500427-9, entendeu pela impossibilidade da concessão da tutela ao uso.[94]

---

[92] PINTO, Ana Paula Gomes. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 14 n. 102 Fev./Mai. 2012 p. 196.

[93] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 127.

[94] PINTO, Ana Paula Gomes. Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 14 n.102 Fev./Mai. 2012 p. 191 a 211.

Além disso, também há posicionamento no sentido de que a tutela do segundo uso dos medicamentos seria equivalente a métodos de tratamento ou terapêuticos, pois não se protege um produto ou um método de fabricação, mas sim um determinado efeito no organismo, motivo pelo qual também lhe faltaria aplicação industrial. Como o produto é conhecido no estado da técnica, também lhe faltariam pressupostos de novidade[95]

Outro aspecto apontado como fato negativo à concessão da tutela se dá pela possibilidade de ocorrência do efeito *"evergreening"* (extensão). Ou seja, quando o mesmo inventor prorroga o direito de patente que já possuindo podendo chegar a uma tutela de exclusividade que dure 40 (quarenta) anos.[96] Frise-se que no caso dos medicamentos, que quando o período de 20 (vinte) anos do fármaco de referência se encerra, surge, a possibilidade de fabricação do medicamento genérico, quais são fundamentais para a consecução de políticas públicas, fazendo com que o gasto dos governos seja maior. Além disso, a própria aquisição dos medicamentos por parte dos consumidores seria mais difícil.

Por fim, cumpre mencionar que se defende ainda que diante da possibilidade de ocorrência do efeito *"evergreening"* e da ausência de pressupostos realmente inventivos, a concessão de patentes de segundo uso violaria o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, por prejudicar a concorrência e o interesse público nacional.[97]

Portanto, verifica-se que os argumentos que sustentam a impossibilidade da concessão da patente de segundo uso de medicamentos se dão no sentido da ausência de pressupostos legais e constitucionais para tanto. Isso porque além da ausência de previsão expressa a referida modalidade de privilégio não satisfaz os requisitos

---

[95] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 130

[96] PINTO, Ana Paula Gomes. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 14 n.102 Fev./Mai. 2012 p. 196

[97] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil* Freitas [recurso eletrônico]. Brasília, Edições Câmara, 2013, p. 131.

legais e esbarra um duas proibições expressas na legislação: a da mera descoberta e a do método terapêutico. Por fim, se defende que essa modalidade de patente dá ensejo à extensão excessiva da proteção patentearia, o que viola a concorrência e a o interesse público nacional, violando o artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

4.3 Da ausência de fundamento normativo sobre a questão

Verifica-se a partir dos argumentos favoráveis e desfavoráveis sobre a questão que não há controvérsia sobre a inexistência de disposição legal expressa sobre a concessão de patentes de segundo uso, bem como que o fundamento para a concessão da referida tutela permeia a disposição constitucional do art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Nessa perspectiva, a corrente favorável interpreta esse dispositivo no sentido de lhe conferir como o fundamento legislativo idôneo à possibilidade do deferimento da guarda jurídica do uso, ao passo que a corrente desfavorável, ao contrário, defende que a referida proteção o viola, porque fere a concorrência e o interesse nacional e reforça a ausência de pressupostos legais que justificariam a concessão dessa modalidade de privilégio.

A interpretação do referido dispositivo constitucional segundo os critérios clássicos da doutrina sobre o assunto indicam que não se pode utilizá-lo por si só como fundamento para a concessão das patentes de segundo uso. Nesse sentido, cabe mencionar que o artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal garante a concessão de privilégios aos autores de inventos industriais. Contudo, reserva à Lei infraconstitucional as disposições que assegurarão o direito de privilégio aos inventos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Nesse sentido, oportuno se faz transcrever o inciso objeto de análise em seu teor:

> XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o

> interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Assim, se deve ressaltar que a norma constitucional em questão é classificada como de eficácia limitada e do tipo programática, segundo os critérios de classificação das normas constitucionais de acordo com José Afonso da Silva e que é tido como referência pela maior parte da doutrina sobre o assunto.[98]

Nesse sentido, saliente-se que essa espécie de norma constitucional necessita de lei infraconstitucional posterior para que tenha eficácia plena e integral, de modo que, até que isso não ocorra a sua aplicabilidade é indireta e mediata, não possuindo densidade normativa suficiente para esgotar os efeitos pretendidos pela Carta Magna, porque se deixou ao legislador ordinário a missão de fazê-lo. Assim, a lei infraconstitucional é necessária para regular os seus aspectos e lhe conferir densidade normativa suficiente para que o instituto previsto seja integralmente aplicável. Até a edição da lei, a sua incidência de efeitos dessa modalidade de norma constitucional é mínima. No aspecto legislativo dessa eficácia limitada, ter-se- ia a impossibilidade do legislador de não pode editar outras normas de mesmo caráter que esvaziem ou afrontem o comando constitucional.[99] Na perspectiva do art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, o qual é objeto de análise seria o caso de, por exemplo, ser editada lei ordinária que proíba a qualquer concessão de privilégio legal aos inventores.

Ainda nesse sentido, acrescente-se que o seu aspecto programático da referida norma constitucional limitada, por sua vez, é evidenciado pelo fato de que diretrizes que foram estabelecidas pela Carta Magna ao legislador infraconstitucional para a consagração do instituto, quais sejam: o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Sendo assim, os critérios consagrados na doutrina constitucional brasileira indicam que o comando normativo do art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal

---

[98] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional* / Alexandre de Moraes – 6. ed. atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006, p. 282.

[99] BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo / Luis Roberto Barroso*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 251.

não pode possibilitar por si só a concessão de privilégios para patentes de segundo uso de medicamentos, pois a interpretação extensiva do diploma é incompatível com a natureza programática da norma que possui baixa densidade normativa, não dando espaço à interpretação específica e extensiva.

Até mesmo porque a lei ordinária referida pela Carta Magna foi editada e está vigente, qual seja a Lei n. 9.216/96. Este diploma normativo expressamente regula a possibilidade de concessão de patentes dando força normativa ao comando constitucional, estabelecendo os seus conceitos, critérios, limitações e punições. Dentre as suas disposições, o legislador ordinário escolheu não abarcar o uso como objeto da concessão do privilégio, mas se referiu tão somente aos "produtos" e os "processos" decorrentes da invenção como merecedores da tutela de patente.

Nessa perspectiva, se deve frisar que se tratou efetivamente de uma escolha do legislador ordinário de não abarcar o "uso" como objeto da Lei n. 9279/96. Isso porque não se trata de um conceito de direito superveniente ao diploma legal, o qual demandaria a necessidade de integração normativa por parte do Judiciário ou da doutrina para tornar a norma completa, porque assim se trataria de lacuna legislativa[100]. Isso porque a atual Lei de Propriedade Industrial foi constituída em 1996, ao passo que a concessão de patente para o segundo uso passou a ser admitida desde em 1984 com as primeiras decisões do Escritório Europeu de Patentes.[101]

Assim, verifica-se que a ausência de menção do legislador se encontra na perspectiva de silêncio eloqüente, isto é, a ausência de disposição legislativa intencional, a qual não se confunde com a lacuna legislativa, a qual costuma decorrer do avanço da matéria de direito na sociedade e nas relações jurídicas de forma superveniente à norma positivada, de forma que, se torna necessária a atualização da

[100] FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica / R Limongi França; atualizador Antonio de S. Limongi França; prefácio Giselda M. F. Novaes Hironaka. – 11. ed. rev.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

[101] JANUZZI. A.H.L. et al. *Especificidades do patenteamento no setor farmacêutico: modalidades e aspectos da proteção intelectual*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 24(6):1205-1218, p. 1205 a 1219, jun, 2008.

norma jurídica, seja por meio de nova Lei, seja por meio de interpretações integrativas que visem supri-la.

Nessa senda, saliente-se que na exposição de motivos da Lei n. 9.279/96[102], o legislador explica expressamente que o diploma em questão passaria a regular a possibilidade da concessão de patentes para medicamentos para que seja promovida a compatibilização da legislação doméstica com a internacional. Contudo, só se expedirá patentes relacionadas aos produtos e aos processos e com marco temporal definido (não retroagindo aos pedidos anteriores aos definidos na exposição). Assim, oportuno se faz colacionar o teor dos referidos motivos:

> 7. Atento aos objetivos governamentais de se compatibilizar a legislação doméstica com a prática internacional, o anteprojeto passa a admitir a patenteabilidade de produtos químicos, alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos. No entanto, em razão da necessidade de adaptação da indústria nacional ao sistema patentário que se propõe só se expedirá patente aos mencionados produtos a partir de 01.01.93, quando se tratar de invenção de processo e a partir de 01.01.94, no caso de invenção de produto.

Sendo assim, a exposição de motivos da Lei n. 9.279/96, bem como a existência da discussão e a aceitabilidade da concessão de patentes de segundo uso para medicamentos em determinados países, permitem inferir que a ausência de menção ao "uso" nos objetos de tutela da Lei n. 9.279/96 se deu forma intencional e não por lacuna ou omissão do legislador ordinário, motivo pelo qual também é incompatível a interpretação extensiva ou integrativa do instituto, de forma que a abarcar a tutela de patentes dessa espécie, sob pena ilegalidade.

Por fim, cabe mencionar que o INPI não possui o condão de criar direito que a própria Lei Federal não reconhece. Isso porque a própria Carta Magna reservou à legislação ordinária a tarefa de fazê-lo, ao passo que a sua própria norma instituidora não lhe outorgou poderes tanto. Nesse sentido, cumpre salientar que o

---

[102] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo / Luis Roberto Barroso. Brasília, 2018. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9279-14-maio-1996-374644-exposicaodemotivos-149808-pl.html > Acesso em 10 mai. 2018.

art. 2º, da Lei n. 5.648/70[103], isto é, a norma que criou e rege a autarquia, prevê que incumbe a esta tão somente a "*execução, no âmbito nacional, das normas que regulam a propriedade industrial.*"

Portanto, verifica-se a ausência de diploma legislativo que fundamente a concessão de patentes de segundo uso de maneira geral. O art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que dispõe sobre o instituto da patente em sede constitucional não o engloba e não pode ser utilizado por si só como fundamento para concessão da guarda jurídica do uso em específico por se tratar de uma norma de eficácia limitada, de caráter programático, a qual possui baixa densidade normativa, se limitando a traçar os princípios básicos que devem ser observados pelo legislador ordinário que deverá efetivamente tratar da matéria com seus conceitos e peculiaridades, bem como se abster de praticar atos que esvaziem o commando constitucional. Na perspectiva da Lei n. 9.279/96, verifica-se que esta concede tutela apenas aos processos e aos produtos decorrentes da invenção. A exposição de motivos da Lei aponta a intenção expressa de abarcar os dois objetos mencionados, sobretudo no tocante aos medicamentos. Assim, certo de que o instituto de patentes de segundo uso já existia ao tempo da edição da legislação não se pode considerar a ausência de menção no diploma legal como uma lacuna legislativa, mas sim um silêncio eloqüente do legislador. Além disso, o INPI não detém legitimidade para conceder tutela à modalidade de patente não prevista na legislação federal, seja porque Carta Magna reserva à esta a tarefa de fazê-lo, seja porque a sua própria lei criadora não lhe autoriza. Sendo assim, se pode concluir pela ausência de fundamento legislativo intencional para a concessão de patentes de segundo uso para medicamentos ou para qualquer outro campo, de forma que a interpretação extensiva é incompatível, seja com a Constituição, seja com a Lei de Propriedade Industrial.

4.4 Da importância do fundamento normativo expresso para a concessão de tutela de uso para medicamentos

[103] BRASIL. Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Brasília, 1970. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm> Acesso em: 23 nov. 2017.

A ausência de fundamentação legislativa é a questão mais fundamental da controvérsia objeto do presente estudo. Isso porque impossibilita por si só a concessão do privilégio de segundo uso para os medicamentos, de modo que, se torna secundária a discussão acerca do atendimento dos requisitos estabelecidos pela Lei n. 9.279/96 para considerar o segundo uso como atividade inventiva.

O direito de patente demanda a proteção normativa do Estado para existir, fato este ratificado pelo seu aspecto histórico, pela sua fundamentação teórica e pelas suas finalidades, as quais estão sistematicamente ligadas com normas de institutos diferentes também de interesse e tutela do Estado, de forma que, não pode se cogitar a extensão do direito sem a devida previsão e adaptação legislativa expressa.

Conforme mencionado no início do presente estudo, o direito de patente sofreu sucessivas transformações ao longo do tempo. De início, tinha-se a ausência de tutela em razão do invento ser considerado um bem comum. Posteriormente, se teve a guarda jurídica seletiva do privilégio concedida pelos senhores feudais até chegar à tutela dos ordenamentos nacionais e, por fim, do direito internacional por meio dos tratados aderidos e internalizados pelos países participantes, de acordo com seus respectivos sistemas jurídicos. Dessa forma, percebe-se que sempre coube ao Estado definir as prerrogativas do direito do inventor, as quais foram variáveis ao longo do tempo, se tratando de um instituto que necessita da sua atuação para existir. A concessão de patentes para medicamentos segue no mesmo sentido e exemplifica perfeitamente a questão, pois chegou a ser considerada no ordenamento pátrio, posteriormente foi suprimida e, atualmente, é concedida novamente.

Assim, cumpre acrescentar que essa diferença na perspectiva do direito de patente não está ligada apenas à mudança na concepção da importância do instituto, mas também do interesse do Estado de acordo com cada contexto histórico em concedê-lo. No cenário da concessão de privilégio aos medicamentos, percebe- se que já se tinha a proteção ao inventor e relevante entendimento sobre a sua importância, mas tendo em vista interesses sociais e econômicos e ausência de elemento internacional uniforme sobre a questão, diversos países, de características

diferentes, isto é, desenvolvidos ou em desenvolvimento, suprimiram a tutela nesse campo para o fortalecimento de suas indústrias ou para que fosse possível a consecução das suas políticas públicas de saúde.

Ademais, o papel central do Estado também se faz presente nos próprios fundamentos teóricos do instituto. Concluiu-se no item do presente estudo destinado à elucidação do fundamento do direito do inventor que este se dá no sentido de protegê-lo da "falha de mercado", isto é, situação em que o concorrente pode praticar ato de cunho parasitário ao copiar o seu invento em detrimento dos custos de pesquisa e desenvolvimento que o inventor despendeu, podendo assim comercializá-lo a preço inferior. Contudo, também se verifica que a concessão da tutela do privilégio também visa o compartilhamento de informações que podem ser úteis à sociedade de forma a incentivá-las para estimular o desenvolvimento social e econômico, bem como o compartilhamento de informações, conforme preconizam as teorias do "contrato social", "estímulo social" e da "recompensa".

Ainda nesse sentido, verifica-se que a disposição do direito de patente no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, ratifica o papel central do Estado, da relevância social e da dinamicidade do instituto. Isso porque prevê o direito no rol de garantias individuais, mas estabelece que a lei infraconstitucional que deverá consolidá-lo, estabelecendo os conceitos, requisitos e limites que devem ser observados, contudo, já estabelecendo os critérios para tanto, quais sejam: o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Desse modo, se verifica que a concessão de patentes está intimamente ligada com a tutela de outros institutos de interesse social e econômico, os quais devem pautar o agir do Poder Público. Na perspectiva dos medicamentos, conforme retro mencionado, o artigo 196, da Constituição Federal, aduz expressamente que é dever do Estado garantir o acesso á saúde por meio de políticas sociais e econômicas que visem não só a redução do risco à doença, mas também do acesso aos meios para a sua promoção, proteção e recuperação, dever este o qual se insere o acesso aos

fármacos, de modo que, o deferimento de patentes nesse campo exerce influência nos preços dos medicamentos e possibilidade de concretização do direito à saúde.

Além disso, a concessão da patente está intimamente ligada à ordem econômica e a concorrencial, pois ao conceder o direito de privilégio exclusivo, se cria uma exceção à regra geral da livre concorrência para coibir a prática parasitária, mas se a extensão desmedida e excessiva desse direito pode, ao contrário, acabar se tornando um instrumento de concorrência desleal.

Logo, por se tratar de um instituto historicamente, teoricamente, constitucionalmente e sistematicamente condicionado à expressão do Estado, retirando deste o fundamento legislativo que lhe concede inclusive a própria existência, não se pode suprimir essa atuação para definir a extensão do objeto legal de proteção, sobretudo em uma área sensível como a de medicamentos, a qual está ligada com outro dever constitucional do Estado, qual seja o da tutela da saúde pública. Assim como a própria previsão de patentes para medicamentos demandou reflexos na sociedade civil e na execução de políticas públicas do Estado, a previsão de uma nova modalidade de proteção de patente para os medicamentos certamente demandará novos reflexos, motivo pelo dependem da chancela legislativa para que sejam considerados.

4.5 Da limitação do Poder Judiciário ao apreciar a questão

Se não há fundamento legislativo para a concessão das patentes de segundo uso e o INPI e a doutrina não está autorizada a por si só fazê-lo, a apreciação do Judiciário também deve ser restrita na apreciação da questão, respeitando a necessidade de atuação do legislativo prevista constitucionalmente.

Nesse sentido, cumpre mencionar que expansão da atuação do Judiciário nos Estados Constitucionais é tema de controvertido, do qual se extraem uma série de preocupações para o estabelecimento de limites para o Poder, sob pena de criação de um poder hegemônico, com interpretações tão extensivas que culminam na

usurpação da função legislativa.[104] Incumbem aos três Poderes o papel de interpretar a Constituição para pautar o seu agir. Nessa senda, se deve ressaltar o fato de que quando há diferenças a palavra final tende a ser a do Judiciário. Contudo, nem toda matéria deve ser resolvida nos tribunais.[105]

Nessa perspectiva, cumpre mencionar que os membros do Judiciário não possuem agentes públicos eleitos, motivo pelo qual a decisão excessiva de questões por parte do Judiciário faz com que surge a elitização do discurso, gerando o que se denomina de "dificuldade contramajoritária". Dessa forma, em que pese tenha a capacidade de atuar de forma política ao apreciar questões relacionadas ao Poder Executivo e Legislativo, sobretudo a ilegalidade ou inconstitucionalidade de determinados atos, se deve ter isso em vista para que não ocorra a usurpação de competência. Como critério limitador da atuação do Judiciário em razão de evitar os problemas institucionais, a doutrina constitucional estabeleceu dois critérios que o Judiciário deve levar em considerar ao decidir uma matéria constitucional de natureza política: o da "capacidade institucional" e dos "efeitos sistêmicos".

A "capacidade institucional" se refere à definição de qual Poder está mais habilitado para produzir a decisão em determinada matéria, o que leva em consideração o fato de que o juiz pode não ter o conhecimento técnico específico necessário para tomar a decisão. Já os "efeitos sistêmicos" se referem ao fato de que o juiz pode até possuir a capacidade de realizar a justiça no caso concreto, mas pode não ter a capacidade de avaliar o impacto dessas decisões em um segmento econômico ou em uma prestação de serviço público, motivo pelo qual a posição deve ser de cautela e deferência por parte do Poder Judiciário.[106]

Nessa perspectiva, cabe salientar que tais critérios ratificam a necessidade de abstenção do Judiciário na definição positiva sobre a possibilidade de concessão de

[104] BARROSO. Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo / Luis Roberto Barroso. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 446.
[105] BARROSO. Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo / Luis Roberto Barroso. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 447.
[106] BARROSO. Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo / Luis Roberto Barroso. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 447.

patentes de segundo uso. Isso porque a Constituição Federal definiu ao legislador ordinário o papel de fazê-lo, motivo pelo falta ao Judiciário a capacidade institucional. Além disso, por se tratar de um assunto impacto direto em políticas públicas relacionadas à saúde, outro dever constitucional de resguardo do Estado, bem como do resguardo desse direito pelos próprios membros da sociedade, os efeitos sistêmicos podem ir além da justiça feita naquele caso concreto, sendo de que os tribunais não possuem a melhor qualificação para mensurá-los.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo tratou de enfrentar a controvérsia existente no campo do direito nacional e internacional acerca da possibilidade de concessão do direito de patente de segundo uso para medicamentos. Para tanto, cuidou-se de esclarecer a controvérsia ao explicar o caminho histórico enfrentado até o reconhecimento da outorga das patentes no campo farmacêutico que ao longo durante longo período foi considerado como a exceção ao sistema de deferimento do direito exclusivo, em razão dos impactos de natureza econômica e social que pode causar.

Ainda que se tenha efetivado a referida proteção aos medicamentos e que ainda se tenham discussões no sentido de abrandar os seus efeitos, sobretudo no campo das doenças tropicais, também se tem o ensejo por parte de juristas, países e interessados no sentido de haver a necessidade de extensão da concessão do privilégio exclusivo sob o fundamento de incentivar ainda mais a pesquisa e o desenvolvimento no ramo farmacêutico. Nessa última linha se insere a problemática do segundo uso, por objetivar considerar novo referencial possível para a tutela das patentes, qual seja a outorga do privilégio para cada possível isoladamente considerado de um fármaco.

Nesse cenário, em razão da não previsão expressa da possibilidade nos tratados internacionais que versam sobre a matéria, há países que deferem a possibilidade nos seus ordenamentos, os quais possuem como característica o fato de serem desenvolvidos, ao passo que outros países a rechaçam, os quais costumam ser

países em desenvolvimento. Isso pode ser justificado em razão de que os primeiros possuem melhor consecução econômica para concretizar as políticas públicas de saúde mesmo com a concessão da proteção e que possuem as maiores indústrias farmacêuticas em sua localidade, ao passo que os segundos sofrem com a escassez de recursos para tanto.

No contexto nacional, o Brasil não possui legislação expressa sobre o assunto, de forma que, o INPI considera a possibilidade de concessão do privilégio para as patentes de segundo uso de acordo com a "fórmula suíça", contrariando as disposições do GIPI, sendo possível verificar falta de consenso sobre a questão no âmbito do Poder Executivo. No âmbito do Poder Legislativo, se tem em tramitação projetos de lei para expressamente vedar a concessão do privilégio de segundo uso, o qual ainda não conta com aprovação. Por fim, no âmbito do Poder Judiciário se tem a divergência de entendimentos, havendo precedentes favoráveis e desfavoráveis, não sendo possível se determinar algum que seja majoritário.

Dessa forma, o presente estudo se propôs a analisar os argumentos favoráveis e contras à concessão para que a partir do ponto incontroverso sobre a questão e com base na atual legislação sobre a matéria definir sobre a possibilidade jurídica da outorga das patentes de segundo uso de medicamentos. Ao se verificar que é incontroverso o fato de que a legislação brasileira e internacional não concede fundamento normativo expresso sobre a questão, tal questão seria suficiente por si só para inviabilizar a outorga do privilégio, diante da impossibilidade de se extrair entendimento diverso da legislação atual, bem como pela importância da sua existência, sem a qual não há o que se falar em legitimidade da outorga por parte do INPI e que entendimento jurisprudencial diverso implicaria em usurpação da competência do Poder Legislativo.

Nesse sentido, cumpre elucidar que foi possível concluir que o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que dispõe sobre o instituto da patente em sede constitucional não o engloba e não pode ser utilizado por si só como fundamento para concessão da guarda jurídica do uso em específico por se tratar de uma norma

de eficácia limitada, de caráter programático, a qual possui baixa densidade normativa, se limitando a traçar os princípios básicos que devem ser observados pelo legislador ordinário, o qual determina a competência para tratar da matéria com seus conceitos e peculiaridades, bem como se abster de praticar atos que esvaziem o comando constitucional.

Na perspectiva da Lei n. 9.279/96, diploma normativo que satisfaz o mandamento constitucional, verifica-se que esta concede tutela apenas aos processos e aos produtos decorrentes da invenção. A exposição de motivos da Lei aponta a intenção expressa de abarcar os dois objetos mencionados, sobretudo no tocante aos medicamentos. Assim, certo de que o instituto de patentes de segundo uso já existia ao tempo da edição da legislação não se pode considerar a ausência de menção no diploma legal como uma lacuna legislativa, mas sim um silêncio eloqüente do legislador. Além disso, o INPI não detém legitimidade para conceder tutela à modalidade de patente não prevista na legislação federal, seja porque Carta Magna reserva à esta a tarefa de fazê-lo, seja porque a sua própria lei criadora não lhe autoriza. Sendo assim, se pode concluir pela ausência de fundamento legislativo intencional para a concessão de patentes de segundo uso para medicamentos ou para qualquer outro campo, de forma que a interpretação extensiva é incompatível, seja com a Constituição, seja com a Lei de Propriedade Industrial.

No tocante à importância do fundamento legislativo expresso, foi possível concluir que patente demanda a proteção normativa do Estado para existir, fato este ratificado pelo seu aspecto histórico, pela sua fundamentação teórica e pelas suas finalidades, as quais estão sistematicamente ligadas com normas de institutos diferentes também de interesse e tutela do Estado, de forma que, não pode se cogitar a extensão do direito sem a devida previsão e adaptação legislativa expressa, sobretudo em uma área sensível como a de medicamentos, a qual está ligada com outro dever constitucional do Estado, qual seja o da tutela da saúde pública. Assim como a própria previsão de patentes para medicamentos demandou reflexos na sociedade civil e na execução de políticas públicas do Estado, a previsão de uma

nova modalidade de proteção de patente para os medicamentos certamente demandará novos reflexos, motivo pelo dependem da chancela legislativa para que sejam considerados.

Por fim, se analisou com base nos critérios estabelecidos pela doutrina constitucional de Luis Roberto Barroso para definição de limites do agir do Poder Judiciário na apreciação de questões constitucionais a necessidade de abstenção deste na definição positiva sobre a possibilidade de concessão de patentes de segundo uso. Isso porque a Constituição Federal definiu ao legislador ordinário o papel de fazê-lo, motivo pelo falta ao Judiciário a capacidade institucional para constituir o direito. Além disso, por se tratar de um assunto impacto direto em políticas públicas relacionadas à saúde, outro dever constitucional de resguardo do Estado, bem como do resguardo desse direito pelos próprios membros da sociedade, os efeitos sistêmicos podem ir além da justiça feita naquele caso concreto, sendo de que os tribunais não possuem a melhor qualificação para mensurá-los. Assim, a recomendação com base nessa avaliação é a da cautela e reverência do Judiciário ao Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

RAEFFRAY Ana Paula Oriola de. "*O bem estar social e o direito de patentes na seguridade social".* São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 148 – 187.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Editora Evocati. 2007, p. 191-201.

PINTO, Ana Paula Gomes. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 14, n. 102, p. 191 a 211, Fev./Mai. 2012.

BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Brasília, 1996. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.html> Acesso em: 23 nov. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *A questão do segundo uso farmacêutico*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>. Acesso em: 23 nov. 2017.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002,

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 nov. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *A revisão da lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional / relator: Newton Lima; equipe técnica: Pedro Paranaguá (coord.)... [et al.] ; consultores legislativos: César Costa Alves de Mattos, Fábio Luis Mendes, Mauricio Jorge Arcoverde de Freitas [recurso eletrônico]*. Brasília, Edições Câmara, 2013.

INPI, *Cerimônia com Presidente Temer marca acordo com Anvisa e nova IN de contratos.* Brasília, 2017. Disponível em: < http://www.inpi.gov.br/noticias/cerimonia- com-presidente-temer-marca-assinatura-de-acordo-com-anvisa-e-anuncio-da-nova- in-de-contratos > Acesso em 20 mai. 2018. 20:38.

VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática: de acordo com a Lei nº 9.279, de 14-5-1996.* São Paulo: Atlas, 1996.

POLÔNIO, Carlos Alberto. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos: regras comerciais, direito à saúde e direitos humanos. Revista de direito sanitário,* São Paulo: v. 7, n. 1/2/3, 2006, p.163-182.

VARELLA. M.D. et al. *Propriedade intelectual e desenvolvimento / Marcelo Dias Varella (organizador e co-autor).* São Paulo: Lex Editora, 2005.

MARQUES, João Paulo F. Remédio: *O âmbito de proteção das patentes de uso terapêutico de substâncias químicas compreendidas no estado da técnica a concessão à terceiros de AIM de medicamentos genéricos contendo o mesmo ingrediente ativo para diferente utilização terapêutica*. Revista de propriedade intelectual – direito contemporâneo e constituição, Aracaju, Ano III, Edição nº 5/2014, Fev/2014.

BARBOSA. Denis. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf> Acesso em mai. de 2018.

BRASIL. *Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970*. Brasília, 1970. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm> Acesso em: 23 nov. 2017.

MDIC, *GIPI Grupo Interministerial da Propriedade Intelectual. Brasília, 2018.* Disponível em: < http://www.mdic.gov.br/index.php/inovacao/inovacao-global-e-propriedade-intelectual/propriedade-intelectual/gipi-grupo-interministerial-de-propriedade-intelectual> Acesso em 20 mai. 2018. 20:43.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, *PL 2.511/2007. 2018*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=3786 5 4&ord=1> Acesso em 24 mai. 2018. 14:08.

PINTO, Ana Paula Gomes. *Patentes de segundo uso médico: estudo sobre argumentos positivos e negativos para a concessão do registro no Brasil*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 14 n. 102 Fev./Mai. 2012 p. 191 a 211.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Apelação Cível. *AC 200551015004279 RJ*. Segunda Turma Especializada. Apelante: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Apelado: Instituto Nacional de Propriedade Industrial e outros. Relator: Des. Messod Azulay Neto.Rio de Janeiro, 25 de maio de 2010. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15300800/apelacao-civel-ac-200551015004279-rj-20055101500427-9?ref=juris-tabs> Acesso em: 26 de maio de 2018.

BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo / Luis Roberto Barroso*. São Paulo: Saraiva, 2017

CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Legislação informatizada – Lei n. 9.279, de 14, de maio, de 1996 – Exposição de motivos*. Brasília, 2018. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9279-14-maio-1996-374644-exposicaodemotivos-149808-pl.html > Acesso em 10 mai. 2018. 16:17.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional / Alexandre de Moraes – 6. ed. atualizada até a EC nº 52/06*. São Paulo: Atlas, 2006.

JANUZZI. A.H.L. et al. *Especificidades do patenteamento no setor farmacêutico: modalidades e aspectos da proteção intelectual*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 24(6):1205-1218, p. 1205 a 1219, jun, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica / R Limongi França; atualizador Antonio de S. Limongi França; prefácio Giselda M. F. Novaes Hironaka. – 11. ed. rev.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41

A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Jéssika Steffany Castro da Costa

RESUMO

A presente pesquisa tem o escopo de expor como um consagrado instituto pertencente ao Direito das Sucessões e ao ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a legítima, tem sido objeto de controvérsias entre os doutrinadores desse ramo, de modo que se fará a análise da legítima colocando-a em confronto com um dos princípios basilares do Direito Civil, e consequentemente, do Direito das Sucessões, o princípio da autonomia privada. De modo que perpassa-se pelas noções básicas e históricas tanto do instituto da legítima quanto do princípio da autonomia privada, e do próprio Direito das Sucessões em si, para possibilitar o melhor entendimento do conflito existente entre eles. Nesse sentido, em uma análise do Direito comparado quanto ao tema e também do pensamento de autores civilistas, demonstra-se a visão de que o instituto da legítima necessita de revisão para se adequar aos novos modelos sociais que surgiram na atualidade, em especial aos novos núcleos familiares que estão sendo formados não apenas com parentes consanguíneos, mais também com amigos e indivíduos ligados por laços de afetividade.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Legítima. Princípio da Autonomia Privada. Herdeiros Necessários. Sucessão testamentária.

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa insere-se no Direito das Sucessões, ramo do Direito Civil que trata das regras para nortear os procedimentos que serão realizados no momento da divisão do patrimônio de um indivíduo, quando esse vier a falecer, assim, um dos institutos do ramo sucessório é a legítima, a qual determina que a metade do patrimônio do *de cujus* obrigatoriamente será destinada aos herdeiros necessários, que são conceituados como a classe de herdeiros que possuem o direito

à legítima, sendo eles os descendentes, ascendentes e cônjuge. Por conseguinte, o Direito Sucessório rege-se por princípios, dentre eles, o princípio da autonomia privada, que é entendido como o princípio que determina que deve-se conceder aos sujeitos de direito a liberdade de reger sua vida privada sem a constante interferência estatal.

Nesse sentido, ao analisar a legítima e o princípio da autonomia privada, ambas as categorias pertencentes ao Direito Civil, percebe-se que tais tópicos são aparentemente conflitantes entre si, posto que o primeiro é fruto de uma determinação estatal imposta sobre os indivíduos e o segundo busca exatamente deter a exacerbada intervenção estatal na vida privada dos membros de uma sociedade. Assim, é importante firmar um debate sobre o tema, tendo em vista que no campo do Direito não pode haver conflito de modo a prejudicar a coesão do sistema jurídico.

Assim, a problemática que se impõe nesse trabalho é a de que a manutenção da legítima acaba por causar situações de injustiça e severas limitações ao princípio da autonomia privada, em virtude de que se determinado sujeito, com seus próprios esforços, construiu seu patrimônio, deveria ter o direito de transferi-lo a quem escolhesse, independentemente de haver vínculo sanguíneo ou matrimonial. Portanto, buscou-se reunir informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: É necessária a revisão da legítima dos herdeiros necessários, tendo por base o princípio da autonomia privada?

Para responder ao problema de pesquisa, no capítulo 1 e 2, utilizando-se da metodologia de pesquisa bibliográfica, após a exposição teórica dos principais tópicos para permitir a melhor elucidação do tema, se utilizará do arcabouço histórico para compreender o que levou o Brasil a adotar a legítima.

No capítulo 3 será analisado o Direito Comparado, para entender o contexto de cada país que justificou a adoção ou não da legítima, bem como quais são as normas de cada país e em que elas diferem do modelo brasileiro. Ainda, serão expostos os pontos positivos e negativos da legítima, embasando-se em autores e filósofos que debateram sobre o tema.

Por fim, será demonstrado como a legítima necessita de revisão, novamente recorrendo-se aos autores que efetuaram pesquisa sobre o tema.

2 EVOLUÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO DIREITO DAS SUCESSÕES E DA LEGÍTIMA

Para iniciar o presente trabalho se faz necessário construir uma base que permita o entendimento dos diversos institutos que compõem o direito civil e, mais especificamente, o direito sucessório.

Por conseguinte, para iniciar o estudo se conceituará o direito sucessório, passando-se por sua evolução tanto no direito estrangeiro quanto no direito pátrio. Após, serão abordadas a sucessão testamentária e a sucessão legítima, quanto a esta, objeto do presente trabalho, serão feitas algumas pontuações e relações com a figura dos herdeiros necessários.

2.1 Conceituação do Direito das Sucessões

Dentre os ramos do Direito Civil, encontra-se o Direito das Sucessões, cujas normas que o disciplinam estão contidas no último livro do Código Civil.

O Direito das Sucessões pode ser conceituado como o estudo do conjunto das normas e demais disposições acerca da transferência de bens do *de cujus* para seus herdeiros.

> Compreende-se por Direito das Sucessões o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte.
>
> É justamente a modificação da titularidade de bens que é o objeto de investigação deste especial ramo do Direito Civil. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 36)

Ou seja, havendo o evento morte, os efeitos jurídicos que decorrerão a partir daí, principalmente em relação ao patrimônio do *de cujus*, serão objeto de regulação pelo Direito Sucessório, que é concebido como um dos ramos mais completos e complexos do Direito Civil, em razão de abarcar uma série de outros ramos do

direito civilista, como o direito de família e o direito das obrigações, e, por esse motivo, é o último ramo a ser estudado.

Além de que, conforme pensamento de Tartuce (2017), tendo em vista que o direito sucessório regula as situações fáticas que giram em torno do último evento da vida, qual seja, a morte, logicamente, fecha o estudo do Código Civil.

Assim, pode-se observar que o Código Civil começa dispondo sobre a normas que regulam o nascimento e o início da personalidade do indivíduo, e termina dispondo normas que regulam o fim da personalidade do indivíduo.

Logo, se o Direito existe para regulamentar os eventos mais relevantes da vida humana, não poderia deixar de normatizar as consequências que advêm do evento morte, principalmente as consequências patrimoniais. Assim, sendo tal evento algo imprevisível, ao menos seus efeitos jurídicos poderão ser previstos. Nos dizeres de Nanni (2012, p. 778):

> De fato, se a morte é um acontecimento inevitável na vida humana, ficaria frustrada a garantia que se procura proporcionar à família se não fosse possível ao titular de determinado acervo patrimonial ter a certeza que os seus bens serão transmitidos, após a sua morte, aos seus herdeiros.

Portanto, tendo-se entendido o que significa a acepção "Direito das Sucessões", é importante entender por que alterações e mudanças históricas o mesmo passou para se chegar ao que se tem hoje.

2.2 Da Evolução do Direito das Sucessões no Direito Estrangeiro

A evolução histórica do Direito das Sucessões varia conforme cada país, tendo em vista as especificidades de cada nação e seu grau de evolução, assim, em razão de ser o sistema brasileiro o principal enfoque de estudo do presente trabalho, é que se faz necessária a análise da evolução histórica de dois sistemas que influenciaram o atual direito pátrio, quais sejam o direito sucessório romano e português.

Por consequência, a necessidade de se estudar as raízes históricas dos institutos pertencentes ao Direito se dá na medida em que não são figuras estanques, pelo contrário, são fruto de uma lenta evolução, que perpassa diversos momentos históricos, e sofre influência de diversos países e nações.

Em razão de ser o Direito uma ciência social, tem-se que usualmente os eventos ocorrem no âmbito da sociedade e geram problemas e questões a serem resolvidas, para depois, ante a necessidade de solucionar tais problemas, vir o Direito e propor uma resposta jurídica que resolva o problema, e para tal resolução, é preciso que sejam analisados os antecedentes históricos que giram em torno da questão a ser solucionada.

> Nas ciências sociais, ao contrário do que ocorre nas físicas, o estudioso não pode provocar fenômenos para estudar as suas consequências. É óbvio que não se pratica um crime nem se celebra um contrato apenas para se lhe examinarem os efeitos. Portanto, quem se dedica às ciências sociais tem seu campo de observação restrito aos fenômenos espontâneos, e o estudo destes, na atualidade, se completa com o dos ocorridos no passado. É por isso que, se o químico, para exercer sua profissão, não necessita de conhecer a história da química, o mesmo não sucede com o jurista. (ALVES, 2016, p.2)

Portanto, muitas vezes para se entender o presente é necessário se recorrer ao estudo do passado, em razão de lá estarem as raízes dos institutos existentes hoje.

Assim sendo, passa-se ao estudo da evolução histórica.

2.2.1 Direito Romano

De acordo com as ideias de Gonçalves (2017) e Carvalho (2017), o direito sucessório teve origem em Roma a partir da Lei das Doze Tábuas, que foi considerada uma das primeiras leis escritas existentes no mundo, ela prescrevia que *o pater familias* era livre para desfazer-se de seus bens *post mortem* como bem entendesse, por meio do testamento, que era uma figura de extrema importância, pois o Direito Romano antigo era baseado no núcleo familiar, sendo que não era de bom tom que

alguém falecesse sem deixar testamento. Porém, se tal situação ocorresse, a Lei das XII tábuas relacionava quem deveria suceder o *de cujus*:

> Nesse tempo, ainda, estabeleceram-se classes de herdeiros preferenciais, na seguinte ordem, em caso de inexistir testamento:
>
> a) Os *sui*, ou *heredes sui et necessarii*, isto é, os filhos sob pátrio poder (atualmente 'poder familiar'), a mulher com filhos e demais parentes sujeitos ao *de cujus*. O Código Civil adotou a expressão 'herdeiros necessários'. Nessa classe se incluíam os *heredes necessarii*, que eram os escravos libertados no testamento e concomitantemente herdeiros.
>
> b) Os *agnati*, ou as pessoas sob o então chamado pátrio poder (no Código Civil vigente 'poder familiar'), ou que se subordinavam ao *pater familias*, sendo contemplado o agnado mais próximo.
>
> c) Os *gentiles* – ou pessoas que pertenciam aos membros da mesma *gens*, ou da estirpe. (RIZZARDO, 2015, p. 3)

Ressalta-se que nesse sistema caso o falecido deixasse dívidas, e essas ultrapassassem o patrimônio da herança, deveriam ser arcadas pelos herdeiros com seu próprio patrimônio. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017)

Após a Lei das XII Tábuas, veio o sistema pretoriano, no qual surge da bonorum possessio, que expande a ordem da vocação.

O sistema do direito pretoriano foi o período em que os pretores, espécie de juízes que interpretavam a lei, passaram a implementar diversas mudanças, dentre elas, a instituição da *bonorum possessio*, que podia ser entendida como a possibilidade de se ter a posse de bens do *de cujus* sem a necessidade de testamento, que normalmente era requerida por aqueles que estavam excluídos da herança. Nessa sistemática, o pretor estabeleceu a ordem de chamamento.

Primeiramente, na figura da Bonorum possessio unde liberi, eram chamadas todas as pessoas livres, em segundo, na Bonorum possessio unde legitimi, estavam aqueles incluídos na Lei das XII Tábuas, ou seja, os indivíduos que estavam sob a subordinação do pater familias, em terceiro, na bonorum possessio unde cognati, estavam os que não seriam considerados descendentes do pater, e,

consequentemente, pela Lei das XII Tábuas, estariam excluídos da herança, em seguida, na Bonorum possessio unde vir et uxor, estava o cônjuge. (OLIVEIRA, I., 1998)

Após o sistema pretoriano, veio o sistema do direito imperial, com as seguintes modificações:

Foi instituído o direito de a mãe suceder aos bens do filho antes dos irmãos e irmãs paternos, além do inverso, o filho passou a poder suceder aos bens da mãe antes dos irmãos e irmãs paternos, além disso, ampliou-se a sucessão para os demais ascendentes após a figura materna. (OLIVEIRA, I.,1998)

Por fim, veio o sistema de Justiniano, que, segundo Marky (1995), unificou todos os períodos anteriores, tendo adotado definitivamente a figura da sucessão por consanguinidade. Estabeleceu-se a seguinte ordem de sucessão: em primeiro lugar seriam chamados à sucessão os descendentes do falecido, em seguida, em concorrência, seriam chamados os ascendentes, os irmãos dos mesmos pais e sobrinhos, em terceiro lugar seriam chamados os irmãos de apenas um dos pais e sobrinhos, em quarto lugar estavam os cognados, e não havendo nenhuma dessas classes de herdeiros, o cônjuge era chamado à sucessão.

Portanto, pode-se sintetizar que:

> No direito romano havia três sistemas de vocação hereditária: o do direito quiritário, baseado exclusivamente no princípio agnatício; o do direito pretoriano, que corrigiu o sistema quiritário pela introdução de novas regras em favor dos parentes cognáticos; e o do direito imperial da época pós-clássica, culminando com a legislação justinianéia, que fez prevalecer, com exclusividade, o parentesco cognático. (MARKY, 1995, p. 185)

Pelo exposto, percebe-se que paulatinamente, o direito romano foi deixando de lado a sucessão testamentária, e adotando a sucessão legítima.

2.2.2 Do Direito Português

O Direito Português, principalmente no que toca ao ramo do direito sucessório, sofreu grande influência do Direito Romano, tanto que nos primórdios de seu direito foi utilizada a ordem de vocação hereditária do sistema Justiniano.

Um dos primeiros códigos a vigorarem em Portugal foi o Código Visigótico, que era a legislação do povo bárbaro conhecido como visigodos, povo que tomou parte do território Europeu, após a queda do Império Romano. (CARMINATE, 2011)

> Quando Roma dominou a Península Ibérica, vários povos já haviam habitado o lugar, como os Celtas, Iberos, Tartésios, Cartagineses, Fenícios, Gregos e os Celtiberos, destacando-se entre estes os Lusitanos, que habitavam o centro e o Norte do que é hoje Portugal. Os romanos sofreram resistência destes últimos, mas no século II a.C. os lusitanos absorveram a cultura dos invasores. A partir do século V, os povos bárbaros germânicos começaram a invadir a Península Ibérica, principalmente os Alanos, Vândalos e Suevos. Com isso, outra tribo, a dos Visigodos, fez acordo com os romanos e tomou a região, momento em que o direito visigótico passou a dominar a região, por intermédio do Código Visigótico. (MACIEL, 2016, p. 20)

No que toca à questão sucessória, O Código Visigótico dispunha que sucederiam o *de cujus* os parentes em linha reta, primeiramente os descendentes, e, em não havendo esses, herdariam os ascendentes. Entre os descendentes, não havia distinção entre homens e mulheres. Assim, os parentes colaterais só entravam na sucessão se não houvessem parentes em linha reta.

Quanto à questão testamentária, dispunha que existia o direito de dispor dos próprios bens por testamento, mas, somente se não houvessem descendentes. Além disso, o Código também prescrevia que era proibida a deserdação dos descendentes.

Em relação ao cônjuge, apenas entrava na sucessão se não houvessem parentes consanguíneos até o sétimo grau.

Após o Código Visigótico, as legislações que vieram a ter grande relevo foram as Ordenações do Reino, sendo consideradas propriamente direito português,

foram três ordenações: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas.

Conforme o estudo de Carminate (2011), as Ordenações Afonsinas pouco inovaram na questão sucessória, tendo absorvido a ordem sucessória presente no Código Visigótico, as mesmas disponham que o *de cujus* tinha a liberalidade de, por meio de testamento, dispor de 1/3 do seu patrimônio da forma que quisesse.

As Ordenações Manuelinas também não efetuaram grandes mudanças no campo do direito sucessório.

Por fim, as Ordenações Filipinas, semelhantes as outras, também não trouxeram nada de novo para o campo do Direito das Sucessões.

Conforme demonstra Carminate (2011, p. 23), é "interessante observar que, apesar de fortemente influenciadas pelo direito romano, as Ordenações não seguiram a ordem de vocação hereditária estabelecida por Justiniano, tendo sido adotada a ordem estabelecida no código visigótico [...]".

Após as Ordenações, merecem destaque o Código Civil de 1867, de 1966 e a reforma do Código Civil de 1977.

Nas lições de Costa (1997), o Código Civil de 1867, o primeiro código civil português, em matéria sucessória trouxe como inovação a abolição do princípio da essencialidade da instituição de herdeiro, de raízes romanas. Quanto a ordem sucessória permanecia sendo primeiro os descendentes, em segundo os ascendentes, e na falta dos dois, os irmãos e os sobrinhos.

O Código Civil de 1966 trouxe como mudança a separação dentro da sucessão legal dos institutos da sucessão legítima e sucessão legitimária, além de que prescreveu que na sucessão dos descendentes, a quota da legítima era de metade ou 2/3 da herança, quando concorresse apenas um filho ou mais de um. Logo, a quota disponível era de metade ou de um terço. Na sucessão dos ascendentes, aos pais cabiam metade da herança, já aos demais ascendentes, na falta dos pais, apenas 1/3. De modo que as quotas disponíveis eram de metade ou de 2/3.

Em 1977 foi realizada uma reforma do Código Civil de 1966, na qual consagrou-se a igualdade entre os filhos e entre homens e mulheres, inovou-se na questão da sucessão do cônjuge, tendo o colocado para suceder junto com os ascendentes e descendentes. Assim, quando concorresse com os filhos, a quota do cônjuge não poderia ser inferior a 1/4 da herança, Já se não houvessem descendentes, o cônjuge concorria com os ascendentes, sendo 2/3 para ele e 1/3 para os ascendentes. (COSTA, 1997)

Portanto, o Código de 1966 é a legislação que encontra-se em vigor atualmente, com as alterações trazidas pela reforma de 1977.

2.3 Da Evolução Do Direito das Sucessões no Direito Brasileiro

O Direito Brasileiro passou por uma lenta evolução quando se trata de direito sucessório.

Conforme se demonstrará a seguir, tivemos dois Códigos de grande importância, o Código Civil de 1916 e o Código Civil 2002, sendo esta a legislação civilista que está em vigor. Sendo que desde a independência do Brasil em 1822 até a elaboração do Código Civil de 1916, o país regeu-se por disposições esparsas que não regulamentavam de forma plena os atos que ocorriam na ordem civil, diversos projetos foram elaborados ao longo dos anos 1800, porém, por diversas razões não foram promulgados, como será exposto a seguir.

2.3.1 Antes do Código Civil de 1916

O Brasil durante muito tempo incorporou a legislação de Portugal, de modo que, diferentemente de outras nações, tardiamente veio a ter sua própria Constituição e legislação esparsas.

Inicialmente, foi elaborada a Constituição do Império do Brasil, de 1824, a qual determinou que houvesse a elaboração de um Código Civil. Sendo que em 1850,

houve a criação do Código Comercial Brasileiro, porém não pôde ser considerado como um ordenamento tipicamente civil. (POLETTO, 2013)

Em 1858, Augusto Teixeira de Freitas elaborou uma consolidação da leis civilistas esparsas, sendo que tal ordenamento continha uma seção específica que tratava do Direito das Sucessões, como exemplo, tinha-se o art. 1.006, o qual dispunha que os herdeiros legitimários seriam somente os descendentes e ascendentes, por sua vez, o art. 1.008 prescrevia que era necessária a expressa instituição dos herdeiros necessários. (POLETTO, 2013)

Em seguida, foram apresentados diversos projetos de um Código Civil Brasileiro, em 1882 foi apresentado o Projeto Felício Santos, em 1893 o Projeto de Antônio Coelho Rodrigues, o qual prescrevia em seu art. 2.499 a figura da legítima dos ascendentes e descendentes, sendo que o art. 2.501 dispunha a possibilidade de redução da legítima para usufruto dos bens legitimários, ambos os projetos não lograram êxito. (POLETTO, 2013)

Posteriormente, em 1907, criou-se a Lei Feliciano Pena, trazendo a inovação no campo do Direito das Sucessões, ao colocar o cônjuge a frente dos colaterais na ordem sucessória. (POLETTO, 2013)

Em seguida, foi elaborado o Código Civil de 1916.

2.3.2 Código Civil de 1916

A importância de se expor as normas sucessórias do Código Civil de 1916, para além do estudo histórico, se dá na medida em que a incidência das normas de tal código ainda poderá ocorrer, em razão de ser aplicada a lei vigente ao tempo da morte.

No Código Civil de 1916 não havia a denominação herdeiros necessários, porém, existia a disposição de que o testador não poderia dispor de mais da metade de seus bens se existissem ascendentes e descendentes, logo, de forma implícita reconhecia que eram herdeiros necessários os descendentes e ascendentes, de modo

que, o cônjuge só entraria na sucessão se não houvessem aquelas classes de herdeiros. Além disso, não era possível que classes diferentes de herdeiros concorrem entre si:

> o estabelecimento da ordem de chamada para suceder era verdadeiramente seccionada, vale dizer, era feita por etapas vocatórias que não se interpenetravam e que não admitiam concorrência, como se os herdeiros de primeira ordem subordinassem os herdeiros de segunda, os de terceira, ou e os de quarta ordens, inexistindo entre eles qualquer espécie de concorrência, ou seja, inexistindo qualquer chance de coordenação entre herdeiros de classes diferentes, num mesmo momento de convocação. (HIRONAKA, 2005, p. 24)

Outra questão relevante no Código Civil de 1916 é que ainda não existia a igualdade entre filhos, prescrevia o art. 337 que eram legítimos "os filhos concebidos na constância do casamento[...]" e, ainda, no art. 358 dispunha que os filhos adulterinos não podiam ser reconhecidos. Quanto aos filhos adotivos, conforme análise de Pacheco (2003, p. 235), "[...] proibindo o Código Civil de 1916, a adoção pelo casal que tivesse filhos, atribuiu ao filho adotivo, quando concorresse com o filho legítimo aparecido após a adoção, a metade da quota deste."

Quanto a questão da sucessão dos colaterais, o Código de 1916, em sua redação original dispunha que haveria a sucessão até o sexto grau.

Em relação a sucessão testamentária, previa o Código que coexistiria com a sucessão legítima, bem como que era livre a instituição de herdeiros e a disposição dos bens, desde que respeitasse a cota dos herdeiros necessários. (PEREIRA, 2017)

No Código de 1916, em seu art. 1.611, a ordem de vocação hereditária adotada era a de primeiramente serem chamados a suceder os ascendentes, em seguida, os descendentes em, por fim, o cônjuge, sendo que esse último não era considerado herdeiro necessário, o que gerava diversas críticas de escritores civilistas. Como explicação para tal exclusão, Venosa (2013, p. 161) aduz que "entendeu o Código de 1916 de não considerar o cônjuge herdeiro necessário, acreditando que possuindo meação já lhe estaria assegurado um patrimônio de manutenção e sobrevivência". De modo que, por ser no código anterior, o regime de

bens principal o da comunhão universal, muitos entendiam que não teria razão a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário. (FERMENTÃO, 2010)

Por ter gerado duras críticas a exclusão do cônjuge do rol de herdeiros necessários, "a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) introduziu o direito hereditário concorrente de usufruto, assim como o direito real de habitação, de acordo com o regime de bens". (VENOSA, 2017, p. 169)

Em relação ao companheiro, não era contemplado como herdeiro de forma alguma, vindo a ser protegido pelo Direito apenas com o advento da Constituição de 1988.

Após a Constituição de 1988, se fez necessária a criação de um novo Código Civil que se adequasse a norma forma democrática de se pensar o direito, a qual surgiu com a Constituição Cidadã, pelo fato de o Código de 1916 estar ligado a pensamentos já ultrapassados, assim, foi elaborado o Código Civil de 2002.

2.3.3 Código Civil de 2002

Conforme apontamento de Euclides de Oliveira (2004), as inovações trazidas pelo Código de 2002 foram na questão da vocação hereditária, dando especial destaque a figura do nascituro.

Ainda, na sucessão testamentária:

> [...] o Código vigente resolve antigo questionamento sobre a extensão temporal do conceito de prole eventual, a saber, até quando se lhe garante a vocação hereditária. Por disposição de seu art. 1.799, inc. I, com explicitação no art. 1.800, somente prevalece por dois anos a nomeação, pelo testador, de filhos ainda não concebidos, de pessoas por ele designadas e vivas para sucedê-lo. (OLIVEIRA, I. 2004, p. 59)

Porém, a maior das inovações trazidas pelo Código foi a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes, ou seja, além de ser chamado a suceder, em terceiro grau, quando não houverem ascendentes e descendentes, pelo novo diploma, o cônjuge também partilhará a herança junto com os ascendentes e

descendentes. No caso dos descendentes, será excluído da partilha da herança em alguns regimes de bens. (CARVALHO NETO, 2015)

Em razão disso, o cônjuge passou a figurar junto com os ascendentes e descendentes como herdeiro necessário, tendo agora uma série de direitos, tais como:

> Ao cônjuge o legislador confere a qualidade de herdeiro necessário (art. 1845), o que de pronto lhe assegura direito sobre a metade dos bens da herança, a chamada legítima, da qual só será afastado por indignidade ou por deserdação (art. 1846). Vedada a gravação de sua legítima com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, salvo se houver justa causa, declarada no testamento (art. 1848). (VIEGAS, 2007, p.8)

Percebe-se então que o Código Civil de 2002, atento as significativas modificações que ocorreram na sociedade, regulou situações que ainda não eram de forma eficiente tratadas pela legislação como a situação do companheiro e do nascituro.

Acerca das disposições quanto aos herdeiros necessários, o Código Civil de 2002 trouxe o cônjuge como herdeiro necessário, assim como os descendentes e ascendentes, além de que estabeleceu que o cônjuge irá concorrer com os ascendentes e descendentes, quanto a estes de forma condicionada, a depender do regime de bens, e ainda, desde que não esteja separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos. (BOECKEL, 2006)

Pelo exposto, atendendo as reivindicações de escritores civilistas, o Código Civil de 2002 alinhou-se as ideias trazidas pela Constituição de 1988.

2.4 A Sucessão Legítima e a Sucessão Testamentária

Dentro do direito das sucessões existem duas espécies sucessórias, quais sejam a sucessão legítima e a sucessão testamentária, ambas são aceitas no ordenamento jurídico pátrio, apesar de possuírem inúmeras diferenças entre si e diversas peculiaridades, como será demonstrado a seguir.

2.4.1 A Sucessão Legítima

A sucessão legítima é aquela decorrente da lei, sendo que o Código Civil abstratamente previu quem seriam as pessoas que prioritariamente partilhariam os bens do *de cujus.*

Tal tipo de sucessão ocorrerá quando o *de cujus* não tiver deixado testamento. Inicialmente, ao se analisar a legítima, pensa-se que seria uma forma de sucessão supletiva, que teria lugar em casos excepcionais, quando não houvesse testamento. Ocorre que, o testamento não foi adotado como prática comum pela sociedade brasileira, de modo que é a sucessão legítima que impera no nosso país. A sucessão legítima também será aplicada quando existirem bens que não foram contemplados no testamento, bem como quando esteja presente algum vício nas disposições do testamento. Assim, a legítima é uma figura de especial importância para o direito das sucessões, posto que incide com bastante frequência.

> Pela sucessão legítima, a lei determinará quem serão herdeiros, a ordem de vocação hereditária, bem como a parcela dos bens que caberá a cada um. Na ausência de disposição de vontade por parte do sujeito, por meio do testamento, a lei é aplicada como critério sucessório. (DANTAS, 2015, p. 22)

Pelo exposto, pode se notar que a intenção inicial é que a legítima seja de aplicação subsidiária, o que não ocorre de fato, posto que vem sendo o instituto mais aplicável para reger as relações sucessórias.

2.4.2 Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária apresenta-se como a outra forma de se suceder, sendo uma forma mais livre, em que a própria pessoa estipula quem serão são herdeiros, quais bens pertencerão a quem, dentre outras disposições.

Tartuce (2017, p. 349) conceitua que o "testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, da liberdade individual, como típico instituto *mortis causa*."

Apesar de se levar em conta a liberdade do testador, o testamento deve observar as formalidades legais, mas, sempre respeitando a vontade do *de cujus*, tanto que há previsão expressa de que o testamento deve ser interpretado sempre buscando preservá-la, conforme art. 1.899 do Código Civil. (PACHECO, 2003)

Não é prática comum em nosso país a elaboração do testamento, discorrendo sobre essa figura, Venosa (2012) elenca os motivos que poderiam justificar a não utilização dessa modalidade sucessória:

> [...] ao lado das causas que comumente se apontam, tais como a excelência da sucessão legítima, como tendência natural dos titulares de patrimônio, ou o apego à vida, porque testar é se lembrar da morte, há o fato de que o excesso de solenidades do testamento, com risco sempre latente de o ato poder sofrer ataques de anulação após a morte, afugenta os menos esclarecidos e mesmo aqueles que, por comodismo, ou receio de ferir suscetibilidades, não se abalam em pensar em disposições de última vontade.

De fato, pelo ordenamento jurídico brasileiro prezar pela proteção do patrimônio, é que existem inúmeras formas de se anular um testamento e um certo rigorismo para defini-lo como válido, principalmente quando se trata de um testamento particular, aquele feito sem a presença de uma autoridade pública.

Por conseguinte, pode-se enumerar como características do testamento o fato de ser ato unilateral, voluntário, personalíssimo, solene e revogável a qualquer tempo, em que podem conter disposições tanto patrimoniais quanto não patrimonial, como o reconhecimento de um filho. (POLETTO, 2013)

Quanto aos tipos de testamento, tem-se o testamento público, cerrado e particular, além dos testamentos especiais, quais sejam: marítimo, aeronáutico e o militar. (POLETTO, 2013)

Como requisitos gerais do testamento tem-se que deve ser escrito pelo próprio testador, lido por no mínimo três testemunhas e assinado pelas mesmas. (SOUZA, 2014)

2.5 Herdeiros Necessários e a Legítima

A figura dos herdeiros necessários e a legítima estão intimamente relacionados, sendo os herdeiros os sujeitos a quem o objeto da legítima será ligado, de modo que, não faria sentido a existência da legítima se a lei não houvesse criado um rol de pessoas a quem esta fosse destinada.

Os herdeiros necessários são uma classe de herdeiros que por lei tem preferência na sucessão dos bens do falecido, mais que isso, existindo tais herdeiros e havendo herança, eles necessariamente irão herdar os bens deixados. São eles, conforme disposição do art.1.845 do Código Civil, os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Para eles é reservada a legítima, ou seja, a garantia de que metade do patrimônio do *de cujus* os pertencerá.

> Os herdeiros necessários são os elementos pessoais qualitativos e impeditivos da transmissão da sucessão legítima. São qualitativos, pois as pessoas beneficiadas pela lei com o requisito da imprescindibilidade terão resguardados os seus direitos quanto a eventual herança. Já o efeito impeditivo se relaciona à impossibilidade de que o testador possa dispor no testamento de mais de 50% dos bens. (SOUZA, 2014, p. 45)

Assim, a razão da existência de tais indivíduos pode ser compreendida pela necessidade de permanência do patrimônio dentro do próprio núcleo familiar, ou pelo fato dos herdeiros necessários serem aqueles que estavam mais próximos do *de cujus* ou, em muitos casos, por dependerem dele financeiramente.

2.5.1 Breve histórico da figura dos herdeiros necessários

A figura dos herdeiros necessários no contexto histórico foi surgindo paulatinamente, sendo que no direito romano primitivo não existia, em razão de ser dada total preferência para a sucessão testamentária.

A primeira forma que surgiu de se limitar a sucessão testamentária foi a determinação de que o indivíduo que fosse elaborar um testamento devia expressamente determinar qual dos familiares iria excluir da sucessão. Posteriormente, com a figura da "*querela inofficiosi testamenti*", era possível se anular o testamento em que não estivessem presentes os familiares mais próximos. No

período de Justiniano já apareceu uma figura que se aproximou da legítima, protegendo os ascendentes, descendentes e parentes colaterais. (BOECKEL, 2006)

Merece destaque o direito germânico, em que ao contrário do direito romano, inicialmente tinha-se uma restrição à liberdade de disposição do patrimônio do *de cujus*, sendo que, ao longo do tempo, foi admitindo-se mais liberdade. (BOECKEL, 2006)

No que toca aos herdeiros necessários dentro da legislação brasileira, o estudo desse instituto começa a partir das Ordenações Filipinas, em que não havia propriamente a nomenclatura herdeiros necessários, mas poderiam ser considerados como tais os descendentes, ascendentes e parentes até o 10º grau da linha colateral, sendo que apenas na ausência dos mesmos é que o cônjuge herdaria.

Posteriormente, na consolidação das Leis Civis proposta por Feliciano Pena os herdeiros considerados necessários eram os descendentes e colaterais até o 10º grau. Em 1907, o cônjuge passou a suceder antes dos colaterais, porém não era herdeiro necessário, além de estes entrarem na sucessão apenas até o 6º grau. (RODRIGUES E., 2013)

> No século XIX, vigorava em nosso país regra que garantia aos herdeiros necessários uma quota correspondente a dois terços da herança. O Projeto Beviláqua, de 1889, seguiu essa mesma orientação. Porém, em 1907, através da Lei Feliciano Pena, a parte indisponível foi reduzida para metade do patrimônio hereditário, limite que foi mantido pelo Código Civil de 1916 e também pelo de 2002. O novo Código Civil, todavia, trouxe algumas inovações em relação ao rol dos herdeiros necessários, à possibilidade de imposição de certas restrições à legítima. (BOECKEL, 2006, p.137)

Portanto, a lei sempre buscou selecionar um rol de herdeiros que mereciam uma proteção maior na sucessão e que deveriam ter preferência na ordem de vocação hereditária.

2.5.2 Restrições ao direito à legítima

A legítima, apesar de ser a regra no Direito Sucessório Brasileiro, e ser usualmente mais aplicada que a figura do testamento, possui formas de limitação, como a imposição de cláusulas limitadoras da legítima.

A clausulação da legítima é a possibilidade de o *de cujus* inserir em testamento cláusulas que restrinjam a legítima, são elas a incomunicabilidade, a impenhorabilidade e a inalienabilidade. Todavia, não pode inseri-las ao seu arbítrio, devendo justificar o motivo de tal conduta. (RODRIGUES S., 2003)

A cláusula da incomunicabilidade é aquela que disporá que o bem herdado não irá comunicar entre os cônjuges. (RODRIGUES S., 2003)

A cláusula da impenhorabilidade é aquela que prescreve que, nas palavras de Tartuce (2017, p. 444): "o bem relacionado não pode ser objeto de penhora judicial, ou seja, não pode ser constrito para os fins de satisfação patrimonial de terceiros, caso de credores da parte relacionada.".

Já a cláusula da inalienabilidade é aquela que impedirá que o herdeiro que vir a tornar-se proprietário do bem o aliene, ou transfira a titularidade do mesmo de qualquer forma, de modo que terá os demais atributos da propriedade como o uso, gozo e reivindicação, porém não terá o atributo da disposição. (RODRIGUES S., 2003) A inserção de tais cláusulas no testamento, que restringem a legítima é considerada uma proteção ao núcleo familiar, na medida em que equilibra a vontade do testador, que não é totalmente livre e também os interesses dos herdeiros. Porém, também são alvo de críticas, em razão de impedirem a circulação de bens, que, para os defensores de um Estado atuante representa uma privação para o governo, que não arrecadará impostos derivados das transmissões imobiliárias, "constituindo-se em elemento de insegurança das relações jurídicas, afetando os interesses da sociedade pela obstrução no movimento das riquezas". (GIORGIS, 2004, p.148)

Outra restrição à legítima é o instituto da deserdação, o qual é aplicado quando os herdeiros necessários cometem alguma falta grave contra o titular do patrimônio da herança, tais como ofensa física, injúria e desamparo, assim, em

ocorrendo tais condutas, o autor da herança poderá em testamento deserdar os herdeiros, desde que fundamente tal exclusão. (MELLO, 2017)

2.5.3 A intangibilidade da legítima

A intangibilidade da legítima pode ser concebida como um dos princípios que norteiam o Direito das Sucessões, que tem o significado de representar a legítima um núcleo protegido previamente pela lei, o qual não pode ser afastado por vontade da parte, qual seja, o *de cujus*, em outro dizer, significa que, tendo a lei reservado 50% do patrimônio para os herdeiros necessários, tal reserva, constituindo-se como uma espécie de proteção, deve ser respeitada.

Como bem observa Nanni (2012, p. 839) cintando Maximiliano, "a legítima é intangível: não pode ser diminuída na essência, ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária."

Desse modo, pode-se dizer que tal princípio é um verdadeiro limitador de outro princípio, o da autonomia privada, que no campo sucessório, é representado pela sucessão testamentária, assim, caso um indivíduo decida realizar um testamento, esbarrará na intangibilidade da legítima, e se verá privado de poder dispor livremente de seu patrimônio, pelo menos no que toca a metade de seu patrimônio.

Portanto, pode-se perceber que o ordenamento civilista brasileiro adotou um sistema sucessório ponderado, equilibrado, em que tem-se a sucessão legítima e testamentária, uma representando a vontade da lei e outra representando a vontade do indivíduo, o que representa o novo modelo de Estado adotado em nosso país, em que há uma certa intervenção do Estado na vida privada, regulando algumas situações mas que permite também que em alguns pontos da vida das pessoas, essas possam exercer sua liberdade.

3 O PRÍNCIPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada pode ser entendida como o principal princípio do Direito Privado, e, mais propriamente, do Direito Civil. É compreendida como a liberdade que o indivíduo tem de constituir diversas relações jurídicas e escolher como elas ocorrerão. Também é entendida como o direito do particular de não ter a intervenção do Estado em suas relações particulares.

Pode ser conceituada como:

> [...] a possibilidade de as pessoas, numa relação jurídica estabelecida, pautarem, como bem lhes aprouvesse, dentro dos limites legais, a própria conduta, tornando-se cada uma delas, num procedimento de mútua barganha, árbitra dos próprios interesses. (MIRANDA, 2003, p. 53)

Sua importância se traduz não apenas no Direito Civil, pois tem aplicação, ainda que reduzida, no Direito Constitucional:

> Quanto à importância do tema e do seu estudo, a autonomia privada constitui-se em categoria lógica e princípio fundamental do direito civil e do direito constitucional [...] e também em categoria histórica e dogmática, consagrada que foi como expressão de liberdade individual. (AMARAL, 2006, p. 348)

Assim, é preciso vislumbrar o Direito Civil como um ramo em que, diferentemente dos ramos do Direito Público, impera maior liberdade do indivíduo, pois rege situações que, usualmente, fazem parte pessoas que estão no mesmo nível, em igualdade, como é o caso da pactuação de negócios jurídicos e contratos.

O princípio da autonomia privada possui grande amplitude, de modo que para compreendê-lo é necessário analisar sua origem, ou seja, em que momento surgiu e começou a ser utilizado, por isso se remeterá a Roma, cidade que foi berço do nascimento do Direito, ademais, sua conceituação também é objeto de debate, adiantando-se que não há uma conceituação uniforme, pois não há nem mesmo o consenso se a autonomia seria um princípio. Em seguida, serão expostos os desdobramentos da autonomia privada, seus diferentes modos de aplicação, principalmente nos diferentes sub-ramos do direito civil, abordando-se brevemente a questão da diferenciação feita entre autonomia da vontade e autonomia privada.

Por fim, será trazida à baila a questão da limitação da autonomia privada, com a discussão atual de constitucionalização do direito civil ou também chamada de publicização do direito civil.

3.1 Autonomia privada como princípio

Existem diversas ferramentas que auxiliam na compreensão e interpretação do direito civil, dentre essas ferramentas estão os princípios, assim, a autonomia privada pode ser entendida como um princípio na medida em que orienta como se deve interpretar as diversas normas civilistas, especialmente no Direito das Sucessões, no que toca a sucessão testamentária, como a regra que determina que na análise do testamento se deve buscar interpretar a vontade do testador, constante no artigo 1.899 do Código Civil.

> Entendida a autonomia privada como um princípio fundamental de direito civil, todas as suas normas devem com ela harmonizar-se e, mais, promovê- la. Além disso, o intérprete, diante de casos concretos que permitem uma multiplicidade de entendimentos, deve conferir à norma a interpretação com maior conformidade possível à autonomia privada. (CARMINATE, 2011, p.132)

Sendo, portanto, classificada como um princípio, seguindo a regra geral proposta pelos filósofos Dworkin e Alexy, não terá sempre aplicação, e poderá ser afastada ou reduzida quando em confronto com outro princípio, como o princípio da função social, com a técnica chamada de "ponderação", que consiste na análise em um caso concreto de qual princípio melhor se aplicaria ao caso. (BETIOLI, 2015)

> Pela ponderação de valores ou interesses se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, à vista do caso concreto, impondo a supremacia de um sobre o outro. Note-se que o aplicador do Direito não pode arbitrariamente escolher um dos interesses em jogo e anular o outro; deve nortear-se pelo princípio da razoabilidade; não há aqui superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas simplesmente a determinação da solução que melhor atende a situação apreciada. (BETIOLI, 2015, p. 201)

Logo, a consequência lógica do enquadramento da autonomia privada como um princípio é a de que usualmente se buscará aplicá-la na medida do possível, ou

seja, em algumas situações tal princípio cederá espaço para outro de maior importância e relevância, ou mesmo será aplicada conjuntamente com os princípios de ordem pública, o que demonstra que os princípios geralmente não se contrapõem, apenas se complementam. Ademais, não significa que por ser um princípio a autonomia privada possui menos força normativa, pelo contrário, a tendência atual no Direito é de que as normas positivadas em forma de leis, devem respeitar os princípios concebidos como importantes para o meio social.

3.2 Conceito de Autonomia Privada

A autonomia privada significa a liberdade que é garantida a um sujeito de atuar sem que fatores externos maculem a sua vontade ou impeçam o exercício dessa liberdade, representa antes de tudo um anseio que cada ser humano possui de guiar-se por si mesmo. "Etimologicamente, o termo autonomia tem origem no grego *autós*, que significa próprio, a si mesmo, e *nomos*, que significa norma, lei, ou seja, significa sob esse aspecto, autogoverno ou o direito de criar as suas próprias normas." (BORGES, 2007, p. 60)

Tal conceito varia com o passar do tempo e mudança do comportamento dos indivíduos.

> A liberdade é talvez um dos direitos mais antigos reconhecidos à pessoa, ainda quem em dados momentos históricos os destinatários da liberdade tenham ficados restritos a determinados grupos. Por isso mesmo é, também, inexoravelmente, um dos direitos que historicamente mais sofreu evolução e redimensionamento em seu conteúdo, tanto que a liberdade está pulverizada em praticamente todas as relações jurídicas, sejam elas de natureza pública ou privada. (PAUL, 2008, p. 14)

Ao se conceituar a autonomia privada é preciso abordar a sua relação com a autonomia da vontade, sendo que estudiosos entendem que seriam sinônimos, já outros entendem que possuem sentindo diversos.

> Para alguns, autonomia da vontade seria o gênero, do qual se constituiriam espécies a autonomia pública e a autonomia privada. Seriam variações em razão do sujeito que assume o

> poder de determinar o ato, se ente particular ou ente público. Entretanto, ambas vincular-se-iam diretamente à vontade. (NAVES, 2014, p.83)

Para Vicente Ráo, autonomia privada seria o exercício da autonomia da vontade, ou seja, a autonomia da vontade seria a parte teórica e a autonomia privada a aplicação da teoria na realidade. Já para Francisco Amaral a autonomia da vontade seria a liberdade individual e a autonomia privada o poder normativo do particular. (NAVES, 2014)

O certo é que, independentemente da discussão entre autonomia privada e autonomia da vontade, ambas representam o núcleo de liberdade existente no Direito que permite a atuação do indivíduo sem as amarras impostas pelo Estado e pelo ordenamento jurídico. Ademais, "a autonomia privada autoriza ao indivíduo a criar normas jurídicas, detentoras de eficácia plena no ordenamento, atando os particulares que a elas se obrigarem." (CATALAN, 2002, p. 435)

A autonomia privada dispõe de três formas de funcionamento, funciona como um poder jurídico conferido ao particular pelo próprio ordenamento, como um princípio aberto, ou seja, não é algo que é imposto ao cidadão, a pessoa pode escolher como se utilizará dessa autonomia, e tem ainda a função interpretativa, buscando extrair-se da norma a aplicação que confira um âmbito maior de liberdade. (AMARAL, 2006)

3.3 A Autonomia Privada em Roma

O nascimento da ideia de autonomia privada, assim como diversos institutos do Direito Civil, pode ser atribuído aos romanos.

Tem-se um brocado romano que pode ser associado a ideia de autonomia privada, o chamado *"ius civile is vigilantibus scriptum"* ou, "o direito é escrito para os vigilantes", que, nas palavras de Baldus (2011, 43), passaria a ideia de que "qualquer pessoa poderia, em princípio, dispor livremente de seus bens e deveria sofrer as consequências das próprias decisões."

Por conseguinte, na história romanística inicialmente se teve uma forte ligação à religião, o que não permitia ao indivíduo atuar de forma plenamente livre, pois estava adstrito as regras religiosas, posteriormente, as raízes sacrais foram sendo abandonadas e passou-se a adotar sistemas em que imperava a autonomia privada do indivíduo. “O direito romano se amolda onde a liberdade e a propriedade sejam respeitadas, onde a formação contratual e as disposições testamentárias sejam possíveis”. (BALDUS, 2011, p. 49)

Outra contribuição importante do direito romano foi a ideia de que a autonomia privada valia para o direito em si, em outras linhas, a prática era que as pessoas no seio da sociedade tivessem a liberdade de resolver seus problemas entre si e regular suas relações jurídicas, sem a intervenção constante do Estado, de forma que o direito seria a *ultima ratio*, só entraria em cena se os particulares não chegassem a um consenso e escolhessem levar sua lide ao Estado. (BALDUS, 2011)

Em outro aspecto, certos indivíduos dentro da sociedade romana possuíam maior liberdade para tratar de diversas questões em relação à seus pares, como a figura do *pater familias* e o *imperium* do cônsul, que possuíam o poder de tomar “[...] decisões sobre a vida e morte de filhos ou, respectivamente, de cidadãos.” (BALDUS, 2011, p. 52)

Por fim, deve-se entender que a autonomia privada no direito romano era visualizada em casos concretos, pois não haviam muitos escritos que tratavam sobre o tema, de modo que não se havia a consciência de que tal instituto era um princípio basilar do direito romano.

> Que um diálogo com o direito romano seja útil para se obter um olhar inteligente sobre a lei, ou para se obter uma tal capacidade de diferenciação, deveria ser por si só compreendido. É este direito que criou importantes elementos materiais do BGB, bem como das demais codificações de base romanísticas – sejam europeias, sejam latino-americanas -, mas a criação de tais elementos materiais se deu sem a criação de generalização. São os casos concretos romanos que estão por detrás de nossas normas jurídicas. (BALDUS, 2011, p. 71)

O certo é que a forma de pensar e aplicar o direito em Roma serviu de influência e base para o direito moderno, cujos brocados e conceitos firmados no direito romano são utilizados por diversos ordenamentos jurídicos atuais, por conseguinte, sendo a autonomia privada utilizada no direito romano, ainda que de forma implícita, também fez e faz parte do direito moderno, especialmente do direito civil.

3.4 Desdobramentos da Autonomia Privada

A autonomia privada pode ser vista sob duas óticas: uma ótica positiva e outra negativa, a ótica positiva seria o fato do sujeito poder agir livremente na estipulação de contratos e demais práticas de sua vida privada, já a ótica negativa se impõe ao Estado, que deverá respeitar a vontade do indivíduo, e se abster de intervir em suas relações privadas, sendo que essa posição negativista vem sendo atualmente deixada de lado. (CATALAN, 2002)

A autonomia privada também pode ser diferenciada pelo aspecto objetivo e subjetivo, o subjetivo representa a manifestação de vontade interna do sujeito, sem levar em conta o meio que o rodeia e sua exteriorização, já o objetivo é entendido como a manifestação de vontade de forma exterior. (BORGES, 2007)

Há ainda a chamada autonomia existencial, a qual tem incidência que ultrapassa o Direito e significa a autonomia da pessoa para fazer escolhas e proteger sua privacidade, representa ainda o “conteúdo da liberdade individual no que se refere às livres opções do indivíduo para a concretização do que reputar compatível para se realizar como pessoa.” (HUPSEL, 2013, p. 137)

Outro importante desdobramento da autonomia privada é sua diferente forma de atuação dentro do Direito Civil, sendo que dentro dos direitos reais atua de uma forma e quanto aos direitos pessoais possui atuação distinta, dentro dos direitos pessoais, como o ramo dos contratos ou das obrigações, a autonomia privada tem incidência mais ampla, sendo o contrato considerado "o instrumento dessa autonomia, o meio pelo qual ela se manifesta", pois é livre sua criação, ou seja, o indivíduo pode

criar espécies de contratos que não estão previstos na lei, e decidir como será regida a relação que surgirá desse novo contrato estabelecido. (GUILHERME, 2003, p. 283)

É no direito das obrigações que a autonomia privada ganha maior destaque, ao se reconhecer a vontade e sua manifestação como elementos essenciais que integram a pactuação de negócios jurídicos. Porém, tal vontade não é absoluta.

> [...] embora a vontade sempre tenha sido considerada o elemento propulsor dos negócios jurídicos – e, por isso, dos testamentos – não existe dúvida de que sua compreensão tem de ser realizada à luz dos elevados princípios constitucionais protetivos da pessoa humana, considerada em seus variados e diversos interesses, necessidades, exigências, qualidades, condições econômicas e sociais [...]. (GUILHERME, 2003, p. 230)

No ramo dos contratos a autonomia privada se reveste de liberdade contratual, englobando a liberdade de contratar, ou seja, a liberdade de decidir se celebrará ou não o contrato, e se celebrado, qual será seu conteúdo. (OLIVEIRA M., 2014). "Destarte, observa-se que as pessoas até podem escolher o que contratar, com quem contratar e outros aspectos da relação jurídica, mas não poderão disciplinar de forma individual aspectos e existência e validade do negócio jurídico." (DANTAS, 2014, p. 7)

Porém, no que toca ao direito dos contratos é importante abordar a questão do dirigismo contratual, movimento inaugurado recentemente que tem por objetivo diminuir as desigualdades que ocorriam nas celebração de contratos, em que um dos lados da relação jurídica apesar de ser a mais vulnerável, acabava assumindo obrigações excessivamente onerosas, por ser entendimento de que no ramo contratual as partes estão no mesmo nível.

> O dirigismo contratual, portanto, se destaca pela intervenção do Estado por meio de legislação específica com objetivo de fazer prevalecer o interesse coletivo, protegendo o economicamente mais vulnerável do domínio do economicamente mais forte, minimizando as desigualdades entre as partes que celebraram os contratos. (OLIVEIRA M., 2014, p. 86)

Por conseguinte, nos direitos reais a atuação da autonomia privada é mais restrita, tendo em vista que envolvem questões patrimoniais que são amplamente protegidas no ordenamento brasileiro. "O direito real não pode ser objeto de livre convenção, está limitado e regulado expressamente por norma jurídica", o que significa dizer que, diferentemente dos contratos, no direito real o indivíduo não pode, por exemplo, criar novas formas de oneração de um bem imóvel. (GUILHERME, 2003, p. 290)

Assim, buscando explicar a limitação existente nos direitos reais, Guilherme (2003, p. 290) aponta dois motivos para tal limitação:

> É mister notar que a autonomia da vontade nos direitos reais tem um campo de incidência muito pequeno em virtude de principalmente dois aspectos:
>
> por ser o direito real *erga omnes*
>
> por gerar os direitos reais uma obrigação passiva universal, consistente no dever geral de abstenção da prática de qualquer ato que os atinja.

De modo que, merecem mais proteção estatal os direitos reais por geralmente serem direitos que envolvem não só um sujeito no polo ativo e outro sujeito no polo passivo que firmam relação que interessa e possui efeitos apenas entre eles, pelo contrário, as relações envolvendo direitos reais importam para toda a sociedade e também para o Estado, pois envolvem transmissão e circulação de riqueza.

Atenção especial merecem os ramos do Direito de Família e do Direito das Sucessões, pois ambos possuem normas que envolvem tanto os direitos pessoais como os direitos reais, além disso, possuem proteção constitucional, como a figura da família, que está prevista no art. 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”. Tem-se também a proteção da herança, instituto pertencente ao direito das sucessões, que está prevista no art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal “é garantido o direito de herança (BRASIL, 1988). Logo, semelhantemente ao direito real, esses ramos terão uma limitação na aplicação da autonomia privada por envolverem questões complexas que terão especial atenção do Estado.

> Consequências imediatas do reconhecimento da autonomia privada são, no direito civil, que é o seu campo por excelência, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios do consentimento. No campo sucessório, a liberdade de testar e de estabelecer o conteúdo do testamento. (AMARAL, 2006, p. 357)

Portanto, o que se percebe é que apesar do Direito Civil ser uno e ser um ramo privatista, dentro de seus ramos ocorrerá uma variação na aplicação da autonomia privada, que ora terá incidência ampla, em relação aos direitos que interessam apenas as partes que firmam a relação jurídica, ora será severamente limitada, por existirem direitos que interessam e influem em toda a sociedade e no Estado.

3.5 Relativização da autonomia privada: a constitucionalização do Direito Civil

Com o advento da Constituição de 1988 começou-se um movimento dentro do Direito Privado chamado de “constitucionalização” ou “publicização”, o que significa que atualmente os diversos ramos do direito privado devem ser vistos sob ótica e obedecendo normas de ordem pública, da função social e as normas constitucionais.

A mudança que foi percebida com o advento da constituição de 1988 foi a de que anteriormente a ela o direito civil era considerado o direito comum, o ordinário, ou seja, o direito que servia de base à aplicação dos demais direitos, em razão de o direito civil deter a força de conter todos os direitos inerentes a uma pessoa, sendo suficiente para fazer com que as relações sociais ocorressem de maneira equilibrada, já com o advento da Constituição, passou a mesma a ser o parâmetro que todos os ramos do direito, inclusive o direito civil, deveriam observar, detendo tal legislação máxima do Estado a centralidade do direito. (ROCHA, 2018)

A tendência de se priorizar a sociedade em detrimento ao indivíduo não é prática moderna apenas, tendo em vista que já em Roma e na Grécia Antiga era usual que tudo fosse pensando para a sociedade, conhecida como *polis*, em que se falava não em indivíduo, mas em cidadão, o que significa que o enfoque era a pessoa em relação a sociedade, nunca isoladamente, de modo que as questões relevantes para a *polis* eram discutidas em praça pública, onde o debate era aberto a todos. Ocorre que, com o advento do feudalismo, houve uma mudança drástica, nesse período a figura do senhor feudal era a de maior relevância, privilegiando-se o direito de propriedade que o mesmo detinha, pois era o senhor das terras e tinha liberdade de impor sua vontade sobre todos os que estivessem em seu território. (ROCHA, 2018)

É antecessor do modo de se pensar nos interesses do todo, o período canônico, compreendido pelo momento em que as regras criadas pela igreja serviram de base para o direito, nesse período ainda era destacado o indivíduo como agente principal de atenção, o cristianismo "coloca o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, filosófica e social, e dogmatiza, no direito canônico, a declaração de vontade como fonte de obrigações jurídicas." (AMARAL, 2006, p. 352)

Posteriormente, no início do século 20 ocorreram as guerras mundiais, eventos que trouxeram a necessidade de se repensar a ampla liberdade concedida ao indivíduo, percebeu-se que não se bastava liberdade se os indivíduos não eram iguais para exercer a liberdade e suas manifestações. Então o Estado passou de uma visão em que buscava dar ênfase o indivíduo e a sua autonomia, para o entendimento de que era preciso colocar a liberdade em consonância com a igualdade e a solidariedade, não mais o indivíduo em si, mas para e em relação ao outro. (ROCHA, 2018)

A necessidade de se repensar o direito civil pela faceta constitucional no período pós-guerra impulsionou as nações a promulgar constituições mais humanas e solidárias, que começaram a entrar em conflito com a legislação civilista, que tinha o viés mais individualista. (SCHREIBER, 2013)

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe essa nova visão do Direito, de modo que todas as legislações tiveram que se adequar as normas ali contidas. Por

conseguinte "... a Constituição Brasileira não repeliu a livre iniciativa, nem repugnou a propriedade privada. O que fez foi atrelar o exercício dessas situações jurídicas à realização de valores sociais." (SCHREIBER, 2013, p. 19)

A constitucionalização de matérias teve origem pelo crescimento e conquista de direitos, o direito civil não perdeu importância, passou a ter mais densidade pela interpretação segundo a constituição. (ROCHA, 2018)

> Destarte, em que pese a importância de tal poder concedido aos particulares, a autonomia privada não pode ser utilizada como carta em branco nas mãos do indivíduo, e por consequência resta sujeita a limites, alguns impostos por normas de natureza cogente, e que, portanto, devem ser respeitadas, enquanto outros, são criados pela própria sociedade, que se convencionou denominar bons costumes. (CATALAN, 2002, p. 436)

De modo que, com esse novo modelo, o Estado agora detém um papel mais atuante na ordem jurídica e econômica, mesmo nas relações em que nos polos estejam dois particulares.

O que justifica a atenuação da aplicação da autonomia privada é que a mesma é voltada ao indivíduo considerado singularmente, e no atual estado da sociedade é entendimento que não é mais plausível favorecer apenas um indivíduo em detrimento de toda a coletividade, tanto que o Direito começou a tratar e proteger interesses coletivos e difusos, como o direito a preservação do meio ambiente. (HIRONAKA, 2004)

> As limitações sofridas pela autonomia privada na contemporaneidade têm como origem a ideologia montada com o advento do Estado Social, em que há uma busca pela abolição ou ao menos amenização das desigualdades sociais oriundas do período burguês. Nestas condições há um aumento no papel de atuação do Estado, que passa a intervir na esfera econômico- privada, visando inserir nessa seara limites baseados em fins de interesse público. (PIRES; ADOLFO, 2015, p. 179)

Tal visão de Estado que passa a buscar preservar mais os interesses da coletividade é inspirada na corrente filosófica do Utilitarismo, propagada pelos filósofos Bentham e Mill, cujo pensamento era que sempre deve-se buscar a felicidade

e o bem-estar da sociedade como um todo, “essa doutrina aceita o sacrifício de uma minoria em nome do bem geral” (MARCONDES, 2011, p.188).

Ainda, tem-se atualmente a observância dos direitos fundamentais, principalmente os esculpidos no art. 5º da Constituição Federal, de modo que tanto os indivíduos no momento em que formam suas relações devem ter em mente que há interesses jurídicos tutelados constitucionalmente que são irrenunciáveis e, portanto, não serão objeto de pactuação para sua redução, bem como os magistrados e demais aplicadores do Direito deverão observar tais disposições.

A essa aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas chama- se a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, que representa a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois há o entendimento de que não é apenas o Estado que viola direitos fundamentais, os particulares também os violam, assim, as relações entre particulares passaram a ser objeto de questionamento em função de descumprimento ou desrespeito de direitos fundamentais, de modo que em tais relações deve-se exigir o respeito aos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Novo direito constitucional que veio dar a todo ser humano cada vez mais condições de viver segundo os princípios que lhe garantam expandir seus direitos e manter sua identidade, respeitado o que cada um é e quer ser, e a garantia da pluralidade, pois cada ser humano é único, e todos são dignos.

Ocorre que, o novo sistema de constitucionalização do Direito Civil tem sofrido duras críticas, posto que tem de certa forma reprimido o campo de liberdade que haveria nesse ramo, além de estar levando para o campo constitucional matérias que poderiam ser debatidas no campo infraconstitucional, o que gera uma Constituição inflada e pouco efetiva, além de abarrotar o Supremo Tribunal Federal com processos.

> Se por um lado devemos refletir sobre a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civilista, por outro, devemos ficar atentos a esse influência, para não transformar o Direito Civil em um direito de "não liberdade", já que a gênese do

> direito privado é a liberdade e autonomia das partes. (MELLO, 2017, p. 13)

Pelo exposto, é possível perceber que o princípio da autonomia privada sofreu diversas variações em sua aplicação desde o surgimento do direito civil codificado, principalmente por sofrer influências políticas e econômicas refletidas na organização do Estado, o que significa que em um Estado que adota o sistema do liberalismo, haverá maior aplicação da autonomia privada, o que ocorreu no passado, como preleciona Carminate (2011, p. 128):

> Como no liberalismo, vigente nos séculos XVIII e XIX, o conceito de liberdade era negativo, relacionado à não-intervenção estatal, a concepção de autonomia da vontade estava relacionada à ausência de interferência externa no poder dos indivíduos de se autodeterminar, conferindo aos mesmos a possibilidade de praticar atos e negócios jurídicos com ampla liberdade.

De outro modo, nos sistemas em que o Estado tem uma postura mais atuante, os chamados Estados sociais, tal princípio terá incidência limitada.

Assim, a tendência atual é a de existirem Estados mais intervencionistas que tem como papel a busca pela proteção dos valores essenciais da sociedade, tais como os direitos fundamentais e o movimento de publicização e constitucionalização do direito privado, que atuam como limitadores da autonomia privada.

Além da influência externa exercida pela Constituição, há ainda diferentes formas de aplicação do princípio em debate dentro dos sub-ramos civilistas, sendo que, conforme exposto anteriormente e, direitos com o cunho mais patrimonialista como os Direitos Reais, e direitos que afetam não apenas os envolvidos em uma relação jurídica, mas a sociedade como um todo, como os direitos de Família e Sucessões, terão redução da aplicação da autonomia privada, já o Direito obrigacional e contratual, por interessarem apenas aos sujeitos da relação jurídica, terão a maior atuação da autonomia privada.

Por fim, estando construída a base teórica do Direito das Sucessões e principalmente dos institutos da legítima e dos herdeiros necessários, além da abordagem quanto ao princípio da autonomia privada, se faz necessário abrir o debate

quanto ao confronto entre a sucessão legítima, que representa o império da vontade da lei dentro de um ramo do direito civil, direito considerado predominantemente privado e o princípio da autonomia privada, que ainda é concebido como o principal princípio do direito civil.

4 A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS E O PRÍNCIPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Tendo-se abordado os conceitos necessários para se viabilizar a compreensão do tema presente nesse capítulo, passa-se ao cerne da discussão, qual seja, de que maneira o instituto da legítima limita a aplicação do princípio da autonomia privada.

Além disso, é importante entender quais são os argumentos utilizados para defender a existência da legítima no ordenamento jurídico, além de contrastar tais argumentos com os argumentos que embasam a visão de que é necessário revisar tal instituto, ou mesmo aboli-lo do ordenamento pátrio. As críticas referentes ao modelo sucessório não pertencem apenas ao campo do Direito, sendo que filósofos antigos chegaram a abordar o assunto.

Por conseguinte, tendo em vista que o debate existente no Brasil sobre a necessidade de se repensar a legítima ainda se encontra apenas em âmbito doutrinário, se buscará analisar as legislações de outros países, recorrendo-se ao Direito Comparado como forma de possibilitar uma visão mais ampla sobre o presente tópico.

4.1 Análise da legítima no Direito Comparado

A sucessão legítima não é aplicada em todos os países, sendo que existem países que aplicam apenas a sucessão testamentária, como os EUA e o México, e, ainda, como no caso brasileiro, existem países que permitem a coexistência da sucessão testamentária e da sucessão legítima em seu ordenamento.

Ademais, apesar de a tendência ser a de que os países se unam cada vez mais em blocos, como o MERCOSUL e a União Europeia, a conjectura atual é a de que

as legislações continuam sendo formuladas internamente em cada país, porém, muitos países sofrem a influência de legislações de outros países, principalmente em relação aos países colonizados por outras nações, como é o caso brasileiro, em que a legislação brasileira em muito se assemelha com a legislação portuguesa.

Em uma análise global, o que se percebe é que os modelos econômicos adotados pelos países costumam ditar a forma sucessória, assim, no caso dos Estados Unidos, nação em que se adota o liberalismo e o capitalismo, há uma ampla liberdade sucessória, em que o indivíduo tem autonomia para dispor da forma que bem entender de seus bens. Já em países com o viés mais inclinado para as ideias socialistas ou que possuem um sistema capitalista mais brando, a tendência é haver maior intervenção do Estado, principalmente nos ramos do Direito de cunho mais patrimonial.

4.1.1 Países que adotam a legítima

Um dos países que adotam a legítima, em semelhança com o modelo brasileiro, é a Itália, em que existe tanto a sucessão legítima, advinda da lei, quanto a sucessão testamentária.

> O art. 565.º, do CC italiano consagra a sucessão legítima. Conforme esse preceito, não existindo testamento, a herança é transferida ao cônjuge, descendentes, ascendentes, outros parentes e, por fim, ao Estado, de acordo com a ordem e regras estabelecidas no presente título.
>
> Por outro lado, segundo o art. 536.º do CC italiano, a lei reserva uma parte da herança na ausência de testamento para certos herdeiros necessários: cônjuge, filhos legítimos e ilegítimos e ascendentes legítimos. (FERNANDEZ JÚNIOR, 2014, p. 47)

O que justifica a opção italiana pela utilização da legítima é a questão de que sua população possui um forte vínculo familiar, além de que a Itália é conhecida por ser um país tradicionalista, de modo que o povo italiano busca preservar suas raízes hereditárias de parentesco.

O direito francês também adota o modelo sucessório da legítima, sendo nomeada como "reserva hereditária", a qual "está definida pelo art. 912 do Código Civil como sendo a parte da propriedade e dos direitos sucessórios que a lei garante a determinados herdeiros." A reserva hereditária se dá na medida em que o *de cujus* só poderá dispor de metade de seus bens, casso possua um filho, em havendo dois filhos, só poderá dispor de um terço de seu patrimônio, e, acima de dois filhos, a limitação será de poder dispor de apenas um quarto de seus bens. Por fim, na existência de cônjuge, só é permitida a disposição de três quartos da herança. (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 104)

A constituição alemã consagra em seu artigo 14 a proteção a liberdade testamentária, porém, também é considerada constitucional a existência da legítima. Na ordem de vocação hereditária alemã, primeiramente são chamados a suceder os descendentes, os quais têm direito à metade da herança do falecido, em concorrência com o cônjuge, os filhos ou ascendentes detêm 3/8 da herança e o cônjuge 1/8, "que, em suma, significa que entre todos a legítima é a metade da herança e que a outra metade é de livre disposição". No caso alemão, a legítima é " um direito de crédito em relação àquele que fora beneficiado com a herança." (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 108)

No sistema argentino a legítima está prevista no artigo 3.591 do Código Civil, sendo que o rol de herdeiros necessários é o mesmo do Direito Brasileiro, tendo como diferença a porção, que no caso argentino é variável conforme a qualidade do herdeiro necessário. (CARMINATE,2011)

O sistema espanhol possui a "legítima variável, de acordo com a quantidade e qualidade dos herdeiros *"forzosos"* sobreviventes." (CARMINATE,2011, p.85). Os herdeiros *"forzosos"* são os herdeiros necessários.

A disposição acerca da distribuição da cota legítima entre os herdeiros está disciplinada no artigo 808 do diploma civil espanhol:

> O primeiro parágrafo do dispositivo supra citado fixa a legítima dos descendentes em dois terços do acervo

> hereditário. No parágrafo anterior, o legislador demonstra haver distinção entre as duas terças partes que compõem a legítima, dispondo que de uma delas pode se valer o testador para "melhorar" a herança de algum, ou de alguns, dos descendentes.
>
> Deve-se dividir a herança, previamente, em três terços, sendo um deles a parte disponível, outro correspondente à legítima propriamente dita, consistente no mínimo a ser atribuído aos descendentes. (CARMINATE,2011, p.86)

Por fim, o sistema português possui a legislação que serviu de base para a elaboração do ordenamento jurídico brasileiro, como foi demonstrada no capítulo 1, mas, possui algumas peculiaridades no que toca ao regime da legítima, pois no sistema brasileiro a legítima sempre é garantida pela metade do patrimônio do *de cujus*, independente da classe de herdeiro que irá suceder, já em Portugal a divisão da quota para preservação da legítima varia conforma a classe de herdeiro necessário, assim:

> [...]estabeleceu-se que a legítima pertencente ao cônjuge em caso de não concorrência é de metade da herança. Existindo concorrência, entre cônjuge e descendentes de primeiro grau a legítima direcionada ao cônjuge será de dois terços, e no caso de não haver cônjuge sobrevivo a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais. (SOUTO,2017, p. 63)

Pelo exposto, pode-se inferir que os países que adotam a legítima como regime sucessório possuem o rol semelhante de herdeiros necessários, mudando apenas a nomenclatura que se dá aos mesmos, porém, como diferença entre as nações, tem-se que varia o percentual de patrimônio que será destinado para garantia da legítima.

4.1.2 Países que não adotam a legítima

São poucos os países que adotam o modelo de ampla liberdade sucessória, sendo mais comum que as nações adotem a legítima de forma a coexistir com a sucessão testamentária.

Assim, os Estados Unidos e a Inglaterra são as duas nações que consagram o sistema de ampla liberdade testamentária, o que se justifica principalmente por serem países em que impera fortemente o sistema capitalista:

> O sistema denominado *capitalista* consagra uma ampla liberdade de disposição por parte do *de cujus*, ou seja, consagra uma ampla transmissibilidade dos bens individualmente apropriados pelo autor da sucessão. Esse sistema é um corolário ao princípio da autonomia privada e, por consequência disso, deve ocorrer uma ampla liberdade de testar por parte do autor da sucessão, acarretando uma supremacia da sucessão voluntária sobre a sucessão legal, o que garante ao autor da sucessão uma ampla liberdade de selecção dos seus sucessores. (FERNANDEZ JÚNIOR, 2014, p. 43)

A Inglaterra é um dos países no qual há a ampla liberdade de disposição de bens *post mortem*, assim, a legítima não tem lugar no ordenamento inglês, uma das razões para tanto seria a de que seu sistema jurídico é de *comum law*, o que significa que sua legislação não é baseada em leis previamente elaboradas pelo legislativo, sendo seu ordenamento composto por precedentes judiciais formado com base em decisões reiteradas dos tribunais em casos concretos.

Porém, o sistema inglês possui uma peculiaridade, o *Inheritance* (*Provision for Family and Dependants)*, regulamento de 1975, que prevê o *de cujus* pagaria uma espécie de alimentos aos seus dependentes, "caso algumas pessoas ligadas ao falecido comprovem ter necessidade podem requerer uma espécie de auxílio financeiro, que será proporcionado pela herança do falecido. (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p.109), sendo que não é aplicado em todos os casos, devendo o juiz analisar se é necessário concedê-lo.

Os Estados Unidos, país colonizado pela Inglaterra, também adota a ampla liberdade para testar. No sistema americano adota-se o modelo de federalismo em que é possível que os estados possam legislar com autonomia sobre alguns temas, como é o caso da legítima:

> A maioria dos estados americanos não regulou qualquer tipo de legítima para os descendentes ou ascendentes do testador. Apenas aos filhos menores e garantido o direito de pedir

> alimentos da herança, o qual vigora apenas até a maioridade. Ocorre que aos cônjuges sobreviventes é garantida uma parte da herança do falecido, geralmente, um terço, esboçando-se ai um tipo de legitima que beneficia apenas os cônjuges supérstites. (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 110)

Por fim, o México é também um dos países que adotam a liberdade testamentária, principalmente pelo fato de sofrer forte influência do sistema estadunidense, e, em semelhança com o ordenamento inglês, estabelece o pagamento de alimentos para aqueles dependentes usualmente incluídos na legítima em países que a adotam.

> O Direito Sucessório mexicano determina que o testador deverá deixar alimentos para seus descendentes menores de 18 anos; para os descendentes que estão impossibilitados de trabalhar independentemente de suas idades; ao cônjuge supérstite quando ele esteja impedido de trabalhar ou não tenha bens suficientes, enquanto não contrair novas núpcias; e aos ascendentes; (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 111)

Portanto, pode-se inferir que os três países adotam o sistema da liberdade sucessória principalmente por possuírem sua economia fortemente capitalista, além de que, possuem ferramentas jurídicas para garantir que os parentes de quem faleceu, caso necessitem, possam perceber auxílio financeiro.

4.2 Aspectos positivos e negativos da legítima

A legítima é um dos temas controversos dentro do direito civil, e por consequência, causa divisão na opinião de estudiosos e doutrinadores, sendo que alguns levantam argumentos para defender a manutenção desse instituto no ordenamento brasileiro.

Já outros doutrinadores entendem que há motivos para se repensar a existência da legítima, posto que representa uma limitação ao princípio daautonomia privada. Diante disso, no estudo da legítima é essencial pontuar seus aspectos positivos e negativos, para elucidar quais as razões que podem justificar sua

manutenção da forma como está presente hoje no Código Civil brasileiro, ou as razões que poderão acarretar sua revisão.

4.2.1 Aspectos positivos

Como aspecto positivo da legítima tem-se que ela possibilita a manutenção dos vínculos familiares, o que significa que, ao dispor que o patrimônio do *de cujus* deve passar para os parentes mais próximos, o Código Civil privilegia o núcleo familiar, presumindo-se que é vontade do indivíduo que sua família fique com o seu patrimônio. Ademais, o Brasil possui inúmeras empresas familiares, em razão de ser um país tradicionalista, assim, costuma-se passar a administração de tais estabelecimentos de geração para geração e, em razão disso, viabiliza tal conduta o fato de a lei determinar a aplicação obrigatória da legítima.

> Entende-se que a sucessão legítima, existe até mesmo como uma forma de controle social, pois preserva-se o núcleo familiar que é de extrema importância para a formação da sociedade, já que é nesse primeiro ambiente de contato social que o indivíduo desenvolve e aperfeiçoa sua moral e se desenvolve como um ser pensante e pulsante, que pode contribuir para o crescimento da comunidade e justamente por essa razão necessita de um ambiente saudável para que possa progredir em sua existência e venha a ser uma fonte de trabalho. (SOUTO,2017, p.31)

Assim, em outras palavras, a intenção do Estado ao regulamentar a sucessão brasileira, é proteger o núcleo familiar básico constituído pelos herdeiros necessários, principalmente os descendentes e o cônjuge. Tendo em vista que é no seio familiar que o indivíduo prepara-se para ser inserido na sociedade. Logo, é outro aspecto positivo a circunstância de a legítima possibilitar a aplicação da função social à propriedade, pois a família é parte essencial para a sociedade, e ao preservar seus interesses, indiretamente, preservar-se os interesses da sociedade como um todo.

Por conseguinte, os artigos 3º, inciso I, e 226 da Constituição Federal refletem a preocupação do Estado com tal proteção, ao consagrarem como princípios

constitucionais os princípios solidariedade familiar e proteção integral à entidade familiar. (CARMINATE,2011)

> Para a doutrina majoritária contemporânea, portanto, a legítima consagraria a autonomia privada, pois a limitação à liberdade de dispor do patrimônio estaria justificada na proteção integral à família do proprietário dos bens, equilibrando ambosos princípios constitucionais. (CARMINATE,2011, p.90)

Outro aspecto positivo da legítima é a concepção de que ela reflete a mudança ocorrida no Direito Civil com o advento da Constituição, em que deu-se destaque à proteção do indivíduo, e não mais apenas ao patrimônio. De modo que é entendimento atual o de que existem valores maiores do que a mera acumulação de riquezas pelo Estado, sendo que na atual conjectura o Estado deve adotar posturas que busquem conceder às pessoas a maior qualidade de vida possível, e dentre tais posturas, está a de possibilitar que os parentes de uma pessoa que faleceu tenham condições de manter-se após tal evento.

Outro aspecto positivo da legítima é a de possibilitar que os sujeitos não precisem se preocupar com a destinação que será dada ao seu patrimônio após a morte, posto que a lei já determinou o que será feito, de modo que podem prosseguir em sua vivência sem ter que dispender o seu tempo realizando uma série de procedimentos para determinação da destinação de seus bens, bem como também trazem tranquilidade aos seus herdeiros, tendo em vista que não ficarão temorosos de ficarem desamparados após o falecimento de seu provedor.

Portanto, percebe-se que a legítima possui o viés positivo de ser um instrumento jurídico predominantemente protetor, visando preservar o núcleo familiar, a propriedade e importantes valores constitucionais como a solidariedade.

4.2.2 Aspectos negativos

Um dos aspectos negativos da legítima, o qual representa o tema do presente trabalho, é que a mesma limita o princípio da autonomia privada, além de que o

Estado, ao presumir que o indivíduo teria a intenção de deixar seus bens para o rol estabelecido pela lei, está adotando uma conduta que anula severamente a vontade individual, mesmo que permita que haja a elaboração de um testamento, pois não será possível que os herdeiros necessários sejam privados da herança, mesmo que essa seja a vontade do *de cujus*, sendo que apesar haver os institutos da indignidade e deserdação, nos mesmos não é a vontade do indivíduo que impera, e sim a do magistrado, um terceiro alheio as complexidades inerentes a cada núcleo familiar.

Ademais, contrastando-se o aspecto positivo de que a legítima possibilita a proteção da família, há também o aspecto negativo, qual seja o de que não se protege todo o rol familiar, mas apenas alguns parentes selecionados pela lei.

Logo, não é argumento plausível o de que a legítima busca preservar a instituição da família, pois "o que é mais importante em uma relação familiar é o laço de solidariedade, não a transmissão patrimonial." (ROSENVALD; FARIAS, 2015, p. 30). Além de que, é tema que gera discussões e disputas no seio familiar.

> O fundamento da solidariedade para manter a legítima não se sustenta, pois nada garante que beneficiar automaticamente herdeiros necessários seja conduta de solidariedade, ainda que familiar. Em muitas hipóteses, a solidariedade familiar pode ser concretizada na proteção financeira a um parente que não se inclua no rol dos herdeiros necessários. (DANTAS, 2015, p. 20)

Como outro aspecto negativo tem-se o de que a legítima tem beneficiado pessoas que não precisam da herança, explica-se:

> Com dados da sociedade francesa de 1817, em que a expectativa de vida do homem era de 39 anos e 5 meses - e já em 1984 era de 70 anos e 6 meses para os homens, e de 78 anos e 2 meses para mulheres-, constatou que, no século XIX, os descendentes herdavam de seus antecedentes aos 14 anos, já nos dias de hoje, o mesmo ocorre aos 50 ou até mesmo aos 60 anos. Solidifica assim a opinião de que, hoje, na idade em que as pessoas herdam, elas já possuem independência financeira e não mais necessitam do auxílio familiar. (TEIXEIRA, 2015, p. 397)

Assim, o patrimônio da herança tem como objetivo suprir as necessidades financeiras do parente que eventualmente ficou desamparado com a morte de seu

familiar, pois de alguma forma dependia dele, razão pela qual não faz sentido destiná-la para alguém que dela não necessita, principalmente se houver outras pessoas que possuíam maior contato com o morto e dele dependiam, ainda que não fossem parentes.

Por conseguinte, é também aspecto negativo da legítima a limitação que exerce no direito de propriedade, pois impedirá que o proprietário de determinados bens possa dispô-los:

> Ademais, essa restrição ao direito do testador implicaria também em afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, por ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/ fruir, dispor e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 41)

Além de que, o argumento de que a legítima existe para amparar os parentes que dependem do *de cujus* não é plausível para sustentar a manutenção do instituto, posto que no estágio contemporâneo de evolução do Direito, existem outros mecanismos de proteção, como a seguridade social e os contratos de seguro de vida. "Sendo assim, nos termos da legislação previdenciária, nenhum dependente do autor da herança ficará desamparado após sua morte, uma vez que a estes é garantido o benefício previdenciário da pensão por morte." (CARMINATE, 2011, p. 140)

Em conclusão, como último aspecto negativo está o de que a legítima "acarreta um fator de diminuição de estímulos ao trabalho e à produção, levando os sucessíveis legitimários a espera de viver à custa da herança deixada pelo falecido." (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 41). O que ocorre mais comumente em famílias onde há vultuoso patrimônio a ser herdado, em que os parentes acabam por se acomodar na posição de saber que terão a herança de um parente como forma de sustento, e, assim, não buscam qualificar-se para o mercado de trabalho e para contribuir para a economia da sociedade em que estão inseridos.

4.3 A necessidade de se repensar a legítima com base no princípio da autonomia privada

A necessidade de se repensar a legítima se dá na medida em que esse instituto foi pensado em virtude de um modelo de sociedade e de pensamento já ultrapassado, sendo que atualmente, principalmente no que se refere ao conceito de família, o que se percebe é que não há mais um tipo estanque de família constituída por cônjuges e descendentes, assim, ao se supor que o rol de herdeiros necessários são ascendentes, descendentes e cônjuge, e que esses devem necessariamente receber a herança do *de cujus*, prejudica-se os novos tipos de famílias que surgiram, como a família constituída apenas de irmãos, ou até mesmo uma família que não tem ligação genética, como é o caso de amigos que se juntam e acabam por formar uma família.

Acrescenta-se a isso, a constatação de que a legítima é uma fórmula extremamente injusta, pois apesar de se ter o entendimento de que são os parentes mais próximos que usualmente amparam a pessoa perto de seus momentos finais, o que se tem percebido é que muitas vezes esses mesmos parentes passam a vida toda sem se importar com o indivíduo, e apenas na ocasião de seu falecimento aparecem para reivindicar a herança, pois a lei estabeleceu que é seu direito, sem estabelecer qualquer critério para que o mesmo a mereça.

Ademais, sabe-se que a questão da herança é sempre um tema que gera rivalidades na família do *de cujus*, sendo de conhecimento geral que os processos de inventário e partilha costumam se estender por anos por não haver consenso entre a família, gerando inúmeros conflitos entre os parentes, um sempre almejando ter um quinhão maior que o outro.

Por conseguinte, chama-se a atenção para a questão de que a legítima foi pensada inicialmente como forma de sucessão subsidiária, de modo que a regra seria a sucessão testamentária, porém, o que se tem atualmente é aplicação da legítima de forma integral, sendo que a utilização do testamento ficou em segundo plano. O que também necessita de ser revisado, pois as normas quanto à elaboração de

testamentos são desnecessariamente burocráticas, inibindo os sujeitos de optarem por sua utilização.

A verdade é que as pessoas pouco conhecem sobre o sistema sucessório brasileiro, preferindo se submeterem a vontade fria da lei, sem saber que possuem o direito, ainda que limitado, de exprimir sua vontade, podendo decidir para quem destinar seu patrimônio, fruto de seu trabalho ao longo de toda vida, levando-se em conta critérios não apenas de vínculo sanguíneo, mas de outros valores como a afetividade, o cuidado e o companheirismo.

> A sucessão voluntaria ainda é pouco frequente entre nós por razões de ordem cultural e costumeira. Normalmente, as pessoas não param para pensar na morte, em regular seus bens após a morte. Sabendo que a morte é um acontecimento futuro e certo, nada melhor do que as pessoas refletirem um pouco sobre esse instituto, deixando seu patrimônio para quem melhor mereça e melhor cuidará, dando assim continuidade ao seu patrimônio. (FERNANDEZ JÚNIOR, 2014, p. 41)

Inúmeros estudiosos levantaram a crítica quanto ao instituto da legítima, sendo Pablo Stolze Gagliano (2017, p.41) um dos autores brasileiros pioneiros ao debater o tema, o qual afirma que:

> De nossa parte, temos sinceras dú vidas a respeito da eficá cia social e justiç a dessa norma (preservadora da legítima), a qual, na grande maioria das vezes, acaba por incentivar interminá veis contendas judiciais, quando não a própria discó rdia entre parentes ou até mesmo a indolência.

Em sua crítica o autor sugere que a legítima seja reformulada para abarcar somente os parentes que realmente necessitam de amparo financeiro, como o caso dos descendentes menores de idade e dos que possuem alguma incapacidade que os impeçam de exercer atividade laborativa. (GAGLIANO, 2017). Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias compartilham da mesma visão do autor (2015, p. 29):

> É que, ao nosso viso, a limitação imposta pela legítima somente se justifica quando um dos herdeiros necessários é incapaz, em razão da necessidade de sua proteção especial e integral. Todavia, em se tratando de herdeiros necessários maiores e capazes, não vislumbramos motivo plausível para obstar o ato de disposição gratuito integral pelo titular. Até porque o ofício do pai se impõe *em razão do exercício do*

> *poder familiar* – o que não haverá se todos os descendentes forem plenamente capazes.

Os autores para justificar sua visão, embasando-se nas ideias o pensador Robert Nozick, argumentam que:

> [...] não se pode ignorar os direitos de quem é titular de um patrimônio adquirido pessoalmente, em especial fruto de seu esforço e trabalho, de escolher o caminho que os seus bens devem percorrer, por transmissão sucessória. Sabendo as potencialidades, fraquezas, méritos... de seus familiares e das pessoas que o circundam, o titular precisa ter respeitada a sua vontade (quando não existam herdeiros necessários incapazes, em nosso sentir) (ROSENVALD; FARIAS, 2015, p. 29)

Clóvis Beviláqua, autor responsável pela elaboração do Código de 1916, em sua obra cita filósofos que se opuseram ao sistema sucessório, como o filósofo Montesquieu que defendia que "a lei natural ordenava aos pais que alimentassem seus filhos, mas não os obrigava a fazê-los herdeiros. Ainda, cita o pensador Comte, o qual tinha a opinião de que a sucessão legítima era imoral e "no estado normal da civilização, os filhos depois de receberem uma educação completa, não devem esperar dos pais [...] senão o indispensável para a honrosa inauguração de sua carreira". (BEVILÁQUA, 2000, p. 52)

Porém, o autor, ao contrário dos filósofos que citou, possui opinião contrária à abolição da legítima, defendendo a necessidade de sua reformulação. "Sendo assim, cumpre aos legisladores regularem a sucessão do modo mais consentâneo com os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos, mas nunca eliminá-la por completo, como se fosse um elemento perturbador da harmonia social." (BEVILÁQUA, 2000, p. 54)

Ao se propor a reformulação do instituto da legítima, o que se procura é inserir novos requisitos para evitar injustiças ao se conceder o patrimônio deixado pelo falecido ao seu parente, sem que esse a mereça, deixando, assim, de contemplar indivíduos, que apesar de não possuírem vínculos de consanguinidade, ampararam o de cujus em momentos de necessidade.

> [..] o que vislumbramos é a possibilidade de o merecimento ser parte dos requisitos para herdar, contemplado pela lei,

> quando não houver disposição de vontade do sucedido, ou estipulado livremente pelo autor da herança, sem qualquer imposição. Sendo que em nossa proposição, este merecimento seria derivado do cuidado. (SPÍNOLA, 2017, p.130)

Destaca-se que a reformulação da legítima permitiria sua adequação ao princípio da autonomia privada, pois entende-se que os mesmos não são figuras totalmente incompatíveis entre si, uma vez que podem coexistir no ordenamento brasileiro:

> É possível, contudo, compatibilizar a legítima com a autonomia privada do testador. [...] Para que a legítima respeite a autonomia privada do autor da herança ela não pode partir de situações apriorísticas, como uma quota invariável, e do puro e simples parentesco, devendo a mesma observar as circunstâncias pessoais do autor da herança e de seus herdeiros necessários. Assim para que se possa legitimamente restringir a liberdade de dispor, tem de se verificar, no caso concreto, as reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e herdeiro necessário. (CARMINATE, 2011, p. 142)

O que significa que deve-se alterar a competência para decidir a quem será a destinação dos bens fruto da herança, não sendo mais a lei responsável por tal determinação, por ser um instrumento estável que não é capaz de acompanhar as peculiaridades de cada caso, posto que em um núcleo familiar pode haver harmonia, e ser vontade de um pai deixar seus bens para seu filho, mas, já em outro núcleo familiar, pode ocorrer de a relação entre pai e filho não ser harmoniosa, e o pai poder preferir deixar seus bens a um estanho com quem possui mais afinidade.

Por conseguinte, o que se propõe não é a abolição da legítima, mas sua revisão com o objetivo de limitar sua aplicação, para dar maior destaque ao princípio da autonomia privada, por compreender-se que faz mais sentido deixar que o sujeito detentor de seu patrimônio escolha aquele que merece receber sua herança, por possuir maior entendimento dos acontecimentos e sentimentos que permeiam suas relações sociais com as pessoas que o rodeiam, de modo que ele selecionaria quais critérios deveriam embasar sua escolha e em qual proporção.

> A autonomia privada não determina o que cada indivíduo deve fazer com seu acervo hereditário, apenas vai ofertar a possibilidade de escolha à cada um, que pode chegar a conclusão de qual seja a melhor decisão no que tange seu acervo patrimonial, sem necessidade da interferência do Estado nessa decisão. É através da autonomia da vontade que essa liberdade de escolha é possível, permitindo assim que outros princípios, também, se concretizem como o da livre iniciativa, pois permite ao testador dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe convier. (SOUTO,2017, p.75)

Pelo exposto, analisando-se os argumentos utilizados tanto para manutenção da legítima como para sua revisão, observa-se que os argumentos para revisão possuem maior relevância e adequam-se ao modelo contemporâneo de sociedade, devido ao fato de que, analisando-se a história, observa-se que legítima surgiu em um período em que havia uma dependência dos parentes entre si, em que as mulheres e os filhos estavam condicionados a viver sobre a autoridade do homem, considerado o único provedor do lar, porém, com a passagem dos séculos, as mulheres conquistaram autonomia e espaço no mercado de trabalho, tendo na sua maioria condições de se sustentar, além de que os filhos passaram do trabalho concentrado no núcleo rural familiar, como era o caso da agricultura de subsistência, para o trabalho fora da relação familiar, sendo que cada vez mais cedo conquistam sua independência e deixam seus lares para constituir os próprios. Logo, entende- se que a revisão da legítima é medida que se impõe para garantir que os ditames do direito sucessório esteja em consonância com as transformações pelas quais passou a sociedade.

5 CONCLUSÃO

A temática do presente trabalho foi a exposição teórica de um segmento normativo do Direito Sucessório, denominado de legítima, efetuando uma análise do mesmo sob a ótica do princípio de base privatista da autonomia privada. A relevância da discussão se manteve presente pelo fato de haver interesses que extrapolaram o âmbito jurídico, afetando instituições que fazem parte da base de construção da sociedade, como a família.

Nesse sentindo, utilizou-se primeiramente do arcabouço teórico para compreensão das regras sucessórias, partindo-se de uma visão generalista acerca dos regimes sucessórios que são aplicados no Brasil, para chegar-se ao instituto da legítima e abordar suas peculiaridades, também foi realizado um estudo sobre a história das codificações brasileiras e estrangeiras para possibilitar o entendimento da evolução pela qual passou o Direito das Sucessões.

Por conseguinte, passando-se para o estudo do princípio da autonomia privada, foi percebido que com as novas configurações do Direito, começaram a acontecer relativizações a tal princípio, principalmente pela tendência de constitucionalização do Direito Civil.

Em seguida, com o objetivo de responder a problemática imposta de que seria necessária a revisão da legítima dos herdeiros necessários, tendo por base o princípio da autonomia privada, foram analisados os ordenamentos de países em que impera a liberdade de disposição do patrimônio do *de cujus*, como os EUA e o México, percebendo-se que tal liberdade guarda relação com o modelo econômico adotado, o capitalismo, já nos casos dos países que preferem utilizar a sucessão legítima, como a Itália, notou-se que a escolha se justifica no tradicionalismo existente na nação e principalmente pela proximidade e força dos vínculos familiares, características semelhantes às brasileiras. Ademais, foram expostos os aspectos negativos da legítima, sendo o principal deles o fato de gerar a desnecessária intervenção do Estado na vida privada que retira o âmbito de liberdade de escolha dos indivíduos, além de, por ser uma fórmula genérica, acabar por não abarcar todas as especificidades de cada relação familiar. Também foram expostos os aspectos positivismo, como a possibilidade da legítima efetivar o princípio da solidariedade familiar.

Como ponto derradeiro, no último tópico confrontou-se a legítima com o princípio da autonomia privada, buscando-se expor as visões de autores como Pablo Stolze e Clóvis Beviláqua, sobre a necessidade de revisão da legítima.

Por todo o exposto, embasando-se nas reflexões de diversos autores do ramo civilista, pode-se entender que o instituto da legítima deve passar por uma revisão levando-se em conta a evolução pela qual passou a sociedade, e também o conceito de família, havendo na conjectura atual novas categorias complexas de núcleos familiares que estão fora do âmbito de proteção da legítima como instituto pensado para o século passado.

Assim, a revisão é necessária pois notou-se que a tendência de intervenção do Estado, por meio do legislador, nesse aspecto específico do Direito das Sucessões mostra-se descabida, uma vez que o indivíduo mais apropriado para decidir a destinação de seus bens é a própria pessoa que o construiu, de modo que na nova sistemática do Direito, que consagra as ideias pós-positivistas, buscando-se dar maior aplicabilidade aos princípios e utiliza a técnica de ponderação entre valores, entende-se que no tocante ao tema da legítima dos herdeiros necessários, deve prevalecer a aplicação do princípio da autonomia privada em detrimento daqueles princípios que protegem a questão da legítima, como o princípio da solidariedade familiar, em razão de este princípio já ser protegido por outras figuras normativas dentro do Direito Previdenciário.

Logo, propõe-se que o Poder Legislativo, em conjunto principalmente com a sociedade, como maior interessada no tema, reformule o instituto da legítima, ademais, é preciso que haja uma simplificação das regras sucessórias, pois o que se percebe é que apenas os integrantes do campo jurídico possuem compreensão sobre o assunto, sendo que a maior parcela da população, englobando aqueles que sofrem cotidianamente a limitação sucessória de seu patrimônio, desconhecem as regras atinentes ao ramo sucessório.

Portanto, a revisão da legítima que se propõe não é apenas jurídica, envolve também questões sociais e econômicas, o que demonstra sua relevância, e a importância de ampliar o debate, incluindo os diversos segmentos da sociedade e, por fim, buscando-se dar maior notoriedade ao princípio da autonomia privada, que encontra-se deixado de lado com o advento do Estado Social.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BALDUS, Christian. Autonomia Privada Romana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, p. 41-72, fev. 2011.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Red Livros, 2000.

BOECKEL, Fabrício Dani de**.** Herdeiros Necessários. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Rio Grande do Sul, v. 26, n. 26, dez. 2006. Disponível em: < http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/74206/41902>. Acesso em: 27 maio. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

CARMINATE, Raphael Furtado. Autonomia privada do testador e direito à legítima: Estudo crítico e propositivo. 2011. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO NETO, Inácio de. Direito sucessório do cônjuge e do companheiro. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia Privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. **Revista "Scientia Iuris".** v. 6, mai. 2002. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11197/9957>. Acesso em: 03 junho. 2018.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. A liberdade de Testar e a Quota Legitimária no Direito Português. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia Privada no Direito Sucessório: A necessidade de revisar a permanência da legítima. **Revista eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 183, set. 2015. Disponível em: < http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3877/2648>. Acesso em: 03 junho. 2018.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **O cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário em defesa da dignidade humana**, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d2dbf39ab407d4f>. Acesso em: 27 maio, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A justa causa no novo testamento. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueiredo e (coord.). **Questões Controvertidas:** Série Grandes Temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2004. p. 148.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A limitação da autonomia privada nos direitos reais e pessoais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14, p. 281- 296, abri. /jun. 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, e (coord.). Direito das sucessões e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 23-60. jan./dez.2005.

HUPSEL, Francisco Fontes. **Autonomia privada**: autonomia negocial e autonomia existencial. 2013. Dissertação (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. História do direito. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCONDES, Hilton Japiassú Danilo. Dicionário básico de filosofia. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Sucessões**: Direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MIRANDA, Custódio da Piedade. Autonomia Privada: conceito, atuação e limites. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, n. 9, p. 53-60, set. 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. Direito das sucessões: Noções e princípios fundamentais. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSES, Paulo Magalhães, e (coord.). **10 anos do Código Civil:** Desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 778.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O Direito Pela Perspectiva da Autonomia Privada: Relação Jurídica, Situações Jurídicas e Teoria do Fato Jurídico na Segunda Modernidade. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo código civil, 2004. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/768/633.> Acesso em: 27 maio, 2018.

OLIVEIRA, Irineu de Souza. Programa de Direito Romano. Canoas: Ulbra, 1998.

OLIVEIRA, Márcio Rodrigues. Dirigismo contratual e o princípio da dignidade da pessoa humana e função social do contrato. **Revista "Legis Augustus".** v. 5, n. 2, jul.-dez.2014. Disponível em: < http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/560/512>. Acesso em: 03 junho. 2018.

PACHECO, José da Silva. Inventários **e partilhas.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Limites à Autonomia Privada.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civi**l: Direito das sucessões. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, n. 2, mai./agos. 2015. Disponível em: <

http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07/4724>. Acesso em: 03 junho. 2018.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A Constitucionalização do Direito Civil. Palestra proferida no Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Taguatinga – DF, em 21 de maio de 2018.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Sucessões. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Elizete Maria da Conceição. A sucessão do cônjuge casado no regime **de comunhão universal e parcial de bens em concorrência com os descendentes**: uma análise constitucional à luz do princípio da isonomia. 2013. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Pará de Minas, Pará de Minas.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: Direito das Sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUTO, CELENE OLÍMPIA SPÍNOLA SOUTO. Problematização da obrigatoriedade da legítima. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Bahia.

SOUZA, Stela Maris Vieira de. Inventários e Partilhas. 3. ed. Campo Grande: Contemplar, 2014.

SPÍNOLA, Pedro de Figueirêdo. **ÉTICA, FAMÍLIA, AFETO E DIREITO:** o cuidado como requisito para herdar e os casos de multiparentalidade**.** 2017. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2017. Disponível em: < http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/371/1/DISSERTACAOPEDROSPINOLA.pdf>. Acesso em: 30 julho. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** Direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEXEIRA, Daniele Chaves. A necessidade de revisitar o instituto da legítima. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi, e (coord.). **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. cap.18, p.389-402.

VIEGAS, João Francisco Moreira. **Reflexões sobre o novo código civil:** mudanças operadas no direito da família e das sucessões, 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/226/reflexoes%20 novo%20codigo%20civil_Viegas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 maio. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo**.** Testamento: Estrutura, princípios e modalidades**.** In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSES, Paulo Magalhães, e (coord.). **10 anos do Código Civil:** Desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 853.

OS EFEITOS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

João Pedro Silva Siriano

1 INTRODUÇÃO

Por um lado, se "demandas repetitivas constituem uma anomalia no sistema processual" (MARINONI, 2016, p. 590), de outro a sociedade de massa se projeta nos litígios e deles faz parte. De toda sorte, razoável e justamente tem também o direito de saber qual o Direito aplicável às suas reclamações propostas contra o Estado.

Naturalmente, ainda que seja a lei um referencial comum, o juízo que dela advém, seja pela infinidade de proposições colocadas nas petições, seja pelas exegeses dos diferentes magistrados, pode ser alterado ainda que a hipótese jurídica (lei) seja a mesma para as diversas causas.

Essas "crises geram danos ao regular exercício da jurisdição e, por consequência, ao direito das partes" (MACHADO, 2013, p. 37). A incerteza envolta do Direito, sobretudo aquela nos territórios do direito processual, é um fenômeno que pode ser tanto um bem, quanto um mau para o contexto jurídico.

A incerteza sobre o teor da decisão provocada abre para quem pleiteia o direito a expectativa e as chances de, idoneamente, influenciar o julgador a fim de que sentencie a seu favor. Ao contrário, no entanto, a incerteza que vem da insegurança a respeito da resposta do Estado, perante uma matéria eminentemente de

direito, por exemplo, tolhe a potência do agir enfraquecendo reflexamente o poder jurisdicional retirando sua credibilidade.

Nesse sentido é que a discussão processual ganha relevo sobre a discussão material. Isso por que é inerente ao processo, seja qual for o instituto ao qual se recorra, ser usado como fonte de previsibilidade nas relações jurídicas. O formalismo inerente a todo o *modus operandi* dá às relações jurídicas previsibilidade (MACHADO, 2013).

Essa previsibilidade, somada a segurança que dela decorre, traz certa responsabilidade dos órgãos jurisdicionais ao dizerem o direito no caso concreto obrigando- lhes a manter coerência orgânica e de nível federal perante os instrumentos próprios de vinculação (súmula vinculante, recursos repetitivos, etc.).

Segundo Theodoro Junior (2017, p. 1126) o incidente encontra similitudes com institutos estrangeiros como o *Musterverfahrem* (Alemanha) e o *Group Litigation* (Inglaterra). A necessidade de lidar com causas repetitivas é, portanto, uma demanda jurídica e social presente também em outras nações.

Num país de dimensões continentais, como é o Brasil, pacificar entendimentos elucidando a correta aplicação da lei, sem criá-la - frise-se - porém interpretando-a no seu âmago, é fomentar o cumprimento das garantias processuais constitucionais (celeridade, isonomia, segurança jurídica) por parte do Estado enquanto administração. Vale dizer que é um meio de proteger – ou até promover - a força normativa das jurisprudências.

Contrapondo-se à quantidade de demandas pautadas em idênticas questões de direito e que receberam (em) decisões conflitantes, o incidente de demandas repetitivas é uma forma de facilitar os julgamentos consagrando o princípio da igualdade em sua expressão jurídica e social (Santos, 2017).

Diante deste quadro, ferramentas como o IRDR são bastante salutares para a administração da justiça, pois permitem não só a uniformização da aplicação do

Direito, como também a mais célere e segura resposta do poder público fomentando a natureza de fonte do direito das decisões judiciais (Santos, 2017).

O instituto do artigo 976 do Código de Processo Civil, em que pese baseado na experiência jurídica alemã, contém molduras exclusivamente brasileiras que evidenciam a inovação do país na experiência de, ao importar o suporte básico da doutrina alemã, definir legalmente o incidente hoje conhecido como IRDR.

A ferramenta, inserida pela primeira vez no CPC de 2015, tem no TJDFT 11 incidentes. Segundo o NUGEP (núcleo de gestão de precedentes) o TJDFT conta com mais de

16.400 (dezesseis mil e quatrocentos) processos que estão, ou que já estiveram afetados. Esses dados, conjuntamente ao que dispõe o código, delinearam o estudo entorno da experiência jurídica sobre o instituto de resolução de causas repetitivas no Distrito Federal.

Enquanto realidade da cultura jurídica atualmente compreendida, o IRDR é mais uma tentativa do Estado em solucionar as demandas de modo a garantir a observância da lei tanto no seu aspecto formal quanto material, isto é, tanto na aplicação da lei aos casos, quanto na sua interpretação.

Nesse sentido, na persecução da força normativa das decisões, a experiência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal foi avaliada contrapondo-se aos dados objetivos aqueles até então realizados pela doutrina processual sobre as formas de recepção e direção das questões relativas ao IRDR.

2 ORIGEM HISTÓRICA DO IRDR: O PRECEDENTE ALEMÃO

Enquanto produto da atividade humana, e estando o homem condicionado ao seu tempo, um instituto jurídico que remonta ao começo do século não poderia deixar de trazer as idiossincrasias da sua época.

Em sua obra, Michael Inwood apresenta o conceito de espírito da época, ou *geist der Zeit*, utilizado pelos romancistas alemães, embora não com menos

importância do que a contextualização dada por Hegel, cuja contribuição transcende diversas áreas do conhecimento.

Em passagem dedicada à explicação do termo, Inwood (1997, p.119. Grifo nosso) assim define o espírito da época:

> Hegel fala do Geist der Zeit ("espírito da época, do tempo") em lugar de Zeitgeist. A mentalidade, vida social e produtos culturais de uma dada época, especialmente no seio de um determinado povo, compartilham de um espírito comum. **Um indivíduo está imbuído desse espírito e não pode "ir além" de seu tempo. Assim, o espírito da época é uma fase do espírito do mundo**. (O ensaio de J.S. Mill, "The Spirit of the Age" (1831), mostra que o conceito atravessou as fronteiras do idealismo alemão.)

Deste modo é possível reconhecer o IRDR como um afluente desse indivíduo condicionado ao tempo. Em que pese os diferentes contextos sociais e jurídicos, a Alemanha do final do século XX e o Brasil do começo do século XXI enfrentaram (am) um problema comum: as demandas de massa.

No ano de 2000, ao poder Judiciário alemão foram apresentadas cerca de 2200 demandas judiciais, com mais de 14.000 autores, contra a empresa de telefonia Deutsche Telekon (DT), cujo número de acionistas ultrapassa os três milhões.

A demanda discutia suposto dano causado aos acionistas pela publicação de um balanço patrimonial diverso do que a empresa realmente possuía.

Um mercado financeiro negativamente afetado somado à inexistência de informações prestadas pela pessoa jurídica sobre a publicação, fez com que mais de 700 advogados, representando os interesses de 17 mil clientes acionistas requeressem o pronunciamento do judiciário local (processo T – 271/03).

Ajuizada a ação, três anos se passaram sem que nenhuma audiência fosse realizada. Parte dos demandantes apresentaram queixas com fundamentos constitucionais perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sob a alegação de negativa de acesso à justiça (SIMÕES, 2015).

Instado a se manifestar, a corte constitucional julgou improcedente os pedidos. Contudo, apesar do indeferimento e da potencialidade das causas não se desenvolverem no estado de coisas da época, o Tribunal adotou medidas para sanar o problema (SOUZA; ALVES, 2016).

Seguindo um modelo procedimental de amostragem, o julgamento feito utilizando uma causa modelo deveria conduzir a solução das demais ações que versassem sobre a mesma questão. Segundo Souza e Alves (2016, p.3) trabalho feito pelos órgãos julgadores era o seguinte:

> a) A corte distrital elegeria uma causa representante da demais e remeteria ao tribunal estadual não cabendo qualquer recurso quanto a isso.
>
> b) O tribunal estadual processaria a demanda escolhida, observado a lei para a marcação de audiências e produção de provas, e proferiria a decisão resolvendo as questões de fato e de direito.
>
> c) No fim a decisão da causa no tribunal estadual serviria de modelo para o julgamento de todas as demandas sobrestadas em primeira instancia

Em 2005, com a experiência do caso, o legislativo editou a Lei de introdução do procedimento-modelo para os investidores em mercados de capitais (*Gesetz zur Einführung Von Kapitalanleger-Musterverfahren* [...]). (RODRIGUES, 2010).

Através dessa lei, o procedimento padrão (*Musterverfahren*) foi integrado ao ordenamento jurídico alemão cuja lógica segue a das *test claims*, ou seja, é buscada através da resolução de questões comuns a todas as ações isomórficas a partir de um processo individual tomado como paradigma (RODRIGUES, 2010).

Apesar do prazo de vigência, inicialmente estipulado em cinco anos, o ordenamento germânico incorporou essa nova forma de solução de conflitos. Podendo ela ser requisitada também para casos futuros.

2.1 IRDR: um novo meio de estabilidade, coerência e integridade das decisões

O dever dos Tribunais em manter sua jurisprudência estável (porém não imutável), íntegra e coerente advém do artigo 926 do CPC que dispõe, conjuntamente aos dispositivos seguintes, os casos em que as decisões dos juízes estarão adstritas ao entendimento firmado por cada Tribunal respeitado os limites da sua jurisdição.

Ressalvadas as questões de fato, pois sujeitas às dilações probatórias próprias de cada rito, os juízes e tribunais observarão, nos termos do artigo 927, incisos I a V do CPC:

> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

É de interesse dos Tribunais, em prol do seu papel institucional, que seu posicionamento seja sólido de acordo com os critérios estabelecidos pelo código. Segundo, Elpídio Donizetti (2016, p. 758):

> Os deveres de estabilidade, integridade e coerência, [...], podem muitas vezes ser confundidos com a própria noção de uniformidade. Entretanto, uniformizar é apenas um dos deveres relacionados à construção e manutenção de um sistema de precedentes criado pelo novo CPC.

Os precedentes são parte da história do Tribunal e denotam (assim se espera) o melhor entendimento que o decorrer dos anos e o constante embate daquelas matérias fizeram estabelecer.

Como se falará adiante, a exclusividade das questões de Direito serve para garantir que a lei seja preservada quando em contato com as matérias fáticas trazidas pelas partes. Desse modo, não há prejuízo de que as partes, evidenciando

Distinguishing, isto é, a distinção entre a sua causa e o precedente que se pretenda aplicar, tenham seus direitos material e formal garantidos na medida em que fundamentam e relatam seus pedidos.

Nisso é possível ver que o código revalorizou todos os pronunciamentos quanto à necessidade de fundamentação. Resguardadas as devidas proporções, de um lado os magistrados são cada vez mais cobrados quanto à subsunção fato/norma, devendo elucidar as razões da decisão amparadas na lei e nos fatos trazidos ao juízo; de outro, também cabe às partes fundamentar seus pedidos afastando ou fazendo incidir súmulas, teses firmadas ou demais precedentes para solução dos seus conflitos conforme lhes aprouver.

Nos termos do caput do artigo 926, todos esses deveres observados pelos Tribunais e juízes tem o fito único de promover aos pronunciamentos "estabilidade, integridade e coerência".

A estabilidade estaria atendida na medida em que, uma vez firmada a orientação jurisprudencial, o órgão judicante mantivesse perene tal entendimento. Aqui, ressalte-se, não se configura uma imutabilidade *ad eterno*, mas sim a manutenção da jurisprudência enquanto perdura o estado de coisas que ensejou aquela orientação até então vigente. Segundo Donizetti (2016, p.758):

> De nada adianta o dever anterior se o tribunal não cuida de preservar a estabilidade de suas próprias decisões, alterando em pouco tempo um entendimento aparentemente consolidado sem que haja razões para tanto.

Relativamente a coerência e integridade, prossegue o autor dizendo que à coerência cabe a não contradição das decisões e à integridade cabe, por fim, a compatibilidade e amoldamento desses pronunciamentos ao Direito.

Nesses termos, insere-se o IRDR numa ordem preconcebida de fortalecimento das decisões e do papel das Cortes e Tribunais de Justiça no tocante à entrega do objeto idealizado na organização do Estado, ou seja, a jurisdição.

2.2 A proposta do NCPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas

Através do ato número 379 de 2009, o então presidente do Senado José Sarney, instituiu a comissão de juristas responsáveis pela edição do anteprojeto que começaria a viger em 16 de março de 2015.

Nos termos do artigo 2° do referido ato n. 379/2009, estavam os ilustres juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho De Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Teresa Arruda Alvim Wambier e o então ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux.

Começavam, a partir de então, os trabalhos voltados para criação da nova lei processual. Empenho esse exercido sem qualquer remuneração (artigo 4°), porém com todos os subsídios de hospedagem, palestras e eventos custeados pelo Senado Federal (artigo 5°).

A larga experiência e o notório saber jurídico dos componentes não foram o bastante para edição de lei contra a qual não fosse possível tecer críticas. Embora isto não desmereça em nada os estudos realizados para o fim de criação do anteprojeto, resta clara a complexidade existente no dever de criar uma lei processual com o fito de atender à demanda da pacificação social.

Contudo, assim como o contraditório não desmerece o processo, as posições contrárias não desqualificam os textos propostos e futuramente cancelados ou modificados. Ao revés, as insurreições fizeram com que o texto atual se aproximasse o máximo da necessidade que hoje se vive em termos de processo judicial.

Não sem razão, por exemplo, a manifestação do deputado Jerônimo P. Goergen, do PP do Rio Grande do Sul, que na comissão especial sobre parecer ao projeto de lei número 6.025/2005 impugnou os artigos pertinentes ao IRDR (à época, artigos 930 e seguintes) no tocante à legitimidade do juiz ou relator para

oficiar pela instauração, bem como do papel dos julgadores de piso em detrimento dos órgãos de cúpula para tratar exclusivamente das matérias suscitadas.

Nos termos da sua justificativa, o parlamentar (GOERGEN, 2011, pg. 03. Grifo nosso). registrou a importância da participação dos magistrados na construção da jurisprudência da seguinte forma:

> Propõe-se, pois, a alteração nos dispositivos que tratam do INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS [...] a fim de preservar a participação dos juízes de primeiro grau e dos desembargadores que integram os órgãos fracionários do Tribunal a quem os recursos envolvendo esses casos são ordinariamente distribuídos, viabilizando que a solução final do incidente de resolução de demandas repetitivas seja construída com a participação de toda a magistratura, e não apenas pelos órgãos de cúpula dos tribunais, diante do seu caráter vinculante.

Para o deputado, a participação dos juízes de primeiro grau como agentes capazes de oficiar, bem como dos desembargadores como agentes capazes de, além de oficiar, também participar do órgão uniformizador de jurisprudência do Tribunal é benéfica na medida em que garante que aqueles julgadores estejam no processo de criação da jurisprudência vinculante.

A proposta do CPC perante a promoção das garantias constitucionais do processo por meio dos procedimentos adotados como fonte de concretização da justiça esteve presente desde o início.

A pacificação social, isonomia e segurança jurídicas constam como fim e meio desta lei, tais garantias fazem parte deste novo instituto destinado a compor o microssistema de formação de precedentes vinculantes (CÂMARA, 2017, p. 482).

3 ASPECTOS JURÍDICOS POSITIVOS DO IRDR

Segundo o eminente processualista Luiz Fux (2005, p. 946), o cabimento “é a adequação do recurso em confronto com a decisão impugnada”. Há, portanto, uma relação entre a definição legal do meio de impugnação e a existência de um ato jurídico recorrível (decisões no geral) em relação ao qual aquela previsão poderá

será aplicada. Por isso, tomando por base este conceito, é possível concluir que a hipótese de cabimento do IRDR é o contexto de adequação entre um ato jurídico e uma realidade fática do processo.

Não se entenda por "realidade fática", no entanto, os fatos reconhecidos como remotos, isto é, aqueles cuja ocorrência se deu fora do juízo e que somente serão levados ao conhecimento do julgador pelos termos da inicial e da defesa apresentada ou oposta. Isso porque, a rigor, nenhuma questão de Direito estará totalmente desligada de uma questão de fato propriamente dita (THEODORO JUNIOR, 2017).

Nesse sentido, o termo será usado para definir o estado de coisas no processo perante o qual o incidente pode ser suscitado submetendo-se, todavia, à identificação dos pressupostos de sua admissibilidade.

Segundo o artigo 976 do CPC, a instauração do incidente caberá ante a presença cumulativa de: (I) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (II) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Os incisos são taxativos. Não basta também, identificar um ou outro quesito, pois ambos são cumulativos (CÂMARA, 2017).

O incidente deve ser instaurado para uniformização e aplicação da lei – seja ela adjetiva ou substantiva, isto é, de direito material ou processual – nas diversas ações pendentes e para as futuramente ajuizadas. No entanto, o incidente "não se presta [...] a se aplicar a qualquer fato, mas tão só aos fatos jurídicos iguais àquele tomado como paradigma" (THEODORO JUNIOR, p. 1.128, 2017).

O cabimento do IRDR estará adstrito à existência de ameaça a isonomia e à segurança jurídica, via risco de decisões conflitantes proporcionados pela repetição de demandas que versam sobre a mesma questão de Direito e induzem, consequentemente, a ocorrência de entendimentos divergentes e conflitantes sobre o mesmo assunto.

Portanto, a conjugação do intuito repressivo de julgados conflitantes, somado à identificação, sobrestamento e vinculação das ações repetitivas à tese fixada torna o IRDR eficaz ferramenta de prestação jurisdicional e promoção das certezas buscadas nos pronunciamentos oficiais.

3.1 Pressupostos positivos de admissibilidade

Os pressupostos positivos de admissibilidade são aqueles cuja presença assegura a instauração do incidente favorecendo seu julgamento no órgão responsável. Pelo CPC, dois requisitos asseguram a instauração.

Ainda que tais pressupostos existam, ao procedimento do IRDR também se faz necessário verificar a existência de recursos extraordinários e/ou especial obstando a admissão do IRDR. Seja perante o TJ ou TRF (§4, artigo 976), a afetação da matéria nos tribunais de superposição interfere negativamente na instauração do incidente.

O primeiro pressuposto é a efetiva repetição de processos entorno da controvérsia observando ainda não haver afetação nos Tribunais Superiores. Necessário notar que, embora o inciso não traga explicitamente a existência de decisão judicial que configure esta controvérsia, ela deverá existir, pois a controvérsia não se prova pela alegação das partes, mas sim pela existência de pronunciamentos oficiais contraditórios.

O segundo, por sua vez, é o risco à isonomia e à segurança jurídica. Esse quesito está ligado ao primeiro, pois é justamente pela contradição das decisões que se ameaça a cognoscibilidade, estabilidade e confiança do Direito tanto do ponto de vista do Judiciário quanto do jurisdicionado (MARINONI et. al., 2016).

A existência de decisões conflitantes é, portanto, o indicador objetivo e de mais fácil aferição da controvérsia. Sem decisões conflitantes há apenas requerimentos.

Ainda sobre a "efetiva repetição" o Fórum Permanente de Processualistas, no enunciado 87, faz importante registro acerca do número de ações. Diz o enunciado:

> (art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas).

Esse registro é importante por expor não ser o número de ações um critério objetivo para constatação da necessidade de uniformização jurisprudencial, embora ele o pareça.

Conclusivamente, o incidente será necessário diante da existência de decisões conflitantes caracterizadoras da controvérsia, sendo que o número de ações é indefinido, mas mesmo assim, frise-se, que seja capaz de ferir a segurança jurídica e à isonomia.

Adiante, tem-se a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Este pressuposto corresponde à dimensão prática do incidente, pois denota todo o objeto de proteção que o legislador valorizou na redação dos referidos artigos.

Enquanto as demandas idênticas estiverem sendo, quanto às suas questões de direito, decididas no mesmo sentido, não há utilidade (e, pois, falta interesse) na instauração [...] (CÂMARA, 2017, p. 485). Evidente, neste sentido, o papel repressivo do instrumento processual.

Por fim, importante ressaltar razoável dúvida acerca da necessidade de existir, no tribunal competente para processamento do IRDR, ação que trate da mesma questão jurídica como um requisito implícito do IRDR.

Inexiste disposição expressa em lei exigindo tramitação de processo no tribunal discutindo aquela matéria sobre a qual se pretenda instaurar o incidente. Marinoni (2016) aponta dois dispositivos que podem orientar esse entendimento. O primeiro deles é o inciso I, artigo 977 do CPC, que legitima o juiz ou relator a instaurar o IRDR. O segundo dispositivo é o parágrafo único do artigo 978, que

aponta em sentido diverso. Nesse caso, elucida o eminente processualista que (MARINONI et. al. 2016, p. 595):

> Segundo o preceito, o órgão colegiado (que julgará o incidente) é também competente para julgar "o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente". **Ora, se a questão a ser resolvida originou-se de algum recurso, remessa necessária ou causa de competência originária, é porque o incidente só pode ser suscitado na pendência de causa que está sujeita à análise do tribunal**. (grifo nosso).

No entanto, prossegue o autor utilizando o método histórico de interpretação para solucionar a dúvida.

Essa espécie de interpretação apreende o conteúdo normativo e caracteriza-se pela leitura do texto da lei como "uma análise diacrônica, ou seja, do processo de criação e evolução da compreensão da norma jurídica" (GONZAGA et. al., 2012, p. 72).

Dessa maneira, cita que no projeto de lei número 8.046/2010 o Senado Federal fez incluir, na redação relativa ao IRDR, conteúdo vinculando a instauração do incidente com a pendência de idêntica matéria no Tribunal competente.

Durante os debates e reformulações, a supressão do dispositivo militou contra a necessidade de já existir causa no tribunal sobre a matéria que se almeja uniformizar pelo rito dos repetitivos (MARINONI et. al, 2016). Assim, conclusivamente, na gênese do instituto, esse quesito foi afastado do rol dos outros necessários.

3.2 Multiplicidade de controvérsias: as questões de fato e de direito

Relativamente à literalidade da regra adjetiva, a doutrina de Daniel Amorim (2016) destaca a ambiguidade causada pela redação do artigo 976, que vincula à instauração do IRDR a repetição unicamente das questões de direito excluindo, aparentemente, a possiblidade de multiplicidade também das questões de fato. De acordo com Neves (2016, p. 1400) "[...] essa realidade deve ser analisada com certa

flexibilidade, porque, mesmo existindo diversidade de fatos, a questão jurídica pode ser a mesma.”.

Para o autor, pela possibilidade de existir ações que demandam aplicação do mesmo dispositivo legal, apresentando contra a lei múltiplas interpretações, embora tenham situações fáticas diversas, estas demandas podem ter a seu favor os pressupostos para instauração do IRDR na medida em que a controvérsia continua sendo unicamente de direito.

Segundo esta doutrina, entende-se o cabimento do incidente ainda que a diversidade de ações não seja exclusiva quanto ao Direito, mas também podendo ser quanto aos fatos, pois estes podem ser alegados às mais diversas maneiras pelas partes. Permanece necessário, portanto, a existência de efetiva controvérsia jurídica ameaçando a isonomia e segurança jurídica sendo certo dizer que a identidade dos fatos é sempre prescindível.

Ainda sobre o artigo 976, qualquer dúvida sobre a forma com a qual dispôs o legislador pode ser superada ao levar-se em conta a finalidade para a qual o instituto foi criado. É de se levar em conta, portanto, o intuito legislativo e o limite característico constante na letra da lei ao dizer que “contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”.

O código denota um intuito mediato: o de impedir a multiplicação de controvérsias nas ações. Para isso, propõe o julgamento uniforme que prestigie a unicidade de interpretação jurídica como indicadora do posicionamento do Estado perante aquele assunto relevante.

Como exemplo para elucidar o debate, recentemente foi firmada tese jurídica pela d. câmara de uniformização do E. TJDFT no IRDR N° 2016 00 2 024562-9, cuja conclusão aponta, dentre outras disposições, a competência do Juizado Especial Fazendário para conhecimento das ações cominatórias em matéria de saúde e medicamento cuja demanda não encerre necessidade de produção probatória

complexa, o que afastaria a competência material dos juizados fazendários: lei 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

Nestes casos, a despeito das mais diversas situações fáticas que envolvem os autores – internação em UTI particulares ou públicas; dever do Estado de ressarcir por despesas médicas; entrega de medicamentos cujo fornecimento seja padronizado ou não padronizado pela Secretaria de Saúde do DF, etc.– a discussão entorno da competência do Juizado Fazendário foi resolvida preservando tanto a aplicação do direito, quanto as peculiaridades de cada jurisdicionado em suas respectivas demandas.

O caso citado é exemplo que o IRDR pode regular a aplicação do Direito aos casos concretos sem tolher suas peculiaridades fáticas. Para isso, limita-se a discussão sobre a interpretação jurídica da norma sem revolvimento do conteúdo fático e probatório.

3.3 Ofensa à isonomia e à segurança jurídica

A garantia do tratamento isonômico tanto na sua previsão geral (artigo 5°, CF/88), quanto na sua previsão específica (artigo 7°, CPC/2015) não dispensam atitudes positivas do Estado enquanto ente que decide a demanda.

Arruda Alvim (2017, p. 250) compreende a existência de três formas que o Estado garante a isonomia ao jurisdicionado. Especificamente, são elas:

> O Estado deve garantir às partes igualdade de acesso aos instrumentos processuais; igualdade de tratamento durante o curso do processo; e promover a igualdade através do resultado do processo, **em especial diante do conteúdo das decisões judiciais** (grifo nosso).

A atuação positiva, neste sentido, engloba a existência de decisões que não sejam díspares para tal ou qual jurisdicionado no enfrentamento da mesma questão de Direito. Em sede de IRDR, a reserva para discussão tão somente do âmbito jurídico pertinente visa promover esta igualdade sem, por outro lado, diminuir o direito de influenciar o juiz a uma decisão favorável.

Embora em nosso ordenamento não exista razão para diferenciar igualdade perante a lei e igualdade na lei, pois esta cisão, presente na doutrina estrangeira, não subsiste aqui, a compreensão de ambas favorece a justificação do motivo pelo qual o IRDR está intimamente ligado a este sentido de isonomia.

Segundo José Afonso da Silva (2014), a igualdade perante a lei consiste na obrigação de aplicá-la a todos, inclusive ao próprio legislador; ao passo que igualdade na lei é a ausência de distinção ilícita entre pessoas.

Devido ao fato de constituir um tratamento igualitário, levando em conta não a matéria fática da demanda, mais sim o contorno legal indispensável ao pedido formulado, o incidente preserva a igualdade da coletividade na medida em que uniformiza a aplicação da lei (igualdade perante a lei) e vincula sem apreciar os fatos as decisões posteriores (igualdade na lei).

Quanto à segurança jurídica, Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 973) entende que:

> só a jurisprudência dos tribunais, coerente e estável terá condições de resguardar [...] a confiança das ideologias pessoais evitar confusão da justiça programada pela norma legal com a justiça concebida no íntimo de seu puro subjetivismo.

Desse modo, inegável reconhecer à capacidade de uniformização o papel de pacificação e efetivação da norma jurídica como meio eficaz de resguardo e reforço da força normativa da jurisprudência do Tribunal.

A norma deixa de ser o enunciado abstrato e passa a integrar de perto a realidade através do entendimento do magistrado, razão pela qual é objeto de defesa pelo incidente de resolução do CPC.

3.4 Pressupostos Negativos de admissibilidade: a influência dos Tribunais de superposição

O §4° do artigo 976 impede a instauração do IRDR mediante a existência de processo afetado pelos Tribunais superiores e destinados a resolução de matérias

repetitivas, sejam elas materiais ou processuais. Note-se para a exclusividade das questões de Direito perante esta alçada de demandas de massa.

Desse modo, a hierarquia dos tribunais é preservada. Há aproveitamento de recursos humanos e do processo, embora a questão temporal possa não ser a mais vantajosa, tendo em vista o tempo usual que uma causa demora a ser julgada.

Segundo a professora doutora Juliana Pondé Fonseca, durante entrevista cedida no formato *podcast*, inegável reconhecer-se a hierarquia dos tribunais. Não há razão, portanto, para que as instâncias ordinárias e recursais almejem sobrepor-se ao entendimento resguardado ao STJ e STF, de modo que também no estabelecimento de entendimento único a ser seguido dali pra frente não haja conflitos desta natureza.

Essa regra é de suma importância, visto que coaduna com o propósito do IRDR em impedir decisões conflitantes. Para Daniel Amorim (2017), o precedente vinculante que seria criado pelo Tribunal superior (STJ ou STF) já supriria a necessidade de uniformização da tese em debate, razão pela qual fixar uma tese local, em regime de incidente de resolução, seria contrapor os entendimentos entre a circunscrição, ou região, específica e o restante do país perante as cortes de superposição.

3.5 Competência

O atributo “competência” pode ser definido como o limite observado pelo exercício da jurisdição, que por sua vez é “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei (CHIOVENDA, 2009, p. 511).”. É, portanto, um critério objetivo de organização estatal voltado para a eleição da unidade judiciária apta, segundo este critério, para conhecer e julgar determinada demanda observando o disposto na lei.

A doutrina destaca as matérias entorno das quais se elege a competência. Para cada uma delas existe uma correspondência entre o seu objeto (bem da vida requerido, pessoa ou valor da causa) e o foro correspondente.

No CPC, a matéria é tratada no artigo 42. Contudo, relativamente ao IRDR, a abordagem é mais qualificada, isto porque foi introduzido juntamente com uma estrutura própria composta por um órgão pleno para seu processamento cujo conhecimento depende da consulta ao regimento interno de cada Tribunal (TJ ou TRF).

Diferentemente da ação proposta, cujo momento de aferição da competência é privilegiado pelo caráter novel daquela manifestação que vindica a tutela jurisdicional, a determinação da competência para julgamento do IRDR é, guardada as devidas proporções, mais simples. Isso porque para o fim de julgamento, o órgão competente para o incidente é expressamente indicado nos artigos 977/CPC; 17 e 18 do Regimento interno, neste caso, do TJDFT.

Prossegue o artigo dizendo: o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal [...]. Logo mais, os dispositivos do regimento interno resguardam a competência da câmara de uniformização para processar e julgar o feito, bem como para revisar a tese fixada no incidente.

Assim não apresentando mais embaraços à interpretação, tem-se que a competência é ponto atualmente pacificado dentre as dúvidas e críticas suscitadas pela doutrina, merecendo mais atenção outros aspectos atinentes, principalmente, à recorribilidade, legitimidade, extensão de aplicação da tese e legitimidade para suscitar o incidente.

3.6 Da legitimidade dos sujeitos elencados nos incisos do artigo 977, CPC.

A importância dos atributos subjetivos processuais reside no fato de, a partir da sua identificação, poder-se avançar profundamente nos conceitos ora em estudo. Isto por que, na discussão dos incidentes, por serem estes um ato pontual dentro do trâmite processual natural, algumas fórmulas não são de fácil apreensão.

O autor Daniel Amorim (2017, p. 133) bem lembra o conceito doutrinário acerca da legitimidade ao dizer que “é a pertinência subjetiva da demanda ou, em

outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor demanda judicial [...]". No entanto, tal noção não pode ser aplicada sem a devida ressalva sob pena de entender-se que o juiz ou relator podem propor a demanda, deduzindo a partir daí interesse no seu deslinde. Não. A legitimidade que cerca estes atores no processo é bem outra.

De acordo com o artigo 977, I, o juiz ou relator poderá, por meio de ofício, suscitar o incidente. Decorre daí que a atuação é adstrita a sua capacidade jurisdicional e o seu interesse não se assemelha ao das partes, que buscam o bem da vida materialmente concebido, mas sim ao intuito institucional da sua função de órgão sentenciante para dirimir conflitos.

Diferentemente, em que pese ser benéfico ao particular que a lei seja uniformemente aplicada, entendo que tal questão não é o que motiva sua petição. Ao revés, a vontade do jurisdicionado que o impulsiona para o processo está ligada tanto ao dano experimentado na sua esfera jurídica, quanto a sua abdicação da vingança privada. Desta forma, não sendo o particular adstrito tão somente à questão jurisdicional, sendo ele a suscitar o incidente, tem a favor de si a legitimidade numa apreensão mais larga e comum, que comporta, de um lado, a previsão legal para estar em juízo e, de outro, a defesa do seu interesse.

No entanto, seja por meio de ofício, seja por meio de petição, à manifestação que acusa a necessidade de suspensão dos processos controvertidos implica sua adequação aos requisitos dos atos processuais em geral. Isso porque ato é toda ação ou omissão que se torna pertinente ao processo. Nesse sentido o professor, mestre e juiz de Direito Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2017, p. 318) assevera a pertinência entre requisitos processuais e validade destes. Entendemos, a partir disto, que a forma com a qual o artigo 977 será cumprido deve obedecer aos quesitos inerentes a todos os demais atos do processo, dentre eles a escrita em vernáculo (art. 192), assinatura das partes que interviram por meio da competente manifestação bem como impedir espaços não escritos que possibilitem a fraude no documento prejudicando o regular andamento (art. 211).

Feitas estas considerações iniciais, passamos a uma análise mais detida de cada caso comportado e pertinente no que tange à percepção do quesito legitimidade para instauração do IRDR.

3.7 Legitimidade do magistrado.

Primeira diferença cabível ao adentrar a matéria são as formas de suscitar o incidente. Incumbe às partes, Defensoria Pública ou ao Ministério Público manifestarem-se por petição, enquanto que ao juiz ou relator, por ofício.

Para a manifestação, em que não se discutirá as condições (capacidade, interesse) para sua propositura, pois não traz consigo o pleito exordial, mas sim um incidente dentro do andamento normal já proposto, será levado em conta tão somente as condições fundamentadoras do pedido de instauração. Neste sentido, é o parágrafo único do art. 977, CPC que impõe: o ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos necessários para instauração do incidente.

Tais requisitos referem-se àquelas condições afetas a efetiva repetição, bem como ao risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica. Reiteramos que tais assuntos devem implicar concomitantemente na causa, sendo um erro conceber-se como cabível ante a existência de apenas um deles.

O magistrado, portanto, sendo um dos atores estáticos do processo, tem como inerente à sua atividade o agir mediante provocação, decorrendo daí sua manifestação de cunho decisório, não consultivo. Deste modo, estabelecendo a CF que o juiz agirá mediante o exercício de petição – salvo os casos de ofício- surge a impressão imediata que legitimidade do juiz deveria ser também alvo de provocação para existir. No entanto, conforme dito anteriormente, a legitimidade do magistrado é decorrente de previsão legal; o que dispensa, para este caso, que a quebra da sua inércia processual corra por meio de requerimento. Para fins de instauração do incidente, poderá o juiz oficiar mediante redação fundamentada entorno dos motivos

pelos quais entende a necessidade de adequação dos julgados sobre determinada questão de direito.

A legitimidade do magistrado não se confunde com a das partes. Ao passo que a destas é denominada legitimidade autônoma, a daquele é denominada legitimidade parcial, por se tratar de um ato sobre um processo já em curso. Ante a noção de processo como atos encadeados aprumados para determinado fim, a legitimidade discutida para questões incidentais é, com razão, chamada de parcial, pois se direciona para incumbir quem dela se utiliza a um ato intercorrente da ação.

3.8 Legitimidade do relator

Merece alguma atenção diferenciada a espécie de legitimidade tida pelo relator, pois como se sabe, tal alcunha pressupõe um processo em grau revisional. Desta forma, prudente destacar que a legitimidade do relator não existe enquanto contra os referidos autos não for interposto o devido pedido de revisão. Utilizamos o termo "revisão", pois falar em "recurso" poderia inquinar o entendimento restringindo as possiblidades de abertura da legitimidade do relator tão somente quanto este apreciasse o processo em grau recursal.

Um exemplo claro disto consubstancia-se nas ações em que o ingresso se dá logo no tribunal, ou seja, cuja competência para seu processamento e julgamento é originária.

Tal hipótese é ainda melhor ilustrada quando pensamos nas causas em que estará sujeita a matéria ao exame necessário, cabível nas ações cuja sentença estabeleça ônus ao Estado compreendido enquanto União, entidades administrativas do poder público e unidades federativas. Ressalvadas as hipóteses de valor irrisório, aplicação de súmulas dos Tribunais Superiores, entendimento firmado em IRDR e entendimento de natureza administrativa e vinculante do próprio ente público, a remessa será feita.

Relevante, portanto, reiterar a compreensão de que o incidente é suscitado enquanto tramita o processo no tribunal, pois o disposto no artigo que prevê o

cabimento do IRDR assevera “quando houver controvérsia” e, sabemos, a controvérsia é um fenômeno no processo, necessitando ser arguida por quem de interesse a fim de que possa configurar o debate elucidativo da dúvida entorno da aplicação desta, ou daquela questão de direito. Desse modo a legitimidade do relator existe em abstrato, mas concretiza-se quando os autos abrigam controvérsia processual.

3.9 Legitimidade das partes.

Se, por um lado, é o juiz ou desembargador o sujeito que detém melhor compreensão sobre quais teses estão em destaque nos recursos interpostos, por outro e para fins de interesse, as partes são os sujeitos privilegiados no tocante a entrega da prestação jurisdicional, pois a ela terão seu direito vinculado. Neste ponto, sendo o particular o destinatário direto da jurisdição, sua arguição reveste-se do mais caro apelo no sentido de buscar imediata resposta e mediata celeridade.

Isto por que, uma vez instaurado, conforme dispõe o artigo 980, o incidente será julgado, em até, um ano tendo preferência sobre os demais feitos, ressalvados os pedidos de réu preso e *Habeas Corpus*.

O efeito imediato experimentado é a resposta dada sobre a aplicação de determinada tese jurídica. Cabe destacar que, em sede de discussão sobre procedimentos judiciais, o prazo fornecido pelo referido artigo (um ano) é deveras modesto face às demais experiências cartorárias, mormente em caso de prazos impróprios. Seja pelo excesso de causas nas varas, seja pela morosidade do sistema, tem-se visto relativa rapidez quanto da instauração e resposta pelo e. TJDF.

A exemplo, levantamos alguns dados dos incidentes até então admitidos, tomando por base de pesquisa o tempo entre a publicação do acórdão de admissão do requerimento e a publicação do acórdão de mérito fixando a tese. Observamos que, na maioria dos incidentes, o lapso temporal entre as datas referenciais não extrapolou nove meses. Dentre os processos pesquisados, destacam-se o IRDR N°

2016 00 2 011909-9, cujo intervalo foi de três meses e o IRDR N° 2016 00 2 034904-4, cujo tempo entre as datas foi de pouco mais de 2 anos.

A interposição de recursos extraordinários, como o são o RESP e o RE, por si só, não acarreta demora na fixação da tese, pois é justamente sobre ela que se fundamenta a inconformidade. Contudo, para as partes, enquanto pendente de julgamento, tais recursos obstam, na visão cingida da doutrina, a aplicação da tese.

Em ponto específico, será discutido a possibilidade de aplicação da tese jurídica antes do trânsito em julgado do acórdão que a firmou. Desde já, registre-se que a aplicação de entendimento sobre o qual não paira a égide do trânsito em julgado, nos casos da justiça cível comum, representa risco desnecessário ao jurisdicionado que já é obrigado a lidar com o transcurso do recurso por ele ou contra seu direito interposto.

3.10 Legitimidade inerente ao *Parquet* e à Defensoria Pública.

É previsto constitucionalmente, artigos 127 a 135, dentre as funções essenciais à Justiça, a atuação do MP e da Defensoria Pública, tanto da união quanto dos estados. Na República ambos figuram como instituições permanentes essenciais à função jurisdicional do Estado. Pertinente reconhecer que, enquanto o MP é tido como ator da proteção do regime democrático, a Defensoria é expressão e instrumento deste tipo de regime.

No que tange ao IRDR, ambos poderão, observando os requisitos dos atos processuais, peticionar suscitando o referido instituto. Contudo, ao MP, tido na sua função de fiscal da lei (*custos legis*), incumbe atuar na defesa dos direitos difusos e coletivos, sendo ponto controvertido sua atuação nas matérias de direito individual e homogêneo. Segundo Cabral (2015, apud AMORIM 2017, p. 1500) sobre a atuação irrestrita do MP para fins do IRDR:

> Nos termos do art. 976, § 2. 0, do Novo CPC, se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. Diferente do que ocorre com a

> ação coletiva, caso haja abandono ou desistência, o Ministério Público tem o dever institucional de assumir a titularidade do incidente de resolução de demandas repetitivas19.

No que tangencia o comprometimento institucional do MP pelo zelo da ordem jurídica, acreditamos ser a atuação ampla e irrestrita dever decorrente da sua atividade. A uma pelo fato do instituto ora discutido ser conceitualmente independente – como se tem visto – a duas por que isso implica na desnecessidade de analogicamente recobrar o *modus operandi* da ação civil pública para definir o alcance devido pela atividade do *parquet*.

Relativamente a defensoria, cujo ingresso na ação se dá logo no seu início, seja pela exordial, seja na defesa, entende-se que a possibilidade de sua atuação não encontra maiores óbices, devendo ser referendada quanto a isso.

3.11 O processamento do incidente de acordo com o RITJDFT

Inicialmente prevista na alínea "d" do artigo 2° do regimento interno do TJDFT, a câmara de uniformização passou a ser uma nova estrutura dentro do tribunal atendendo o disposto pela nova lei de processo civil.

Na tarde do dia 06 de junho de 2016 foi realizada a primeira sessão da câmara, cuja composição atual engloba 17 desembargadores e possui como presidente do Desembargador Fernando Habibe.

Naquela oportunidade, segundo fonte oficial do TJDFT, 04 requerimentos de incidentes foram julgados quanto a admissibilidade. Dentre eles 03 se referiam ao que atualmente temos registrado como o 1° IRDR, afeto à competência do Juízo da Vara de Execuções Fiscais do DF e 01 sobre a legalidade da exigência de exame psicotécnico em concurso público da Polícia Militar. Este último foi inadmitido por falta de preenchimento dos requisitos presentes nos incisos do artigo 976, CPC.

De acordo com o regimento interno, na composição desse órgão estará o desembargador mais antigo das 08 Turmas Cíveis, como presidente, acompanhado pelos dois juízes mais antigos de cada uma das outras turmas. Por isso, a norma

interna reservou as segundas feiras para realização das sessões de julgamento de modo a não interferir com as sessões das respectivas câmaras cíveis, estas compostas, por sua vez, por agrupamentos das turmas.

Realizada a organização interna no Tribunal, o processamento seguirá pelas disposições do CPC. Por isso, de acordo com o artigo 977, o pedido de instauração do incidente será feito ao presidente do Tribunal mediante "peça instruída com prova pré- constituída que demonstre o preenchimento dos requisitos [...] da *pendência de múltiplas demandas* envolvendo apenas a mesma questão de direito, com risco à isonomia e à *segurança jurídica* (MARINONI, 2017, p. 595)".

No entanto, à presidência não cabe julgar os requisitos acima elencados, tendo restringida sua atuação somente ao recebimento do pedido e juízo formal sobre a petição apresentada. A admissibilidade do requerimento fica, portanto, resguardada para o juízo do órgão colegiado (978, CPC), cuja sessão será realizada como quórum mínimo do número inteiro que se seguir à metade de seus membros (artigo 19, §3°, RITJDFT).

Adequada a peça, a câmara receberá o requerimento por distribuição e passará ao juízo de admissibilidade observado de forma aprofundada os quesitos cumulativos do 976.

Conferidos e admitido o pedido, haverá a suspensão das ações pendentes que tramitam na região de competência do TJDFT. Ressalte-se que, após a instauração, isto é, tendo cumprido a petição com os quesitos necessários, aceita pela câmara, há necessidade de ampla e específica divulgação.

A partir de então, começa a contar o prazo de um ano para julgamento do incidente, impondo ao tribunal o dever de primazia pelas questões ali tratadas, o que já poderia ser suprimido, posto que a existência de um órgão próprio pra julgamento dos incidentes não parece induzir, num primeiro momento da experiência jurídica, necessidade de se registrar em lei a preferência destas causas.

3.12 Divulgação e publicidade

Em sua obra dedicada ao estudo do Direito Processual Civil, Chiovenda (2009, p. 1045) descreve a publicidade como

> um princípio que se pode entender de dois modos diferentes: ou como admissão dos *terceiros* (público) a assistir às atividades processuais; ou como necessidade entre as partes de que toda atividade processual tenha a presença de ambas. Num e noutro sentido, inclui-se a publicidade nos processos mais antigos (romano. Germânico); e excluiu-se, pelo menos em parte, de muitos processos intermédios.

A promoção da acessibilidade dos incidentes admitidos visa resguardar tanto os órgãos do Estado, a fim de que não cometam atos desnecessários em razão de um processo que já deveria estar suspenso, quanto os jurisdicionados que terão a facilidade de requerer fundamentadamente com as teses fixadas em outras causas, ou na sua própria, inclusive.

Necessário ressaltar que, na dicção do artigo 979, CPC, existem dois termos que indicam qual a forma dessa publicação. O primeiro termo diz respeito a "divulgação". O segundo é pertinente à publicidade.

Neste passo, ao prescrever que o processamento do IRDR, desde sua instauração até a apreciação do seu mérito; será divulgado e publicizado, o legislador indica qual alcance visa proporcionar para que o instituto alcance o resultado ótimo dentro no universo jurídico.

Segundo o autor Luiz Guilherme Marinoni, "o sucesso deste tipo de incidente repousa em grande medida na facilidade de conhecimento das causas submetidas a esse procedimento e das decisões de eventuais incidentes já instaurados (MARINONI, et al, 2016,

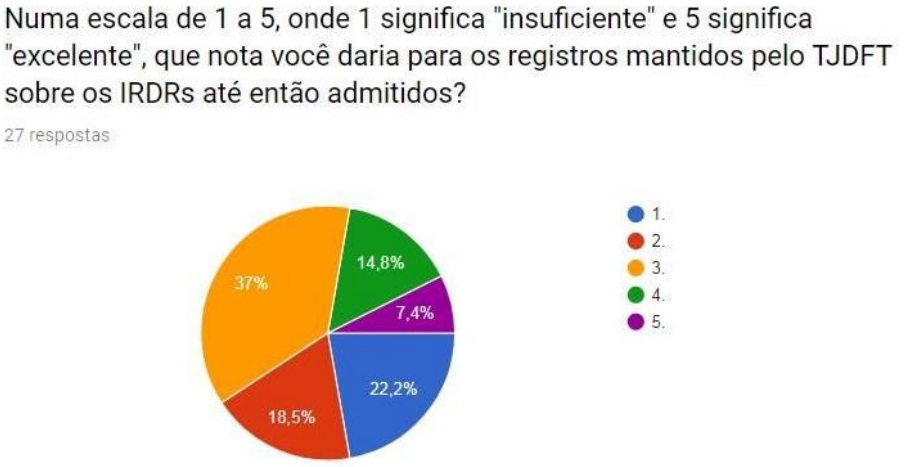
p. 592). Ambos os termos denotam a colocação de algo sob a visibilidade pública, porém um deles é mais enfático do que o outro, pois implica num esforço a mais.

A amplitude da divulgação diz respeito a sua acessibilidade. Não basta que um post- it seja colado nas paredes do tribunal, é preciso que as informações alcancem largo público de modo a noticiar com eficiência a existência do incidente.

Por outro lado, o termo "específica" divulgação quer dizer a identificação de cada incidente no que lhe diz respeito e diferencia dos demais. Com este termo, o código impõe aos tribunais que, não obstante alcancem o grande público com a notícia do incidente instaurado, façam também constar da publicação o que se tem discutido naquele caso.

O TJDFT mantém no site institucional banco de dados constantemente alimentado com tais informações. Para aferir isso, foi realizada uma pesquisa buscando dos profissionais que mais próximos do IRDR atuam, pois elencados como legítimos para fazer o pedido (artigo 977, I, II e III, CPC), qual a nota atribuíam para esses registros. Abaixo, o resultado da pesquisa em que 19 advogados particulares e 04 juízes responderam:

Figura 1 - avaliação banco de dados IRDR TJDFT



Fonte: o autor (2018).

Possível concluir que, em notas que indicam uma avaliação mediana (3) e boa/excelente (4 e 5) a maioria de 59,2% aprova o atual banco de dados, embora o índice de reprovação também chame a atenção (40,7%).

Pelo tempo que foi criado e disponibilizado no site oficial do TJDFT, já se poderia esperar um resultado mais positivo relativamente ao seu desempenho.

Estes dados disponibilizados na rede, assim como as publicações e andamentos cartorários do sistema *push*, devido ao fato de constarem de fonte oficial, não podem confundir ou prejudicar o cidadão.

Embora o que é publicado no site do TJDFT não substitua os dizeres do diário oficial, pois é fonte meramente informativa, o caráter oficial da informação tem compromissos de lisura e verossimilhança.

O entendimento do STJ, no entanto, não era assim. Para a corte superior, a natureza informativa afastava, por exemplo, a devolução do prazo em benefício da parte prejudicada.

Em 2013, no entanto, a corte revisitou a matéria e, aplicando o disposto no artigo 185 (atual 223,CPC) o Superior Tribunal de Justiça devolveu o prazo para prática do ato reconhecendo o óbice causado pelo equívoco na disponibilização da informação pelo Tribunal.

A matéria, tratada no REsp 1.324.432/SC, de relatoria do Ministro Herman Beijamin, foi referendada no REsp 1.438.529, onde o Estado de Mato Grosso alegou o erro da contagem de prazo para embargos à execução, vez que contado diversamente do previsto pelo CPC/1973, artigo 241, II (atual 231, CPC).

Verificada a falha na publicação, a corte novamente reconheceu assistir razão a parte recorrente diante da boa fé objetiva presente entre a administração pública e os cidadãos.

De fato, tanto os andamentos, como os registros do IRDR, por exemplo, não substituem o que publicado no diário oficial, porém, uma vez criado o banco de dados é obrigação do poder público assegurar a lisura das publicações feitas virtualmente.

3.13 Julgamento e seus efeitos

O julgamento feito pela câmara uniformizadora engendra tese de uso obrigatório pelos tribunais de piso circunscritos à jurisdição daquele onde instaurou-se o IRDR. Não há opção, por parte dos juízes em aplicar, ou não, a tese fixada. As inconformidades serão estabelecidas pelas regras recursais cabíveis contra os diversos tipos de decisão, de modo que a soberania do colégio uniformizador permanece preservada quanto à cogência do seu entendimento.

A segurança jurídica é prestigiada pelo código, mormente quando observado existir mais de um artigo indicando a mesma ideia. Segundo Amorim (2017, p. 1510)

> Ainda que o art. 489, §1°, do Novo CPC já crie uma obrigatoriedade de fundamentação real e exauriente, a previsão ora analisada reforça essa ideia, como forma de conscientizar o tribunal de que seu julgamento formará um precedente vinculante.

É notório que todo o rito do julgamento é alvo de extremo cuidado do código, que visa garantir todos os meios de fomentar melhores decisões.

No âmbito do julgamento em si, durante a sessão, o código abre espaço para alguns sujeitos se manifestarem nos autos, além daquele (s) que propôs (oram) o incidente,. Pelo artigo 984, II, “a”, CPC, exposto o objeto pelo relator, segue em sucessão o autor e o réu, bem como Ministério Público. Poderá ainda existir cadastro de pessoas interessadas cuja condição é sua inscrição ter sido realizada a mais de dois dias de antecedência.

Nestes aspectos, em que pese particular elogio ao código, uma vez que concretiza a noção de Peter Häberle sobre a sociedade aberta de intérpretes, desse modo cedendo espaço ao jurisdicionado compor a atividade da construção do direito, ressalva deve ser feita quanto a necessidade de existência comprovada do “interesse”.

Assim, o interesse expresso no artigo é tanto um atributo das partes, quanto um filtro para que somente aqueles cuja esfera jurídica dependa do deslinde da ação possam manifestar-se no julgamento.

Relativamente ao impacto da tese, uma vez já tendo sido comentado sua eficácia local, cabe agora pontuar sua abrangência no tempo, pois o entendimento da câmara vale tanto para os processos em curso, quanto para os que ainda serão propostos no judiciário. Outra forma não poderia se dar sob pena de subestimar a atuação de um órgão todo reunido para solução de questão tão imponente quanto é a uniformização dos entendimentos.

Finalizado, portanto, o julgamento, é faculdade das partes provocar a revisão por meio de requerimento.

A redação do artigo 985 exclui os sujeitos previstos no inciso II do artigo 977, (partes). Caberá somete ao próprio órgão promover a revisão da tese, resguardadas, para outros fins, as hipóteses de cabimento dos recursos aos tribunais de superposição.

No entanto, se interpostos, tais recursos são dotados de efeito suspensivo conforme preleciona o artigo 987, §1°.

4 O PARADIGMA DA PESQUISA

Descrever os efeitos do IRDR na jurisprudência do TJDFT é uma tarefa complexa, pois leva em conta um estudo tanto do impacto, quanto dos efeitos gerados por este contato que, ao menos neste primeiro contexto, em que 49 incidentes foram propostos e somente 11 admitidos (NUGEP. REF: PA 0008407/2018), está gerando no funcionamento daquela instituição.

As considerações a seguir pressupõe um contato impactante, novo e farão o devido destaque para as reverberações que constituem os efeitos propriamente ditos do incidente no Tribunal de Justiça da capital federal.

Como já foi visto, o incidente de resolução de demandas repetitivas destina-se a regular as ações presentes ou futuras (MARINONI, 2016, p. 601). Seu estudo no impacto na jurisprudência implica em um levantamento das ações sobre as quais sobrevieram requerimentos de instauração do incidente seguidos, por conseguinte,

da apreciação da câmara de uniformização (artigos 17 e 18 RITJDFT) e consequente suspensão obrigatória dos feitos afetados nas 16 regiões administrativas sob a circunscrição judiciária de Brasília, bem como nas outras 15 RA's, compreendendo um total de 31 Regiões Administrativas.

Diferentemente do impacto, para fins de abordagem dos efeitos na jurisprudência do Tribunal, caberá interpretar os dados registrados pela corte de justiça de modo a ilustrar como está o processamento atual das causas submetidas ao regime do novel instituto, que guarda similitudes várias com institutos e procedimentos do regime da *common law*.

No recorte temático proposto, impende ressaltar o papel do direito como um meio técnico para a implementação dos objetivos políticos determinados (NEUMAN, 2014, p.13) com o fito de analisarem-se objetivamente os efeitos do IRDR no TJDFT.

Portanto, a pesquisa analisará o contexto fático do Tribunal perante o qual a previsão do código de processo poderá ter atendido de maneira eficiente e necessária.

4.1 A nova experiência com a uniformidade: novidades trazidas pelo IRDR

Considerado o pai da antropologia cultural, Edward Tylor (1871) definiu a cultura como um complexo estruturado na lei, no costume e também nas experiências tidas em sociedade. Assim, relevante compreender a cultura jurídica como o campo onde as relações sociais – com primazia das relações jurídicas para este caso – constroem e são construídas de acordo com as experiências reiteradas dos anos.

Embora a presente pesquisa seja inscrita nos limites da jurisdição do TJDFT, nada impede que algumas conclusões sejam de cunho geral. Portanto, isto implica dizer que, a despeito das divisões afetas à competência de cada região

administrativa, comarca ou circunscrição, a experiência jurídica é nacional e pode ser referida como um todo.

Há, contudo aspectos exclusivos, por que oriundos de uma fonte limitada ao território estabelecido pelo presente trabalho. Isto por que o banco de registros foi consultado pela gestão dos números relativos às demandas propostas na corte de justiça do DF.

Primeiramente, cabe-nos reconhecer a experiência jurídica brasiliense como um ponto fora da curva. Enquanto estados vizinhos como Goiás e demais como Alagoas e Amapá tiveram certa dificuldade com a implantação do processo eletrônico, razão pela qual o CNJ, na 1° sessão extraordinária do plenário virtual em 11 e 14 de dezembro de 2015, relativizou o prazo de implantação do sistema, a experiência local mostrou a facilidade com que adere às mudanças relacionadas com a tecnologia.

Este aspecto de inovação do processo, da crescente necessidade de integração de informações e da facilidade do acesso a conteúdo e pronunciamentos judiciais é parte do quadro social entorno do judiciário brasileiro, tomando por base a justiça comum.

Esta realidade tem a capacidade de recepcionar do próprio código estruturas de comunicação que fomentam o tratamento das controvérsias levadas ao cuidado dos magistrados. Fosse diferente, a implantação do IRDR enfrentaria graves entraves, pois depende justamente desta integração e relativa agilidade na comunicação de, por exemplo, suspensão de processos decorrente da admissão do pedido de incidentes.

Em consulta realizada na assessoria de comunicação do Tribunal de Justiça Comum de Brasília, o processo administrativo número 0008407/2018 registrou que, desde 2015 (ano de vigência do novo CPC) 16.448 processos foram sobrestados em consequência da admissão de incidentes cuja controvérsia guardava identidade com aquelas ações.

Do total de sobrestados, segundo dados oficiais, 1.107 processos receberam este tratamento na primeira instância; 131 nos juizados especiais e 26 nas turmas recursais. O número mais expressivo foi registrado nas ações da segunda instância, onde 15.184 feitos foram suspensos por causa de IRDRs admitidos desde 2015.

O número de afetados pode parecer pequeno. Contudo, a natureza do instituto é repressiva e não preventiva. Naturalmente, as teses fixadas não farão com que menos processos sejam recepcionados nos cartórios de distribuição da corte. O que deve ser incentivada é a utilização destas teses para acelerar o processamento das ações.

Até o maio de 2018, o núcleo de gerenciamento de precedentes (NUGEP) registrou 10 incidentes admitidos. Destes, o 1° (2016 00 2 013471-4) foi o que implicou na suspensão de mais feitos com o total de 13.640 ações.

O tema submetido a julgamento foi a definição da natureza jurídica do encargo de 10% (dez por cento) do valor do crédito tributário inscrito em dívida ativa, disciplinada pelo art. 42, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 4, de 30/04/94.

Atualmente, embora a tese tenha sido publicada, houve recurso especial (RESP 1710938) fazendo com que, nos termos do artigo 982, §5°do CPC, se postergasse a suspensão sobre 768 ações. Dentre elas, 08 tramitam na primeira instância e 760 na segunda.

No tocante ao prazo de um ano para julgamento, contado da admissão do incidente, apenas um processo teve o prazo de um ano (artigo 980, CPC) superado. Pela legislação específica, o transcurso dos doze meses gera o fim do sobrestamento; salvo manifestação do desembargador relator fundamentada em contrário.

No caso do IRDR 4 (2016 00 2 021967-8), o relator Desembargador Mario-Zam Belmiro não se opôs ao fim da suspensão, permitindo que as ações afetadas transcorressem normalmente nos respectivos juízos de origem condicionadas, no entanto, ao entendimento do juiz natural de cada causa ao mantimento, ou não do sobrestamento.

A decisão foi assim ementada (grifo nosso):

> Observação: Mediante o despacho de fl. 443 determinei a manifestação das partes quanto à instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade. A parte interessada deixou transcorrer o prazo sem manifestação (fl. 447). Por sua vez, o Distrito Federal pugna pela não admissão do incidente. Postula, ainda, seja mantida a suspensão dos processos paralisados nos diversos graus de jurisdição (fls. 449/456). A douta Procuradoria de Justiça, a seu turno, requer seja a questão submetida ao egrégio Conselho Especial (fls. 459/461). Em que pese o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido cautelar (ADI 2017002021004-9) perante o Órgão Especial desta Corte, sob a relatoria do Desembargador Fernando Habibe, não se divisa, em princípio, óbice à instauração do presente incidente, sobretudo considerando que milhares de ações estão suspensas aguardando o desfecho quanto à inconstitucionalidade, ou não, dos dispositivos legais que regulam o tema. Contudo, a instauração ou não do incidente será decidida pela egrégia Câmara de Uniformização em momento oportuno. No que concerne à suspensão dos processos, o parágrafo único do art. 980 do Código de Processo Civil estabelece que, superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão, salvo decisão fundamentada do Relator. **No caso, o presente IRDR foi incluído em pauta de julgamento da 9ª Sessão Ordinária da Câmara de Uniformização, realizada em 23 de outubro de 2017, dentro, portanto, do prazo processual. Contudo, mediante petição do SINPRO informando o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, foi determinada a retirada de pauta (fl. 443). Assim, considerando a admissão do incidente na 4ª Sessão Ordinária da Câmara de Uniformização, ocorrida em 14 de novembro de 2016, foi atingido o prazo de 1 (um) em 14 de novembro de 2017**. Contudo, não diviso motivo para manter a suspensão determinada na decisão de fl. 151, devendo prevalecer a regra geral prevista no parágrafo único do art. 980 do CPC, **cabendo a cada magistrado, se assim entender, manter a suspensão do processo, consoante facultado na legislação processual**. Comunique-se a presente decisão a todos os órgãos jurisdicionais competentes, inclusive aos Juizados Especiais da Fazenda Pública e Turmas Recursais, dando ampla publicidade ao ato. Feitas as anotações e comunicações necessárias, retornem conclusos para prosseguimento. Intimem-se. Brasília-DF, 19 de dezembro de 2017. Desembargador Mário-Zam Belmiro Relator

Levando em conta que o sobrestamento inicial previsto no artigo 982, I, é obrigatório, a superação do prazo de 1 ano previsto em lei gera excessiva perda para os interessados.

Nos casos dos incidentes com mais de 1 ano tem-se basicamente dois danos causados ao jurisdicionado: (I) a demora gerada pelo sobrestamento e (II) ausência de decisão sobre a controvertida questão de direito que motivou o procedimento.

Até o momento de conclusão do trabalho, somente os IRDRs 4 e 8 excederam o prazo de 1 ano previsto no código. Colacionando ao que já fora dito sobre o prejuízo das partes, registre-se também que, em eventual questionamento acerca do prazo escolhido pelo código, constava no projeto de lei 8046/2010, artigo 939, o prazo de 6 meses ao invés de um ano.

O prazo atual de 1 ano foi uma escolha consciente do legislador e da comissão de juristas e não parece ser, ainda sim, o ideal para a experiência jurisdicional do Distrito Federal.

4.2 Os incidentes até então admitidos: a primazia das questões cíveis

Num universo de amostra com 11 incidentes admitidos, 49 distribuídos, o total de cinco autuações discutem aplicação de matérias do Direito Civil (2016 00 2 048736-3; 2016 00 2 048748-4; 2016 00 2 034904-4; 2016 00 2 024562-9; 2016 00 2 020348-4) e uma (2017 00 2 011909-9) discute assunto próprio da legislação processual civil.

Dois pontos se destacam dentro deste conjunto de informações. O primeiro deles é a quantidade de incidentes propostos e admitidos num curto período de vigência do CPC. Novamente, o que se vê é a grande massa de demandas submetidas ao crivo judiciário.

O segundo é a recorrência de temas presentes em um código de 2002 ao invés dos temas discorridos na nova legislação processual civil, datada de 16 de março de 2015.

Seria de se esperar, ao contrário do que os dados mostram, é que houvesse maiores dúvidas acerca das questões processuais, pois mais novas do que as questões civis, presumidamente já assentadas na compreensão jurídica geral.

O grande número de ações cíveis, por si só, denota uma expectativa frustrada, pois um código de 2002 ainda tem sobre si inúmeras controvérsias da natureza que pressupõe o IRDR.

Quando destacamos o tempo de vigência de cada diploma (CC 16 anos e CPC 3 anos) a questão entorno da lei material ganha esse relevo de complexidade que lhe parece inerente. Seja pela complexidade e multiplicidade das relações cíveis, seja pela diferença entre direito material e processual; o primeiro mais aberto e afeto às teses, hoje, no TJDFT, a câmara de uniformização tem se ocupado muito mais com questões de cunho material do que processual.

4.3 A racionalidade proporcionada pelo IRDR

Para ilustrar o diálogo, é trazido o IDR 2016 00 2 020348-4, cujo processamento ocorreu devido à discussão da possibilidade de inversão da cláusula penal moratória em desfavor da promitente vendedora em caso de mora desta, ainda que o contrato não preveja esta sanção ao vendedor, somente ao comprador.

Como se sabe, a admissão do IRDR, segundo artigo 982, I, gera a suspensão de acordo com o estado (Tribunal de Justiça) ou região (Tribunal Federal). É possível ainda que haja processos não suspensos ainda que exista incidente instaurado. Isto por que, transcorrido o lapso temporal de um ano, salvo decisão fundamentada em contrário, as ações que tramitam nas jurisdições dos juízes singulares podem voltar a tramitar regularmente.

No IRDR 2 (2016 00 2 020348-4), ante a multiplicidade de recursos especiais fundamentados na questão jurídica proposta, o Superior Tribunal de Justiça afetou as ações que versavam sobre a mesma questão de Direito. A decisão do eminente relator, ministro Luis Felipe Salomão foi assim ementada:

> PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INVERSÃO, A FAVOR DO CONSUMIDOR, DA CLÁUSULA PENAL. 1. Delimitação da controvérsia: Definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda.
>
> 2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015.
>
> (ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.614.721 - DF (2016/0187952-6)

Possível enxergar a semelhança entre o regime de recursos especiais repetitivos e do IRDR no voto que afetou os casos para decisão. Em que pese os trâmites diferentes, o objetivo tanto dos repetitivos, quanto do IRDR é passível de comparação na medida em que se justificam num contexto massificado de ações.

Neste caso proposto é possível ver a influência que o incidente de resolução exerce sobre as causas afetadas aos Tribunais de superposição. O IRDR pode funcionar como um preparatório para as demandas quando, e se, ante a repetição de recursos, fazerem com que a matéria já tenha sido julgada pelo órgão uniformizador e recebido intervenções como a do *amicus curiae*. Ocorrendo essa hipótese, a causa eleita como representativa da controvérsia pode chegar mais madura para julgamento.

Imaginem-se duas situações: a primeira onde só existem processos discutindo a mesma questão jurídica, sem incidente; uma segunda onde a controvérsia recebeu o tratamento proposto pelo novel instituto. Para fins do atendimento do que está

disposto no artigo 1037, III, o relator do STJ, ou STF, ao exercer a faculdade de requisitar do presidente do Tribunal de Justiça a remessa de um recurso representativo da controvérsia poderá, na primeira hipótese, receber tão somente um processo onde se tenha discutido amiúde o tema levado até a suprema corte infraconstitucional, sendo a ação a partir daí usada como representativa da controvérsia.

Na segunda hipótese, em que há no tribunal casos afetados pelo IRDR, o que implica dizer que já existe uma ação piloto representando a controvérsia jurídica, caso se receba da presidência um pedido de envio do recurso que ilustre o debate a ser travado, será muito mais fácil recolher do banco de dados o caso paradigma.

Com isso, em que pese a suspensão gerada pelo regime de repetitivos, existe um aproveitamento e promoção da celeridade processual nas ações suspensas, proporcionando ao STJ, como foi na hipótese citada acima, conhecer a matéria num estágio de debate mais qualificado, onde até mesmo as partes já podem ter se manifestado clarificando as dúvidas sobre a interpretação do direito ou, mais benéfico ainda, ter o processo recebido a intervenção do *amicus curiae* evidenciando a força com a qual o debate se desenvolvia antes da afetação pelo Superior Tribunal de Justiça.

A influência na tramitação dos recursos repetitivos proporcionada pelos processos submetidos ao IRDR é de toda benéfica. As partes ganham tempo podendo se manifestar nas ações sob a responsabilidade do órgão uniformizador e o poder judiciário logra conhecer de um recurso representativo cujos esforços, tanto do magistrado de piso, quanto das partes, fomentou o debate deixando para o Tribunal superposto fixar definitivamente o entendimento. Último ponto a ser analisado com base na questão da inversão da cláusula penal moratória é uma análise textual do voto do ministro Luis Felipe Salomão, que durante sua manifestação citou vários precedentes nos quais a procedência dos pedidos recorrentes evidenciou qual o provável deslinde desta causa.

Segundo o ministro, é entendimento daquele Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de inversão do ônus em desfavor da promitente vendedora ainda que no contrato nada conste sobre isso.

Em diversos pontos do seu voto, assim foram ementados alguns dos julgados elucidativos da alegada posição do Tribunal:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. PRECEDENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CLÁUSULA PENAL. REVISÃO. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC E HONORÁRIOS RECURSAIS DO ART. 85, § 11º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO
>
> (AgInt no AREsp 985.690/AM, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 03/04/2017, grifou-se)
>
> RECURSO ESPECIAL - CONTRATO BILATERAL, ONEROSO E
>
> COMUTATIVO - CLÁUSULA PENAL - EFEITOS PERANTE TODOS OS CONTRATANTES - REDIMENSIONAMENTO DO QUANTUM DEBEATOR - NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO.
>
> (REsp 1.119.740/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA
>
> TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe de 13/10/2011 - grifou-se)
>
> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. INDENIZAÇÃO. CLÁUSULA PENAL. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
>
> (AgInt no REsp 1624677/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017, grifou-se)

Essas referenciais foram usadas pelo e. ministro com o fito de expor posicionamento já existente naquela corte e que, mesmo não possuindo instrumento

formal de vinculação das decisões, já deveria servir para desencorajar requerimentos em sentido contrário ao que até então tem sido registrado como entendimento dos ilustres magistrados.

Isso demostra que não importa inexistindo súmula ou agora com a mudança no processo civil, tese da câmara uniformizadora, a maioria dos sujeitos do processo se vê livre para discordar de precedentes que, mesmo sendo corriqueiros, não foram sumulados.

Não é um dos discursos mais aceitos. Embora exista uma hierarquia, segundo a professora Msc. Juliana Pondé, por vezes pode-se perceber militâncias pontuais dos julgadores que pela inexistência de súmulas ou teses agem isoladamente desinibidos pela possibilidade da parte recorrer da sua sentença. Tal posicionamento, em que não há uma preocupação com o entendimento do Tribunal, favorece a sobrevida da ação, que poderia ser extinta logo na primeira instância.

Neste contexto, como parte da pesquisa realizada em prol do trabalho, procuradores do Distrito Federal, advogados particulares e juízes, todos atuantes do DF, receberam um formulário online que questionava qual nota, entre 1 e 5, atribuíam a citação de jurisprudência nas suas petições/decisões.

Ao todo, 24 respostas foram coletadas. Dentre elas, 19 pertencentes a advogados particulares e 05 a juízes de Direito.

O gráfico a seguir denota uma concepção dividida entre notas que expressam alto grau de importância nas citações jurisprudenciais (4 e 5) e notas que avaliam com menos rigor a necessidade de citações de entendimentos já assumidos anteriormente (2 e 3). Nenhuma nota considerada como baixa (1) foi atribuída a esta prática, evidenciando que mesmo compreendendo com menor importância, o uso da jurisprudência na argumentação jurídica tem um papel relativamente relevante.

Esta realidade demostra parte da tradição *civil law* existente no país, vez que o entendimento firmado entorno de determinado assunto não é visto como recurso

argumentativo capaz de fundamentar a decisão do magistrado perante o qual se está requerendo.

Figura 2 - Uso de jurisprudências na petições/decisões

Fonte: o autor (2018).

Cabe, no entanto, uma ressalva quanto à compreensão de "jurisprudência", palavra esta que, embora signifique "a interpretação reiterada que os tribunais dão para determinada lei" (VELASCO, 2006, p. 22) pode ter sido compreendida como o julgado isolado e utilizado como mero artigo de perfumaria ou como argumento de autoridade sem, no entanto, ter se buscado a devida correspondência entre certa ementa e o que é de fato entendimento pacificado do Tribunal de origem.

De mais a mais, tais considerações demostram que, embora nossa tradição jurídica comporte a prática de citarmos o entendimento pretor, não o reconhecemos com a mesma força que países de tradição jurídica saxã o fazem.

Contrariando esse entendimento, abordando novamente a referida pesquisa, o resultado levantado sobre a compreensão da relevância envolta de um acórdão ainda pendente de estabilidade jurídica (leia-se já transitado em julgado), chegou aos seguintes números:

Figura 3 - Importância em conhecer do seu teor

Fonte: própria (2018).

Pode-se inferir que, a despeito da tradição positivista há, perante as decisões, um juízo racional que as compreende como um indicador das teses que foram, podem e poderão ser assumidas pelo Tribunal.

Essa reflexão sobre o papel dos julgados em nosso ordenamento pode levar a cultura jurídica para um novo patamar do positivismo enquanto meio lógico-formal de legitimação (NADER, 2017). Isso ocorrerá na medida em que o entendimento da corte, tomado dos requisitos formais que a lei lhe impuser, for usado mais frequente e intensamente como fonte do Direito.

5 A RESPONSABILIDADE DAS PARTES E DO JUIZ PERANTE A TESE FIXADA NA CÂMARA UNIFORMIZADORA

Ponto relevante a ser tratado é a possibilidade da tese fixada neste regime não ser seguida pelos sujeitos do processo.

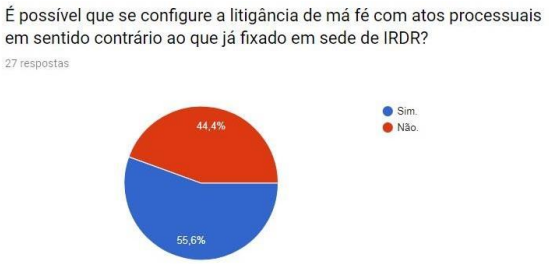
Conforme a Câmara uniformizadora fixa suas teses, torna-se dever dos seus órgãos fracionários a adoção obrigatória daquelas interpretações jurídicas. Os bens jurídicos aqui discutidos são caros ao Tribunal enquanto instituição, pois se relacionam ao seu papel de órgão judicante e de único competente para dirimir conflitos.

Diante disso, o descumprimento imotivado, sem elucidação da *ratio decidendi*, deve motivar alguma responsabilização perante o sujeito desviante.

Após submeter à reflexão dos participantes da pesquisa qual importância atribuíam ao uso dos julgados nas suas manifestações, uma questão acerca da possibilidade de litigância de má fé foi apresentada.

Abaixo, a figura ilustrativa da pesquisa realizada com 27 participantes sobre a possibilidade de incidência do artigo 80, CPC como caracterizador da má fé processual diante do descumprimento da tese aplicada pela Câmara Uniformizadora.

Figura 4 - Configuração da litigância de má fé por tese contrária ao IRDR transitado em julgado



Fonte: própria (2018).

Pelos resultados, podemos ver que a maioria dos participantes compreende existir um dever de observância em relação às teses fixadas.

O gráfico demostra que, dentre os 27 participantes, a maioria (58, 3%) entendeu haver má fé na atuação processual sustentada em sentido contrário ao da tese já fixada pelo órgão colegiado.

O Dado mostra uma possível prevalência da atuação respeitosa quanto ao entendimento da câmara de uniformização induzindo acreditar que não se farão requerimentos, ou decisões, contrárias ao incidente.

No entanto, é também de se notar que parcela significativa dos participantes entendeu pela inexistência de má fé processual em requerimentos desconsideradores das teses.

As teorias da ação, parra essa constatação da pesquisa são imprescindíveis. Isso por que, de pronto, poderíamos ver duas consequências para cada grupo de votantes.

Por exemplo, se aplicarmos a teoria da asserção onde o juízo de condições da ação é superficial e não implicam no mérito (NEVES, 2017), as alegações autorais seriam suficientes para induzir atividade jurisdicional a despeito, inclusive, de contrariedade à tese fixada em IRDR.

Obviamente que, quando da sentença, analisados então os critérios que deveriam ensejar, à época da propositura, extinção do feito sem resolução de mérito, o juiz, ao se deparar com pedido formulado contrariamente ao que já decidido em IRDR, deveria resolver a ação com apreciação do mérito.

Perante a teoria da asserção, portanto, não se parece viável discutir má fé da parte por alegar direito contrário à tese de repetitivos. A alegação expedida dessa maneira possui fulcro constitucional, inclusive.

Noutro paradigma, se adotarmos a teoria concreta da ação, cujo mérito reside no fato de ter sido a primeira teoria a desenvolver uma diferenciação entre direito material e direito ação (NEVES, 2017), o quadro muda e a pesquisa pode ser interpretada de novo modo.

Vejamos que, para essa teoria, “o direito de ação é um direito do indivíduo contra o Estado” (NEVES, 2017, p. 123). Assim, é de se notar que a relação entre a pretensão formulada pelo autor com o direito que alega ser seu, define maior responsabilidade perante o juiz da causa.

Neste sentido, a despeito do atual código ter adotado a teoria eclética, em termos de responsabilidade processual, temos que o direito processual de ação,

embora desvinculado ao mérito, está sim ligado a uma espécie de viabilidade existente entre o que se pede e o que se tem, por lei, estabelecido como devido.

Positivamente, há no código dois dispositivos que se sobrelevam na análise da responsabilidade por ato processual contrário ao IRDR.

Tanto o artigo 77, II, quanto o 80, I, versam sobre a probidade da conduta das partes. O primeiro refere-se a "não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento" e o segundo sobre não se "deduzir pretensão ou defesa contra

texto expresso de lei ou fato incontroverso". A relação entre eles é coordenada, sendo o segundo uma visão objetiva do primeiro.

Logo se vê que, formulada a tese, as partes não devem fundamentar suas alegações de maneira temerária aventurando-se numa discussão pretensamente falaciosa.

A doutrina de Araken de Assis (2015, p. 288. Grifo nosso) é categórica no tocante a incidência do artigo 80, I, ora em comento:

> [...] exige-se das partes, para escapar à incidência do art. 80, I, que orientem suas alegações na causa, e, *a fortiori*, nos recursos porventura interpostos, no sentido de demonstrar o desacerto da interpretação dominante e a superação da *ratio decidendi* do precedente ou súmula. **O NCPC vincula os órgãos judiciários inferiores às teses jurídicas dos superiores (art.927), e, naturalmente, o vínculo subordina a atividade das partes no processo civil**.

Sendo o IRDR parte do microssistema de uniformização da jurisprudência, não se afigura compreensível sustentar posição contrária a caracterização de litigância de má fé sobre ato que desconsidera entendimento pacificado.

Contudo, assim como deve existir parcimônia sobre todo juízo penalizante, deve existir nesse contexto um juízo subjetivo entorno a atitude da parte. Antes de se condená-la por litigância de má fé, deve-se verificar "erro tão ostensivo, de uma leviandade tão palmar, que só o espírito de aventura ousaria a temeridade [...]" (ASSIS, 2015, p.287).

Nisso, cabe ao juiz da causa a análise do cabimento, ou não, da hipótese prevista nos artigos, mormente quando, segundo o código, está munido das ferramentas de publicidade e divulgação de todos os incidentes (incluindo as fases de tramitação individuais) para facilitar a identificação das questões suscitadas.

Ainda sim, ocorrendo violação por não incidência da tese fixada no contexto onde deveria ser aplicada, a fim de garantir a autoridade das decisões do Tribunal, poderão os interessados recorrer ao artigo 988, IV do CPC, que trata da reclamação voltada à proteção da observância do IRDR. A redação hoje vigente é posterior ao CPC/2015 e foi inserida pela lei 13.256 de 2016.

5.1 O livre convencimento, a uniformidade da prestação jurisdicional e a isonomia

A liberdade de atuação no processo decorre das garantias que o corpo de magistrados possui desde a constituição, até as leis ordinárias, como o é o Código de Processo Civil. No tocante à liberdade de formação do juízo (na acepção de consciência, entendimento, forma de entender a realidade em volta) este assunto pode surgir como fundamento de crítica ou de elogio ao IRDR.

As correntes que criticam o instituto justificam-se mediante a alegada violação da liberdade do julgador em face da força vinculativa da tese fixada pela câmara uniformizadora. As vozes consonantes podem fundamentar, por sua vez, a sua posição tendo em vista que, por discutir questões estritamente jurídicas, a formação do convencimento pretor estaria resguardada, ainda que estivesse, quanto a matéria jurídica, vinculada ao entendimento empreendido no regime dos artigos 976 e seguintes, CPC.

Este último entendimento merece destaque, pois o novo código de processo civil, diferentemente do anterior de 1973, não só trata da questão no âmbito probatório, como também adiciona (em relação ao que anteriormente disposto no artigo 131) o dever de fundamentação desse convencimento pelo magistrado.

Reconhecidamente (e isto merece destaque) o novo código impôs um ônus de fundamentação maior do que o até então positivado na legislação brasileira. Em termos do IRDR, o posicionamento contrário ao instituto não merece acolhida. Isso por que, em se tratando do livre convencimento, independentemente da força vinculativa da tese, o cerne desta garantia está na reconhecida valoração das provas. Para Daniel Amorim (2017, p. 745):

> O juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos alegados consideração diante das provas produzidas.

Nenhum juiz, em prol do seu livre convencimento, opera contra a lei. Pode empregar-lhe interpretação diversa, nova, não usual em relação ao que requerido ou até então compreendido na doutrina. Porém se ao fazer isto, incorre em contrariedade a entendimento sumular ou, no caso do IRDR, desconsidera a tese, abre o interesse recursal para os que sofreram o gravame sem prejuízo, dependendo do caso, da devida responsabilização por ato ilícito.

O meio de impugnação aplicado ao incidente é a reclamação prevista nos artigos 988 e seguintes do CPC. Como é possível inferir por meio da citação do autor acima, os elementos que formam a convicção do magistrado não se confundem com os vícios que impedem seu julgamento. Do mesmo modo que as provas podem ser usadas para fundamentar sua decisão, as teses fixadas, ao serem observadas, orientam a aplicação do Direito ao caso concreto constituindo elemento da convicção do órgão julgador. O contrário seria dizer que o convencimento do magistrado singular é maior do que o do Tribunal ao qual pertence. Desarrazoada inferência não pode ser endossada sob pena de violação orgânica do poder judiciário, onde todos seus membros julgadores, embora agindo com independência e autonomia, ainda fazem parte de um todo harmônico hierarquizado.

Importante ressaltar, portanto, que esta “liberdade” de convencimento se manifesta na seara probatória. Claro que tal faculdade irradia por todo o processo,

mas nada que faça o dever de seguir a jurisprudência uma possibilidade a ser descartada, mormente quando esta jurisprudência faz parte do regime de assuntos repetitivos cujo maior interesse de resolução – entende-se – é o do Estado. Carece de adequação o argumento que se utiliza da liberdade do magistrado para criticar o IRDR, pois desconsidera a natureza jurídica dos pressupostos para instauração do incidente. Uma vez estabelecido que as questões sejam unicamente de direito, a liberdade de convencimento permanece intacta.

O instituto ora analisado está repleto de bons juízos face sua pretensão de uniformização da aplicação do Direito. Mesmos os mais críticos, dentre eles, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, quando das perspicazes observações feitas sobre temas afetos à vergastada inconstitucionalidade, fazem suas considerações com a devida ciência de que a nova forma de tratar as ações repetitivas possui potencial mais para o bem do dia a dia processual, do que para o mal do sistema judiciário brasileiro.

Como já fora dito, num país de dimensões continentais, ações como a ampla divulgação, a pacificação da jurisprudência e os muitos temas próprios do regime de recursos repetitivos e demandas de massa ganham relevo, pois não é só benéfico, como também necessário par o bem estar social.

Relativamente ao que se depreende da atuação dos magistrados, cujas garantias visam promover sua lisura para os julgamentos, é preciso discorrer sobre o fato do IRDR ter trazido, mais uma vez, a discussão acerca do livre convencimento do juiz. Tal assunto implica, antes de tudo, na consciência do poder institucional do qual está investida esta pessoa com poder de decisão.

No mesmo contexto em que é livre para decidir mediante convencimento lícito e provocação legal pelas partes – salvo manifestações oficiosas, os magistrados encontram o limite na lei positivada, dela decorrendo socorro à analogia, aos princípios, costumes e demais fontes do Direito.

Porém, o IRDR ressalta que, ainda com todos os recursos dispostos ao corpo da magistratura nacional, a aplicação do Direito não é uniforme. Cabe esclarecer que uniformidade é esta que se busca com regimes de recursos repetitivos, do qual deriva o IRDR. Não se pretendeu, jamais, unificar as decisões, fazendo com o Direito pessoal se tornasse um texto legal onde, depois de consultado, todas as demandas pudessem ser solucionadas. Prova disto é o esforço legislativo em resguardar para discussão do IRDR as questões exclusivamente de Direito, como se, ao poupar as matérias probatórias, estivesse o legislador resguardando a virgindade de cada nova demanda proposta em juízo.

5.2 A força normativa das decisões judiciais

Contextualizado jurídica e historicamente, o IRDR ainda se insere num meio de valoração de um instituto do poder judiciário cuja importância, embora ato diretamente ligado ao corpo de julgadores, pode ser usado como forte apelo argumentativo e teórico em socorro das partes.

Elpídio Donizetti (2016, p.826) afirma quanto à força normativa do IRDR:

> **Força normativa.** Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, pendentes e futuros, que versem sobre idêntica questão de direito, que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 985, *caput*). Somente a revisão da tese jurídica pelo mesmo tribunal, além da superação em razão de julgamento pelo STJ ou STF (por exemplo, julgamento de ADI ou de RE ou REsp afetado para julgamento segundo a sistemática dos recursos repetitivos), pode fazer cessar a força vinculante do julgamento proferido no IRDR

Trata-se da jurisprudência dos Tribunais. Esse constructo é relevante, pois é complexo, isto é, nasce da conjugação de mais de um objeto. Esses objetos, por sua vez, tem ligação direta com o IRDR (ou o IRDR com eles). Cada um dos dois exerce um papel de complementariedade para existência da sua força normativa.

De um lado a lei positivada – embora isso não queira dizer livre de cláusulas gerais e valores morais, como se falará mais adiante – e de outro os casos concretos, indispensáveis à estabilidade das decisões.

A matéria que aqui se pretende ventilar é abordada por Konrad Hesse, eminente jurista alemão que tratou da força normativa da constituição numa visão que não desconsiderava a ideia dos fatores reais de poder, cunhada por de Ferdinand Lassalle, mas que é mais complexa do que essa, mais jurídica do que social em relação a essa.

Segundo Lassalle, a constituição real de um país era um conjunto dos fatores reais (COELHO, 2003), então, a forma como a sociedade se expressava no seu *modus operandi*, compreendido por esses diversos setores da economia, política e intelectualidade. Conclusivamente, cabia para ele afirmar a existência da Constituição real em detrimento da constituição escrita, essa, por sua vez, mero pedaço de papel.

Diferentemente, mas não sem menosprezar a contribuição jurídica que a constatação da existência de fatores reais e que esses fatores reais exerciam poder, Hesse elabora o conceito de Força Normativa. Isso por que, segundo Hesse "Constituição real e Constituição jurídica estão numa relação de coordenação". (2009, p. 15). Além da vontade empregada no exercício dos fatores reais, é também preciso a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A constatação de Hesse, embora se veja (pode-se dizer) mais complexa do que a de Lassalle, merece o crédito no contexto de um instrumento de valorização dos julgados, como é o IRDR, pois leva em conta a necessidade de um texto normativo se impor. Do contrário, não haveria sentido existencial, pois para uma norma, sua existência depende da sua vigência.

Nesse ponto, ao discutir vigência da norma como pressuposto da sua existência, não nos interessa aqui a discussão acerca da existência, validade e eficácia de maneira coordenada. O sentido da digressão sobre a vigência de uma

norma - e como se falará mais adiante, da jurisprudência – é uma constatação fática pertinente: de nada adianta uma lei que, apesar de respeitado todo o seu processo legislativo, portanto válida e emanada do órgão competente, portanto existente, não tivesse sua observância cobrada por quem de direito lhe cabe o zelo e cuidado.

É notória a pertinência da conjugação feita por Hesse ao tratar de elementos políticos e jurídicos. Esse discurso traz às claras que enquanto ciência do "dever ser" o Direito jamais poderá deixar de se empenhar para buscar se estabelecer no "ser". Mundos da natureza e dos valores, na divisão clássica, não podem coexistir separadamente.

Resumidamente, tomando por conta o apontamento do e. jurista alemão, força ativa é igual a vontade de poder e vontade de constituição. A vontade de constituição, ao seu tempo, pode ser compreendida em três dimensões: compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação); consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

Já se torna evidente a possível correlação ente os misteres não só do IRDR, como também de todo instituto jurídico que se preste a cumprir o que enuncia o artigo 926, CPC, 2015: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

A diferença aqui é que, enquanto a ordem normativa do Estado deve ser inquebrantável, constantemente legitimada e dependente do direcionamento da vontade humana para fomentar constantemente sua permanência, a jurisprudência das cortes prescinde em grau de profundidade, por exemplo, da qualidade de inquebrantável descrita por Hesse e trazida por Gilmar Ferreira Mendes.

Nisso, e como se cada Tribunal, nos limites da sua jurisdição, fosse um pequeno estado onde a sua ordem fosse tão maior quanto maior fosse a uniformidade dos seus entendimentos. Nos dizeres sobre a valorização da jurisprudência, reconhecendo a ela a força normativa, Humberto Theodoro Júnior assevera que "é uma forma de garantir limites à atividade criativa do julgador". (2017, p. 796).

Claramente, não será o novel instituto do código de processo civil de 2015 que levantará essa vanguarda inovadora. Basta recordar os instrumentos que a CF/88 já trouxe quando dispõe do poder Judiciário e prescreve no artigo inciso IX do artigo 93 o dever de fundamentação das "decisões, sob pena de nulidade ...]".

Esse dever de fundamentação nada mais é do que a garantia de que, por meio da subsunção (relação fato e norma) as decisões serão aptas a se amoldar perante os fatores reais de poder regulando-os no que lhe competir. Esse fenômeno proporciona à força normativa um dos quesitos que o discurso de Hesse em 1981 registra: Quanto mais o conteúdo constitucional adequar-se ao momento social e histórico, mais alcançará a força normativa. A adequação é prestação positiva do ser humano juiz através da sua atividade.

Como se sabe esse exercício de subsunção é a curva oblíquo na qual a lei pode ser perder. O ponto cego do sistema jurídico, assim como o lugar onde reside a chave para sua mantença, é a atividade humana.

Durante a atividade judicante, sem espanto, pode o julgado distanciar-se facilmente do ideal para o Direito e para o Estado. Sem surpresas, é justamente para isso que os interessados também se valem do IRDR como mecanismo organizador e corretor do sistema inseguro e anti - isonômico. Nisto se vê o papel de benefício do IRDR para a força normativa da jurisprudência.

Cabe-nos ainda trazer para o campo da experiência nacional o que se tem como jurisprudência, precedente e julgado/decisão. Segundo Valdemar Luz (2014, p.232), "jurisprudência é o conjunto de decisões constantes e uniformes proferidas

pelos tribunais sobre determinada questão, que passa a constituir fonte secundária do Direito".

Destaca e confirma essa definição o entendimento de Theodoro Jr. "Num país tradicionalmente estruturado no regime do civil law, como é o nosso, a jurisprudência dos tribunais não funciona como fonte primária ou originária do Direito". (2017, p. 794). De nenhum esforço valeria, portanto, tais considerações se não tomássemos por base a tradição jurídica tupiniquim.

Nisso, destacamos com desagrado que a jurisprudência não é referida, em todos os casos, como anteriormente colocado. Há onde se veja um julgado ser chamado de jurisprudência numa relação que sequer atinge a isenção de afirmação metonímica.

A essa altura, o conceito de precedente também merece destaque, pois também é empregado, talvez esse sim numa relação metonímica, com o conceito de jurisprudência. Segundo Valdemar Luz, (2014, p. 283):

> Aquilo que antecede ou vem antes de alguma coisa. Juridicamente, significa decisão judicial anterior sobre determinada questão posta em juízo, que poderá ser aplicada a um caso atual semelhante. O desenvolvimento do princípio jurídico concernente à forca obrigatória do precedente judiciário, conhecido como stare decisis, deve-se ao direito anglo-saxão, fundado no direito costumeiro (common law).

Juridicamente, como bem define o autor, o precedente ocupa relação desprivilegiada relativamente à jurisprudência, no Brasil. A sua utilização depende da identidade entre as circunstâncias do fato que embasam a controvérsia e da tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) da decisão sobre aquele caso concreto agora utilizado como precedente, isso por que tal instituto é estrangeiro e foi instituído no célebre e memorável caso *Marbury vs Madison*.

No Brasil, a jurisprudência se estabelece pela reiteração de entendimentos e não chega a se constituir como fonte primária do Direito, mas possui força normativa. Desejado ou não, um dos efeitos que mais traduzem a "prudência da corte" é a previsibilidade.

Para Theodoro Jr. a jurisprudência se presta na aplicação da lei mediante preenchimento das lacunas dela, quer na articulação de regras e princípios, quer lidando com o direito positivo diretamente. Para ele, desta maneira, o sistema atual prestigia a segurança jurídica, diretamente ligado ao que chama de Estado Democrático de Direito.

Diferentemente da Constituição, que pode ser encarada como um pré - produto em relação à sociedade que "nasce" depois e depois é por ela regulada e regida, a jurisprudência é um construído póstumo, isto é, nasce a partir de quando os casos lhe acontecem e lhe são levados a conhecimento.

Essa singular diferença temporal entre as duas fontes normativas (Constituição e jurisprudência) dão ensejo às distintas qualidades inerentes às suas respectivas forças normativas.

Portanto, propondo-se a assegurar a isonomia e a segurança jurídica, o IRDR tem o papel de promover o entendimento pretor reiterado solidificando o sistema jurídico de Tribunal em Tribunal, ou mesmo em nível de todos os Tribunais, caso haja cabimento dos recursos extraordinários (RE e RESP).

No atual estado de coisas, o incidente suscitado em prol da segurança jurídica e isonomia é a ferramenta que efetiva o dever de prestação jurisdicional entorno da promoção da força normativa da sentença. É esse meio de suscitar a diferença que apara as inseguranças no poder Judiciário e permite ao jurisdicionado a pacificação do seu conflito que, diga-se de passagem, não se dá pela pacificação dos ânimos, mas pela elucidação do Direito colado à prova.

6 CONCLUSÃO

O IRDR representa a necessidade de mudança reconhecida e assumida pela comissão que elaborou o anteprojeto do código de 1973.

Nos limites da jurisdição do TJDFT, a aplicação do instituto ainda encontra dificuldades principalmente quanto aos prazos de julgamento. Embora o tribunal

tenha construído as estruturas administrativas voltadas para os objetivos da publicidade e ampla divulgação, resta agora o desafio de lidar com o instituto em si.

Esse novo instituto não é o primeiro, tampouco o único dedicado à resolução de demandas de massa. No entanto, seu destaque reside na oportunidade que realiza ao inserir suas teses a nível federal sem, contudo, deixar de evidenciar a importância do papel dos órgãos fracionários estaduais e locais.

A possibilidade de uma tese jurídica, inicialmente firmada por órgão do judiciário local, poder chegar a todo o país com força vinculante (RE e RESP) aproxima as instituições judicantes do país integrando sua atuação sem, contudo, assoberbar as Cortes superiores. E isso é, de fato, o que se espera.

A hipótese relativa à necessidade de controle de precedentes num país de dimensões continentais, somada a forma com a qual o instituto vem produzindo efeitos no Distrito federal confirma a tese de que, mediante o microssistema de gestão de decisões, há mais coesão dos pronunciamentos e consequentemente lhes confere mais força normativa.

Decisões estabilizadas, com poder reminiscente e de cunho obrigatório ensejam maior segurança. Os bens jurídicos que foram transcritos pelo legislador como pressupostos de admissão do incidente (isonomia e segurança jurídica) ficam assim mais guarnecidos.

Noutro giro, empenhar uma pesquisa como projeto parcial para obtenção do título de bacharel em Direito é tarefa hercúlea. A tradição jurídica brasileira não é das mais próximas do discurso científico. O que se traduz também na falta de protagonismo do estudo empírico durante o tempo de graduação.

Enquanto acadêmico, a constante busca pelo “dever ser” - é notório - nos distancia sobremaneira da verdade proporcionada pelas atividades de pesquisa, que muitas vezes nos fazem concluir pelo desacerto da nossa hipótese inicial. Como também é escasso e por isso precisa ser trabalho, essa experiência de aprendizado exige muita humildade e coragem.

Questões ainda permanecem abertas. Como esse primeiro contato com costumes novos, mais afetos de regimes anglo saxões, poderão influenciar a compreensão jurídica nativa? É uma resposta que o tempo, conjugado com os estudos jurídicos terá de responder.

No entanto, esse tempo a ser esperado para a elucidação da forma com a qual as relações ficarão assentadas, no tocante àquelas relações juridicamente relevantes, não pode vir acompanhado de condutas desestimulantes, principalmente dos advogados, cuja atividade é de confronto e de meio, proporcionando ao judiciário o confronto com suas próprias palavras.

No contexto do Distrito Federal onde se pode ver pela facilidade com a qual as informações e consultas foram feitas, o aparelhamento dos órgãos judiciais é exemplar. Para fins de acompanhamento dos litígios repetitivos, o Tribunal do DF possui estrutura bastante e adequada – embora ainda pendente de atualizações e melhoramentos – para subsidiar esse controle.

Sem prejuízo da teoria tão afeta e tão graciosa em sede de assuntos processuais, o IRDR é, antes de tudo, um dispositivo social de melhora das relações. Sua eficácia depende dos atores que integram a lide. Esses, por seu turno, devem buscar, aproveitando a chance que agora se projeta, fazer crescer no sistema político jurídico (notadamente pelas potencialidades que se presencia na capital do país), expoentes de justiça, agilidade, eficácia e atualização.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento, 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: revista dos tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. 2 Edição. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Machado. Dom Casmurro. 8 ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BRASIL. Comissão especial destina a proferir parecer ao projeto de lei n° 6.025, 2005, do Senado Federal e apensados, que tratam do "Código de Processo Civil" (Revoga a lei n° 5.869, de 1973) Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em 18 ago 2018.

BRASIL. Lei n° 13.105, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. STJ. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. PRECEDENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CLÁUSULA PENAL. REVISÃO. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC E HONORÁRIOS RECURSAIS DO ART. 85, § 11º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. AgInt

no AREsp 985.690/AM. Terceira Turma. Agravante: Urbis Empreendimentos Imobiliários S/A. Agravado: Francisca Ligia Leite de Freitas. Relator (a) Min. Moura Ribeiro. Brasília, 21/03/2017, DJe 03/04/2017.

BRASIL. STJ. Agravo Interno no Recurso Especial. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. INDENIZAÇÃO. CLÁUSULA PENAL. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. AgInt no REsp

1624677/DF. Quarta Turma. Recorrente: Zeonades De Freitas Maciel Junior. Recorrido: TECNISA S/A. Relator (a) Min. Raul Araújo. Brasília, 13/12/2016. DJe: 01/02/2017.

BRASIL. STJ. Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL - CONTRATO BILATERAL, ONEROSO E COMUTATIVO - CLÁUSULA PENAL - EFEITOS PERANTE TODOS OS CONTRATANTES - REDIMENSIONAMENTO DO QUANTUM DEBEATOR -

NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO. REsp 1.119.740/RJ. Terceira Turma. Recorrente: Marilena Ramos Barboza. Recorrido: CIMA Empreendimentos do Brasil LTDA. Relator (a) Min. Massami Uyeda. Brasília, 27/09/2011. DJe: 13/10/2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Curso avançado de Direito Constitucional. 2003. 28 f. DISTRITO FEDERAL. IDR 2016 00 2 021967-8. Câmara de Uniformização. Interessado: DULCILENE TORRES DE SOUZA. Interessado: SINDICADO DOS PROFESSORES DO DF –

SINPRO. Relator (a) Des. Mario-Zam Belmiro. Brasília, 19/12/ 2017. DJe 23/01/2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Ceará. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Enunciado 87, FPPC. Disponível em: < http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf >. Acesso em 15 maio 2018.

Disponível em: <http://http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar>. Acesso em 15 maio 2018.

Donizetti, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil, 3 ed. Rio de janeiro: Forense, 2005. GONZAGA Alvaro de Azevedo et. al. VADE MECUM HUMANÍSTICO. 3 ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HÄBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Disponível em:< https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em 18 ago 2018.

HANSEN, Thiago (entrevistador) & PONDÉ, Juliana (entrevistada) (2016). *Common Law. Salvo melhor juízo*. Disponível em<http://salvomelhorjuizo.com/post/152262270473/smj-32- common-law-o-common-law-%C3%A9-o-sistema>.Acesso em 19 maio 2018.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1 ed. Sergio Antônio Fabris: Editor, 2009

INWOOD, Michael. Dicionário Hegel. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. LUZ, Valdemar P. da. Dicionário jurídico. São Paulo: Manole, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORGAN; TYLOR; FRAZER. Evolucionismo Cultural. Tradução Maria Lúcia de Oliveira. Organização Celso Castro. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

NEUMAN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. Disponível em:<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2014v109p13/287. Acesso em: 17 abr. 2018>. Acesso em 17 abr 2018.

QUADROS, Clóvis Airton de et al. Semiótica Jurídica: o direito além das palavras. Revista de Ciências Jurídicas, Paraná, 3 (1): 21-38, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 15 ed. São Paulo: Saraiva,2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 37 ed. São Paulo: Medalheiros Editores, 2014.

SIMÕES, Pedro Henrique Moreira. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS A SERVIÇO DA ADVOCACIA PÚBLICA. 2015. 15 f. CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DOS ESTADOS. Brasília, 2015.

SOUZA, Gustavo Ferreira de; ALVES, Lucélia de Sena. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Pensar o Direito, v.7, n.2, jan. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 50 ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ANEXO A - Núcleo de Gestão de Precedentes (NUGEP).

TJDFT Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

NUGEP
NÚCLEO DE GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES

REF: PA 0008407/2018

À Senhora Coordenadora da CGSIS,

Em resposta ao item 1 do Memorando 47 (0482810), o NUGEP informa que, conforme última atualização realizada no painel Qlickview, cujo perfil de acesso é franqueado a este Núcleo, foram sobrestados, ao total, desde o ano de 2015, 16.448 (dezesseis mil, quatrocenteos e quarenta e oito) processos, por força de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas admitidos nesta Corte de Justiça. Desse número, 1.107 (hum mil, cento e sete) feitos foram sobrestados na primeira instância; 15.184 (quinze mil, cento e oitenta e quatro) processos na segunda instância; 131 (cento e trinta e um) no âmbito dos Juizados Especiais e 26 nas Turmas Recursais.

Em resposta ao item 2, o NUGEP destaca a existência, no total, de 10 (dez) IRDR's admitidos nesta Corte, sendo que o quantitativo de processos sobrestados em decorrência deles são os seguintes:

- IRDR 01 - 13.640 (treze mil, seiscentos e quarenta) feitos foram sobrestados ao todo, à época da admissão (06/06/2016), todavia, após o julgamento de mérito do aludido incidente, restam, atualmente, apenas 768 (setecentos e sessenta e oito) em tramitação. Foram 8 (oito) na primeira instância e o restante na segunda instância;

- IRDR 02 - 2.470 (dois mil, quatrocentos e setenta) processos, valendo salientar que este tema encontra-se sobrestado, em razão de ter se tornado os Temas 970 e 971 do Superior Tribunal de Justiça. Foram 1.010 (hum mil e dez) processos na 1ª instância; 1.429 (hum mil, quatrocentos e vinte e nove) na 2º, 14 (catorze) nos Juizados Especiais e 17 (dezessete) nas Turmas Recursais;

- IRDR 03 - 224 (duzentos e vinte e quatro) feitos, sendo 74 (setenta e quatro) na 1ª instância, 42 (quarenta e dois) na 2ª instância, 107 (cento e sete) nos Juizados e 1 (um) na Turma Recursal;

- IRDR 04 - 23 (vinte e três) processos, 2 (dois) na 1ª instância, 7 (sete) na 2ª instância, 12 (doze) nos Juizados Especiais e 2 (dois) nas Turmas Recursais ;

- IRDR 05 - 18 (dezoito) processos, 1 (um) na 1ª instância e 17 (dezessete) na 2ª;

- IRDR 06 - 49 (quarenta e nove) processos, sendo 17 (dezessete) na primeira instância, 28 na segunda instância e 4 nas Turmas Recursais;

- IRDR 07 - 67 (sessenta e sete) processos, sendo 22 (vinte e dois) processos na primeira instância, 43 (quarenta e três) na segunda instância e 2 (dois) nas Turmas Recursais;

- IRDR's 08, 09 e 10 - nenhum.

No tocante ao item 3, o NUGEP informa que existiram, até o presente momento, 49 IRDR's distribuídos nesta Corte, sendo 10 (dez) deles admitidos. Para verificação do número de todos os incidentes, bem como de sua situação atual, reporta-se à planilha Excel disponibilizada ao público pelo NUGEP em sua página com todos os dados compilados a respeito.

Finalmente, vale salientar que **as informações requeridas já se encontram à disposição do público, seja ele interno ou externo, na página do NUGEP na intranet e na internet, respectivamente, conforme os links: IRDR e Painel IRDR.**

Atenciosamente,

ALINE BARRETO VIANNA CARDOSO

Supervisora do NUGEP

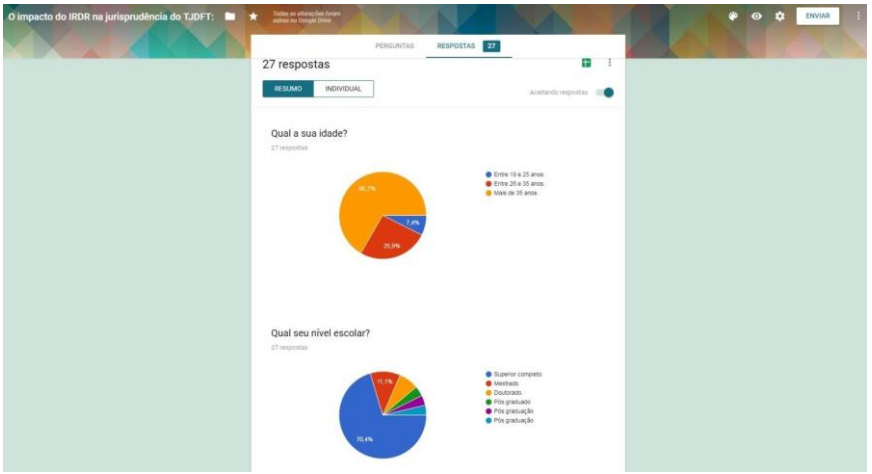
Brasília, em 10 de maio de 2018.

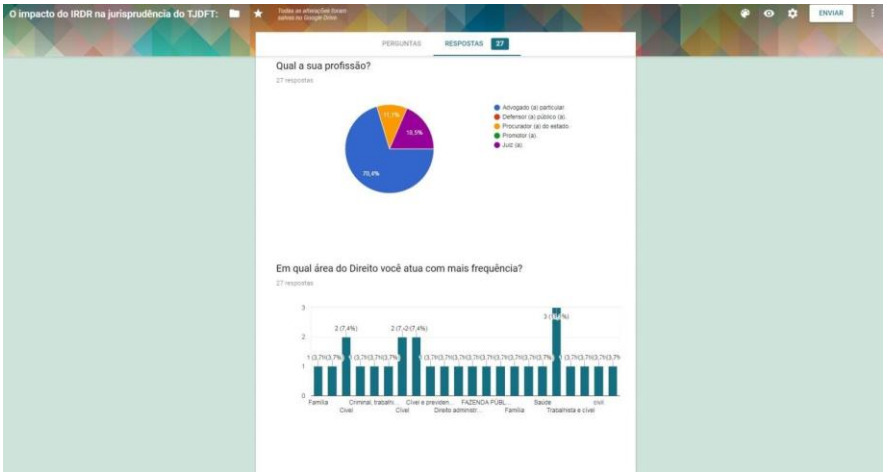
Documento assinado eletronicamente por **Aline Barreto Vianna Cardoso, Supervisor(a)**, em 10/05/2018, às 15:29, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

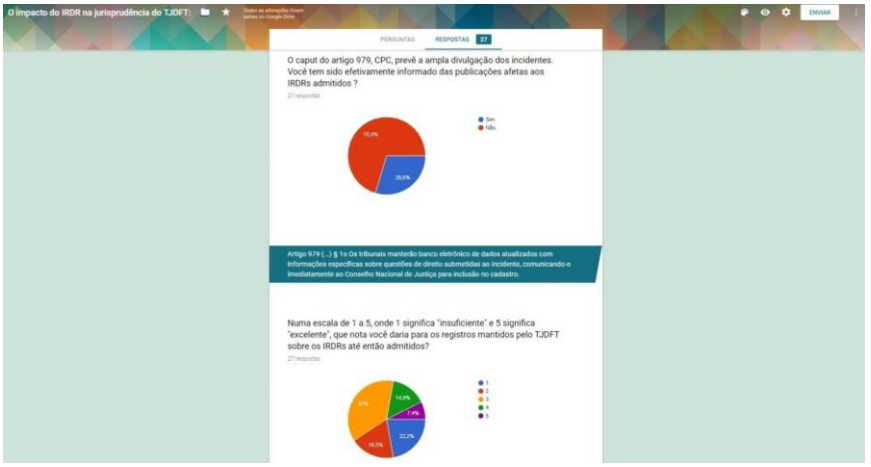
A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tjdft.jus.br/sei/controlador_externo.php?

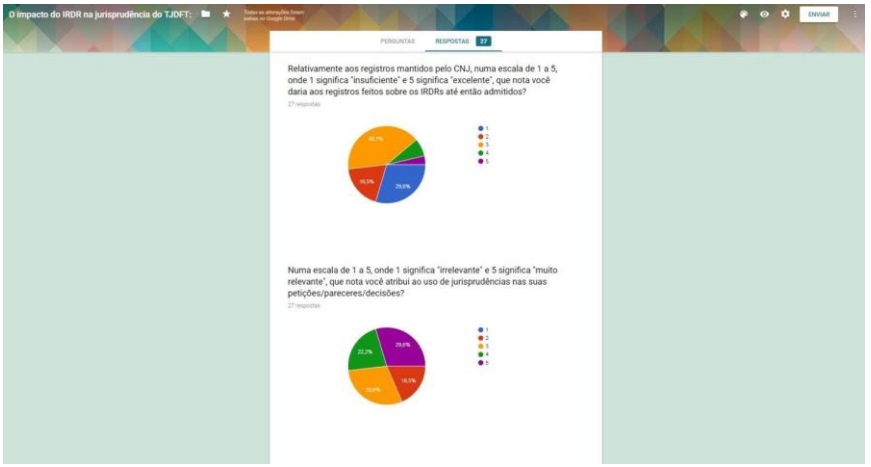
acao=documento_conferir&acao_origem=documento_conferir&lang=pt_BR&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador 0487971 e o código CRC 1772C704.

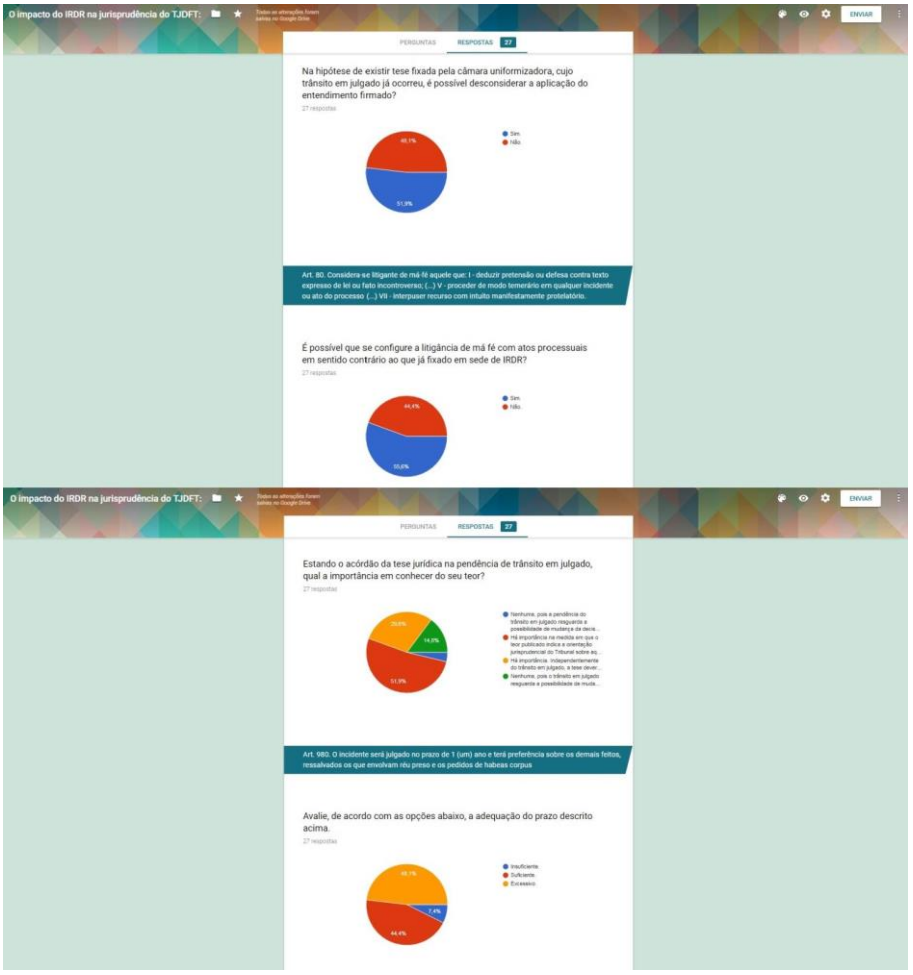
APÊNDICE A – O IMPACTO DO IRDR NA JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT

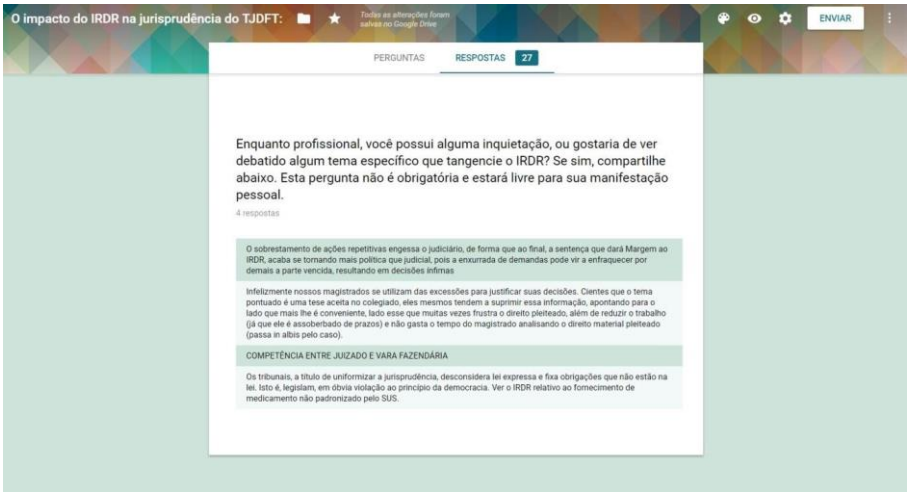





O impacto do IRDR na jurisprudência do TJDFT:
ENVIAR
PERGUNTAS
RESPOSTAS 27
O caput do artigo 979, CPC, prevê a ampla divulgação dos incidentes. Você tem sido efetivamente informado das publicações afetas aos IRDRs admitidos ?
27 respostas
Sim
Não
Artigo 979 (...) § 1o Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.
Numa escala de 1 a 5, onde 1 significa "insuficiente" e 5 significa "excelente", que nota você daria para os registros mantidos pelo TJDFT sobre os IRDRs até então admitidos?
27 respostas


O impacto do IRDR na jurisprudência do TJDFT:
ENVIAR
PERGUNTAS
RESPOSTAS 27
Relativamente aos registros mantidos pelo CNJ, numa escala de 1 a 5, onde 1 significa "insuficiente" e 5 significa "excelente", que nota você daria aos registros feitos sobre os IRDRs até então admitidos?
27 respostas
Numa escala de 1 a 5, onde 1 significa "irrelevante" e 5 significa "muito relevante", que nota você atribui ao uso de jurisprudências nas suas petições/pareceres/decisões?
27 respostas


O impacto do IRDR na jurisprudência do TJDFT:
ENVIAR
PERGUNTAS
RESPOSTAS 27
Na hipótese de existir tese fixada pela câmara uniformizadora, cujo trânsito em julgado já ocorreu, é possível desconsiderar a aplicação do entendimento firmado?
27 respostas
48,1%
51,9%
Sim
Não
Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (...) V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (...) VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.
É possível que se configure a litigância de má fé com atos processuais em sentido contrário ao que já fixado em sede de IRDR?
27 respostas
44,4%
55,6%
Sim
Não
O impacto do IRDR na jurisprudência do TJDFT:
ENVIAR
PERGUNTAS
RESPOSTAS 27
Estando o acórdão da tese jurídica na pendência de trânsito em julgado, qual a importância em conhecer do seu teor?
27 respostas
Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus
Avalie, de acordo com as opções abaixo, a adequação do prazo descrito acima.
27 respostas
48,1%
7,4%
44,4%
Insuficiente
Suficiente
Excessivo


O impacto do IRDR na jurisprudência do TJDFT:
Todas as alterações foram salvas no Google Drive
ENVIAR
PERGUNTAS
RESPOSTAS 27
Enquanto profissional, você possui alguma inquietação, ou gostaria de ver debatido algum tema específico que tangencie o IRDR? Se sim, compartilhe abaixo. Esta pergunta não é obrigatória e estará livre para sua manifestação pessoal.
4 respostas
O sobrestamento de ações repetitivas engessa o judiciário, de forma que ao final, a sentença que dará Margem ao IRDR, acaba se tornando mais política que judicial, pois a enxurrada de demandas pode vir a enfraquecer por demais a parte vencida, resultando em decisões ínfimas
Infelizmente nossos magistrados se utilizam das excessões para justificar suas decisões. Cientes que o tema pontuado é uma tese aceita no colegiado, eles mesmos tendem a suprimir essa informação, apontando para o lado que mais lhe é conveniente, lado esse que muitas vezes frustra o direito pleiteado, além de reduzir o trabalho (já que ele é assoberbado de prazos) e não gasta o tempo do magistrado analisando o direito material pleiteado (passa in albis pelo caso).
COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADO E VARA FAZENDÁRIA
Os tribunais, a título de uniformizar a jurisprudência, desconsidera lei expressa e fixa obrigações que não estão na lei. Isto é, legislam, em óbvia violação ao princípio da democracia. Ver o IRDR relativo ao fornecimento de medicamento não padronizado pelo SUS.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES

Júlia Gurgel Cardoso

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as consequências psíquicas sofridas por mulheres vítimas de violência doméstica e identificar casos em que essas vítimas possam ser amparadas pelo instituto do dano existencial, pertencente ao ramo da responsabilidade civil. Considerando que esse tipo de violência ocorre dentro de sua própria casa e majoritariamente é realizada por seu próprio parceiro, as sequelas deixadas em uma mulher que passou por esse tipo de situação podem ser irreversíveis, de forma que o agressor deverá, mesmo que minimamente, fornecer amparo econômico para que a vítima tenha maior facilidade em reaprender a conviver na sociedade, lidando com suas inseguranças e medos deixados como cicatrizes dessa violência, além de ter a seu favor mais um instituto jurídico para que as agressões sofridas não fiquem impunes.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Consequências Psíquicas. Dano Existencial.

1 INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil é conhecida no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Civil de 1916, de forma que, aquele que cometesse o ato ilícito estaria obrigado a repará-lo. Contudo, esse instituto é, assim como todo o Direito, tema que está em constante debate na doutrina e jurisprudência, uma vez que seus conceitos e aplicações são moldados conforme as mudanças na sociedade.

O advento da Constituição Federal de 1988 foi marcante para várias alterações de embasamentos quanto às indenizações requeridas ao Judiciário. A CF/88 trata de forma especial os Direitos e Garantias Fundamentais, de forma que

também passaram a ser bens jurídicos passíveis de reparação na esfera cível quando violados. Isso aconteceu com a integração da dignidade humana como princípio basilar da República, havendo previsão da indenização por dano moral em caso de sua violação nos art. 5º, V e X, da CF/88[1]. É como salienta o advogado Amaro Alves de Almeida Neto[2]:

> Quando a Constituição Federal elencou no seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana, como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa por meio de um sistema jurídicopositivo formado por direitos fundamentais e da personalidade humana, garantindo assim o respeito absoluto ao indivíduo, proporcionando-lhe uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, como pelo Estado.

Porém, na atual sociedade, a visão do campo de incidência dos direitos fundamentais é amplamente maior que dez anos atrás, por exemplo, ainda seguindo em constante modificação. O que antes não era considerado ofensivo, hoje pode ser motivo para a condenação em pagamentos de indenizações com valores significativos, por ser reconhecida a violação do direito à vida digna de um indivíduo.

Dentre todas as novas reivindicações feitas pela sociedade na tentativa de proteção ao princípio da dignidade humana, o presente trabalho visa analisar especificamente a perspectiva atual quanto à questão da violência doméstica e familiar contra mulheres. Esse é um tema que, apesar de constantes debates e sugestões propostas, ainda é um assunto que demanda muita discussão doutrinária e jurisprudencial, na tentativa de melhorar a proteção do princípio constitucional anteriormente mencionado, como afirma o Ministro Rogerio Schietti Cruz[3]:

---

1 LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/77311. Acesso em: 14 de maio. 2018.

2 NETO, Amaro Alves de Almeida. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado: RDPriv, v.6, n. 24, p.21-53, out./dez. 2005. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em: 14 de maio. 2018.

3 *In* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 1675874/MS. 3ª Seção. Recurso especial. Recurso submetido ao rito dos repetitivos (art. 1.036 do cpc, c/c o art. 256, i, do ristj). Violência

> As dores sofridas historicamente pela mulher vítima de violência doméstica são incalculáveis e certamente são apropriadas em grau e amplitude diferentes. Sem embargo, é impositivo, posto que insuficiente, reconhecer a existência dessas dores, suas causas e consequências. É preciso compreender que defender a liberdade humana, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, também consiste em refutar, com veemência, a violência contra as mulheres, defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou minimizem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

Uma vez certificada a importância e a necessidade de proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, é possível que sejam reconhecidos tipos de violação desses direitos no âmbito inclusive doméstico e familiar, como dispõe o artigo 6º da Lei n. 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, "A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos"[4].

Dessa maneira, entende-se que em algumas hipóteses, a violência sofrida por mulheres dentro da temática familiar é tão grande e devastadora, que uma nova modalidade de indenização presente no âmbito da responsabilidade civil poderá ser um instituto aplicável, de forma que a proteção da dignidade humana será mais amparada e a vítima será melhor compensada.

---

doméstica e familiar contra a mulher. Danos morais. Indenização mínima. Art. 397, iv, do cpp. Pedido necessário. Produção de prova específica dispensável. Dano in re ipsa. Fixação consoante prudente arbítrio do juízo. Recurso especial provido. Relator Min. Rogerio Shietti Cruz. Data de Julgamento: 20/10/2017, Data de Publicação: DJ /10/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1669780&tipo=0&nreg=201701403043&SeqC grmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180308&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 10 de maio. 2018.

4 *In* BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 14 de maio. 2018.

Também conhecido como dano ao projeto de vida, os chamados danos existenciais serão o objeto central desse trabalho de forma que, no primeiro capítulo, será realizada a evolução histórica do conceito de dano no Brasil, destacando-se algumas espécies de danos, como os patrimoniais, morais, estéticos e seus desdobramentos.

No segundo capítulo, será realizada a conceituação do dano existencial, analisando-se a sua aplicação desde sua origem no Direito Italiano até a atualidade, enfatizando o que o diferencia do dano moral brasileiro.

Já no terceiro capítulo do presente trabalho, a evolução histórica no Brasil da violência doméstica sofrida pela mulher será abordada, demonstrando-se o grau de necessidade de um regulamento capaz de atribuir às vítimas uma melhor indenização pelos danos sofridos.

E, ao final, no quarto capítulo, serão averiguados fatores e situações decorrentes desse tipo de violência que podem ocasionar a configuração dessa modalidade de indenização, demonstrando-se as sequelas deixadas nas vítimas e as tendências dos Tribunais ao decidir sobre o tema.

É notório que ao violar tais direitos, a violência contra mulher no âmbito domiciliar e familiar tem como principal tese defensiva a lesão da dignidade da pessoa humana, de forma que a responsabilidade civil também poderá ser instituto reivindicado pelas vítimas para obter sua compensação da lesão sofrida.

Portanto, a problemática principal do presente trabalho é realizar da melhor forma possível a exposição da linha tênue entre dano moral e dano existencial e as hipóteses de aplicação do instituto do dano existencial em casos de violência doméstica e familiar. Entre essas hipóteses é possível citar os casos em que a vítima desenvolve doenças patológicas como ansiedade e depressão, devido à extrema queda de sua autoestima, além dos casos em que não consegue realizar suas atividades laborais por não ter força de vontade, havendo assim interferência negativa ao seu projeto de vida e a sua vida de relações.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DANO NO BRASIL

2.1 Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade

É importante salientar que não há que se falar em distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade[5]:

> Hoje, no Direito ocidental, já não se faz diferença entre direitos fundamentais da pessoa e direitos da personalidade. Defende-se o ser humano sempre, com apoio na Constituição, no Código Civil ou em todo tipo de Lei que defina os abusos que podem ser cometidos contra a pessoa. Porém, todos esses preceitos convergem para o princípio da dignidade humana que é o grande iluminador dessa questão e cuja aplicação não tem limites.

O caso paradigmático quanto à violação de direitos da personalidade, mais precisamente quando ao direito de imagem, foi o caso Bismarck. Por ser extremamente popular na Alemanha, Otto Von Bismarck era conhecido como "Napoleão da Alemanha", sendo um verdadeiro herói nacional.

Em 1898, devido a alguns jornalistas que conseguiram acesso ao seu cadáver, em meio à confusão causada pela multidão que aguardava notícias ao lado de fora da casa, Bismarck teve fotos de seu corpo divulgadas rapidamente por toda a cidade. Por conseguinte, sua família acabou por ajuizar uma ação visando punir àqueles que espalharam as imagens sem autorização.[6]

No Brasil, o advento da proteção desses diretos foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Tanto os direitos fundamentais quanto os direitos de

---

5 LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/77311. Acesso em: 14 de maio. 2018.

6 ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109. *Apud.* AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018.

personalidade visam a defesa máxima da dignidade da pessoa humana, concedendo melhor qualidade de vida para todos os indivíduos.[7]

Uma das principais características, se não a principal, de um direito fundamental é que ele configura uma proteção contra a vontade das maiorias políticas. No caso brasileiro, esses direitos são oponíveis inclusive ao poder constituinte derivado, uma vez que uma das disposições previstas no rol das cláusulas pétreas é precisamente a abordagem dos próprios direitos fundamentais.[8]

Em seu artigo 5º, X, a CF/88 elenca algumas espécies de direitos personalíssimos de forma que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ficando assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Há também a presença desses direitos fundamentais no artigo 6º, do mesmo diploma legal, em que "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

É válido mencionar que nem todos os direitos fundamentais estão previstos no capítulo específico da Constituição, como é o caso do artigo 227, onde[9]:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

[7] "os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conceito axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo" (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61) Apud. AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018.

[8] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

[9] *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

> liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Roxana Borges explica que os exemplos trazidos no dispositivo constitucional não são limitadores da proteção, de forma que futuramente novos direitos de personalidade podem vir a ser resguardados de acordo com a evolução da sociedade[10]:

> À medida que a sociedade se torna mais complexa e as violações às pessoas proliferam, até mesmo como decorrência de certos usos dos conhecimentos tecnológicos, novas situações demandam proteção jurídica. É o que ocorre no campo dos direitos de personalidade: são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento específico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, consequentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos.

2.2 Direito do homem a uma existência digna

Após a 2ª Guerra Mundial, diversos tratados internacionais foram estabelecidos na tentativa de proteção dos seres humanos em virtude dos diversos acontecimentos negativos ocorridos, como por exemplo, os genocídios realizados durante o nazismo.[11]

---

[10] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25. *Apud*. AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018

[11] Governo do Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos garante igualdade social. Quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos começou a ser pensada, o mundo ainda sentia os efeitos da Segunda Guerra Mundial, encerrada em 1945. Outros documentos já haviam sido redigidos em reação a tratamentos desumanos e injustiças, como a Declaração de Direitos Inglesa (elaborada em 1689, após as Guerras Civis Inglesas, para pregar a democracia) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (redigida em 1789, após a Revolução Francesa, a fim de proclamar a igualdade para todos). Depois da Segunda Guerra e da criação da Organização das Nações Unidas (também em 1945), líderes mundiais decidiram complementar a promessa da comunidade internacional de nunca mais permitir atrocidades como as que haviam sido vistas na guerra. Assim, elaboraram um guia para garantir os direitos de todas as pessoas e em todos os lugares do globo. O documento foi apresentado na primeira Assembleia Geral da ONU em 1946 e repassado à Comissão de Direitos Humanos para que fosse usado na preparação de uma declaração internacional de direitos. Na primeira sessão da comissão em 1947, seus membros foram autorizados a elaborar o que foi chamado de "esboço preliminar da Declaração Internacional dos Direitos Humanos". Um comitê formado por membros de oito países recebeu a declaração e se reuniu pela primeira vez em 1947. Ele foi presidido por Eleanor Roosevelt,

As relações sociais precisavam ter limites para que o ser humano tivesse garantida a proteção dos seus direitos fundamentais, portanto, a partir do momento em que a dignidade humana é expressamente concretizada na Constituição Federal, através do seu artigo 1º, III, sua natureza jurídica passa a ser a de um princípio constitucional.

Dessa forma, sua aplicação deve ser de maneira direta, imediata e sempre respeitada perante todas as esferas jurídicas, buscando-se de todas as maneiras possíveis a maior proteção dos seres humanos e seus bens jurídicos possivelmente violados para que a sociedade como um todo seja beneficiada e amparada por esse princípio.

Ingo Sarlet apresenta uma tentativa de conceituação da dignidade da pessoa humana[12]:

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dessa forma, é possível concluir que o princípio da dignidade humana, acompanhado dos direitos fundamentais e personalíssimos, são os principais fundamentos e pilares da atual Constituição Federal, de forma que uma vez violados,

---

viúva do presidente americano Franklin D. Roosevelt. O responsável pelo primeiro esboço da declaração, o francês René Cassin, também participou. O primeiro rascunho da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que contou com a participação de mais de 50 países na redação, foi apresentado em setembro de 1948 e teve seu texto final redigido em menos de dois anos. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garanteigualdade-social. Acesso em 27 de junho. 2018.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63. Apud. AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018.

serão passíveis de indenização no âmbito da responsabilidade civil a seguir demonstrado.

2.3 O dano indenizável no Brasil

Ao mesmo tempo em que a conduta e o nexo causal, o dano é elemento indispensável ao tratar-se de indenizações, de forma que é essencial em todo e qualquer tipo de responsabilidade civil para que os efeitos desse instituto sejam devidamente aplicáveis. Sérgio Cavalieri Filho deixa clara a importância do dano[13]:

> O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

No Código Civil de 1916[14], em seu artigo 159[15], já era possível perceber a essencialidade do dano, uma vez que o diploma legal trazia a reparação como consequência de condutas dolosas ou culposas de violação de direito ou prejuízo a outrem, ou seja, só haveria indenização na ocorrência de conduta danosa.

É comum que algumas pessoas ainda tendam a achar que, ao falar-se em dano propriamente dito, estar-se-ia automaticamente tratando de alguma lesão a bem material, como por exemplo um acidente de trânsito, onde a pessoa responsável pela danificação dos veículos ficaria obrigada a indenizar a vítima.

---

13 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 12. ed., Atlas: São Paulo, 2015, p. 102.

14 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art1806. Acesso em: 04 de maio. 2018.

15 Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. *In* BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art1806. Acesso em: 04 de maio. 2018.

Contudo, a Doutrina e a jurisprudência, brasileira e internacional, já se encontram perfeitamente pacificadas quanto a possibilidade de indenização por dano que envolva lesão a outros tipos de bens jurídicos.

No caso do Direito francês, o art. 1382, do Código Civil determina que "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*"[16] em suma, qualquer ação que cause dano à outrem, deverá ser reparada[17]. Nesse caso, não há distinção entre dano moral e dano patrimonial, pela interpretação adotada ao artigo é possível a aplicação de ambas as espécies.

Em se tratando do Direito português, o art. 483, do Código Civil[18] determina que:

> 1 - Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.
>
> 2 - Só existe obrigação de indenizar independente de culpa nos casos especificados na lei.

É possível inferir que, em Portugal, também não há exclusividade ao dano moral patrimonial no dispositivo legal, abrindo margens para a aplicação de indenizações por danos não patrimoniais assim como no Direito francês.

O Supremo Tribunal de Justiça português deixa claro esse entendimento, como no disposto no Acórdão do processo 287/10.0[19]:

> 1 - O princípio geral de boa fé tem relevância na sua dupla dimensão objectiva e subjectiva, enquanto regra de conduta e

---

16 FRANÇA. Código Civil Francês. Disponível em: http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/codecivil/cc1804-l3t04.pdf. Acesso em: 27 de junho. 2018.

17 REIS, Clayton. Dano Moral, 5ª edição, Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 42.

18 PORTUGAL. Código Civil Português. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela =leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em 27 junho. 2018.

19 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 287/10.0. 1.ª Secção TBMIR. Data de Julgamento: 25/2/2014, S1, Relatora Maria Clara Sottomayor. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5ed9a82a69e6b5d380257c91003a2285? OpenDocument. Acesso em 27 junho. 2018.

> exigência de respeito mútuo e como interdição de enganar outrem ou de agir em relação a outrem com a intenção de prejudicar.
>
> 2 - A responsabilidade pré-contratual abrange os danos, patrimoniais e não patrimoniais, provenientes da violação de deveres de informação e de lealdade decorrentes do dever de boa fé pré-negocial.
>
> 3 - A indemnização por danos não patrimoniais deve determinar-se, tendo em conta a gravidade da culpa do autor do facto ilícito, a situação económica do lesante e do lesado, a equidade e as circunstâncias do caso.

Na esfera brasileira, a evolução do dano indenizável no passou por três estágios principais para que se chegasse ao entendimento doutrinário majoritário e jurisprudencial atual. O primeiro deles foi marcado pela Teoria Negativista, que prevaleceu em grande parte do tempo de vigência do Código Civil de 1916.

Essa teoria vigorou até 1966, a qual aduzia a impossibilidade de se reparar a dor com dinheiro, uma vez que se considerava uma imoralidade o chamado *pretium doloris* (preço da dor), ou seja, negava-se qualquer possibilidade de reparação de danos morais, apenas patrimoniais.

Posteriormente, tivemos a aplicação a Teoria Intermediária ou Eclética, que reconheceu o dever de reparação do dano moral, porém vinculado à demonstração de um prejuízo patrimonial também. Essa teoria teve como marco o julgamento do RE 59940[20], onde se começou a admitir o dano moral no ordenamento pátrio.

No acórdão, o Supremo Tribunal Federal deliberou pelo entendimento de que, no mínimo, os pais do filho menor, vítima de um homicídio no caso, realizaram um investimento com a criação de seu descendente, de forma que no futuro, o mesmo poderia ser mais uma fonte de renda e amparo na velhice de seus pais.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 59940/SP. 2ª Turma. Responsabilidade civil - a morte de filhos menores, conforme as circunstancias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação e por arbitramento. Data de Julgamento: 01/01/1970, Relator Min. Aliomar Baleeiro, Data de Publicação: DJ 30/11/1966. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14569897/recurso extraordinario-re-59940-sp/inteiro-teor-103010612. Acesso em: 04 de maio. 2018.

Portanto, a frustação sofrida pela família deveria ser reparada de forma que a indenização viesse a suprir minimamente a perda gerada pelo homicídio.

Essa teoria também foi responsável pela edição da Súmula n. 491/STJ[21], que efetivamente concretiza o entendimento adotado no julgamento do RE 59940, anteriormente mencionado.

Finalmente, a terceira e última teoria, Teoria Positivista, foi aplicada no Brasil. Nesse momento, passou-se a reconhecer plenamente o caráter ofensivo da espécie exclusiva tanto do dano patrimonial quando do dano moral, de forma exclusiva, e o seu dever de reparação. Essa teoria tem como fundamento principal a Constituição Federal de 1988. A CF/88, que ficou conhecida como a Constituição Cidadã, tem como uma de suas principais características o cuidado quanto aos Direitos e Garantias Fundamentais.

É como explica o jurista Caio Mario[22]:

> A Constituição Federal de 1988 já havia posto uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. [...]. Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integrou-se definitivamente em nosso direito positivo.

Dessa maneira, principal pilar utilizado pela responsabilidade civil, quanto aos danos morais, foi o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana[23], que será detalhadamente abordado posteriormente nesse trabalho, concretizando de vez a possibilidade de indenização por lesões não só referentes a bens materiais, mas também outras espécies de bens jurídicos, como por exemplo a honra, a privacidade,

---

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 491. É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3055. Acesso em: 04 de maio. 2018.

22 PEREIRA, TEPEDINO. Responsabilidade Civil, 11ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016, p. 78.

23 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988

a imagem ou até a intimidade de cada indivíduo, sendo denominados danos extrapatrimoniais.

A V Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado 456, determina que[24]:

> Art. 944: A expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Portanto, o dano indenizável no Brasil é a reparação de um prejuízo que pode ser tanto patrimonial (diminuição de patrimônio), quanto moral (direitos de personalidade), ou até mesmo os dois cumulativamente[25], que visa compensar através do pagamento, uma lesão causada. Esse entendimento é comprovado, por exemplo, pelo disposto no artigo 5º, V e X, da CF/88[26], onde é materializada a possibilidade de indenização inclusive por violação de direitos e garantias fundamentais.

No Código Civil[27] atual, o entendimento é concretizado pelo artigo 186, no qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", e complementado pelo artigo 927, em que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", não restando dúvidas da possibilidade de aplicação do dano moral exclusivo.

---

24 BRASIL, Conselho de Justiça Federal. Enunciado V. Jornada de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view. Acesso em: 07 de maio. 2018.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 07 de maio. 2018.

26 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

27 *In* BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

2.4 Classificação do Dano

Tradicionalmente, existe uma divisão em dois grandes polos referentes ao dano, conhecidos como Danos Materiais/Patrimoniais e Danos Morais. O primeiro versa sobre danos ligados ao patrimônio, ou seja, é a lesão a bens jurídicos econômicos, financeiros do indivíduo. Essa categoria abrange bens móveis, como um carro ou uma moto, bem imóveis, como por exemplo a casa de uma pessoa, e também pode abranger rendimentos e créditos futuros, como por exemplo, a renda que uma pessoa conquista com seu emprego.

Os danos estéticos são uma modalidade um pouco mais recente no ordenamento jurídico brasileiro, mas que pode abranger tanto o caráter moral, quando o patrimonial.

Faz-se aqui uma breve análise sobre as duas classes em que o dano patrimonial é tipicamente subdividido e a aplicabilidade do dado estético, para posteriormente ser realizada a definição com maior profundidade do dano moral, em virtude de sua importância para o tema do presente trabalho.

2.4.1 Dano Emergente

O dano emergente é o real prejuízo da vítima, é exatamente o que ela perdeu direta e imediatamente. Essa espécie de dano é determinada pela primeira parte do artigo 402, do CC/2002[28] César Cavalieri Filho exemplifica o dano emergente[29]:

> A mensuração do dano emergente, como se verá, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o

[28] Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. *In* BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

[29] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 12. ed., Atlas: São Paulo, 2015, p. 104.

> integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.

2.4.2 Lucros Cessantes

Já os lucros cessantes podem ser entendidos como o prejuízo sofrido em razão do que a pessoa deixou de lucrar, seria um dano indireto. Ou seja, é a possibilidade de lucro futuro que fica temporariamente extinta em razão do dano. Esse instituto é mencionado na segunda parte do artigo 402, do CC/2002. Assim é como define César Cavalieri Filho[30]:

> Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

Em um exemplo simples, o TJDFT faz a distinção entre dano emergente e lucros cessantes[31]:

> Por exemplo, um taxista sofre uma colisão, na qual o outro motorista é o culpado pelo acidente. O dano emergente é o prejuízo direto, ou seja, o valor do conserto do carro e eventuais despesas de hospital. Já os lucros cessantes representam os valores que o taxista deixou de receber enquanto seu carro, que é seu instrumento de trabalho, estava sendo reparado.

2.4.3 Danos Estéticos

Esse tipo de dano ocorre quando a lesão do bem jurídico interfere, inclusive, na aparência física da vítima. Em caráter "moral", esse dano assume possibilidade de

---

[30] *Ibidem*, p. 105

[31] Danos emergente x lucros cessantes, 2018. Disponível em: https://bit.ly/2p84wzD. Acesso em: 08 de maio. 2018.

indenização uma vez que a pessoa terá de conviver com a mudança em sua aparência, de forma que pode se sentir humilhado e envergonhado com sua própria vida.

Já em relação à possibilidade de indenização de vias patrimoniais, é caso a lesão interfira economicamente na vida do lesado. Por exemplo, um indivíduo é modelo fotográfico e em virtude de um dano, obtém uma cicatriz em seu rosto, de forma que suas fotos jamais terão a mesma qualidade de antes. Assim sendo, é possível requerer a reparação do dano estético pelo prejuízo financeiro e econômico causado.

2.4.4 Danos Morais

Essa espécie de dano não possuí um conceito legalmente definido, apesar de ser previsto em legislação infraconstitucional[32], motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência, com o passar do tempo e as necessidades da sociedade, moldam sua compreensão e hipóteses de aplicação. Pode-se dizer que o dano moral trata de *"*prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade [...]"[33]

Portanto, o dano moral é mais próximo à ideia de subjetividade, como prejuízo à honra e a intimidade do indivíduo. Deve ocorrer uma violação da dignidade da pessoa prejudicada, além de afetar também o seu interior, causando grande e anormal desequilíbrio e incômodo emocional/psicológico na pessoa.

Contudo, o maior desafio dos órgãos julgadores na atualidade é realizar a distinção do sofrimento que realmente merece ser indenizável, e o que é apenas um

---

32 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. *In* BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

33 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de direito civil, v.3: Responsabilidade civil, 15. ed., Saraiva: São Paulo, 2017, p. 98.

mero aborrecimento diário da sociedade em tempos modernos[34]. Lidar com a sensibilidade dos seres humanos não é uma tarefa fácil, o que demanda sempre uma análise profunda e especifica do julgador caso a caso no momento da decisão judicial, de forma que sempre ocorra ponderação da linha tênue entre a compensação completa da vítima, e que esse valor devido não seja considerado uma forma de enriquecimento ilícito.

Para a fixação do quantum indenizatório, o julgador poderá considerar três aspectos que o ajudaram a delimitar o valor. O primeiro seria a extensão da lesão, considerando-se a angústia e o sofrimento da vítima, conforme tanto o enunciado 445, da V Jornada de Direito

Civil onde "O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento", quanto o enunciado 159 da III Jornada de Direito Civil, em que "O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.".

O segundo critério a ser avaliado será a condição econômica do ofensor, visando impedir que lhe seja imputada uma condenação irrelevante que não haja de forma a disciplinar e sancionar sua conduta e que, consequentemente, acabe também por menosprezar a dor da vítima. Da mesma maneira, visa-se impedir não seja imputado um valor exorbitante à situação financeira do causador da lesão. O enunciado 458, da V Jornada de Direito Civil embasa tal argumento de forma que

[34] "Os aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito são aqueles que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc. Não se incluem nestes a grosseria, o mau atendimento ou mesmo o nãoatendimento, como muitas vezes acontece. Não se deve tolerar o descaso do administrador ou seus prepostos na solução ou elucidação de um problema do administrado que se vê completamente desamparado por aqueles a quem, em princípio, caberia prestar-lhe socorro. Pior ainda, quando o problema foi ocasionado pela própria administração. " *In* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 608918/RS. 1ª Turma. Responsabilidade civil. Multa de trânsito indevidamente cobrada. Repetição de indébito. Indenização. Dano moral. Dano presumido. Valor reparatório. Critérios para fixação. Relator Min. José Delgado. Data de Julgamento: 20/05/2004, Data de Publicação: DJ 21/06/2004. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19577551/recurso-especial-resp-608918-rs-2003-02071291/inteiro-teor-19577552?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 de maio. 2018.

"O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral".

O terceiro critério que poderá ser utilizado para a fixação do quantum indenizatório será o caráter sancionatório da condenação, deixando claro à população que tal lesão não ficará impune e será reprimida.

Para Flávio Tartuce, quanto à natureza jurídica do dano moral existem três correntes principais, sendo elas: a) intuito reparatório ou compensatório, que não possui nenhum caráter disciplinador ou pedagógico. Essa teoria não encontra força na jurisprudência brasileira uma vez que o entendimento atual já abrange outros aspectos; b) indenização com caráter sancionatório e disciplinador, tese essa adotada nos Estados Unidos da América através do instituto denominado *punitive damages*. Essa teoria passou a ser aplicada de forma gradual em nossa jurisprudência; c) teoria de caráter misto, ou seja, a função principal seria indenizatória compensatória, e de forma acessória, o caráter sancionatório, tese que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro.[35]

Já para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o entendimento quanto à natureza jurídica dos danos morais é o seguinte[36]:

> Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória.
>
> Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, não está definitivamente pedindo o chamado *pretio doloris*, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as consequências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante.
>
> Dessa forma, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma "pena civil", e

35 TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 427

36 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume 3: Responsabilidade Civil, 15ª Ed., Saraiva: São Paulo, 2017, p. 134.

> sim por meio de uma compensação material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil.

Ainda existe divergência quanto ao assunto por parte dos doutrinadores e juristas, de forma que a temática acaba sempre sendo debatida, tornando-se até mesmo tema de enunciado na IV Jornada de Direito Civil de forma que "379. Art. 944 - O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil. "[37]

O retorno ao status quo é uma das finalidades da responsabilidade civil em geral. Conduto, ao tratar-se de dano à personalidade, como, por exemplo, uma foto divulgada sem autorização, não existe possibilidade de fazer com que essa imagem seja apagada da mente de todos que a viram, pretendendo que nunca ninguém tivesse a visto. O instituto do dano moral não visa alcançar o status quo da relação, mas sim conceder à vítima do dano uma compensação, de forma que o intuito é de certa forma consola-la o pelo sofrimento causado.[38]

A modalidade de dano moral também pode ser configurada na sua forma *in re ipsa*, ou seja, aquela que independe de comprovação do dano em si, que configura o dano como presumido. Esse modelo de dano moral é aplicado em casos onde se há total certeza do sofrimento causado. A jurisprudência do STJ já adota esse entendimento em algumas situações, como por exemplo:

> CIVIL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. AGRESSÃO VERBAL E FÍSICA. INJUSTIÇA. CRIANÇA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL IN RE IPSA. ALTERAÇÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE.

---

37 BRASIL, Conselho de Justiça Federal. Enunciado 379. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20A PROVADOS.pdf/view. Acesso em: 12 de maio. 2018.

38 AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018.

> 1 - Ação de compensação por dano moral ajuizada em 01.04.2014. Agravo em Recurso especial atribuído ao gabinete em 04.07.2016. Julgamento: CPC/2015.
>
> 2 - Cinge-se a controvérsia a definir ocorrência de violação do art.535 do CPC; e, se as alegadas agressões físicas e verbais sofridas pela recorrida lhe geraram danos morais passíveis de compensação.
>
> 3 - Admite-se, excepcionalmente, que os embargos de declaração, ordinariamente integrativos, tenham efeitos infringentes desde que constatada a presença de um dos vícios do artigo 535 do CPC/73, cuja correção importe alterar a conclusão do julgado. Precedente.
>
> 4 - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.
>
> **5 - A sensibilidade ético-social do homem comum na hipótese, permite concluir que os sentimentos de inferioridade, dor e submissão, sofridos por quem é agredido injustamente, verbal ou fisicamente, são elementos caracterizadores da espécie do dano moral in re ipsa.**
>
> **6 - Sendo presumido o dano moral, desnecessário o embate sobre a repartição do ônus probatório**.
>
> 7 - A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. (REsp 1642318/MS, Rel.
>
> Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 13/02/2017) (grifo nosso).

Portanto, para a reparação de violação de direitos fundamentais e de personalidade atualmente, a principal fonte buscada pela sociedade é através dos danos morais, uma vez que sua aplicação já é consolidada na jurisprudência brasileira, mesmo que talvez se encontre um pouco banalizada.

Contudo, uma nova modalidade de dano iniciada no Direito Italiano está crescendo e ganhando conhecimento no Brasil e ao redor do mundo que, em alguns casos, acredita-se ser mais justa e compensatória para algumas vítimas, como será apresentado no próximo capítulo.

3 DANO EXISTENCIAL

3.1 Breve Histórico

Essa modalidade de dano vem sendo aplicada na jurisprudência brasileira recentemente, mas sua existência já é reconhecida a muito tempo internacionalmente. No Brasil, é possível que sua aplicação tenha sido concedida mesmo que ainda não definida pela nomenclatura "dano existencial".

Trata-se de uma espécie de dano concentrada na esfera extrapatrimonial, ou seja, refere-se à lesão de direitos de personalidade, a própria existência da vítima, de forma que o impacto do dano é tão significativo que a pessoa não mais consegue viver em sua normalidade, isto é, é privada de algum aspecto da sua vida que lhe cause violação da sua própria dignidade, como salienta Hidemberg Alves da Frota[39]:

> O dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivosexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social)

A advogada Flavianna Rampazzo Soares conceitua o dano o dano da seguinte forma[40]:

> O dano existencial é, portanto, uma afetação negativa e juridicamente relevante no cotidiano da pessoa, a qual tinha determinada rotina, e, em razão de uma conduta lesiva, sofreu alteração prejudicial, total ou parcial, permanente ou temporária, seja em uma atividade, seja em um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do evento lesivo,

---

39 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214, 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37603. Acesso em: 21 de maio. 2018.

40 SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero "danos imateriais". Revista da AJURIS. v. 39, n. 127. setembro 2012. Disponível em http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/765/459. Acesso em: 26 de maio. 2018

> precisou suprimir modificar, delegar a sua realização ou, mesmo, consegue realizá-la em condições adversas.

Sua existência foi constatada no Direito Italiano ao final do século XX. Contudo, para se chegar a essa nomenclatura, a responsabilidade civil passou por todo um processo de evolução referente ao conceito e às espécies de dano reconhecidas no país europeu.

Nesse momento histórico, havia uma lacuna na lei que precisava de uma intervenção. Buscando-se evitar injustiças no campo da tutela de danos que limitavam, ou que impediam definitivamente a pessoa na prática das atividades diárias, do cotidiano, enfim, de sua normalidade, a doutrina italiana, em meados de 1960, classificou uma nova modalidade de dano causado à pessoa, o chamado dano à vida de relação (*danno alla vita di relazione*)[41].

O dano à vida de relação consistia em uma ofensa física ou psíquica que inibisse, total ou parcialmente, a participação da vítima em atividades cotidianas, seja em seu trabalho ou em momentos de lazer, de forma que causasse uma diminuição de seu estado de ânimo. Dessa maneira, o relacionamento, tanto pessoal quanto profissional da pessoa acabava sendo interferido de forma negativa, inclusive patrimonialmente[42].

Não obstante, para que fosse cabível a indenização, a vítima precisava demonstrar a sua redução na eficiência e obtenção de rendimentos, de maneira que não era suficiente apenas a prova do sofrimento físico ou psíquico. Portanto, o *danno alla vita di relazione* nunca foi classificado como puramente uma espécie de dano extrapatrimonial, mas sim como um verdadeiro dano material[43].

Mesmo que ainda priorizada a questão patrimonial, essa modalidade de dano trouxe, de forma oculta, uma inovação ao ordenamento jurídico italiano. Essa

---

41 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, RDPriv, v. 6, n. 24, p. 21-53, out./dez. 2005. **p. 35.** Disponível em . Acesso em 22 de maio. 2018.

42 *Idem.*

43 *Ibidem.* p. 37

novidade foi o seu fundamento principal, que objetivava a proteção das relações sociais humanas, ou seja, ocorreu a primeira e concreta tentativa de proteção ao princípio da dignidade humana. Assim, era necessário proteger as atividades que trouxessem alguma forma de lazer e qualidade de vida para os indivíduos, buscando-se a não interferência em seus rendimentos laborais. Dessa maneira, comprovada a lesão dessas atividades que traziam melhoria no ânimo das pessoas, as mesmas deveriam ser indenizadas.

O dano à vida de relações abriu espaços para diversas discussões na doutrina italiana no âmbito da responsabilidade civil, de forma que, em 1986, através da sentença 184 da Corte Constitucional Italiana, foi reconhecia uma nova modalidade de dano denominada dano biológico[44].

Essa espécie danosa caracterizava-se pela possibilidade de indenização por dano à saúde da pessoa, não havendo necessidade tanto de comprovação de prejuízo patrimonial, quanto da lesão ser tipificada no Código Penal Italiano vigente na época, classificando-se assim essa modalidade de dano como imaterial[45].

A sentença reconheceu o dano biológico fundamentando em três argumentos principais, sendo eles (i) o art. 2.043 do Código Civil Italiano[46], como sendo uma norma em branco. Isso porque em sua redação não são especificados quais são os bens jurídicos tutelados, sendo assim classificado como uma norma secundária, ou seja, que dependente de outra para sua efetiva aplicação. (ii) o artigo 32 da Constituição Federal Italiana, que dispõe que "A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade", integrando-se ao mencionado artigo 2.043 do Código Civil Italiano, de forma que autoriza a pretensão indenizatória. E (iii), o dano biológico não se caracterizando como uma modalidade

---

44 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, RDPriv, v. 6, n. 24, p. 21-53, out. /dez. 2005. p. 37. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em 22 de maio. 2018.

45 *Idem.*

46 Art. 2.043. "Qualquer fato doloso ou culposo, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano". *Cf*. ITALIA. *Il Codice Civile Italiano*. 4 abr. 1942.

de dano moral mesmo que classificado como uma espécie de dano imaterial/extrapatrimonial[47].

Dessa forma, a principal mudança inovadora no ordenamento jurídico italiano foi o reconhecimento de que não só os danos patrimoniais seriam passíveis de indenizações, mas também os danos unicamente imateriais, de forma que a norma constitucional deveria ser respeitada e, como a Constituição Federal trazia o direito à saúde como direito fundamental, o mesmo seria indenizável em caso de violação, assim como todos os direitos de interesse da pessoa, abrindo-se o caminho para a tutela da dignidade da pessoa humana em sua plenitude de reconhecimento[48].

Dessa maneira, tanto a doutrina como a jurisprudência italiana estavam convencidas de que um dano a qualquer direito fundamental da pessoa, e não somente ao direito à saúde (dano biológico), afronta à dignidade do ser humano, devendo, por isso, ser objeto de ampla tutela e pronta indenização[48].

Consequentemente, a lesão aos direitos fundamentais e personalíssimos passou a ser entendida como uma lesão à própria existência da vítima. Passou-se a ser configurando o dano existencial, de forma que, a dignidade dos seres humanos deveria ser passível de total proteção, sendo assim, tutelada na esfera da responsabilidade civil também.

Essa proteção estava devidamente positivada no artigo 2º da Constituição Italiana, da seguinte maneira[49]:

> A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

---

47 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, RDPriv, v. 6, n. 24, p. 21-53, out. /dez. 2005. p. 37. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em 22 de maio. 2018. 48 *Ibidem.* p. 39

48 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, RDPriv, v. 6, n. 24, p. 21-53, out. /dez. 2005. p. 41. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em 22 de maio. 2018.

49 Constituição Italiana. Disponível em: http://www.casacultureivrea.it/costituzione/portoghese.pdf. Acesso em: 22 de maio. 2018.

A partir desse novo entendimento, a Corte de Cassação Italiana proferiu a sentença 500, de 22/07/1999 (*Sezione Unite*), que passou a admitir a reparabilidade do dano causado a um interesse legítimo. Essa sentença baseou-se na demonstração de dois elementos da responsabilidade civil, sendo eles (i) a injustiça do dano, e (ii) a lesão a uma posição constitucionalmente garantida[50].

Por fim, em 07/06/2000, a Corte de Cassação Italiana estabeleceu o reconhecimento do ressarcimento do dano existencial através da sentença 7.713, finalizando todo o processo de evolução a proteção da dignidade humana discutido nas sentenças 184, de 1986, da Corte Constitucional e a sentença 500, de 1999, proferida pela Corte de Cassação[51].

3.2 Reconhecimento no Direito estrangeiro

Como mencionado anteriormente, o dano existencial já é reconhecido internacionalmente, servindo de base e guia para o entendimento atual adotado no Brasil.

No Direito francês, essa espécie de dano é conhecida como *préjudice d'agrément*. Para a sua aplicação é necessária a comparação entre as atividades realizadas pelas vítimas anteriormente ao dano, e as atividades realizadas posteriormente, havendo análise de um perito médico comprovando a impossibilidade de realização dessas atividades em virtude do dano físico ou psicológico[52].

No ordenamento francês, o préjudice d'agrément é definido como "l'ensemble des souffrances, gênes et frustrations ressenties dans tous les aspects de l'existence quotidienne. La privation de tous les agréments d'une vie normale", ou

---

50 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, RDPriv, v. 6, n. 24, p. 21-53, out. /dez. 2005. **p. 43.** Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em 22 de maio. 2018.

51 Idem.

52 LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014. p. 294. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77311. Acesso em: 23 de maio. 2018.

seja, caracteriza-se por todos os sofrimentos, aborrecimentos e frustrações sentidas em todos os aspectos da vida cotidiana. Seria a privação de todas as comodidades de uma vida normal causada por um dano[53].

Já na esfera Alemã, a jurisprudência tem entendimento que o dano existencial não é ligando em sua totalidade à saúde das vítimas, como no dano biológico italiano. Alguns exemplos de julgados são quanto à lesão ao planejamento familiar, à liberdade de informação, à liberdade religiosa, ao direito de férias. Ou seja, os direitos personalíssimos aqui possuem uma proteção mais rigorosa, não priorizando apenas a integridade física da vítima[54].

No Reino Unido, a nomenclatura do dano existencial é diferente. Nessa localidade, essa modalidade de dano é conhecida como loss of amenities of life ou loss of joyment of life, ou seja, poderia ser definido como a perca do ânimo de viver. Antes de sofrer o dano as pessoas apreciavam e vivam a vida de uma maneira, mas posteriormente à lesão, essa visão foi alterada negativamente, de forma que não mais possuem essa mesma participação em suas atividades[55].

Em contrapartida, nos Estados Unidos o dano existencial pode ser abordado entre as categorias non pecuniary loss e pain and suffering. Essa modalidade de dano no ordenamento norte americano é dividida em algumas classes, como por exemplo loss of faculty, loss of capacity, loss of amenities. Todas essas nomenclaturas objetivam a proteção da capacidade de aproveitar as atividades normais e as funções da vida.

> Percebe-se, portanto, a partir da definição desses termos no Direito da Commom Law, que o dano existencial também é tutelado juridicamente nesses países, visto que a significação desses termos encontra-se em plena sintonia com a definição

[53] PASQUINELLI, Enrico. Danno esistenziale, in Persona e danno. vol. I, coordenado por Paolo Cendon, Milano: Giuffrè, 2004, p. 131-258. *Apud*. LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014. p. 294. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77311. Acesso em: 23 de maio. 2018.

[54] LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014. p. 294. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77311. Acesso em: 23 de maio. 2018.

[55] Idem.

> do dano existencial, que é a impossibilidade permanente ou temporária de continuar com sua rotina, seus afazeres, de gozar de seus prazeres[56].

Em Portugal, o Poder Judiciário, no processo 1152/04-2[57], já em recurso de apelação, o Tribunal da Relação de Guimarães, de modo unânime, deferiu dano existencial e psíquico a um jovem em função de os efeitos psicofísicos causados por um acidente de trânsito que ocasionou ao recorrido, a dificuldade tanto de "lidar com a sua atual incapacidade", quanto de "realização" [58].

Isso porque, em virtude da sua condição de "portador de grande incapacidade, em todas as vertentes das respectivas relações sociais, para futuro", empecilho à expressão "força vital orientada para a realização do eu", que inviabiliza o apelado "de se tornar protagonista da sua própria existência", tendo tal acidente provocado sua "incapacidade permanente e parcial para o trabalho" de 50%.

Portanto, nota-se que em diversos países a aplicação do dano existencial pode variar conforme o entendimento da doutrina e da jurisprudência aplicáveis naquela localidade, assim como ocorre no Brasil, assunto esse que será analisado no próximo tópico.

3.3 O dano existencial no Direito brasileiro

A aplicação dessa modalidade danosa no Brasil possui forte influência do ordenamento jurídico italiano de forma que, buscando a proteção integral das

[56] FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 14, n. 54, p.11-43, abr./jun. 2013. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77680. Acesso em 30 de maio. 2018.

[57] PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23.05.2004 (Processo n. 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23.05.2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument&Highlight=0,1152%2F04-2>. Acesso em: 25 de maio. 2018.

[58] FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Escola de Magistratura da 15ª Região, Campinas, v. 6, n. 5, p. 167-182, set. 2010. p. 169. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37417>. Acesso em: 25 de maio. 2018

normas constitucionais, visase dar maior amparo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em âmbito nacional, o dano existencial ainda é pouco aplicado nas decisões, além disso, seu maior índice de reconhecimento acontece na esfera trabalhista. Em virtude da sua tímida presença no ordenamento jurídico brasileiro, existem dois pontos de divergência principais que acarretam em uma insegurança jurídica em relação ao tema.

O primeiro ponto versa sobre a classificação do dano existencial. Alguns doutrinadores e juristas o consideram como uma espécie autônoma de dano extrapatrimonial, sendo esse entendimento fundamentado no fato de que os pressupostos e a comprovação do dano existencial ocorrem de maneira diferente das outras modalidades de dano.

É como foi defendido em Acórdão do TST[5962]:

[59] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 13924220145120028, RECURSO DE REVISTA - DANO EXISTENCIAL - DANO À PERSONALIDADE QUE IMPLICA PREJUÍZO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA - NÃO DECORRÊNCIA IMEDIATA DA PRESTAÇÃO DE SOBREJORNADA - NÃO CARACTERIZAÇÃO. O dano existencial é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que se apresenta como aprimoramento da teoria da responsabilidade civil, vislumbrando uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral. Nesse sentido, o conceito de projeto de vida e a concepção de lesões que atingem o projeto de vida passam a fazer parte da noção de dano existencial, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No âmbito da doutrina justrabalhista, o conceito tem sido absorvido e ressignificado para o contexto das relações de trabalho como representativo das violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou porventura danos morais ao trabalhador, igualmente, danos ao seu projeto de vida ou à chamada "vida de relações". Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de forma peculiar e independente. No caso concreto, a Corte regional entendeu que não restou demonstrado o dano existencial, não podendo haver um corolário lógico de que a jornada prolongada em alguns dias causou efetivo prejuízo às relações sociais ou ao projeto de vida do trabalhador. Logo, conforme decidido pelo Tribunal Regional, o dano existencial não pode ser reconhecido à míngua de prova específica do efetivo prejuízo pessoal, social ou familiar. Nessa situação, vale ressaltar, é inviável a presunção de que, no caso dos autos, o dano existencial efetivamente aconteceu, em face da ausência de provas neste sentido. Embora a possibilidade, abstratamente, exista, é necessário que ela seja constatada no caso concreto para que sobre o indivíduo recaia a reparação almejada. Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovados, in re ipsa, a dor e o

> Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de forma peculiar e independente. (grifo nosso).
>
> (TST – RR, 13924220145120028, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 26/08/2015, 7 ª Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2015).

Assim também é o entendimento de Flaviana Rampozzo Soares[60]:

> O dano existencial existe como espécie de dano imaterial, independente das outras espécies de danos imateriais, tais como o dano biológico e o dano moral. O dano existencial possui características próprias e incide nas mais diversas áreas do direito, conforme demonstraram os exemplos tratados no decorrer deste texto. Pode ser um dano individual ou coletivo; pode decorrer de conduta relativa à responsabilidade objetiva ou subjetiva, de fonte contratual ou extracontratual.
>
> Tanto a demonstração quanto a comprovação e a fixação da indenização por dano existencial possuem características peculiares, diferentes dos demais danos imateriais, que reforçam a sua autonomia. (grifo nosso).

Essa discussão tem muita importância visto que, o reconhecimento desse dano como uma espécie autônoma extrapatrimonial, pode acarretar como consequência, a cumulação com outros tipos de dano, como o moral ou patrimonial,

---

dano à sua personalidade. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação de horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. Recurso de revista não conhecido. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 26/08/2015, 7 ª Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2015.

60 SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. Revista da AJURIS. v. 39, n. 127. setembro 2012. Disponível em http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/765/459. Acesso em: 28 de maio. 2018.

assim como ocorre entre o dano estético e o dano moral [61], de forma que a indenização se torne mais justa à vítima.

Em contrapartida, outros doutrinadores e juristas consideram o dano existencial como uma espécie do dano moral, e não como uma modalidade autônoma. Além de, em alguns casos, adotando-se a mesma nomenclatura de dano moral, o dano existencial é reconhecido, como por exemplo, na seguinte ementa[62]:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. Olfato. Paladar. Indenização. A perda do olfato e do paladar é causa de incapacidade que atinge gravemente a pessoa, prejudica sua vida de relação, impede-a de usufruir de alguns prazeres da vida e mesmo prejudica a defesa da sua saúde, o que exige indenização compatível. Recurso conhecido e provido em parte para deferir verba indenizatória equivalente a 400 salários mínimos. (grifo nosso)

O segundo ponto de divergência na doutrina e jurisprudência brasileira no que tange a aplicabilidade do dano existencial, é o que trata da materialidade de sua comprovação, entendendo-a como objetiva ou subjetiva. Contudo, a esfera trabalhista vem se posicionado pela não existência de presunção nessa modalidade danosa, de forma que há a necessidade de comprovação do dano, como nos seguintes julgados:

> Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovado, *in re ipsa*, a dor e o dano a sua personalidade. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação em horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. (grifo meu)
>
> (TST – RR, 13924220145120028, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento:

[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 29 de maio. 2018.

[62] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 404706. SP 2002/0003753-9, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Data de Julgamento: 27/06/2002, 4ª Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 02/09/2002.

> 26/08/2015, 7 ª Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2015.) [63]
>
> RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE, NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. [...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. DANO
>
> EXISTENCIAL. O trabalho em sobrejornada, com o uso de aparelho celular, e plantão, **por si só, não conduz à conclusão de que o empregado tenha sofrido dano existencial, de modo que o reclamante não demonstra violação ao art. 5º, V e X, da Constituição Federal**. [...] Recurso de revista não conhecido. [...]. (TST – RR, 2289520145090005. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 21/10/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015.) [64]

Acredita-se que, para a averiguação da subjetividade ou objetividade da responsabilidade, é necessário avaliar o tipo do dano. Em caso de dano-evento, aquele que ocorre de forma direta, como por exemplo, em casos de amputação de um membro de algum empregado em acidente de trabalho, a sua comprovação é

---

[63] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista,13924220145120028. RECURSO DE REVISTA - DANO EXISTENCIAL - DANO À PERSONALIDADE QUE IMPLICA PREJUÍZO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA - NÃO DECORRÊNCIA IMEDIATA DA PRESTAÇÃO DE SOBREJORNADA - NÃO CARACTERIZAÇÃO. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 26/08/2015, 7 ª Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2015.

[64] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. 2289520145090005, RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE, NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. NULIDADE DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. POLÍTICA DE ORIENTAÇÃO DE MELHORIA. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS PELO EMPREGADOR PARA A DISPENSA. Diante da premissa de que "toda e qualquer demissão deverá estar baseada na completa aplicação do processo de Orientação para Melhoria" e que tal programa deveria ser obrigatoriamente atendido antes de proceder à dispensa de seus empregados, bem como que referida norma aderiu ao contrato de trabalho do autor, a demissão sem a observância das regras criadas pela própria empresa torna nula a dispensa, resultando na reintegração do empregado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. DANO EXISTENCIAL. O trabalho em sobrejornada, com o uso de aparelho celular, e plantão, por si só, não conduz à conclusão de que o empregado tenha sofrido dano existencial, de modo que o reclamante não demonstra violação ao art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Ademais, os arestos trazidos a cotejo tratam de dano existencial decorrente de jornada extenuante, o que não se coaduna com a tese lançada na decisão recorrida, a atrair a aplicação do art. 896, § 8º, da CLT. Recurso de revista não conhecido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA INDENIZAÇÃO PELA POLÍTICA DE MELHORIA. Diante do provimento conferido ao recurso de revista do reclamante, resta prejudicado o recurso de revista da reclamada, no tema. Recurso de revista não conhecido. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 21/10/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015.

imediata, ou seja, não há que se falar aqui em produção de provas uma vez que a mesma já é bastante evidente.

Já nos casos de dano-consequência ou dano-prejuízo, a lesão seria abordada de forma indireta, de forma que, pela amputação, a pessoa não mais pudesse realizar todas as atividades que realizava antes, ou seja, além da perda do membro, há que se tratar da perda da qualidade de vida como um todo da vítima. Nesse caso, será necessária a comprovação da lesão e de que forma ocorreram os impactos na vida do indivíduo.

Contudo, em alguns casos, a relação entre o nexo de causalidade da conduta danosa e a prova da materialidade existencial pode ser muito difícil de ser comprovada, em virtude de se tratar aqui de seres humanos. Ora, em alguns casos a mudança de vida ocorrida para uma pessoa pode não ter tanta influência quando ocorrida para outro indivíduo. Portanto, acreditase que a presunção ou a necessidade de comprovação do prejuízo deverá variar de caso a caso, sendo o dano existencial ponderado conforme a circunstâncias do caso concreto.

De acordo com Hidemberg Frota, o dano existencial possui dois elementos principais, além daqueles previstos em qualquer modalidade de dano (ato ilícito, nexo causal e prejuízo), sendo eles (i) dano ao projeto de vida e (ii) dano à vida de relação.

Assim é afirmado em alguns casos da jurisprudência brasileira:

> Tenho que, além dos danos morais puros, o autor sofreu graves danos existenciais, **pois sua vida mudou de curso, para pior**, desde o longínquo março de 1970. Desde então **nunca mais conseguiu levar uma existência normal**. Libertado do cárcere em 1972, continua ele preso ao seu passado. b. Além disso, **teve arruinado seu projeto de vida**. Talvez o destino não lhe reservasse destaques em áreas glamorosas. Mas ao menos poderia ele tentar levar a sério as promessas constantes da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776: "Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade". **Essa tentativa de busca da felicidade**

> **é que restou extremamente prejudicada ao longo da vida do autor. E é isso que se busca, aqui, remediar**. (grifo meu).
>
> (TJRS – AC: 70058189457 RS. Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 26/03/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/04/2014). [65]
>
> Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilício, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações [...]. Já no presente caso, como registrado, o reclamante – também trabalhador externo - laborava 14 horas de segunda a domingo e gozava apenas 2 folgas mensais, configurando, assim, o dano existencial. (grifo meu) (TST – RR: 1547001020105230036. Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 29/04/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015).[66]

O primeiro, dano ao projeto de vida, versa sobre o dano em objetivos e ideias que dão sentido à vida daquela pessoa, ou seja, trata da sua auto realização e do seu ânimo para viver, como explica Júlio César Bebber[67]:

> Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou prejudice d'agrément — perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perda a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela

---

65 BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. AC: 70058189457 RS. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PRISÃO POLÍTICA ILEGAL, SEVÍCIAS E TORTURA. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. IMPRESCRITIBILIDADE DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DOS DANOS A DIREITOS DA PERSONALIDADE OCORRIDOS DURANTE O REGIME MILITAR. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANOS MORAIS. DANOS EXISTENCIAIS. DANOS AO PROJETO DE VIDA. QUANTUM. NECESSIDADE DE SE COMPENSAR ADEQUADAMENTE OS GRAVES DANOS SOFRIDOS PELO AUTOR. PRECEDENTE. Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 26/03/2014, Nona Câmara Cível, Data De Publicação: Diário Da Justiça Do Dia 10/04/2014.

66 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: 1547001020105230036. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INTERVALOS INTER E INTRAJORNADA. TRABALHADOR EXTERNO. CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO. RASTREAMENTO VIA SATÉLITE. POSSIBILIDADE. Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 29/04/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015).

67 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28. *Apud* FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214, 2010. Revista da EJUSE, Aracaju, n. 18, p. 181-197, 2013. p. 3. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37603. Acesso em: 27 de maio. 2018.

> pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignarse com o seu futuro é chamado de dano existencial.

Raquel Portugal Nunes acrescenta[68]:

> O dano ao projeto de vida refere-se às alterações de caráter não pecuniária nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre suas liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida.

Já o segundo, dano a vida de relação, abordará questões relativas ao dano de relações interpessoais, seja em relações familiares, afetivas ou sociais de forma geral. É como explica Hidemberg[69]:

> [...] a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades,

[68] NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 166. *Apud* FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214, 2010. Revista da EJUSE, Aracaju, n. 18, p. 181-197, 2013. p. 3. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37603. Acesso em: 27 de maio. 2018.

[69] *Idem.*

> comportamentos, culturas e valores ínsita à humanidade. Flaviana Rampazzo Soares explica[70]:
>
> O dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração substancial nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc. Abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente — temporária ou permanentemente — sobre a sua existência.
>
> [...] O dano existencial materializa-se como uma renúncia involuntária ás atividades cotidianas de qualquer gênero, em comprometimento das próprias esferas de desenvolvimento pessoal.
>
> [...] O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito á serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou de lazer, etc.
>
> [...] É afetado pelo dano existencial aquele que é injustamente privado de sua liberdade, privação essa que pudesse [sic] ter ceifado a possibilidade de convívio familiar, durante alguns meses, tempo esse precioso, principalmente, considerando a eventualidade de um familiar próximo dessa pessoa estar doente, com risco de morte e, ainda, sem ter condições de compartilhar de confraternizações, de ir ao cinema, de participar de atividades religiosas, acadêmicas, etc.
>
> [...] Os sacrifícios, as renúncias, a abnegação, a clausura, o exílio, o prejuízo do cotidiano, uma interação menos rica do lesado com as outras pessoas, coisas e interesses, provisórias ou definitivas, todos esses elementos constituem dano existencial.

Dessa forma, o dano existencial não trata de uma mera lesão que dura dois ou três dias na vida da vítima, trata-se de dano que deve ser qualitativa ou quantitativamente relevante juridicamente para que seja concedido[71]. O dano

---

70 SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44, 46-47. *Apud*. FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214, 2010. Revista da EJUSE, Aracaju, n. 18, p. 181-197, 2013. p. 3. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37603. Acesso em: 27 de maio. 2018.

71 SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero "danos imateriais". Revista da AJURIS. v. 39, n. 127. setembro

existencial será, portanto, uma alteração negativa injusta na vida da pessoa, de forma que altera sua rotina, hábitos e costumes[72].

3.4 A previsão legal do dano existencial no Brasil

Como mencionado anteriormente, os artigos 1º, III[73], e 5º, V e X[74], da Constituição Federal regulamentam a possibilidade da reparação por danos extrapatrimoniais, incluindo-se o dano existencial, até mesmo autonomamente. Isso se deve ao fato de que, mesmo que a Constituição não mencione expressamente todas as modalidades de dano existentes, não pode ser esse considerado um motivo pelo qual o dano existencial não possua fundamento jurídico nos mesmos artigos também.

Ocorre que não é só a Constituição Federal que viabiliza essa reparação. O Código Civil também abre a possibilidade de indenização por dano existencial em seus artigos 12, caput, onde "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.", artigo 186, em que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.", nesse caso, o ato ilícito será a lesão propriamente dita, o dano e a posterior alteração na vida da vítima.

2012. Disponível em http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/765/459. Acesso em: 28 de maio. 2018.

72 FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 14, n. 54, p.11-43, abr./jun. 2013. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77680. Acesso em 30 de maio. 2018.

73 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] III - a dignidade da pessoa humana. *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

74 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...]X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Além desses, há também o artigo 927, em que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.", e no artigo 949, "No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido".

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, um ato doloso ou culposo, que cause mudança significativa na vida de uma pessoa, de forma que o ânimo de vida ou as atividades por ele executadas visando o projeto de vida desse indivíduo são alterados negativamente, podendo causar inclusive impacto em sua fica econômica e financeira, deverá ser indenizado pelo instituto do dano existencial[75].

3.5 Dano existencial e dano moral

É sabido que o dano existencial possui características próprias que o diferem das demais categorias de danos, como por exemplo, o dano biológico e o dano moral. Em relação a esse último, o confronto deve ser analisado sob uma ótica especial, uma vez que, por possuírem algumas similitudes, podem acabar sendo confundidos no momento de sua aplicação.

Em um primeiro momento, é necessário deixar claro que, nos termos da Constituição Federal, em seu artigo 5º, V, é afirmado que "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Aqui, não está mencionado nenhuma outra espécie de ano a não ser o material, moral ou à imagem. Ocorre que, como é de entendimento pacífico entre a doutrina e a jurisprudência, já existem consolidadas as espécies "dano in ricochete", "perda de uma chance" ou "dano estético".

Essas modalidades danosas não estão elencadas no supracitado artigo, contudo, são aplicáveis da mesma forma. Portanto, a interpretação da norma, ao

75 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, RDPriv, v. 6, n. 24, p. 21-53, out. /dez. 2005. p. 51. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em 22 de maio. 2018.

mencionar dano moral, deve ser entendida de forma extensiva, sendo aplicáveis todas as modalidades de dano, como por exemplo o dano existencial.

Além disso, a recente reforma trabalhista em seu artigo 223-B, dispõe "Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. " Ou seja, está expresso no ordenamento jurídico brasileiro a existência do dano existencial, sendo inclusive postulado de forma autônoma ao dano moral.

Dione Conceição dos Santos, em seu Trabalho de conclusão de Curso, comenta a dificuldade ainda existente quando a diferenciação entre essas modalidades danosas:

> Importa registrar que a imprecisão terminológica do dano moral, conforme já explanado neste trabalho, é a responsável por tal celeuma do que seria exatamente o dano moral. Parte da doutrina permanece por considerar o dano moral que jaz expresso na Constituição como o "dano moral puro" e não como sinônimo de dano extrapatrimonial, o que alimenta os conflitos conceituais sobre a questão do dano moral e sobre a aceitação de novas espécies de dano extrapatrimonial.

O dano existencial diferencia-se do dano moral porque este segundo é o dano extrapatrimonial essencialmente subjetivo, ou seja, é aplicando quando a lesão aborta aspectos do interior da pessoa. Não há que se falar aqui em alteração na vida cotidiana do indivíduo.

Trata-se de um dano à própria moral do indivíduo, seja no caso de ofensa à sua honra objetiva ou à sua honra subjetiva, é um dano ligado à forma de sentir da pessoa. Nesse caso, aborda-se um dano que não envolve aspecto econômico ou patrimonial, atingindo apenas à personalidade da pessoa.

Dessa maneira, o dano moral não abrange a questão da autonomia da vontade do indivíduo lesado, ou seja, não altera a capacidade da pessoa para tomar decisões

e, dessa forma, não atinge o seu dia a dia, sendo esse o principal ponto de divergência entre as duas modalidades danosas[76].

Em contrapartida, o dano existencial é aquele que causa alteração na rotina do indivíduo que sofreu o dano, podendo influenciar na sua capacidade de autodeterminação e nos projetos de vida. Ou seja, nessa espécie de dano, a essência é objetiva. O dano existencial se refere a um fazer, fazer diferente, ou um não mais poder fazer alguma atividade que antes era da rotina da vítima[77].

Flaviana Rampazzo Soares[78] explica:

> Enquanto o dano moral incide sobre o ofendido, de maneira, muitas vezes, simultânea à consumação do ato lesivo, o dano existencial, geralmente, manifestase e é sentido pelo lesado em momento posterior, porque ele é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, sequência essa que só o tempo é capaz de caracterizar.

Portanto, há clara diferenciação entre o dano existencial e o dano moral, de forma que, apesar de ambos incidirem em esferas extrapatrimoniais, é necessário que sejam considerados duas modalidades danosas autônomas, uma vez que o dano existencial se manifesta negativamente contra bens distintos do dano moral, sendo sim uma nova espécie de dano extrapatrimonial. Esse é o entendimento de alguns autores, como por exemplo Flaviana Rampazzo Soares, Amaro Alves de Almeida Neto, Tula Wesendonck, Eugenio Facchini Neto.[79]

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES

4.1 Surgimento no Direito brasileiro

---

76 SOBREIRA, Marcelo José de Araújo Bichara. Responsabilidade civil por dano existencial: uma violação à autonomia privada = Civil liability for existencial damages: a breach to private autonomy. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Privado: RDPriv, São Paulo, v. 17, n. 722, p. 51-71, dez. 2016. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/107050. Acesso em: 30 de maio. 2018.

77 *Idem.*

78 SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

79 SANTOS, Dione Conceição dos. Dano existencial como espécie autônoma de dano extrapatrimonial. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: https://bit.ly/2zqhVcb. Acesso em: 21 setembro. 2018.

Como demonstrado nos capítulos anteriores, o dano moral precisou passar por diversas modificações em seu conceito para que evoluísse e se tornasse o que é defendido pela doutrina e jurisprudência atual. Porém, esse instituto não foi o único que precisou de mudanças para que atendesse com maior amplitude o princípio da dignidade humana.

A proteção da dignidade, especificamente a da mulher, passou por uma enorme evolução legislativa nas últimas décadas no Direito brasileiro e internacional, a fim de trazer maior valorização da vítima, principalmente em processos criminais. [80]

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogerio Schietti Cruz, expõe a necessidade de um maior cuidado para com as vítimas desse tipo de violência[81]:

> As dores sofridas historicamente pela mulher vítima de violência doméstica são incalculáveis e certamente são apropriadas em grau e amplitude diferentes. Sem embargo, é impositivo, posto que insuficiente, reconhecer a existência dessas dores, suas causas e consequências. É preciso compreender que defender a liberdade humana, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, também consiste em refutar, com veemência, a violência contra as mulheres, defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou minimizem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

A sociedade brasileira sempre possuiu uma visão majoritariamente machista quanto ao papel da mulher em casa, no trabalho e até nos momentos de lazer. Essa cultura enraizada é o principal motivo da dificuldade em conquistar igualdade entre os gêneros que, em muitos casos, a mulher ainda é considerada como inferior em relação aos homens. No que tange o avanço dos direitos políticos e civis das

---

80 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1.675.874 - MS (2017/0140304-3). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Terceira Seção. Data de Julgamento: 28/02/2018. Data de publicação: 08/03/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81004803&nu m_registro=201701403043&data=20180308&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 de junho. 2018.

81 Idem.

mulheres no Brasil, é necessário que muitas mudanças ainda sejam feitas para que a mulher tenha sua condição mais respeitada e elevada. Este panorama de desigualdades e excesso de poder dos homens acaba gerando casos de violência doméstica contra a mulher.[82]

Mariana Alvarenga Eghrari Pereira, Coordenadora de Projetos do Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos atenta para a necessidade do alcance de igualdade entre homens e mulheres[83]:

> A persistente negação da igualdade para metade da população do mundo é uma afronta à dignidade humana, e promove atitudes e hábitos destrutivos em homens e mulheres que passam pela família, local de trabalho, vida política e, em última análise, para as esferas das relações internacionais. Não existe nenhuma base moral, biológica ou tradicional que justifique a desigualdade. O clima moral e psicológico necessário para capacitar nossa nação a estabelecer a justiça social e contribuir para a paz global será somente criado quando as mulheres alcançarem completa parceria com os homens em todos os empreendimentos.

A violência doméstica ocorre em todas as classes sociais, independente de raça, etnia, religião ou idade, motivo pelo qual ainda há considerável dificuldade em efetivação dos direitos humanos para mulheres. Esse tipo de violência atinge também seus filhos, famílias e os próprios agressores. É considerada uma das piores maneiras de violação de direitos humanos, uma vez que acaba com a vontade de usufruir de liberdades fundamentais para si mesmas, afetando principalmente a dignidade e autoestima da vítima.[84]

A Convenção de Belém do Pará define violência contra a mulher como[85]:

---

[82] Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos. Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Seminário de Capacitação para juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Disponível em http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

[83] Idem.

[84] Idem.

[85] Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Convenção de Belém do Pará. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

> Qualquer ato de violência baseado em gênero que resulte ou tenha probabilidade de resultar em dano físico, sexual ou mental, ou que possa causar sofrimento à mulher. Inclui a ameaça de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, seja na vida pública ou na vida privada.
>
> Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:
>
> a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
>
> b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
>
> c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Já a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em seu artigo 1º, define a discriminação contra a mulher como[86]:

> [...] toda distinção baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil.

A evolução das inovações legislativas no Brasil foi impulsionada principalmente por movimentos feministas que, desde a década de 70, já se encontravam indignados com a desigualmente entre os gêneros.

Diante do cenário de indignação, o Brasil participou de várias conferências e convenções da ONU, visando de alguma maneira, assegurar Direitos humanos fundamentais, ainda sem destaque ao âmbito feminino. Dentre os principais eventos

86 Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

é possível destacar a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966, ratificado em 1992).[87]

Ao se tratar de conferências específicas sobre os Direitos humanos das mulheres, podemos destacar a participação do Brasil na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção Belém do Pará (1994, ratificada em 1995), que determina a violência contra as mulheres como violação de direitos humanos e manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.[88]

Ademais, participou na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), com tema central "Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz", na China. Essa plataforma, Ação de Pequim, afirma os direitos das mulheres como direitos humanos e comprometidos com ações específicas para garantir o respeito a esses direitos.[92] Além disso, participou também do Protocolo Facultativo CEDAW (1999, ratificado em 2001), considerada a carta de direitos humanos das mulheres, com força de lei no marco legal brasileiro.[89]

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, também chamada de Convenção da Mulher ou Convenção CEDAW, foi o primeiro tratado internacional que dispôs amplamente sobre os direitos humanos da mulher. Esse tratado traz duas propostas principais, sendo elas: (i) promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e (ii) reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados membros.[90]

---

87 AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer, NOGUEIRA, Conceição. Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública. Saúde e Sociedade 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

88 ONU Mulheres. Sobre a ONU Mulheres. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobrea-onu-mulheres/. Acesso em: 02 de agosto. 2018. 92 *Idem.*

89 *Idem.*

90 Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos. Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Seminário de Capacitação para juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Disponível em

A adoção dessa convenção foi o principal marco de várias tentativas internacionais que buscavam proteger e promover os direitos das mulheres. A CEDAW tornou-se possível depois de algumas iniciativas tomadas dentro da Comissão de Status da Mulher (CSW, sigla em inglês) da ONU, criada dentro do sistema das Nações Unidas, em 1946, buscando analisar e criar recomendações de formulações de políticas públicas a todos que participavam da convenção.[91]

Tendo como base esses pactos internacionais, o Brasil começou a construir meios de proteção às mulheres em seu próprio ordenamento também, como foi o caso de criação das delegacias especializadas no atendimento à mulher (DEAM)[92]. Essa inovação foi exclusivamente brasileira, ocorrida na cidade de São Paulo, em 1985, seguida por vários Estados brasileiros.[93]

Outro meio buscado no ordenamento jurídico brasileiro visando a proteção das mulheres foi a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIMs), aparados pela Lei n. 9.099/1995, contudo, em um primeiro plano, esse recurso não trazia soluções eficazes uma vez que a violência doméstica sofrida pelas mulheres era tratada como um mero crime de menor potencial ofensivo.[94]

Todavia, em 2003, foi realizada a criação da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres (SPM). Após a criação dessa secretaria, as ações relativas à violência contra as mulheres passaram a ter maior investimento causando a criação de novos

---

http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

91 *Idem.*

92 A primeira delegacia especializada no atendimento à mulheres foi criada pelo atual Presidente interino Michel Temer em 06 de agosto de 1985, na época Secretário de Segurança Pública de São Paulo. Michel Temer inaugurou a Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) no dia 6 de agosto de 1985. "Um dia recebi um grupo de mulheres, que reclamavam dos maus atendimentos nas delegacias. Eu havia acabado de criar a Delegacia de Proteção dos Direitos Autorais. Naquele momento me ocorreu de criar uma delegacia com mulheres", relembrou Temer. Disponível em: http://www2.planalto.gov.br/vice-presidencia/vice-presidente/noticias/noticias-do-vice/2015/michel-temer-30-anos-da-delegacia-da-mulher-no-brasil. Acesso em 02 de agosto. 2018.

93 Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos. Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Seminário de Capacitação para juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Disponível em http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

94 *Idem.*

serviços, como por exemplo os Centros de Referência, as Defensorias da Mulher, o Disque 180.

Em março de 2004, o anteprojeto realizado pelas Organizações Não-Governamentais Feministas Advocacy, Agende, Themis, Cladem/Ipê, Cepia e Cfemea, versando sobre elaboração de lei especifica relativa a violência contra a mulher, foi apresentado à Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República – SPM. A secretaria então instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial para a elaboração de um Projeto de Lei versando sobre formas de combate e prevenção à violência doméstica contra as mulheres[95], o Decreto 5.030, de 31 de março de 2004.

Depois de consultar representantes da sociedade civil, operadores do direito e servidores da segurança pública e demais representantes de entidades envolvidas na temática do combate à violência doméstica contra mulheres, através de debates e seminários, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei sob o n. 4.559/2004. Em sede de Câmara dos Deputados, o projeto original acabou sendo alterado por meio de amplos debates e de audiências públicas.[96]

O então projeto e suas respectivas alterações na Câmara e no Senado culminaram na Lei 11.340, sancionada pelo Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva e publicada em 7 de agosto de 2006, com a famosa denominação Lei "Maria da Penha"[97], que será abordada com maior profundidade nos próximos tópicos**.**

4.2 Princípios Constitucionais de fundamento

Alguns dias após a publicação da Lei Maria da Penha, a jurisprudência ainda não se encontrava pacificada quanto a interpretação de Juízes nos artigos da referida

95 Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Breve Histórico. Disponível em: http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha/breve-historico. Acesso em 03 de agosto. 2018.

96 Idem.

97 Idem.

Lei. Devido a essa instabilidade jurídica, foram propostas duas ações de controle concentrado de constitucionalidade – Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424, julgadas em 9 de fevereiro de 2012.[98]

No julgamento da ADC 19 o ministro Marco Aurélio salientou que a lei[99]:

> Retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, proteção e justiça.

O ministro Luiz Fux disse que a lei está em total conformidade com a proteção que cabe ao Estado dar a cada membro da família, de acordo com o § 8º do artigo 226 da Constituição Federal[100]. O ministro Gilmar Mendes aduziu que o próprio princípio da igualdade contém uma proibição de discriminar e impõe ao legislador a proteção da pessoa mais frágil. De acordo com Gilmar Mendes, "não há inconstitucionalidade em legislação que dá proteção ao menor, ao adolescente, ao idoso e à mulher". [101]

Consoante mencionado acima, é possível inferir que a proteção da mulher no âmbito doméstico é fundamentada em diversos princípios constitucionais. A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã apresenta alguns dos princípios que se tornam fundamentos para o combate desse tipo de violência. O art. 6º da Lei n. 11.340/2006[102] menciona que "a violência doméstica e familiar

98 Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Jurisprudência do STF é destaque nos 10 anos da Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=322468. Acesso em: 03 de agosto. 2018.

99 Idem.

100 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. In. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

101 Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Jurisprudência do STF é destaque nos 10 anos da Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=322468. Acesso em: 03 de agosto. 2018.

102 In. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos". Dessa forma, fica claro o dever do Estado em agir para a proteção da mulher. [103]

Dentre os fundamentos existentes na CF/88, acredita-se que, em se tratando de violência doméstica, o princípio mais evidente seja o da Dignidade da Pessoa Humana. Como abordado em capítulos anteriores, esse princípio deve ter sua aplicação de maneira direta, imediata e sob todas as esferas jurídicas.

Ao realizar algum tipo de agressão, seja ela física ou psicológica, o autor estará, sem nenhuma dúvida, violando a dignidade da vítima. Dessa forma, deverá ser realizado o papel do Estado em proteção a essa mulher, uma vez que o Princípio da Dignidade Humana deve ter sua aplicação eficaz em todas as suas incidências, por ser um dos principais pilares da atual Constituição.

No julgamento da ADI 4424, o Ministro Marco Aurélio salienta[104]:

> No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III –, o direito fundamental de igualdade – art. 5º, I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. (grifo nosso).

Além da Dignidade Humana, como mencionado na decisão do STF, outro princípio constitucional que é violado em casos de violência doméstica é o da Igualdade ou também chamado Isonomia. A CF/88, ao assegurar a igualdade entre

---

[103] "Os direitos fundamentais possuem caracteres comuns: inviolabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, irrenunciáveis.". ZISMAN, Célia Rosenthal. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 96. ano 24. p. 135. São Paulo: Ed. RT, jul-ago. 2016 apud. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 435.

[104] ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012, P, DJE de 01/08/2014. ARE 773.765 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 03/04/2014, P, DJE de 28/04/2014, Tema 713.

homens e mulheres[105], acabou fazendo com que a violência no âmbito das relações familiares fosse coibida de forma mais ampla, impondo ao Estado a necessidade de proteger os direitos das mulheres da mesma forma que os dos homens.

A Doutora em Direito Penal Alice Bianchini comenta[106]:

> Os direitos das mulheres são indissociáveis dos direitos humanos: não há que se falar em garantia universal de direitos sem que as mulheres, enquanto humanas e cidadãs, tenham seus direitos específicos respeitados. Tal afirmação é corolário do princípio da igualdade, que determina não poder a Lei fazer qualquer distinção entre indivíduos, o que inclui a distinção entre os sexos ou entre os gêneros.

A Exposição de Motivos da Lei 11.340/2006, em seu item 12, também menciona o princípio da igualdade[107]:

> É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica. Não haverá democracia efetiva e igualdade real enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado. Os direitos à vida, à saúde e à integridade física das mulheres são violados quando um membro da família tira vantagem de sua força física ou posição de autoridade para infligir maus-tratos físicos, sexuais, morais e psicológicos.

No tocante aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o ministro Marco Aurélio defende[108]:

> Sob o ângulo constitucional explícito, tem-se como dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar

[105] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. In. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

[106] BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

[107] BRASIL. Exposição de Motivos da Lei 11.340/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm. Acesso em: 21 de agosto. 2018.

[108] ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012, P, DJE de 01/08/2014. ARE 773.765 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 03/04/2014, P, DJE de 28/04/2014, Tema 713.

> a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. (grifo nosso).

4.3 Legislação e medidas aplicáveis

No Brasil, existem três fundamentos básicos de ordenamento que servem de núcleos do funcionamento da proteção aos direitos das mulheres. A Constituição Federal de 1988, primeiro deles, apresenta em alguns artigos específicos para o ponto de partida dessa proteção.

Dentre esses artigos, é possível citar dois artigos principais[109]:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
>
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - Garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
>
> Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:
>
> [...]
>
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (grifo nosso)

Em segundo lugar, mas não menos importante, ficam os tratados e convenções internacionais que atuam de forma supralegal[110]. A Convenção CEDAW

[109] . BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

e Convenção de Belém do Pará, internalizadas pelos Decretos n° 4.377/2002 e 1.973/1996 respectivamente, foram de fundamental importância para que o Brasil colocasse em pauta a necessidade de intensificação à proteção dos direitos das mulheres.

É válido mencionar o dispositivo constitucional que autoriza a incorporação de tratados e convenções internacionais no Brasil[111]:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Já em terceiro lugar, a legislação mais influente e relevante no país sobre essa temática é a Lei n. 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. Essa Lei é de suma importância uma vez que é nela que são determinados os tipos de violência, os procedimentos a serem seguidos assim como as medidas de proteção a serem instauradas quando ocorrem agressões contra mulheres no âmbito doméstico e familiar[112].

> Art. 1o Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e

---

110 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "2. Há o caráter especial do PIDCP (art. 11) e da CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da CF/1988, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.". HC 95.967. rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, Data de Julgamento: 11/11/2008, DJe: 28/11/2008.

111 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

112 *In*. BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Disponível em: htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 29 agosto. 2018.

> Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Até do advento da Lei Maria da Penha, a violência contra a mulher era tratada apenas como uma infração de menor potencial ofensivo e era regulamentada pela Lei n. 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais. Conduto, a Lei n. 11.340/2006, determina em seu art. 6º que esse tipo de violência é uma causa de violação de direitos humanos, sendo assim expressamente vedado a aplicação da Lei n. 9.099/1995[113].

A incidência da Lei n. 11.340/2006 tem três pressupostos principais, sendo eles: (i) ação ou omissão baseada no gênero; (ii) no âmbito da unidade doméstica, familiar ou relação de afeto; decorrendo daí (iii) morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. É assim que determina o art. 5º da Lei[118]:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Uma vez presentes esses três requisitos cumulativos, a Lei Maria da Penha poderá ser aplicada no caso concreto. O primeiro passo para o início do procedimento criminal nos casos e violência doméstica é a vítima decidir realizar o

[113] PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 5ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 505.

registro da ocorrência. Em caso de crimes que não precisam de autorização da vítima, é possível que qualquer pessoa faça a comunicação à polícia. Normalmente, o meio mais fácil para essa comunicação é via disque 180.

Esse serviço de atendimento recebeu 72.839 ligações apenas no primeiro semestre deste ano de acordo com os dados divulgados pelo Ministério dos Direitos Humanos (MDH). O balanço engloba violência psicológica, cárcere privado, homicídio e outros crimes[114].

Em muitos casos, para que a mulher vítima desse tipo de violência busque ajuda policial, há uma grande probabilidade de que ela tenha passado por diversos episódios violentos anteriormente até chegar ao seu limite. Por isso, o primeiro contato da mulher vítima com as autoridades competentes é de fundamental importância, sendo necessária a sensibilização de todos os envolvidos para que a mulher não se sinta ainda mais oprimida.

Uma vez realizado o registro da ocorrência, passa-se à análise da situação de fato. Uma das possibilidades é que a situação se encontre em flagrante delito (crime praticado naquele instante ou logo após)[115] e, nessa hipótese, a polícia poderá efetivar a prisão do agressor. Caso isso ocorra, o delegado de polícia arbitrará o valor da fiança e, no prazo de até 24 horas, deverá enviar o procedimento ao Juiz.

É necessário ressaltar que, em caso de registro de ocorrência da violência doméstica, a autoridade policial terá obrigação legal de oferecer à vítima o requerimento de Medida Protetiva de Urgência.

---

114 Governo do Brasil. Ligue 180 recebeu mais de 72 mil denúncias de violência contra mulheres no primeiro semestre. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/08/ligue-180-recebeumais-de-72-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulheres-no-primeiro-semestre. Acesso em: 01 setembro.

115 Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometêla; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. *In*. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 28 agosto. 2018.

As Medidas Protetivas de Urgência podem ser voltadas ao agressor[116]:

> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente;
>
> I - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
>
> II - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
>
> III - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
>
> IV - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Mas também podem ter seu foco principal na própria vítima[117]:

> Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
>
> I - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
>
> II - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
>
> III - determinar a separação de corpos.
>
> Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

---

116 *In.* BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Disponível em htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 29 agosto. 2018.

117 *Idem.*

> IV - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
>
> V - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
>
> VI - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
>
> VII - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

De acordo com a Lei, a autoridade policial deve, no prazo de 48 horas, remeter esse requerimento ao Juiz. Em igual prazo, o Magistrado deverá apresentar decisão de deferimento ou indeferimento do requerimento da medida protetiva de urgência apresentado. Uma vez que essa decisão é publicada, o processo será encaminhado ao Ministério Público que poderá, em casos de indeferimento do pedido, providenciar complementação de provas para a sua adequada decisão de deferimento.

Eventualmente, é possível que o Juiz designe uma audiência de justificação com a presença da vítima, do agressor e de testemunhas. Essa audiência tem como finalidade confirmar sua decisão, uma vez que, ouvindo todas as pessoas envolvidas, o julgador terá melhor visão da situação.

É válido mencionar que essa audiência de justificação de medidas protetivas de urgência não servirá para a confirmação da representação ocorrida na delegacia, ou seja, pela lei, se a vítima representou e não se retratou com o agressor, não será necessária uma nova audiência para confirmar essa representação[118].

Supondo uma decisão que seja favorável, na ordem de proibição do agressor em se aproximar da vítima, em caso de descumprimento por parte do autor das

[118] Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. *In*. BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Disponível em htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 28 agosto. 2018.

agressões, estará configurado um crime de desobediência à ordem de medida protetiva de urgência[119].

Nesses casos, a vítima deverá comunicar o descumprimento à alguma autoridade competente, preferencialmente apresentando provas, como por exemplo, alguma testemunha, *prints* de mensagens de celular, de ligações recebidas etc., que sejam capazes de comprovar o descumprimento da ordem. Uma vez realizada a prova, é possível que o juiz decrete a prisão preventiva[120] do agressor.

Transcorrida toda essa etapa após o registro da ocorrência, será iniciado um processo de investigação criminal, uma vez que, segundo a Lei, é obrigatório a instauração de inquérito policial.

Durante a investigação, normalmente o procedimento será de ouvir a vítima, ouvir o agressor, as eventuais testemunhas dos fatos, além da realização de exames de perícias, usualmente em casos de lesão corporal na vítima. Ao final dessa investigação o Ministério Público deverá oferecer denúncia se estiverem presentes os elementos de prova que justifiquem o início de uma ação penal.

Após a instrução do processo, será apresentada a decisão de condenação ou absolvição pelo Juiz. Em caso de condenação, o processo será encaminhado à fase de execução penal. Importante destacar que a Lei Maria da Penha colocou uma alteração no art. 152, § único, da LEP[121] sendo a possibilidade de o Juiz encaminhar

---

119 Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. § 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. § 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. § 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. *In*. BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Disponível em htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 28 agosto. 2018.

120 "É uma medida cautelar, e não significa aplicar pena antecipada, tem por finalidade evitar que o acusado cometa novos crimes ou prejudique o andamento do processo, destruindo provas, ameaçando testemunhas ou fugindo. Pode ser decretada em qualquer fase do processo ou investigação, desde que preencha os requisitos da lei, descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal.". Prisões Cautelares. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil-1/prisoes-cautelares. Acesso em: 28 agosto. 2018.

121 Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas. Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de

o agressor para programas educativos, mas essa alternativa só poderá ser aplicada se o Juiz permitir a substituição da pena à luz do art. 44, I, do Código Penal[122].

4.4 Violência Psicológica

Conforme o disposto no art. 7º, da Lei n. 11.340 as formas de violência doméstica podem ser[123]:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
>
> I - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

---

recuperação e reeducação. *In* BRASIL. Lei de Execução Penal (LEP): Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 29 agosto. 2018.

122 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicála se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. *In* BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 agosto. 2018.

123 *In*. BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Disponível em htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 29 agosto. 2018.

> II - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
>
> III - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
>
> IV - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria

Portanto, ao contrário do que as pessoas possam imaginar, a violência pode ser cometida de diversas formas, não só por meio da violência física, uma agressão. A violência psicológica pode ser considerada como a mais traiçoeira entre todas as elencadas no artigo, uma vez que, em muitos casos, nem mesmo a vítima reconhece estar passando por essa situação.

Considera-se que a violência psicológica está presente entre todas as demais formas de violência elencadas no artigo, mesmo que de forma sutil, motivo pelo qual optou-se em dar uma atenção especial para esse meio utilizado pelos agressores uma vez que os danos psíquicos causados por esse tipo de violência perduram por mais tempo, muitas vezes sendo a razão principal para que algumas mulheres vítimas considerem cometer suicídio.

A violência psicológica pode ocorrer através de ofensas, quando o agressor faz com que a vítima se sinta inútil, dizendo que a mesma está sempre errada, quando age com ciúmes abusivo e tenta controlar amizades e visitas à familiares, quando há controle sobre a aparência e formas de se vestir, quando usa de algum segredo ou fraqueza para manipula-la. Tudo isso acompanhado pelas constantes

ameaças de abandono e de constantes pedidos de desculpas e promessas de mudanças[124].

O agressor em um primeiro plano age de maneira lenta e silenciosa, quase que imperceptível, posteriormente aumentando seu grau de intensidade. Dessa forma, o autor da violência dificilmente irá partir para uma agressão física à vítima antes de influenciar na liberdade individual daquela mulher. Isso porque é mais fácil ter a postura violenta de agressões físicas quando a vítima possui uma baixa autoestima, de forma que aceitará esse tipo de violência usualmente[125].

Algumas das formas iniciais de violência psicológica decorrem de, por exemplo, chantagens para que as vítimas troquem suas roupas, mudem a forma que usam sua maquiagem, deixem frequentar algum lugar, desistam de programas com as amigas ou parentes, fazem com que as vítimas deixem de traçar metas e conquistas uma vez que são sempre cercadas de negatividade, de que não conseguirão realizar seus objetivos nunca[126].

De acordo com a médica psiquiátrica Vivian Peres Day, violência psicológica pode ser conceituada como "toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa"[127].

Denire Holanda da Fonseca, Cristiane Galvão Ribeiro e Noêmia Soares Barbosa Leal, em seu artigo científico defendem[128]:

---

124 A violência psicológica na vida a dois. Disponível em: http://g1.globo.com/sp/presidente-prudenteregiao/blog/psicoblog/post/violencia-psicologica-na-vida-dois.html. Acesso em: 04 setembro. 2018.

125 SILVA, Luciene Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. Revista Interface. Botucatu, v. 11, n. 21, p. 92-104, jan./abr. 2007, p. 99.

126 *Idem.*

127 DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. Revista Psiquiátrica. Rio Grande do Sul, n. 25, p. 10, abr. 2003. *Apud* SILVA, Artenira da Silva e BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. Interfaces necessárias entre profissionais das varas de violência doméstica e de família: a reeducação do agressor como medida protetiva de urgência na proteção da mulher vítima de violência doméstica psicológica. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 22, p. 115-136, jul./ago. 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), p. 125. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/122766. Acesso em: 05 setembro. 2018.

> Esse tipo de violência ocorre primariamente, e perdura durante todo o ciclo de violência; somando-se a essa, com o passar do tempo outras formas de violência vão sendo incorporadas. Dessa forma, a violência psicológica ocorre sempre a priori. Observa-se nas vítimas sofrimento psíquico, segundo elas mais intenso do que a violência na forma de agressão física. Admitem seu caráter silencioso, crônico, comprometedor da saúde psicológica da mulher.

Como mencionado anteriormente, a violência psicológica funciona como uma primeira forma de contato violento para o restante das modalidades de violência, em que o agressor deprecia tanto a autoestima da vítima, a ponto de lhe fazer crer ser realmente inferior, humilhando-a ou ridicularizando-a, de forma que chegue a um ponto onde ela não conseguirá mais reagir às demais formas de violência, incluindo a física[129].

Desirée Cassado, ao citar Meichenbaum, afirma que episódios recorrentes de violência doméstica são considerados por psicólogos e outros profissionais da saúde como eventos traumáticos, uma vez que esse tipo de violência é uma exposição contínua e prolongada a eventos de grande impacto emocional, que são pouco previsíveis e/ou controláveis, além de ocorrerem em longa duração[130].

A violência doméstica em caráter psicológico tem uma incidência de grau muito alto em todo o país, sendo inclusive o tipo de violência que aparece em segundo lugar entre os registrados pela Central do Disque 180, fincando atrás apenas

---

128 FONSECA, Denire Holanda da, RIBEIRO Cristiane Galvão e LEAL Noêmia Soares Barbosa. Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais. Revista Psicologia & Sociedade, n. 24, p. 310, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/psoc/v24n2/07.pdf. Acesso em 06 setembro. 2018.

129 SILVA, Artenira da Silva e BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. Interfaces necessárias entre profissionais das varas de violência doméstica e de família: a reeducação do agressor como medida protetiva de urgência na proteção da mulher vítima de violência doméstica psicológica. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 22, p. 115-136, jul./ago. 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), p. 126. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/122766. Acesso em: 06 setembro. 2018.

130 MEICHENBAUM, Donald. Victims of Domestic Violence (Spouse Abuse) Em: Autor, A clinical Handbook/Practical Terapist Manual: For Assessing and Treating Adults With Post-Traumatic Stress Disorder (PTSD), p. 77-91. Waterloo, Ontario/Canadá: Institute Press, 1994. *Apud* CASSADO, Desirée da Cruz; GALLO, Alex Eduardo; ALBUQUERQUE, Lúcia Cavalcanti de. Transtorno de Estresse Pós-Traumático em mulheres vítimas de violência doméstica: um estudo piloto. Disponível em: http://www.laprev.ufscar.br/documentos/arquivos/artigos/2003-cassado-gallo-e-williams.pdf-1. Acesso em: 07 setembro. 2018.

dos números notificados para violência por agressões físicas, conforme o balanço divulgado pelo Ministério dos Direitos Humanos (MDH). Foram no total 26.527 registros de violência psicológica apresentados nesse balanço[131].

Considerando que em alguns casos as sequelas deixadas nas mulheres que sofreram esse tipo de violência podem chegar a ser permanentes como, por exemplo, adquirir depressão e sintomas de ansiedade, no próximo capítulo serão analisadas as hipóteses em que o dano existencial poderá ser mais um instituto a ser invocado pelas vítimas visando o ressarcimento do agressor.

5 O CABIMENTO DO DANO EXISTENCIAL E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES

5.1 Sequelas e danos decorrentes da violência doméstica sofrida

Em se tratando de violência doméstica, é pacífico na doutrina que as agressões ocorrem em um formato de ciclo, ou seja, existe uma ordem de ações em que normalmente os agressores oprimem as vítimas. Esse ciclo é composto por três fases[132]:

I) Fase de Tensão: nessa fase normalmente ocorrem incidentes menores, como xingamentos, crises de ciúmes, ameaças, retirada de liberdade. Aqui, a mulher geralmente tenta acalmar seu agressor, agindo de forma compreensiva, visando atuar da melhor forma para agradar seu parceiro. Ela acredita que pode fazer algo para impedir que a raiva dele se torne cada vez maior. Acredita também que é a responsável pelas crises de raiva do agressor[133].

---

131 Governo do Brasil. Ligue 180 recebeu mais de 72 mil denúncias de violência contra mulheres no primeiro semestre. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/08/ligue-180-recebeumais-de-72-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulheres-no-primeiro-semestre. Acesso em: 01 setembro. 2018.

132 Ciclos da violência. Disponível em: https://bit.ly/2CZqGxL. Acesso em 10 de setembro. 2018.

133 *Idem*.

II) Fase de Explosão: a segunda fase é mais intensa. O agressor está muito mais propício a crises de raiva, sendo altamente descontrolado. Aqui ocorre a violência física propriamente dita como por exemplo, por meio de socos ou chutes, inclusive utilizando-se armas brancas ou de fogo eventualmente[134].

III) Fase de Lua de Mel: A terceira fase é marcada pelo arrependimento do agressor. Nesse momento, ele será capaz de prometer qualquer coisa para mostrar que mudou de postura e que não quer perder a vítima. Após o perdão da mulher, o ciclo recomeça, aumentando-se muitas vezes a tolerância das vítimas e, consequentemente, a intensidade das agressões[135].

Algumas mulheres podem permanecer nesse ciclo de violência por anos, de forma que se considera quase impossível que, ao sair desse cenário opressor, possuam sua integridade física e mental, tendo sido afetada negativamente a sua qualidade de vida também.

A médica Lilia Blima Schraiber afirma em um dos seus artigos que "a violência conjugal e o estupro têm sido associados a maiores índices de suicídio, abuso de drogas e álcool, queixas vagas, cefaleias, distúrbios gastrointestinais e sofrimento psíquico em geral"[136]. Em se tratando do sofrimento psíquico mencionado, é possível elencar algumas doenças que podem surgir após as agressões, que detém o poder de acompanhar a vítima até o fim da sua vida, dependendo do grau de intensidade e da luta para sua recuperação.

Entre essas doenças, é válido mencionar, por exemplo, o surgimento da depressão, da síndrome do estresse pós traumático (TEPT), a ansiedade, o

134 Idem.

135 Idem.

136 SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia PL; FRANCA-JUNIOR, Ivan e PINHO, Adriana A. Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. Rev. Saúde Pública 2002, vol.36, n.4, p. 471. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsp/v36n4/11766.pdf. Acesso em: 10 de setembro. 2018.

isolamento social, dependência extrema, a baixa autoestima, desânimo, síndrome de inferioridade, entre outros[137].

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), afirma que a ansiedade consiste em um fenômeno que, conforme a circunstância e a força que atinge a pessoa, poderá inclusive tornar-se patológico, prejudicando o funcionamento psíquico do ser humano, provocando a falência da capacidade adaptativa. Os critérios para diagnosticar alguém com esse tipo de transtorno são: fadiga, dificuldade de concentração, irritabilidade, perturbação no sono, nervos à flor da pele e tensão muscular[138].

Outro transtorno que surge para à vítima com grande frequência em casos de violência doméstica é a depressão. Essa doença pode ser responsável pela perda de interesse e prazer, lentidão psicomotora, perda de apetite, solidão, tristeza, baixa autoestima, baixa autoconfiança, entre outros[139]. O transtorno depressivo pode ser caracterizado como[140]:

> A depressão é um transtorno de humor que provoca uma persistente sensação de tristeza e perda de interesse. Também chamada de transtorno depressivo maior ou depressão clínica, afeta como você se sente, pensa e se comporta e pode levar a uma variedade de problemas emocionais e físicos. Você pode ter problemas para fazer as atividades do dia a dia normal, e às vezes você pode sentir como se a vida não vale a pena viver.

Na monografia de conclusão do curso de graduação em psicologia na Universidade Federal de São Carlos, Desirée da Cruz Cassado, Alex Eduardo Gallo e Lúcia Cavalcanti de Albuquerque realizaram um estudo que comprova a incidência de transtornos psicológicos em mulheres vítimas de violência doméstica. Nesse estudo, que analisou dados de cinco mulheres, maiores de 18 anos, que sofreram

[137] BITTAR, Danielle; KOHLSDORF, Marina. Ansiedade e depressão em mulheres vítimas de violência doméstica. Psicologia Argumento, [S.l.], v. 31, n. 74, novembro. 2017. ISSN 1980-5942 p. 450. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/psicologiaargumento/article/view/20447/19707>. Acesso em: 14 set. 2018.
[138] *Ibidem*, p. 451.
[139] *Idem.*
[140] Tratamento de Depressão. Hospital Santa Mônica. Disponível em: https://bit.ly/2MJeGQy. Acesso em: 14 setembro. 2018.

violência doméstica por no mínimo seis meses e que prestaram queixa de violência física na Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) da cidade de São Carlos/SP, foi concluído que[141]:

> Os resultados obtidos nesse estudo piloto apontam, de forma geral, para a alta ocorrência de TEPT e comorbidade – como Depressão – nas mulheres vítimas de violência doméstica entrevistadas. Pode-se ainda constatar uma relação direta entre a frequência e intensidade das agressões sofridas e a intensidade dos sintomas de Depressão apresentados e o diagnóstico do Transtorno de Estresse Pós-Traumático.

Em um outro estudo, realizado por Vanessa Gurgel Adeodato, Racquel dos Reis Carvalho, Verônica Riquet de Siqueira e Fábio Gomes de Matos e Souza, foi feita a análise de dados de 100 mulheres que sofreram agressão de seus parceiros e que prestaram queixa na Delegacia da Mulher do Ceará. Nesse estudo, procurou-se avaliar a qualidade de vida e a incidência de depressão nas mulheres vítimas. O resultado foi[142]:

> Em conclusão, foi constatado que as mulheres vítimas de seus parceiros, usuárias da Delegacia da Mulher do Ceará, apresentaram escores no GHQ compatíveis com uma má qualidade de vida e no inventário de Beck, compatíveis com depressão. A análise dos dados sugere que a violência doméstica está associada a percepção negativa da saúde mental da mulher.

O artigo realizado por Anna Paula Lima de Souza e outros[143], publicado na Revista de Enfermagem da Universidade Federal de Pernambuco, também apresenta um estudo interessante sobre os efeitos da violência doméstica no psicológico das

---

141 CASSADO, Desirée da Cruz; GALLO, Alex Eduardo; ALBUQUERQUE, Lúcia Cavalcanti de. Transtorno de Estresse Pós-Traumático em mulheres vítimas de violência doméstica: um estudo piloto. Disponível em: http://www.laprev.ufscar.br/documentos/arquivos/artigos/2003-cassado-gallo-e-williams.pdf-1. Acesso em: 07 setembro. 2018.

142 ADEODATO, Vanessa Gurgel; CARVALHO, Racquel dos Reis; SIQUEIRA, Verônica Riquet de e; SOUZA, Fábio Gomes de Matos. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 39, n.1, p.108-113, Jan. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102005000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 setembro. 2018.

143 SOUZA, Anna Paula Lima de et al. Body image of women who suffered physical violence. Journal of Nursing UFPE on line, [S.l.], v. 12, n. 9, p. 2276-2282, setembro. 2018. ISSN 1981-8963. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaenfermagem/article/view/236462>. Acesso em: 14 setembro. 2018.

mulheres vítimas. Nesse artigo, entrevistou-se um grupo formado por cinco mulheres com média de idade de 46 anos.

Na entrevista, primeiramente foi analisado como as mulheres se sentiam antes de serem agredidas, e foram constatadas características como “linda”, “feliz”, “bonita”, “espontânea”. Posteriormente, foi feita a análise com base no sentimento das vítimas após a violência doméstica, onde foram determinadas palavras como “culpada”, “lixo”, “feia”, “nojo”, “diminuída”, “desvalorizada”, “dor”.

Em conclusão foi inferido no estudo que[144]:

> Infere-se que a depressão e a ansiedade foram queixas muito frequentes pelas participantes deste trabalho corroborando pesquisa desenvolvida para investigar a incidência de TMC em assentamentos rurais do Rio Grande do Norte e Piauí quando identificou-se que, entre os fatores associados ao desencadeamento desses transtornos em mulheres, estava a exposição das mesmas à violência por parceiro íntimo.
>
> [...]
>
> Observa-se que as vítimas reagiram com desinteresse pela vida, autodesvalorização, instabilidade emocional e ressentimentos, danos emocionais que prejudicam até hoje as suas vidas. Nesses casos, o corpo armazena mágoas que doem além do que foi sofrido fisicamente. Pesquisa desenvolvida com mulheres que sofreram violência encontrou características semelhantes como estresse, ansiedade e baixa autoestima. Para essas mulheres, é como se o tempo não passasse e suas vidas ficassem aprisionadas às lembranças.

Portanto, entende-se totalmente possível que os episódios recorrentes de violência doméstica afetem a saúde mental das mulheres vítimas. Ocorre que além dos sintomas clássicos já apresentados, como tristeza profunda, baixa autoestima, insegurança, ansiedade dentre outros, a piora da saúde mental da mulher pode ter impacto significativo em sua vida exterior.

Uma hipótese da influência negativa dos transtornos mentais emergidos é na deterioração da produtividade e a capacidade laborativa da mulher. A violência doméstica pode afetar negativamente a confiança, segurança e a autoestima da

144 Idem.

vítima, assim como o senso de controle de suas ações e consequências, impedindo que ela exerça seu trabalho de maneira plena[145].

Um estudo realizado pela PCSVDFMulher (Pesquisa de condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar contra a mulher) no Nordeste do país averiguou que na cidade de Teresina, 48% das mulheres analisadas reportaram ter a saúde mental afetada pelo comportamento violento do parceiro. Já em Aracajú e Natal os percentuais são de 42% e 40%, respectivamente, enquanto São Luís apresenta uma proporção de 27%[146].

Foram analisados alguns quesitos importantes para que se chegasse à conclusão de que a qualidade de vida e o bem-estar dessas mulheres vítimas havia decaído consideravelmente.

Quando indagas sobre o quesito inicial "frequentemente consegue se concentrar", 65,6% das participantes afirmaram que não conseguiam. Já no quesito "frequentemente consegue dormir bem" 68,6% das mulheres optaram pela resposta negativa. Quanto a "frequentemente consegue tomar decisões" 74,3% afirmaram que não conseguiam realizar tal ato. Em relação a "frequentemente se sente estressada" 60,6% afirmaram que se sentiam dessa forma. Por último, se "frequentemente se sente feliz" 74,5% responderam negativamente[147].

Por esse estudo, pode se concluir que as mulheres vítimas de violência doméstica que participaram da análise diminuíram sua frequência na capacidade de

---

145 Stark, E. (2007). Coercive control: The entrapment of women in personal life. Oxford, England: Oxford University Press. Apud CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher PCSVDF Mulher. Relatório Executivo II - Primeira Onda – 2016. Violência Doméstica e seu Impacto no Mercado de Trabalho e na Produtividade das Mulheres. p. 7. Disponível em: http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/08/RelatorioViolencia-Domestica-e-seu-impacto-no-Mercado-de-Trabalho-e-na-Produtividade-das-Mulheres.pdf. Acesso em: 15 setembro. 2018.

146 CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher PCSVDF Mulher. Relatório Executivo II - Primeira Onda – 2016. Violência Doméstica e seu Impacto no Mercado de Trabalho e na Produtividade das Mulheres. p. 7. Disponível em: http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Relatorio-Violencia-Domestica-e-seu-impacto-no-Mercado-de-Trabalho-e-na-Produtividade-das-Mulheres.pdf. Acesso em: 15 setembro. 2018.

147 Idem.

concentração, na sua capacidade de dormir bem, em tomar decisões, além de se sentirem frequentemente mais estressadas e menos felizes em comparação as mulheres não agredidas pelos parceiros[148].

Esses dados indicam que a violência doméstica pode sim piorar o estado de saúde emocional e mental das mulheres vítimas como mencionado anteriormente, e consequentemente, dificultar sua atuação na atividade laborativa, uma vez que dormir bem, conseguir se concentrar e tomar decisões, por exemplo, são atitudes fundamentais exigidas em qualquer emprego.

O relatório determina[149154]:

> Segundo a PCSVDFMulher, em média, as mulheres vítimas de violência doméstica que reportaram ter perdido dias de trabalho por conta da violência doméstica faltaram ao emprego em aproximadamente 18 dias.
>
> [...]
>
> Portanto, a violência doméstica é um fenômeno que impacta diretamente a desempenho da mulher no mercado de trabalho, além de restringir o acesso às oportunidades de emprego e as mulheres vitimadas de alcançarem um melhor nível de bem-estar. As consequências danosas da violência domésticas também deixam sequelas na saúde mental e emocional das mulheres, reduzindo sua capacidade de concentração e tomada de decisão.

A violência sofrida por mulheres em sede doméstica atua no subconsciente, de forma que, com o passar do tempo, as vítimas se sintam incapazes e inúteis para a realização de muitas atividades. Sua autoestima e segurança são coladas a níveis tão baixos que podem ser considerados como a porta de entrada para doenças sérias como a depressão e a ansiedade.

Seja na área social, de lazer ou até mesmo, como verificado, no âmbito laboral, as vítimas perdem enormes oportunidades, de forma que sua vida passa a resumir-se à sua própria existência, sem aproveitar novas experiências e sem

[148] Idem.
[149] Idem.

expectativas. Esse tipo de pensamento pode infringir no projeto de vida pessoal de cada uma delas. Agatha Gonçalves Santana conceitua[150]:

> O projeto de vida decorre da autodeterminação do ser humano, que, em estado pleno de autonomia, pode escolher o que almeja para sua vida para alcançar um projeto no futuro, sendo que, quando sua possibilidade de escolha é frustrada ou é obrigado a reformular suas escolhas pela ação de terceiros, dá-se o que se chamou de dano ao projeto de vida, que nada mais é do que o conteúdo do que neste trabalho se denomina de dano existencial.

A autora mencionada defende que uma depressão causada por uma grande humilhação sofrida pode ser indenizada na forma de dano moral, por conta da dor causada, do abalo ao animus da pessoa e de seu bem-estar[151], entendimento que é concretizado na doutrina e jurisprudência, conforme apresentado nos capítulos anteriores.

Contudo, defende também que, acaso essa depressão seja considerada incapacitante, a ponto de fazer com que a pessoa perca seu emprego, sua moradia, entre outros direitos, assim como ocorre em algumas mulheres vítimas de violência doméstica, será possível a caracterização da indenização através do dano existencial, inclusive sem prejuízo do dano moral ocasionado por toda a dor e mal-estar causado à pessoa[152].

5.2 Comprometimento de valores constitucionais

A Constituição Federal de 1988 elencou, em seu preâmbulo, alguns valores supremos de uma sociedade fraterna. Entre esses valores, é possível mencionar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, a igualdade e a justiça[153]. Em face de uma situação de violência doméstica, é possível

---

150 SANTANA, Agatha Gonçalves. O dano existencial como categoria jurídica autônoma: um aporte a partir de um diálogo com os direitos humanos. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2017. Disponível em: http://www.ppgd.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses/Agatha.pdf. Acesso em: 17 setembro. 2018.

151 Idem.

152 Idem.

153 *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

perceber notoriamente a violação de praticamente todos esses valores mencionados, motivo pelo qual é necessária maior amplitude de discussão sobre o tema.

Em se tratando do dano existencial, a advogada já mencionada Flaviana Rampazzo Soares defende que há três princípios principais que norteiam esse instituto[154], princípios estes que estão em total conformidade com os valores constitucionais brasileiros.

O primeiro deles é o princípio da dignidade humana. Elencado no art. 1º, III, da Constituição, é considerado valor supremo. Henrique Cardoso Costa Silveira defende que esse princípio deve ser inerente a todo o ser humano, não havendo hierarquia na sua aplicação. Ou seja, não há que se falar em uma pessoa mais digna que outra, porque todos possuem a mesma dignidade. Todo ser humano merece respeito à sua dignidade, não havendo consideração sobre condição social, orientação sexual, raça, religião ou qualquer individualidade daquela pessoa[155].

No âmbito da violência doméstica, esse princípio é visivelmente violado, inclusive ratificado pela Convenção de Belém do Pará ao afirmar que "a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens" [156].

O Supremo Tribunal Federal também já reconheceu a existente violação desse princípio em sede de violência doméstica. No voto do Ministro relator Marco Aurélio, na ADI 4.424, fica inquestionável a violação de dispositivos legais basilares

154 Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região/Escola Judicial do TRT - 15ª Região; n. 47, jul./dez. 2015. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+47-2015.pdf/812615c9-d15b4211-8979-6fdffdeb08d1. Acesso em: 21 setembro. 2018.

155 SILVEIRA, Henrique Cardoso Costa. A dignidade da pessoa humana e o dano existencial no direito do trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17439>. Acesso em: 21 setembro. 2018.

156 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Convenção de Belém do Pará. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm. Acesso em: 21 setembro. 2018.

para o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o princípio da igualdade e a punição de qualquer forma de discriminação[157]:

> No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. [...]. No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III –, o direito fundamental de igualdade – art. 5º, I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI.

Portanto, ao ser vítima de alguma das formas de violência elencadas na Lei Maria da Penha, sendo a agressão de caráter físico, psicológico, sexual, patrimonial ou moral, a mulher terá a sua dignidade humana violada, de forma que se encontra em conformidade ao fundamento principiológico norteador do dano existencial.

Por outro lado, há também o fundamento do princípio da solidariedade nesse instituto da responsabilidade civil. Do ponto de vista jurídico, esse princípio está contido no artigo 3º, I, da Constituição para que, através dele, se construa uma sociedade mais livre, justa e solidária[158].

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto em seu Curso de Direito Civil apontam a ligação desse princípio à responsabilidade civil[159]:

> Ao invés de buscar um culpado pela prática de um ilícito danoso - avaliando-se a moral de sua conduta -, quer-se encontrar um responsável pela reparação de danos injustos, mesmo que este não tenha violado um dever de conduta (teoria objetiva), mas simplesmente pela potencialidade de risco inerente à sua atividade ou por outras necessidades de se lhe imputar a obrigação de indenizar (v.g.) preposição, titularidade de direitos, confiança, etc.) A solidariedade determinará ainda

157 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/02/2012. Data de Publicação: DJE de 01/08/2014.

158 *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

159 FARIAS, Cristiano Chaves de Farias, ROSENVALD, Nelson. e BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil : Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 18. Apud VILAS-BÔAS, Renata Malta. A Responsabilidade Civil no âmbito do Direito das Famílias. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br/handle/235/9708. Acesso em: 21 setembro. 2018.

> a edificação de um conceito de causalidade normativo, no qual, independentemente da capacidade do ofendido de provar o liame natural entre o fato do agente e a lesão, a responsabilidade surgirá pelo apelo à necessidade de se conceder uma reparação.

Em relação à violência doméstica, esse princípio está enraizado no momento em que a Constituição Federal tenta diminuir as desigualdades entre homens e mulheres na atual sociedade. Mauro Viveiros apresenta uma explicação para esse princípio em seu artigo[160]:

> As desigualdades - já se disse - estão no mundo das relações de fato, enquanto a igualdade jurídica, produto da razão humana, é sempre um ideal a alcançar-se, exigindo um compromisso solidário permanente de todos os povos. Por isso que no plano jurídico a relação de igualdade entre o homem e a mulher é prescritiva – há de ser sempre-, e não simplesmente descritiva; estando essa relação informada de valores constitucionais solidários, ela só admite distinções que afirmem esse ideal jurídico, nunca as distinções que o possam diminuir.

Sérgio Massaru Takoi apresenta uma definição para esse princípio[161]:

> Por sua vez aquele (princípio da solidariedade) embora também tenha como fundamento último a dignidade humana [...] e igual carga axiológica (valor de solidariedade) é, no entanto, mais amplo, na medida em que materializa vínculos operacionais e obrigacionais entre o indivíduo e o Estado e destes com a sociedade (ou grupos, associações e etc.) tanto no campo ético, político, social, jurídico, econômico e etc., encontrando assim enormes possibilidades de expansão e de aplicação

Por fim, o último princípio será o neminem laedere ou alterum non laedere. Esse princípio significa “a ninguém ofender”, “não fazer o mal” ou “não lesar a outrem”. Esse princípio se assemelha ao da solidariedade uma vez que determina a importância do cuidado quanto às demais pessoas e expressa a essência da

---

160 VIVEIROS, Mauro. Princípio da igualdade e o instigante tema da constitucionalidade da “Lei Maria da Penha”. Disponível em: https://www.mpmt.mp.br/conteudo/96/2759/o-principio-da-igualdade-e-o-instigantetema-da-constitucionalidade-da-lei-maria-da-penha--dr-mauro-viveiros. Acesso em 21 setembro. 2018.

161 TAKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, v. 17, n. 66, p. 293-310, jan./mar. 2009. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/82815. Acesso em: 21 setembro 2018.

responsabilidade civil, onde se constata que deve-se proteger a integralidade da pessoa humana, seja ela física, moral, existencial[162].

Assim, com relação aos casos de violência doméstica e a sua ligação ao instituto do dano existencial, notoriamente entende-se o comprometimento desses dois princípios, dignidade da pessoa humana e solidariedade, presentes em nossa Constituição, para que seja possível a aplicação de mais uma medida visando indenizar os danos sofridos pela mulher vítima, uma vez que esse tipo de violência fere a dignidade da vítima e é dever do Estado agir para corroborar com uma sociedade mais livre, justa e solidária.

5.3 Cabimento

Embora a jurisprudência brasileira tenha entendido pela aplicação do dano existencial majoritariamente na esfera trabalhista, entende-se possível apresentar algumas hipóteses em casos de violência doméstica que podem ensejar a aplicação de tal instituto.

O art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, ao prever o direito de resposta proporcional à ofensa que lhe tenha atingido, sem prejuízo do direito de postular indenização por danos materiais, morais e à imagem. Contudo, entende-se aqui que, ao mencionar o dano moral, o legislador estaria se referindo na verdade ao dano extrapatrimonial[163].

Esse entendimento deve-se ao fato de que outras espécies de dano recebem sua aplicação mesmo que não estejam expressos no ordenamento brasileiro, como é

[162] SANTOS, Dione Conceição dos. Dano existencial como espécie autônoma de dano extrapatrimonial. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: https://bit.ly/2zqhVcb. Acesso em: 21 setembro. 2018

[163] SANTOS, Dione Conceição dos. Dano existencial como espécie autônoma de dano extrapatrimonial. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: https://bit.ly/2zqhVcb. Acesso em: 21 setembro. 2018.

o caso da "perda de uma chance", "dano em ricochete" ou até o "dano estético" como já mencionado nos capítulos anteriores[164].

Uma vez aceita a fundamentação legal para postular um pedido versando sobre dano existencial, passa a análise de alguns exemplos em casos de violência doméstica que poderiam ser passíveis desse tipo de pedido.

A primeira hipótese versará quanto a incidência de doenças patológicas decorrentes das agressões sofridas. Ou seja, se a vítima adquire algum tipo de transtorno mental, como ansiedade ou depressão, é notório que sua vida muda negativamente. Todos os projetos de vida antes realizados pela mulher vítima provavelmente não serão realizados, uma vez que os sintomas dessas doenças podem impedir que ela tenha alguma expectativa com relação ao seu futuro.

Em casos onde comprovadamente a vítima tenha perdido esse ânimo de viver, em ter tido frustrado todos os seus objetivos e sonhos em razão do tempo vivenciado com agressões e violências psicológicas, ocasionando uma autoestima extremamente baixa na vítima, entende-se possível que a mulher possa requerer uma indenização pleiteando o dano existencial contra o agressor.

Em outro cenário, onde não necessariamente a vítima adquiriu doenças patológicas também se entende possível a incidência do mencionado pedido. Ocorre que, assim como na esfera trabalhista onde alguns casos de pedidos nesse sentido foram concedidos baseando-se no fato de que o trabalhador perdeu tempo de lazer, de relações sociais e de vida em geral, por não ter sido concedido o seu direito de férias ou em casos de sobrejornadas, ocorreu a violação da vida de relação e a consequente indenização.

Realizando uma analogia a essa privação de vida, entende-se que, em casos onde a mulher vítima é obrigada a cortar relações com seus familiares e conhecidos, é privada do próprio bem-estar e qualidade de vida, pode ocorrer também a incidência do dano à vida de relação do indivíduo. Ocorre que não se trata aqui de

164 *Idem*.

uma relação abusiva em curto prazo, mas sim de casos em que anos da vida da mulher vítima foram afetados e privados da sua felicidade.

Uma matéria publicada no site g1.globo.com exemplifica bem um caso em que a vítima sofre agressões na esfera da violência doméstica tanto tempo, sendo notório o seu prejuízo em face da qualidade de vida e bem estar[165]:

> "Fiquei 24 anos ao lado de um homem que, no início, claro, amei. Mas após as violências acabou o amor, vivia por ameaças. Ele dizia que se eu falasse para qualquer pessoa, ele me matava. Botava a arma na cintura e dizia 'além de eu te matar, mato teu pai e tua mãe'", relata a vítima.
>
> A mulher precisava da autorização do agressor para realizar coisas simples, como comprar roupas e ir ao salão, por exemplo. “Eu não tirava um centavo para mim. Em virtude desse ciúme dele doentio, eu me apaguei”, confessa.

Há que se mencionar também a possibilidade de aplicação do dano existencial nos casos que envolvam violência sexual. Nesse contexto, muitas vezes as vítimas adquirem transtornos pós-traumáticos e dificilmente conseguirão ter relações sexuais com outras pessoas, uma vez que a experiência que tiveram com seus agressores as impossibilitam de se sentir confortável com esse tipo de relação outra vez. Nessa hipótese há também a incidência do dano a vida de relações, devendo ser passível de aplicação de dano existencial.

Ainda no cenário da violência de cunho sexual, é possível que a mulher vítima engravide e seja obrigada a manter sua gravidez, de forma que todo o seu projeto de vida possa se tornar frustrado. É sabido que um filho acarreta em diversas mudanças na vida de deus genitores, contudo, se uma pessoa, principalmente a mãe, não deseja criar e cuidar dessa criança, as mudanças que ocorrerão na sua vida facilmente poderão ser negativas, de forma que o impacto causado por essa situação poderá ser passível de indenização por dano existencial também.

---

[165] G1. Mulheres vítimas de violência doméstica têm dificuldades de voltar à vida normal mesmo com amparo da lei. Disponível em: https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-temdificuldades-de-voltar-a-vida-normal-mesmo-com-amparo-da-lei.ghtml. Acesso em: 21 setembro. 2018.

O mesmo ocorre nos casos contrários, onde a mulher vítima de violência doméstica deseja ter o filho com seu agressor, mas acaba sendo obrigada a abortar, ou até mesmo sofre um aborto não desejado em virtude de agressões físicas. Aqui, também há o dano ao projeto de vida, quando os objetivos e metas estabelecidas e desejadas pela mulher em relação à criança tiveram que ser interrompidas por seu agressor.

Em se tratando à vida fora do ambiente doméstico em si, é válido mencionar os casos em que a mulher não consegue manter-se no seu emprego em razão das agressões. Como mencionado nos capítulos anteriores, a violência doméstica é capaz de fazer com que a mulher não tenha ânimo para trabalhar nem tenha expectativa e força de vontade para buscar outro emprego. Nesses casos, a vítima não tem visão futura de sua vida em razão da sua baixa autoestima ocasionada por todas as suas agressões sofridas em âmbito familiar.

Em todos esses casos, há notoriamente a ocorrência da violação de direitos humanos, de forma que nas hipóteses elencadas, essa violação pode ser de cunho permanente na vida de uma mulher. Mesmo que depois de algum tempo haja a superação das situações vivenciadas, o tempo perdido, a frustação de objetivos e metas e, o dano ao projeto de vida e de relações sofridos, jamais poderão ser recuperados, motivo pelo qual a mulher vítima poderá ser indenizada com fundamento no instituto do dano existencial.

5.4 Decisões judicias e tendências dos Tribunais

A aplicação do dano existencial tem ocorrido com muito mais frequência na esfera trabalhista, porém, essa não é a única área do Direito que poderá ter sua aplicação. Conforme as mudanças na atual sociedade, a jurisprudência deve se moldar a fim de realizar julgamentos mais jutos e compatíveis com a atualidade.

São exemplos de julgados que tratam sobre o dano existencial:

> DANO EXISTENCIAL. O prejuízo social não pode ser presumido. Tratando-se de consequências restritas à

intimidade do trabalhador, não basta afirmar que a nulidade da progressão funcional lhe causou prejuízo em sua vida pessoal, faz-se necessária a comprovação de situações em que tenham ocorrido efetivamente os efeitos danosos. Nessa espécie de dano sua existência não se apresenta como dano in re ipsa. Recurso do reclamante não provido[171166].

DANO EXISTENCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O dano existencial afeta o projeto de vida da vítima, inviabilizando a consecução das atividades necessárias à sua realização pessoal, tais como o descanso e a manutenção das relações familiares e sociais, com ofensa ao art. 1º, III, da Constituição Federal. No caso, a jornada reconhecida na origem não permite concluir que a prática de horas extras ocorreu com a regularidade que seria necessária para de fato comprometer o convívio social e familiar do trabalhador, especialmente quando se considera que o vínculo perdurou por quase doze anos. Tal como caracterizado nos autos, a prestação de horas extras dá ensejo apenas ao pagamento das respectivas horas, não sendo só, para configurar o alegado dano existencial. Recurso da reclamante desprovido, no aspecto[167].

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despicienda a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de

[166] Tribunal Regional do Trabalho. 24002464589201452400 07. Relator: Ricardo Geraldo Monteiro Zandona, 2ª Turma, Data de Publicação: 02/06/2015. Disponível em: https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381916086/24645892014524000 7?ref=juris-tabs. Acesso em: 22 setembro. 2018.

[167] Tribunal Regional do Trabalho. RO: 00207167220165040221, Data de Julgamento: 04/04/2018, 4º Turma.

> sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido[168].

Na esfera de Direito Penal, também já há a ocorrência da aplicação do instituto indenizável:

> REVISÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS. NULIDADE DO PROCESSO POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. RÉU INIMPUTÁVEL. ERRO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO. 1. Comprovada a inimputabilidade do requerente ao tempo do fato, quando contava com 17 anos de idade, é inequívoca a competência absoluta do juizado da infância e da adolescência para o processamento do feito. Nulidade insanável da persecução penal instaurada perante o juízo comum, e também da respectiva condenação. 2. Disponível essa informação (da inimputabilidade) aos órgãos de persecução penal já no momento da inquirição do ora requerente perante a autoridade policial, o seu processamento perante o juízo comum e a sua condenação criminal configuram manifesto erro judiciário. Reconhecido o direito a uma justa indenização, nos termos do artigo 630 do CPP, a qual deverá ser liquidada perante o juízo cível. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE[169].
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRISÃO ALÉM DO TEMPO DEVIDO - DEMORA NO CUMPRIMENTO DE ALVARÁ DE SOLTURA, POR EQUIVOCADA CONSTATAÇÃO DE IMPEDIMENTO NO PRONTUÁRIO DO PRESO - ERRO JUDICIÁRIO - ESTADO DE MINAS GERAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - REQUISITOS CONFIGURADOS - DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - VALOR - CRITÉRIOS - CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO DÉBITO - ADEQUAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDIMENSIONAMENTO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. - Em ação de indenização por erro judiciário, restando demonstrado o erro perpetrado pelos agentes estatais, que deixaram de dar cumprimento ao

168 Tribunal Superior do Trabalho. RR 1034742014515002. 2ª Turma. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Julgamento em: 4 de novembro de 2015.

169 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal Nº 70054963038, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 08/11/2013.

> alvará de soltura do autor, por conta de equivocada constatação de impedimento no seu prontuário, dando causa, assim, ao prolongamento da sua prisão por tempo indevido, resta ao Estado o dever de indenizar os danos morais sofridos, caracterizados, à evidência, os pressupostos da 51 responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, par.6º, da Constituição Federal. - O valor arbitrado para os danos morais deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, revelando-se ajustada ao princípio da equidade e à orientação pretoriana segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida. -
>
> Tocante aos critérios de atualização monetária do débito, a Corte do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4.357/DF, ao declarar a inconstitucionalidade de parte da EC 62/09, que instituiu o novo regime especial de pagamento de precatórios (art. 100 da CR), também julgou inconstitucional, por arrastamento, do art. 5º, da Lei 11.960/2009, que modificou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997. Ato contínuo, a Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.270.439/PR, sob a sistemática dos recursos repetitivos, fez a adequação da jurisprudência até então sedimentada em relação aos juros e correção monetária, para determinar que, a partir de 30.06.2009, os juros de mora devem corresponder aos juros da poupança e a correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada no período. - Honorários advocatícios. Critérios do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC. Adequação[170].

Quanto ao âmbito da violência doméstica, não existem ainda aplicações relativas ao dano existencial, contudo, pacificou-se o entendimento de que é possível a especificação de valor mínimo para indenização por danos morais, desde que ocorra o pedido expresso da acusação ou da vítima. Ademais, foi entendido que a indenização não depende de prova, uma vez que nos casos de violência doméstica o dano será presumido, abrindo margem para novas modalidades danosas posteriormente[171]:

---

170 Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10702120180311001. 1ª Câmara Cível. Relator: Eduardo Andrade. Julgado em: 17 de dezembro de 2013.

171 Superior Tribunal de Justiça. Notícias. Condenação por violência doméstica contra a mulher pode incluir dano moral mínimo mesmo sem prova específica. Disponível em:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Cond ena%C3%A7%C3%A3o-por-viol%C3%AAncia-dom%C3%A9stica-contra-a-mulher-pode-incluir-danomoral-m%C3%ADnimo-mesmo-sem-prova-espec%C3%ADfica Acesso em: 22 setembro. 2018.

> seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.
>
> 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE EXTRAÍDA DO RESP: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Portanto, ainda que o dano existencial seja atualmente aplicado mais vezes no âmbito do Direito do Trabalho, acredita-se que a tendência dos Tribunais será de aplicação aos demais ramos do Direito uma vez que o princípio da dignidade humana, bem maior tutelado nos casos em que esse tipo de dano é abordado, está presente tem todo o ordenamento jurídico brasileiro e necessita de total proteção por

parte dos julgadores em respeito à Constituição Federal, ocorrendo assim maior amparo para pessoas que buscam indenizações mais justas por ofensas sofridas.

6 CONCLUSÃO

A violência doméstica contra mulheres não vem de raça, de religião, de orientação sexual. É um problema no Brasil que possui dados alarmantes e que pedem por mudanças todos os dias. Qualquer um dos cinco tipos de violência elencados no artigo 7º, da Lei 11.340/2006, física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, estará violando o maior dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em razão da grande preocupação sobre esse tema, propôs-se no presente trabalho a aplicação de um instituto da responsabilidade civil que ainda é muito tímido na jurisprudência brasileira. Advindo do Direito Italiano, o dano existencial chega ao Brasil apresentando uma nova perspectiva acerca dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil/2002.

A grande relevância desse instituto é a abordagem tanto do dano ao projeto de vida como o dano à vida de relações, que não são amparados pelos demais tipos de danos extrapatrimoniais. Esses danos, que juntos integram o dano existencial em si, são praticamente todos os objetivos e metas que uma pessoa sonha em realizar e que, eventualmente são frustrados mediante algum acontecimento na vida do indivíduo, gerando assim a possibilidade de se pleitear indenização.

Esse instituto é majoritariamente aplicado nos casos de Direito do Trabalho, porém, entende-se aqui pela possibilidade de sua ocorrência no âmbito da violência doméstica. Isso porque, como já mencionado, o desrespeito ao princípio da dignidade humana é o fundamento principal para o requerimento de indenização por parte das mulheres vítimas e, em alguns casos, esse desrespeito é a causa da frustração de seu projeto de vida e das suas relações.

Alguns exemplos foram elencados para que se pudesse ter a mínima noção do quanto uma agressão em âmbito familiar pode impactar na vida de uma mulher,

como nos casos em que ela desenvolve doenças como depressão e ansiedade, de forma patológica, em que inclusive comina em pensamentos suicidas, o que deixa as vítimas sem a menor perspectiva de vida.

Ademais, pode-se citar o exemplo de casos de privação de liberdade por parte do agressor, inclusive por motivos ligados a ciúme abusivo, de forma que a vítima é isolada da sociedade sendo prejudicado o seu direito à vida de relações.

É válido mencionar também que, em alguns casos de agressões em âmbito doméstico, a autoestima da mulher vítima fica tão abalada que pode influenciar no seu âmbito laboral, podendo até perder o seu emprego por esse motivo. Assim, comprovado a falta de recursos econômicos de uma mulher que foi impedida de trabalhar por danos psicológicos em virtude de violência doméstica, terá o seu projeto de vida frustrado, sendo assim possível a incidência do dano existencial também.

Dessa maneira, o dano existencial surge como uma forma de viabilizar proteção máxima ao princípio da dignidade humana, que sempre será violado em casos de violência doméstica contra mulheres, motivo pelo qual entende razoável, no mínimo, a discussão quanto a sua aplicabilidade ou não nesse contexto, entendendo-se aqui pelo polo positivo, essa opção tendo em vista as mudanças que ocorrem na sociedade e o necessário amparo às vítimas lesionadas que reivindicam indenizações mais justas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Privado, RDPriv, v. 6, n. 24, p. 21-53, out. /dez. 2005. p. 51. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em 22 de maio. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 505.

ADEODATO, Vanessa Gurgel; CARVALHO, Racquel dos Reis; SIQUEIRA, Verônica Riquet de e; SOUZA, Fábio Gomes de Matos**. Qualidade de vida e**

depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 39, n.1, p.108113, Jan. 2005. Disponível em: https://bit.ly/2MT2exH. Acesso em: 14 setembro. 2018.

ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012, P, DJE de 01/08/2014. ARE 773.765 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 03/04/2014, P, DJE de 28/04/2014, Tema 713.

ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012, P, DJE de 01/08/2014. ARE 773.765 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 03/04/2014, P, DJE de 28/04/2014, Tema 713.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana.** Revista de Direito Privado, RDPriv, v. 6, n. 24, p. 21-53, out./dez. 2005. **p. 35.** Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em 22 de maio. 2018.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109. *Apud.* AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade**. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018.

In BRASIL. Lei de Execução Penal (LEP): Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 29 agosto. 2018.

In BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art1806. Acesso em: 04 de maio. 2018.

In BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Disponível em htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 28 agosto. 2018.

In BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

In BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988

Cf. ITALIA. *Il Codice Civile Italiano*. 4 abr. 1942.

In BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Disponível em htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 28 agosto. 2018.

In BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 28 agosto. 2018.

AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade**. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018.

AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer, NOGUEIRA, Conceição. Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública**. Saúde e Sociedade 2008. Disponível em:** http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902008000300011&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28. *Apud* FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203214, 2010. Revista da EJUSE, Aracaju, n. 18, p. 181-197, 2013. p. 3. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37603. Acesso em: 27 de maio. 2018

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

BITTAR, Danielle; KOHLSDORF, Marina. **Ansiedade e depressão em mulheres vítimas de violência doméstica**. Psicologia Argumento, [S.l.], v. 31, n. 74, novembro. 2017. ISSN 1980-5942 p. 450. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/psicologiaargumento/article/view/20447/19707>. Acesso em: 14 set. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25. *Apud.* AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade**. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018

BRASIL, Conselho de Justiça Federal. Enunciado 379. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUN CIADOS%20APROVADOS.pdf/view. Acesso em: 12 de maio. 2018.

BRASIL, Conselho de Justiça Federal. Enunciado V. Jornada de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direitocivil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view. Acesso em: 07 de maio. 2018.

BRASIL. Exposição de Motivos da Lei 11.340/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm. Acesso em: 21 de agosto. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art1806. Acesso em: 04 de maio. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1.675.874 - MS (2017/01403043). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Terceira Seção. Data de Julgamento: 28/02/2018. Data de publicação: 08/03/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81004803&num_registro=201701403043&data=20180308&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 de junho. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 404706. SP 2002/0003753-9, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Data de Julgamento: 27/06/2002, 4ª Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 02/09/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 07 de maio. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 29 de maio. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 491. É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3055. Acesso em: 04 de maio. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.967**.** rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, Data de Julgamento: 11/11/2008, DJe: 28/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/02/2012. Data de Publicação: DJE de 01/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 59940/SP. 2ª Turma. Data de Julgamento: 01/01/1970, Relator Min. Aliomar Baleeiro, Data de Publicação: DJ 30/11/1966. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14569897/recursoextraordinario-re-59940-sp/inteiro-teor-103010612. Acesso em: 04 de maio. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. AC: 70058189457 RS. Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 26/03/2014, Nona Câmara Cível, Data De Publicação: Diário Da Justiça Do Dia 10/04/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista,13924220145120028. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 26/08/2015, 7 ª Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. 2289520145090005, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 21/10/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 26/08/2015, 7 ª Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2015.

BRASIL**.** Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: 1547001020105230036.

Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 29/04/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015)

CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher PCSVDF Mulher. Relatório Executivo II - Primeira Onda – 2016. **Violência Doméstica e seu Impacto no Mercado de Trabalho e na Produtividade das Mulheres**. p. 7. Disponível em: http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Relatorio-ViolenciaDomestica-e-seu-impacto-no-Mercado-de-Trabalho-e-na-Produtividade-das-Mulheres.pdf. Acesso em: 15 setembro. 2018.

CASSADO, Desirée da Cruz; GALLO, Alex Eduardo; ALBUQUERQUE, Lúcia Cavalcanti de. **Transtorno de Estresse Pós-Traumático em mulheres vítimas de violência doméstica: um estudo piloto**. Disponível em:

http://www.laprev.ufscar.br/documentos/arquivos/artigos/2003-cassado-gallo-ewilliams.pdf-1. Acesso em: 07 setembro. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 12. ed., Atlas: São Paulo, 2015, p. 102.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Convenção de Belém do Pará. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

Constituição Italiana. Disponível em: http://www.casacultureivrea.it/costituzione/portoghese.pdf. Acesso em: 22 de maio. 2018.

Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações**. Revista** Psiquiátrica. Rio Grande do Sul, n. 25, p. 10, abr. 2003. *Apud* SILVA, Artenira da Silva e BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. **Interfaces necessárias entre profissionais das varas de violência doméstica e de família: a reeducação do agressor como medida protetiva de urgência na proteção da mulher vítima de violência doméstica psicológica**.

Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 22, p. 115-136, jul./ago. 2017.

Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), p. 125. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/122766. Acesso em: 05 setembro. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias, ROSENVALD, Nelson. e BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 18. Apud VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A Responsabilidade Civil no âmbito do Direito das Famílias**. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br/handle/235/9708. Acesso em: 21 setembro. 2018.

FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. **A cláusula geral da tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civilconstitucional**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 14, n. 54, p.11-43, abr./jun. 2013. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77680. Acesso em 30 de maio. 2018.

FONSECA, Denire Holanda da, RIBEIRO Cristiane Galvão e LEAL Noêmia Soares Barbosa. **Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais**. Revista Psicologia & Sociedade, n. 24, p. 310, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/psoc/v24n2/07.pdf. Acesso em 06 setembro. 2018.

Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica**. Seminário de Capacitação para juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Disponível em http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf. Acesso em: 02 de agosto. 2018.

FRANÇA. Código Civil Francês. Disponível em: http://www.assembleenationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t04.pdf. Acesso em: 27 de junho. 2018.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214, 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37603. Acesso em: 21 de maio. 2018.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. **A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado**. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Escola de Magistratura da 15ª Região, Campinas, v. 6, n. 5, p. 167-182, set. 2010. p. 169. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37417>. Acesso em: 25 de maio. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo**. Novo Curso de Direito Civil**, volume 3: Responsabilidade Civil, 15ª Ed., Saraiva: São Paulo, 2017, p. 134.

In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 1675874/MS. 3ª Seção. Recurso especial. Relator Min. Rogerio Shietti Cruz. Data de Julgamento: 20/10/2017, Data de Publicação: DJ 24/10/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1669780&tipo=0&nreg=2017
01403043&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180308&formato=PDF&salvar=fals e. Acesso em: 10 de maio. 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Dano Existencial**. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/77311. Acesso em: 14 de maio. 2018.

MEICHENBAUM, Donald. Victims of Domestic Violence (Spouse Abuse) Em: Autor, A clinical Handbook/Practical Terapist Manual: For Assessing and Treating

Adults With PostTraumatic Stress Disorder (PTSD), p. 77-91. Waterloo, Ontario/Canadá: Institute Press, 1994. *Apud* CASSADO, Desirée da Cruz; GALLO, Alex Eduardo; ALBUQUERQUE, Lúcia Cavalcanti de. **Transtorno de Estresse Pós-Traumático em mulheres vítimas de violência doméstica: um estudo piloto**. Disponível em: http://www.laprev.ufscar.br/documentos/arquivos/artigos/2003-cassado-gallo-ewilliams.pdf-1. Acesso em: 07 setembro. 2018.

NETO, Amaro Alves de Almeida. **Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Privado: RDPriv, v.6, n. 24, p.21-53, out./dez. 2005. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751. Acesso em: 14 de maio. 2018.

NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 166. *Apud* FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214, 2010. Revista da EJUSE, Aracaju, n. 18, p. 181-197, 2013. p. 3. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37603. Acesso em: 27 de maio. 2018.

PASQUINELLI, Enrico. Danno esistenziale, in Persona e danno. vol. I, coordenado por Paolo Cendon, Milano: Giuffrè, 2004, p. 131-258. *Apud.* LOPEZ, Teresa Ancona. **Dano existencial**. Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014. p. 294. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77311. Acesso em: 23 de maio. 2018.

PEREIRA, TEPEDINO. **Responsabilidade Civil**, 11ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016, p. 78.

PORTUGAL. Código Civil Português. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&p agina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em 27 junho. 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 287/10.0. 1.ª Secção TBMIR. Data de Julgamento: 25/2/2014, S1, Relatora Maria Clara Sottomayor. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5ed9a82a69e6b5d38025 7c91003a2285?OpenDocument. Acesso em 27 junho. 2018.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23.05.2004 (Processo n. 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23.05.2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/05b2dd012966b

8e1802 56ed7003dea47?OpenDocument&Highlight=0,1152%2F04-2>. Acesso em: 25 de maio. 2018.

REIS, Clayton. **Dano Moral**, 5ª edição, Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 42.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região/Escola Judicial do TRT - 15ª Região; n. 47, jul./dez. 2015. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+47-2015.pdf/812615c9-d15b-42118979-6fdffdeb08d1. Acesso em: 21 setembro. 2018.

SANTANA, Agatha Gonçalves. **O dano existencial como categoria jurídica autônoma: um aporte a partir de um diálogo com os direitos humanos**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2017. Disponível em: http://www.ppgd.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses/Agatha.pdf. Acesso em: 17 setembro. 2018.

SANTOS, Dione Conceição dos. **Dano existencial como espécie autônoma de dano extrapatrimonial**. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: https://bit.ly/2zqhVcb. Acesso em: 21 setembro. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61 *Apud.* AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto.

Responsabilidade civil por violação dos direitos da personalidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 62, n. 442, p. 23-50, ago. 2014. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/91808. Acesso em 14 de maio. 2018.

SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia PL; FRANCA-JUNIOR, Ivan e PINHO, Adriana A. **Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde**. Rev. Saúde Pública 2002, vol.36, n.4, p. 471. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsp/v36n4/11766.pdf. Acesso em: 10 de setembro. 2018.

SILVA, Artenira da Silva e BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. **Interfaces necessárias entre profissionais das varas de violência doméstica e de família: a reeducação do agressor como medida protetiva de urgência na proteção da mulher vítima de violência doméstica psicológica**. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 22, p. 115-136, jul./ago. 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), p. 126. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/122766. Acesso em: 06 setembro. 2018.

SILVA, Luciene Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. **Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica**. Revista Interface. Botucatu, v. 11, n. 21, p. 92-104, jan./abr. 2007, p. 99.

SILVEIRA, Henrique Cardoso Costa. **A dignidade da pessoa humana e o dano existencial no direito do trabalho**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17439>. Acesso em: 21 setembro. 2018.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero "danos imateriais"**. Revista da AJURIS. v. 39, n. 127. setembro 2012. Disponível em http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/765/459. Acesso em: 28 de maio. 2018.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44, 46-47. *Apud.* FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214, 2010. Revista da EJUSE, Aracaju, n. 18, p. 181-197, 2013. p. 3. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37603. Acesso em: 27 de maio. 2018.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

SOBREIRA, Marcelo José de Araújo Bichara. **Responsabilidade civil por dano existencial: uma violação à autonomia privada = Civil liability for existencial damages: a breach to private autonomy**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Privado: RDPriv, São Paulo, v. 17, n. 722, p. 51-71, dez. 2016. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/107050. Acesso em: 30 de maio. 2018.

SOUZA, Anna Paula Lima de et al. **Body image of women who suffered physical violence**. Journal of Nursing UFPE on line, [S.l.], v. 12, n. 9, p. 2276-2282, setembro. 2018. ISSN 1981-8963. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaenfermagem/article/view/236462>. Acesso em: 14 setembro. 2018.

Stark, E. (2007). Coercive control: The entrapment of women in personal life. Oxford, England: Oxford University Press. *Apud* CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. **Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher PCSVDF Mulher. Relatório Executivo II - Primeira Onda – 2016. Violência Doméstica e seu Impacto no Mercado de Trabalho e na Produtividade das Mulheres**. p. 7. Disponível em:

http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/08/RelatorioViolencia-Domestica-e-seu-impacto-no-Mercado-de-Trabalho-e-na-Produtividade-dasMulheres.pdf. Acesso em: 15 setembro. 2018.

TAKOI, Sérgio Massaru. **Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, v. 17, n. 66, p. 293310, jan./mar. 2009. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/82815. Acesso em: 21 setembro 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 427

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10702120180311001. 1ª Câmara Cível. Relator: Eduardo Andrade. Julgado em: 17 de dezembro de 2013.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal Nº 70054963038, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 08/11/2013.

Tribunal Regional do Trabalho. 240024645892014524007. Relator: Ricardo Geraldo Monteiro Zandona, 2ª Turma, Data de Publicação: 02/06/2015. Disponível em: https://trt24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381916086/24645892014524007?ref=juris-tabs. Acesso em: 22 setembro. 2018.

Tribunal Regional do Trabalho. RO: 00207167220165040221, Data de Julgamento: 04/04/2018, 4º Turma.

Tribunal Superior do Trabalho. RR 1034742014515002. 2ª Turma. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Julgamento em: 4 de novembro de 2015.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A dignidade da pessoa humana como princípio universal**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 96. ano 24. p. 135. São Paulo: Ed. RT, jul-ago. 2016 *apud.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 435

MULTIPARENTALIDADE: RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Juliana Brelaz de Abreu

RESUMO

A multiparentalidade, que decorre da parentalidade socioafetiva, é a possibilidade de um indivíduo ter em seu registro de nascimento múltiplos ascendentes, ou seja, mais de um pai e/ou mais de uma mãe. Tal instituto foi reconhecido, baseado em legislação estrangeira, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 898.060/SC, tema da Repercussão Geral nº 622, em setembro de 2016, após diversas demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário visando ao seu reconhecimento e, principalmente, nos princípios da supremacia da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente. Ocorre que a fixação dessa tese para aplicação em casos semelhantes gerou algumas dúvidas de como o instituto da multiparentalidade deve ser utilizado e, em especial, os reflexos no campo do direito sucessório. Decorre disso, inclusive, a cautela demonstrada por alguns tribunais na aplicação da tese, para assentar a necessidade de uma detida análise do caso concreto que envolva conflito entre a paternidade socioafetiva e a biológica, rechaçando qualquer compreensão de que seja regra geral de aplicação indistinta. Nesse sentido, como a legislação pátria não aborda especificamente as regras para a multiparentalidade, tal encargo, atualmente, passou para a doutrina e jurisprudência, cabendo-lhes, assim, levarem a feito interpretações que subsidiem a resolução dos casos concretos, com o necessário reconhecimento de todos os direitos inerentes, em especial os direitos sucessórios. Diante desse quadro, apto a justificar uma análise mais detida da matéria, o presente trabalho tem como objetivo a discussão das consequências do reconhecimento da parentalidade socioafetiva (baseada na posse de estado de filho) de forma conjunta com a biológica e os seus efeitos nos direitos sucessórios.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Parentalidade socioafetiva. Direito das famílias. Direitos sucessórios.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a sociedade vivenciou mudança no conceito tradicional de família, ante a evolução, por exemplo, dos ideais sociais, das descobertas científicas e dos costumes.

Com efeito, se no conceito tradicional, a família era entendida como sendo formada somente como a união pelo matrimônio entre o homem e a mulher, hoje, entende-se que pode ser composta de vários modos, ainda que não esteja ligada ao matrimônio. Assim, família pode ser caracterizada pela união de um homem e uma mulher, dois homens, duas mulheres e, assim, uma criança pode ter dois pais e uma mãe, duas mães e um pai, duas mães e dois pais, e assim por diante, compondo um núcleo familiar.

Quando o mesmo pai ou a mesma mãe assume as três posições a solução é simples. O problema reside quando diferentes pessoas assumem os diferentes *status*, ou seja, um homem (ou mulher) cria o(a) filho(a), ao mesmo tempo outro(a) consta no registro civil e, por fim, outro(a) é o ascendente que contribuiu com material genético.

Naturalmente, diante de diversas possibilidades de formação familiar, surgiram dúvidas acerca do papel de cada membro da família, de cada ascendente e descendente, ou seja, quais direitos e deveres cada um tem nessa nova formação. Inclusive, sobre quem se qualifica como pai ou mãe: é quem cria, quem partilha material genético ou quem consta no registro civil.

Nesse contexto, após diversas demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário visando ao reconhecimento da multiparentalidade, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 898.060/SC[1], tema da Repercussão Geral nº 622, de setembro de 2016, reconheceu tal instituto, com fundamento em legislação estrangeira, pioneira no reconhecimento da parentalidade socioafetiva e da

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 898.060/SC.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21.09.2016. DJe-187 23.08.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 24 fev. 2018.

multiparentalidade, e, principalmente, nos princípios da supremacia da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

> A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos propostos

A fixação dessa tese para aplicação em casos semelhantes fez gerar algumas dúvidas sobre como o instituto da multiparentalidade deve ser utilizado e, em especial, sobre quais reflexos pode gerar no campo do direito sucessório. Decorre disso, inclusive, a cautela demonstrada por alguns tribunais na aplicação da tese, para assentar a necessidade de uma detida análise do caso concreto que envolva conflito entre a paternidade socioafetiva e a biológica, rechaçando qualquer compreensão de que seja regra geral de aplicação indistinta.

Nesse cenário, de forma objetiva, indaga-se essencialmente: quais seriam precisamente os direitos decorrentes do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, geradora da multiparentalidade no campo sucessório? Qual o momento e a forma ideal de ser realizar o ato de reconhecimento: voluntário ou judicial, em vida ou *post mortem*?

Como o reconhecimento da multiparentalidade é algo relativamente novo no Brasil, o legislador ainda não teve a chance de legislar sobre o tema, de modo que está sendo missão da doutrina e, principalmente, do judiciário resolver certos conflitos inerentes ao instituto para que, juntamente com o reconhecimento, sejam assegurados os efeitos jurídicos próprios, sem que o interesse patrimonial supere a essência da família e da sua constituição.

Assim, neste trabalho, a busca por responder os questionamentos acima passará, necessariamente, por fontes doutrinárias e jurisprudenciais. Deste modo, para atingir o objetivo proposto, enfrentando os problemas formulados, a metodologia empregada será, principalmente, a pesquisa em doutrinas e jurisprudências sobre a temática.

O capítulo 2 abordará os princípios norteadores do direito de família e sucessórios, bem como os que foram a base para o reconhecimento da multiparentalidade no Brasil.

O capítulo 3 abordará a multiparentalidade em si, iniciando com a parentalidade socioafetiva, para em seguida, sob o ponto de vista do direito comparado, trazer um panorama de como as legislações internacionais cuidam da matéria. Por fim, enfocando especificamente no direito pátrio, apresentará alguns julgados representativos da forma como os tribunais se posicionavam até o ano de 2016, marco do reconhecimento do instituto pelo STF.

O capítulo 4 buscará analisar os problemas propostos, discorrendo, por isso mesmo, sobre as formas de reconhecimento da parentalidade socioafetiva, formadora da multiparentalidade, além de perquirir quais os detentores da titularidade do direito de buscar o reconhecimento dessa parentalidade e os reflexos desse instituto nos direitos sucessórios, posto que envolve matéria de cunho patrimonial.

Por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MULTIPARENTALIDADE E DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Princípios são, em sua essência, preceitos norteadores, com ideia de origem, ponto de partida. Em contraste com as regras que, são "comandos definitivos", os princípios são "comandos de otimização", pois implicam na otimização da realização de atos, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Existem princípios formais e materiais, sendo que a diferença entre tais princípios se baseia no objeto da otimização.[2]

Nesse sentido, tem-se que os objetos de otimização dos princípios materiais se baseiam em certos conteúdos, tais como a vida, a igualdade, a liberdade de expressão, proteção ao meio ambiente, etc. Por outro lado, os princípios formais

[2] ALEXY, Robert. *Princípios formais*: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Livro Digital – acesso restrito.

"exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada", de sorte que se pode dizer, em resumo, que "os princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito"[3].

Esclareça-se que apesar de este trabalho tratar do instituto da multiparentalidade e direitos das sucessões, para uma análise e explicação eficazes, a seguir serão tratados alguns princípios norteadores, também, dos direitos das famílias e constitucionais, tendo em vista que a multiparentalidade se amolda em uma nova perspectiva de formação familiar e não é expressamente positivada no ordenamento jurídico, sendo, tão somente, uma construção doutrinária e jurisprudencial. Aliás, os contornos deste último aspecto serão abordados mais adiante.

2.1 Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana

Nos últimos tempos, a dignidade da pessoa humana[4] se transformou em um dos melhores exemplos de entendimento ético do mundo ocidental, sendo exteriorizada em inúmeros documentos internacionais, constituições nacionais, leis e decisões judiciais.[5]

A esse respeito, pertinente destacar que Immanuel Kant[6], ao estabelecer como imperativo categórico a liberdade do homem, entende que este deve ser entendido como um fim em si mesmo, razão pela qual lhe é atribuído valor absoluto:

---

[3] ALEXY, Robert. *Princípios formais*: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Livro Digital – acesso restrito.

[4] BARROSO, Luis Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. Ano 101. v. 919, p. 129, 2012.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 898.060/SC.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21.09.2016. DJe-187 23.08.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 24 fev. 2018.

[6] "Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst" – KANT, Immanuel. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. AA IV. Berlim: Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900. p. 429.

a dignidade, a qual juntamente com os direitos fundamentais, são as condições para exercer tal liberdade.

A ideia da proteção da dignidade da pessoa humana ganhou espaço desde a Segunda Guerra Mundial, como reação às políticas nazifascistas, tornando o que é hoje uma garantia contra práticas que buscam, em resumo, substituir o Estado de Direito pelo não Estado, ou, então, "pelo Estado do não-Direito, que busca transformar o Estado Democrático dos direitos sociais em Estado autoritário sem direitos"[7].

Contudo, foi com o Iluminismo que a ideia da centralidade do homem, ao lado do individualismo, do liberalismo, do desenvolvimento da ciência, da tolerância religiosa e da cultura dos direitos individuais emergiu, de modo que a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade gerou a capacidade do homem de romper a muralha do autoritarismo, da superstição e da ignorância, que o domínio da igreja sobre a fé e a religião fomentou nas sociedades medievais.[8]

É possível entender[9] que a dignidade da pessoa humana:

> Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem a necessária estima que merecem todas as pessoas como seres humanos.

O art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988[10] deixa expresso a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do

---

[7] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, a.2, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

[8] BARROSO, Luis Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais.* Ano 101. v. 919, p. 133-134, 2012.

[9] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 21, 2008.

Brasil. O Código Civil de 2002 surgiu no contexto da necessidade de severas modificações, principalmente, no âmbito do Direito de Família, que se mostrava extremamente ultrapassado e contra diversos princípios, dentre os quais o da dignidade humana.

O Min. Luiz Fux, ao relatar o RE 898.060/SC[11], consignou que a dignidade humana, no que tange ao Direito de Família, "exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais". No mesmo rumo, entendeu como subprincípio implícito da dignidade humana o denominado direito à busca da felicidade, nesses termos:

> Cuida-se, a busca da felicidade, de preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo-se não apenas as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, mas também que o Estado, então recém-criado, deveria atuar apenas na extensão em que essas capacidades próprias fossem respeitadas. Traduz-se em um mandamento a que o governo se abstenha de eleger finalidades a serem perseguidas nas mais diversas esferas da vida humana, bem assim a que não se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Nenhum arranjo político é capaz de prover bem-estar social em caso de sobreposição de vontades coletivas a objetivos individuais.

Desse modo, pode-se afirmar que tal subprincípio atua como uma proteção à pessoa humana diante das tentativas do Estado de impor modelos pré-concebidos pela lei.

Ilustrativamente, tem-se que a concepção de família passou, ao longo dos anos, por diversas evoluções, destacando-se atualmente a compreensão de que família não é mais aquela constituída somente dentro de um matrimônio, entre homem e mulher, e ligada a vínculo sanguíneo, entre pais e filhos. Com efeito, o

---

[10] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 898.060/SC.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21.09.2016. DJe-187 23.08.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 24 fev. 2018.

conceito de família vai além, tratando-se, pois, de "entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana".[12]

2.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente

Também denominado como princípio do interesse superior da criança e do adolescente, historicamente possui origem no instituto protetivo anglo-saxônico do *parens patrie*, no qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados ("menores e loucos"). [13] No século XVIII, os ingleses passaram a distinguir tal instituto separando a proteção infantil da proteção dos loucos, e passaram a entender que "o bem-estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais". Contudo, somente em 1836 foi efetivamente reconhecido na Inglaterra como princípio, sendo então denominado "*best interest"*.[14]

O *best interest* foi adotado pela comunidade internacional em 1959, por meio da Declaração dos Direitos da Criança[15]. Desse modo, não é de se estranhar a previsão, à época, na legislação brasileira, mais especificamente no art. 5º do Código de Menores[16], embora limitada às crianças e adolescentes em situação irregular[17],

[12] FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. V. 6. 7.ed. São Paulo: Atlas, p. 57, 2015.
[13] MACIEL, Kátia R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 9.ed. São Paulo: Saraiva,2016. P. 71.
[14] PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: *da teoria à prática. P. 217.* Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf>
[15] MACIEL, Kátia R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 9.ed. São Paulo: Saraiva,2016. P. 71.
[16] BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso: 28 fev. de 2018
[17] "Compreendia o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; o autor de infração penal e ainda todos os menores que presentassem 'desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária'. Vide: MACIEL, Kátia R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 9.ed. São Paulo: Saraiva,2016. P. 57.

no sentido de que "[...] Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. "

Como já abordado no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 alterou significativamente a matéria que trata de Direito de Família, principalmente no que tange à filiação, tratando os filhos sem qualquer discriminação e desigualdades oriundas do nascimento da criança, dentro ou não de uma relação matrimonial, incorporando em seu corpo a doutrina da proteção integral, adotada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.[18]

Justamente por isso, a essência do princípio em análise, localizada, mas não limitada, no art. 227, *caput*¸ da Constituição Federal de 1988[19], ganha contornos bem definidos também nos arts. 3º, 4º, 5º e 100, parágrafo único, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.1990)[20].

De fato, o princípio constitucional traz a seguinte dicção:

> Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifo nosso)

Por sua vez, os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente antes apontados assentam o seguinte:

> Art. 3º A criança e o adolescente **gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana**, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico,

[18] MACIEL, Kátia R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 9.ed. São Paulo: Saraiva,2016. P. 71.

[19] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[20] BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso: 28 fev. 2018.

> mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
>
> Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei **aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação** de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
>
> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.
>
> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
>
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)
>
> [...]
>
> IV - **interesse superior da criança e do adolescente**: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;
>
> (Grifos postos)

Como se pode notar, tais dispositivos visam a proteção integral da criança e do adolescente, considerando suas peculiaridades de pessoa humana em fase de desenvolvimento biopsíquico-funcional[21], ou seja, deixou de ser considerado um

[21] TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 10 – *acesso restrito*. "O texto da nossa lei está em consonância com as estipulações da Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em Resolução n. 44 da Assembleia-Geral, de 20 de novembro de 1989, assinada pelo Governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional

mero objeto para ser alçado à condição de sujeito de direito, merecedor de tutela jurisdicional prioritária.[22]

Assim, é de se concluir que o princípio em foco passou a ser um norteador, tanto para o legislador quanto para o aplicador da norma jurídica, pois determina a primazia das necessidades das crianças e dos adolescentes como critério interpretativo do Direito, até mesmo como parâmetro de elaboração de futuras inciativas legislativas[23], como foi no caso julgado no RE 898.060/SC, que gerou o tema de Repercussão Geral nº 622, que será estudado mais adiante.

2.3 Princípio da Igualdade

A dignidade humana tem o princípio da igualdade formal e substancial como suas maiores sustentações, de forma a impedir qualquer tipo de tratamento desigual entre os membros da família.[24]

Por seu turno, o princípio da igualdade, elencado no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 como direito fundamental representou um grande avanço do Direito Brasileiro, principalmente no que tange à filiação, pois não existe mais a distinção entre filiação legítima e ilegítima, presente no sistema anterior, que privilegiava a todo custo a "estabilidade no casamento".[25]

através do Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990 e finalmente promulgada pelo Decreto Executivo n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, tornando-se assim, norma cogente do direito positivo interno."

[22] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 80.

[23] MENEZES, Rita de Cassia Barros; NOGUEIRA JR., Gabriel Ribeiro. A Aplicabilidade do Princípio do Melhor Interesse da Criança em decisões de reconhecimento da pluriparentalidade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91a0ac7c34ea63ff> Acesso em: 18 fev. 2018.

[24] MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro Digital – acesso restrito.

[25] GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 6:* direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 87, 2017.

Ainda dentro do diploma constitucional[26], em seu art. 227, §6º, é possível observar, em caráter absoluto e inafastável, a igualdade entre os filhos, rechaçando-se qualquer tipo de discriminação:

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

Esse novo modo de pensar, com fundamento na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, trouxe também a igualdade entre os cônjuges, a qual, obviamente, não se limita a estes, devendo ser assegurada a todas as pessoas. Tal isonomia[27], que dispensa a celebração do matrimônio para merecer tratamento igualitário, como é possível observar com a união estável, é traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges ou companheiros, em que ambos são responsáveis pelo sustento, manutenção e administração do círculo familiar.

Outra mudança substancial e de muita importância para o ordenamento jurídico brasileiro, fundamentado também no princípio da igualdade, foi o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo pelo STF[28], no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, ambas no ano de 2011,

---

[26] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[27] MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro Digital – acesso restrito.

[28] BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277

bem como com o advento da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que garantiu aos casais homoafetivos o direito de realizarem casamento nos cartórios, no ano de 2013.[29]

2.4 Princípio da Responsabilidade e Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade é expresso na Constituição Federal de 1988, mais especificamente, no seu art. 3º, inciso I. Contudo, observa-se que antes de 1988, a acepção jurídica de solidariedade dizia respeito ao *corpus juris civilis*, no qual a "pluralidade subjetiva e unidade de objeto constituíam a essência do instituto da solidariedade no direito obrigacional".[30] No capítulo da CF/88 referente à família, esse princípio se mostra incisivamente como dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230).

A solidariedade, que se projetou para o mundo jurídico como categoria ética e moral, constitui um "vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. "[31]

No âmbito do Direito de Família, a solidariedade não diz respeito apenas à afetividade que une os membros da família, mas também estabelece uma forma especial de responsabilidade social aplicada à relação familiar, de forma a determinar "o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. "[32]

---

[29] MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil:* direito de família. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
[30] MORAIS, 2001, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Vol. V*. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017 – Acesso restrito.
[31] DENNINGER, 2003, apud LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 55, 2017.
[32] GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 6:* direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 99, 2017.

Diante disso, é possível se afirmar que a responsabilidade familiar é pluridimensional, responsabilidade essa que não fica adstrita somente ao campo da responsabilidade civil, passando "pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações". Assim, a família, "mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações".[33]

2.5 Princípio da Afetividade

A afetividade em nosso ordenamento jurídico se apresenta de duas maneiras, a saber: como princípio (que será tratado no presente tópico) e como uma relação (que será abordada mais à frente, quando se falar com mais vagar da multiparentalidade).[34]

A família da contemporaneidade não é somente aquela ligada por laços sanguíneos e matrimônio. Família é um fato, e a afetividade, por sua vez, contamina tal fato, gerando-a. Desse modo, afeto é um atributo essencial das relações familiares,[35] traduzindo-se na interação entre as pessoas, não necessariamente no amor, sendo somente um tipo afetivo positivo por excelência:[36]

> [...] o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até se oponha a ele uma aversão natural e invencível, é amor *prático* e não *patológico*, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em

[33] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 65, 2017.
[34] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade. São Paulo: Atlas, 2010, p. 176
[35] HIRONAKA, Giselda. Sobre peixes e afetos: Um devaneio acerca da ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.
[36] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 27

> princípios de ação e não em compaixão languida. E só esse amor é que pode ser ordenado.[37]

Ainda que não expresso na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, é possível afirmar que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana e que possui origem constitucional[38]:

> O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade. Encontram-se na CF quarto fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XXI: a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família, constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput).

A partir do momento que a família passou de um núcleo econômico e de reprodução para um vínculo afetivo, tornou-se menos hierarquizada e menos patrimonializada. O afeto, então, transformou-se em um valor jurídico e começou a ser, por assim dizer, o grande vetor e catalisador de toda a organização jurídica da família, de forma que sua importância levou novos conceitos à ordem jurídica, redirecionando o Direito de Família como a regulamentação das relações de afeto e suas consequências patrimoniais.[39]

---

[37] KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Edições 70, p. 30, 2007.
[38] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 25.
[39] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

No REsp nº 1026981, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi[40], é possível observar o valor jurídico da afetividade:

> A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas a intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

Nesse sentido, a igualdade da filiação, maternidade e paternidade socioafetiva e os vínculos de adoção são provas da importância do afeto nas relações humanas ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea.[41]

2.6 Princípio da Boa-fé

Boa-fé é a boa intenção de praticar determinado ato, sem o objetivo de engano e procedendo de acordo com o direito e a lei. Pode ser dividida em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. A primeira trata do comportamento ético que se espera das pessoas. É a demonstração do princípio fundamental da eticidade, que é a condição de lealdade das partes, estando no plano da conduta de fato. Já a boa-fé

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1026981/RJ. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 04/02/2010. DJe 23/02/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271026981%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271026981%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO>

[41] MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro Digital – acesso restrito.

subjetiva é aquela presente no plano da intenção, em uma situação psicológica, estado de espírito ou ânimo do sujeito. Em regra, "deriva da ignorância, escusável, do sujeito a respeito de determinada situação".[42]

Segundo a jurisprudência[43], é a boa-fé objetiva que deve guiar as relações familiares, "como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente".

No que tange à filiação socioafetiva:

> [...] A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e aparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família. 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. 5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar público sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de eu ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu proveito (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fornecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.[44]

Nesse sentido, na família socioafetiva, formada na prevalência dos laços afetivos, os responsáveis assumem plenamente a educação e a proteção da criança,

---

[42] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, p. 128, 2015

[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1025769/MG. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/08/2010, DJe 01/09/2010. Disponível em < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16088230/recurso-especial-resp-1025769-mg-2008-0017342-0/inteiro-teor-16088231?ref=juris-tabs>.

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1087163/RJ**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 18/08/2011, DJe 31/08/2011. Disponível em < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj/inteiro-teor-21086465?ref=juris-tabs>

criando-a como se fosse filho, ainda que exista vínculo jurídico ou biológico, assumindo todos os ônus e dando todo o afeto necessário. Logo, a relação socioafetiva é capaz de gerar direitos, obrigações, além de expectativas a serem preservadas pelo sistema jurídico.[45]

Então, é sob esse enfoque que atua a boa-fé objetiva na paternidade socioafetiva, para impedir que seja contrariado o afeto amanhado por longo período, com o fim de preservar as expectativas produzidas em decorrência da paternidade. Desse modo, a boa-fé objetiva proíbe a atuação negatória de paternidade, por representar um *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório) por parte do pai presumido, que, "rejeitando a condição que de fato exercera, viola a confiança do filho".[46]

A partir desse posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2007[47], segundo o voto do relator, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, entendeu que o pai que reconhece uma criança como se sua fosse, sabendo da inexistência de vínculo biológico, não pode arguir anulação de registro espontaneamente realizado, salvo nas hipóteses de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, de forma que a pretensão de anulação do ato de registro de um filho, tido como ideologicamente falso, só pode ser realizada por terceiros interessados, não sendo admitida a revogação do reconhecimento pelo próprio declarante.

Para o direito das sucessões, o princípio da boa-fé se faz fundamental para a interpretação das disposições de última vontade, assim como para assuntos

[45] GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família.* PUC/SP. São Paulo, p. 216, 2008.
[46] GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família.* PUC/SP. São Paulo, p. 217, 2008.
[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 234833/MG**. Quarta Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Data de Julgamento: 25/09/2007, DJe 22/10/2007. Acesso em < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8857757/recurso-especial-resp-234833-mg-1999-0093923-9/inteiro-teor-13944077>.

relacionados aos efeitos sucessórios do regime de bens adotado, bem como para outras questões específicas.[48]

2.7 Princípio da Saisine (Droit de Saisine)

De origem germânica, o *droit de saisine* foi incorporado pelo direito francês e depois positivado no Código Napoleônico de 1804.[49]

Na Idade Média, a posse dos bens do servo que morria era "devolvida" ao seu senhor, que exigia dos herdeiros do servo morto um pagamento para autorizar a imissão. A fim de defender os hipossuficientes dessa relação, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a aplicar a transferência imediata dos bens do servo aos seus herdeiros, com o seguinte brocado: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche.* Então, em meados do século XIII, o chamado *droit de saisine*, passou a pôr em prática o imediatismo da transmissão dos bens do morto aos seus herdeiros.[50] Trata-se, pois, do princípio norteador dos direitos sucessórios.

Tal princípio da transmissão *ex lege* dos bens hereditários aos sucessores universais do *de cujus* foi introduzido no ordenamento português pelo Alvará de 9 de novembro de 1954[51], que dali passou para o direito brasileiro, consolidado por

---

[48] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil:* direito das sucessões. v.7. 4.ed.São Paulo: Saraiva,2017, p. 58

[49] MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de Direito Civil:* Família e Sucessões – Vol. 5.

[50] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Vol. VI.* Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017 – Acesso restrito.

[51] *In verbis:* Eu El-Rey faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem, que querendo evitar os inconvenientes, que resultão de se tomares posses dos bens das pessoas que falecem, por outras ordinariamente estranhas, e a que não pertence a propriedade deles: Sou servido ordenar, que a posse Civil, que os defunetos em sua vida houverem tido passe logo nos bens livres aos herdeiros escritos, ou legítimos; nos vinculados ao filho mais velho, ou neto, filho do primogênito, e faltando este, ao irmão ou sobrinho; e sendo Morgado, ou Prazo de nomeação, à pessoa que for nomeada pelo defuncto, ou pela Lei.
A dita posse Civil terá todos os efeitos de posse natural, sem que seja necessário, que esta se tome; e havendo quem pretenda ter acção aos sobreditos bens, poderá deduzir sobre a propriedade somente, e pelos meios competentes; e para este efeito revogo qualquer Lei, Ordem, Regimento ou disposição de direito em contrário. Pelo que, mando, etc.
Dado em Lisboa aos 9 de Novembro de 1754 – *Com a assinatura de El- Rey, e a do Marques Mordomo Mór, Presidente*. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4pa1042.htm> acesso em 18.04.2018.

Teixeira de Freitas no art. 978 de sua *Consolidação das leis civis*, e atualmente se encontra presente no art. 1.784 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".[52]

Portanto, entende-se que o fenômeno da *saisine* de transferência imediata da herança aos herdeiros legítimos e testamentários exsurge através de uma ficção jurídica (*ficta iuris*), "cujo sentido primeiro é evitar que o patrimônio do morto, dele destacado com a morte, fique sem titular. "[53]

2.8 Princípio da Função Social da Herança

Define-se herança como o "conjunto de bens e direitos deixados por uma pessoa que faleceu. Engloba todo o patrimônio do *de cujus*, ativos e bens, assim como todas as suas dívidas e encargos".[54]

A herança é um direito fundamental garantido no art. 5º, XXX, da Constituição da República Federativa do Brasil. Sendo um direito fundamental, é direito de todos. Nesse passo, tem-se que tal direito deve ser interpretado em consonância com o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, com o Direito de Família e a concepção da socioafetividade, bem como com o direito de propriedade e a sua função social.

Tem como fundamentos e função social: a) a continuidade da vida humana, que é projetada nos herdeiros de forma que o patrimônio do autor da herança acompanhe seus herdeiros; b) o direito de propriedade individual, pois sabe-se que uma das características da propriedade é o seu caráter perpétuo, na medida em que

[52] RODRIGUES, Silvio. *Direito das Sucessões.* – V. 7. 26.ed. p. 15. São Paulo: Saraiva, 2003.
[53] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 69.
[54] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 368.

não se encerra com a morte do seu titular, transmitindo-se aos seus herdeiros; e c) a solidariedade, com fim de proteger, resguardar e perpetuar a família.[55]

3 MULTIPARENTALIDADE

3.1 Parentalidade Socioafetiva

Antes de adentrar no instituto da Multiparentalidade, deve-se analisar previamente, a questão que precedeu o seu reconhecimento, qual seja, a parentalidade socioafetiva. Para tanto, crucial também analisar, preliminarmente, os institutos do afeto, do parentesco e da filiação.

Com relação ao afeto, esclareça-se que o mesmo será tratado também como "afetividade, por três razões: 1) o significado de afeto se liga ao conceito de afetividade, que deriva do latim *afficere, afectum*, abrigando o sentido de produzir impressão; 2) liga-se ao termo do latim *affectus*, que significa tocar, comover o espírito, unir, fixar ou mesmo adoecer; 3) liga-se, também, ao termo do latim *afficere ad actio*, estabelecendo relação de proximidade com a ideia de afetividade, afeição, ligação.[56.57]

Feito esse breve esclarecimento, pode-se definir a afetividade como uma relação de cuidado ou carinho que uma pessoa tem para com outra de forma íntima ou querida, como um estado de espírito que permite ao ser humano externar seus sentimentos e emoções a outrem. Pode ser considerado também como "o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte da amizade mais aprofundada." [58]

[55] PEREA, Nayara M. A Função Social da Herança: *aplicação do princípio da boa-fé*. 2016. Disponível em <https://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/258660996/a-funcao-social-da-heranca> acesso em 18.04.2018.
[56] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana, Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 521.
[57] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias:* amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 19.
[58] MALUF, op.cit., p. 18.

No campo da psicologia, o termo afetividade[59]:

> É utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta perante determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio. Tem por constituinte fundamental um processo cambiante no âmbito das vivências do sujeito, em sua qualidade de experiências agradáveis ou desagradáveis. A afeição ligada à vinda de afeto é representada por um apego a alguém ou a alguma coisa, gerando carinho, saudade, confiança ou intimidade. Representa o termo perfeito para representar a ligação especial que existe entre duas pessoas. É, por conseguinte, um dos sentimentos que mais gera autoestima entre pessoas, principalmente a jovens e as idosas, pois induz à produção de oxitocina, hormônio que garante no organismo a sensação perene de bem-estar. Pode, ainda, ser definido como um conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. Do ponto de vista da psicologia e da psicanálise, o afeto terá diversos entendimentos, tendo em vista a existência de diversas teorias e os enfoques na compreensão da natureza psíquica do ser humano. De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.

O Código Civil, no art. 1.593[60], expõe as espécies de parentesco, sendo elas, natural ou civil, que são resultantes de relações de consanguinidade ou de outra origem, e a doutrina vem identificando elementos para que a jurisprudência interprete o dispositivo de forma a abranger as relações de parentesco por afinidade.[61]

[59] MALUF, op.cit., p. 19.
[60] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.
[61] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro:* direito de família. 14.ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. v.6, p. 311.

Nesse sentido, consoante o Enunciado 256 do Conselho da Justiça Federal (CJF)[62], é possível observar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco:

> Enunciado 256 do CJF – art. 1.593. A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Parentesco, derivado do latim popular *parentatus*, de *parens*, no sentido jurídico reflete a relação ou a ligação jurídica entre pessoas unidas pelo indício de fato natural (nascimento) ou de fato jurídico (casamento, adoção).[63] Desse modo, ainda que a expressão *parentesco* remeta preliminarmente a uma relação consanguínea, no âmbito jurídico, pode abranger relações ou nexos entre pessoas ligadas pelo afeto e não somente pelo sangue. Nesse contexto, ao se levar em conta a origem, podem ser extraídas três modalidades de parentesco[64]:

> *Parentesco consanguíneo ou natural* – aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou de sangue, ou seja, que descendem de um ancestral comum, de forma direta ou indireta. O termo *natural* é criticado por alguns, pois trata a ideia de que as outras modalidades de parentesco seriam *artificiais*.
>
> *Parentesco por afinidade* – existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. Lembre-se que marido e mulher e companheiro não são parentes entre si, havendo vínculo de outra natureza, decorrente da conjugalidade ou convivência. A grande inovação do Código Civil de 2002 é reconhecer o parentesco por afinidade decorrente da união estável (art. 1.595 do CC). O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro (art. 1.595, §1º). Na linha reta, até o infinito, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. Por isso, repise-se, é que se afirma que *sogra é para a vida inteira.*
>
> *Parentesco civil* – aquele decorrente de outra origem, que não seja a consanguinidade ou a afinidade, conforme estabelece o art. 1.593 do CC.

[62] Enunciado CJF nº 501. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>.
[63] SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 32. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 – acesso restrito.
[64] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 410.

Na Antiguidade, o parentesco era formado pela comunidade dos mesmos deuses domésticos, onde o princípio do parentesco não estava fundado no ato material do nascimento e sim no culto, na religião doméstica. Contudo, o parentesco se restringia somente aos indivíduos do sexo masculino quando tinham os mesmos deuses, o mesmo lar e o mesmo banquete fúnebre, de forma que as mulheres não transmitiam nem a existência, nem o culto, somente renunciavam de modo absoluto, durante os ritos matrimoniais, à própria família e aos seus deuses, passando a cultuar os banquetes fúnebres dos antepassados do esposo.[65]

A visão moderna de parentesco no Direito de Família se baseia na existência de um núcleo familiar unido mediante "relações de afeto, solidariedade e amor, que buscam a realização da dignidade da pessoa humana, como outras formas de família merecedoras da proteção do Estado".[66]

> Sendo assim, não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico. Mas de uma relação que, quando moldada por comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos. Por isso, não podemos falar em direito ou dever de afeto. Mas devemos valorizar as manifestações exteriores – condutas e comportamentos – que traduzam a existência do afeto em determinadas relações.[67]

Assim, não prospera a ideia tradicional de que somente os laços biológicos que moldam a relação familiar seriam aptos à criação de vínculo familiar. A afetividade, também, faz parte da criação do vínculo, pois o afeto conserva a realidade fática dentro de uma relação, seja ela filial ou não, biológica ou não.

Contudo, a ideia de igualdade de filiação nem sempre foi adotada no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916 trazia diferenças entre os

---

[65] COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *Cidade Antiga*. Título original: *La Cité Antique – Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>

[66] LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Nulidade relativa do casamento e seus prazos. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu et al. (Org.). *Direito de família no novo milênio:* estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

[67] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade. São Paulo: Atlas, 2010, p. 177

filhos, classificando-os em filhos legítimos e ilegítimos[68], com relação direta ao casamento dos pais no momento da concepção. Ou seja, os legítimos eram os filhos resultantes de relações matrimoniais válidas ou posteriormente anuladas ou nulas, desde que contraídas de boa-fé, já os filhos ilegítimos eram aqueles que advinham de relações extramatrimoniais.[69]

A promulgação da Constituição de 1988 fez com que o Direito de Família alcançasse grandes transformações, fixando novos paradigmas e, consequentemente, constitucionalizando-o, principalmente com o fim de eliminar discriminações, que marginalizavam famílias constituídas fora do casamento, tudo isso com base no princípio da dignidade da pessoa humana.[70]

Ainda antes do Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) recepcionou o princípio da igualdade absoluta de direitos entre os filhos:

> Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Em que pese esse panorama normativo, até poucos anos atrás, somente era admitida a investigação de paternidade biológica, sem a valorização do vínculo socioafetivo. Nessa esteira, somente com o passar do tempo, no contexto de mudanças no modo de pensar da sociedade e do judiciário, o vínculo de afetividade nas relações familiares passou a ser valorizado, ocorrendo uma redefinição do próprio conceito de filiação.[71]

Nesse sentido, a filiação, nos olhares da modernidade, pode ser conceituada como uma relação jurídica proveniente de um parentesco por consanguinidade ou outra origem, constituída, em especial, entre os ascendentes e descendentes de

[68] Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa-fé.
[69] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro:* direito de família. 14.ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. V.6, p. 313.
[70] NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, v.5:* direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[71] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 54.

primeiro grau. Em resumo, trata-se de uma relação presente entre os pais e os filhos.[72]

Vimos que, em primazia aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não pode haver distinção entre filhos, ainda que não seja filho de sangue. Dentro dessa compreensão, pode-se afirmar que a posse de estado de filho determina a parentalidade socioafetiva, pois é a partir dela que se caracteriza uma relação "afetiva, íntima e duradoura", verificada pela reputação em frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai (*tractatus, fama e nomen*)[73]:

> 1) *Tractatus:* o tratamento dos pais para com os filhos, garantindo-lhes a educação, subsistência, etc.;
> 2) *Fama ou Reputatio:* conhecimento da situação diante a sociedade;
> 3) *Nomen ou Nominatio:* o indivíduo use o nome da pessoa a que atribui a paternidade/maternidade.

A parentalidade socioafetiva teve sua relevância confirmada na *IV Jornada de Direito Civil*, em 2006, com a aprovação do Enunciado nº 339 do CJF, afirmando que "A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho". Depois, em 2011, na *V Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado nº 519 do CJF, nos seguintes dizeres:

> O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para eu produza efeitos pessoais e patrimoniais.

A essa altura, a conceituação de multiparentalidade se faz importante no presente trabalho tendo em vista ser uma "novidade jurídica", finalmente reconhecida em 2016, através do RE 898.060/SC.

---

[72] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 417.
[73] CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38.

Nesse caminhar, a multiparentalidade, também denominada de "pluriparentalidade", pode ser conceituada pela própria palavra, em que *multi ou pluri* significa "mais de um, vários" e *parentalidade* significa, em resumo, "relação entre pais e filhos". Logo, é a "possibilidade de reconhecimento jurídico de dois pais ou duas mães: um biológico e outro afetivo", produzindo os efeitos jurídicos em relação a todos eles.[74.75]

3.2 Direito Comparado

O instituto da multiparentalidade não foi uma inovação do judiciário brasileiro. Dentro da análise do Direito Comparado, no que tange ao reconhecimento da paternidade, é possível verificar diversos modos de pensamento.

No Reino Unido, a legislação inicial que previa a presunção de paternidade se mostrava bastante rígida, em que o pai, para ter como desconsiderada tal paternidade, deveria comprovar que esteve fora do Reino Unido ("além dos quatro mares") por mais de nove meses, durante o período gestacional de sua esposa. Se conseguisse comprovar, a criança teria a designação *filius nullius* ou "filho de ninguém", era considerada, portanto, ilegítima.[76]

Com o passar do tempo, o Reino Unido modificou seus métodos de presunção de paternidade, tendo como marco central o *Children Act 1989*, que se mostrava mais fundamentado para a realidade da família da época.

De fato, tal lei introduz o conceito de responsabilidade parental beneficiando as crianças e atribui automaticamente paternidade ao pai solteiro que, em conjunto com a genitora, registra o nascimento de um filho. A referida lei não prevê o duplo registro contendo pai biológico e socioafetivo, além de apresentar uma forte

[74] CARNEIRO, Aline Barradas. A possibilidade jurídica da pluriparentalidade. Bahia Notícias. Artigos. Jun. 2009. Disponível em: <https://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/8-a-possibilidade-juridica-da-pluriparentalidade.html>, acesso em 17 de abril de 2018.
[75] LOBO, Paulo. *Direito Civil:* famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital – acesso restrito.
[76] MCGINNIS, Sarah. You Are Not The Father: How State Paternity Laws Protect (And Fail To Protect) The Best Interests of Children. Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 16, Iss. 2 [2008], Art. 4

inclinação do país para evitar a intervenção dos tribunais em questões de família, a menos que seja absolutamente necessário, dando preferência para que as famílias resolvam sozinhas seus conflitos.

Com a emenda ao *Children Act 1989* efetivada pela Lei de Adoção e Crianças de 2002, o pai solteiro pode se estabelecer pai legal do filho por meio de um "termo de responsabilidade", desde que assim o queira, desconsiderando a vontade da criança.[77]

Por sua vez, o Código Civil francês de 1972 apresenta, expressamente, o regramento no que tange à posse de estado de filho, gerando efeitos da filiação, podendo ser uma expressão de socioafetividade nesse país.[78] Tal regra está presente no artigo 311-1[79] do referido código, em que é possível verificar que a "posse de estado é estabelecida por fatos suficientes que relevam a conjugação da filiação com o parentesco entre uma pessoa e a família da qual ela se diz pertencer."[80]

Em tradução livre ao referido dispositivo, os fatos são: 1º) que a pessoa tenha sido tratada pela (s) pessoa (s) da família como se pertencente dela fosse, como pais e filho; 2º) com essa qualidade, contribuam para sua educação, sua manutenção e seu estabelecimento; 3º) que essa pessoa seja reconhecida como seu filho pela sociedade e a família; 4º) que essa pessoa seja reconhecida como tal pela autoridade pública; 5º) que seja conhecida na sociedade pelo nome da família. Ademais, esses fatos são

[77] PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: *da teoria à prática.* Anais IBDFAM. P. 217.

[78] CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 98.

[79] La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont : 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ; 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=83F4A67D7C037A05FA32D934FEE6FD27.tplgfr31s_2?idArticle=LEGIARTI000006424652&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte=> Acesso em 25.05.2018

[80] CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 99.

complementados pelo art. 311-2, em que a posse de estado deve ser contínua, pacífica, pública e duradoura.

Ressalta-se que a reforma do Código de Civil francês ocorrida em 2006 modificou os arts. 311-1 e 311-2,[81] para estabelecer fatos que revelam o parentesco pela posse de estado de filho, relevando os fenômenos *tratactus, fama e nomen.* Outro país com posicionamento similar ao da França é a Bélgica, que, no art. 331 do seu Código Civil, utiliza-se dos fenômenos acima elencados para determinar o parentesco pela posse de estado de filho. [82] Desse modo, é possível imaginar que, em breve, tais países irão, definitivamente, normatizar a parentalidade socioafetiva e consequentemente a multiparentalidade em seus ordenamentos jurídicos.

Nos Estados Unidos, as primeiras leis americanas que tratavam sobre o tema buscavam tratar as crianças "ilegítimas" e seus pais de forma mais branda do que as leis britânicas. Com o advento do teste de DNA, na década de 1970, as crianças ilegítimas começaram a ganhar mais espaço e as leis estaduais passaram a mudar seus focos, no intuito de proteger os direitos dos pais e os melhores interesses das crianças, independentemente das circunstâncias que geraram o seu nascimento.[83]

Em uma tentativa de promover igualdade para todas as crianças, independentemente do estado civil dos pais, foi criado, originalmente em 1973, o *Uniform Parentage act ("UPA")*, pela Conferência Nacional de Comissários sobre

[81] Article 311-2. Les principaux de ces faits sont: Que l'individu a toujours porté le nom de ceux dont on le dit issu; Que ceux-ci l'ont traité comme leur enfant, et qu'il les a traités comme ses père et mère; Qu'ils ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien et à son établissement; Qu'il est reconnu pour tel, dans la société et par la famille; Que l'autorité publique le considère comme tel. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=83F4A67D7C037A05FA32D934FEE6FD27.tplgfr31s_2?idArticle=LEGIARTI000006424664&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte=20060630>. Acesso em 29.05.2018

[82] CASSETTARI. Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 100.

[83] PEREIRA. Op. Cit., p. 218

Leis Estaduais Uniformes, sendo tal ato retrabalhado em 2000 e em 2017, para refletir as mudanças na sociedade.[84]

Inicialmente, muitos Estados aderiram à "UPA" de 1973, incorporando algumas ou todas as suas diretrizes em seus estatutos e leis de família existentes. Atualmente, com as recentes modificações em 2017, poucos foram os Estados que já se pronunciaram quanto à introdução das modificações.[85]

Por pertinente, veja-se que o art. 6º da "UPA" trata do procedimento de reconhecimento do parentesco, que pode ser iniciado para investigação de parentesco de uma criança. Apesar de não relatar explicitamente a possibilidade da multiparentalidade, o texto traz no art. 3º a problemática do tema, dando a liberdade aos tribunais para proceder ao julgamento levando em consideração as peculiaridades do caso.[86]

Logo, no bojo do Direito Comparado, a multiparentalidade pode ser relacionada pelo conceito de *dual paternity (dupla paternidade)*, que foi uma construção da Suprema Corte do Estado de Louisiana, Estados Unidos, na década de 1980, no intuito de acolher tanto o melhor interesse da criança quanto o direito do genitor à declaração da paternidade.[87]

---

[84] MCGINNIS, Sarah. You Are Not The Father: How State Paternity Laws Protect (And Fail To Protect) The Best Interests of Children. Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 16, Iss. 2 [2008], Art. 4

[85] Estados Unidos. *Uniform Parentage act*, 2017. Disponível em <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/UPA2017_Final_2017sep22.pdf> acesso em: 19 de maio de 2018

[86] Estados Unidos. *Uniform Parentage act.*, 2017. Disponível em < http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/UPA2017_Final_2017sep22.pdf> acesso em: 20 de maio de 2018

[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 898.060.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21.09.2016. DJe-187 23.08.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 24 fev. 2018.

Em tradução livre ao art. 134[88] do Código Civil de Louisiana (Estados Unidos da América), temos, explicitamente, a importância do princípio do melhor interesse da criança:

> Art. 134. Fatores para determinar o melhor interesse da criança.
>
> O tribunal deve considerar todos os fatores relevantes para determinar o melhor interesse da criança. Tais fatores podem incluir:
>
> (1) O amor, carinho e outros laços emocionais entre cada parte e a criança.
>
> (2) A capacidade e disposição de cada parte em dar amor, afeição e orientação espiritual à criança e continuar a educação e criação da criança.
>
> (3) A capacidade e disposição de cada parte de fornecer à criança alimentos, roupas, cuidados médicos e outras necessidades materiais.
>
> (4) O tempo que a criança viveu em um ambiente estável e adequado e a convivência de manter a continuidade desse ambiente.
>
> (5) A permanência, como unidade familiar, da casa ou casas custodiais existentes ou propostas.
>
> (6) A aptidão moral de cada parte, na medida em que afeta o bem-estar da criança.
>
> (7) A saúde mental e física de cada parte.
>
> (8) A história da casa, da escola e da comunidade da criança.

[88] Art. 134. Factors in determining child's best interest. The court shall consider all relevant factors in determining the best interest of the child. Such factors may include:(1) The love, affection, and other emotional ties between each party and the child; (2) The capacity and disposition of each party to give the child love, affection, and spiritual guidance and to continue the education and rearing of the child; (3) The capacity and disposition of each party to provide the child with food, clothing, medical care, and other material needs. (4) The length of time the child has lived in a stable, adequate environment, and the desirability of maintaining continuity of that environment.(5) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home or homes.(6) The moral fitness of each party, insofar as it affects the welfare of the child. (7) The mental and physical health of each party. (8) The home, school, and community history of the child. (9) The reasonable preference of the child, if the court deems the child to be of sufficient age to express a preference. (10) The willingness and ability of each party to facilitate and encourage a close and continuing relationship between the child and the other party. (11) The distance between the respective residences of the parties. (12) The responsibility *for* the care and rearing of the child previously exercised by each party. Disponível em: < https://legis.la.gov/legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent>

(9) A preferência razoável da criança, se o tribunal considerar que a criança tem idade suficiente para expressar uma preferência.

(10) A vontade e capacidade de cada parte para facilitar e encorajar uma relação estreita e contínua entre a criança e a outra parte.

(11) A distância entre as respectivas residências das partes.

(12) A responsabilidade pelo cuidado e educação da criança previamente exercida por cada parte.

Contudo, antes, o Estado de Louisiana tinha um tratamento historicamente severo a respeito de crianças ilegítimas, pois acreditava na promoção da unidade familiar. A título de exemplo, até 1981, as disposições do Código Civil daquele Estado proibiam os pais com descendentes, ascendentes ou colaterais legítimos, ou um cônjuge sobrevivente de legar em testamento uma doação *post mortem* à sua descendência ilegítima.[89]

Assim, com os estigmas sociais e legais ligados à ilegitimidade, os Tribunais aplicavam, de forma rigorosa, a presunção de paternidade presente no art. 184 do Código Civil de Louisiana, em que se considera pai o marido da mãe que concebeu filhos durante o casamento. Tal dispositivo tinha o objetivo de proteger as crianças inocentes contra ataques à sua paternidade.[90]

A primeira noção de dupla paternidade em Louisiana se deu no caso *Warren v. Richard (296 So.2d 813)*, em 1974, com a conclusão de que a presunção do art. 184 não impedia que um filho recuperasse a legitimidade de filiação de seu pai biológico já morto, embora, ao mesmo tempo, fosse filho legítimo de outro homem sob os efeitos da lei. Assim, a tendência jurisprudencial que se seguiu permitiu que

[89] COURT LISTENER. SUPREME COURT OF LOUISIANA. *SMITH V. COLE, 553 So. 2d 847 (La. 1989)*. 11 de dezembro de 1989. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1670353/smith-v-cole/>

[90] COURT LISTENER. SUPREME COURT OF LOUISIANA. *SMITH V. COLE, 553 So. 2d 847 (La. 1989)*. 11 de dezembro de 1989. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1670353/smith-v-cole/>

os filhos legítimos estabelecessem sua verdadeira ascendência, não obstante as presunções legais do art. 184.[91]

Em 1989, o Tribunal do Estado de Louisiana, no caso *Smith v. Cole* (553 So.2d 847, 848)[92], aplicou o conceito da *dual paternity* com o fim de determinar que a criança nascida durante o casamento da genitora com homem que não seja o pai biológico pode ter a paternidade reconhecida em relação às duas figuras paternas (biológico e socioafetivo), sendo que ambos os pais terão as respectivas obrigações paternas, sem gerar benefícios ao pai biológico anteriormente não reconhecido.[93]

Posteriormente, em 1999, o mesmo tribunal do estado americano, no caso *T.D., wife of M.M.M. (730 So. 2d 873)*, assentou (em tradução livre)[94]:

> [...] o direito do pai biológico à declaração do vínculo de filiação em relação ao seu filho, ainda que resulte em uma dupla paternidade. Ressalvou-se, contudo, que o genitor biológico perde o direito à declaração da paternidade, mantendo as obrigações de sustento, quando não atender ao melhor interesse da criança, notadamente nos casos de demora desarrazoada em buscar o reconhecimento do status de pai ("a biological father who cannot meet the best-interest-of-the-child standard retains his obligation of support but cannot claim the privilege of parental rights").

Esses posicionamentos inovadores provocaram a revisão do Código Civil do Estado de Louisiana a partir do ano de 2005, quando então passou a reconhecer tal instituto nos seus arts. 197 e 198. Diante disso, o Estado de Louisiana se tornou o

[91] COURT LISTENER. SUPREME COURT OF LOUISIANA. *SMITH V. COLE, 553 So. 2d 847 (La. 1989).* 11 de dezembro de 1989. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1670353/smith-v-cole/>

[92] COURT LISTENER. SUPREME COURT OF LOUISIANA. *SMITH V. COLE, 553 So. 2d 847 (La. 1989).* 11 de dezembro de 1989. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1670353/smith-v-cole/>

[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 898.060/SC.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21.09.2016. DJe-187 23.08.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 24 fev. 2018.

[94] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 898.060/SC.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21.09.2016. DJe-187 23.08.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 24 fev. 2018.

primeiro Estado norte-americano a permitir que um filho tenha dois pais, tendo ambos as devidas responsabilidades paternas para com o filho.[95]

> Art. 197[96]. A ação da criança para estabelecer a paternidade; prova; período de tempo.
>
> Uma criança pode instituir uma ação para provar a paternidade, embora ela seja considerada filha de outro homem. Se a ação for instituída após a morte do suposto pai, a criança deverá provar a paternidade por meio de provas claras e convincentes.
>
> Apenas para fins de sucessão, esta ação está sujeita a um período peremptório de um ano. Este período peremptório começa a correr a partir do dia da morte do suposto pai.
>
> Atos 2005, nº 192, §1, eff. 29 de junho de 2005
>
> Art. 198[97]. A ação do pai para estabelecer a paternidade; período de tempo.
>
> Um homem pode instituir uma ação para estabelecer sua paternidade a um filho a qualquer momento, exceto conforme disposto neste artigo. A ação é estritamente pessoal.
>
> Se a criança é presumida como filha de outro homem, a ação deve ser instituída dentro de um ano a partir do dia do nascimento da criança. No entanto, se a mãe, de má fé, enganou o pai da criança em relação à sua paternidade, a ação deve ser instituída no prazo de um ano a partir do dia em que o pai soube ou deveria saber da sua paternidade, ou dentro de

[95] McGINNIS, Sarah. You Are Not The Father: How State Paternity Laws Protect (And Fail To Protect) the Best Interests of Children. In: Journal of Gender, Social Policy & the Law, v. 16, issue 2, 2008, pp. 311-334

[96] Art. 197. Child's action to establish paternity; proof; time period
A child may institute an action to prove paternity even though he is presumed to be the child of another man. If the action is instituted after the death of the alleged father, a child shall prove paternity by clear and convincing evidence.
For purposes of succession only, this action is subject to a peremptive period of one year. This peremptive period commences to run from the day of the death of the alleged father.
Acts 2005, No. 192, §1, eff. June 29, 2005. Disponível em: <https://legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=109221>

[97] Art. 198. Father's action to establish paternity; time period. A man may institute an action to establish his paternity of a child at any time except as provided in this Article. The action is strictly personal. If the child is presumed to be the child of another man, the action shall be instituted within one year from the day of the birth of the child. Nevertheless, if the mother in bad faith deceived the father of the child regarding his paternity, the action shall be instituted within one year from the day the father knew or should have known of his paternity, or within ten years from the day of the birth of the child, whichever first occurs. In all cases, the action shall be instituted no later than one year from the day of the death of the child. The time periods in this Article are peremptive. Amended by Acts 1944, No. 50; Acts 1948, No. 482, §1; Acts 1979, No. 607, §1; Acts 2005, No. 192, §1, eff. June 29, 2005. Disponível em: <https://legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=109232>

> dez anos a partir do dia do nascimento da criança, o que ocorrer primeiro.
>
> Em todos os casos, a ação deve ser instituída no prazo máximo de um ano a partir do dia da morte da criança.
>
> Os períodos de tempo neste artigo são peremptórios.
>
> Emendado por Atos 1944, nº 50; Atos 1948, nº 482, §1; atos 1979, nº 607, §1; Atos 2005, nº 192, §1, eff. 29 de junho de 2005.
>
> (Grifos postos)

Ademais, cabe observar que a legislação americana estipula prazo para o reconhecimento póstumo da paternidade, inclusive quando se busca direitos sucessórios do suposto pai, quando este já faleceu.

3.3 Direito Brasileiro

Antes do reconhecimento da multiparentalidade no direito nacional, a jurisprudência consagrava a máxima de que a "parentalidade socioafetiva prevalece sobre a biológica" em casos de negatória de paternidade[98]. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS)[99] foi pioneiro na análise do tema:

> Apelação cível. Ação anulatória de registro civil. Conforme precedentes desta corte, o reconhecimento espontâneo no ato registral estabelece uma filiação socioafetiva, com os mesmos efeitos da adoção, e como tal irrevogável. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida. Recurso desprovido. (TJRS, Processo 70009804642, Comarca de Tupanciretã, 17.02.2005, 8ª Câmara Cível, Rel. Juiz Alfredo Guilherme Englert).
>
> (Grifos postos)

[98] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 183

[99] PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70009804642. Apelante: N.S.O. Apelado: Y.C.O.R.P.S.M.N.B.J.C. Oitava Câmara Cível. Comarca de Tupanciretã. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70009804642%26num_processo%3D70009804642%26codEmenta%3D1016131++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel&ie=UTF-8&proxystylesheet=tjrs_index&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70009804642&comarca=Comarca%20de%20Tupanciret%C3%A3&dtJulg=17/02/2005&relator=Alfredo%20Guilherme%20Englert&aba=juris>.

O Tribunal de Justiça paulista (TJ/SP)[100], do mesmo modo, também deu espaço à parentalidade socioafetiva, prevalecendo, na oportunidade, sobre o vínculo biológico:

> Registro civil. Assento de nascimento. Ação de nulidade cumulada com declaração de inexistência de parentesco e de invalidade de cláusula testamentária que atribui à ré bens do acervo do espólio. Alegação de inexistência de consanguinidade entre 'pai' e 'filha' voluntariamente reconhecida em ato notarial. Não reconhecimento. Ausência de prova taxativa da paternidade pela recusa da ré a submeter-se à perícia técnica pelo sistema de 'DNA'. **Ampla comprovação, porém, da relação de afeto e desvelos entre 'pai' e 'filha' suficientes para caracterizar a chamada paternidade socioafetiva. Evolução do Direito do conceito de paternidade, que em busca da formação de uma sociedade mais humana e solidária, erigiu à condição de pai, atribuindo-lhe direitos e obrigações, não só aquele que contribuiu geneticamente para o nascimento, mas também aquele que por seus atos revelem o desejo de sê-lo.** Inequívoca intenção do falecido, ademais, de amparar financeiramente a recorrida após a sua morte. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (TJSP, Apelação Cível 370.957-4/6, Comarca de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Galdino Toledo Júnior, j. 05.09.2006, v.u., Voto 1.352)
>
> (Grifos postos)

O posicionamento não foi diferente no Tribunal de Justiça fluminense (TJ/RJ), de acordo com a jurisprudência exposta a seguir:

> Ação de adoção. Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção póstuma. Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 42, par. 5. Interpretação extensiva. Abrandamento do rigor formal, em razão da evolução dos conceitos de filiação socioafetiva e da importância de tais relações na sociedade moderna. **Precedentes do STJ. Prova inequívoca da posse do estado de filho em relação ao casal. Reconhecimento de situação de fato preexistente, com prova inequívoca de que houve adoção tácita, anterior ao processo, cujo marco inicial se deu no momento em que o casal passou a exercer a guarda de fato do menor. Princípio da preservação do melhor interesse da criança, consagrado pelo ECA. Reconhecimento da maternidade para fins de registro de**

[100] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 370.957-4/6, Comarca de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Galdino Toledo Júnior, j. 05.09.2006, v.u., Voto 1.352.

> **nascimento.** Provimento do recurso. Precedente citado: STJ REsp 457635/PB, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 19/12/2002. (TJRJ, Apelação Cível 2007.001.16970, São João de Meriti, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 13.06.2007, DORJ 11.10.2007)
>
> (Grifos postos)

Apesar do reconhecimento da parentalidade socioafetiva por diversos tribunais brasileiros, a ideia do duplo registro, que gera a multiparentalidade, era algo considerado "impossível" na jurisprudência, mesmo por aquela do TJ/RS, como visto pioneiro no reconhecimento da multiparentalidade[101]:

> Apelação cível. Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva. Efeitos meramente patrimoniais. Ausência de interesse do autor em ver desconstituída a paternidade registral. Impossibilidade jurídica do pedido. Considerando que o autor, embora alegue a existência de paternidade socioafetiva, não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico, **o pedido configura-se juridicamente impossível, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais.** Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida de ofício. Processo extinto. Recurso prejudicado. (TJRS; Apelação Cível 70027112192; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 2.4.2009)
>
> (Grifos postos)

Contudo, os tribunais continuaram a debater a matéria, sendo que o Tribunal de Justiça gaúcho mais uma vez, como pioneiro na discussão do tema, entendeu que nem a paternidade socioafetiva nem a biológica devem prevalecer uma à outra, ou

[101] PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70027112192. Oitava Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Apelante: S.O.K. Apelado: S.N.A.S. Disponível em : <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027112192%26num_processo%3D70027112192%26codEmenta%3D2830556++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel+inmeta:adj%3D2009&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70027112192&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=02/04/2009&relator=Claudir%20Fidelis%20Faccenda&aba=juris>

seja, ambas possuem o mesmo valor e importância, podendo ser tratadas de forma igualitária[102]:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. **Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.** Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. **Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra.** Ambas as paternidades são iguais, **não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.** APELO PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07/05/2009)
>
> (Grifos postos)

Com o entendimento de igualdade entre a parentalidade socioafetiva e a biológica, começaram a surgir indagações quanto à coexistência de ambas. Em meio

[102] PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70029363918. Oitava Câmara Cível. Comarca de Santa Maria. Apelante: M.P. Apelado: N.L.C.A. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029363918%26num_processo%3D70029363918%26codEmenta%3D2887116++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel+inmeta:adj%3D2009&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70029363918&comarca=Santa%20Maria&dtJulg=07/05/2009&relator=Claudir%20Fidelis%20Faccenda&aba=juris>

a essa celeuma jurídica, o Tribunal de Justiça do Maranhão (TJ/MA) se posicionou[103]:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE CONTRAPROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍCIO NA PRODUÇÃO DO EXAME DE DNA. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA X BIOLÓGICA. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E DA RELAÇÃO FAMILIAR CONSTRUÍDA AO LONGO DE 27 ANOS. PROVIMENTO DO APELO. I – Embora se leve em consideração a existência de margem de erro, mesmo que mínima, pode a parte impugnar o DNA, mas para que seja deferida, é necessário apresentar motivos sérios, substanciais, que realmente permitam pôr em dúvida o resultado obtido, na medida em que o mero inconformismo da parte com o resultado do laudo pericial não é razão suficiente para que seja determinada a sua repetição. Agravo retido improvido. II – **Comungo com as correntes doutrinárias que entendem que a "adoção à brasileira" não pode ser desconstituída após vínculo de socioafetividade.** Ao longo de vários anos, conforme afirmação da própria autora, considerou o Sr. José Elias como pai, ou seja, por 27 anos viveram uma perfeita relação de pai e filha e pelo simples fato de não ser o pai biológico da autora, após a morte, automaticamente o intitulou de padrasto, desconsiderando por completo a relação familiar havida entre eles. III – **Não há razões nos autos que levem a justificar a nulidade do registro de nascimento. A intenção da autora é apenas de ter o nome de seu verdadeiro pai biológico em seu assento.** Há de se ressaltar que o Sr. José Elias, por livre e espontânea vontade demonstrou e efetivou o interesse em ter a Apelada como filha. Não havendo nenhum erro ou coação para tal atitude que justifique a anulação do registro. (Precedente do Superior Tribunal de Justiça). IV - Apelo provido. (Apelação Cível nº 002444/2010; Tribunal de Justiça do Maranhão; Rela. Das. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa; j. 22.6.2010)
>
> (Grifos postos)

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um REsp que tratava acerca de ação declaratória de maternidade, deixou evidente o entendimento daquela Corte Superior

[103] SÃO LUIS. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Apelação Cível n° 002444/2010. Relator (a): Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, 22 de junho de 2010. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/9901091/pg-85-diario-de-justicado-estado-do-maranhao-djma-de-30-06-2010>

pela possibilidade do duplo registro, desde que presentes os requisitos característicos da parentalidade socioafetiva, dentre eles a reciprocidade de vontade da constituição dessa modalidade parental[104]:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO POST MORTEM DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA, COM A MANUTENÇÃO, EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO, DA MÃE REGISTRAL. ALEGAÇÃO DE QUE A MÃE REGISTRAL E A APONTADA MÃE SOCIOAFETIVA PROCEDERAM, EM CONJUNTO, À DENOMINADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA" DA DEMANDANTE, QUANDO ESTA POSSUÍA APENAS DEZ MESES DE VIDA. 1. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA. VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, RECONHECENDO-SE, AO FINAL, NÃO RESTAR DEMONSTRADA A INTENÇÃO DA PRETENSA MÃE SOCIOAFETIVA DE "ADOTAR" A AUTORA. O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA REQUER A VONTADE CLARA E INEQUÍVOCA DA PRETENSA MÃE SOCIOAFETIVA, AO DESPENDER EXPRESSÕES DE AFETO, DE SER RECONHECIDA, VOLUNTARIAMENTE, COMO TAL, BEM COMO A CONFIGURAÇÃO DA DENOMINADA 'POSSE DE ESTADO DE FILHO', QUE, NATURALMENTE, DEVE APRESENTAR-SE DE FORMA SÓLIDA E DURADOURA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ANULAR A SENTENÇA, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, A FIM DE VIABILIZAR A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. [...] 2. A constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai/mãe, ao despender afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança. Tal comprovação, na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa

[104] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.328.380/MS.** 3ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 21.10.2014. DJe-187 03.11.2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40319758&num_registro=201102338210&data=20141103&tipo=5&formato=PDF>.

> mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem). [...] 2.2. Efetivamente, o que se está em discussão, e pende de demonstração, é se houve ou não o estabelecimento de filiação socioafetiva entre a demandante e a apontada mãe socioafetiva, devendo-se perquirir, para tanto: i) a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despender expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como mãe da autora; ii) a configuração da denominada 'posse de estado de filho', que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. Todavia, em remanescendo dúvidas quanto à verificação dos referidos requisitos (em especial do primeiro, apontado pelo Tribunal de origem), após concedida oportunidade à parte de demonstrar os fatos alegados, há que se afastar, peremptoriamente, a configuração da filiação socioafetiva. É de se ressaltar, inclusive, que a robustez da prova, na hipótese dos autos, há de ser ainda mais contundente, a considerar que o pretendido reconhecimento de filiação socioafetiva refere-se à pessoa já falecida. De todo modo, não se pode subtrair da parte a oportunidade de comprovar suas alegações. 2.3. Em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito. Desse modo, **há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos**. 3. Recurso especial provido, para anular a sentença, ante o reconhecimento de cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes. (Grifos postos)

Foi diante desse contexto de inúmeros casos semelhantes que, enfim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a matéria de Repercussão Geral discutida no RE 898.060/SC, em setembro de 2016, e aceitou a possibilidade da multiparentalidade, inclusive garantindo direitos previdenciários e sucessórios, de modo que originou o Tema nº 622 de Repercussão Geral, que firmou a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica,

com os efeitos jurídicos propostos", cuja ementa do julgado restou assim redigida[105]:

> Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. **Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade.** Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais

[105] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 898.060/SC.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21.09.2016. DJe-187 23.08.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 24 fev. 2018.

definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). **10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.** 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. **12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do**

> **estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.** 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. **15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).** 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: **"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".** (RE 898060, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)
>
> (Grifos postos)

Em análise ao inteiro teor do julgado supramencionado, é possível observar que o Supremo Tribunal Federal assentou, de forma clara a inexistência de hierarquia entre as modalidades de paternidade, de modo que a multiparentalidade deve ser a regra para casos semelhantes, naturalmente, com o devido balanceamento, posto que não é possível uma única solução para dirimir conflitos familiares.

4 RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

O reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal colocou em pauta não somente a possibilidade de reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva concomitantemente com a biológica em registro civil de nascimento, mas também todos os efeitos jurídicos propostos, ou seja, consequências patrimoniais e extrapatrimoniais do reconhecimento que necessitam de estudo aprofundado pela doutrina e jurisprudência[106]:

> O estado de filiação supõe a convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança pelo art. 227 da Constituição Federal. É, portanto, situação que se comprova com a estabilidade das relações afetivas desenvolvidas entre pais e filhos. [107]

Como já exposto, o art. 1.593 do Código Civil de 2002 fundamenta o parentesco socioafetivo ao permitir a configuração do vínculo de parentesco com base em outra origem, senão a consanguínea.

Ademais, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente deixa claro que o "reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça".

Nesse sentido, quanto ao reconhecimento do parentesco socioafetivo, deve-se ter em mente que juntamente estarão presentes todos os direitos e deveres de uma relação de parentesco, em especial a de pais e filhos.

Assim, é de suma importância que o reconhecimento dessa modalidade de parentesco seja feito de forma correta para que não haja a prevalência de interesse meramente patrimonial acima do verdadeiro sentido do estado de filiação e afeto,

[106] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 255.
[107] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 259

posto que, em consonância com o enunciado nº 6[108] do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e o entendimento do STF, o reconhecimento produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhes são inerentes.

4.1 Reconhecimento da Parentalidade Socioafetiva

O reconhecimento da paternidade ou maternidade tem como objetivo a garantia do direito do filho de ter pai e mãe (no caso da multiparentalidade, pais e mães). Assim, quando um ou outro, ou ambos, conjuntamente ou de forma sucessiva, realizam o reconhecimento voluntário do filho, estão cumprindo um dever legal. Caso contrário, em sede de ação de investigação de paternidade ou maternidade, serão vencidos mediante decisão judicial.[109]

A filiação, na atualidade, não é baseada somente na verdade biológica, estando assentada, também, com a verdade socioafetiva. Logo, o ingrediente socioafetivo da filiação representa a verdade jurídica que vai além do "biologismo", o que torna um pressuposto essencial para a definição da filiação[110]:

> A verdadeira filiação – esta a mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética.[111]

Como já abordado anteriormente, para ser reconhecida, a parentalidade socioafetiva deve suprir alguns requisitos determinantes da posse de estado de filho, quais sejam: *tractatus, fama e nomen.*

O reconhecimento da parentalidade socioafetiva, de qualquer modo, sem ser levado ao assento de nascimento, de forma voluntária, é uma prática muito comum.

---

[108] Enunciado 6 do IBDFA: Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

[109] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 249

[110] FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil, vol. XVIII (arts. 1.591 a 1.638) do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. – 2. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 24

[111] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família,* 1994. *Apud:* FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil, vol. XVIII (arts. 1.591 a 1.638) do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. – 2. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 25

Contudo, ao ser entregue para reconhecimento na seara judicial, dependendo do momento, evidencia, de início, um caráter exclusivamente patrimonial, voltado para um benefício financeiro, seja para percepção de direitos alimentícios, seja para direitos sucessórios.[112]

Assim, é possível evidenciar dois modos de reconhecimento de parentalidade, quais sejam reconhecimento voluntário e reconhecimento judicial, sobre os quais se discorrerá com mais vagar a seguir.

4.1.1 Reconhecimento Voluntário

Aquele que se apresenta, de maneira voluntária, ao cartório de registro civil e requer o registro de outro como filho, faz com que a comprovação genética, nesse caso, seja irrelevante diante do ato de desejo da constituição da família, pois fica evidente o *animus* de se constituir pai/mãe e ter o outro como seu filho, criando, dando amor e suprindo as demais necessidades. Nesse sentido, é tido como um ato "livre, pessoal, irrevogável e de eficácia *erga omnes*".[113]

A doutrina[114] entende que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, de forma voluntária, pode ser feita nos mesmos moldes preceituados no art. 1.609 do Código Civil:

> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
>
> I - no registro do nascimento;
>
> II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
>
> III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

[112] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 87.
[113] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 249
[114] ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Reconhecimento de filiação*, 2010. *Apud:* CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

> IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo ensina que o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou até mesmo ser posterior ao seu falecimento, desde que o filho deixe descendentes. Essa condição quanto à existência de descendentes do filho para o reconhecimento *post mortem* é dada exatamente para evitar ações de reconhecimento de fundo voltado a um benefício meramente financeiro:

> Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Sendo assim, é possível observar a existência de quatro modalidades de reconhecimento voluntário[115]:

> 1ª - *no registro do nascimento*: essa é a modalidade mais usual e ocorre quando o pai ou a mãe promove reconhecimento formal, por meio de declaração feita perante o oficial do registro, em que assina o termo na presença de testemunhas;
>
> 2ª - *por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório*: nessa modalidade, a manifestação de vontade de reconhecimento de parentesco não é feita imediatamente no registro de nascimento. O autor do reconhecimento deseja manifestar a vontade, contudo sem consumar o registro de imediato. Assim, a norma não define, nem mesmo restringe o tipo de documento, então, pode ser feito por meio de carta, em declaração, em mensagem eletrônica, desde que sua autoria seja indiscutível;
>
> 3ª - *por testamento, ainda que incidentalmente manifestado*: na presente modalidade não há necessidade de um testamento específico para a manifestação da vontade, bastando somente que o testador, de modo expresso e direto anuncie que determinada pessoa é seu filho, para que assuma essa condição e participe como herdeiro necessário dos bens que deixar;
>
> 4ª - *por manifestação direta e expressa perante o juiz*: a quarta modalidade é o reconhecimento incidental quando o pai ou a mãe fizer manifestação expressa e direta perante o juiz. Contudo, se o ato for de confissão do réu em ação de investigação de paternidade ou maternidade, não será

[115] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 252.

> considerado reconhecimento voluntário, pois depende de sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, gerando a multiparentalidade, pode ser realizado por qualquer um dos meios elencados acima, garantido de forma voluntária e, sem litígios, os direitos e deveres inerentes de uma relação de parentesco, diferentemente de um reconhecimento realizado pela via judiciária, em que, normalmente, decorre do fato de um dos pais não se entender como tal ou, em caso comum na parentalidade socioafetiva, quando uma das partes (um dos pais ou o próprio filho) já faleceu, realizando então o reconhecimento *post mortem*.

4.1.2 Reconhecimento pela Via Judiciária

Como bem abordado no item anterior, o ato de reconhecimento de paternidade pode e deve, preferencialmente, ser feito de forma voluntária, mas, também, pode ser de modo forçado, em razão de decisão judicial, em sede de ação de investigação de paternidade ou maternidade. Nessa modalidade apenas o filho pode demandar o estado de filiação, sendo, então, uma ação personalíssima, conforme disciplinado no art. 1.606 do Código Civil.

> Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.
>
> Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

No lado oposto, ou seja, no polo passivo da demanda judicial, temos o ascendente a ser investigado. Caso o investigado já tenha falecido, a posição será ocupada pelos seus respectivos herdeiros, os quais deverão ser individual e pessoalmente citados, não podendo ser representados pelo inventariante, uma vez que o reconhecimento objetiva o reconhecimento da perfilhação.[116]

[116] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

No que se refere à parentalidade socioafetiva, a titularidade do direito de buscar o reconhecimento dessa parentalidade encontra entendimento no sentido de que pode ser feita tanto pelo filho, quanto pelo pai/mãe, sendo que, neste último caso, o STJ entende possível desde que o demandador não pleitear a exclusão da filiação biológica, tendo em conta que a jurisprudência veda a propositura de ação por iniciativa do pai biológico para desconstituir a filiação estabelecida em registro de nascimento por pai socioafetivo.[117]

No sentido contrário, em caso de desconstituição de parentalidade, em razão de ter caráter irrevogável, a ação não pode ser proposta nem mesmo pelas partes, a menos que fique evidente a falta dos elementos constitutivos[118] da parentalidade socioafetiva, muito menos por terceiros, que muitas das vezes buscam a desconstituição com fim de excluir o parente socioafetivo (pai/mãe ou filho) da herança a ser recebida.

Ainda que a legislação pátria, por meio do art. 1.606 do Código Civil de 2002, deixe evidente que a ação de investigação é personalíssima, cabendo ao filho ajuizá-la, no mesmo artigo há a relativização dessa regra quando estabelece que os herdeiros podem ingressar com essa ação caso o filho morra menor ou incapaz.

Além disso, quando o referido dispositivo legal fala em herdeiro, não especifica qual seria, o que leva a concluir que pode ser feita por herdeiro necessário, legítimo e até mesmo testamentário, posto que a incapacidade do filho não pressupõe a menoridade, podendo se manifestar também em indivíduos maiores de idade.

Outrossim, verifica-se que o parágrafo único do mesmo artigo também relativiza o regramento geral quando a ação judicial for iniciada pelo filho e esse

[117] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 60.

[118] BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 2008.09.1.014231-2. Quinta Turma Cível. Apelante: F. F. F. Apelado: R. C. L. F. Disponível em: < http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20080910142312&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER>.

falece antes do seu fim, dando a prerrogativa, novamente, aos herdeiros para a continuação da demanda.[119]

Outra questão que surge em relação ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva está relacionada ao consenso entre as partes, ou seja, se a reciprocidade de vontade deve ser manifestada por ambas as partes ou basta a vontade de uma das partes.

Antes de mais nada, cabe abrir um parênteses para lembrar que essa parentalidade, assim que reconhecida, possui caráter irrevogável, de modo que o tema deve ser analisado com cautela. Nesse trilhar, impende avaliar a existência de utilidade de um reconhecimento de vínculo socioafetivo de uma pessoa que não tem o mínimo de afeto a outra.

Ora, se não há afeto, nem o *animus* das partes em se constituir família, o reconhecimento da parentalidade não tem sentido, deixando evidente somente um possível interesse financeiro, seja para a percepção de alimentos, seja para se tornar herdeiro.

Desse modo, a reciprocidade é fundamental para a possibilidade do reconhecimento da parentalidade socioafetiva:

> Afetividade e posse de estado de filiação são aspectos indissociáveis, porém, há um outro elemento que, a nosso sentir, também merece ser apreciado, qual seja, a posse de estado de pai. Nesses termos, defendemos que **a posse de estado de filho e a posse de estado de pai exprimem reciprocidade; uma não existe sem a outra,** pois não se pode falar em filiação ou de paternidade se o afeto não estiver presente nos dois polos.[120]
>
> (Grifos postos)

[119] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 64.

[120] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e do reconhecimento dos filhos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 210-211.

Tal posicionamento de reciprocidade é reconhecido também pelos tribunais, conforme o seguinte julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)[121]:

> DIREITO DE FAMÍLIA. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CONVÍVIO HÁBIL A GERAR O VÍNCULO AFETIVO. SENTENÇA REFORMADA. 1 - "O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. **Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo.**" (REsp 878.941/DF). 2 - Não se vislumbra a existência de vínculo sócio-afetivo na hipótese em que o pai registral, diante da afirmação da então namorada de que seria o pai biológico de sua filha, registra esta última e passa a contribuir financeiramente para seu sustento, sem, contudo, estabelecer-se uma convivência ordinariamente existente entre pais e filhos, não havendo convivência sob o mesmo teto, num ambiente familiar e sendo incontroverso que o relacionamento havido entre o autor da ação negatória de paternidade e a genitora da ré caracterizou-se, tão-somente, como um namoro, cuja duração divergem as partes que tenha sido de um a três anos. 3 - **Inexiste paternidade sócio-afetiva quando o vínculo está sendo expressamente repudiado pela pessoa apontada como genitor no assento de nascimento. Afeição forçada, não-natural, é afrontosa aos direitos inerentes à personalidade.** Apelação Cível provida. (TJDFT; APC 2008.09.1.014231-2; Ac. 473.279; 5ª T. Cív.; Rel. Des. Ângelo Passareli; DJDFTE 17.01.2011; p. 99)
>
> (Grifos postos)

Cumpre informar que, em sede de reconhecimento socioafetivo, a demanda correta é ação declaratória de reconhecimento de filiação socioafetiva, onde o autor busca a declaração da posse de estado de filho. Todavia, a doutrina vem entendendo que independentemente da via judicial utilizada (investigação de

[121] BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 2008.09.1.014231-2. Quinta Turma Cível. Apelante: F. F. F. Apelado: R. C. L. F. DJe: 17.01.2011. p. 99. Disponível em: < http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20080910142312&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER>.

paternidade/maternidade ou ação declaratória de reconhecimento de filiação socioafetiva), o Poder Judiciário não pode se negar a avaliar e reconhecer o vínculo afetivo existente em razão da propositura de ação diversa, tendo, então, o reconhecimento da fungibilidade entre as demandas mencionadas.[122]

Quando se trata de filhos socioafetivo, as provas para o reconhecimento são quase os mesmos meios de prova utilizados para o reconhecimento de filhos biológicos, com exceção das provas científicas (DNA, hematológica, HLA, etc.), uma vez que é evidente a inexistência de vínculo biológico. Desse modo, as provas que podem ser utilizadas para a comprovação das características de posse de estado de filho (*tractatus, fama e nomen*) são as provas documentais (escritos particulares, testamento, registros fotográficos, etc.) e as provas testemunhais.[123]

Assim, a posse de estado de filho deve ser demonstrada em juízo de forma exaustiva pela parte autora em ação declaratória de reconhecimento de filiação socioafetiva para que se torne, no mundo jurídico, uma verdade social:

> [...] apresentando-se no universo dos fatos, à posse de estado de filho liga-se a finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade.[124]

4.1.3 Reconhecimento Post Mortem

Uma questão relevante a ser abordada é em relação ao pleito de reconhecimento de parentalidade socioafetiva realizado *post mortem*, ou seja, quando uma das partes já está falecida, seja o descendente, seja o ascendente.

Como abordado nos tópicos anteriores, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva se dá, principalmente, em razão da posse de estado de filho, e a doutrina defende, também, que deve haver a posse de estado de pai. Em outras palavras, deve

[122] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 76.
[123] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
[124] FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 70.

haver a vontade de ambas as partes de se constituírem pai/mãe e filho(a), ou seja, a reciprocidade. Tal posicionamento encontra firmeza, posto que a parentalidade socioafetiva é concretizada em razão do afeto, do amor e da vontade recíproca. Assim, o afeto unilateral não encontra guarida em pleito de parentalidade socioafetiva, conforme abordado no presente trabalho, demonstrado por um julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios[125].

Nesse contexto, surge a indagação da possibilidade de pleitear a parentalidade socioafetiva *post mortem*, pois, insista-se, uma das partes não estará presente para exteriorizar a sua vontade de se constituir ou não em pai/mãe ou filho(a).

Ensaiando uma resposta, relembre-se que o entendimento do STF no RE nº 898.060/SC, de 2016, criou tese de repercussão geral para casos semelhantes, cuja aplicação demandará a aferição dos requisitos já abordados neste trabalho, observando-se o princípio da paternidade responsável e a busca do melhor interesse da criança, de modo a se chegar o mais próximo possível da verdade real.

Logo, a deliberação adotada pelo STF não pode e não deve ser aplicada indistintamente a todas as hipóteses em que exista conflito entre paternidade socioafetiva e a biológica.

Por força disso, o STJ, em recente julgado, no REsp nº 1.674.849/RS[126], entendeu que a possibilidade defendida no Pretório Excelso não é uma regra e sim uma casuística:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE

[125] BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 2008.09.1.014231-2. Quinta Turma Cível. Apelante: F. F. F. Apelado: R. C. L. F. Disponível em: < http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20080910142312&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER>.

[126] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1674849/RS. Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 17.04.2018. DJe: 23.04.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1674849_8aa1a.pdf?Signature=dyUFmhz9ALapIwq%2FcjvOYTLdu4A%3D&Expires=1535833188&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c8888830f7822ea8926a8038ccd46b5f>.

NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. **APLICAÇÃO DA RATIO ESSENDI DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR.** RECURSO DESPROVIDO. 1. O propósito recursal diz respeito à possibilidade de concomitância das paternidades socioafetiva e biológica (multiparentalidade). 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (ADI n. 4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionada à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. 4. Apreciando o tema e reconhecendo a repercussão geral, o Plenário do STF, no julgamento do RE n. 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 24/8/2017, fixou a seguinte tese: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais." **5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho. 6. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor e, em contrapartida, o pai socioafetivo assiste (e pretende continuar assistindo) à filha afetiva e materialmente. Ficou comprovado, ainda, que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que se vale da criança para conseguir atingir suas pretensões.** 7. Ressalva-se, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai

> biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1674849 RS 2016/0221386-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 17/04/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2018)
>
> (Grifos postos)

No rastro desse entendimento exposto pelo colendo STJ, recente julgado do TJDFT[127], ao afastar a aplicação da tese de repercussão geral ao caso concreto, pois não atendido o melhor interesse do menor, asseriu que o "acolhimento da tese emanada da Excelsa Corte não se harmoniza com o nosso ordenamento jurídico e, em verdade, revela incongruências que afetam não só o Direito de Família, mas também o campo sucessório e o direito previdenciário":

> DIREITO CONSTITUCIONAL E DE FAMÍLIA. DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DO MENOR. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REEXAME DE ACÓRDÃO. ART. 1.040, II, CPC. REPERCUSSÃO GERAL. RE 898060. TEMA 622, STF. MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE NÃO SEGUIDO. 1 - Em que pese a orientação firmada pelo Supremo Tribunal no RE 898.060, e tema de repercussão geral 622, tem-se que a tese firmada em repercussão geral não se amolda à solução a ser tomada na presente demanda. 2 - Inexistem elementos convincentes para claramente demonstrar que o reconhecimento da multiparentalidade - isto é, a existência concomitante do nome dos pais (biológico e registral/socioafetivo) no registro do menor, de onde despontariam todos deveres e direitos inerentes à paternidade - atenderia satisfatoriamente aos interesses da criança. 3 - A decisão tomada pela Corte Suprema não pode ser aplicada indistintamente a todas as hipóteses em que exista um conflito entre a paternidade socioafetiva e a biológica. Até mesmo, conforme já advertia de longa data a doutrina e a jurisprudência, esse confronto deve ser resolvido com bastante ponderação, e sempre diante das circunstâncias do caso concreto, não se descuidando o julgador, que o interesse da criança e a sua condição de pessoa em desenvolvimento se apresentam de forma preponderante, devendo ser

[127] BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20130110330594. Terceira Turma Cível. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira. Data de Julgamento: 11.07.2018, Publicado no DJE: 18.07.2018. Pág.: 275/280.

> especialmente tutelada. 4 - Sob esta ótica - em que prestigia o melhor interesse do menor -, destaca-se que a decisão ora reexaminada levou em consideração que o pai biológico não havia se afastado dos seus deveres de paternidade em relação aos seus outros dois filhos e irmãos do menor, manifestando-se, quanto a este, o desejo de estreitar as relações paternas, bem como assumir as obrigações decorrentes da paternidade. Assim, diante do quadro que se apresentava, entendeu-se que a realidade do estado de filiação, inevitavelmente, seria levada ao conhecimento do menor. 5 - Pretendeu-se, portanto, que a veracidade genética/biológica fosse prestigiada, principalmente como forma de evitar que o conhecimento tardio sobre a realidade do estado de filiação resultasse em danos emocionais e psicológicos irreparáveis ao menor. Vale apontar, por outro lado, que a retificação no registro de nascimento do infante em nada impediria ou mesmo seria motivo para prejudicar a continuidade da relação de afeto entre o pai registral/socioafetivo e o menor. **6 - Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.674.849/RS, ponderou que a "possibilidade de se estabelecer a concomitância das parentalidades sociafetiva e biológica não é uma regra, pelo contrário, a multiparentalidade é uma casuística, passível de conhecimento nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas a justifiquem, não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável."7 - Conclui-se, portanto, que acolhimento da tese emanada da Excelsa Corte não se harmoniza com o nosso ordenamento jurídico e, em verdade, revela incongruências que afetam não só o direito de família, mas também o campo sucessório e o direito previdenciário.** 8 - Desse modo, em reexame possibilitado pelo artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil, mantém-se o posicionamento anteriormente adotado nos acórdãos 982.307 e 1018366, a fim de manter a determinação de que o registro civil do menor seja retificado para que nele conste, tão somente, o nome do seu pai biológico. (Acórdão n.1109020, 20130110330594APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/07/2018, Publicado no DJE: 18/07/2018. Pág.: 275/280)
>
> (Grifos postos)

Principalmente em ações de reconhecimento de parentalidade socioafetiva *post mortem*, quando o fundo de interesse patrimonial acaba se tornando mais

evidente, deve o Poder Judiciário[128] ao apreciar o caso, examinar de forma consistente a presença dos requisitos estabelecidos:

> DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. **PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. POST MORTEM. PROVA DO ESTADO DE FILHO. INOCORRÊNCIA.** RECURSO DESPROVIDO. 1. O direito pátrio reconhece a possibilidade de vínculo afetivo post mortem, ainda que seja fundada em parentalidade socioafetiva. 2. A doutrina tem elencado que, dada a ampliação do núcleo essencial do conceito de "família" e o posicionamento dos Tribunais Superiores em relação ao tema, deve-se observar três características basilares, a saber: 1) socioafetividade (a família vinculada à afetividade, e não à uma legislação positivista); 2) eudemonista (a família, como grande base da sociedade, possui uma grande função social, que é a realização pessoal e a felicidade de seus membros); 3) anaparental (a família está além dos vínculos técnicos, sendo formada por indivíduos que buscam, através da felicidade mútua, a felicidade comum). **3. Muito embora não seja vedado que o reconhecimento do parentesco socioafetivo se dê post mortem, a comprovação dessa filiação deve ser indene de dúvidas, o que não ocorreu na espécie dos autos.** 4. Conforme preconiza o enunciado nº 519 da Jornada de Direito Civil, o reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse de estado de filho para que produza efeitos pessoais e patrimoniais. 5. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n.1033823, 20100111097928APC, Relator: SILVA LEMOS 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/07/2017, Publicado no DJE: 02/08/2017. Pág.: 515/517)
>
> (Grifos postos)

Nesse sentido, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva *post mortem* não é vedado no ordenamento jurídico, contudo, se faz mister a presença dos requisitos de afetividade, o que inclui prova de reciprocidade de vontade, geradora da relação familiar entre pais e filhos para que seja deferido o pleito e, consequentemente, com os direitos inerentes a ele, qual seja, o direito à sucessão hereditária.

[128] BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20100111097928. Quinta Turma Cível. Relator: Silva Lemos. Data de Julgamento> 05.07.2017, DJe: 02.08.2017. p. 515/517.

4.2 Efeitos no Direito Sucessório

Uma das consequências do reconhecimento da parentalidade socioafetiva é a possibilidade de o filho receber herança de todos os pais (biológicos e socioafetivos) e vice-versa. A destinação do patrimônio de uma pessoa, *post mortem*, é regulada pelo Direito Sucessório. Assim, convém a realização do estudo do instituto da herança, especificamente, sobre o que vem a ser a herança e seu objetivo para que possamos examinar os direitos sucessórios no âmbito da multiparentalidade.

Herança pode ser conceituada como[129] o "conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do *de cujus*", ou o "conjunto de direitos e obrigações que se transmite, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido"; em suma, é o "patrimônio da pessoa falecida, ou seja, autor da herança", que será transmitida, por meio do direito sucessório, a quem tem direito. [130]

O direito à herança é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, XXX da Constituição Federal de 1988, e possui natureza jurídica imobiliária, conforme art. 80, II, do Código Civil de 2002, a fim de evitar eventual cessão, pois a transferência de bens imóveis requer formalismos criteriosos e solenes, diferentemente do que ocorre em relação aos bens móveis[131]. Tem como função social, em síntese, a transmissão da riqueza do *de cujus* aos seus herdeiros, com fim de resguardo e perpetuação familiar.[132]

Como exposto acima, o direito à herança é uma garantia fundamental prevista no ordenamento constitucional brasileiro, de modo que não resta dúvida de que o filho que teve o reconhecimento de pais socioafetivos tem o direito de receber a

[129] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito das sucessões. v.6. 11. Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018 – Livro digital – acesso restrito
[130] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil:* sucessões. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 5.
[131] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil, volume 7:* direito das sucessões. 4.ed.São Paulo: Saraiva,2017. P. 46
[132] Assunto abordado no item 2.8 do presente trabalho "Princípio da função social da herança". PEREA, Nayara M. A Função Social da Herança: *aplicação do princípio da boa-fé.* 2016. Disponível em <https://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/258660996/a-funcao-social-da-heranca> acesso em 18.04.2018.

herança de todos (biológicos e socioafetivos). Contudo, deve-se ter em mente que o contrário também ocorrerá: os pais biológicos e socioafetivos poderão herdar de seu filho, sem óbices.

Conforme o art. 1.829 do Código Civil de 2002, a sucessão legítima se defere na seguinte ordem:

> I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> III – ao cônjuge sobrevivente;
>
> IV – aos colaterais.

Portanto, quatro são as classes de herdeiros: descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro e parentes colaterais, sendo chamados à sucessão dentro da sua respectiva classe. No presente trabalho, serão analisadas as duas primeiras classes, descendentes e ascendentes, tendo em vista que a parentalidade socioafetiva afeta primeiramente tais classes, objeto central do estudo.

Assim, em primeiro na linha de sucessão estão os descendentes (filhos, netos, etc.). O conceito de descendente inclui todas as suas espécies: "*(a) consanguínea ou natural, que tem origem na verdade biológica; (b) civil, quando decorre da adoção; (c) socioafetiva, que se constituiu a partir da posse de estado de filho; e (d) social, quando decorrente de técnicas de reprodução assistida e a concepção* in vitro"[133].

A Constituição de 1988, com o princípio da isonomia entre os filhos, vedou a diferenciação de filiação em todos os sentidos e modos. Dessa forma, o filho socioafetivo, quando tem seu reconhecimento, passa a ser filho do mesmo modo que um filho biológico, com todos os direitos e deveres inerentes à filiação e, consequentemente, no que se refere aos direitos sucessórios. Nesse sentido, esse filho é herdeiro necessário e vai receber a herança do mesmo modo que os filhos

[133] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 143.

biológicos, com a divisão igualitária, dentro da reserva legal prevista em lei, conforme o art. 1.789[134] do Código Civil de 2002.

Desse modo, com a multiparentalidade, ou seja, com o registro do(a) filho(a) em nome de dois pais/mães, esse(a) filho(a) passa a integrar a ordem de vocação hereditária de todos os seus ascendentes, podendo herdar de todos os pais/mães. O caminho inverso também é verdadeiro.

Aos múltiplos ascendentes, segunda posição na linha de sucessão, são-lhes garantidos todos os direitos e deveres sucessórios. Assim, se um filho(a) vier a falecer sem deixar descendentes, nem cônjuge, os ascendentes assumem a posição de herdeiros e recebem o patrimônio deixado pelo(a) filho(a), se houver.

Quanto a essa classe hereditária, diante da omissão legislativa, existem questionamentos quanto à partilha do patrimônio deixado pelo filho aos múltiplos pais, posto que, embora o Código Civil de 2002 tenha trazido diversas inovações ao Direito de Família, não chegou a prever a possibilidade de famílias multiparentais.

Em decorrência, relativamente à sucessão dos ascendentes, no que tange à divisão do patrimônio deixado pelo filho aos pais, a dúvida reside em saber se o operador do direito deve:

a) seguir o disposto no §2º do art. 1.836[135] do Código Civil de 2002:

> Segundo esse dispositivo, a herança é dividida entre linhas, ou seja, metade cabe à linha materna e a outra metade cabe à linha paterna. Contudo, em uma situação hipotética, se um filho morre e deixa dois pais (um biológico e um socioafetivo) e uma mãe (biológica) e for seguido o disposto no artigo em exame, fica evidente a desproporcionalidade na divisão hereditária, considerando que a cada pai caberia ¼ da herança e para a mãe ½, ou seja, a mãe biológica ficaria sozinha com a metade, enquanto os pais que cuidaram do filho com empenho semelhante (ou em outra hipótese, com empenho superior),

[134] Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.
[135] Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.
§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

> ficaram com proporção menor. A divisão do modo proposto nesse item não parece ser a melhor saída, pois a divisão ocorreria de forma desigual e alguém sairia em desvantagem.

b) realizar a divisão entre paternidade socioafetiva e biológica:

> Existe também a hipótese da divisão entre paternidade socioafetiva e a biológica. Todavia, utilizando o mesmo exemplo acima, a desproporcionalidade permanece, posto que o equilíbrio somente seria alcançado se houvessem dois pais socioafetivos e dois biológicos, que seria a divisão mais defendida pela doutrina, qual seja, a igualitária.

A propósito, em que pese o fato de existir um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido da divisão entre parentalidade socioafetiva e biológica, não é possível inferir que essa seria a maneira correta de realizar a divisão:[136]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POST MORTEM C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. – LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. RECURSO DA MÃE BIOLÓGICA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. POSSIBILIDADE. MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE DO STF. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. RESERVA DE QUINHÃO. CABIMENTO. - "Havendo fortes indícios da paternidade, impõe-se o deferimento de tutela de urgência para assegurar ao autor a reserva de parte dos bens deixados por seu indigitado genitor, na proporção do quinhão a que eventualmente terá direito". (TJSC, AI n. 0154004-30.2015.8.24.0000, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 12-05-2016). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC – AI: 40164911520168240000, Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 30/05/2017, Quinta Câmara de Direito Civil)

Esclareça-se que os autos do referido julgado abrigaram, originalmente, "ação de reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva *post mortem* c/c petição de herança" (autos nº 0320815-26.2016.8.24.0038), no qual fora deferido do pedido de antecipação de tutela para determinar a reserva do quinhão em 50%

[136] JOINVILLE. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 4016491-15.2016.8.24.0000. Quinta Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Henry Petry Junior. Agravante: D.P. Agravados: J.I.P. e N.P.P. Julgado em 30.05.2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471920247/agravo-de-instrumento-ai-40164911520168240000-joinville-4016491-1520168240000/inteiro-teor-471920298>.

(cinquenta por cento) do patrimônio do *de cujus*, cuja parentalidade socioafetiva se discutia nos autos.

c) ealizar a divisão de forma igualitária entre todos os ascendentes:

Por fim, a divisão de forma igualitária, ou seja, a divisão por cabeça aos ascendentes. De acordo com alguns doutrinadores, essa seria a melhor solução, em primazia aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade:

> O tema deve ser debatido profundamente nos próximos anos. Todavia, aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, este autor entende que a herança deve ser dividida de forma igualitária entre todos os ascendentes, sejam biológicos ou socioafetivos.[137]
>
> Acreditamos que nesse caso a divisão igualitária se impõe, devendo a lei ser flexibilizada em razão do caso específico, já que as regras sucessórias não estavam preparadas para a multiparentalidade.[138]
>
> Os pais herdam em partes iguais, excluindo todos os demais ascendentes porventura existentes. Na hipótese de multiparentalidade, a herança deve ser dividida igualmente entre todos os pais.[139]

Assim, seguindo a linha mais defendida pela doutrina, ou seja, pela divisão em quotas partes iguais entre os ascendentes, temos também o problema da sucessão do ascendente em concorrência com o cônjuge.

A esse respeito, oberva-se que segundo o art. 1.837[140], do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, em concorrência como ascendente em primeiro grau, herdará um terço e, caso só exista um ascendente ou se o ascendente for de maior grau, o cônjuge receberá a metade da herança.

Nesse sentido, no caso da multiparentalidade, havendo, por exemplo, dois pais, uma mãe e o cônjuge sobrevivente, a norma do artigo supramencionado pode,

---

[137] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito das sucessões. v.6. 11. Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018 – Livro digital – acesso restrito.
[138] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 264.
[139] DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 144.
[140] Art. 1.837. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

facilmente, seguir a mesma lógica, ou seja, ao cônjuge sobrevivente caberá um quarto da herança e aos ascendentes a mesma proporção, todos recebendo de forma igualitária.

5 CONCLUSÃO

Como visto ao longo deste trabalho, a parentalidade socioafetiva é uma construção evolutiva do direito das famílias, as quais não são mais formadas de uma única maneira, como antigamente, que se dava por meio do matrimônio. Essa forma variada de formação não se encontra assento constitucional para se cogitar tratamentos desiguais, uma vez que o artigo 226 da Constituição Federal não estipula regras fechadas de formação familiar e sim traz um rol exemplificativo, aceitando os diversos tipos familiares, em observância à liberdade de constituição familiar.

Nessa esteira, o instituto da multiparentalidade é uma consequência da parentalidade socioafetiva, sendo que, após diversas demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário visando ao seu reconhecimento, foi acolhida, finalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo do RE 898.060/SC, em sede de Repercussão Geral, Tema nº 622, levando em consideração, principalmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, e bem assim a legislação estrangeira pioneira no reconhecimento da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade.

Nesse sentido, a filiação socioafetiva encontra escopo no ordenamento jurídico, quando construída com base na posse de estado de filho, observando os requisitos: *tractatus, fama e nomen.*

Outro ponto digno de destaque foram as formas de reconhecimento da parentalidade socioafetiva: voluntária, judicial e *post mortem.*

Com relação ao reconhecimento voluntário, devem ser observados os mesmos requisitos do art. 1.609 do Código Civil de 2002, quais sejam: a) no registro do nascimento; b) por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; c) por testamento; d) por manifestação direta e expressa perante juiz.

No tocante ao reconhecimento pela via judiciária, ocorre em sede de ação declaratória de parentalidade socioafetiva.

Finalmente, no que se refere ao reconhecimento *post mortem*, a doutrina e a jurisprudência entendem pela possibilidade do reconhecimento, desde que seja incontestável a presença dos requisitos de parentalidade socioafetiva, além da reciprocidade de vontade de se constituírem parentes, requisitos estes que podem ser provados de vários meios, tais como testemunhais, documentais, etc.

Conquanto a parentalidade socioafetiva possa ser reconhecida por essas três formas antes elencadas, entende-se que o reconhecimento voluntário se apresenta como a melhor opção, tendo em vista a natureza afetiva do parentesco, onde o sentimento, o *animus*, prevalece na relação, não havendo dúvidas da vontade recíproca entre as partes, tampouco dando margem para o apontamento de diferenças em relação a um parentesco biológico.

Assim, verificou-se que essa modalidade de parentalidade, quando reconhecida, carrega consigo todos os direitos e deveres inerentes à paternidade e à filiação, sem qualquer distinção com a biológica. Nesse sentido, um indivíduo, quando reconhecido como filho socioafetivo, possui os mesmos direitos e deveres de um filho biológico e o inverso é verdadeiro também, ou seja, o pai, quando declarado como pai socioafetivo, possui todos os direitos e deveres de um pai como se biológico fosse.

Por consequência, dentre os direitos e deveres afetos à parentalidade socioafetiva estão os direitos sucessórios, ou seja, o direito do filho socioafetivo herdar de seus múltiplos pais, bem como todos os múltiplos pais herdarem de seu filho.

Assim, como se viu ao longo do estudo, quando a sucessão se dá dos pais ao filho socioafetivo, a doutrina entende de forma pacífica pela possibilidade da sucessão nos mesmos moldes da legislação que rege o direito sucessório. É dizer, de forma igual ao filho biológico.

Inobstante isso, em face do regramento segundo o qual quando um filho morre, sem deixar descendentes, os ascendentes são chamados à sucessão, foi apontada dúvida no caso da multiparentalidade, naquilo que se refere à partilha da herança entre os pais biológicos e socioafetivos.

Avançando nesse aspecto, viu-se que tal problema possui três hipóteses de resolução: a primeira se baseia no §2º do art. 1.836 do Código Civil, situação em que a herança seria dividida entre linhas; a segunda seria a divisão da herança entre os pais biológicos e socioafetivos, ou seja, metade para os pais biológicos e a outra metade para os pais socioafetivos; e a terceira seria divisão igualitária entre todos os pais.

Quanto à primeira hipótese de solução, enfrenta crítica da doutrina devido à desproporção que pode ocorrer, tendo em conta que um pai pode acabar recebendo mais do que o outro, gerando certo desprestígio entre eles; a segunda também é criticada em razão, também, da desproporcionalidade que poderia ocorrer; a última é a mais aceita pelos doutrinadores e acolhida pela autora do presente trabalho, posto que vai ao encontro do princípio da isonomia, tratando pais biológicos e socioafetivos de forma igualitária, com proporcionalidade e razoabilidade.

Embora o presente trabalho tenha trazido possíveis soluções de possíveis problemas advindos da multiparentalidade, respondendo, nesse sentido, os problemas formulados, qualquer tema relacionado a família e sucessões (assuntos patrimoniais) são considerados delicados e, por óbvio, não é possível criar uma única solução para diversos conflitos oriundos do tema, tão variados e complexos que são esses conflitos nas suas particularidades, devendo então cada caso ser analisado com o devido balanceamento.

Sendo assim, como o instituto da multiparentalidade é um tanto novo no Brasil, as inovações trazidas no Código Civil de 2002 não previram essa mudança no conceito de formação familiar, de modo que, à falta de previsão legal expressa, os contornos da multiparentalidade têm ficado a cargo das construções doutrinárias e

jurisprudenciais, as quais são formadas, como se sabe, a partir de casos concretos ao longo dos anos.

Portanto, diante dessa realidade, entende-se que cabe ao legislador positivar as novas formas familiares presentes e, de acordo com a realidade e em primazia aos princípios constitucionais norteadores do tema, deverá normatizar melhores soluções para as diversas consequências da multiparentalidade nos diversos ramos do direito, seja em direito civil (família e sucessões), seja em direito previdenciário e assim por diante.

Assim fazendo, em verdade, o legislador, na condição de representante do povo, nada mais fará do que fazer ecoar, nos termos da lei, uma realidade social que cada vez se firma, deixando marcas indeléveis de que veio para ficar, para se somar, não anular, as formas tradicionais de formação familiar.

O direito é dinâmico porque a sociedade, em suas relações, também o é, como atesta o instituto da multiparentalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Princípios formais*: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e do reconhecimento dos filhos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 210-211.

BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais.* Ano 101. v. 919, p. 127-196, 2012.

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

BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 898.060/SC.** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 21.09.2016. DJe-187 23.08.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1026981/RJ.** Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 04/02/2010. DJe 23/02/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271026981%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271026981%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1025769/MG**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/08/2010, DJe 01/09/2010. Disponível em < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16088230/recurso-especial-resp-1025769-mg-2008-0017342-0/inteiro-teor-16088231?ref=juris-tabs>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1087163/RJ.** Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 18/08/2011, DJe 31/08/2011. Disponível em < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj/inteiro-teor-21086465?ref=juris-tabs>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 234833/MG.** Quarta Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Data de Julgamento: 25/09/2007, DJe 22/10/2007. Acesso em < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8857757/recurso-especial-resp-234833-mg-1999-0093923-9/inteiro-teor-13944077>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.328.380/MS.** 3ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 21.10.2014. DJe-187 03.11.2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40319758&num_registro=201102338210&data=20141103&tipo=5&formato=PDF>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 2008.09.1.014231-2. Quinta Turma Cível. Apelante: F. F. F. Apelado: R. C. L. F. DJe: 17.01.2011. p. 99. Disponível em: < http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20080910142312&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER>.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20130110330594. Terceira Turma Cível. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira. Data de Julgamento: 11.07.2018, Publicado no DJE: 18.07.2018. Pág.: 275/280.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20100111097928. Quinta Turma Cível. Relator: Silva Lemos. Data de Julgamento> 05.07.2017, DJe: 02.08.2017. p. 515/517.

CARNEIRO, Aline Barradas. A possibilidade jurídica da pluriparentalidade. Bahia Notícias. Artigos. Jun. 2009. Disponível em: <https://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/8-a-possibilidade-juridica-da-pluriparentalidade.html>

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *Cidade Antiga.* Título original: *La Cité Antique – Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome.* Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>

COURT LISTENER. SUPREME COURT OF LOUISIANA. *SMITH V. COLE, 553 So. 2d 847 (La. 1989). 11 de dezembro de 1989.* Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1670353/smith-v-cole/>

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Estados Unidos. *Uniform Parentage act,* 2017. Disponível em http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/UPA2017_Final_2017sep22.pdf

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Novo Código Civil, vol. XVIII (arts. 1.591 a 1.638) do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco.* Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. – 2. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2012

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 70

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil.* Famílias. V. 6. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA. Código Civil. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=83F4A67D7C037A05FA32D934FEE6FD27.tplgfr31s_2?idArticle=LEGIARTI000006424664&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte=20060630>

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 6:* direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil, volume 7:* direito das sucessões. 4.ed.São Paulo: Saraiva,2017

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1º ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro:* direito de família. 14.ed. v.6. São Paulo: Saraiva jur, 2017.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família.* PUC/SP. São Paulo, 2008. Disponível em: < https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8093/1/Fernanda%20Pessanha%20do%20Amaral%20Gurgel.pdf>.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: Um devaneio acerca da ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

JOINVILLE. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 4016491-15.2016.8.24.0000. Quinta Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Henry Petry Junior. Agravante: D.P. Agravados: J.I.P. e N.P.P. Julgado em 30.05.2017.

Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471920247/agravo-de-instrumento-ai-40164911520168240000-joinville-4016491-1520168240000/inteiro-teor-471920298>.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Edições 70, 2007.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Nulidade relativa do casamento e seus prazos. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu et al. (Org.). *Direito de família no novo milênio:* estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACIEL, Kátia R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 9.ed. São Paulo: Saraiva,2016.

MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias:* amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana, Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MCGINNIS, Sarah. *You Are Not The Father:* How State Paternity Laws Protect (And Fail To Protect) The Best Interests of Children. Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 16, Iss. 2 [2008], Art. 4.

MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de Direito Civil:* Família e Sucessões – Vol. 5.

MENEZES, Rita de Cassia Barros; NOGUEIRA JR., Gabriel Ribeiro. A Aplicabilidade do Princípio do Melhor Interesse da Criança em decisões de reconhecimento da pluriparentalidade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91a0ac7c34ea63ff>

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil:* direito de família. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, v.5:* direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREA, Nayara M. A Função Social da Herança: *aplicação do princípio da boa-fé.* 2016. Disponível em <https://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/258660996/a-funcao-social-da-heranca>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Vol. V.* Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Vol. VI.* Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado.* São Paulo: Saraiva, p. 69, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: *da teoria à prática*. P.217. Anais IBDFAM nº 69. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf>

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70009804642. Apelante: N.S.O. Apelado: Y.C.O.R.P.S.M.N.B.J.C. Oitava Câmara Cível. Comarca de Tupanciretã. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70009804642%26num_processo%3D70009804642%26codEmenta%3D1016131++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel&ie=UTF-8&proxystylesheet=tjrs_index&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70009804642&comarca=Comarca%20de%20Tupanciret%C3%A3&dtJulg=17/02/2005&relator=Alfredo%20Guilherme%20Englert&aba=juris>.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70027112192. Oitava Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Apelante: S.O.K. Apelado: S.N.A.S. Disponível em : <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027112192%26num_processo%3D70027112192%26codEmenta%3D2830556++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C

%C3%ADvel+inmeta:adj%3D2009&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70027112192&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=02/04/2009&relator=Claudir%20Fidelis%20Faccenda&aba=juris>.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70029363918. Oitava Câmara Cível. Comarca de Santa Maria. Apelante: M.P. Apelado: N.L.C.A. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029363918%26num_processo%3D70029363918%26codEmenta%3D2887116++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel+inmeta:adj%3D2009&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70029363918&comarca=Santa%20Maria&dtJulg=07/05/2009&relator=Claudir%20Fidelis%20Faccenda&aba=juris>.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2007.001.16970, São João de Meriti, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 13.06.2007, DORJ 11.10.2007.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível, Processo 70009804642, Comarca de Tupanciretã, 17.02.2005, 8ª Câmara Cível, Rel. Juiz Alfredo Guilherme Englert. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70009804642%26num_processo%3D70009804642%26codEmenta%3D1016131++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel&ie=UTF-8&proxystylesheet=tjrs_index&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70009804642&comarca=Comarca%20de%20Tupanciret%C3%A3&dtJulg=17/02/2005&relator=Alfredo%20Guilherme%20Englert&aba=juris>

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70027112192; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 2.4.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027112192%26num_processo%3D70027112192%26codEmenta%3D2830556++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel+inmeta:adj%3D2009&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-

8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70027112192&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=02/04/2009&relator=Claudir%20Fidelis%20Faccenda&aba=juris>

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07/05/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029363918%26num_processo%3D70029363918%26codEmenta%3D2887116++++++inmeta:doj%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel+inmeta:adj%3D2009&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70029363918&comarca=Santa%20Maria&dtJulg=07/05/2009&relator=Claudir%20Fidelis%20Faccenda&aba=juris>

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, a.2, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito das Sucessões.* – V. 7. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÃO LUIS. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Apelação Cível n° 002444/2010. Relator (a): Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, 22 de junho de 2010. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/9901091/pg-85-diario-de-justicado-estado-do-maranhao-djma-de-30-06-2010>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 370.957-4/6, Comarca de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Galdino Toledo Júnior, j. 05.09.2006, v.u., Voto 1.352.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico.* 32. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral. Tema 622 – Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622#>

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito das sucessões. v.6. 11. Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.* 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade.* São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil:* sucessões. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017

DISPERSÃO ACIONÁRIA: DA (IM)PRESCINDIBILIDADE DA OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE PODER DE CONTROLE MINORITÁRIO

Kássia Rúbia Santos Guimarães Cosme

RESUMO

O objetivo do trabalho é o estudo analítico da Oferta Pública de Ações (OPA) decorrente da alienação de controle, a qual está situada em um cenário de dispersão acionária ainda em desenvolvimento no mercado de propriedade de capital brasileiro e por isso ainda existem muitos debates conceituais que envolvem o tema. Um dos pontos de extrema relevância e que está diretamente relacionado com a problemática existente na obrigatoriedade ou não da Oferta Pública de Ações por alienação de controle minoritário é o próprio conceito de poder de controle e a sua identificação. A dificuldade está em entender qual é a definição de poder de controle aplicável para os casos da Oferta Pública de Ações obrigatória por alienação do controle. Sendo assim, o foco de análise são as diversas interpretações doutrinárias e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) acerca dos dispositivos previstos na Lei das Sociedades Anônimas de modo a aferir se ela admite ou não a existência de um poder de controle minoritário, e caso seja admito, até que ponto o conceito deste poder de controle meramente de fato é aplicável aos casos de obrigatoriedade da Oferta Pública de Ações decorrentes da alienação do poder de controle previsto no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas.

Palavras-chave: OPA. Oferta Pública de Aquisição de Ações. Acionista minoritário. Poder de controle. Alienação. Tag along.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da pesquisa é analisar o fenômeno de recente desenvolvimento no Brasil, denominado dispersão acionária da propriedade de capital nas sociedades anônimas de capital aberto. As sociedades anônimas também são conhecidas como

companhias ou sociedades de capital. Diante da análise do desdobramento histórico da pulverização acionária brasileira, o foco será lançado sobre a problemática que se refere à necessidade de adaptação da Lei das Sociedades Anônimas aos fenômenos contemporâneos das sociedades de capital, de maneira que o cerne do presente estudo é o surgimento do poder de controle minoritário decorrente da dispersão acionária.

Ocorre que, estando inserido dentro da atual realidade no regime das sociedades anônimas brasileiras, mesmo que de forma inicial, o poder de controle minoritário gera dissídios doutrinários e jurisprudenciais no que diz respeito à interpretação da aplicabilidade obrigatória da Oferta Pública por Ações por alienação de controle.

Como veremos adiante, para muitos estudiosos da área, a Oferta Pública de Ações é obrigatória em qualquer caso de alienação do poder de controle da companhia – inclusive o minoritário –, em contrapartida, para outros, a obrigatoriedade da OPA apenas se faz necessária quando da transferência do poder de controle majoritário.

Através de uma análise panorâmica geral, no cenário global da atual realidade do poder de controle das sociedades anônimas, existem dois polos conceituais distintos e contrapostos no que diz respeito à propriedade de capital. São eles, de um lado o poder de controle majoritário e do outro poder de controle minoritário.

O poder de controle majoritário era o predominante nas sociedades anônimas brasileiras até o ano de 2000, quando houve o advento do Novo Mercado da BMF&FBOVESPA, o qual impulsionou à abertura de capital de diversas companhias anteriormente de capital fechado e implementou um modelo de governança corporativa extremamente diferenciado, exigindo um alto nível de transparência e reforçando, através do seu regulamento, a igualdade entre os sócios. O segmento de listagem do Novo Mercado reforçou um ambiente de concorrência por capitais entre as companhias, tendo em vista que aquelas que voluntariamente se submetiam ao referido segmento se tornavam mais atrativas aos investidores, devido

a uma maior proteção que a regulamentação se preocupou em assentar sobre eles e, por corolário, conseguiam arrecadar mais recursos para os seus projetos e desenvolvimento de suas atividades.

Como base conceitual clássica, a companhia de controle majoritário é aquela caracterizada por possuir um acionista ou um grupo de acionistas que detém 50% mais uma ação com direito à voto, de forma que possuem consigo o poderio de eleger os administradores da sociedade de capital e orientar a direção negocial da sociedade incontestavelmente. Após a realidade da pulverização do capital passaram a pensar este controle majoritário de diversas formas, as quais veremos adiante de maneira adequada.

Por outro lado, o poder de controle minoritário é aquele presente em uma companhia de propriedade de capital pulverizado, na qual não existe um acionista ou um grupo de acionistas que possuem a maioria de capital votante. O que se pode notar nestes casos é a existência de um poder de controle exercido por um acionista ou um grupo de acionistas que não detém 50% mais uma ação com direito à voto, mas tendo em vista a dispersão acionária, é possível exercer o comando da gestão da sociedade.

Por fim, diante do contexto apresentado, a Lei de número 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas –, em seu artigo 254-A, estabelece que nos casos de alienação do poder de controle, deve ser realizada a Oferta Pública de Ações – também denominada de OPA obrigatória ou *Tag Along* –, no entanto, a falta de clareza na legislação faz com que a doutrina e a jurisprudência se dividam com relação a definição do poder de controle aplicável ao caso, gerando, consequentemente, outra divergência interpretativa relativa ao conceito de controle previsto no artigo 116 da referida lei.

Posto isso, o presente trabalho possui o objetivo expor as divergentes posições adotadas quanto ao tema, diante da doutrina e da jurisprudência, e como estão sendo solucionados os conflitos referentes à transferência de controle minoritário no cenário brasileiro atual.

2 REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO AOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS NAS COMPANHIAS DE CAPITAL ABERTO

2.1 Princípios protecionistas aos acionistas minoritários

O atual estudo, o qual possui como objeto de pesquisa e análise os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da obrigatoriedade ou não da Oferta Pública de Ações nos casos específicos de transferência de poder de controle minoritário, está extremamente embasado nos pilares principiológicos do direito constitucional e do direito empresarial, os quais serão explanados de forma a facilitar a compreensão introdutória e contextual do foco do estudo.

Inicialmente, partindo de princípios mais genéricos e por isso, mais amplos, que servem de orientação para todos os diferentes ramos do ordenamento jurídico brasileiro, é cabível destacar os princípios constitucionais da igualdade, da legalidade e da livre iniciativa, visando uma mais ampla abordagem do tema.

2.1.1 Igualdade.

O princípio da igualdade, previsto no inciso I, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegura em seu caput que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]" e, em seguida, reafirma a igualdade no inciso I, prevendo que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

O mencionado princípio é visto sobre dois enfoques distintos, o da classificação do princípio da igualdade formal e o princípio da igualdade material ou substancial. No que concerne a visão formal, este determina que todos os indivíduos são iguais perante a lei, de forma que não há preocupação com a efetiva disponibilização de meios ou recursos materiais que propiciem iguais oportunidades

de acesso a bens ou interesses próprios[1]. De outro lado, ao tratar da igualdade material, se está versando sobre o conceito de isonomia. A igualdade material é aquela que postula um tratamento justo a todos, de modo a compensar as desigualdades existentes na sociedade.

De acordo com Luciana Amicucci Campanelli, a igualdade substancial é aquela que visa o tratamento igualitário aos indivíduos quanto ao ser (origem, natureza), contudo, sem desconsiderar a existência de diferenças quanto ao modo de ser (inteligência, cultura). [2] Ou ainda, em outras palavras, é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

O princípio da igualdade importa para a presente problemática em análise porque esta estará sempre circulando ao redor dos acionistas minoritários, com e sem poder de controle, de forma que é possível visualizar a existência de uma parte mais fraca na relação entre o sócio controlador e os demais sócios. O princípio da isonomia se aplica exatamente no seu conceito de tratamento desigual aos desiguais, de forma a equilibrar uma relação de poder e ausência de poder de gerência da companhia, estabelecendo meios protecionistas aos menos favorecidos.

2.1.2 Legalidade.

Outro princípio que possui vínculo com a temática em análise é o da legalidade, previsto no inciso II, artigo 5º da Magna Carta, o qual prevê que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O princípio da legalidade esteve presente em todas as demais Constituições do Brasil, salvo na de 1937, e traz consigo uma premissa liberal, segundo a qual há a determinação de que a lei é garantia da coexistência de direitos e liberdades na sociedade.

---

1 PACCELLI JÚNIOR, André. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

2 CAMPANELLI, Luciana Amucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 44.

Para melhor compreensão do conceito da legalidade, tem-se como esclarecedor o que se foi postulado no artigo 4º da Declaração de Direitos de 1789, que previu que "a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos pela lei".

O princípio da legalidade, na concepção moderna, traduz-se como sendo o direito pertencente a cada indivíduo de não se submeter senão à lei. Consiste em um mecanismo protecionista das liberdades individuais[3]. Ainda, no âmbito da esfera privada, vê-se o princípio da legalidade como um mecanismo permissor aos particulares de praticar tudo o que a lei não proíbe, operando como garantia libertária[4].

2.1.3 Livre iniciativa.

Por conseguinte, outro pilar associado ao tema em questão é o princípio da livre iniciativa. Está previsto no artigo 1º, inciso IV, o qual prevê que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa". Além do referido dispositivo, também encontra base legal no artigo 170, caput e parágrafo único do Texto, o qual postula:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso)

[3] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 837.
[4] PACCELLI JÚNIOR, André. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236.

De acordo com José Afonso da Silva, esse princípio constitucional envolve a liberdade conferida aos indivíduos para desenvolver a atividade empresária e a liberdade de contrato[5], ou seja, possui como escopo central garantir o livre exercício de qualquer atividade econômica, desde que não seja ilícita e desde que não haja previsão da lei no sentido de necessitar de prévia autorização de órgão público.

Com uma destinação muito similar aos princípios da legalidade e da livre iniciativa já citados, cabe também mencionar relevante explicação de André Ramos Tavares sobre o princípio constitucional que postula a liberdade em seus diversos aspectos, mas sob a ótica do direito empresarial. Leia-se:

> É certo que a atividade empresarial clama, constitucionalmente falando, por todas as liberdades constitucionais. Ilustrativamente, é possível inferir que, sem a liberdade de circulação e locomoção de pessoas, a atividade empresarial seria extremamente custosa e muito diversa daquela praticada atualmente, porque basicamente dependeria de autorizações ou salvo-condutos emitidos pelo Estado; já sem a liberdade de circulação de mercadorias lícitas, a atividade empresarial seria simplesmente inviável ou subordinada a interesses estatais diversos da mentalidade e racionalidade empresarial. Da mesma forma, sem liberdade de expressão e comunicação, questões centrais para as empresas, como propaganda e marketing, desenvolvimento de marcas etc., novamente o modelo de empresa que teríamos seria substancialmente diverso, muito próximo do modelo de um regime comunista, em cuja base está uma certa desdiferenciação das empresas existentes, focado, ainda, na centralização das decisões sobre produção. O empreendedorismo – dimensão, por vezes, de forte caráter coletivo e de soma de esforços – seria inviável sem liberdade de associação, organização coletiva e reunião, sem liberdade de contratar e sem liberdade de trabalhar e de escolher livremente a própria profissão e atividade econômica.[6]

2.1.4 Autonomia da vontade.

[5] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 767.

[6] TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional da Empresa. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 30.

Como corolário do princípio da legalidade, da liberdade e da livre iniciativa, sendo estes de grande abrangência, subsiste o princípio da autonomia da vontade. Todos interligados à temática de estudo da mesma forma, como veremos adiante ao tratarmos da *tag along*, sendo este um direito pertencente ao acionista minoritário de retirar-se da companhia nos casos de alienação do poder de controle.

O princípio da autonomia da vontade, fundamental ao direito dos contratos, transfere sua importância ao direito empresarial no tocante ao contrato de participação acionária. Como definição hábil a compreensão contextualizada ao tema, o referido princípio consiste no poder pertencente aos particulares para que possam autorregularem os seus interesses, é a liberdade de autogovernar-se na esfera jurídica. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves o princípio da autonomia da vontade realiza-se nos direitos subjetivos e na possibilidade de celebração de negócios jurídicos[7].

2.1.5 Proteção ao minoritários.

Por fim, cabe agora tratar de um dos princípios mais importantes que se relaciona à temática em questão. O princípio da proteção aos acionistas minoritários. É importante, antes mesmo de especificamente conceituar o princípio, apresentar algumas explicações e posições doutrinárias a respeito do conceito de minoria e maioria.

Conceitualmente, sabe-se que acionistas são todos aqueles, pessoa física ou pessoa jurídica, proprietários de ações. Também reconhecidos como sócios da companhia. Os acionistas de uma sociedade de capitais, por assim o ser, estão encarregados de deveres e responsabilidades, dentre os quais, o de pagar o preço das ações que subscreveram.

[7] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. V. 3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

Waldirio Bulgarelli traz em sua obra uma interessante e adequada conceituação sobre a diferença entre maioria e minoria. Segundo o autor tal classificação é realizada com base na relação quantitativa de poder, o que não necessariamente tem relação com a quantidade de ações ou de pessoas. Desse modo, a maioria seria aquela detentora do poder e, em contrapartida, a minoria seria formada por pessoas afastadas do poder, no entanto, não obrigatoriamente composta por um número inferior de acionistas. A minoria pode ser conceituada, em um cenário de dispersão acionária, como sendo a maioria desorganizada.[8]

Tais definições serão analisadas com mais profundidade posteriormente. Basta, para o momento, o entendimento exposto acima.

Diante da tensão sempre existente entre maioria e minoria e visando estabelecer um equilibro nessa relação, existe o princípio da proteção aos acionistas minoritários, segundo o qual motivou a criação de dispositivos na Lei das Sociedades Anônimas, com o intuito de resguardar os direitos dos acionistas que se encontram em posição minoritária na tomada de decisões frente à companhia.

Os direitos direcionados aos acionistas em posição de minoria visam protege-los contra qualquer violação ou artifício utilizado pela maioria com o intuito de prejudicar os seus interesses. Doutrinadores, como mesmo Bulgarelli, tende a compreensão de que tais direitos são mecanismos de limitação do poder da maioria, de forma a preservar os direitos fundamentais das minorias.

O princípio da proteção aos acionistas minoritários se relaciona ao tema da obrigatoriedade ou não da Oferta Pública de Ações nos casos de alienação do poder de controle minoritário no sentido de se analisar a efetividade da proteção aos minoritários em casos de dispersão acionária, onde a tutela da minoria converte-se em tutela da maioria dos acionistas, tendo em vista que o indivíduo ou o grupo sob controle da sociedade possui apenas uma minoria ou uma pequena porcentagem das ações.

[8] BULGARELLI, Waldirio. Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 33.

Por fim, cabe comentar que diversos outros princípios poderiam ser analisados e contextualizados dentro do contexto do estudo, no entanto, foram postos os que se relacionam com mais intimidade ao tema. Sendo possível, de agora em diante, no decorrer da leitura do presente trabalho, fazer menções aos citados princípios ou mesmo recordá-los em cada momento de leitura feita a diante.

2.2 A expansão do sistema de propriedade de capital relativamente pulverizado nas companhias de capital aberto brasileiras.

Através de uma visão mais ampla referente ao sistema de propriedade de capital, é importante trazer à estudo uma noção preliminar em nível global. De acordo com os ensinamentos de Eduardo Secchi Munhos, depois da Segunda Guerra Mundial e com o advento da globalização estudiosos puderam observar mudanças estruturais da propriedade da capital em diversos países, sendo que o primeiro impacto notável foi nos Estados Unidos, no Japão e na Europa Ocidental, países esses que assumiram papel de destaque nesse primeiro momento de mudança do sistema de propriedade de capital. Nesse período foi possível constatar uma ampliação das atividades econômicas a nível mundial e, como corolário, houve uma integração entre os sistemas societários estruturais das sociedades anônimas, os quais passaram a possuir semelhanças em suas características jurídicas básicas, quais sejam, a criação de uma personalidade jurídica com responsabilidade limitada, a livre circulação do capital, a administração de tais empresas por órgãos investidos dessa competência e a propriedade das ações por investidores.[9]

A despeito dessa análise, Munhoz revela que foi possível vislumbrar em meados do século XX uma dicotomia entre os sistemas atinentes a propriedade de capital a nível mundial. De acordo com o autor, essa polarização da estrutura da propriedade de capital, se dividia entre o sistema propriedade de capital disperso e o sistema de propriedade de capital concentrado. O sistema de dispersão acionária

[9] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71.

possui como características marcantes a presença de um mercado de valores mobiliários desenvolvido e ativo, o qual disciplina a disputa pelo poder de controle, com alto nível de governança corporativa – o que significa haver rígidos padrões de ampla divulgação e transparência de informações – e existência de fiscalização do papel exercido pelos administradores. No polo oposto, o sistema de concentração acionária se caracteriza pela existência de um acionista controlador – seja este um indivíduo ou um grupo de pessoas físicas ou jurídicas –, pela presença de um mercado de capitais pouco desenvolvido e pouco ativo nas relações societárias.[10]

Dentro desse contexto, a doutrina vem tradicionalmente classificando a estrutura da propriedade de capital no Brasil como sendo extremamente concentrada e, de acordo com Erik Frederico Oioli, o estímulo à referida concentração foi uma das premissas do legislador ao editar a Lei das Sociedades Anônimas de 1976. A outra premissa foi a de fortalecer o mercado de capitais.[11] De acordo com os ensinamentos do autor, o incentivo à concentração acionária ocorreu da seguinte maneira:

> A LSA introduziu regras favoráveis à formação de grupos de empresas, de fato e de direito (artigos 265 e seguintes), e se estruturou em torno do poder de controle. Assim, referida lei define quem é o acionista controlador (artigos 116, 243, §2º e 265, §1º) e fixa a soberania da assembleia geral (artigos 121 e 122) – em que a vontade do controlador é manifestada diretamente –, atribui deveres e responsabilidades (artigos 116, parágrafo único, artigo 117 e 246) e cria instrumentos legais para assegurar o efetivo poder do acionista controlador. O primeiro deles é o acordo de acionistas, cuja amplitude e efetividade foram posteriormente ainda mais reforçadas pela reforma da LSA pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. A lei ainda assegura a preponderância dos representantes do acionista controlador no Conselho Fiscal e nos órgãos de administração (posteriormente ainda mais reforçada pela introdução do §7º no artigo 141 pela Lei nº 10.303/01). Por fim, a vontade original dos autores do anteprojeto de lei que deu origem à LSA era assegurar ao acionista controlador o prêmio pela alienação de controle, como contrapartida, inclusive, pelos deveres e responsabilidades a ele atribuídos, o

[10] MUNHOS, op. cit., p. 72.

[11] OIOLI, Erik Frederico. Oferta Pública de Aquisição do Controle de Companhias Abertas – Coleção IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53.

> que então era uma das grandes novidades introduzidas pela lei.[12]

Ainda de acordo com Oioli, a criação de diversificados mecanismos incentivadores da concentração do poder de controle tem origem histórica no desenvolvimento econômico brasileiro, o qual se organiza em torno do poder econômico desde o período colonial.[13] Para Eduardo Secchi Munhoz essa característica está relacionada à influência do modo de produção escravista que predominou no Brasil até o ano de 1888.[14]

No Brasil do início do século XIX, sob os moldes do modo de produção escravista, aduz Eduardo Secchi Munhoz que "o trabalho, a união de esforços para lograr benefícios comuns eram valores não apenas ignorados pela sociedade brasileira, mas havidos como humilhantes."[15] Na realidade de uma sociedade na qual o alto escalão valorizava as atividades intelectuais e as artes, não havia presente no Brasil uma predominância de valores individualistas e voltados para a livre iniciativa, ao revés, era predominante o domínio econômico do Estado, este altamente intervencionista.[16]

Com a abolição da escravidão, no ano de 1888, a política econômica brasileira era ainda ditada pelo Estado, mas conforme os interesses da classe econômica dominante à época, que eram os grandes fazendeiros de café. Posteriormente, com o fim da crise mundial de 1929 e com a ascensão de Getúlio Vargas à presidência da República em 1930, o Estado passou a diminuir em grau o seu intervencionismo econômico, momento no qual teve início um período de fomento à industrialização. De acordo com Munhoz "os barões do café deram lugar a uma oligarquia empresarial, que manteve forte influência sobre o Estado."[17] Nesse

[12] OIOLI, Erik Frederico. Oferta Pública de Aquisição do Controle de Companhias Abertas – Coleção IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53 e 54.
[13] OIOLI, op. cit., p. 54.
[14] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.
[15] MUNHOZ, op. cit., p. 84.
[16] MUNHOZ, op. cit., p. 85.
[17] MUNHOZ, op. cit., p. 86.

contexto, a empresa possuía apenas dois caminhos como meio de auferir capital, através de recursos próprios ou na busca por financiamento estatal. No entanto, para esta última ocorrer, seria necessária uma boa relação com o poder político.

Diante da apresentação desse cenário de desenvolvimento econômico brasileiro muito bem exposto por Eduardo Secchi Munhoz, era possível vislumbrar no Brasil um ambiente de baixa competitividade e a inexistência de mecanismos privados como fonte de financiamento para as atividades empresariais. O sistema de propriedade de capitais era caracterizado como concentrado, havendo um amplo domínio do controlador sobre a empresa e, consequentemente, existia uma alta possibilidade, que se podia ver na prática, do controlador extrair benefícios privados através do exercício do seu próprio controle.[18]

Contudo, nas circunstanciais atuais é possível constatar uma mudança com relação a realidade exposta e a existência de uma transição quanto ao sistema de propriedade de capital no Brasil, do sistema concretado para o relativamente disperso ou pulverizado.

É importante a menção que faz Munhoz referente a Lei das Sociedades Anônimas no sentido de que esta, mesmo tendo sido estruturada de forma a propiciar uma concentração acionária, também foi idealizada de maneira a tornar viável a autorregulação por entidades do mercado de capital.

Tendo em vista o universo dos autores estudados para a elaboração do presente trabalho, foi possível identificar que é majoritária a doutrina que se posiciona no sentido de concordar que desenvolvimento do mercado de capitais e a dispersão acionária no Brasil é fenômeno recente que grande mérito dessa evolução pertence ao seguimento do Novo Mercado da BM&BOVESPA criado em dezembro de 2000.

Importa dispor que a Bolsa de São Paulo, além da criação do Novo Mercado, criou também outros seguimentos de aderência voluntária visando o

[18] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87.

desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, cada seguimento se adequa para uma empresa em suas situações específicas, são eles: Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1.[19] Em todos os referidos seguimentos há a exigência de alto nível de governança corporativa, visando estabelecer incentivo e a valorização das sociedades de capital.

Antes de entender o funcionamento do seguimento do Novo Mercado e como este influenciou a dispersão da propriedade de capital, é relevante entender em que consiste a prática de governança corporativa. A governança corporativa é um conjunto de práticas e de relacionamentos entre os acionistas, o Conselho de Administração, a Diretoria, a Auditoria Independente e o Conselho Fiscal que visam otimizar o desempenho da empresa e facilitar o acesso ao capital.[20] Em suma, é uma forma que visa tornar a companhia mais atrativa aos investidores através da transparência de informações, da integridade da própria companhia, da prestação de contas desta para com os seus sócios e da responsabilidade corporativa. Essa linha de governança corporativa exige um respeito aos interesses dos acionistas minoritários de forma que, em seu conjunto, por fim, torna a sociedade anônima mais confiável.

No Novo Mercado é onde se situa, dentre todos os seguimentos da BM&FBOVESPA, o mais elevado nível de governança corporativa. Possui como umas das regras que o capital social da companhia seja composto apenas por ações ordinárias – com direito a voto –, exige um percentual mínimo de ações em circulação de 25% ou 15% e que haja a extensão para todos os acionistas das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da alienação do controle da companhia (tag along).

Sendo assim, os controladores de companhias brasileiras puderam visualizar na entrada ao Novo Mercado uma condição que se tornaria necessária para obtenção

[19] Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/sobre-segmentos-de-listagem/>. Acesso em 17 de maio 2018.

[20] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário – Volume 1, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 426.

de financiamentos e recursos para expansão dos seus negócios, consequentemente, uma oportunidade para captação de lucros mais elevados do que os benefícios privados de controle.[21]

Ensina Munhoz que, mesmo sem nenhuma dúvida de que o Novo Mercado foi grande personagem para o início da dispersão acionária no Brasil, não é possível imaginar que teria sido apenas ele o responsável pelo acontecimento. São dois os pressupostos influenciadores do desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, o pressuposto econômico e o pressuposto jurídico, sendo assim entendidos como:

> [...] (i) no **campo econômico**, foi a abertura financeira e comercial do país, as privatizações, a estabilidade macroeconômica, o início de um novo ciclo de crescimento, a presença de um mercado financeiro internacional marcado pela liquidez de recursos e pelos fluxos de capital em nível global;
>
> (ii) **no jurídico**, a criação do Novo Mercado, que estabeleceu um conjunto mínimo de regras visto pelos investidores internacionais e brasileiros como suficiente para prover proteção adequada a seus investidores.[22] (grifo nosso)

Posicionamento diverso dos apresentados possui Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, segundo o qual entende que a dispersão acionária brasileira é fato que ocorre praticamente com exclusividade nas companhias inseridas no Novo Mercado, sendo que 65 delas não possui um acionista controlador com mais da metade do capital social. Por outro lado, no segmento tradicional, há ainda a presença da concentração acionária, sendo que os acionistas controladores possuem, em média, 65,50% das ações com direito a voto.[23]

Por fim, Rodrigo Rocha, baseando-se no estudo realizado por Erica Gorga, pelo qual foi possível concluir que, levando em consideração as companhias inseridas no Novo Mercado, 30, 76% delas não possuem controle majoritário, no

[21] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.
[22] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94 e 95.
[23] CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. Controle gerencial – Coleção IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 2. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 112.

entanto possuem acionistas que, reunidos em bloco de controle, são detentores de mais de 50% das ações. Por conclusão, de acordo com o doutrinador, mesmo que o Novo Mercado se mostre afastado do padrão da concentração da propriedade de capital, ainda assim ele não logrou sucesso com relação a dispersão acionária.

Por conclusão, é possível aferir que no Brasil coexistem duas modalidades distintas de propriedade de capital, a modalidade que consiste no sistema de propriedade de capital concentrado e a modalidade do sistema de propriedade de capital disperso, no entanto, aquela ainda é a predominante na nossa realidade.

Vislumbra-se, portanto, uma fase de desenvolvimento e de amadurecimento da pulverização do capital e, conjuntamente, do mercado de capital brasileiro. No entanto, também cabe problematizar as questões e peculiaridades que vêm surgindo no processo de desenvolvimento da dispersão acionária motivadas pela falta de adaptação da regulação formal.

3 A PROBLEMÁTICA DIANTE DO ATUAL CENÁRIO DE DISPERSÃO ACIONÁRIA E A LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS.

3.1 O poder de controle – Majoritário e minoritário.

A palavra controle, de acordo com os estudos sobre a evolução semântica de Fábio Konder Comparato e de Calixto Salomão Filho, possui diversos significados, tais como vigilância, verificação, fiscalização, ato ou poder de dominar, de controlar de guiar ou restringir. Apesar disso, mais do que saber os diversos significados de controle, importa entender qual o conceito aderido e utilizado pela nossa legislação. A definição que melhor se encaixa na interpretação da legislação brasileira é a de que controle significa dominação e, em alguns poucos casos, significa também disciplina ou regulação.[24]

Distintamente de como são organizados os demais tipos societários, nos casos das sociedades anônimas o legislador distinguiu os poderes-funções essenciais para

[24] COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. – 6. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p. 25

o seu funcionamento e os destinou para órgãos específicos, sendo que tais órgãos inextinguíveis e inconfundíveis. O poder-função de decisão é assegurado à assembleia-geral, o poder-função de administrar é assegurado à diretoria e o poder-função de fiscalizar é assegurado ao conselho fiscal.[25]

Apesar da distinção de função de cada órgão e da impossibilidade de suprimir qualquer um deles, esses órgãos não estão posicionados no mesmo nível, mas há uma organização hierárquica. A assembleia-geral, de acordo com a obra de Comparato e de Salomão Filho, é o órgão primário que investe os demais órgãos, tendo o poder de eleger os seus membros e de demiti-los. Transcrevem os autores:

> [...] cada um desses órgãos básicos é dotado de poder próprio, eles não se colocam no mesmo nível, mas organizam-se hierarquicamente. No modelo legal, é, incontestavelmente, a assembleia-gera o órgão primário, ou imediato, que investe os demais, elegendo os seus membros e podendo demiti-los (Lei nº 6.404, art. 122, II). Nesse sentido estritamente jurídico, nem sempre coincidente com a realidade econômica, ela é, sem dúvida, o poder supremo da companhia, como diz o Código das Obrigações suíço (art. 698), ou o órgão supremo, como preferiu declarar a Lei Geral mexicana de sociedades mercantis (art. 178).[26]

Por fim, ainda no que tange o significado de controle, existe parte doutrinária que relaciona o referido poder à noção de soberania dentro das sociedades anônimas, isso porque é possível vislumbrar um poder de dominação que transcende as prerrogativas legais da própria assembleia.[27]

Com o decorrer dos anos tornou-se possível ainda a visualização de um poder de controle das sociedades dissociado da propriedade das ações, o qual passa a ser exercido pela administração da companhia e é denominado de controle gerencial, isso ocorreu como consequência da dispersão acionária e do absenteísmo dos acionistas. Nesse sentido, a dispersão dos acionistas permitiu com que um grupo

---

[25] Op. cit., p. 26.

[26] COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. – 6. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p. 26 e 27.

[27] Op. cit., p. 27 e 28.

reduzido de pessoas, em união, passasse a controlar a companhia. À vista disso, a problemática da proteção às minorias foi convertida em proteção às maiorias.[28]

Diante do aspecto conceitual de minoria e maioria e de acionistas minoritários e acionistas controladores, Bulgarelli traz em sua obra o entendimento de que a palavra minoria não carrega consigo apenas o significado quantitativo, mas traz na realidade uma relação quantitativa de poder, fato este que não está relacionado ao número de pessoas obrigatoriamente. Nesse sentido, afirma o autor que:

> Maioria é, sob tal aspecto, o controlador – o que de fato controla e dirige a sociedade – e minoria, os que por várias razões (absenteísmo, minifúndio de ações ou coesão do grupo controlador ou outros motivos), estão afastados do poder, dentro da sociedade.[29]

Nesse contexto, a minoria é definida como sendo o acionista ou o conjunto de acionistas que, em reunião da assembleia-geral, detém uma participação acionária que é inferior àquela que detém um grupo oposto. Por conseguinte, estes acionistas possuem, enquanto minoria, determinados direitos protecionistas que têm como escopo salvaguarda-los contra qualquer violação ou manobra da maioria tendente a prejudicar os seus interesses, um desses direitos é a realização da Oferta Pública de Ações (OPA).[30] O surgimento desses direitos foi motivado por ocorrer, na prática, um abuso do poder da maioria controladora, necessitando de uma tutela à minoria.

3.2 Mecanismos de transferência do poder de controle interno das Sociedades Anônimas de capital aberto.

O cenário de dispersão acionária ou de pulverização das ações interfere no modo de legislar e de aplicar as normas já existentes no tocante às formas de transferência do poder de controle interno de uma companhia. Nesse sentido, é de

[28] BULGARELLI, Waldírio. Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31.
[29] Op. cit., p. 33.
[30] BULGARELLI, Waldírio. Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 40.

suma importância dar destaque para o estudo das três modalidades de aquisição do controle interno de uma companhia, estudo este que ajudará na compreensão da aplicabilidade e conceito da Oferta Pública de Ações.

Ensina Erik Frederico Oioli em sua obra que existem três modalidades de aquisição do controle de uma companhia de capital aberto, são elas: (i) a aquisição privada ou cessão privada de controle, prevista no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas; (ii) a escalada acionária, e (iii) a oferta pública de aquisição de controle, também denominada de OPA hostil, voluntária ou a priori, prevista no artigo 257 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas.[31]

A aquisição privada ou cessão privada de controle tem sua essência no sistema de propriedade de capital concentrado, ou seja, nos casos em que o acionista controlador possui mais da metade das ações com direito à voto da companhia. Neste caso o negócio jurídico é realizado de forma onerosa entre um acionista controlador e um terceiro adquirente do controle, exigindo-se, portanto, uma prévia negociação entre as partes, de forma a estabelecerem contratualmente o valor das ações e a quantidade objeto da alienação. Essa modalidade de cessão privada de controle tem como vantagem o fator de revestir o adquirente da certeza de que será alcançado o controle da companhia. No entanto, o benefício da certeza encarece a negociação privada de cessão de controle, vez que, normalmente, o alienante exige do adquirente um prêmio de controle (ágil) e há a obrigatoriedade da realização de Oferta Pública de Ações (OPA) a posteriori direcionada aos acionistas não-controladores proprietários de ações com direito à voto da mesma classe e espécie das alienadas pelo controlador.[32] Sendo assim, em suma, de acordo com o artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas, nos casos de cessão privada de controle há a obrigatoriedade da OPA a posteriori em decorrência da alienação de controle, a

[31] OIOLI, Erik Frederico. Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas – Coleração IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 80.
[32] OIOLI, Erik Frederico. Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas – Coleração IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 81.

qual visa garantir aos demais acionistas não-controladores a participação no prêmio de controle e o direito de saída da companhia (*tag along*).

A outra modalidade de aquisição do poder de controle interno de uma companhia é a denominada escalada acionária, por meio da qual a aquisição do controle se dá devido a aquisições sucessivas de ações em bolsa de valores até o momento em que o adquirente das ações alcance percentual do capital social com direito a voto suficiente que lhe garanta o poder de controle. Neste caso não há que se falar em prévia negociação com um acionista controlador, mas na verdade há um cenário de dispersão acionária com alta liquidez que garante o processamento dessas operações.[33]

É notável na modalidade em questão que não há que se falar em obrigatoriedade de oferta pública de ações, em pagamento de prêmio de controle e em direito conferido aos demais acionistas minoritários de retirar-se da companhia. Em contrapartida, pode se tornar demasiadamente onerosa e levar um longo espaço de tempo para se efetivar.[34]

Por fim, a última forma de aquisição do poder de controle interno de uma Sociedade Anônima é através de uma Oferta Pública de Ações (OPA) voluntária ou OPA *a priori*, conhecida também como oferta pública de tomada hostil de controle. De acordo com Oioli:

> A OPA é a forma pela qual uma pessoa natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos, voluntariamente propõe, utilizando-se de qualquer meio de publicidade ou esforço de aquisição, aos acionistas de uma companhia ou aos acionistas de determinada classe ou espécie de ações, a aquisição das respectivas ações em montante tal que lhe assegure o poder de controle da companhia objeto da oferta. É uma forma de aquisição típica de mercados com grande dispersão acionária e liquidez.[35]

[33] Op. cit.
[34] Op. cit.
[35] OIOLI, Erik Frederico. Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas – Coleração IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 82.

Essa modalidade está prevista no artigo 257 da Lei das Sociedades Anônimas e "tal modalidade de tomada de controle só será eficiente se inexistir controle majoritário efetivamente exercido"[36]. O objeto imediato dessa modalidade de tomada de controle é a aquisição de ações, no entanto, o objeto mediato é a aquisição do poder de controle da companhia-alvo.

Como mecanismo de diferenciação entre a OPA voluntária e a escalada acionária, a Instrução da CVM nº 361 de 2002 determina como requisito para caracterização da OPA voluntária a efetuação desta fora da bolsa de valores e de marcado de balcão (artigo 2º, §5º).[37]

Enfim, a OPA voluntária ou a priori não possui a necessidade de negociação prévia do adquirente com o alienante do controle, vez que não há um. Neste caso utiliza-se para a atratividade da oferta um valor superior à cotação das referidas ações em bolsa de valores.[38]

3.3 A problemática do reconhecimento do poder de controle minoritário pela Lei das Sociedades Anônimas.

A Oferta Pública de Ações (OPA) decorrente da alienação de controle está situada em um cenário de dispersão acionária ainda em desenvolvimento no mercado de propriedade de capital brasileiro e por isso ainda existem muitos debates conceituais que envolvem o tema. Um dos pontos de extrema relevância e que está diretamente relacionado com a problemática existente na obrigatoriedade ou não da Oferta Pública de Ações por alienação de controle minoritário é o próprio conceito de poder de controle e a sua identificação.

A dificuldade está em entender qual é a definição de poder de controle aplicável para os casos da Oferta Pública de Ações obrigatória por alienação do

[36] PRADO, Roberta. Oferta pública de ações, obrigatória nas S.A.: Tag Along. São Paulo: Quartier Latin: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 69.
[37] OIOLI, Erik Frederico. Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas – Coleração IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 82.
[38] Op. cit.

controle. Sendo assim, o estudo central do capítulo é analisar as diversas interpretações doutrinárias acerca dos dispositivos previstos na Lei das Sociedades Anônimas de modo a aferir se ela admite ou não a existência de um poder de controle minoritário, e caso seja admito, far-se-á uma verificação de quais são os critérios para a identificação de uma modalidade de poder de controle que tem a sua existência essencialmente de fato.

De início, seguindo a ideia exposta por Eduardo Secchi Munhoz, é importante distinguir dois elementos trazidos pela Lei das Sociedades Anônimas, quais sejam, a definição do poder de controle como uma situação fática regulada pelos artigos 116 e 243, §2º da Lei das Sociedade Anônimas e o conceito de ações pertencentes ao bloco de controle, as quais estão suscetíveis ao negócio jurídico de alienação regulado no artigo 254-A da mesma lei. Nesse sentido, separa-se:

(i) Conceito de controle como poder, situação de fato – Artigos 116 e 243, §2º da Lei das Sociedades Anônimas.

(ii) Conceito de bloco de ações de controle, passível de ser objeto de alienação – Artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas.

Ensina Munhoz que o poder de controle é um *fato jurídico*, de forma que a legislação atribui à existência deste fato certos efeitos, quais sejam, um regime especial de deveres e responsabilidades que objetivam proteger os interesses da Sociedade Anônimas e dos seus sócios. Em contrapartida, o bloco de ações de controle é um *objeto de direito*, o qual está previsto no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas, o qual traz em seu texto a obrigatoriedade da Oferta Pública de Ações nos casos de alienação do controle acionário com o objetivo de resguardar o princípio igualitário entre os acionistas não-controladores da companhia.[39]

A dúvida que recai sobre o tema e que gera diversidade interpretativa na doutrina e na jurisprudência diz respeito ao previsto no artigo 254-A da LSA no

[39] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 302.

sentido deste determinar, ou não, a incidência da OPA obrigatória nos casos de alienação de ações integrantes do bloco de controle minoritário.

De acordo com Calixto Salomão Filho, a realidade brasileira de extrema concentração acionária quando da criação da Lei das Sociedades Anônimas de 1976 influenciou a regulamentação do sistema de repartição de poderes no próprio modelo concentracionista, em outras palavras, houve uma preocupação em regulamentar a realidade existente no momento.[40] Nesse sentido, a Lei das Sociedades Anônimas focou na divisão entre acionista controlador e os demais acionistas não-controladores.[41]

Aos acionistas controladores incidiu o poder-dever de gerir a empresa e as atividades empresariais, enquanto aos acionistas não-controladores recaiu a função externa ao empreendimento empresarial.

Nessa perspectiva, em se tratando dos acionistas controladores, o poder de controle ao qual estão revestidos ocasiona em um regime de deveres e de responsabilidades especial. Explica Eduardo Secchi Munhoz que:

> [...] o acionista controlador consubstancia autêntico órgão da companhia brasileira, correspondendo a uma terceira instância de poder, além da administração e da assembleia geral. O acionista controlador é situado no ápice da estrutura de governança corporativa, possuindo deveres fiduciários para com os demais acionistas e devendo observar a função social de sue poder-dever perante os stakeholders e a comunidade em que atua, como está expresso no artigo 116, parágrafo único, da Lei das S.A. O descumprimento desses deveres fiduciários ou da função social, que legitima o seu poder, caracteriza exercício abusivo do poder de controle (arts. 117 e 246, da Lei das S.A.), ensejando a responsabilidade de seu titular pelos danos causados e, eventualmente, a ineficácia dos atos praticados.[42]

[40] SALOMÃO FILHOS, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99.
[41] MUNHOZ, Eduardo Secchi. A aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 302.
[42] MUNHOZ, Eduardo Secchi. A aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 303.

É nesse contexto que se torna possível afirmar que o sistema jurídico brasileiro elegeu com clareza a existência de um controlador, o qual, em decorrência da posição que ocupa na companhia, tem a necessidade de ser conceituado para a atribuição dos efeitos previsto na lei. Em outras palavras, a conceituação de um acionista controlador tem como escopo o de limitar e de fiscalizar a atuação de quem de fato detém o domínio da companhia, de tal sorte que seja passível a imputação de um conteúdo mínimo de obrigações e um conjunto de responsabilidades e deveres. Assim, preveem os artigos 116 e 243, §2º da Lei das Sociedades Anônimas o conceito de acionista controlador. Leia-se:

> Art. 116. Entende-se por **acionista controlador** a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
>
> a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
>
> b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.
>
> Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.
>
> Art. 243, §2º **Considera-se controlada a sociedade** na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.[43] (grifo nosso)

Veja-se que o artigo 116 trata de acionista controlador, enquanto o artigo 243, §2º trata de sociedade controladora, no entanto, em ambos os casos há um núcleo comum de definição, qual seja, o fato de ser necessário para a configuração de controlador a titularidade de direitos de sócio que lhe confere, de modo permanente dois fatores:

[43] BRASIL. Lei nº 6.404, de 5 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm> Acesso em: 28 de setembro de 2018.

(i) preponderância nas deliberações da assembleia-geral; e

(ii) o poder de eleger a maioria dos administradores.

É através da leitura atenta desses dispositivos que parte da doutrina entende que, por não haver referência à titularidade de um mínimo de ações, não se pode inferir que apenas seria considerado controlador aquele acionista detentor de mais da metade do capital votante. De acordo ainda com Munhoz, a Lei das Sociedades Anônimas definiu como controlador aquele tem o controle de fato, de modo que o poder se extrai da situação de preponderância nas deliberações sociais e no momento de eleição de maior parte dos administradores.[44]

O caráter de permanência do controle descrito na Lei se adequa muito ao sentindo de ser ele estável, ou seja, não pode configurar uma situação de prevalência esporádica ou eventual, mas apresentar uma continuidade. Por consequência, vale ressaltar que um poder de controle estável não significa um poder de controle eterno e imune a qualquer ameaça, como afirma Munhoz, de modo que, por conclusão, afirma o autor que, a caracterização do poder de controle exige-se uma estabilidade, mas não uma imutabilidade.[45]

Entende Calixto Salomão Filhos no mesmo sentido que Munhoz, de modo que, segundo o autor, a Lei das Sociedades Anônimas adota a existência de um poder de controle minoritário como um princípio dentro do total do capital social da companhia, vez que, de acordo com o artigo 15, §2º da Lei das Sociedades Anônimas é admitida a emissão de até 50% do capital social da companhia em ações sem direito à voto – ações preferenciais.[46]

Por conclusão, uma vez interpretada a Lei das Sociedades Anônimas no sentido de que a mesma reconhece a existência de um poder de controle minoritário de forma implícita, adiante caberá analisar se o conceito de controle previsto no

[44] MUNHOZ, Eduardo Secchi. A aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.
[45] Op. cit., p. 305.
[46] COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, xvii, 68.

artigo 116 já mencionado encaixa-se com a previsão de obrigatoriedade de OPA nos casos de alienação do poder de controle previsto no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas.

3.4 A problemática do artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas e o poder de controle minoritário

A questão que será levantada e analisada agora se trata do dissídio doutrinário sobre a incidência, ou não, da Oferta Pública de Ações obrigatória prevista no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas nos casos de alienação do poder de controle minoritário. Nesse sentido, se deve ter em mente o que foi abordado no tópico anterior, ou seja, entender que o conceito de poder de controle previsto no artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas possui controvérsia interpretativa sobre o reconhecimento ou não do poder de controle minoritário, no entanto, como já explicitado, a doutrina predominante entende por haver um reconhecimento implícito da existência de um poder minoritário, sendo este aquele controle de fato.

O foco central do estudo é compreender os diversos posicionamentos doutrinários, quais sejam, de um lado há doutrina que entende por ser aplicável o conceito de poder de controle previsto no artigo 116 a obrigatoriedade da OPA por alienação do controle previsto no artigo 254-A e, de outro lado, há doutrina que entende que os dois artigos são independentes entre si e que, o conceito de poder de controle determinado pelo artigo 116 apenas tem o escopo de identificar o acionista controlador para conferir-lhe direitos e deveres e imputar-lhe responsabilidades, enquanto o artigo 254-A disciplina a alienação de ações pertencentes ao bloco de controle que conferem ao seu titular o poder de controle, sendo que neste caso a obrigatoriedade da OPA só seria reconhecida quando da alienação de mais da metade das ações com direito à voto.[47] Nesse sentido, serão apresentados os diversos entendimentos doutrinários em sequência.

[47] MUNHOZ, Eduardo Secchi. A aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

Os artigos 116 e 243, §2º da Lei das Sociedades Anônimas estabelecem a definição de controle como poder. A análise que precisa ser feita diz respeito à relação entre o conceito de poder de controle previsto nos referidos artigos e o conceito da alienação de controle previsto no artigo 254-A, também da Lei das Sociedades Anônimas, ou seja, consiste em verificar até que ponto o conceito dos artigos 116 e 243, §2º é aplicável dentro do contexto do artigo 254-A.

Para uma melhor compreensão do assunto tratado é importante a releitura dos dois dispositivos previsto na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76):

> Art. 116. Entende-se por **acionista controlador** a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
>
> a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
>
> b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. (grifo nosso)
>
> Art. 243, §2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é **titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores**.[48] (grifo nosso)
>
> Art. 254-A. A **alienação, direta ou indireta, do controle** de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que **o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia**, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.
>
> §1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de **ações integrantes do bloco de controle**, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações

[48] Op. cit., disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm> Acesso em: 27 de setembro de 2018.

> que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.
>
> §2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais.
>
> §3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*.
>
> §4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle.[49] (grifo nosso)

De acordo com Roberta Nioc Prado, o poder de controle minoritário também é conhecido como poder de fato, pois não há uma situação de direito como nos casos da existência de um poder de controle majoritário, uma vez que neste caso está assegurado ao controlador a efetividade e permanência do poder de mando na companhia, sem que seja possível a existência de controvérsia.[50]

Sendo totalmente diverso o conceito de controle, far-se-á análise dos posicionamentos doutrinários. De acordo com Comparato, mesmo que o exercício do controle seja apenas momentâneo já estaria caracterizada a existência de um poder de controle e o acionista controlador para aplicação do artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas, podendo, dessa forma, aplicar o regime de deveres e responsabilidades. O posicionamento do mencionado doutrinador torna possível a compreensão de que aquele controlador temporário que praticar atos prejudiciais à companhia ou aos demais acionistas poderá ser responsabilizado por tais atos praticados durante o exercício do controle. Esse posicionamento tem base no fato de

[49] BRASIL. Lei nº 6.404, de 5 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm> Acesso em: 28 de maio de 2018.

[50] PRADO, Nioac Roberta. Oferta Pública de Ações obrigatória nas S.A.: Tag Along. São Paulo: Quartier Latin: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 366.

que o artigo 117, §1º prevê atos pontuais e de duração determinada.[51] Importa analisar o disposto no referido artigo:

> Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.
>
> § 1º São **modalidades de exercício abusivo de poder**:
>
> a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
>
> b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
>
> c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
>
> d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
>
> e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;
>
> f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
>
> g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
>
> h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.[52] (grifo nosso)

[51] COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. – 6. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p. 70.

Para a caracterização do acionista controlador, de acordo com Comparato e Salomão Filho, basta o preenchimento do requisito previsto na alínea "a" do artigo 116. A alínea "b" do mesmo artigo se refere ao requisito de caracterização do poder de controle minoritário, qual seja, o efetivo exercício do poder. Nada obstante, a maior parte da doutrina possui posicionamento diverso, entendendo que para a caracterização do acionista controlador é necessária a presença de ambos requisitos, tanto o da alínea "a", quanto o da alínea "b".[53]

Ainda de acordo com a obra dos referidos autores, no que tange à Oferta Pública de Ações, foi estabelecido o entendimento de que o controle deve ser algo bem definido, de modo que a sua estabilidade, caracterizada pela titularidade da maioria das ações com direito à voto, corresponda à um elemento essencial. Em outras palavras, a Oferta Pública de Ações seria obrigatória apenas nos casos de alienação de poder de controle majoritário, por ser este controle estável e consolidado.[54]

Segundo Modesto Carvalhosa o controle minoritário sequer existe no direito societário brasileiro. O artigo 116 se restringe a definir o controle fundamentado na maioria absoluta do capital votante, de forma que esta propriedade acionária majoritária permite que a companhia seja dirigida permanentemente e autonomamente de forma incontestável.[55]

De acordo com Nelson Eiziriki, o conceito de poder de controle previsto no artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas existe para a identificação do acionista controlar de forma a possibilitar imputar-lhe os deveres e responsabilidades. Dessa forma, o conceito previsto no artigo 116 não se aplica para os casos de alienação do

---

52 BRASIL. Lei nº 6.404, de 5 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm> Acesso em: 26 de setembro de 2018.

53 COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. – 6. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p. 67

54 Op. cit., p. 72.

55 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 2º Volume: artigos 75 a 137. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

poder de controle previsto no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas. Declara o doutrinador que:

> [...] não se pode confundir a titularidade do controle acionário, que pressupõe a propriedade de ações representativas de mais de metade do capital votante, com o seu mero exercício, o qual pode decorrer de circunstâncias fáticas relacionadas à estrutura acionária da companhia.[56]

Em suma, Eiziriki entende que a identificação daquele que exerceu o poder de controle no momento em que foi praticado o ato lesivo já basta para que o controlador de fato responda pelos danos causados.

Divergentemente do posicionamento exposto acima, Erik Frederico Oioli entende não ser coerente a interpretação no sentido de que a lei se utilizaria de dois conceitos distintos de poder de controle, um para imputação de responsabilidade e outro para fins de aplicação da Oferta Pública de Ações. De acordo com o autor o conceito de controle é único, sendo assim, ele "enseja responsabilidade pelo seu mau exercício, bem como a possibilidade de saída da companhia pelo acionista minoritário em caso de alteração do seu titular".[57]

Dessa forma, o entendimento é o de que o conceito de poder de controle previsto no artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas é o utilizado para os casos de alienação do poder de controle previsto no artigo 254-A, de forma a tornar exigível a realização da Oferta Pública de Ações obrigatória.

Roberta Nioac Prado segue o mesmo posicionamento de Oioli. De acordo com a autora aquele que aliena o controle deve ser o mesmo que possui o controle de fato da companhia. Assim, o entendimento é o de que a obrigatoriedade da Oferta Pública de Ações existirá mesmo quando existir transferência de menos da metade

[56] EIZIRIK, Nelson. Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de Oferta Pública. In: Rodrigo R. Monteiro de Castro; Luis André N. de Moura Azevedo. Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 186.

[57] OIROLI, Erik Frederico. In: Temas de direito societário e empresarial contemporâneos: liberamicorum: Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França / Coordenação de Marcelo Vieira Von Adamek; Alcides Tomasetti Jr. ... [et. al.] São Paulo: Malheiros, 2011, p. 322.

das ações com direito à voto, bastando que fique comprovado a efetividade do exercício de poder de controle minoritário.[58]

A indagação que circula entre a temática e que se deve tentar responder diz respeito a como definir características capazes de identificar um poder de controle que é essencialmente de fato, ou seja, quais seriam os elementos presentes no poder de controle minoritário que tornariam possível a sua identificação para os casos de exigibilidade da Oferta Pública de Ações nas alienações desse controle.

Um dos requisitos de identificação do poder de controle minoritário ou de fato é permanência desse controle. Essa permanência se refere à uma continuidade no domínio da gestão da companhia que reflete na presença da maioria dos votos na assembleia-geral e na eleição dos membros de cada um dos órgãos da companhia.

A Resolução nº 401 do Conselho Monetário Nacional estabelecia, como solução para identificação do poder de controle minoritário, que este estaria caracterizado nos casos de exercício permanente do poder de controle a partir da consecução, por três vezes seguidas, da maioria dos votos nas Assembleias-Gerais. No entanto, essa resolução foi revogada.[59]

Neste contexto, diante da extrema dificuldade de estabelecer delimitações para identificação e caracterização do poder de controle minoritário diversos doutrinados preferem optar pelo seguimento de restrição da aplicação da Oferta Pública de Ações apenas para os casos do exercício do poder de controle majoritário.

De acordo com Eizirik, a Oferta Pública de Ações só é exigível nos casos de alienação do poder de controle majoritário, tendo em vista que neste caso é possível

---

[58] PRADO, Roberta Nioac. Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.: Tag along. São Paulo: Quartier Latin: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 132.

[59] IV - Na companhia cujo controle é exercido por pessoa, ou grupo de pessoas, que não é titular de ações que asseguram a maioria absoluta dos votos do capital social, considera-se acionista controlador, para os efeitos desta Resolução, a pessoa, ou o grupo de pessoas, vinculadas por acordo de acionistas, ou sob controle comum, que é titular de ações que lhe asseguram a maioria absoluta dos votos dos acionistas presentes nas três últimas Assembléias Gerais da companhia.

assegurar ao titular das ações, de forma incontroversa, o exercício do poder de controle.[60]

Assim, fica demonstrado que o entendimento com relação à aplicação da Oferta Pública de Ações nos casos de alienação do poder de controle minoritário não é pacífico. Ainda de acordo com Oioli, o que deve ser analisado no momento da alienação do poder de controle é o animus do adquirente de gerir a companhia. Para Roberta Nioac Prado basta a comprovação do efetivo exercício do poder de controle minoritário para que seja obrigatória a realização da Oferta Pública de Ações quando da transferência de menos de 50% das ações com direito à voto. Ampliando a diversidade de interpretação sobre o tema, declara Roberta que, no mesmo sentido do raciocínio, também seria possível a não obrigatoriedade da Oferta Pública de Ações nos casos de alienação do controle majoritário caso a efetividade do controle não existisse.

Por fim, como é possível concluir da análise, existem duas perspectivas divergentes na doutrina com relação à aplicabilidade da Oferta Pública de Ações nos casos de alienação do controle de uma companhia de capital aberto. De um lado há o entendimento de que existem dois conceitos diversos de controle, um presente no artigo 116 e outro previsto no artigo 254-A, ambos da Lei de Sociedades Anônimas. O conceito do artigo 116 tem como escopo atribuir responsabilidade e deveres ao acionista controlador. O conceito de controle do artigo 254-A tem como objetivo a exigibilidade da Oferta Pública de Ações no caso de alienação do poder de controle, possuindo como requisito para tal obrigatoriedade o preenchimento do que prevê a alínea "a" do artigo 116 – exercício do poder de controle de forma permanente, ou seja, através da propriedade de mais da metade das ações votantes.

Em contrapartida, parte diversa da doutrina entende que o conceito de controle previsto no artigo 116 é o mesmo aplicável ao artigo 254-A, ou seja, é o mesmo utilizado para os casos de alienação do poder de controle. Nesse sentido, a

[60] EIZIRIK, Nelson. Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de Oferta Pública. In: Rodrigo R. Monteiro de Castro; Luis André N. de Moura Azevedo. Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 186.

caracterização do poder de controle é mais flexível, estendendo-se para os casos do controle minoritário identificados na análise do caso concreto.[61]

4 A DIVERGÊNCIA: (IM)PRESCINDIBILIDADE DA OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES POR ALIENAÇÃO DE CONTROLE MINORITÁRIO

4.1 Estudo de caso – Entendimento da CVM

Antes de adentrar ao estudo do caso TIM, o qual é um dos mais simbólicos para representar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da obrigatoriedade ou não da OPA por alienação do poder de controle minoritário, importa tratar da CVM e suas funções no mercado de capitais.

A CVM foi criada pela Lei nº 6.385/76 com o escopo de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o marcado de valores mobiliários no Brasil. Consiste em uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda com regime especial, possuindo personalidade jurídica própria, assim como patrimônio. De acordo com as exposições do próprio sítio oficial, a autarquia possui autoridade administrativa desvinculada, ou seja, não se subordina a nenhum outro órgão.

No que concerne a OPA por alienação de controle, o artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas, em seus §§ 2º e 3º, estabelece a competência da CVM para autorizar uma alienação de controle fiscalizando o cumprimento dos requisitos e para criar normas referentes a OPA obrigatória. Leia-se:

> Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

[61] MORI, Larissa Kawano. Da concentração para a dispersão acionária no Brasil: Transferência de controle minoritário e a (in)adequação da oferta pública de ações (tag along). 2013. 68 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Curso de Direito. Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013. <http:/bdm.unb.br/bitstream/10483/5882/1/2013_LarissaKawanoMori.pdf> Acesso em: 25 agost. 2017.

> §2º **A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput***, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais.
>
> §3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários **estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*.**[62] (grifo nosso)

Nesse sentido, foi criada a Instrução nº 361 de 5 de março de 2002 com o intuito de regulamentar as ofertas públicas de aquisição de ações e, em seu artigo 29 e seguintes trata especificamente da oferta pública por alienação de controle.

Em retrospectiva ao ponto principal da análise da divergência, vale mencionar de forma sucinta no que consiste a divergências e quais são os argumentos doutrinários. Primeiramente, o conceito de acionista controlador previsto no artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas inclui ou não a existência do poder de controle minoritário? De acordo com a doutrina majoritária, a Lei das Sociedades Anônimas reconhece de forma implícita o poder de controle minoritário, vez que não estabelece um quantum mínimo de ações que deve ser titular o controlador, mas admite que consiste em uma situação de fato, qual seja, o poder de prevalecer em decisões sociais e no momento de eleição da maioria dos administradores da companhia. Além disso, deve esse poder de fato deter a característica de permanência, ou seja, guardar de estabilidade. "O poder exige estabilidade, mas não imutabilidade".[63]

Em um segundo momento, a discussão foco, por fim, aparece. O conceito de acionista controlador previsto no artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas se aplica à obrigatoriedade da OPA nos casos de alienação do poder de controle minoritário previsto no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas? A divergência prospera. Para muitos o conceito de controlador previsto no artigo 116, o qual enseja estabelecer um conjunto de direito, deveres e responsabilidades, não

[62] BRASIL. Lei nº 6.404, de 5 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm> Acesso em: 01 de outubro de 2018

[63] MUNHOZ, Eduardo Secchi. A aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

guarda relação com a alienação de controle disciplinada o artigo 254-A. Na verdade, este artigo não traz consigo o conceito de poder de controle, mas define a alienação de ações da Sociedade Anônima que pode conferir ao seu titular a posição de controle.[64]

Nesse sentido, explica Eduardo Munhoz que "no art. 254-A está expresso que a alienação se caracteriza pela transferência onerosa de 'ações integrantes do bloco de controle', e não pela cessão de um poder"[65] . Sendo assim, não se está referindo aqui a qualquer ação, mas somente daqueles que tem a capacidade de garantir o exercício do poder de controle. Em suma, a doutrina que entende pela não obrigatoriedade da OPA por alienação do poder de controle minoritário argumenta que a OPA obrigatória prevista no artigo 254-A tem como pressuposto – objeto – a alienação de ações integrantes do bloco de controle e não o poder de controle em si. [66] Ensina ainda Eduardo Munhoz:

> O objetivo do art. 254-A não é atribuir um regime especial de deveres e responsabilidade ao titular do poder, mas conferir aos acionistas não controladores tratamento igualitário nas operações de aquisição de controle acionário.[67]

Em contrapartida, outra parcela da doutrina entende que não há que se falar em conceitos distintos de poder de controle nos artigos 116 e 254-A da Lei das Sociedades Anônimas e que, assim sendo, a obrigatoriedade da OPA prevista no artigo 254-A também é dirigida ao poder de controle minoritário. Nesse caso, admite-se que a oferta pública obrigatória pode decorrer da alienação de parte das ações integrantes do bloco de controle, de modo que o bloco de controle não precisa, necessariamente, representar a maioria das ações com direito à voto.[68] Isto posto, o que importa é que seja assegurado ao adquirente parte das ações que lhe confiram o controle da ação.

---

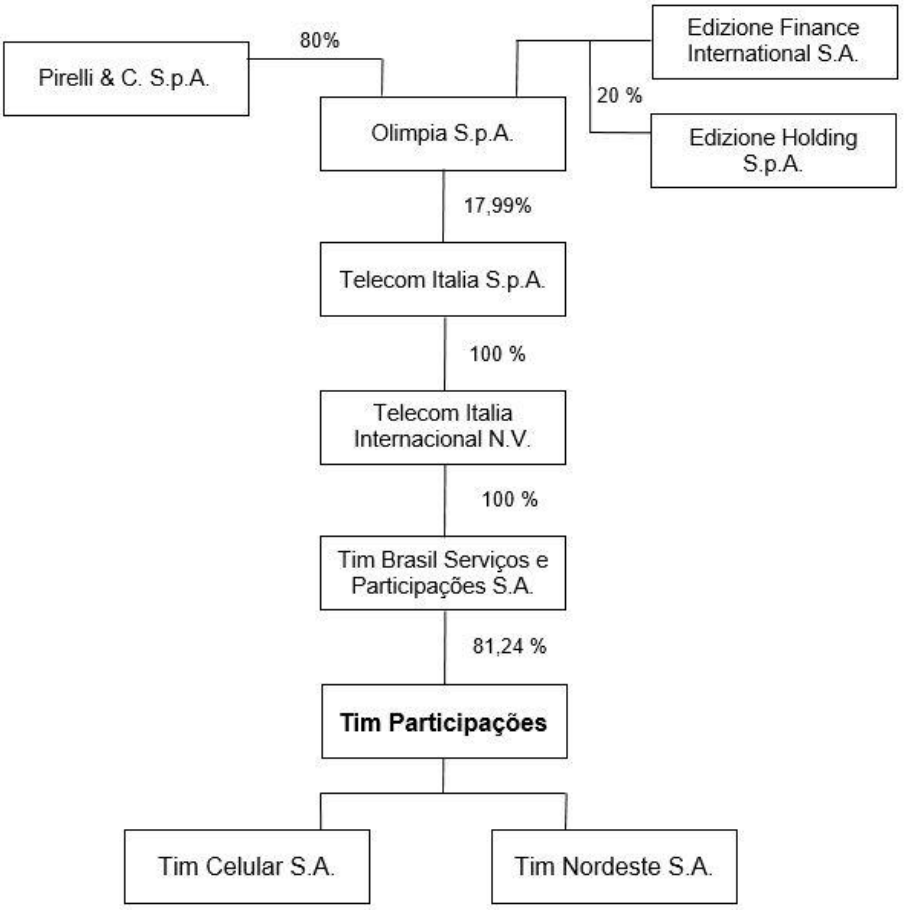
[64] Op. cit., p. 307.
[65] Op. cit., p. 307.
[66] MUNHOZ, Eduardo Secchi. A aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 307.
[67] Op. cit., p. 308.
[68] Op. cit., p. 310.

Assim, após recordar o contexto da divergência, analisaremos o posicionamento da CVM no caso mais emblemático sobre o tema.

4.1.1 O caso TIM – Processo CVM nº RJ-2009/1956

Para a compreensão do caso, cabe expor o contexto acionário da companhia Tim Participações, antes e depois da alienação do poder de controle indireto da mesma. A Tim Participações é uma Sociedade Anônima de capital aberto sediada no Brasil, sendo ela proprietária da totalidade do capital social da Tim Celular S.A. e da Tim Nordeste S.A.

A Tim Brasil Serviços e Participações S.A. é a controladora direta da Tim 80% Participações, possuindo a titularidade de 81,24% das ações ordinárias ao tempo da operação de alienação do poder de controle indireto. Já a integralidade do capital social da Tim Brasil tem a sua titularidade nas mãos da Telecom Italia S.p.A. (Telecom Italia". O quadro abaixo desenha o cenário acionário da Tim Participações em momento anterior à operação de alienação do controle.

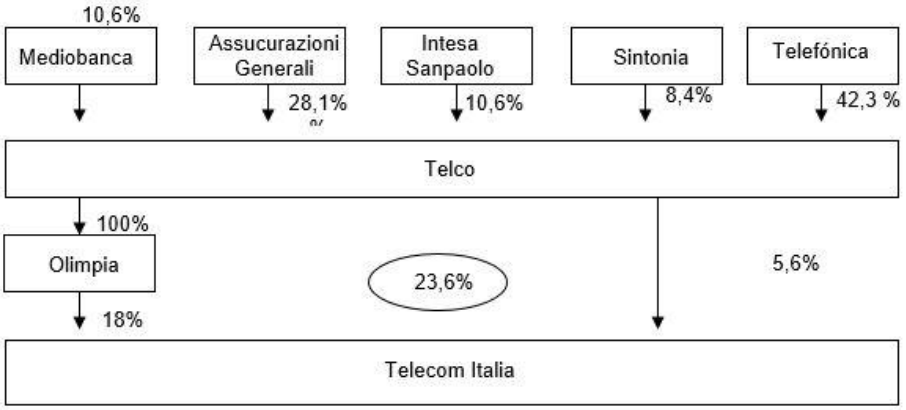


Nesse cenário, os acionistas não-controladores da Tim Participações se manifestaram diante da CVM pleiteando, com fundamento no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas, que a Telco S.p.A. (Telco) fosse compelida a realizar a Oferta Pública de Aquisição de ações (OPA) direcionada às ações ordinárias – com direito à voto – emitidas pela Tim Participações, com o intuito de conferir aos acionistas minoritários o direito de vender as suas ações e retirar-se da companhia (*tag along*), sendo este o estopim do Caso Tim.

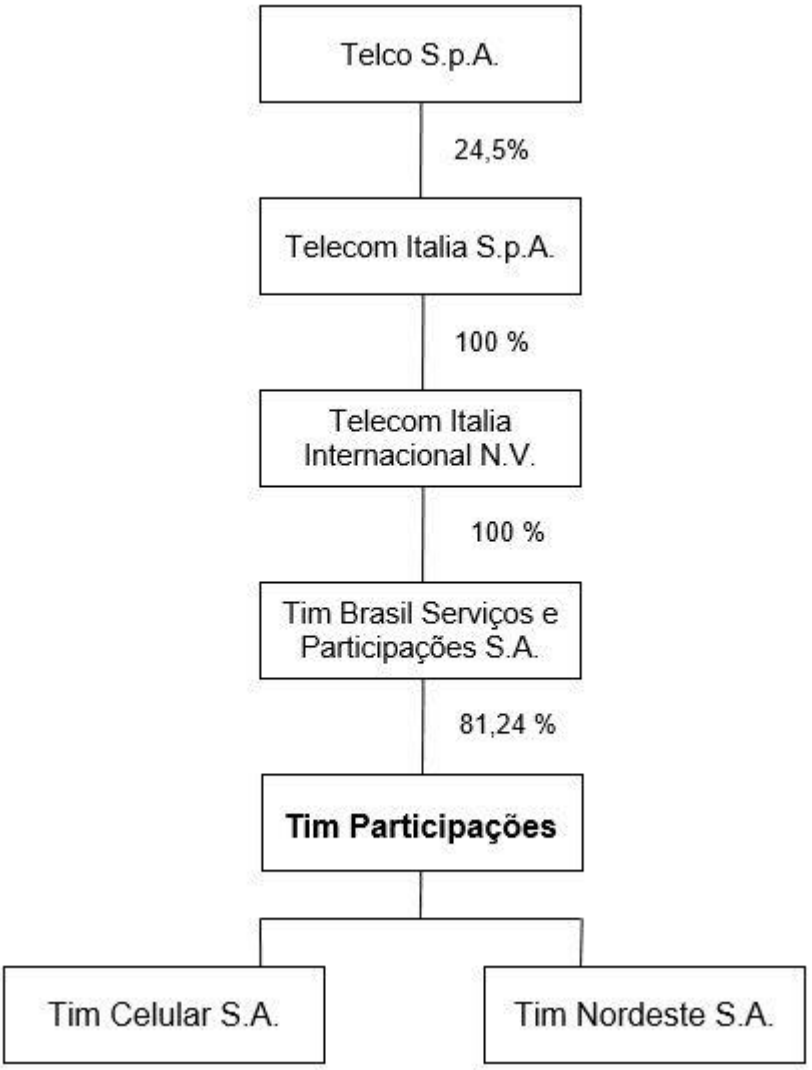
Ocorre que, antes da alienação do controle que originou no processo administrativo em questão, a empresa Olimpia S.p.A. era a controladora indireta da

Tim Participações, sendo aquela uma sociedade com sede na Itália e proprietária de 17,99% do capital social com direito à voto da Telecom Italia. A Olimpa, por sua vez, tinha o seu capital social nas mãos da Pirelli & C S.p.A e outras duas empresas que formavam o Grupo Sintonia, possuindo, cada qual respectivamente, 80% e 20% do capital social com direito à voto da Olimpia.

Na data de 25 de outubro de 2007, o grupo de investidores formado pelas empresas Assicurazioni Generalli S.p.A., Sintonia S.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., Mediobanca S.p.A. e Telefónica S.A., representado pela Telco, adquiriu de forma integral o capital social da Olimpia através de um contrato entre a Pirlle e o Grupo Sintonia (Edizione Finance International S.A. e Edizione Holding S.p.A). O capital social da Telco após a celebração do contrato de compra e venda de ações com os acionistas da Olimpia, passou a ser de 100% do capital da Olimpia, a qual detinha 17,99% do capital da Telecom Italia e, a Telco já era detentora direta de 5,6% do capital da Telecom Italia, somando-se, portanto o capital adquirido com o que já possuía, a Telco passou a deter 23,6% das ações ordinárias da Telecom Italia, veja-se:



Em seguida, a Olimpia foi incorporada pela Telco e, na soma das ações que já detinha com as adquiridas em 20 de março de 2008, a Telco passou a ser detentora de 24,5% das ações da Telecom Itália. Veja-se como ficou configurada a situação acionária após a operação de alienação de controle da Olimpia para a Telco.



É ainda importante destacar que nas assembleias anteriores à operação, a Olimpia havia obtido a maioria dos votos nas efetuadas de 2004 a 2006, no entanto, na assembleia realizada no ano de 2007 não obteve êxito como maioria, atingido o quórum de 49,94% dos votos presentes.

Seguindo o cenário apresentado, os acionistas não-controladores da Tim Participações protocolizaram um requerimento na CVM, de forma a constatar que antes da realização da operação, a Olimpia, mesmo detendo apenas 17,99% das ações ordinárias da Telecom Italia, exercia o controle de fato desta e, além disso, o controle indireto era realizado pela Pirelli, a qual era titular de 50% das ações ordinárias da Olimpia.

No processo foram discutidas duas questões centrais, quais sejam: (i) saber qual a legislação que deveria ser aplicada ao caso, uma vez que toda a operação se processou na Itália e (ii) decidir se a operação se caracteriza como alienação do poder de controle para a disciplina da OPA obrigatória prevista no art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas.

Mesmo o primeiro assunto sendo secundário, interessante é comentar os votos dos diretores da CVM. No caso, a dúvida pairou devido a operação ter ocorrido na Itália, levantando questões ao Colegiado. O Diretor Relator Eliseu Martins, acompanhado pelos Diretores Marcos Pinto e Otavio Yazbek entenderam que a lei que deveria ser aplicada ao caso seria a brasileira, vez que Tim Participações possui sede no Brasil. O Diretor Eli Loria se posicionou no mesmo sentido, no entanto, justificando-se de modo diferente, para este o fato de a oferta pública ser definida pela legislação brasileira a torna aplicável ao caso, conforme prevê o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Contudo, em sentido oposto se posicionou a Presidente Maria Helena Santana, para a qual a legislação aplicável deveria ser a italiana, já que a discussão envolvia a análise do poder de controle de sociedade sediada naquele país, conforme prevê o artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil.

Quanto ao secundo assunto, sendo ele a questão principal da análise, a discussão se fez com o intuito de decidir se a operação teria caracterizado alienação do poder de controle para a disciplina da OPA prevista no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas.

De acordo com o Diretor Eliseu Martins, relator do processo em questão, apesar de adotar o entendimento de que os artigos 116 e 254-A da Lei das Sociedades Anônimas adotam conceitos distintos de poder de controle, ou seja, o conceito de poder de controle minoritário reconhecido pelo artigo 116 não é aplicável ao caso de obrigatoriedade de OPA por alienação de controle prevista no 254-A, entende o Diretor-Relator que em "casos de alta dispersão acionária e forte absenteísmo, existe uma justa expectativa de que um acionista que tenha menos de 50% mais uma das ações representativas do capital votante da companhia consiga vale sua vontade nas assembleias gerais". Sendo assim, o Relator-Diretor defendeu a posição de ser aplicável ao caso a OPA obrigatória, uma vez que a Telco, na prática, obteve nas últimas assembleias (anos de 2004, 2005 e 2006) a maioria dos votos e, por mais que na assembleia de 2007 não tenha obtido a maioria dos votos, a mesma foi capaz de eleger a maioria dos administradores da companhia. O seu posicionamento foi adotado pelo Diretor Marcos Pinto.

Já o Diretor Otávio Yazbek se baseou parcialmente no parecer jurídico realizado por Nelson Eizirik, no qual adota também o entendimento de diferenciação dos conceitos definidos nos artigos 116 e 254-A. De acordo com o entendimento de Yazbek, o artigo 116 traz consigo um conceito de poder de controle meramente instrumental, o qual objetiva definir um conteúdo mínimo de obrigações o acionista controlador ou grupo de acionistas controladores e imputar responsabilidade para os mesmos. Utiliza-se ainda da exposição de motivos da Lei das Sociedades Anônimas para justificar a sua visão, leia-se:

> O princípio básico adotado pelo Projeto, e que constitui o padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa – os que nela trabalham, os acionistas minoritários, os investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua.[69]

[69] Processo CVM nº RJ-2009/1956

Por conclusão, o Diretor entendeu pela não aplicabilidade da OPA prevista no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas no caso concreto, uma vez que não foi caracterizada a alienação do poder de controle, já que a Telco teve a necessidade de comprar diversas ações no mercado para reforçar a sua posição dominante. Ademais, acrescentou o Diretor que não descarta a possibilidade de aplicabilidade da obrigatoriedade da OPA obrigatória em casos futuros de alienação do poder de controle minoritário.

Já a interpretação do Diretor Eli Loria foi conclusiva no sentido de que a OPA obrigatória prevista no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas não abarca a alienação do poder de controle minoritário em nenhuma hipótese, já que para o mesmo o poder de controle só assume o caráter de permanência nos casos de ser ele majoritário.

Por fim, o posicionamento Diretora-Presidente Maria Helena Santana obteve contraste de todos os outros, vez que para a mesma a lei aplicável ao caso seria a italiana e que, assim sendo, de acordo com a lei italiana, a obrigatoriedade da oferta pública só ocorre nos casos de alienação de mais de 30% das ações com direito à voto, por corolário, entende ser inadequada a OPA para o caso resolução do caso.

Dessa forma, é possível concluir da análise do Caso Tim que o tema sobre a obrigatoriedade de OPA nos casos de alienação do poder de controle minoritário não tem posicionamento definitivo, ao contrário, ainda encontra diversos entraves interpretativos que geram posicionamentos diversificados.

5 CONCLUSÃO

A análise realizada, com o foco direcionado na aplicabilidade da oferta pública obrigatória nos casos de alienação de poder de controle minoritário, a qual está prevista no artigo 254-A da Lei das Sociedades Anônimas, gerou como consequência o desdobramento de diversos outros estudos a respeito do poder de controle e do atual cenário do mercado de capitais no Brasil.

Como já apontado, o cenário de dispersão acionária no Brasil é evento recente e teve seu aumento presenciado com a criação do Novo Mercado, da BM&FBOVESPA, no ano de 2000. Em contexto global, existem dois modelos distintos de propriedade do capital, o qual também deve ser trazido para o Brasil. Existe o sistema de propriedade de capital concentrado e o sistema de propriedade de capital disperso. No primeiro podemos verificar companhias com acionistas controladores detentores de mais da metade do capital vontade e, no segundo, visualiza-se a alta dispersão das ações no mercado de capitais, de modo que inexiste um acionista controlador detentor de mais da metade do capital votante.

Atualmente, no Brasil prevalece o sistema de propriedade de capital concentrado, no entanto, na listagem do Novo Mercado, o qual exige um alto nível de governança corporativa, o que se traduz em transparência de informações para com os acionistas, passou a aumentar a existência de companhias classificadas dentro da modalidade de dispersão acionária.

Com essa transição do mercado de propriedade concentrado para o mercado de propriedade de capital disperso no Brasil, diversos problemas vêm surgindo em decorrência dessa nova situação para a realidade brasileira e, é nesse seguimento que a esfera regulatória do mercado de poder de controle acionário precisa caminhar ao lado das mudanças que ocorrem no âmbito fático, de maneira que seja possível a proteção aos acionistas minoritários, evitando a prática do abuso de poder dos acionistas controladores.

Essa problemática macro pode ser vista pontualmente no tocante à obrigatoriedade ou não da OPA por alienação do controle minoritário, vez que se deve admitir a existência de uma transferência de poder de controle meramente fático, ou seja, no qual não se vislumbra a transferência de 50% mais uma ação, contudo, diante da dispersão acionária, existe um controlador minoritário.

De acordo com o entendimento da doutrina majoritária, o poder de controle minoritário é reconhecido implicitamente pela Lei das Sociedades Anônimas no seu artigo 116, no entanto, muitos doutrinadores e juristas ainda distinguem a definição

de controle prevista no artigo mencionado, com o conceito de controle aplicável para a existência de obrigatoriedade da OPA por alienação de controle prevista no artigo 254-A, também da Lei de Sociedades Anônimas. Para parte da doutrina, o artigo 116 define o conceito de controle com o objetivo de estabelecer direitos e obrigações e imputar responsabilidades ao controlador, enquanto o artigo 254-A entende como alienação de controle como sendo aquela que garante ao adquirente, de modo permanente, a maioria dos votos em Assembleia-Geral e a eleição da maioria dos administradores da companhia.

Quanto à visão doutrinária oposta, para esta é cabível a aplicabilidade da obrigatoriedade da OPA por alienação de controle prevista no artigo 254-A nos casos de alienação do poder de controle minoritário, tendo como base o conceito de poder de controle previsto no artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas.

Por fim, com a leitura dos posicionamentos dos Diretores da CVM no Caso Tim, foi possível identificar essa divergência ainda pulsante no cenário do mercado de propriedade de capital brasileiro e, com isso, vem a justificativa para reafirmar a necessidade de um posicionamento normativo único que acompanhe a realidade fática afim de conferir segurança jurídica ao assunto.

REFERÊNCIAS

PACCELLI JÚNIOR, André. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

CAMPANELLI, Luciana Amucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 44.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 837.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 767.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional da Empresa. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 30.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. V. 3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

BULGARELLI, Waldirio. Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 33.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71.

OIOLI, Erik Frederico. Oferta Pública de Aquisição do Controle de Companhias Abertas – Coleção IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário – Volume 1, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 426.

CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. Controle gerencial – Coleção IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais – Volume 2. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 112.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. – 6. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p. 25

PRADO, Roberta. Oferta pública de ações, obrigatória nas S.A.: Tag Along. São Paulo: Quartier Latin: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 69.

SALOMÃO FILHOS, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 2º Volume: artigos 75 a 137. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EIZIRIK, Nelson. Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de Oferta Pública. In: Rodrigo R. Monteiro de Castro; Luis André N. de Moura Azevedo. Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 186.

MORI, Larissa Kawano. Da concentração para a dispersão acionária no Brasil: Transferência de controle minoritário e a (in)adequação da oferta pública de ações (tag along). 2013. 68 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Curso de Direito. Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013. <http:/bdm.unb.br/bitstream/10483/5882/1/2013_LarissaKawanoMori.pdf> Acesso em: 25 agost. 2017

SUPERENDIVIDAMENTO E INSOLVÊNCIA CIVIL: A DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR

Lara Gabriella Rodrigues Monteiro

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise do Superendividamento e o processo de Insolvência Civil, a fim de agregar os dois institutos na plataforma Consumidor.gov.br. A proposta consiste na possibilidade de o consumidor em caso de infrutífera as tentativas de negociação com seus credores na plataforma online, e perfazendo as condições de insolvente, que este tenha a possibilidade de requerer o encaminhamento de uma declaração de Insolvência Civil. Conforme a lei, o próprio devedor é parte legítima para requerer sua insolvência, exercendo assim, seu direito de Jurisdição Voluntária. O objetivo é promover o tratamento e reinserção do insolvente no mercado de consumo, preservando o seu mínimo existencial, através do processo de Insolvência Civil. Com o desuso do procedimento e o aumento de superendividados no país, a associação dos institutos na plataforma Consumidor.gov.br, desburocratizará o procedimento vislumbrando o amparo aos consumidores. São diversos os efeitos do processo, servindo não somente para o tratamento do insolvente como fonte de novos incentivos para negociações entre o devedor e seus credores, trazendo benefícios para todos os sujeitos desta relação.

Palavras-chave: Superendividamento. Insolvência Civil. Jurisdição Voluntária. Consumidor.gov.br.

1 INTRODUÇÃO

Nossa sociedade enfrenta até os dias atuais as consequências de fatores históricos que gerou significativas e relevantes modificações na economia brasileira. Segundo Coelho, são diversos os fatores que influenciam nos preços estabelecidos em produtos e serviços do mercado de consumo, destacando o

histórico de alta inflação, onde até 1994, o Brasil viveu um período de altos índices inflacionários, onde as pessoas se sentiam perdidas diante das mudanças surpresas dos preços dos produtos. [1]

Por conseguinte, diante desse histórico inflacionário, gerou-se a cultura da "baixa taxa de poupança brasileira", onde se consome mais que tenta poupar. A oferta facilitada de crédito aliada aos fatores histórico-culturais do país, tem sido uma das principais fontes do Superendividamento, mas isso não significa que ele não possa ter outras origens.[2]

Ocorre que o consumo se encontra no campo da complexidade humana, envolvendo seus valores, desejos, hábitos, gostos e necessidades, onde o estímulo a praticá-lo encontra-se amparado a manutenção de um status imposto na maioria das vezes, pela publicidade.[3]

Além disto, importante salientar a crise econômica que o país está inserido desde meados de 2008, tendo como política de combate aos efeitos da crise o investimento em bancos estatais para a expansão do crédito. Fica explícito que o consumismo e o endividamento passam a ser estimulados pelo governo que supõe ser esse o motor do crescimento econômico. Ocorre que, com os bancos públicos intensificando o uso de créditos direcionados, ou seja, empréstimos para pessoas físicas e jurídicas a juros muito baixos, estimulou-se

[1] COELHO, Fabiano Simões et. al. Formação de preço de produtos e serviços: Modelo tridimensional de percepção relativa do produto, estratégias de preço e posicionamento de margem de lucro frente aos concorrentes. Publicações FGV Management, 2018 apud TEIXEIRA, Carlos Alberto. Porque os produtos no Brasil são mais caros do que no exterior? Globo. Disponível em:<https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/por-que-os-produtos-no-brasil-sao-mais-caros-do-que-no- exterior-11635709>. Acesso em: 26 maio. 2018.

[2] MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coord.). O endividamento dos consumidores. Coimbra: Livraria Almeida, 2000. p. 1.

[3] TOALDO, Mariângela Machado. Sob o signo do consumo: status, necessidades e estilos. Revista Famecos. Porto Alegre, n.7, p. 89, nov. 1997. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Q3hHDyF6wm4J:revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/inde x.php/revistafamecos/article/download/2989/2271+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 26 maio. 2018.

o consumo e pressionou a inflação, levando ao endividamento das famílias em níveis cada vez maiores.[4]

Compreende-se assim, que diante de uma sociedade consumerista com oferta facilitada de crédito, elevadas cargas tributárias e uma publicidade que instiga necessidades, aliada diretamente a falta de planejamento orçamentário familiar e o aumento do desemprego no país, têm contribuído, entre outras causas, com crescimento do Superendividamento nos últimos anos.

Apesar de se tratar de um tema de grande relevância social, o fenômeno do Superendividamento no Brasil, ainda não possui uma norma jurídica formal para amparar e promover um tratamento específico para o problema, apesar de ser discutido há algum tempo em vários países do mundo. Ressalta-se, porém, que diversos autores abordam a temática em suas obras focando em soluções e políticas que visem o amparo dos consumidores.

Assim, particularmente no Distrito Federal, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – Superendividados (CEJUSC–Super), deu início em 2015 a um programa de Prevenção e Tratamento de Consumidores Superendividados, inaugurando um centro que visa promover um método de solução amigável de conflitos envolvendo os consumidores superendividados, aliando o tratamento à prevenção e educação financeira, o que tem auxiliado na reinserção no mercado de consumo.[5]

Diante de uma série de fatores contribuintes para o superendividamento, as possibilidades financeiras de quitação não têm correspondido ao tamanho das despesas, forçando a aquisição de outras dívidas para suprir o déficit, o que tem levado a insolvência de boa parte das pessoas físicas, ainda que não declaradas judicialmente.

---

[4] GASPARIN, Gabriela. Entenda como a crise de 2008 influenciou a vida dos brasileiros. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2011/09/entenda-como-crise-de-2008-influenciou-vida-dos- brasileiros.html>. Acesso em: 19 set. 2018.

[5] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Cejusc - Super. (Brasília – Superendividados). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/nucleo-e-centros/cejusc- super>. Acesso em: 11 set. 2018.

Neste sentido, enfatiza-se que o processo de Insolvência Civil é saturado de procedimentos burocráticos, que dificultam a propositura da ação de pessoas que estão inseridas em uma difícil situação econômica, em que ainda que com controle e educação financeira, torna-se impossível o adimplemento das dívidas contraídas.

Logo, a fim de promover a melhor forma de solução de conflitos, diante do aumento significativo dos casos de Superendividamento no país, o presente trabalho tem como objetivo abordar acerca da implantação de um sistema online no sítio Consumidor.gov.br, a fim de desburocratizar o processo de falência da pessoa física. O enfoque do presente estudo, é criar a possibilidade de o consumidor, em caso de frustrada a negociação para com seus credores por meio da plataforma, e perfazendo as condições de devedor na lei de insolvência civil, ter a possibilidade de requerer o encaminhamento de uma declaração para um possível pedido de insolvência feito por ele, quando o mesmo não deter de meios mais eficazes para o adimplemento de seus débitos.

Esse encaminhamento faz surgir entre outros benefícios, um plano de pagamento para os devedores, que não conseguindo adimplir dentro do prazo legal de cinco anos, terão perdoadas suas dívidas, priorizando a manutenção de seu mínimo existencial.

Além do mais, serve de um novo incentivo para os fornecedores realizarem acordos, uma vez que os efeitos da insolvência podem não ser benéfico financeiramente para esses credores. E por fim, ao Estado, em seu desenvolvimento econômico com a reinserção desses devedores ao mercado de consumo.

2 SUPERENDIVIDAMENTO

O Superendividamento tem sido uma preocupação constante no cenário atual vivenciado pela sociedade brasileira. O grande número de indivíduos que vem adquirindo dívidas devido à crise econômica que o país sofre, a falta de

emprego e o consumo inconsciente, tem despertado a atenção dos órgãos responsáveis por administrar as demandas jurídicas oriundas desse fenômeno.

Merece ser feito um estudo aprofundado sobre a temática afim de demonstrar a importância deste instituto, analisando a origem das relações que desenvolvem o consumo desenfreado e como o contexto atual do país contribui para esse fenômeno.

2.1 Origem, conceito e espécies

Inicialmente, quanto à origem do superendividamento, este está ligado ao período posterior à Revolução Industrial, momento em que houve o crescimento acelerado das indústrias, e os fabricantes passaram a produzir em grande escala e com preços cada vez mais baixos.[6]

Assim, para manter a lucratividade, o mercado regido pelo ideal capitalista, passou a sustentar a ideia da "necessidade de consumo", espalhando através da publicidade persuasiva, a ideia de que, quanto maior o consumo, maior a felicidade.[7]

Com a publicidade e marketing impondo um padrão de vida e necessidades que muitas vezes não são possíveis de serem suportadas pelo consumidor, surge os sistemas de oferta de crédito em massa, que vislumbrava facilitar a aquisição de produtos e serviços de forma imediata, cujo valor é pago em momento posterior. Ocorre que, a oferta de crédito, como os empréstimos e cartão de crédito, à título exemplificativo, necessita da capacidade de adimplemento do consumidor, ainda que não momentaneamente, o que gerou um ciclo perigoso, visto que muitos consumidores por falta de planejamento financeiro, não tinha condições de pagamento do débito.

---

[6] LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução. MariaLúciaMachado.SãoPaulo:CompanhiadaLetras,2007.

[7] HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da psicologia social. Revista mal-estar e subjetividade. Fortaleza, vol 10. n. 4, dez. 2010. apud CALIXTO, Fabiana de Carvalho; SEIXAS, Maria Clara de Souza. A importância da tutela da situação de superendividamento do consumidor brasileiro. A Revista Direito UNIFACS. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2443/1790>. Acesso em: 26 maio. 2018.

Nesse sentido, escreve Sílvio Javier Batello que na maioria dos casos, o superendividamento não se deve a uma única causa, visto que o devedor está frente a uma série de obrigações do cotidiano, derivadas da aquisição de bens e serviços, quais sejam carros, imóveis e, inclusive, os créditos decorrentes do abusivo e incorreto uso do cartão de crédito. Soma-se ainda, causas não econômicas, tais como a falta de informação e educação dos consumidores, rupturas familiares, acidentes ou enfermidades crônicas, entre outros fatores adversos.[8]

Diante disto, verificou-se que o consumidor estava desamparado frente a sua vulnerabilidade ao mercado de consumo, necessitando de uma proteção legal. Baseado nessa vulnerabilidade do consumidor, no ano de 1985 a ONU, pela Resolução nº 39/248, reconheceu expressamente que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo.[9]

Desde a Constituição da República de 1988, a defesa do consumidor conquistou status de direito e garantia fundamental, respaldado pelo artigo 5º, XXXII, além de estar inserida entre os princípios conformadores da ordem econômica nacional, nos termos do artigo 170, V[10]. Em vista disso, em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), tendo como ponto principal a proteção da parte mais vulnerável dessa relação.[11]

---

[8] BATELLO, Sílvio Javier. A (in) justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lurnadelli. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo. RT, 2006. Cap. 8, p. 211-229.

[9] BRITO, Alírio Maciel Lima de; Duarte, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1109, 15 jul. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8648/o-principio-da-vulnerabilidade-e-a-defesa-do- consumidor-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 13 set. 2018.

[10] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

[11] BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

O escopo preventivo da lei está relacionado com o reconhecimento da desigualdade entre consumidor e fornecedor nas relações de consumo, podendo afirmar que o Código traz a expressão do princípio da isonomia material, pois trata desigualmente os sujeitos da relação de consumo na medida em que se diferenciam.[12]

Neste contexto, o caput do artigo 4º da Lei nº 8.078/90, estabelece a vulnerabilidade do consumidor, além de ter como objetivo a proteção de seus interesses econômicos e observância a sua dignidade, in verbis:

> O Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendido os seguintes princípios:
>
> I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.[13]

Em suma, depreende-se que a oferta de produtos e serviços e a irresponsável aquisição de crédito, são fatores contribuintes para o surgimento do superendividamento. Acerca disso, Cláudia Lima Marques discorre que:

> O superendividamento do consumidor é, na atualidade, um dos temas mais instigantes e socialmente relevantes, no que respeita à proteção do consumidor. Trata-se de um fenômeno social que assola, por fatores diversos, muitas das sociedades ocidentais, que se caracterizam como sociedades de consumo massificado. Todavia, tratar do superendividamento é tratar de um tema tão antigo quanto o próprio direito.[14]

[12] TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SONCIN, Juliano Miqueletti. O endividamento do consumidor brasileiro e a ofensa ao princípio da dignidade humana. In: Revista de Estudos Jurídicos (Faculdade Maringá), n. 25, jan/jun. 2015. Disponível em: <http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista>. Acesso em: 13 set. 2018.

[13] BRASIL. Lei n. 8.078, 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

[14] BATELLO, Sílvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lurnadelli. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo. RT, 2006. Cap. 8, p. 211-229.

No estudo do tema, uma das melhores definições do que venha a ser o superendividamento foi a elaborada pela jurista Cláudia Lima Marques, que o definiu como:

> [...] a impossibilidade total de o consumidor, pessoa física, devedor, leigo e de boa fé, pagar suas dívidas atuais e futuras decorrentes do consumo (excluídas as dívidas como o fisco, oriundo de delitos e de alimentos). Ou seja, ocorre quando mais de 30% da renda líquida mensal do consumidor está comprometida com dívidas. "[15]

Essa conceituação um pouco mais rigorosa evita o incentivo a eventuais negligências do consumidor para adimplir suas dívidas e incentiva sua recuperação e conscientização para voltar ao mercado de consumo.

A doutrina classifica os casos de superendividamento em duas espécies, quais sejam, passivo e ativo. O passivo é aquele que não deriva única e exclusivamente do consumidor, ocorrendo "incidentes da vida", circunstâncias alheias a sua vontade. Esses acontecimentos se relacionam diretamente com sua situação de insolvência, por exemplo, o desemprego, a morte de um familiar ou uma separação. Observado a sua vulnerabilidade nessa relação, o fornecimento de crédito irresponsável, ou seja, aquele sem a prévia análise das condições financeiras do contratante, é outro exemplo de causa que contribui para o superendividamento.[16]

Quanto ao ativo, ela é volitiva, ou seja, o consumidor não planejou ou controlou suas dívidas, tendo ciência de seu contexto financeiro e ainda assim decide assumir o risco, afetando diretamente sua situação de insolvência.[17] Nesse sentido, Maria Manuel Leitão Marques, define o ativo como o consumidor

[15] BATELLO, Sílvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lurnadelli. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo. RT, 2006. Cap. 8, p. 211-229.

[16] BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo e a sua análise à luz das evoluções legislativas americanas e francesas frente ao PL 283/2012. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 99, p. 383-384, maio/jun. 2015.

[17] BIONI, Bruno Ricardo, op. cit., p. 383-384.

que se endivida voluntariamente, induzido pelas estratégias de marketing das empresas fornecedoras de crédito.[18]

Alguns doutrinadores dividem o ativo em ativo consciente e inconsciente, sendo que o primeiro se refere ao consumidor que age com má-fé, ou seja, consome tendo ciência de que não conseguirá arcar com o débito adquirido, visando enganar o credor e deixar de cumprir com suas contraprestações. Em outras palavras, a intenção é não pagar desde o princípio, fazendo com que esse consumidor não seja merecedor da tutela estatal.[19]

Por outro lado, entende-se como superendividado ativo inconsciente aquele que consome de maneira impulsiva, deixa de fazer um estudo financeiro antes de adquirir outras dívidas, sendo influenciado pela sociedade consumerista, ofertas tentadoras, além de propagandas e marketing abusivos. Assim, segundo Kirchner, "o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder as tentações do consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe".[20]

O princípio da presunção da boa-fé é um dos princípios basilares do consumidor na relação de consumo, decorrência direta do princípio constitucional da presunção de inocência. Neste sentido, Alexandre de Moraes leciona que:

> [...] há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias

[18] MARQUES, Maria Manuel Leitão et al. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000 apud NETO, André Perin Schmidt. Superendividamento do Consumidor: Conceito, pressupostos e classificação. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/36-153-1-pb.pdf>. Acesso em: 18 maio. 2018.

[19] MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Crédito de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: Marques, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

[20] KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. Revista de Direito de Consumidor. São Paulo: RT, v. 17, n. 65, p. 63- 113, jan.-mar. 2008.

> individuais, a imposição de sanções sem o devido processo legal e decisão definitiva do órgão competente".[21]

É considerada a boa-fé "[...] um conceito ético, moldado nas ideias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar. "[22] Na mesma perspectiva, Cláudia Lima Marques[23] entende que a boa-fé é "o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor", e que esse princípio regula tanto a ação das partes na relação de consumo como a própria legislação consumerista, uma vez que no ordenamento tem o "princípio da transparência que não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais "

Logo, como acima elencado, uma corrente de doutrinadores divide os Superendividados analisando sua 'boa ou má-fé', porém, definir o 'consumidor de má-fé' quando ele pelas próprias circunstâncias é vulnerável ao mercado de consumo e aos fenômenos socioeconômicos, é desviar do cidadão respaldado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso I[24], a tutela do Estado quanto à sua situação de superendividado, uma vez que é previsto a proteção de seus interesses econômicos.

2.2 Facilitação, expansão e democratização do crédito

Com uma sociedade voltada para o consumo e políticas econômicas que vislumbram facilitar o acesso ao crédito, os consumidores estão reféns de um ciclo perigoso que aumenta o seu endividamento, visto sua vulnerabilidade em relação ao mercado.

Além da compulsão desenfreada de consumir, aliada a crise econômica que o mundo vem sofrendo, a maioria dos consumidores resistem a redução no

[21] MORAES; Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, ed. 21, 2007.
[22] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, ed. 28, v. 3, 2002, p. 60.
[23] MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 671.
[24] BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

padrão de vida, prevalecendo o interesse na manutenção de um status que muitas vezes não pode ser conservado. O problema é que tais efeitos extrapolam a vida privada do consumidor, afetando a economia do país, que diante dos fatores contribuintes têm elevado as estatísticas de pessoas enquadradas no superendividamento, no qual segundo pesquisas, seis em cada dez famílias brasileiras estão endividadas.[25]

Abusos de estratégia de marketing e propaganda que visam impor necessidades, parcelamento de faturas de cartão de crédito, juros altos, empréstimos para pagar empréstimos, ofertas de créditos impudentes, deixando de analisar as reais condições do contratante, são só alguns dos exemplos dos efeitos que levam ao endividamento. Logo, é cada vez mais frequente, o acúmulo de dívidas com o propósito de quitar débitos anteriores, incidindo sobre eles altas taxas de juros e alíquotas elevadas, inserindo o adquirente em situações financeiras cada vez piores, dado que o passivo se eleva cada vez mais em relação ao ativo.

São diversos tipos de propostas que objetivam conquistar o consumidor, impondo a falsa ideia de que as parcelas e juros estão reduzidos, submetendo o cliente a uma difícil situação, em que não se limita a não ponderar os eventuais imprevistos que possam surgir ou a sua real condição econômica, mas também a complexidade dos cálculos financeiros que envolvem os juros e demais incidentes sobre o produto ou serviço.

O crédito é, sem dúvidas, um benefício ao consumidor, possibilitando a aquisição de bens necessários à vida. O que se anseia a abordar, é que na mesma medida que o crédito alavanca a economia de mercado, tem por outro lado, efeitos negativos quando seu uso é de forma inconsequente.

[25] BRASIL. Câmara dos Deputados. Superendividamento: 6 em cada 10 famílias brasileiras estão endividadas. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM- ESPECIAL/524181-SUPERENDIVIDAMENTO-6-EM-CADA-10-FAMILIAS-BRASILEIRAS-ESTAO-EM-DIVIDADAS-BLOCO-1.html>. Acesso em: 13 nov. 2017

A Professora Cláudia Lima Marques conclui que:

> [...] a expansão do crédito ao consumo sem uma legislação forte que acompanhasse essa massificação, a não ser o Código de Defesa do Consumidor e o princípio geral de boa-fé, criou uma profunda crise de solvência e confiança no País, não só na classe média, como as classes mais baixas, de um lado, aumentando fortemente o lucro dos bancos e promovendo a inclusão no sistema bancário de milhões de aposentados e consumidores de baixa renda, mas de outro multiplicando as ações individuais de pessoas físicas endividadas, em especial as revisionais no Judiciário, muitas sem sucesso, aumentando o risco e como um todo a conflitualidade e os abusos nas relações de crédito, multiplicando as reclamações nos órgãos de defesa dos consumidores e associações, e o sentimento de impunidade e de insatisfação com o sistema financeiro e com o direito do consumidor.[26]

Entende-se, portanto, que os perigos do crédito podem ser atuais ou seu orçamento reduzido- adquirir produtos e serviços sem observar seu orçamento. E futuro porque naquele momento de aquisição do crédito o consumidor se encontra em uma situação relativamente estável, contudo, podem ocorrer incidentes da vida que impossibilitarão de adimplir com seus débitos.[27]

2.3 Ausência de tratamento específico para os Superendividados

No Brasil, não existe uma legislação específica vigente a respeito do tema, o que leva os doutrinadores a utilizarem como base a evolução legislativa de dois sistemas: o americano e o francês, tanto para nomear o superendividamento, como caracterizá-lo no ordenamento jurídico pátrio.[28]

---

[26] Brasil. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques , Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello.-- Brasília: DPDC/SDE, 2010, p.17.

[27] Brasil. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques , Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello.-- Brasília: DPDC/SDE, 2010, p.17.

[28] COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

O modelo norte-americano se baseia no fresh start que em síntese, "consiste na falência total, com perdão das dívidas após a venda de tudo, de forma a permitir que esse consumidor recomece, além de visar a sua reinserção no mercado de consumo. "[29] Com essa remissão, o sistema entende que é uma forma de incentivar as pessoas a manter-se economicamente ativas, e encorajá-las a contrair novos créditos.[30]

Compreende-se assim, que o modelo americano tem uma justificativa econômica e não social, uma vez que o objetivo do fresh start é reinserir o consumidor na economia e torná-lo produtivo, mantendo o desenvolvimento econômico em constante crescimento.[31]

Já o modelo francês, possui uma legislação positivada em seu Code de la Consommation (Código de Consumo), que conceitua o fenômeno como a "impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas".[32]

Conclui-se, portanto, que, "não se tem uma quantia exata a ser estabelecida para fins de caracterização da condição de consumidor superendividado, uma vez que isso depende de cada caso, sendo necessário avaliar a renda, o patrimônio e os débitos do devedor e de sua família." [33]

Ainda a respeito do modelo francês, é necessário ressaltar o instituto chamado "reste à vivre", que sobretudo visa manter o mínimo existencial do

[29] LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 296.

[30] LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

[31] POSNER, Eric. apud LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126

[32] SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do Consumidor: conceito, pressupostos e classificação. In: MARQUES, Cláudia Lima. Revista de Direito do Consumidor 71. São Paulo: Ed. RT, jul- set 2009, p. 11-12.

[33] MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. Regular o Sobreendividamento apud ÂMBITO JURÍDICO. A necessidade da tutela jurídica do superendividamento como forma de política pública de proteção ao consumidor. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8076&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn3>.Ace sso em: 11 set. 2018.

devedor, não permitindo que o acordo envolvendo suas dívidas superem os limites para manter sua subsistência digna.[34]

Composto de três fases, o sistema francês os denomina de (i) extrajudicial; (ii) judicial e a (iii) moratória. A fase extrajudicial consiste em um plano de pagamento das dívidas elaborado por uma Comissão de Superendividados (Comissions de surendettement) que avalia as condições do devedor, podendo ser homologado pelo juiz em caso de frutífero o acordo.[35]

Quando a conciliação não obtém êxito, inicia-se a fase judicial, se perfazendo de procedimentos distintos conforme o grau de endividamento do consumidor. Logo, quando o devedor se encontra em uma situação de "superendividamento simples", ou seja, quando é possível a organização de suas dívidas com os recursos que possui, o juiz aplica as "medidas ordinárias", que estão previstas no art. L 331-7 do Código de Consumo. Já nas situações mais graves, entende-se haver o "superendividamento-insolvabilidade", ou seja, situação em que o devedor não possui recursos suficientes para a reorganização de suas dívidas, neste caso, o juiz aplica as "medidas extraordinárias", que inclui a fase moratória e o perdão parcial das dívidas. Neste sentido, entende-se por moratória a suspensão temporária da exigibilidade dos créditos pelo prazo máximo de dois anos, em que, havendo a melhora da situação do devedor, o juiz aplica as "medidas ordinárias", e em caso contrário, a Comissão recomenda o perdão parcial das dívidas, liberando o devedor de parte do seu passivo.[36]

Acerca disso, no atual modelo brasileiro não há uma quantia mínima de débito para caracterizar o Superendividado, verificação essa que é obtida através

[34] LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 296.

[35] BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques , Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello.-- Brasília: DPDC/SDE, 2010.

[36] LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais

da comparação entre o ativo e o passivo do consumidor, atentando as peculiaridades familiares, conforme o entendimento supracitado. [37]

Portanto, fica notório que o superendividamento é uma condição em que se encontra o indivíduo que possui um passivo (dívidas) maior que o seu ativo (renda e patrimônio), incluindo os ativos futuros, em que segundo Giles Paisant trata-se de "uma comparación entre elementos del passivo del deudor y sus activos" [38]

Acrescenta-se que esse fenômeno tem se tornado um fator de exclusão social, já que ao não conseguir honrar com seus compromissos o cidadão tem seu nome incluído em cadastros negativos, não detendo oportunidade de retorno ao mercado de consumo dificultando seu acesso a novas linhas de crédito. Na realidade, quanto maior o endividamento do cidadão, maiores são as taxas de juros cobradas para a aquisição de novos créditos, até que, nos casos mais graves, se chega em uma situação de verdadeira falência de pessoa física.[39]

Tratando dessa complexidade de se definir quem é ou não consumidor Superendividado, diversos autores expressam suas opiniões acerca do tema, como Giles Paisant, que afirma não haver um perfil de superendividado e todos estão sujeitos a passar por esta situação. [40]

Importante o entendimento da posição de Paisant, que evita a descriminação ou a concepção de que o consumidor se torna superendividado por fatores econômicos, sociais ou profissionais. Qualquer um está sujeito ao efeito da

[37] LIMA, Clarissa Costa de. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: RT, 2002.
[38] PAISANT, Giles. El tratamento del sobreendeudamiento de los consumidores em derecho francês. Revista de Direito do Consumidor, n. 42, p. 9-26, abr.-jun. 2002.
[39] LIMA, Clarissa Costa. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011 apud FRANÇA, Bruna Simões. O superendividado no direito brasileiro e o Projeto de Lei 3515/15. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19129#_ftn5>. Acesso em: 17 ago. 2018
[40] PAISANT, Giles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

insolvência civil, basta um simples deslize no orçamento financeiro aliado as demais causas contribuintes do efeito do superendividamento.

Também é difícil afirmar que o simples inadimplemento significa a incapacidade do devedor de adimplir com seus débitos.[41] Logo, entende-se como superendividamento, os casos em que o devedor está impossibilitado de forma temporária ou não, de adimplir com uma ou mais dívidas. Além disso, parte da doutrina também considera superendividamento aquelas situações em que o devedor, apesar de cumprir com suas dívidas, o faz com grandes dificuldades. [42]

Diante o exposto, importante ressaltar que o Projeto de Lei do Senado 283/2012, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 3515/15 [43], busca alterações do Código do Consumidor para melhor amparar os consumidores superendividados, intentando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana. Com diversas mudanças propostas na redação, o projeto prevê a restrição da legislação somente aos créditos decorrentes de consumo. Contudo, há divergências, uma vez que para a Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços (ABECS), a PL, "dever-se-ia discutir insolvência civil como um todo, e não isoladamente apenas em relação ao consumo". [44]

Diante da dificuldade de definição concreta de quem é ou não superendividado e com o objetivo de melhorar essa definição, acolheu-se a emenda número 41 do Senador Rodrigo Rollemberg, sugerida pelo BRASILCON e também Febraban, relatada em audiência pública realizada pelo Senado Federal,

[41] MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. Regular o Sobreendividamento. apud NETO, André Perin Schmidt. Superendividamento do Consumidor: Conceito, pressupostos e classificação. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/36-153-1-pb.pdf>. Acesso em: 18 maio. 2018.

[42] Ibidem. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/36-153-1-pb.pdf>. Acesso em: 18 maio. 2018.

[43] BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 3515 de 2015. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/507624-PROPOSTA-ALTERA-REGRAS- PARA-CONCESSAO-DE-CREDITO-AO-CONSUMIDOR.html>. Acesso em: 17 ago. 2018.

[44] SENADO FEDERAL. Audiência pública 19.02.2013 apud AMARAL, Fernando Lima Gurgel do. O superendividamento do consumidor: abrangência, conceito, prevenção e recuperação. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-superendividamento-do-consumidor-abrangencia-conceito-prevencao-e- recuperacao/#_ftn15>. Acesso em: 26 maio. 2018.

esclarecendo que "o percentual fixo de trinta por cento da renda líquida mensal como patamar para se determinar o superendividamento e pode engessar o tratamento das repactuações", causando preocupações e misturando-se com a noção de mínimo existencial. Isso porque, dependendo da renda percebida pelo consumidor, o comprometimento, por si só, de mais de trinta por cento da renda líquida mensal, pode não caracterizar uma situação de superendividamento.

Neste caso, e com a utilização da noção de impossibilidade "manifesta", a definição caberá na análise pelo juiz ou conciliador. Assim, nos moldes da legislação francesa, a inserção da expressão "impossibilidade manifesta" faz com que a análise seja feita em concreto, e não em abstrato ou por um percentual fixo. Também foi retirada a expressão "e desde que inexistentes bens livres e suficientes" como forma de facilitar a conciliação (repactuação das dívidas) com a venda do patrimônio do consumidor para reembolso dos credores. Esta expressão poderia ser mal interpretada e restringir quais bens poderão ser utilizados como forma de pagamento e garantia. "[45]

Ainda sobre o Projeto de Lei, seu artigo 104-A dispõe que a requerimento do consumidor superendividado, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, em que será dado ao consumidor a previsão de apresentar proposta de plano para pagamento com o prazo máximo de cinco anos, buscando preservar o mínimo existencial. [46]

O plano de repactuação da dívida não importa em declaração de insolvência civil, conforme a redação de seu artigo 104-A, §5º, ou seja, nos casos

[45] BRASIL. Projeto de lei do Senado n. 283 de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BKNK5vJnaAAJ:https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento%3Fdm%3D3911533+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 26 maio. 2018.

[46] BRASIL. Projeto de lei do Senado n. 283 de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BKNK5vJnaAAJ:https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento%3Fdm%3D3911533+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 26 maio. 2018.

de um consumidor que ainda que com um plano de pagamento e educação financeira não consiga adimplir seus débitos, estes se perdurarão, não recaindo sobre eles os efeitos específicos do procedimento de insolvência civil, somente sendo possível a repetição da repactuação no prazo mínimo de dois anos contados da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado.[47]

Recentemente, o Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, instituiu o normativo de uso consciente do cheque especial, que visa com as novas normas, promover o uso adequado do limite concedido no cheque especial, que é uma modalidade de crédito rotativo sem garantia, vinculado à conta corrente, para ser usado em situações de emergência e de forma temporária.[48]

Pelas novas regras, as instituições financeiras terão sempre disponíveis ao consumidor uma alternativa mais barata para parcelamento do saldo devedor do cheque especial. Para aqueles que utilizam mais de 15% do limite do cheque durante 30 dias consecutivos, as instituições irão oferecer através dos canais de relacionamento, o parcelamento mais facilitado. Além disso, os bancos irão alertar os consumidores imediatamente sobre a contratação do cheque especial, destacando que esse crédito deverá ser usado em situações emergenciais temporárias.[49]

Murilo Portugal, presidente da FEBRABAN, afirma que esse normativo vislumbra melhorar a relação dos bancos com os contratantes, prevalecendo o

[47] BRASIL. Projeto de lei do Senado n. 283 de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BKNK5vJnaAAJ:https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento%3Fdm%3D3911533+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 26 maio. 2018.

[48] FEBRABAN. Bancos aprovam novas regras para cheque especial. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3179/pt-br/>. Acesso em: 26 maio. 2018.

[49] FEBRABAN. Bancos aprovam novas regras para cheque especial. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3179/pt-br/>. Acesso em: 26 maio. 2018.

princípio da transparência e informação, visto que orientam o consumidor ao uso dos produtos e serviços, além de facilitar a redução dos spreads bancários.[50]

A fim de conceituação, a expressão spreads bancários é a diferença entre os juros que o banco cobra ao emprestar e a taxa que ele mesmo paga ao captar dinheiro. O valor dos spreads varia de acordo com cada operação, dependendo dos riscos envolvidos e normalmente, é mais alto para pessoas físicas do que para as empresas, sendo o Brasil famoso por ter os maiores spreads bancários do mundo.[51]

2.4 Forma atualmente prevista para negociações dos Superendividados – Programa do CEJUSC

Diante da ausência de legislação vigente sobre a temática, frisa-se que órgãos públicos e particulares estão promovendo programas de apoio aos superendividados, através do CEJUSC ou o promovido pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, a título exemplificativo.

Desde 2005, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro possui um serviço chamado Comissão Especial de Proteção e Defesa do Consumidor Superendividado, que auxilia, gratuitamente, pessoas a renegociar e quitar suas dívidas, além de fornecer orientações para planejamento e controle de gastos. Na comissão, os superendividados preenchem um amplo questionário sobre o estado de suas finanças, participam de reuniões com defensores para elaboração de estratégias para o saneamento de dívidas e também são encaminhados para cursos de educação financeira, oferecidos gratuitamente pela Rio Previdência. A Defensoria Pública ainda possui parcerias com bancos e outras instituições financeiras para intermediar o processo de negociação de dívidas, solucionando os problemas de forma extrajudicial, o que ajuda a diminuir as demandas do

[50] FEBRABAN. Bancos aprovam novas regras para cheque especial. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3179/pt-br/>. Acesso em: 26 maio. 2018.

[51] WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? - Spread bancário. IPEA, ano 1. ed. 5, 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2051:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 20 set. 2018.

judiciário. Em média, os consumidores recebem acompanhamento constante da Defensoria durante um ano. [52]

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania - CEJUSC-SUPER, criou um programa para os Superendividados que tem por objetivo auxiliar, orientar e conscientizar os participantes, promovendo assim a prevenção, o tratamento e a resolução de conflitos envolvendo consumidores em situação de superendividamento, conforme Portaria Conjunta nº 4 de 1º de fevereiro de 2016. Constituindo unidade judiciária com autonomia e estruturas próprias, foi criada a partir do Programa de Prevenção e Tratamento de Consumidores Superendividados que residem no Distrito Federal.[53] O programa é vinculado ao Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação – NUPEMEC, onde está instituído em seis Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, nas cidades de Brasília, Taguatinga, Planaltina e Sobradinho.

A Portaria GSVP nº 49/2014, dispõe em seu artigo 2º quem é o consumidor superendividado, preceituando que.

> Art. 2º Considera-se consumidor superendividado apto a participar do Programa SUPERENDIVIDADOS a pessoa física, maior, capaz, de boa-fé, impossibilitada economicamente de pagar o conjunto de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, contraídas por má administração do orçamento familiar ou por acidentes da vida, como, por exemplo, morte, doença, desemprego, divórcio etc., sem o prejuízo do seu sustento e de sua família. Parágrafo único. Estão excluídas do Programa SUPERENDIVIDADOS as dívidas alimentícias, fiscais, habitacionais e profissionais, decorrentes de indenização ou que tenham como credora empresa pública da União Federal, dos estados e do Distrito Federal.[54]

[52] MEDINA, Esther. Defensoria pública ajuda pessoas endividadas a sanar finanças. Governo do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 20 fev. 2014. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=1969855>. Acesso em: 26 maio. 2018

[53] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Cejusc/Superendividados. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados>. Acesso em: 18 maio. 2018.

[54] BRASIL. Portaria GSVP nº 49 de 16 de dezembro de 2014. Programa de Prevenção e Tratamento de Consumidores Superendividados. Disponível em: < http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes- oficiais/portarias-gsvp/2014/portaria-gsvp-48-17-12-2014>. Acesso em: 20 set. 2018.

Vale ressaltar que o conceito de superendividado conforme a portaria acima elucidada, destaca fatores alheios a vontade do consumidor, enfatizando a ideia de que o fenômeno do superendividamento não está aliado a somente uma causa, que além da crise econômica do país, fatores externos e alheios a vontade do consumidor pode inseri-lo em um contexto de dívidas insolúveis, criando um ciclo vicioso.

Dividido em quatro etapas, o programa tem início com o pedido de inscrição via e- mail informando os dados pessoais, seguido de uma entrevista pessoal e oficina sobre educação financeira, além de orientações pessoais personalizadas e a realização de sessões de conciliação para renegociação das dívidas. [55]

O Programa prevê como parte de seu tratamento a cooperação com ouras instituições públicas e privadas, como exemplo dessa iniciativa, foi firmado entre o TJDFT e o Banco Regional de Brasília um acordo em que a institição bancária compromete-se a participar das conciliações pré-processuais do programa de prevenção e tratamento dos superendividados, a fim de realizar propostas de acordo para a quitação das dívidas.[56]

Por isso muitas vezes o atendimento ao superendividamento se trata de uma forma de educação para o consumo, conforme preceitua o artigo 6º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

[55] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. CEJUSC. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados>. Acesso em 18 maio.2018.

[56] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT e BRB firmam parceria em prol dos superendividados. Disponível em: < http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/agosto/tjdft-e- brb-firmam-parceria-em-proldos-superendividados-o-tribunal-de-justica-do-distrito-federal-e-territorios-tjdft-e-o-banco-de-brasiliabrb-assinaram-acordo-na-tarde-desta-quinta-feira-13-8-no-qual-este-ultimo-se-compromete-aparticipar-das-co>. Acesso em: 18 set. 2018.

> II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.[57]

Depreende-se que ele não visa somente a conciliação do devedor com seus credores, mas inseri-lo em uma ideia de educação financeira, avaliando as peculiaridades de cada caso, bem como as relações familiares, traçando estratégias para que seu quadro não se reverta apenas momentaneamente, mas que possa se tornar um hábito.

3 INSOLVÊNCIA CIVIL – ASPECTOS GERAIS

Para que seja entendida a questão relativa ao Superendividamento, deve ser feita uma análise acerca do que consiste o processo de Insolvência Civil, que se encontra disciplinado no Código de Processo Civil de 1973 regulado pelas disposições do Livro II, Título IV.

A insolvência Civil é um procedimento burocrático e que tem sido abandonado dentro do ordenamento jurídico, sendo cada vez mais rara sua decretação. São partes legitimas para o requerimento os credores ou o próprio devedor, nestes casos sendo denominada Jurisdição Voluntária. Tal procedimento merece uma cuidadosa análise de seus efeitos para a vida social e jurídica do indivíduo que se encontra vivenciando tal situação.

Apesar de se tratar de um procedimento que detém como parte de seus efeitos jurídicos a impossibilidade do insolvente exercer livremente sua liberdade patrimonial perante a sociedade, o estudo pretende demonstrar os benefícios que esse procedimento pode trazer para todos os sujeitos desta relação, quais sejam, consumidor, fornecedor e o Estado.

3.1 Conceito

[57] BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

Insolvência, em face da lei processual vigente, consiste segundo o entendimento de Amador Paes de Almeida, na condição de quem não pode saldar suas dívidas, aquele segundo o qual, possui um passivo sensivelmente maior que o ativo.[58] Nesse mesmo sentido, Luis Rodrigues Wambier afirma que "falência civil" é quando o devedor pessoa física não possui bens suficientes para responder suas dívidas.[59]

A redação do Código Civil (CC) prevê em seu artigo 955 que " proceder-se-á a declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor"[60], ficando evidenciada a condição da existência de um desequilíbrio patrimonial, não configurando a insolvência o mero inadimplemento das obrigações exigíveis.[61]

Dentro da temática, diferencia-se dois conceitos distintos, quais sejam: a insolvência e a insolvabilidade. Entende-se como insolvente o devedor que não possui meios de cumprir com suas obrigações de forma momentânea por uma série de fatores. Quanto à insolvabilidade, trata-se da ausência de meios para adimplir com seus débitos, uma vez que seu passivo é consideravelmente superior ao ativo, configurando uma situação definitiva.[62]

Neste sentido, o Professor Humberto Theodoro Junior diz que:

> Para o sistema de execução universal, esposado pelo Código, não basta, portanto, a mera insolvência para apurar-se se o caso é, ou não, de um verdadeiro estado de insolvabilidade. Somente quando o não pagamento da obrigação decorrer de uma crise patrimonial profunda, crise de verdadeira impotência econômica, é que, para efeito de concurso civil

[58] ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e concordata. ed. 20, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.21.
[59] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 3, p. 600-662, 2017.
[60] BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 maio. 2018.
[61] THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p. 441.
[62] THEODORO JUNIOR, Humberto. A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 40.

> de credores, estará configurada a insolvência. Muitas vezes, nem mesmo o inadimplemento [...] é necessário para a configuração da insolvabilidade. Se ocorre a insolvência, como dispõe o art. 748 do Código de Processo Civil, toda vez que as dívidas excedem à importância dos bens do devedor, tal déficit pode, perfeitamente, ocorrer muito antes do vencimento das obrigações assumidas, vale dizer, pode se configurar antes do inadimplemento.[63]

Diante das considerações quanto à conceituação deste instituto, a condição de insolvência ou insolvabilidade em sua forma semântica é irrelevante para o legislador, uma vez que, como será abordar em momento posterior, o devedor poderá requerer a declaração de sua insolvência ainda que não detenha de uma situação de inadimplemento para com suas obrigações, podendo requere-la quando este não puder responder os débitos vincendos, baseado em uma análise de seus bens, seu ativo e passivo.

Assim, nas sábias palavras de Pontes de Miranda:

> A insolvabilidade é um dos estados de dificuldades dos devedores; não é o único. Por outro lado, o ativo pode ser, no momento, maior do que o passivo, porém se faltarem disponibilidades para a satisfação dos credores: há, aí, a insolvência ocasional, que pode ser de sérias consequências. As leis, ao tratarem das liquidações, das falências e do concurso de credores civil, não se referem somente à insolvência duradoura ou definitiva, e por vezes aludem às simples dificuldades[64]

Mediante o exposto, é possível aferir ao estado de insolvência civil do devedor, que uma falta de planejamento financeiro, abuso de crédito, propaganda enganosa e abusiva, e principalmente a falta de informações ao consumidor associada à fatores externos e inerentes à vontade, podem desencadear a insolvência da pessoa física.

3.2 Procedimentos

[63] THEODORO JUNIOR, Humberto. A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 40

[64] MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. XI, p.203

O Código de Processo Civil trata a insolvência como um processo autônomo, desvinculado da execução singular, além de prever dois tipos de Insolvência, sendo elas a real ou presumida. A real é quando o insolvente possui o passivo maior que o ativo, descrita no artigo 748, do CPC/73. No artigo 750, do CPC/73 dispõe que será presumida a insolvência quando:

> [...] o devedor não possui outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora; forem arrestados bens do devedor quando não tem domicílio certo e ausenta-se ou aliena os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; o devedor que tem domicílio se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; ou caindo em insolvência aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; e ainda quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas.[65]

É nesse sentido que se afirma a irrelevância conceitual de insolvência e insolvabilidade para o procedimento, uma vez que a presunção também é uma hipótese para requerer a declaração de insolvência civil, merecendo destaque que essa presunção é iuris tantum, em outras palavras, admitindo prova em contrário.

Faz-se mister ressaltar que o Código de Processo Civil, na redação do artigo 753, traz como partes legítimas para requerer a declaração de insolvência civil não somente o credor quirografário, como também o próprio devedor ou seu espólio, o que será abordado em momento posterior.[66]

Diante disso, quando a insolvência é requerida pelo credor, este deverá instituir o pedido munido de título executivo líquido, certo e exigível, dando início

[65] BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.
[66] Ibidem. passim.

a fase cognitiva, ou seja, momento processual que conhecerá das reais condições patrimoniais do devedor, sendo aplicáveis as regras do processo de conhecimento.

Superada a primeira etapa da insolvência, processo de cognição acerca do déficit patrimonial do devedor, o magistrado reconhecerá por sentença a situação deficitária, dando início ao concurso creditório. A redação do artigo 751, III, do CPC, estabelece que a execução por concurso universal se apresenta como efeito da declaração de insolvência do devedor.

Assim, cumpre observar que o processo, quando iniciado por um dos credores, possui caráter evidentemente contencioso. Nesse caso, tem um processo contencioso de cognição, quando se procura demonstrar o estado de insolvência do devedor e na fase executiva, uma vez que os credores buscam seus direitos na massa.

A decretação de insolvência resulta em diversos efeitos, que segundo Vicente Greco Filho, podem ser divididos em efeitos de direito material e processual. São efeitos de direito material:

> I – provocar o vencimento antecipado das dívidas do devedor; II – provocar a perda do direito de administrar os bens e dele dispor até a liquidação total da massa; III – os bens do devedor passam a constituir uma universalidade, denominada massa do insolvente; IV – interromper a prescrição das obrigações. Já os efeitos processuais, seriam: I – a arrecadação de todos os bens do devedor suscetíveis de penhora; II – a execução por concurso universal dos seus credores; III – a nomeação do administrador; IV – a atração das execuções movidas pelos credores individuais.[67]

Edson Ubaldo dispõe que:

> O devedor deixa de ser insolvente de fato, mas continua insolvente de direito, em face da sentença que assim o declarou. Os credores, que já poderiam promover execuções individuais, por força de patrimônio suficiente do devedor, continuam impedidos de fazê-lo em razão da sentença declaratória de insolvência, que os remete ao concurso universal. [...] O devedor então, não é e nem pode ser considerado insolvente. Todavia, a sentença que o

[67] Direito Processual Civil. Ed. Saraiva, v. 3, 1981, p. 127 apud CURI, Rodrigo Brandeburgo. A Insolvência Civil. Pós-Graduação em Direito Empresarial, 1999. Disponível em: <http://www.cam-adv.com.br/a- insolvencia-civil/>. Acesso em: 20 set. 2018.

> declarou como tal, isto é, como insolvente, ainda persiste. [...] mais grave ainda, continua produzindo efeitos, como todo o rol de prejuízos materiais e morais que a situação de insolvente acarreta[68]

É nomeado um Administrador da Massa Insolvente para assumir a arrecadação e gestão dos bens do insolvente. Através dessa arrecadação o insolvente perde a posse de seus bens não podendo deles dispor e nem administrar, ficando a massa sob responsabilidade de seu administrador, conforme dispõe a lei:

> Art. 752. Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa.
>
> [...]
>
> Art. 761. Na sentença, que declarar a insolvência, o juiz:
>
> I - nomeará, dentre os maiores credores, um administrador da massa; [...]
>
> Art. 763. A massa dos bens do devedor insolvente ficará sob a custódia e responsabilidade de um administrador, que exercerá as suas atribuições, sob a direção e superintendência do juiz.[69]

Os efeitos visam garantir o pagamento dos créditos, estabelecendo-se a par condicion creditorium, ou seja, a igualdade de condições e prerrogativas dos credores, eis que em consenso buscam receber o que lhes é devido.

Cabe observar que a competência para o processo de insolvência civil pertence à Justiça Comum, sendo competente o foro do lugar do domicílio do devedor. Tal competência tem caráter absoluto, não podendo ser alterada nem mesmo por convenção entre as partes. Ainda que haja interesse de pessoa sujeita

[68] Insolvência Civil. Ed. Obra Jurídica, p. 56 apud CURI, Rodrigo Brandeburgo. A Insolvência Civil. Pós- Graduação em Direito Empresarial, 1999. Disponível em: <http://www.cam-adv.com.br/a-insolvencia-civil/>. Acesso em: 20 set. 2018

[69] BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

a jurisdição especial, como a Justiça Federal ou a Justiça do Trabalho, o processo de insolvência é da competência da Justiça Comum.[70]

A extinção das obrigações ocorre no prazo de cinco anos após o encerramento do processo, conforme artigo 778, do CPC, devendo ser requerida pelo próprio devedor e declarada por sentença que será publicada por edital, ficando o devedor habilitado a praticar todos os atos da vida civil. Conclui-se, portanto, que é através da insolvência que o devedor obterá o vencimento antecipado das dívidas, a extinção das obrigações e a reabilitação para a vida civil.

3.3 Jurisdição Voluntária

O que se pretende no presente estudo, é voltar a atenção para a insolvência requerida pelo próprio devedor, como uma espécie de "auto-insolvência", em que não é necessário título executivo judicial ou extrajudicial, possuindo o seguinte procedimento:

> [...] ocorre assim o procedimento de jurisdição voluntária, ou seja, não existe contraditório e nem prazo para embargos. Caso o Juiz reconheça a insolvência, proferirá sentença com recorribilidade e eficácia idênticas às que teriam se a declaração fosse requerida pelo credor. O devedor ou o inventariante do espólio, na petição inicial, apresentará: a relação nominal de todos os credores, com a indicação do domicílio de cada um, bem como da importância e da natureza dos respectivos créditos; a individuação de todos os bens, com a estimativa do valor de cada um; o relatório do estado patrimonial, com a exposição das causas que determinaram a insolvência.[71]

Diz o ilustre Humberto Theodoro Júnior que " na auto-insolvência, não se encontra o caráter contencioso na fase de declaração, pois o pedido é unilateralmente formulado pelo próprio devedor e julgado pelo juiz sem audiência com os credores. A configuração é, na realidade, de um procedimento

[70] RAMOS, João Luís Fausto de Oliveira. Aspectos da execução e a insolvência civil. Monografia – Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil, Universidade Regional de Blumenau, 2001.
[71] Ibidem. passim.

de jurisdição voluntária, somente se convertendo em procedimento de jurisdição contenciosa na fase de execução. ”[72]

Depreende-se, portanto, que a jurisdição voluntária é um direito assegurado ao devedor de pleitear a tutela jurisdicional, não devendo ser a ela atribuída como um meio de se isentar das obrigações contraídas, visto que, conforme acima elencado, trata-se de um procedimento burocrático e exaustivo, fazendo sentir sobre a pessoa do devedor o maior efeito, qual seja de não poder administrar seus bens e nem dispor deles até a liquidação total da massa.

Quanto as vantagens do pedido de “auto-insolvência” para o devedor, pode se destacar o plano de pagamento que ele proporciona, em que se tem a preservação do mínimo existencial, promovendo assim o tratamento e amparo legal para os insolventes.

Além disso, reúne em um único processo todas as execuções, abstendo-se assim, de execuções individuais que poderiam protelar a liquidação geral do patrimônio. Outra vantagem é o vencimento antecipado de todas as dívidas levando ao abatimento dos juros legais, se outra taxa não tiver sido estipulada.[73]

Destaca-se ainda que, como elemento limite, a depender da situação em que esse devedor insolvente se encontrava, a extinção das obrigações pode ser um benefício quando este não detinha de outros meios menos ofensivos que possibilitassem seu retorno ao mercado.[74]

Conclui-se que a insolvência como equivalente da insolvabilidade, é fato mais econômico do que jurídico, uma vez que para autorizar os efeitos jurídicos, é necessária a decretação da insolvência por meio de sentença.[75]

---

[72] THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Insolvência Civil. São Paulo: Forense, 1980, p.32

[73] OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. Breve estudo da insolvência civil à luz da Jurisprudência do Colendo STJ e de outros Tribunais. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4328>. Acesso em: 21 set. 2018.

[74] GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 2003, p. 127.

[75] THEODORO JUNIOR, Humberto. A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 40.

Destarte, ainda que o devedor não possua bens suficientes para adimplemento de seus débitos com os credores não retira o direito de ver declarada a insolvência. Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que:

> [...] o procedimento de insolvência civil, não nasce como uma execução forçada, mas como um procedimento típico de conhecimento, que nada tem a ver com a existência ou inexistência de bens do devedor. Na primeira fase, o que se busca é a decretação de um estado jurídico novo para o devedor, com consequências de direito processual e material, tanto para o insolvente como para seus credores.[76]

Conforme já elucidado, da declaração de insolvência decorrem consequências importantes, como o vencimento antecipado de todas as dívidas, o afastamento do devedor da gestão patrimonial, além da extinção das dívidas do insolvente. Só isso já é mais que suficiente para demonstrar que o processo da insolvência civil, em sua primeira fase, não pode ser obstado pela simples inexistência momentânea de bens penhoráveis.

Assim, apenas na segunda fase que se abre com a arrecadação, é que o processo de insolvência se torna propriamente executivo, logo a falta de bens penhoráveis, ocorrerá a suspensão dos atos executivos, seguida da declaração de encerramento do feito, para contagem do prazo de extinção das obrigações do insolvente.[77]

4 PROPOSTA: DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA CIVIL ATRAVÉS DA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR

Como um mecanismo de promover uma solução mais célere para a decretação da insolvência civil do devedor a fim de promover o tratamento necessário para o superendividado, tem-se a proposta da criação de uma plataforma para intermediar e solucionar os conflitos existentes na vida do indivíduo que se encontra perante uma situação de superendividamento.

[76] THEODORO JUNIOR, Humberto. A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 40.
[77] THEODORO JUNIOR, Humberto. A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 40.

A plataforma atualmente existente no site Consumidor.gov.br funciona como uma forma do Governo intermediar nas negociações do devedor com seus credores, auxiliando na obtenção do melhor acordo entre as partes.

Logo, o tratamento do superendividamento através da plataforma pode gerar diversos benefícios, como será abordado a seguir:

4.1 Plataforma Consumidor.gov.br

Primeiramente, importante conceituar a mediação que segundo Juan Carlos Vezzulla (1998) "... é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente ajuda a procura-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor. "

A Lei 13.140/2015 traz a seguinte definição, no parágrafo único do artigo 1º:

> Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.[78]

O que se pretende com a mediação, é auxiliar as partes na solução do conflito, de forma imparcial e neutra, sem poder decisório, fazendo com que entendam os interesses envolvidos, e que encontrem a melhor solução para o problema.

Regida pelos princípios da imparcialidade, autonomia da vontade, informalidade, flexibilidade processual, boa-fé, consensualidade, confidencialidade, dentre tantos outros, torna a mediação uma forma mais rápida e econômica nas soluções das adversidades entre as partes, evitando as burocracias que há em um processo judicial.

[78] BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

Afim de promover o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, na Constituição Federal, o Poder Judiciário busca estabelecer políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que vem ocorrendo em larga e crescente escala na sociedade. Assim, a conciliação e mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, que com os programas têm reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e execução de sentenças.[79]

Dados estatísticos divulgados pelo CNJ[80] em 2015, revelam que o primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário, correspondendo a 92% do total em tramitação, sendo necessário cessar a distribuição por cerca de 4 anos para dar vazão ao estoque de processos. Porém, pela primeira vez nos últimos anos, relatório indica que o número de processos julgados foi maior que o número de processos distribuídos[81], mas isso não dispensa a utilização cada vez maior de medidas alternativas de solução de conflitos que viabilizem a diminuição de ajuizamento de ações.

Seguindo essa ideia de mediação e educação financeira dos endividados, o Consumidor.gov.br é conceituado como um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet. Estabelece como preceitos a transparência e o controle social para garantir a máxima efetividade aos direitos dos consumidores, políticas públicas e a potencialização do acesso a informação, contribuindo para o aprimoramento das relações de consumo. Monitorada pela Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon – do Ministério da Justiça, Procons,

[79] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Movimento pela Conciliação. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao- mediacao>. Acesso em: 26 maio. 2018.

[80] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados Estatísticos. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados- estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 26 maio. 2018

[81] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório indica redução de processos em tramitação no Judiciário. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1- grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 26 maio. 2018

Defensorias, Ministérios Públicos e também por toda a sociedade, possibilitando assim a resolução de conflitos de forma rápida e desburocratizada.[82]

Neste âmbito, diante da busca por métodos cada vez mais fáceis e eficazes de solução de conflitos, o site eletrônico Consumidor.gov.br possui uma plataforma permanente que permite a mediação direta entre os consumidores e empresas para a solução de conflitos, onde após um cadastro pessoal, é possível escolher a empresa com a qual busca a mediação, explanando os problemas que visa solucionar.

Além disso, o Consumidor.gov.br visa colocar as relações entre consumidores, fornecedores e o Estado em um novo patamar, a partir de premissas como a transparência e auxílio em estratégias para a gestão de políticas públicas de defesa do consumidor.[83]

O site eletrônico tem em sua criação relação com o disposto no artigo 4º inciso V da Lei 8.078/1990 e artigo 7°, inciso I, II e III do Decreto 7.963/2013, que dispõe acerca da criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo, in verbis:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
>
> V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;
>
> Art. 7º O eixo de fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor será composto, dentre outras, pelas seguintes políticas e ações:

[82] BRASIL. Consumidor.gov.br. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 17 maio. 2018.
[83] BRASIL. Consumidor.gov.br. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 17 maio. 2018.

> I - estimulo à interiorização e ampliação do atendimento ao consumidor, por meio de parcerias com Estados e Municípios;
>
> II - promoção da participação social junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;
>
> III - fortalecimento da atuação dos Procons na proteção dos direitos dos consumidores.[84]

Visando a efetividade desses meios alternativos para conduzir o consumidor de volta ao mercado de consumo, ocorre anualmente a Semana Nacional de Educação Financeira, atualmente em sua 5ª edição, em que além de oferecer cursos de educação financeira promove a possibilidade de renegociação de dívidas através da plataforma online Consumidor.gov.br.

Durante esse período, é possível que o cliente que tem dívidas e gostaria de renegociar o débito com instituições financeiras acesse a plataforma e faça seu registro, selecionando a empresa com a qual deseja formalizar a solicitação de renegociação de débitos. Após finalizar a proposta, o banco ou instituição financeira cadastrada tem o prazo de 10 dias para apresentar uma resposta ou contraproposta, e o consumidor 20 dias após a resposta para avaliar o atendimento prestado pela credora, sendo possível neste prazo interagir com a empresa anexando documentos e complementando a reclamação.[85]

4.2 A negativa de acordo como solução de conflitos

No momento em que ocorre a negativa de acordo dentro da plataforma virtual após a solicitação realizada pelo devedor, existe a opção de ser requerido o encaminhamento da declaração de insolvência civil. Desta forma, o devedor terá sua situação de superendividamento verificada, tendo o auxílio necessário para a resolução de sua situação perante os credores.

---

[84] BRASIL. Lei n. 8.078, 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 maio. 2018.

[85] BRASIL. Ministério da Justiça. Melhor hora para renegociar dívidas no Consumidor.gov.br. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/news/melhor-hora-para-renegociar-dividas-no-consumidor-gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2018.

Desta forma, como acima elencado, o insolvente enfrentará os efeitos do procedimento jurídico de Insolvência, os quais subsistem pelo prazo mínimo legal de cinco anos, contados do encerramento do processo, somente cessando seus efeitos sob requerimento do devedor.

Apesar de diversos doutrinadores entenderem o processo de Insolvência como apenas um meio dos credores terem seus créditos assegurados, será trabalhado a seguir, como a insolvência pode auxiliar no tratamento dos superendividados e estabelecer diversos novos incentivos para a conciliação entre os sujeitos desta relação.

4.2.1 Objetivos e vantagens do encaminhamento de declaração de Insolvência Civil através da plataforma Consumidor.gov.br

Como acima elencado, a plataforma é usada como meio alternativo de solução de conflitos entre as partes, que chegam no melhor acordo de forma consensual e visando a preservação de seu mínimo existencial. Nesse sentido, Tartuce diz que "Os meios alternativos (mediação) podem colaborar decisivamente para pacificar a justiça, ao proporcionar uma abordagem célere e eficiente das controvérsias. "[86]

Logo, após a negociação frutífera por meio da plataforma, não há que vislumbrar problemas, uma vez que o objetivo é propiciar acordos consensuais entre as partes.

O enfoque do presente trabalho tem como base quando as partes não conseguem chegar em um acordo, vislumbrando assim, que essa negativa de conciliação através da plataforma possa servir para que o devedor, pessoa física, requeira um encaminhamento para a declaração de sua Insolvência Civil.

O instituto da insolvência civil é sempre elencado como um meio dos credores buscarem seus direitos frente ao devedor insolvente. Ocorre que, como

[86] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2.ed. São Paulo: Método, 2015.

mencionado ao longo do presente estudo, a insolvência civil pode ser requerida pelo próprio devedor, sendo em alguns casos, um meio legal para solucionar o seu status financeiro. Em outras palavras, se o devedor não possui alternativas para adimplir com as dívidas contraídas sem atingir sua dignidade humana e o mínimo existencial, ainda que não declarado formalmente, já é um insolvente de fato, sendo o procedimento um meio de formalizar e auxiliar no adimplemento e reinserção ao mercado.

Trata-se, portanto, do exercício da Jurisdição Voluntária prevista no procedimento e rol de legitimados. Acrescenta-se que, diante da descrença sofrida pelo instituto da Insolvência Civil, devido a enfraquecida tutela em relação as pessoas falidas, torna-se necessário aliar o fenômeno do superendividamento a um método mais célere, preservando a eficácia e proteção ao consumidor, a fim de declarar insolvente o devedor pessoa física que predispõe dos requisitos previstos na lei em sua fase cognitiva.

De certo, os objetivos do site Consumidor.gov.br é a resolução de conflitos de forma mais eficiente, célere e desburocratizada, facilitando para os consumidores a resolução de seus conflitos financeiros. Sendo assim, a possibilidade de encaminhamento da declaração de Insolvência Civil requerida pelo próprio devedor, perfaz os objetivos do sítio estatal em tela.

O intuito dessa proposta, é facilitar o procedimento formal da insolvência, a fim de melhor amparar os consumidores quanto ao acesso a esse procedimento judicial, que através do plano de pagamento, traz para o insolvente a esperança de reinserir no mercado de consumo.

O superendividado necessita de um tratamento que, como objeto principal desse trabalho, é promovê-lo através da possibilidade de encaminhamento da declaração da insolvência civil quando este não entrar em acordo com os seus credores, e não lhe restar outros meios para tratamento e retorno ao consumo.

A fim de preservação da subsistência digna do insolvente, têm-se no procedimento um meio legal e eficiente de solucionar esse infortúnio que assola a vida financeira e pessoal, em seus âmbitos físicos e psicológicos do consumidor.

Dados divulgados recentemente pela Agência Brasil afirma que mais de 40% da população no Brasil encontra-se com o nome em cadastro de devedores. A estimativa é que cerca de 61 milhões de pessoas estão com o CPF restrito para contratar crédito.[87] No banco de dados do Serasa, a dívida até julho somava R$ 272,5 bilhões, além de apontar um índice de reincidência de 54% dos consumidores que estavam com o nome sujo e regularizaram, voltaram a ser negativados no ano seguinte.[88]

Ocorre que, parte dessas pessoas que já estão inseridas nos cadastros de inadimplência, têm dificuldade na aquisição de novos créditos, o que gera o ciclo de exclusão desses devedores do mercado, afetando sua vida pessoal e a economia do país como um todo.[89]

Além dos efeitos já expostos no decorrer do trabalho, evidencia-se que caso o devedor insolvente não detenha de bens suscetíveis a penhora suficiente para adimplir seus débitos, não tem afastado seu direito de requerer sua insolvência. Ademais, é possível que o procedimento de insolvência seja benéfico para o consumidor insolvente, já que, como aclarado, após o prazo legal de cinco anos da declaração de insolvência, as dívidas serão judicialmente perdoadas, embora o consumidor suporte os efeitos desse processo.

---

[87] ALBUQUERQUE, Flávia. Brasileiros com nome em cadastro de devedores chegam a 40,5% da população. São Paulo, 9 set. 2018. EBC, Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-03/brasileiros-com-nome-em-cadastro-de-devedores- chegam-405-da-populacao>. Acesso em: 20 set. 2018.

[88] Inadimplência do consumidor bate recorde e atinge 61,8 milhões, revela Serasa. SERASA, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/inadimplencia-do-consumidor-bate- recorde-e-atinge-618-milhoes-revela-serasa>. Acesso em: 20 set. 2018.

[89] Em julho, 19% dos brasileiros tiveram crédito negado ao tentarem comprar a prazo, apontam CNDL/SPC Brasil. Contabilidade na TV, 6 set. 2018. Disponível em: <http://www.contabilidadenatv.com.br/2018/09/em-julho-19-dos-brasileiros-tiveram-credito-negado-ao-tentarem-comprar-a-prazo-apontam-cndlspc-brasil/>. Acesso em: 20 set. 2018.

Quanto as instituições credoras, com a desburocratização desse procedimento, desenvolvem-se novos incentivos para a negociação mais maleável com o devedor, respeitando suas condições para adimplemento, visto que a declaração de insolvência pode não ser benéfica para as empresas que não terão seus créditos adimplidos em sua totalidade se o devedor não possuir bens suficientes. Além do mais, como parte do procedimento da insolvência, tem a execução concursal que não preza em priorizar nenhum credor, estando estes em igualdade. Logo, as instituições credoras se beneficiarão não somente com o adimplemento dos débitos por parte de seus clientes, adquirindo uma relação de confiança entre eles, mas com uma significativa redução de custos com empresas de cobrança e escritórios de advocacia.

Como acima elencado, os benefícios são demasiados, incluindo o Estado em seu desenvolvimento econômico e social, dado que o planejamento financeiro é importante para o desenvolvimento sustentável do país. Estudos recentes indicaram que o país precisa de um ajuste fiscal de cerca de R$ 300 bilhões ao ano para estabilizar suas dívidas e sair da rota da insolvência.[90] Sendo assim, fica claro o impacto sofrido pela economia com o inadimplemento das dívidas e dificuldades de negociações que os credores encontram. De acordo com a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), 62,2% das famílias brasileiras fecharam 2017 no negativo, dados que superaram os 59% registrados no ano de 2016.[91]

Importante ressaltar que o processo de Insolvência, pormenorizado ao longo do presente estudo, possui procedimentos e efeitos específicos que serão suportados até a liquidação dos débitos, ou com a extinção das obrigações dentro

[90] CANZIAN, Fernando. Brasil precisa de até R$ 300 bi ao ano para evitar a insolvência. Dívida chega a 78% do PIB. Notícias Agrícolas. Disponível em: <https://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/212322-brasil-precisa-de-ate-r-300-bi-ao-ano-para-evitar-a-insolvencia-divida-chega-a-78-do- pib.html#.W5rcDM5KjIU>. Acesso em: 20 set. 2018.

[91] BRASIL. Ministério da Justiça. Semana propõe aprimoramento da educação financeira no Brasil. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-8/view>. Acesso em: 17 maio. 2018.

do prazo legal e a requerimento do devedor. Logo, não há que se falar em um método de isenção das obrigações contraídas, uma vez que se trata de um procedimento judicial e legal, que merece atenção dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não se tem um incentivo à aquisição de dívidas para um posterior pedido de insolvência. Trata-se aqui, de casos específicos de pessoas insolventes que, diante da realidade, não detém de outros meios que possam auxilia-la na reinserção ao Mercado.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo analisar a figura do superendividamento e o processo de insolvência civil, a fim agrega-los na plataforma eletrônica Consumidor.gov.br. Desta forma, conforme a análise do processo de insolvência quanto aos seus procedimentos e efeitos, entendeu-se por necessária a busca por desburocratizar o procedimento de declaração de insolvência, visto que através dele, o insolvente pode promover um plano de pagamento.

Assim, quando o consumidor após a tentativa de conciliação com seus credores na plataforma Consumidor.gov.br não obtém êxito, surge a proposta do presente estudo. Incorre sobre esse consumidor superendividado, a possibilidade de requerer o encaminhamento da declaração de insolvência civil, que ocorrerá através da negativa de acordo e este predispondo do status de insolvente conforme o preceito legal.

O tratamento previsto pelo fenômeno do superendividamento tem como base os modelos americano e francês, em que se baseia em tratar o insolvente com uma reeducação financeira e adimplemento de seus débitos a fim de reinseri-lo no mercado de crédito.

Assim sendo, evidencia-se que a possibilidade de encaminhamento da declaração de insolvência é uma forma de tratamento que o fenômeno do superendividamento não prevê, nem mesmo as negociações na plataforma ativa

Consumidor.gov.br, limitando-se a associação dos três institutos como a proposta do estudo, a fim de melhor amparar o consumidor e promover-lhe o tratamento necessário para seu retorno ao mercado.

Desta maneira, essa previsão gera uma série de benefícios para todos os sujeitos dessa relação, quais sejam o consumidor, o (s) credor (es) e o Estado. O consumidor em seu estado de insolvente, detém no encaminhamento da declaração de insolvência civil mediante a plataforma, a possibilidade manifesta de obter o amparo legal para o plano de pagamento que possibilitará adimplir seus débitos. Trata-se do exercício de Jurisdição Voluntária legal que delimita como elemento limite a previsão de anistia de seus débitos após o prazo de cinco anos, contados da data de encerramento do processo civil. Logo, aquele que não possui bem suficiente para adimplir suas obrigações exigíveis, terá suas dívidas remanescentes perdoadas. Apesar dos efeitos que integram o procedimento, sendo o mais árduo deles o insolvente não poder administrar seus bens, faz parte do processo de tratamento essa remoção temporária do indivíduo do mercado de consumo, não tendo assim, acesso a aquisição de novos créditos, podendo reorganizar e adimplir com suas obrigações.

Uma vez prevista a possibilidade de requerer a declaração de insolvência pelo próprio devedor, desperta nos credores o interesse em negociar, já que estes não terão como garantia a satisfação de seus créditos caso o devedor não detenha de bens suficientes para adimplir com seus credores. Ademais, a conciliação evita os gastos com empresas de cobrança, advogados e outros meios que visam executar a cobrança.

O Estado em sua busca pelo desenvolvimento econômico, se beneficia na medida que a previsão de insolvência provoca nos fornecedores a necessidade de facilitarem a negociação. Conforme elucidado durante o trabalho, os índices de pessoas superendividadas cresce no país afetando diretamente na economia, visto que a tendência desses insolventes de fato é serem excluídos do mercado, tendo

dificuldade na aquisição de novos créditos e impedindo a reinserção no mercado de consumo, o que resulta na necessidade de tratamento.

Existe várias possibilidades de se conceituar o fenômeno do superendividamento, merecendo destaque o da jurista Claudia

> [...] a impossibilidade total de o consumidor, pessoa física, devedor, leigo e de boa fé, pagar suas dívidas atuais e futuras decorrentes do consumo (excluídas as dívidas como o fisco, oriundo de delitos e de alimentos). Ou seja, ocorre quando mais de 30% da renda líquida mensal do consumidor está comprometida com dívidas.[92]

Entende-se, portanto, que as causas são variadas e de difícil compreensão, porém, observa-se em alguns casos, que está aliada a democratização do crédito, a crise econômica do país, a má gestão do orçamento e incidentes da vida pessoal, tais como, morte, doença, divórcio, entre outros. De qualquer forma, é impreterível a tutela estatal, não excluindo o consumidor insolvente da sociedade de consumo, mas vislumbrando sua educação financeira a fim de preservar sua subsistência digna.

Faz-se mister ressaltar que, frutífera ou não as tentativas de negociação do devedor para com seus credores, o que se visa preservar é o direito da dignidade humana desse insolvente, mantendo sua subsistência digna, a fim de cumprir com suas dívidas sem afetar o seu mínimo existencial.

Ademais, o trabalho não teve a pretensão de esgotar a abordagem acerca do Superendividamento e a Insolvência Civil, nem tão pouco solucionar todos os problemas de tratamento e procedimento, mas associar os institutos dentro da plataforma online Consumidor.gov.br, para buscar a sua máxima efetividade, detendo dele um meio legal para o adimplemento das obrigações sem afetar o mínimo existencial do consumidor.

REFERÊNCIAS

[92] BATELLO, Sílvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lurnadelli. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo. RT, 2006. Cap. 8, p. 211-229.

ALBUQUERQUE, Flávia. Brasileiros com nome em cadastro de devedores chegam a 40,5% da população. São Paulo, 9 set. 2018. EBC, Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-03/brasileiros-com-nome-em-cadastro-de-devedores-chegam-405-da-populacao>. Acesso em: 20 set. 2018.

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e concordata. ed. 20, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.21.

AMARAL, Fernando Lima Gurgel do. O superendividamento do consumidor: abrangência, conceito, prevenção e recuperação. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-superendividamento-do-consumidor-abrangencia-conceito-prevencao-e-recuperacao/#_ftn15>. Acesso em: 26 maio. 2018.

ÂMBITO JURÍDICO. A necessidade da tutela jurídica do superendividamento como forma de política pública de proteção ao consumidor. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8076&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn3>. Acesso em: 11 set. 2018.

BATELLO, Sílvio Javier. A (in) justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lurnadelli. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo. RT, 2006. Cap. 8, p. 211-229.

BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo e a sua análise à luz das evoluções legislativas americanas e francesas frente ao PL 283/2012. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 99, maio/jun. 2015. p. 383-384.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Superendividamento: 6 em cada 10 famílias brasileiras estão endividadas. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/524181-SUPERENDIVIDAMENTO-6-EM-CADA-10-FAMILIAS-BRASILEIRAS-ESTAO-ENDIVIDADAS-BLOCO-1.html>. Acesso em: 13 nov. 2017

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Consumidor.gov.br. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 17 maio. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 maio. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/departamento-de-protecao-e-defesa-do-consumidor-2013-dpdc>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Melhor hora para renegociar dívidas no Consumidor.gov.br. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/news/melhor-hora-para- renegociar-dividas-no-consumidor-gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Semana propõe aprimoramento da educação financeira no Brasil. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-8/view>. Acesso em: 17 maio. 2018.

BRASIL. Portaria GSVP nº 49 de 16 de dezembro de 2014. Programa de Prevenção e Tratamento de Consumidores Superendividados. Disponível em: < http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-gsvp/2014/portaria-gsvp-48-17-12-2014>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Projeto de lei do Senado n. 283 de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e tratamento do superendividamento. Disponível em:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BKNK5vJnaAAJ:https://legis.sena do.leg.br/sdleg-getter/documento%3Fdm%3D3911533+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 26 maio. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 3515 de 2015. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/507624-PROPOSTA- ALTERA-REGRAS-PARA-CONCESSAO-DE-CREDITO-AO-CONSUMIDOR.html>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Cejusc/Superendividados. Disponível em:<https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice- presidencia/nupemec/superendividados>. Acesso em: 18 maio. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Cejusc - Super. (Brasília – Superendividados). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice- presidencia/nupemec/nucleo-e-centros/cejusc-super>. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT e BRB firmam parceria em prol dos superendividados. Disponível em: < http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/agosto/tjdft-e-brb-firmam-parceria-em-proldos-superendividados-o-tribunal-de-justica-do-distrito-federal-e-territorios-tjdft-e-o-banco-de-brasiliabrb-assinaram-acordo-na-tarde-desta-quinta-feira-13-8-no-qual-este-ultimo-se-compromete-aparticipar-das-co>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRITO, Alírio Maciel Lima de; Duarte, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1109, 15 jul. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8648/o- principio-da-vulnerabilidade-e-a-defesa-do-consumidor-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 13 set. 2018.

CALIXTO, Fabiana de Carvalho; SEIXAS, Maria Clara de Souza. A importância da tutela da situação de superendividamento do consumidor brasileiro. A Revista Direito UNIFACS. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2443/1790>. Acesso em: 26 maio. 2018.

CANZIAN, Fernando. Brasil precisa de até R$ 300 bi ao ano para evitar a insolvência. Dívida chega a 78% do PIB Notícias Agrícolas. Disponível em: <https://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/212322-brasil-precisa-de- ate-r-300-bi-ao-ano-para-evitar-a-insolvencia-divida-chega-a-78-do-pib.html#.W5rcDM5KjIU>. Acesso em: 20 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DadosEstatísticos. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 26 maio. 2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Movimento pela Conciliação. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da- conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 26 maio. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório indica redução de processos em tramitação no Judiciário. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 26 maio. 2018

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006

CURI, Rodrigo Brandeburgo. A Insolvência Civil. Pós-Graduação em Direito Empresarial, 1999. Disponível em: <http://www.cam-adv.com.br/a-insolvencia-civil/>. Acesso em: 20 set. 2018

Em julho, 19% dos brasileiros tiveram crédito negado ao tentarem comprar a prazo, apontam CNDL/SPC Brasil. Contabilidade na TV, 6 set. 2018. Disponível em: <http://www.contabilidadenatv.com.br/2018/09/em-julho-19-dos-brasileiros-tiveram-credito-negado-ao-tentarem-comprar-a-prazo-apontam-cndlspc-brasil/>. Acesso em: 20 set. 2018.

FEBRABAN. Bancos aprovam novas regras para cheque especial. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3179/pt-br/>. Acesso em: 26 maio. 2018.

FRANÇA, Bruna Simões. O superendividado no direito brasileiro e o Projeto de Lei 3515/15. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19129#_ftn5>. Acesso em: 17 ago. 2018.

GASPARIN, Gabriela. Entenda como a crise de 2008 influenciou a vida dos brasileiros. G1, São Paulo, 15 set. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu- dinheiro/noticia/2011/09/entenda-como-crise-de-2008-influenciou-vida-dos-brasileiros.html>. Acesso em: 19 set. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, v.1, ed Saraiva, 2003.

Inadimplência do consumidor bate recorde e atinge 61,8 milhões, revela Serasa. SERASA, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/inadimplencia-do-consumidor-bate-recorde-e-atinge-618-milhoes-revela-serasa>. Acesso em: 20 set. 2018.

KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. Revista de Direito de Consumidor. São Paulo: RT, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan.-mar. 2008.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 296.

LIMA, Clarissa Costa de. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: RT, 2002.

LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia da Letras, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 671.

MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coord.). O endividamento dos consumidores. Coimbra: Livraria Almeida, 2000. p. 1.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Crédito de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: Marques, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor e Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

MEDINA, Esther. Defensoria pública ajuda pessoas endividadas a sanar finanças. Governo do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 20 fev. 2014. Disponívelem: <http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=1969855>. Acesso em: 26 maio. 2018

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. XI, p.203.

MORAES; Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, ed. 21, 2007.

NETO, André Perin Schimidt. Superendividamento do Consumidor: Conceitos, pressupostos e classificação. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/36-153-1-pb.pdf>. Acesso em: 18 maio. 2018.

OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. Breve estudo da insolvência civil à luz da Jurisprudência do Colendo STJ e de outros Tribunais. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4328>. Acesso em: 21 set. 2018.

PAISANT, Giles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

PAISANT, Giles. El tratamento del sobreendeudamiento de los consumidores em derecho francês. Revista de Direito do Consumidor, n. 42, p. 9-26, abr.-jun. 2002.

RAMOS, João Luís Fausto de Oliveira. Aspectos da execução e a insolvência civil. Monografia – Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil, Universidade Regional de Blumenau, 2001.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, ed. 28, v. 3, 2002, p. 60.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do Consumidor: conceito, pressupostos e classificação. In: MARQUES, Cláudia Lima. Revista de Direito do Consumidor 71. São Paulo: Ed. RT, jul- set 2009, p. 11-12.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. ed. 2, São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, Carlos Alberto. Porque os produtos no Brasil são mais caros do que no exterior? Globo, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/por- que-os-produtos-no-brasil-sao-mais-caros-do-que-no-exterior-11635709>. Acesso em: 26 maio. 2018.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SONCIN, Juliano Miqueletti. O endividame consumidor brasileiro e a ofensa ao princípio da dignidade humana. In: Revi Estudos Jurídicos (Faculdade Maringá), n. 25,jan/jun. 2015. Disponível <http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista>. Acesso em: 13 set. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Insolvência Civil. São Paulo: Forense, 1980.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. Rio de Janeiro: Forense, ed. 4, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, ed. 45, 2010.

TOALDO, Mariângela Machado. Sob o signo do consumo: status, necessidades e estilos. Revista Famecos. Porto Alegre, n.7, p. 89, nov. 1997.Disponível em:<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Q3hHDyF6wm4J:revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/download/2989/2271+&cd=1&hl=pt- BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 26 maio. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 3, p. 600-662, 2017.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? - Spread bancário. IPEA, ano 1. ed. 5, 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2051:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 20 set. 2018

PUNITIVE DAMAGES: ANÁLISE SOBRE A VIABILIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DO INSTITUTO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lorrany Gregório Magalhães

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a viabilidade de aplicação do instituto do *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um estudo comparado. O modelo de responsabilidade civil adotado pelo direito brasileiro tem caráter reparatório e, portanto, é voltado para análise dos danos suportados pela vítima. Desprezando, desta forma, o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, a intencionalidade do agente e a vantagem econômica auferida em decorrência da conduta ilícita. Entretanto, a concepção de que a responsabilidade civil tem o escopo de apenas reparar os danos suportados pela vítima mostra-se insuficiente frente os anseios sociais. Posto que, o modelo reparatório não tem a aptidão de evitar a ocorrência de novos danos e nem moralizar as condutas ilícitas. Sob essa perspectiva, o trabalho sugere um exame da indenização punitiva como forma de adequação da responsabilidade civil aos interesses sociais emergentes.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. *Punitive damages*. Indenização Punitiva.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil ao dispor sobre a responsabilidade civil estipulou que as indenizações decorrentes da prática de ato ilícito estariam adstritas, em regra, ao dano suportado pela vítima. O ordenamento jurídico brasileiro privilegiou, nesse sentido, o caráter exclusivamente reparatório da responsabilidade civil. Entretanto, a opção legislativa pelo caráter puramente reparatório das indenizações, em algumas situações, não se mostra a mais adequada tutela estatal.

A insuficiência do caráter exclusivamente reparatório revela-se frente a ascensão de novos tipos de danos, a exemplo dos morais e transindividuais, que por sua natureza não permitem a restituição completa do status quo ante. Nessa perspectiva, o *punitive damages*, também chamado pelos autores brasileiros de indenização punitiva ou danos punitivos, surge como opção para a devida adequação do atual modelo indenizatório.

Por essas razões, o presente trabalho monográfico optou pelo estudo do instituto do *punitve damages* e suas funções. O que determinou que a pesquisa fosse realizada com objetivo de verificar a possibilidade de aplicação do instituto no ordenamento jurídico pátrio. A análise desta possibilidade foi estudada com o cuidado de se verificar se a adoção do *punitive damages* não afrontaria os princípios do non bis in idem, da vedação ao enriquecimento ilícito e da legalidade.

Nesse sentido, o trabalho monográfico visa verificar a possibilidade de transposição do instituto do *punitive damages* para o ordenamento jurídico brasileiro.

O propósito dessa pesquisa é propiciar um estudo comparativo entre o modelo indenizatório desenvolvido nos Estados Unidos da América e o brasileiro, apresentando perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais. Afim de verificar se a adoção do instituto é possível frente a estrutura jurídica adotada pelo Brasil, em que pese sua origem no sistema de *Common Law* Inglês.

Apesar da origem inglesa do instituto, o presente trabalho optou por analisar e estudar o *punitive damages* atualmente aplicado nos EUA, vez que foi o local em que se desenvolveu e ganhou grande visibilidade.

A fixação de valores indenizatórios expressivos é a principal característica do *punitive damages* e é exatamente esta característica que possibilita ao instituto a assunção de dupla funcionalidade. O instituto visa punir o ofensor pela pratica da ação danosa (*punishment*) e dissuadir este (*specific deterrence*) e outros indivíduos de praticar condutas semelhantes (*general deterrence*).

Nessa perspectiva, indaga-se se a adoção da indenização punitiva é o meio mais adequado para a superação da insuficiência do modelo indenizatório brasileiro e se a adoção do instituto poderia ser feita pelo próprio judiciário, com a consolidação da jurisprudência neste sentido, ou necessitaria de prévia atuação legislativa.

Sob este aspecto, cabe destacar o majoritário entendimento jurisprudencial que o dano moral no Brasil, para além do caráter compensatório, detém o caráter punitivo-pedagógico, ou seja, presta-se a punir o ofensor e ensinar a este e a toda sociedade que condutas similares não serão aceitas. Deste modo, as indenizações por dano moral são quantificadas em único montante que visa compensar, punir e prevenir danos. Contudo, questiona-se a eficácia de tal medida, posto que todas a funções são desempenhadas por um tipo indenizatórios e estão acopladas em único montante.

A metodologia adotada neste estudo corresponde a pesquisas de doutrinas e jurisprudência de tribunais, inclusive estrangeiros, e artigos científicos que apresentam críticas ao modelo de responsabilidade civil atualmente adotado e analisam possíveis soluções. Também foi adotado o método de pesquisa bibliográfica, trazendo conceitos de diversos doutrinadores que escreveram acerca do tema, e suas respectivas legislações, expondo pontos que devem ser alterados visando um sistema de responsabilidade civil mais eficaz e uma segurança social mais ampla.

A pesquisa foi dividida em três capítulos visando a elaboração de um trabalho adequado para atingir os objetivos especificados, conforme descrito.

No capítulo inicial será apresentado um panorama geral do instituto estrangeiro, expondo inicialmente suas funções punitiva e preventiva. Em seguida serão apresentados julgados marcantes para a adoção do *punitive damages* nos Estados Unidos, bem como para o estabelecimento de seus requisitos. Será exposto, ainda, a aplicação do instituto frente a Constituição norte-americana, bem como a limitação constitucional aplicada pela Suprema Corte.

No segundo capítulo será abordado a aplicabilidade do *punitive damages* no Brasil, para tanto apresenta-se, inicialmente, o modelo de responsabilidade civil adotado ordenamento brasileiro, a sua função precípua, bem como a atual aplicação do dano moral pela jurisprudência pátria. Em segundo momento far-se-á a análise das críticas doutrinárias à adoção do instituto, apresentando os principais argumentos expostos pela doutrina.

Por fim, o terceiro capítulo consiste em uma análise de julgados abordando casos concretos relacionados com a temática. Serão apresentados julgados a respeito da adoção da indenização punitiva pelo ordenamento brasileiro. No primeiro julgado o Tribunal entendeu pela possibilidade e necessidade da aplicação da função punitiva no arbitramento da indenização, enquanto no segundo entendeu ser impossível a adoção da indenização punitiva frente o modelo constitucional vigente.

2 PUNITIVE DAMAGES

Punitive damages ou *exemplary damages* é um instituto de direito civil que tem origem no *common law*, na Inglaterra, mas seu desenvolvimento e destaque ocorreu nos Estados Unidos na metade do século XX quando ficou amplamente conhecido e encontrou fértil área de aplicação.[1] O *punitive damages* consiste na indenização pecuniária concedida judicialmente em montante expressivamente maior ao necessário à reparação do dano sofrido por um indivíduo. [2]

A primeira aplicação prática do instituto ocorreu no emblemático julgamento *Wilkes vs. Wood* no ano de 1763 na Inglaterra. John Wilkes, membro do parlamento inglês, foi preso por imprimir panfletos anônimos criticando o rei. A prisão foi considerada abusiva, pois foi realizada por meio de um mandado de prisão geral.[3] O tribunal decidiu que essa modalidade de mandado é subversiva à liberdade

[1] MAYO, Jorge A. e CROVI, Luis Daniel. Penas civiles y daños punitivos. *Revista de derecho de daños*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2011. p.9.
[2] ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral e Indenização Punitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 186.
[3] WILKES V. Wood (1763) - *The Founders' Constitution* 1763. Disponível em: <http://library.intellectualtakeout.org/library/primary-sources/wilkes-v-wood-1763?library_node=103414>. Acesso em: 07 de maio 2018.

individual e impôs uma indenização em montante superior ao dano efetivamente sofrido, uma vez que valores irrisórios não teriam a aptidão de desestimular condutas semelhantes.[4]

O instituto ganhou força e visibilidade com seu desenvolvimento nos Estados Unidos, território em que foi amplamente discutido e aplicado pela jurisprudência desde 1935. O primeiro caso judicial decidido por uma corte norte-americana se deu no século XVIII no caso *Genay vs. Norris.* Norris, médico foi condenado por colocar um veneno na bebida do seu oponente em um duelo pessoal, o que provocou severas dores a vítima. A Corte entendeu que a conduta do ofensor foi maliciosa e extremamente grave e por isso deveria ser punida exemplarmente.[5]

A passagem da forma de Estado confederativa para federativa nos Estados Unidos da América permite que cada estado membro tenha autonomia legislativa, judicial e administrativa. [6] Neste sentido, a *common law* e os códigos variam de estado para estado, motivo pelo qual cinco do estados norte-americanos não adotam os *punitive damages*: *Nebraska, Washington, Michigan, Massachussets e Louisiana.*[7]

Os *punitive damages* assumem formas variadas nos Estados norte-americanos, porém todas baseadas na disposição do § 908 do *Restatement of Torts*, produzido pelo *American Law Institute* que define o instituto como: *"*Indenizações, além das compensatórias ou nominais, contra uma pessoa para puni-lo por sua

[4] GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro: Punitive damages under the Brazilian law. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, v. 105, n. 964, p. 191-214, fev. 2016.

[5] CAMARGO, Paulo Sergio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo*: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos. São Paulo: Almedina, 2016.

[6] BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018.

[7] LOURENÇO, Pula Meira. *A indenização Punitiva e os critérios para sua determinação*. Disponível em: <www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

conduta ultrajante e impedir que ele, e outros como ele, se comportem de maneira semelhante no futuro".[8]

A indenização punitiva, nos estados adeptos, pode ser concedida ao demandante em uma ação civil se o julgador concluir que a conduta do réu é particularmente grave ou intencional. Destina-se a punir o agente por sua conduta lesiva e a impedir futuras más condutas da mesma natureza. Alguns doutrinadores descreveram a indenização punitiva como sanção "quase criminal", tendo em vista que seus propósitos são semelhantes aos da punição criminal, embora sejam impostos pelo sistema civil. [9]

A indenização a título de *punitive damages* é estabelecida de forma autônoma do *compensatory damages*, indenização compensatória que visa recompor o dano suportado pela vítima do ato lesivo, [10] e tem como foco o agente ofensor e sua conduta ilícita manifestamente grave.[11]O instituto tem como escopo punir o ofensor pela conduta ultrajante com a imposição de uma pena pecuniária (*punishment*) e dissuadir este (*specific deterrence*) e outros indivíduos da sociedade de praticar condutas similares (*general deterrence*).[12]

2.1 Funções dos *Punitive Damages*

Os *punitive damages* apresentam uma variedade de funções tanto para o demandante individual quanto para a sociedade. A doutrina afirma, geralmente, que suas funções precípuas são a punição do ofensor e a dissuasão de condutas

[8] C. Caldwell Herget Huckabay,The Insurability of Punitive Damages in Louisiana, 48 La. L. Rev. (1988), p. 1168. Dsponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol48/iss5/6>. Acesso em: 07 de maio de 18. Tradução livre de: "damages, other than compensatory or nominal damages, award against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future.'

[9] MORGAN, Fred; BOEDECKER, Karl. "Punitive Damages after BMW v. Gore (1996)," Journal of Public Policy & Marketing, 16 (Spring), 163-172. 1997. Disponível em: <https://repository.usfca.edu/elib/4/>. Acesso em: 07 de maio 2018.

[10] OWEN, David G. A *Punitive Damages Overview*: Functions, Problems and Reform. 39 Vill. L. Rev. 363 (1994). Disponível em: <http://digitalcommnslaw.villanova.edu/vlr>. Acesso em: 07 maio 2018.

[11] CARNEIRO, Lucas Nascimento. *A presença dos punitive damages no direito brasileiro*: uma análise de sua aplicabilidade e implicações. 98 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), Brasília – DF, 2015.

[12] OWEN, David G. A *Punitive Damages Overview*: Functions, Problems and Reform. 39 Vill. L. Rev. 363 (1994). Disponível em: <http://digitalcommnslaw.villanova.edu/vlr>. Acesso em: 07 maio 2018.

semelhantes no futuro. Nesse sentido, optou-se por discorrer acerca destas para os fins do presente trabalho.[13]

Ressalta-se que os valores arbitrados em decorrência destas funcionalidades não substituem a aplicação da parcela compensatória. Mas são complementos desta e, portanto, sua aplicação é concomitante, devendo cada valor estar discriminado de forma clara, não podendo haver uma conjugação.[14]

2.1.1 Função Punitiva – Punishment

A função punitiva tem visivelmente um caráter retributivo em face de uma conduta lesiva. Remete-se a sancionar os ilícitos civis visivelmente gravosos, apontados pela doutrina como quase criminais, decorrentes de condutas praticadas de forma intencional, maliciosa ou gravemente culposa.[15]

A finalidade repressiva é uma resposta jurídica do Estado frente uma conduta com elevado grau de reprovabilidade para demostrar ao ofensor que sua conduta não será tolerada. O Estado fica encarregado de realizar, de forma adequada, o anseio da vítima em ver seu ofensor punido pelo mal que lhe fez, e repreende-lo pelo desequilíbrio social causado, assegurando a pacificidade social.[16]

As regras que regulam a convivência das pessoas em sociedade e os limites de suas respectivas esferas de liberdade são notadamente fundamentos para instituto. Os danos punitivos sancionam o comportamento impróprio do ofensor, de maneira que serve para informar a ele e à sociedade como um todo que o bem jurídico não

[13] ROMERO, Leo M. *Punishment for Ecological Disasters:* Punitive Damages and/or Criminal Sanctions, 7 University of St. Thomas Law Journal 154 (2009). Disponível em: <http://digitalrepository.unm.edu/law_facultyscholarship/236>. Acesso em 25 maio 2018.

[14] MICHAEL H. Whitehill, Taylor v. Superior Court: *Punitive Damages for Nondeliberate Torts*--The Drunk Driving Context, 68 Cal. L. Rev. 911 (1980). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol68/iss4/14>.Acesso em 25 maio 2018.

[15] OWEN, David. G, Punitive Damages in Products Liability, in *Michigan Law Review*, vol. 74, 1976, p. 126. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2040&context=law_facpub>. Acesso em: 31 maio 2018.

[16] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 96.

está apenas previsto, como também protegido firmemente pela lei. Essa forma de punição expressa a desaprovação da conduta que desequilibra o bem-estar social. Além disso, reafirma o compromisso da sociedade em manter seus padrões morais e legais.[17]

A indenização punitiva minimiza a dicotomia tradicionalmente existente entre os ramos do direito civil e penal, pois a função punitiva atribuída ao instituto muito se assemelha à punição presente no Direito Penal. A similitude está essencialmente na imposição de sanções mais severas adequadas à gravidade da conduta ofensora e à lesão provocada aos valores sociais. Desta forma, tutelando tanto individualmente a vítima quanto coletivamente a sociedade.[18]

2.1.2 Função Preventiva – Deterrence

A punição satisfaz as necessidades individuais e a necessidade de vingança da sociedade em seu papel retributivo, e, portanto, serve para retificar alguns dos efeitos negativos da má conduta anterior. Mas talvez o predominante propósito da maioria das punições, incluindo danos punitivos, é a dissuasão de más condutas semelhantes no futuro. O desestímulo é direcionado ao agente causador do dano (prevenção específica) e a qualquer indivíduo integrante da sociedade (prevenção geral).[19]

A função preventiva ou dissuasória ganha especial relevância diante da emergência de novos danos sociais, morais e coletivos, que por sua natureza não permitem a restituição completa do *status quo ante*. Desta maneira, prevenir a ocorrência deste tipo de dano é a melhor tutela que o Estado pode oferecer à

[17] OWEN, David. G, Punitive Damages in Products Liability, in *Michigan Law Review*, vol. 74, 1976, p. 128. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2040&context=law_facpub>. Acesso em: 31 maio 2018.

[18] SERPA, Pedro ricardo e. *Indenização punitiva*. 2011. 387 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 46. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/tesesdisponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>. Acesso em: 25 maior 2018, p. 48.

[19] DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 765-817, maio 2016. p. 768. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511>. Acesso em: 26 maio 2018.

sociedade.[20] Não se pretende afirmar que a função preventiva tem a aptidão de extinguir os riscos de danos, mas sim de minimizá-los na medida em que coíbe os indivíduos de praticar ações gravemente reprováveis e possíveis geradoras de danos.[21]

Sob a ótica da análise econômica, com enfoque nas relações consumeristas, a função meramente reparatória também se monstra insuficiente, pois os valores decorrentes desta funcionalidade indenizatória são extremante irrisórios frente aos ganhos empresariais. Logo, os empresários verificam ser mais vantajoso reincidir nas práticas lesivas do que tomar medidas para evitá-las.[22]

Por essa razão, a solução jurídica e econômica para tal fato seria a imposição de indenizações mais voluptuosas que distinguisse a parcela compensatória e punitiva, a fim de que os ofensores vislumbrem a sua punição e, por conseguinte, verifiquem ser economicamente mais favorável evitar condutas causadoras de danos do que praticá-las.[23]

O efeito preventivo incide sobre dois aspectos, o individual direcionado ao causador do dano a fim de que este não reincida na conduta lesiva e o geral direcionado a todos os indivíduos para que não pratiquem condutas semelhantes àquelas punidas. O efeito preventivo geral é baseado na conscientização da sociedade de que a pratica de condutas causadoras de danos não é vantajosa e por isso devem ser evitadas.[24]

A função preventiva é uma medida prévia e posterior ao dano, uma vez que se procura evitar a ocorrência deste e, caso ocorra, educar o agente que cometeu o

[20] LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 77.
[21] LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 77.
[22] MEURKENS, Lotte (Ed.); NORDIN, Emily (Ed.). *The Punitive Damages Debate in Continental Europe*: Food for thought, in Punitive Damages: is Euroupe Missing Out?. Cambridge: Intersentia, 2012. p. 98.
[23] MEURKENS, Lotte (Ed.); NORDIN, Emily (Ed.). *The Punitive Damages Debate in Continental Europe*: Food for thought, in Punitive Damages: is Euroupe Missing Out?. Cambridge: Intersentia, 2012. p. 98.
[24] LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil*: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012. p.128.

dano para que não volte a praticar a conduta lesiva.[25] Nessa perspectiva, "a função punitiva da responsabilidade civil é um caminho de atuação da função preventiva, podendo-se falar de função punitivo-preventiva".[26]

2.2 Julgados Marcantes

O sistema jurídico norte-americano é originário da *commom law*, que se fundamenta na regra dos precedentes, *Doctrine of Precedentes*, significa que decisões das cortes de apelação se consubstanciam na principal fonte do Direito estadunidense, apesar da existência de leis e normas que integram o ordenamento jurídico.[27]

Fundamenta-se, ainda, na regra dos *stare decisis*, a qual exige que os magistrados profiram decisões iguais para os mesmos problemas, ou seja, estão vinculados a um precedente. Apesar desta vinculação, existem duas hipóteses , nomeadas de *distinguish* e *overruling*, em que se é autorizado proferir decisões diversas do precedente. *Distinguish* é a constatação de elementos distintos entre o caso concreto em análise e o caso objeto do precedente, a qual permite ao juiz decidir de forma diversa e não adotar o precedente. *Overruling* é a superação de um entendimento já consolidado no tribunal, ou seja, é a evolução no entendimento jurisprudencial.[28]

Faz-se necessária, deste modo, a análise de julgados marcantes sobre a temática para a adequada elucidação dos requisitos estabelecidos para aplicação dos *punitve damages*, bem como o procedimento judicial adotado para concessão deste tipo indenizatório.

---

[25] LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil:* de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012. p.128.

[26] DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 765-817, maio 2016. p. 775. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511>. Acesso em: 26 maio 2018.

[27] MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes Obrigatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 4. Ed, 2015, p. 37.

[28] DAINOW, Joseph. The civil law and common law: some poins of comparison. *The American Journal of Comparative Law*, *Berkeley*, v. 15, n. 3, p. 419-435, 1966. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/838275?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 30 maio 2018.

2.2.1 Grimshaw x Ford Motor Co

O caso mais emblemático de indenização com finalidade punitiva é o *Grimshaw v. Ford Motor Co*. Este caso tem como pano de fundo um defeito no veículo *Ford Pinto*, que apesar de ser conhecido não foi devidamente corrigido, pois em uma análise econômica produzida pela empresa constatou-se que os custos pelo reparo do defeito seriam muito superiores aos valores indenizatórios provenientes de futuras ações judiciais.[29]

O defeito era decorrente da localização do tanque de combustível do automóvel, uma vez que a empresa decidiu que a localização do tanque seria na parte posterior do veículo para que economizassem alguns *cents*. Entretanto, o local do tanque fazia com que os automóveis se incendiassem com qualquer colisão traseira a partir de 10 Km/h, gerando uma combustão do combustível inflável armazenado.[30]

Em decorrência do defeito do automóvel, o veículo que transportava dois integrantes da família *Grimshaw* pegou fogo, fato que acarretou a morte de um dos seus passageiros e feriu o outro gravemente. Tendo em vista a situação fática, a empresa *Ford Motors Co*. foi condenada a pagar U$2.516.00 ao passageiro sobrevivente e aos herdeiros do falecido a quantia de U$ 559,680 a título de indenização compensatória.[31]

Verificou-se, por meio da oitiva dos engenheiros responsáveis pelo projeto do *Ford Pinto*, que a empresa tinha ciência dos defeitos do automóvel por meio da realização de testes de colisão. Entretanto optou-se por prosseguir com a fabricação. A decisão da administração foi baseada na economia de custos para impedir o

[29] FERRO, Thania Maria Bastos Lima. A função da punitiva da responsabilidade civil em acidentes de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.
[30] TAMURA, Acting P. J. Grimshaw v. Ford Motor Co. (1981). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>. Acesso em: 29 maio 2018.
[31] BAR-GILL, Oren. Grimshaw v. Ford Motor Co. p. 378. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5596>. Acesso em: 29 maio 2018.

aumento do custo, que seria decorrente das correções necessárias, bem como o atraso do lançamento.[32]

A corte considerou a conduta da empresa gravemente ultrajante e imprudente, principalmente pelo fato da lesão ser decorrente de interesses econômicos, motivo determinante para a condenação da empresa ao pagamento de U$ 125 milhões de dólares a título de indenização punitiva, *punitive damages*. A condenação foi baseada em robusto lastro probatório produzido em diversas seções de julgamento que confirmou a reprovabilidade da conduta adotada.[33]

Ressalta-se que posteriormente o montante a título de *punitive damages* foi reduzido pela Corte de Apelação da Califórnia para U$ 3,5 milhões. A redução teve como base a análise do percentual correspondente da indenização sobre o patrimônio e lucros auferidos pela empresa. A corte entendeu que a atenuação do valor indenizatório era necessária, em virtude da razoabilidade, mas que não poderia prejudicar à função punitiva-pedagógica desempenhada pelo instituto.[34]

2.2.2 Texaco x Pennzoil

Em breve síntese, o caso em análise se trata de uma fraude concorrencial entre as empresas partes do processo e caracteriza-se como uma das maiores condenações à título de indenização punitiva nos Estados Unidos.[35]

A *Pennzoil*, empresa petrolífera de grande porte, mantinha tratativas de um acordo com a *Getty Oil* para a fusão das duas empresas, em que a *Pennzoil* pagaria cento e dez dólares por ação da outra empresa. Aprovada atrativa entre as empresas, houve a divulgação do acordo firmado. Diante da divulgação a *Texaco*, grande

[32] TAMURA, Acting P. J. *Grimshaw v. Ford Motor Co. (1981).* Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>. Acesso em: 29 maio 2018.
[33] BAR-GILL, Oren. *Grimshaw v. Ford Motor Co.* p. 378. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5596>. Acesso em: 29 maio 2018.
[34] FERRO, Thania Maria Bastos Lima. *A função da punitiva da responsabilidade civil em acidentes de trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
[35] MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. *Revista CEJ*, v. 9 n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.

concorrente da *Pennzoil*, iniciou tratativas secretas com os acionistas da *Getty Oil* e formalizou acordo paralelo ao existente de aquisição da empresa petrolífera.[36]

A *Pennzoil* ingressou judicialmente contra a *Texaco* com uma ação de responsabilização civil pela forma ilícita que a empresa agiu. O pleito foi deferido e a Texaco foi condenada ao pagamento de um bilhão de dólares a título de *punitive damages* em razão da interferência que provocou nas tratativas já pré-estabelecidas e divulgadas, fazendo com que o primeiro acordo anunciado não se concretizasse.[37]

A corte ainda entendeu que um acordo informal pode ser vinculante, mesmo que, apenas posteriormente, as partes contemplem seu acordo em um documento formal e que as promessas das partes eram claras o suficiente para o tribunal reconhecer uma violação e determinar os danos resultantes dessa violação.[38]

2.3 Pressupostos do Instituto

As características do instituto, bem como seus pressupostos foram firmados pela própria jurisprudência norte-americana. As cortes e juízes dos estados apesar de apresentarem autonomia jurisdicional, têm critérios comuns para aplicação no caso concreto dos *punitives damages*, quais sejam a verificação do grau de reprovabilidade na conduta do ofensor e a obtenção de lucro decorrente da ofensa.[39]

2.3.1 Reprovabilidade da Conduta do ofensor

No instituto dos *punitive damages* o ponto focal de exame é a conduta do agente e o seu grau de culpa na ocorrência do evento danoso, diferente da análise

[36] MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. *Revista CEJ*, v. 9 n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.
[37] TEXACO, Inc. V. Pennzoil, CO. Disponível em: <https://www.casebriefs.com/blog/law/contracts/contracts-keyed-to-calamari/the-agreement-process/texaco-inc-v-pennzoil-co/>. Acesso em: 30 maio 2018.
[38] PENNZOIL V, Texaco, Inc., 481 U.S (1987). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/1/case.html>. Acesso em: 30 maio 2018.
[39] FERRO, Thania Maria Bastos Lima. *A função da punitiva da responsabilidade civil em acidentes de trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

realizada para o arbitramento das indenizações compensatórias, que foca na extensão do dano suportado pela vítima e na compensação ou recomposição do dano.

O instituto do *punitive damages* se destina a sancionar os ofensores que praticaram a conduta lesiva de forma intencional, dolosa, com culpa grave ou exacerbado desprezo pela dor da vítima. Logo, o elemento subjetivo do ofensor determina a aplicação ou não da indenização de cunho punitiva e o grau de reprovabilidade da conduta a extensão dos *punitive damages*.[40]

O instituto privilegia a boa-fé objetiva dos indivíduos e busca punir condutas que se mostrem gravemente reprováveis.[41] Desta forma, mesmo que a vítima sofra apenas um dano mínimo, a má conduta pode ser base para a concessão de indenizações punitivas, desde que o autor prove que a conduta foi intencionalmente prejudicial ou gravemente negligente ou imprudente.[42]

O júri de *New York* é instruído a conceder *punitive damages* quando a conduta for deliberadamente maliciosa, beirando a criminalidade.[43] O art. 278, §2º da *New York Pattern Jury Instruction* dispõe que um ato é malicioso quando é praticado com conhecimento dos direitos da vítima, e com a intenção deliberada de interferir nesses direitos, e um ato é arbitrário e imprudente quando o ofensor demonstra indiferença e completa desconsideração dos efeitos de sua conduta sobre a saúde, a segurança e os direitos dos outros indivíduos.[44]

Os *punitive damages* , em regra, são concedidos em razão de danos ocorridos em relações extracontratuais, mas excepcionalmente podem ser concedidos nas

[40] MICHAEL H. Whitehill, Taylor v. Superior Court: Punitive Damages for Nondeliberate Torts--The Drunk Driving Context, 68 Cal. L. Rev. 911 (1980). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol68/iss4/14>. Acesso em 07 de maio 2018.

[41] FIDLER v. Sun Life Assurance Co. of Canada. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2303/index.do>. Acesso em 07 de maio 2018.

[42] IN RE BAKER , 18 BR 243, 245 (Bankr. WDNY 1982). Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1848405/in-re-baker/>. Acesso em: 30 maio 2018.

[43] MORETTI, Mark J. Top 10: Top 10 points on punitive damages. *The Daily Record*, 2012. Disponível em: <https://nydailyrecord.com/2012/08/06/top-10-top-10-points-on-punitive-damages/>. Acesso em 07 de maio 2018.

[44] NEW YORK *Southern District Court Case No. 1:00-cv-01898 In Re: Methyl Tertiary Butyl Ether ("MTBE") Products Liability Litigation Document* 2579. Disponível em: <www.plainsite.org/dockets/download.html?id=25383114&z=1dff666a>. Acesso em: 30 maio 2018.

relações contratuais, se o autor demonstrar: (1) que a conduta do réu é considerada como um ato ilícito independente; (2) a conduta tortuosa é de natureza notória; (3) a conduta notória é dirigida ao demandante; (4) a conduta do réu indiretamente atinge a sociedade em geral.[45]

2.3.2 Obtenção de lucro ilícito

Na indenização reparatória ou compensatória o valor é estipulado em razão do dano suportado pela vítima, não havendo análise da vantagem auferida pelo ofensor com a pratica da conduta delituosa. Entretanto, para a indenização punitiva a obtenção de lucro, no caso ilícito, é um dos pressupostos para sua verificação.[46]

Desprezar a análise do lucro ilicitamente obtido pelo ofensor é um modo de incentivo à condutas semelhantes, uma vez que as indenizações compensatórias podem ter valores ínfimos quando comparadas aos proveitos econômicos obtidos pelo ofensor. Desta forma, é inadmissível que a lucratividade prevaleça sobre a dignidade das vítimas e, portanto, sancionar tais condutas se mostra a forma mais adequada para evitar a obtenção de lucros ilícitos decorrentes de condutas lesivas.[47]

A obtenção de lucro é um pressuposto analisado de forma independente, pois quando verificado é capaz de ensejar a condenação a título de *punitive damages*, independentemente da reprovabilidade da conduta ofensora. Trata-se, ainda, de um pressuposto dispensável, pois a indenização punitiva pode ser concedida com a

[45] Conocophillips v. 261 E. Merrick Rd. Corp., 428 F.Supp.2d 111, 129 (EDNY 2006). Disponivel em: < https://www.courtlistener.com/opinion/2524979/conocophillips-v-261-east-merrick-road-corp/>. Acesso em: 30 maio 2018.

[46] FERRO, Thania Maria Bastos Lima. A função da punitiva da responsabilidade civil em acidentes de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

[47] REZENDE, Lucas Levi Correia. Indenização punitiva: uma análise acerca do "punitive damages" e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://lucaslcrezende.jusbrasil.com.br/artigos/112312440/indenizacao-punitiva-uma-analise-acerca-do-punitive-damages-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 30 maio 2018.

simples verificação da conduta intencional, dolosa, gravemente culposa ou ultrajante.[48]

Ressalte-se que a verificação dos dois pressupostos de forma concomitante eleva o grau de reprovabilidade da conduta e constitui um robusto lastro probatório que aumenta a probabilidade de condenação do ofensor ao pagamento de danos punitivos, além de ocasionar o aumento do valor indenizatório.[49]

2.4 A Constituição norte-americana e os *Punitive Damages*

2.4.1 Danos Punitivos Constitucionais

O primeiro grande caso que a Suprema Corte norte-americana determinou a constitucionalidade dos danos punitivos foi em 1989, no julgamento do caso *Browning-Ferris v. Kelco*. Nesse caso, a Corte considerou que a Oitava Emenda da Constituição, que veda a exigência de fianças exageradas e a imposição de multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns, não se aplica a indenizações por danos em ações civis em que os Estados Unidos não são parte.[50]

O júri, no caso *Browning-Ferris*, concedeu à demandante, *Kelco Disposal*, mais de US $ 51.000 em indenizações compensatórias e mais de US $ 6 milhões em indenizações punitivas contra a Browning-Ferris Industries por se engajar em práticas comerciais desleais. A Browning-Ferris recorreu da decisão do Tribunal de Apelações dos EUA e a Suprema Corte decidiu pela inaplicabilidade da cláusula oitava emenda nas ações civis nos quais os Estados Unidos não são parte.[51]

---

[48] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. Rio de Janeiro: TJRJ.JUS, 2008. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em 30 set. 2018.

[49] BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018.

[50] BROWNING-Ferris Industries v. Kelco Disposal. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/492/257.html>. Acesso em: 02 maio 2018.

[51] BROWNING-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1988/88-556>. Acesso em: 29 maio 2018.

A Suprema Corte decidiu que a Cláusula de Multas Excessivas não se aplica a casos civis, mas recusou-se a analisar se a sentença punitiva era excessiva a luz da Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda, pois a Browning-Ferris não alegou essa questão no julgamento.[52]

2.4.2 Limitação Constitucional

Os *punitive damages* se desenvolveram rapidamente no ordenamento jurídico norte-americano e ocuparam grande destaque dentre os institutos de direito civil. O instituto se apresentou como uma excelente ferramenta para coibir certas condutas habitualmente praticadas, principalmente por grandes empresas. Entretanto, verificou-se grande quantidade de críticas as cortes americanas pelos valores arbitrados, sendo considerados verdadeiros abusos jurisprudenciais.[53]

A Suprema Corte Norte-Americana e as Cortes de apelação estaduais começaram, tendo em vista tais críticas, a intervir nos valores fixados pelo júri, aplicando a Constituição, as leis estaduais e as recomendações doutrinárias para redução do montante indenizatório. Cabe esclarecer que nos Estados Unidos a verificação, bem com a fixação dos valores indenizatórios a título de *punitive damages* são poderes discricionários do júri.[54]

2.4.2.1 Due Process Clause

O *Due Process Clause* pode ser traduzido como cláusula do devido processo legal e sua primeira previsão foi por meio da 5ª emenda à Constituição norte-americana, a qual assegura aos cidadãos estadunidenses o direito ao devido processo legal para restrições de vida, liberdades ou patrimônio em processos criminais. A 14ª

[52] KEMP, David S. *The Constitution and Punitive Damages*: *A Ten-Year Anniversary Discussion of State Farm v. Campbell*. *Veridct Justia*, 2013. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2013/04/08/the-constitution-and-punitive-damages>. Acesso em 30 maio 2018.

[53] COTCHETT, Joseph W.; MOLUMPHY, Mark C. *Punitive Damages*: How Munch is Enough?. Cotchett Pitre & McCarthy LLP, 2007. Disponível em: <https://www.cpmlegal.com/news-publications-Punitive_Damages_How_Much_Is_Enough.html>. Acesso em 29 maio 2018.

[54] MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. *Revista CEJ*, v. 9 n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.

emenda, seção 1 de 1868 ampliou esse direito a qualquer processo, portanto, o devido processo legal também é aplicado aos processos cíveis.[55]

Diante da ampliação do âmbito de incidência do devido processo legal a Suprema Corte Norte Americana, no julgamento do caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. vs. Haslip*, entendeu que as indenizações punitivas devem respeitar o devido processo legal e afirmou que a simples concessão ou quantificação dos danos não violam por si só a 14ª emenda.[56]

A Corte em 1993, no caso *TXO Production Corp.* contra a *Alliance Resources Corp.*Corte se recusou explicitamente a estabelecer uma linha clara entre premiações punitivas constitucionalmente aceitáveis e inaceitáveis, mas reconheceu que a razoabilidade era uma consideração ao traçar essa linha.[57]

A Suprema Corte, no entanto, fez essa delimitação em uma das decisões mais citadas e amplamente conhecidas sobre danos punitivos, da *BMW da América do Norte Inc. v. Gore*. No caso em tela, Gore comprou um automóvel novo BMW de um revendedor autorizado do Alabama e posteriormente descobriu que o carro havia sido repintado. Gore ajuizou ação de indenização compensatória e punitiva contra o distribuidor americano da BMW, alegando que a falha em divulgar a repintura constituía fraude sob a lei do Alabama.[58]

A BMW reconheceu, no julgamento, que seguiu uma política nacional de aconselhar seus revendedores a não informar aos clientes a respeito de danos pré-entrega a novos carros quando o custo do conserto não excedesse 3% do preço de varejo sugerido do carro. O júri proferiu veredicto condenando a BMW ao

[55] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of* 1787. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/USA/usa1787.html>. Acesso em: 30 maio 2018.
[56] MUTUAL Life Insurance Co. V. Haslip et al. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1279.ZS.html>. Acesso em: 30 maio 2018.
[57] TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.,509 U.S. 443 (1993). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/443/case.html>. Acesso em: 30 maio 2018.
[58] KEMP, David S. The Constitution and Punitive Damages: A Ten-Year Anniversary Discussion of State Farm v. Campbell. *Veridct Justia*, 2013. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2013/04/08/the-constitution-and-punitive-damages>. Acesso em 30 maio 2018.

pagamento de indenização compensatória de US $ 4.000 e punitiva de US $ 4 milhões.[59]

A Corte do Alabama, em sede de moção, reduziu a indenização punitiva para US $ 2 milhões alegando que, ao computar o montante, o júri havia indevidamente multiplicado os danos compensatórios da Gore pelo número de vendas similares em todos os estados, não apenas aqueles no Alabama.[60]

Entretanto, a Suprema Corte norte-americana cassou a decisão que concedia danos punitivos por entender que o prêmio de indenização punitiva no valor de US $ 2 milhões era grosseiramente excessivo e, portanto, excede o limite constitucional.[61] A corte estabeleceu no referido julgamento uma diretriz composta por três critérios para determinar se uma indenização punitiva é constitucional: (I) a Reprovabilidade da conduta do réu (II) a relação proporcional entre danos punitivos e danos compensatórios e (III) a razoabilidade entre extensão da punição e as demais sanções, penais ou civis, passíveis de serem aplicadas a mesma conduta.[62]

A última limitação imposta pela Suprema Corte sob o fundamento do *due process clause* foi estabelecida em 2006, no julgamento *Phillip Morris USA v Williams.* A Corte entendeu que o júri ao conceder *punitive damages* deve considerar apenas os prejuízos suportados pelo o autor da ação e não por terceiros. Uma vez que, um indivíduo não é sujeito legitimo para pleitear indenizações em nome de outros.[63]

3 APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO BRASIL

[59] BMW da América do Norte, Inc. v. Gore, 517 EUA 559 (1996). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.html>. Acesso em 30 maio 2018

[60] BMW da América do Norte, Inc. v. Gore, 517 EUA 559 (1996). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.html>. Acesso em 30 maio 2018

[61] BMW da América do Norte, Inc. v. Gore, 517 EUA 559 (1996). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.html>. Acesso em 30 maio 2018

[62] KEMP, David S. The Constitution and Punitive Damages: A Ten-Year Anniversary Discussion of State Farm v. Campbell. *Veridct Justia*, 2013. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2013/04/08/the-constitution-and-punitive-damages>. Acesso em 30 maio 2018.

[63] Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/346/opinion.html>. Acesso em 30 maio 2018

3.1 Análise Comparativa

A análise comparativa entre institutos jurídicos comporta duas modalidades: macro comparação e micro comparação. A macro comparação é o exame de dois ou mais sistemas jurídicos de diferentes países, evidenciando as semelhanças e divergências existentes entre eles. Enquanto a micro comparação caracteriza-se por uma delimitação da modalidade anterior, vez que o cotejo é realizado entre institutos jurídicos de ordenamentos distintos.[64]

O método comparativo será aplicado entre os institutos dos *punitive damages* norte-americano e da reponsabilidade civil brasileira. A fim de analisar a possibilidade de transposição do instituo estrangeiro para o sistema jurídico nacional. A análise propiciada pelo Direito Comparado apresenta algumas funções dentre as quais três mostram-se mais relevantes para a presente pesquisa.[65]

A primeira finalidade é a produção pelo jurista, por intermédio do conhecimento das normas estrangeiras, de novos métodos para solução de litígios. A segunda função é direcionada ao legislador, posto que a compreensão de leis de origem estrangeira auxilia na adequada produção legislativa. A terceira função do direito comparado é contribuir para a interpretação do direito pátrio.[66]

A sociedade, principalmente na contemporaneidade, é caracterizada por sua mutabilidade e constante evolução, entretanto o direito, como instrumento regulatório, não consegue acompanhar o mesmo padrão evolutivo.[67] A análise

[64] OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009/69619>. Acesso em: 31 maio 2018.

[65] SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

[66] HORBACH, Carlos Bastide. O Direito Comparado no STF: Internacionalização da Jurisdição Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-21, nov. 2015.

[67] SILVA, Cristiane Vieira de Mello e. Alves, Domitila Duarte. Reflexões Sobre Sociedade e Direito. *Revista Científica Semana Acadêmica*, Fortaleza, n. 30, jun./jul. 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/reflexoes-sobre-sociedade-e-direito>. Acessado em: 01/06/2018.

comparativa revela-se um método apto a apresentar novas tendências do direito para evolução, atualização e expansão do conhecimento jurídico.[68]

O correto exercício da funcionalidade da análise comparativa deve ser balizado por alguns preceitos, dentre estes dois são amplamente difundidos. A utilização dessa análise somente se justifica pela necessidade de preencher lacunas e o resultado encontrado deve ser consoante ao sistema jurídico interno.[69]

A insuficiência do modelo reparatório atualmente adotado pelo sistema jurídico brasileiro conjuntamente com a inexistência previsão legal das indenizações punitivas revela uma lacuna a ser preenchida no Direito brasileiro. Para a adequada utilização da análise comparativa faz-se necessária a elucidação do instituto da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, a fim de que se verifique a possibilidade ou não da transposição dos *punitive damages*.

3.2 A responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro

A responsabilidade civil é dever jurídico sucessivo decorrente do descumprimento de um dever preexistente de natureza contratual ou extracontratual. A aplicação do instituto é tradicionalmente condicionada à verificação concomitante de três requisitos: conduta, dano e nexo de causalidade e tem por função precípua reestabelecer o status quo ante da vítima do evento danoso atrelada apenas ao paradigma reparatório.[70]

O Código Civil Brasileiro, CC, ao disciplinar a responsabilidade civil extracontratual estabeleceu como regra geral a responsabilidade subjetiva, ou seja, a derivada de conduta culposa, dolo ou culpa. A conduta culposa do ofensor é elemento que deve ser provado pela vítima para a configuração da obrigação de

[68] TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A crescente importância do Direito Comparado. *Revista Brasileiro de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 155-188, jul./dez. 2000. Disponível em: <www.idclb.com.br/revistas/19/revista19%20(15).pdf>. Acessado em: 01/06/2018.

[69] HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-21, nov. 2015.

[70] ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos*: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

indenizar. A responsabilidade extracontratual é extraída da leitura conjunta dos artigos 186 e 927 do CC e decorre do descumprimento do dever jurídico originário de não lesar e consubstancia-se no dever de reparar o dano causado.[71]

O legislador inseriu no Código Civil a cláusula geral da responsabilidade objetiva, no parágrafo único do art. 927, a qual estabelece que "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".[72]

A responsabilidade subjetiva e objetiva são modalidades de responsabilidade civil, ambas balizadas pelo paradigma reparatório das indenizações.[73] O qual estipula que as indenizações são quantificadas pela amplitude do dano causado, havendo possibilidade de redução do quantum indenizatório quando "verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano".[74]

3.2.1 Função Reparatória

A função reparatória é característica tradicionalmente atribuída ao instituto da responsabilidade civil e consiste na obrigação imposta ao ofensor de reestabelecer a vítima ao estado que se encontrava anteriormente a pratica da ofensa por meio de uma indenização.[75] A indenização pode ser decorrente de danos materiais, economicamente auferíveis, sujeitos a reparação ou de danos morais, caracterizados pela impossibilidade de valoração econômica, sujeitos a compensação.[76]

---

[71] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
[72] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06. nov. 2017.
[73] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06. nov. 2017.
[74] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06. nov. 2017
[75] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.14.
[76] MORAIS, Monica Simone de. Danos morais e danos materiais - você sabe quando tem direito?. *Conteúdo Jurídico*, Brasília: 07 nov. 2009. Disponível em:

Afirma-se, doutrinariamente, que o ordenamento jurídico brasileiro privilegia a função reparatória, tendo em vista a redação do artigo 944 do CC que dispõe: "a indenização mede-se pela extensão do dano"[77] e, portanto, a única obrigação imposta ao indivíduo ofensor é a reparação do dano que ocasionou, sem que sejam analisados grau de culpabilidade ou possíveis proveitos econômicos auferidos com a conduta.[78]

Entretanto, o paradigma reparatório tem se mostrado insuficiente, principalmente quando se constata a ascensão de novos tipos de interesses sociais, extrapatrimoniais e transindividuais, e a reiterada prática de atos lesivos aos indivíduos. Nesse sentido, emerge uma corrente doutrinária que questiona a única funcionalidade do instituto e busca demonstrar a existência de outras duas funções, punitiva e preventiva, que podem ser atribuídas a reponsabilidade civil com a finalidade de adequá-la socialmente.[79]

Essa corrente teórica ganha força com o advento do fenômeno da constitucionalização do Direito privado no Brasil, que rompe a dicotomia clássica entre direito público e privado, e propõe uma releitura das normas e institutos infraconstitucionais a luz da Constituição Federal, CF. Sob esta perspectiva, torna-se possível a releitura de institutos de direito civil, a fim de propiciar uma atualização em face das necessidades da sociedade atual.[80]

A possibilidade de releitura do instituto da responsabilidade civil aliada com a atual insuficiência da função meramente reparatória implica a necessidade de admitir outras funções ao instituto com a finalidade de punir o ofensor e reprimir futuros atos ilícitos para assim proteger os indivíduos e sua dignidade.[81]

<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=10088&ver=455>. Acesso em: 01 jun. 2018.

[77] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06. nov. 2017

[78] SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 22, p. 59, jul./set. 2005.

[79] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.16.

[80] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Tomo I - 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.22.

[81] SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 22, p. 59, jul./set. 2005.

O enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil reconhece a atribuição da função punitiva e pedagógica à responsabilidade civil a despeito da previsão do art. 944 do CC.[82]Os tribunais brasileiros, seguindo este entendimento, estão reconhecendo, nas ações de compensação por danos extrapatrimoniais, as funções punitivas e preventivo-pedagógica. Entretanto, as finalidades são minimizadas e distorcidas pelo atual modo de aplicação.[83]

3.2.2 O dano Moral no Brasil

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X, garante o direito a indenização decorrente de danos morais.[84] A previsão legislativa contribuiu para o reconhecimento majoritário deste tipo indenizatório pela doutrina, que se mostrou controversa por muito tempo a respeito da temática. A doutrina e jurisprudência coadunam do entendimento que o dano moral é um detrimento imaterial decorrente da ofensa a um dos direitos da personalidade.[85]

A base dos direitos da personalidade está expressa na Constituição Federal e sua complementação no Capítulo II do Código Civil. Compreende-se, pela leitura dos referidos dispositivos legais, que os direitos da personalidade são o conjunto de direitos intrínsecos à pessoa e à sua dignidade.[86] Em que pese a previsão legal, não há dispositivos que enumerem ou especifiquem explicitamente os direitos da

[82] BRASIL. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado 379*. O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>. Acesso em 01 jun. 2018.

[83] MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. *Revista CEJ*, v. 9 n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.

[84] "Art. 5º[...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2018.

[85] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

[86] BRASIL. *IV Jornada de Direito Civil*. Enunciado 286. Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/256>. Acesso em 02 jun. 2018.

personalidade, por este motivo a doutrina geralmente elenca o direito ao nome, à imagem, à privacidade, à intimidade, à honra, à boa fama e à dignidade.[87]

A compreensão do sistema jurídico introduzido pela CF revela ser indiscutível a atribuição de direitos intrínsecos as pessoas humanas. Entretanto existe divergência doutrinária quanto a atribuição de direitos da personalidade as pessoas jurídicas.[88] Parte da doutrina afirma ser impossível tal aplicação, vez que esse tipo de direito é atributo apenas da pessoa humana e decorre de sua dignidade.[89] Apesar da resistência doutrinária, o CC, em seu art. 52, confirmou o entendimento jurisprudencial, já consolidado por meio da súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, STJ,[90] que as pessoas jurídicas gozam, nos limites da adequação, da proteção aos direitos da personalidade.[91]

A característica imaterial desta espécie de direito impossibilita a aferição econômica de prejuízos decorrentes de sua violação. Logo, os danos morais são apenas compensados, posto que a reparação integral do dano suportado e a restituição do *status quo ante* da vítima mostra-se impossível. O estabelecimento dos valores compensatórios mostra-se atividade árdua, vez que inexistem critérios legais ou objetivos para sua definição.[92]

---

[87] PITON, Amanda Caetano. Análise das consequências jurídicas da violação nas mídias sociais, do direito de imagem, honra, intimidade e privacidade, na perspectiva do direito civil brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18584&revista_caderno=7>. Acesso em: 02 jun. 2018.

[88] SZANIAWSKI, Elimar. Pessoa Jurídica e Direito de Personalidade. *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/pessoa-juridica-direitos-personalidade-parte>. Acesso em: 02 jun. 2018.

[89] BRASIL. *IV Jornada de Direito Civil*. Enunciado 286. Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/256>. Acesso em 02 jun. 2018.

[90] BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Súmula nº 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 03 jun. 2018.

[91] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06. nov. 2017.

[92] LEITE, Gisele. Sobre a compensação dos danos morais. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis/SC, 24 abr. 2013. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/responsabilidade-civil/285516-sobre-a-compensacao-dos-danos-morais. Acesso em: 31 mai. 2018.

O ordenamento jurídico pátrio confere ao magistrado a atribuição para determinar de forma subjetiva o quantum compensatório. O arbitramento judiciário, segundo a doutrina, deve ser balizado pelos preceitos da proporcionalidade e razoabilidade, fundamentado na análise das circunstâncias do caso concreto.[93] No entanto, a subjetividade na fixação gera disparidade entre as indenizações concedidas pelo judiciário. Essa discrepância gera, para alguns, uma insegurança jurídica que poderia ser solucionada por meio da tarifação das indenizações por danos morais.[94]

Entretanto, a adoção do sistema tarifário poderia ocasionar uma maior incidência de danos morais, vez que o ofensor conseguiria vislumbrar as implicações da sua conduta e avaliar o custo benefício de ocasionar o dano.[95] A solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a admissão do reexame dos valores indenizatórios por danos morais em sede de recurso especial quando manifestamente exorbitantes ou irrisórios, com intuito de minimizar as disparidades encontradas nas jurisprudências das instâncias inferiores.[96]

3.2.2.1 Função Punitiva-pedagógica do Dano Moral

A responsabilidade civil decorrente de lesão aos direitos da personalidade detém tríplice função. O instituto desempenha as funções compensatória, considerada precípua, punitiva e preventiva. As funções punitiva e preventiva, vistas como secundárias, foram compiladas pela jurisprudência brasileira na figura da função punitiva-pedagógica do dano moral.[97]

---

[93] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Responsabilidade civil. vol.7. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[94] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
[95] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
[96] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. AREsp *1161050 – Rs*. Quarta Tuma. Agravante: João Lucas Ferreira. Agravado: SERASA S.A. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702163550&dt_publicacao=05/03/2018>. Acesso em:02 jun. 2018.
[97] NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*: Fundamento do direito das obrigações. v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

A aplicação concomitante das três funções, segundo o STJ, deve ser balizada pela razoabilidade. Entendendo-se razoável a decisão que fixa os danos morais de acordo com as especificidades do caso concreto e estabelece valores aptos a compensar à vítima - mesmo que de forma parcial, posto que se trata de direitos imateriais - e, simultaneamente, punir o ofensor e desestimular este e outros indivíduos a praticarem condutas da mesma natureza.[98]

A função punitiva-pedagógica atrelada a compensação de danos morais difere da punição fixada de forma particularizada, a exemplo dos *punitive damages*. Posto que, na primeira a indenização é concedida em único montante e na segunda os valores indenizatórios são estipulados individualmente. A atribuição da tríplice funcionalidade à compensação por danos morais pode ser arriscada, visto que confundir a função punitiva-pedagógica e compensatória no mesmo montante indenizatório gera uma insatisfatória e imperceptível punição do ofensor e, por consequência, a mitigação das funcionalidades da modalidade indenizatória.[99]

3.3 Objeções doutrinárias

Partindo-se da premissa que a função exclusivamente reparatória é incapaz de coibir a reiterada pratica de atos lesivos e tutelar novos direitos que ultrapassam as barreiras do individualismo, a doutrina e jurisprudência brasileiras, majoritariamente, reconhecem a tríplice funcionalidade atribuída a compensação por danos morais.[100]

Sob a perspectiva anteriormente apresentada a respeito da função punitiva-pedagógica do dano moral, propõe-se uma nova forma de estipulação da indenização

[98] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp: 283319 RJ 2000/0106839-3*. Recorrente: Condomínio do Shopping Center da Barra. Recorrido: Hugo Neves Fernandes Filho. Relator Ministro Antônio De Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 11/06/2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=53802&num_registro=200001068393&data=20010611&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2018.

[99] SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. Função Punitiva dos Danos Morais: A experiência Estadunidense e Portuguesa e a Realidade Brasileira nos 15 anos do CCB. *RJBL*, Rio Janeiro, n.6, p. 1505-1538, 2017.

[100] SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 22, p. 59, jul./set. 2005.

com caráter punitiva, a exemplo dos *punitive damages*, cujos requisitos e valores indenizatórios devem ser analisados de forma particularizada. Entretanto, há grande resistência doutrinária[101] e jurisprudencial ao recepcionamento do instituto de origem estrangeira.[102]

O principal ponto de objeção refere-se ao suposto desrespeito aos princípios fundamentadores do sistema jurídico pátrio. Pois, segundo os opositores, a indenização punitiva atenta contra o princípio da legalidade, a vedação de bis in idem, a vedação ao enriquecimento sem causa e é incompatível com a cláusula geral da responsabilidade objetiva. Ressalta-se que esta contraposição é aplicada, em menor proporção, à função punitiva-pedagógica dos danos morais pela doutrina minoritária.[103]

3.3.1 Non Bis in Idem

Parte da doutrina afirma que a admissão da indenização punitiva poderia ofender o princípio da vedação ao *bis in idem* por dois motivos: I) "grande parte dos danos extrapatrimoniais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime"[104] e II) Uma conduta ilícita pode ofender o patrimônio jurídico de diversas pessoas, ocasionando numerosas ações indenizatórias em face do mesmo ofensor.[105]

A respeito da primeira alegação, parcela da doutrina afirma que condutas ofensoras, passíveis de punição na esfera criminal, não podem ser sancionadas nas

[101] A título de exemplificação, figuram dentre aqueles que se posicionam contrariamente: Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Carlos Roberto Gonçalvez e Paulo de Tarso Vieira Sanverino. Posicionam-se favoravelmente a apçicação da função punitiva: Maria Helena Dini, Caio Mário da Silva Pereira, Sérgio Cavalieri, Carlos Alberto Bittar, Silvio de Salvo Venoa, Eugenio Fachinni Neto, André Gustavo Corrêa de Andrandade, Roald Sharp Junior.

[102] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana:* Uma Leitura Civil−Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[103] MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. *Revista CEJ*, v. 9 n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.

[104] MORAES, Maria Celina Bodin. Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil.* v. 18, p. 17, abr./jun. 2004.

[105] SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

esferas civil e criminal concomitante. Nessa perspectiva, o juízo criminal seria o único responsável pela punição do ofensor, prevalecendo a sanção penal em detrimento da civil. Este posicionamento é baseado na característica garantista da CF e na vedação da dupla punição pela mesma conduta. [106]

Em contraposição, afirma-se que é cabível a condenação em duas ou mais instancias por uma mesma conduta, tendo em vista o princípio da independência das instâncias, consagrado no direito privado no art. 935 do CC.[107] Os adeptos a este entendimento, que nos parece o mais correto, ressaltam que imputar sanções em diferentes esferas ao mesmo fato não é algo inovador, vez que o ordenamento pátrio admite "que de um mesmo ato decorram efeitos jurídicos diversos",[108] a exemplo da conduta de dirigir sem Carteira Nacional de Transito que é um ilícito administrativo, previsto no Art. 162 do Código de Trânsito Brasileiro, e ilícito penal, tipificado no art. 309 do citado código.[109]

Posicionamento intermediário defende a possibilidade de aplicação de sanções em diferentes ramos do direito decorrentes de uma mesma conduta, entretanto, pondera que o juízo cível ao estabelecer o *quantum* referente a punição civil deve observar se a conduta ao ser sancionada nas esferas administrativas ou penais também terá efeitos patrimoniais e em caso positivo deverá levar em consideração a possível condenação pecuniária na fixação da punição pecuniária.[110]

---

[106] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*: Uma Leitura Civil−Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[107] "Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal". BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04. jun. 2018.

[108] PASSARINHO, Clarissa y Amoedo de Velloso. *Para além da função reparatória*: o dano social e as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil. 2013. 57 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 34. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/6851> . Acesso em: 04 jun. 2018.

[109] SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação de mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

[110] Andrade, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*: Os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro, Rio de Janeiro, Forense 2006, p. 361.

No tocante a segunda alegação apresentada, a recusa no acolhimento do instituto da indenização punitiva reside na possibilidade do ofensor ser condenado ao pagamento de várias indenizações quando os danos decorrentes do seu ato atingirem diferentes indivíduos. Nesse sentido, afirma-se que o encargo a ser suportado pelo agente ofensor seria demasiadamente oneroso. A possibilidade apresentada por parcela da doutrina se revela plausível diante da ascensão de novos tipos de danos que extrapolam os limites da individualidade, a exemplo dos danos ambientais e dos decorrentes de fato de produto ou serviço.[111]

A refutação ao argumento acima exposto se mostra uma tarefa complexa, na medida que é necessário analisar a resposta apresentada pelos países adeptos ao *punitive damages* a estas situações e ponderar, baseado na razoabilidade, a correta aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

A jurisprudência norte americana firmou o entendimento que o ofensor pode ser condenado várias vezes ao pagamento de indenizações punitivas resultantes de único ato ilícito. Este entendimento é respaldado na compreensão que a *double jeopardy clause*[112] prevista na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos somente se aplica em processos penais e não impende as múltiplas condenações no âmbito cível.[113]

André Gustavo Corrêa de Andrade, apoiado no entendimento das cortes norte americanas, defende a possibilidade de múltiplas condenações oriundas de um mesmo fato danoso. O referido autor apresenta dois parâmetros a serem observados pelos magistrados na fixação da indenização punitiva afim de evitar que o valor total das indenizações seja excessivo ou desproporcional. Inicialmente, os magistrados devem verificar a existência de outros ofendidos legitimados a propor ação indenizatória, que por acaso não tenham ingressado judicialmente, "para deduzir do

[111] SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

[112] Proteção constitucional contra ser levado a julgamento ou ser punido mais de uma vez pelo mesmo crime. Alogna, Forrest G. "*Double Jeopardy, Acquittal Appeals, and the LawFact Distinction." Cornell Law Review*. July 5, 2001.

[113] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

montante indenizatório a parcela que caberia àquele que ficou de fora da demanda"[114] e auferir, ainda, as indenizações punitivas já cominadas ao ofensor decorrentes do mesmo ato.[115]

Não obstante a solução proposta pelo citado autor, verifica-se que os parâmetros direcionados aos magistrados são de difícil efetivação, uma vez que na ocorrência de atos lesivos que atingem direitos transindividuais em sentindo amplo se torna inviável a verificação do número correto de vítimas. Ademias, sob a ótica do autor, os magistrados deveriam de alguma forma ter conhecimento de todas ações indenizatórias ajuizadas no judiciário brasileiro, entretanto, é infactível a verificação de condenações pré-existentes ou a existência de ações com pedidos de indenizações punitivas ajuizadas em curso no judiciário, vez que as comarcas competentes para o julgamento das ações podem, e muitas vezes serão, diversas. Logo só seria possível a aplicação empírica dos parâmetros sugeridos caso existisse um sistema no judiciário brasileiro que permitisse a comunicação entre todas as comarcas do Brasil.[116]

A despeito do entendimento das cortes norte-americanas, S. Carval apresenta outra solução para aplicação da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro quando verificados inúmeros ofendidos. Esta solução visa evitar a ocorrência de punições excessivas, pois, segundo o autor, a soma das indenizações punitivas, decorrentes de múltiplas condenações, pode perfazer valores que extrapolam patrimônio do ofensor, desta forma ocasionando a insolvência do mesmo. Nesse sentido, o autor defende que havendo diversas vítimas em decorrência de um ato lesivo seria cabível apenas uma condenação de cunho punitiva. Desta forma, após a primeira sentença condenatória, as ações ajuizadas com pedidos de indenizações punitivas deveriam ser julgadas improcedentes. Ressalta-se que a

[114] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 299.
[115] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
[116] SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

improcedência não deverá alcançar as indenizações compensatórias requeridas por cada um dos ofendidos. [117]

Em analise as soluções apresentadas pelos autores, a proposta apresentada por S. Carval parece ser a mais adequada para ordenamento jurídico pátrio, posto que viabiliza a utilização correta da indenização punitiva e evita a ocorrência de condenações excessivas e desproporcionais. Ademais, ressalta-se que esta solução é factível, na medida que a excessividade poderia ser evitada pelo próprio ofensor no momento em que apresenta contestação, informando ao juízo a existência de prévia condenação punitiva em decorrência do mesmo ato ilícito, o que caracterizaria um fato extintivo do direito do ofendido pleitear a mesma modalidade indenizatória.

3.3.2 Incompatibilidade com a responsabilização objetiva

A doutrina opositora afirma que a indenização punitiva é inconciliável com as situações de responsabilidade objetiva, uma vez que, nesta espécie de responsabilidade, a culpa não é elemento necessário para caracterizar a responsabilização do ofensor, ou seja, a vítima, ao ajuizar a ação indenizatória, não tem o ônus de comprovar ou afirmar a existência de culpa do ofensor. Nesse sentido, nas ações de responsabilidade fundadas na responsabilidade objetiva, a culpa não poderia ser objeto de análise pelo magistrado impossibilitando eventual condenação ao pagamento de indenização punitiva.[118]

Em que pese a argumentação acima apresentada, verifica-se que é possível a admissão da indenização punitiva mesmo nas situações em que a responsabilidade do ofensor é objetiva. Posto que o autor, na ação indenizatória fundada em responsabilidade objetiva, não tem o ônus de comprovar a culpa do ofensor, mas nada o impede de fazê-la. Nesse sentido, o autor poderá apresentar provas para a

[117] SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.
[118] SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

caracterização da culpa e dos demais requisitos específicos da indenização punitiva, conforme apresentados no primeiro capítulo do presente trabalho.[119]

Desta forma, verifica-se que a causa de pedir dos pedidos indenizatórios é diversa, cabendo a vítima, autora da ação, alegar e comprovar a existência dos requisitos de cada tipo indenizatório. O magistrado, neste caso, poderá analisar a culpa para configuração da indenização punitiva, sem prejuízo da condenação ao pagamento de indenização decorrente da responsabilidade objetiva. Logo, resta demostrado a possibilidade de cumulação do pedido indenizatório decorrente de responsabilidade objetiva com a indenização punitiva.[120]

3.3.3 Princípio da legalidade

Argumenta-se que a ausência de previsão legislativa é obstáculo insuperável ao acolhimento do instituto da indenização punitiva pelo ordenamento jurídico brasileiro. A adoção do instituto pelo magistrado acarretaria no risco de desrespeito ao princípio da legalidade, previsto do art. 5º, inciso XXXIX da CF,[121] que determina a necessidade de prévia cominação legal para imposição de pena.[122]

O princípio da legalidade é um limitador ao poder punitivo estatal e se caracteriza pela imprescindível atuação do legislador ordinário para aplicação de penas.[123] Nesse sentido, a adoção da indenização punitiva somente seria possível

[119] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 211-218, 2004.
[120] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 211-218, 2004.
[121] "Art.5º [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2018.
[122] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*: Uma Leitura Civil−Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
[123] SILVA, Marco Antônio Marques. Princípio da Legalidade e Estado Democrático de Direito. *CJLP*. Disponível em: <http://www.cjlp.org/principio_da_legalidade_estado_democratico_de_direito.html>. Acesso em: 03 jun. 2018.

com base em algum permissivo legal.[124] Sob esta perspectiva, parte da doutrina entende que atualmente não existe previsão legal no ordenamento jurídico pátrio capaz de fundamentar a utilização da indenização punitiva.[125]

Entende-se que, em que pese a ressalva ao princípio da reparação integral do dano prevista no parágrafo único do art. 944 do CC,[126] esta não poderia ser aplicada à indenização punitiva. Posto que, o legislador admite a análise da culpa do ofensor apenas para minoração equitativa do quantum indenizatório. Inexistindo autorização, expressa ou implícita, que tal análise seja utilizada para majoração do montante indenizatório.[127]

A necessidade de previsão legal da indenização punitiva é defendida sob o argumento de que o seu eminente caráter sancionatório a aproxima das sanções penais, até mesmo apresentando-se como figura análoga. Motivo este que submeteria o instituo ao princípio da legalidade, impondo a necessidade de previsão legislativa para sua adoção, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.[128]

Entretanto, uma parcela doutrinária defende que o princípio da legalidade não é extensível as sanções de natureza civil. Posto que, há manifesta diferença entre a gravidade das sanções penais e civis, pois apenas as condenações penais detêm característica propriamente aflitiva apta a lesionar a liberdade do indivíduo.[129] Afirma-se ainda que a aplicação de restrições e regras procedimentais específicas estaria adstrita ao Direito Penal, pois apenas este tem o condão de restringir a

[124] GONGALVEZ, Vitor Fernandes. *A Punição na Responsabilidade Civil:* A indenização do Dano Moral e da Lesão a Interesses Difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
[125] MORAES, Maria Celina Bodin. Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil.* v. 18, p. 17, abr./jun. 2004.
[126] "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização". BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06. nov. 2017
[127] BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
[128] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
[129] ANDRADE, André Gustavo Correia. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estácio de Sá, 2003.

liberdade do ou os direitos do indivíduo. Ao passo que as sanções civis não afetam a reputação do ofensor ou o estigmatizam socialmente.[130]

A doutrina favorável argumenta que a indenização punitiva é instrumento garantidor da proteção dos direitos humanos e, portanto, teria respaldo constitucional no princípio da dignidade humana. Afirma, ainda, que o direito deve, mesmo que forçadamente, se amoldar as novas realidades sociais. Esta adequação seria possível por meio do exercício do método interpretativo do jurista ao considerar não apenas a letra *seca* da lei, mas também os princípios e valores consagrados no ordenamento pátrio.[131]

Em que pesem os argumentos apresentados, parece inviável a distinção das sanções punitivas civil e penal, vez que ambas apresentam a mesma natureza jurídica, diferenciando-se apenas pelo grau de seu caráter estigmatório. O aspecto estigmatório presente nas sanções civis apresenta-se de forma mais branda, no entretanto ainda é responsável por gerar reflexos sociais negativos à imagem do ofensor. Tal como ocorre na deserdação e indignidade, previstas no CC, que são sanções aplicáveis àqueles que cometem atos moralmente reprováveis sob a ótica do legislador.[132]

Em síntese, não obstante se sustentar, na presente monografia, que o acolhimento da indenização punitiva é medida necessária para a adequação do instituto da responsabilidade civil aos atuais anseios sociais, entende-se que a incorporação da indenização punitiva pelo ordenamento brasileiro, sem anterior previsão legislativa que autorize sua aplicação, fere a base do Estado Democrático de Direito Brasileiro, o princípio da legalidade.[133]

---

[130] UILAN, Eduardo. *Responsabilidade Civil Punitiva*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2003. No mesmo sentido, KERN, B. R. A Função de Satisfação na Indenização do Dano Pessoal. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 33, jan./mar. 2000.

[131] FERRO, Thania Maria Bastos Lima. A função da punitiva da responsabilidade civil em acidentes de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

[132] SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

[133] CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

3.3.4 Enriquecimento sem causa

A doutrina opositora, ainda, apresenta outra crítica a adoção da indenização punitiva fundada no instituto do enriquecimento sem causa. Este instituto está previsto no Código Civil em seus artigos 84 e seguintes e consiste, segundo a doutrina, no "acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico".[134] Nesse sentido, o CC estabelece o dever daquele que se enriqueceu devolver todos os acréscimos que obteve indevidamente.[135]

Afirma-se, nesse contexto, que a reparação integral do dano é direito de quem sofre os prejuízos decorrentes de evento danoso, logo o prejuízo suportado pela vítima limita eventuais valores indenizatórios. Nessa perspectiva, destinar a soma de valores decorrentes de indenização punitiva à vítima configuraria enriquecimento sem causa, pois ao ofendido seriam destinados valores que extrapolam o dano real suportado.[136]

André Gustavo Corrêa, em contraposição, expõe que a decisão judicial que impõe o pagamento de indenização punitiva seria apta a fundamentar a legalidade do instituto. Nesse sentido, atribuir os valores desta modalidade indenizatória à vítima não ensejaria enriquecimento sem causa, posto que a sentença judicial seria fundamento jurídico suficiente para justificar o acréscimo patrimonial da vítima.[137]

Entretanto, por todo o exposto no tópico anterior do presente trabalho, a solução apresentada não aparenta ser adequada, posto que a legalidade da indenização punitiva não pode ser fundamentada em razão de ato judicial. Ressalta-se que ao magistrado cabe a aplicação correta do Direito ao caso concreto, estando o

---

[134] FRANÇA, R. Limongi. *Enriquecimento sem Causa*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987.
[135] SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.
[136] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo
[137] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*. Rio de Janeiro: TJRJ.JUS, 2008. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em 30 set. 2018.

mesmo adstrito ao princípio da legalidade, ou seja, apenas pode aplicar sanções e multas previstas em lei. Logo, a imposição de indenização punitiva sem sua prévia cominação legal seria flagrante afronta ao princípio basilar do Estado Democrático de Direito.[138]

Thania Maria Bastos defende, seguindo o mesmo entendimento da solução acima exposta, que para adoção do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro é prescindível a sua previsão legal, posto que, para a autora, os valores provenientes das indenizações punitivas não deveriam ser destinados às vítimas, mas sim a fundos públicos ou entidades beneficentes, a exemplo do que ocorre nas ações civis públicas.[139]

Ao analisar o argumento apresentado verifica-se certa incoerência, vez que é baseado na destinação das indenizações nas ações civis públicas, entretanto, essa destinação especifica somente é juridicamente legítima pela expressa disposição legal prevista na lei 7.347/85.[140] Nessa perspectiva, pode-se verificar que o aumento patrimonial dos fundos públicos ou, como sugere a autora, das entidades beneficentes só poderia se caracterizar como legítima pela prévia autorização legal, posto que a ausência de lei que defina a destinação dos valores indenizatórios acarretará no enriquecimento sem causa destas entidades e fundos.[141]

Por fim, uma última solução desenvolvida, a qual parece apropriada, é a sugerida por Eduard Uilan[142] e Pedro Ricardo e Serpa[143], para quem o eventual enriquecimento da vítima não poderia ser caracterizado como sem causa caso

[138] CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil*: Estrutura e Função. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
[139] FERRO, Thania Maria Bastos Lima. A função da punitiva da responsabilidade civil em acidentes de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.
[140] BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.
[141] GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro. Revistas dos Tribunais, n.º 964, fev. 2016,p. 207.
[142] UILAN, Eduardo. Responsabilidade civil punitiva. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito da USP,São Paulo, 2003.
[143] SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização punitiva. Dissertação de mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

existisse dispositivo legal que autorizasse expressamente o instituto da indenização punitiva. Posto que a previsão legal seria o elemento justificador do acréscimo patrimonial. Ressalta-se que sob esta perspectiva, pode-se afirmar que os valores indenizatórios poderiam ser destinados tanto à vítima quanto a fundos públicos e entidades beneficentes ou a ambos, sendo este ponto objeto de deliberação política na esfera legislativa.[144]

4 ANÁLISE DE JULGADOS

No presente capítulo, optou-se por analisar dois julgados de cortes brasileiras a respeito da temática. A escolha dos acórdãos a serem analisados foi realizada sem predileção a órgão julgador ou tribunal. Os acórdãos foram escolhidos por serem atuais e emblemáticos, na medida em que abordam de forma profunda a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema e foram proferidos nesse ano.

4.1 Julgado favorável à indenização punitiva

4.1.1 Dados do acórdão

O acordão objeto da presente análise é proveniente da apelação nº 1130806-44.2016.8.26.010, julgada pela 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo de relatoria do Ministro Soares Levada, publicado no diário da justiça em 02/08/2018.[145]

4.1.2 Relatório do caso

Trata-se de ação ordinária requerendo a exclusão de restrição cadastral cumulado com pedido de reparação por danos morais e patrimoniais, posto que o

[144] GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *Punitive damages no direito brasileiro*. Revistas dos Tribunais, n.º 964, fev. 2016,p. 207.

[145] "ação indenizatória material e moral. Contrato de comodato e fornecimento de gás. Inexigibilidade de multa por descumprimento contratual. Denúncia devidamente realizada por notificação escrita. Negativação indevida. Dano moral devido pelo só fato da coisa, "in re ipsa" (negativação indevida). Valor condenatório ponderado. Apelo improvido".

autor teve seu nome incluído nos cadastros de proteção de crédito em decorrência de multa prevista no contrato de fornecimento de gás liquefeito.[146]

O autor alega que firmou contrato de mutuo com a ré que teve por objeto o fornecimento de gás liquefeito e comodato, entretanto, por motivos pessoais decidiu rescindir o contrato, desta forma notificou a ré sobre a rescisão do contrato. Contudo a ré por entender devida uma multa contratual no valor de R$3.000,00 incluiu o nome do autor nos castros restritivos de crédito. A ré, em sede de contestação, alegou que a multa que deu causa a restrição cadastral era exigível em virtude de violação de prazo contratual. Alegou, ainda, a inexistência dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil e requereu a improcedência dos pedidos do autor.[147]

O Magistrado, ao proferir a sentença, entendeu a pura intenção de rescindir o contrato não era motivo apto a justificar a imposição de multa contratualmente estabelecida, posto que a cláusula contratual explicita que a multa somente seria aplicada no caso de ocorrer inadimplemento, falência, concordata ou insolvência. Ressaltou que, no caso em tela, não houve resolução por inadimplemento culposo, mas sim resilição unilateral, portanto, não sendo exigível a multa de caráter penal. Nesse sentido, afirmou ser indevida a restrição cadastral o que ensejou danos morais ao autor. Por fim, o magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor definindo o valor indenizatório em R$ 6.000,00.[148]

---

[146] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. *APL 1130806-44.2016.8.26.0100.* 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

[147] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. *APL 1130806-44.2016.8.26.0100.* 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

[148] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. *APL 1130806-44.2016.8.26.0100.* 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

A ré interpôs apelação contra a sentença sustentando que a multa contratual era exigível por descumprimento de cláusula que previa a necessidade de denúncia por escrito com antecedência mínima de 60 dias do termino do contrato. Afirmou, ainda, que sua conduta teria sido correta, posto que frente o inadimplemento da multa teria o direito de realizar a inscrição no nome do autor. Nesse sentido, requereu o conhecimento e provimento do recurso para afastar os danos morais fixados por se tratar de pessoa jurídica ou minorar.[149]

O acordão negou provimento ao recurso interposto sob o fundamento de que a "interpretação dada pela ré de que a denúncia somente poderia ocorrer nos últimos dois meses de vigência do contrato não de sustenta ante a clarividência da referida cláusula" e a cobrança da multa também seria infundada, pois a multa contratualmente estipulada apenas incidiria, conforme disposto, nos casos de "inadimplemento, falência, concordata ou insolvência", o que não teria ocorrido no caso em tela.[150]

A Câmara de direito privado entendeu que a indevida restrição de crédito acarretou danos morais ao autor e não se tratava de mero dissabor resultante da convivência em comunidade. Ressaltou que nestes casos a inscrição indevida por si só é apta a caracterizar a responsabilidade civil, não se fazendo necessária a comprovação do dano decorrente da violação.[151]

---

[149] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. *APL 1130806-44.2016.8.26.0100.* 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

[150] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. *APL 1130806-44.2016.8.26.0100.* 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

[151] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. *APL 1130806-44.2016.8.26.0100.* 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

O ponto essencial do referido acordão, tendo em vista a temática deste trabalho, reside na admissão da natureza punitiva ao lado da compensatória na reparação moral. O acórdão ao reconhecer a função punitiva do dano moral fez um paralelo com o instituto norte-americano dos *punitive damages* afirmando que, no caso em tela, a ré agiu com culpa de forma evidente.[152]

O Relator destacou que a função punitiva atribuída a reparação civil do dano moral atende os novos anseios sociais, tendo em vista a característica inibitória da pena civil. Entretanto, ressaltou alguns critérios a serem utilizados quantificação da indenização a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima, quais sejam "o bom senso e moderação, proporcionalidade ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade e às particularidades do caso".[153]

4.1.3 Comentários ao Acórdão

A teoria mista do dano moral explicita que a indenização possui, para além da função compensatória, a função punitiva-pedagógica voltada para o ofensor. Desta forma, entende-se que a indenização não tem apenas a função de recompor os danos sofridos pela vítima, mas assume um papel social na medida que tenta moralizar as condutas danosas e evitar o consentimento de novo ilícitos.[154]

Nessa perspectiva, visualiza-se que o acórdão proferido supera o paradigma reparatório geralmente atribuído à responsabilidade civil e revela a tríplice funcionalidade do instituto (reparar, punir e prevenir). Entretanto, a teoria mista

[152] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. *APL 1130806-44.2016.8.26.0100.* 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

[153] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. *APL 1130806-44.2016.8.26.0100.* 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. p.5 Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

[154] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*. Rio de Janeiro: TJRJ.JUS, 2008. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em 30 set. 2018.

atribui o caráter punitivo a todas indenizações por dano moral, revelando assim a problemática desta teoria, vez que o caráter punitivo deve ser destinado a casos específicos que carecem de repressão, posto que nem sempre o dano moral é decorrente de uma conduta com alto grau de reprovabilidade.[155]

A junção da responsabilidade civil por dano moral e o instituto norte-americano do *punitive damages* gera uma banalização da natureza punitiva da indenização e consequentemente um esvaziamento do instituto, pois, não adianta a mera menção da funcionalidade punitiva e preventiva da indenização nas sentenças e acórdãos judiciais se os critérios que determinam o caráter punitivo não são observados na fixação dos valores indenizatórios.[156]

Ressalta-se que a indenização punitiva não substitui a indenização de natureza compensatória, posto que é um instituto complementar na medida em que deve ser analisado de forma posterior, nos casos em que se mostre necessária a punição do ofensor e, por conseguinte a repressão de condutas semelhantes. Nesse sentido, a indenização punitiva deve ser fundamentada de forma separada e seus valores devem ser fixados em montante diferente dos compensatórios, a fim de que o ofensor reconheça de forma clara a sua punição.[157]

A atenuação dos valores fixados a título de indenização punitiva é o principal óbice para sua eficácia, posto que se o valor condenatório não superar a vantagem auferida pelo ofensor e não representar de fato uma repressão a conduta, não será apto a alcançar sua finalidade. Nessa perspectiva, acreditamos que a atuação legislativa se faz necessária a adoção e eficácia do instituto no ordenamento pátrio,

[155] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*. Rio de Janeiro: TJRJ.JUS, 2008. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em 30 set. 2018.
[156] SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva*. 2011. 370 f. Tese. (Mestrado em Direito). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
[157] SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva*. 2011. 370 f. Tese. (Mestrado em Direito). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

posto que obedeceria ao princípio da legalidade e fundamentaria o possível enriquecimento da vítima ou qualquer outro destinatário da indenização.[158]

4.2 Julgado Desfavorável à Indenização Punitiva

4.2.1 Dados do Acórdão

O acórdão objeto de análise é proveniente do Recurso Inominado nº 71007955297, julgado pela Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de relatoria do Ministro Luís Francisco Franco, publicado no diário da justiça em 04/09/2018.[159]

4.2.2 Relatório do caso

Trata-se de ação de reparação por danos morais com repetição de indébito em decorrência de descontos realizados por estabelecimento bancário na conta corrente do autor, na qual a parte autora requer a compensação dos danos morais, posto que teve parcela do seu salário retida, sem prévia autorização, pela instituição bancária para quitação do contrato de mútuo firmado entre as partes.[160]

---

[158] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*. Rio de Janeiro: TJRJ.JUS, 2008. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em 30 set. 2018.

[159] "Recurso inominado. Reparação de danos. Retenção de valores em conta corrente proveniente de salário, para adimplemento de mútuo. Ilegalidade evidenciada. Súmula 603 do superior tribunal de justiça. Dano moral não configurado por não comprovado abalo a atributos da personalidade e por ausência de previsão legal para impor danos morais com caráter meramente punitivo. Sentença reformada. Recurso provido".

[160] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *RI 71007955297*. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

O autor era funcionário de uma empresa e recebia seu salário de forma parcelada por meio de depósitos em sua conta corrente aberta na instituição bancária ré do processo. Ocorre que uma das parcelas do salário assim que foi depositada por seu empregador foi retida pela ré para pagamento de dívida. Ao tomar conhecimento de tal fato quitou sua dívida com a instituição e teve seu salário liberado.[161]

O autor alegou que a retenção feita de forma unilateral pela ré é ilegal e lhe causou transtornos, nesse sentido ajuizou ação indenizatória pleiteando a condenação da ré ao pagamento de danos morais e repetição de indébito do valor retido. Em sede de contestação, a ré afirmou que a retenção era legal, posto que o autor assinou um contrato no qual informava que era agricultor e permitia a realização de descontos diretamente em sua conta em caso de atraso no contrato.[162]

O magistrado, ao proferir sentença, entendeu que apesar de ter se dado a cobrança parte ré de maneira indevida, houve a comprovação do débito em aberto entre as partes e por isso não haveria ilegalidade no pagamento, apenas na retenção do valor percebido como salário pelo autor, conforme disposto na súmula 603 do STJ[163]. Nesse sentido, deu parcial provimento aos pedidos do autor, pois o e

[161] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *RI 71007955297*. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

[162] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *RI 71007955297*. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

[163] A súmula 603 do STJ foi cancelada em 22 de agosto de 2018. Em que pese, a súmula ser utilizada para fundamentar o reconhecimento da ilegalidade na conduta da ré na decisão, aquela não foi objeto de análise no presente trabalho. Portanto, a revogação não inviabiliza a utilização do referido acórdão para o estudo da aplicação da indenização punitiva no Brasil.

condenou a ré ao pagamento de R$10.000,00 a título de indenização por danos morais.[164]

A ré interpôs recurso inominado contra a sentença sustentando que o salário recebido na conta em que foi realizada a retenção não era sua principal e única fonte de renda, posto que o autor era agricultor. Ressaltou a legalidade da conduta da instituição frente a existência de prévia autorização contratual. Por fim sustenta que não restaram comprovados os abalos morais alegados pelo autor. Nesse sentido, requereu o conhecimento e provimento do recurso para que fosse afastada a condenação.[165]

O acordão deu provimento ao recurso interposto pela ré e afastou a condenação ao pagamento de danos morais. Sob fundamento que, apesar da conduta da ré ser eivada de ilegalidade, o autor não colacionou aos autos elementos probatórios suficientes para caracterização do dano moral alegado e, portanto, não haveria fundamento para concessão de indenização. [166]

---

[164] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *RI 71007955297*. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

[165] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *RI 71007955297*. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

[166] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *RI 71007955297*. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index

A turma recursal entendeu que os fatos indicaram que "houve transtornos inerentes à vida em sociedade caracterizados, como tais, como dissabores da vida moderna". Ressaltou que, frente a inexistência dos elementos caracterizadores da compensação por danos morais, qualquer condenação ao pagamento de valores indenizatórios teria o caráter puramente punitivo, a qual não é possível no ordenamento jurídico brasileiro, pois não há lei que ampare a "punição patrimonial por danos morais".[167]

O relator destacou o entendimento que os danos morais são compensatórios e, portanto, faz imprescindível a verificação de todos os requisitos da responsabilidade civil, especialmente o dano. Afirmou, ainda, nas palavras de Judith Martins Costa, que a função punitiva da responsabilidade civil deve ser afastada "por não ser compatível com o nosso sistema constitucional e civil".[168]

4.2.3 Comentários ao Acórdão

O princípio da legalidade é base do Estado Democrático de Direito e tem por objetivo proteger a sociedade do poder arbitrário do Estado. Nesse sentido, este

---

&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

[167] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *RI 71007955297*. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

[168] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *RI 71007955297*. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

princípio pode ser compreendido como limite, posto que limita a atividade do Poder Público que somente pode agir quando a lei expressamente autorizar e nos limites dela, bem como uma garantia, uma vez que somente devemos cumprir exigências e respeitar proibições previstas expressamente em lei.[169]

Verifica-se, nessa perspectiva, que o entendimento exposto no referido acórdão coaduna com crítica doutrinária a adoção da indenização punitiva por afronta ao princípio da legalidade, porquanto o Estado, especificadamente o Poder Judiciário, não poderia impor pena sem lei anterior que a defina, mesmo que se trate de pena de natureza cível.

Com base nos argumentos acima exposto, constata-se que atualmente a responsabilidade civil está quase que exclusivamente atrelada ao paradigma reparatório, entretanto, esta modalidade não tem a aptidão de prevenir a ocorrência de danos ou moralizar condutas danosas.[170]

A indenização de cunho exclusivamente reparatório oportuniza ao ofensor prever antecipadamente o possível valor indenizatório para reparação os danos decorrentes da sua conduta ilícita e comparar com a vantagem econômica auferida com a conduta lesiva. As indenizações geralmente são fixadas em valores baixos, desta forma, mostra-se mais vantajoso praticar a conduta lesiva e arcar com os custos indenizatórios do que evitá-los. [171]

Diante do cenário acima exposto, vislumbra-se uma insuficiência do instituto da responsabilidade civil e a necessidade que este assuma, para além da função reparatória, as funções preventiva e punitiva. Ressalta-se que, conforme exposto no

[169] VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em 30 set. 2018.

[170] SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva*. 2011. 370 f. Tese. (Mestrado em Direito). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

[171] SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva*. 2011. 370 f. Tese. (Mestrado em Direito). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

capítulo anterior, há a necessidade de prévia cominação legal para atribuir essas novas funções ao instituto.[172]

5 CONCLUSÃO

De acordo com o exposto no presente trabalho, é possível concluir que, a adoção da indenização punitiva pelo ordenamento jurídico brasileiro é medida necessária e possível, desde que, em respeito ao princípio da legalidade, haja prévia disposição legal autorizadora.

Ao realizar este estudo, foi possível observar que o modelo indenizatório atualmente adotado pelo ordenamento jurídico pátrio de fato mostra-se insuficiente a tutelar os novos direitos sociais, na medida em que não tem aptidão de restaurar o status quo ante das vítimas e nem de prevenir novas condutas lesivas.

Sob esta perspectiva, verificou-se que adoção da indenização punitiva é necessária para que a responsabilidade civil, em situações específicas, cumpra seu papel social de moralizar as condutas e evitar danos, constituindo, desta forma, uma resposta jurídica adequada. Nessa mesma sistemática, foi possível verificar que o instituto do *punitive damages* não constitui um modelo indenizatório substituto ao compensatório, mas sim complementar, na medida em que não interfere na fixação de outras modalidades indenizatórias e possui requisitos próprios e específicos para sua caracterização.

Ressalta-se que a aplicação do *punitive damages*, sugerida neste trabalho, deve ser reservada a situações pontuais em que se constata condutas com elevado grau de reprovabilidade. Posto que, trata-se de uma punição de natureza civil com visível caráter retributivo e, portanto, destina-se a sancionar ilícitos civis visivelmente gravosos, apontados como quase criminais.

O presente trabalho não teve o propósito de afirmar que a indenização punitiva é apta a eliminar os riscos de danos, mas sim minimizá-los na medida em

[172] SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva*. 2011. 370 f. Tese. (Mestrado em Direito). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

que coíbe os indivíduos de praticar ações gravemente reprováveis e passíveis geradoras de danos. Portanto, o *punitive damages*, além de ser um instrumento punitivo, é também preventivo, revelando-se a melhor tutela civil que o Estado pode oferecer a sociedade.

Sob esta perspectiva, buscou-se, apresentar, no presente trabalho, as principais objeções doutrinárias à adoção do instituto, bem como os argumentos refutadores destas objeções, com a finalidade de verificar se a transposição do instituto seria possível sem a violação dos princípios basilares do ordenamento pátrio.

Nesse sentido, verificou-se que o instituto não se caracteriza como dupla punição, vez que as instâncias são independentes e podem sancionar de modo diverso a mesma conduta. Ademais, constatou-se que, se a conduta ilícita atingir mais de um indivíduo, a solução mais adequada é fixar apenas uma indenização punitiva, sem prejuízo das posteriores ações reparatórias ajuizadas pelas demais vítimas.

Contatou-se, também, que a indenização punitiva é instituto compatível com a responsabilidade objetiva, na medida em que na ação indenizatória fundada em responsabilidade civil a vítima não tem o ônus de provar a culpa do ofensor, mas nada a impede de fazer para que se caracterize a indenização punitiva.

Verifica-se, pelo exposto acima, que a transposição do instituto é viável, entretanto, conforme constatado pela pesquisa, faz-se necessária a prévia normatização do instituto, posto que o Brasil é um Estado democrático de Direito e, portanto, tem como base o princípio da legalidade. A previsão normativa, além de ser imprescindível à superação da objeção doutrinária da ofensa ao princípio da legalidade, é crucial para justificar o enriquecimento do destinatário dos valores indenizatórios, afastando o denominando enriquecimento sem causa.

Por meio da análise do julgado apresentado, constata-se que a atual junção do instituto do *punitive damages* e a indenização compensatória por dano moral mostra-

se, na verdade, um equívoco jurisprudencial e doutrinário. Na medida em que retira do *punitive damages* o seu caráter punitivo e preventivo ao não propiciar ao ofensor a possibilidade de reconhecer claramente que está sendo punido e nem o quantum da sua punição.

Por fim, verifica-se objeções doutrinárias e jurisprudenciais puderam em parte serem afastas e a impossibilidade proveniente do princípio da legalidade revela-se superável, na medida em que basta atuação legislativa no sentido de reconhecer a indenização punitiva como instituo inserido na responsabilidade civil brasileira. Portanto, conclui-se que a transposição do instituto para o ordenamento pátrio é medida viável, mas carece de prévia cominação legal.

REFERÊNCIAS

ALTHEIM, Roberto. Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2010.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estácio de Sá, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. Rio de Janeiro: TJRJ.JUS, 2008. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em 30 set. 2018.

ANDRADE, André Gustavo. Dano moral e Indenização Punitiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAR-GILL, Oren. Grimshaw v. Ford Motor Co. p. 378. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5596>. Acesso em: 29 maio 2018.

BMW da América do Norte, Inc. v. Gore, 517 EUA 559 (1996). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.html>. Acesso em 30 maio 2018.

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro. Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2018.

BRASIL. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 286. Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/256>. Acesso em 02 jun. 2018.

BRASIL. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 379. O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06. nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Súmula nº 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 03 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. _AREsp *1161050 – Rs*. Quarta Tuma. Agravante: João Lucas Ferreira. Agravado: SERASA S.A. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702163550&dt_publicacao=05/03/2018>. Acesso em:02 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp: 283319 RJ 2000/0106839-3. Recorrente: Condomínio do Shopping Center da Barra. Recorrido: Hugo Neves Fernandes Filho. Relator Ministro Antônio De Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 11/06/2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&se

quencial=53802&num_registro=200001068393&data=20010611&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BROWNING-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1988/88-556>. Acesso em: 29 maio 2018.

C. Caldwell Herget Huckabay,The Insurability of Punitive Damages in Louisiana, 48 La. L. Rev. (1988), p. 1168. Dsponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol48/iss5/6>. Acesso em: 07 de maio de 18.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

CAMARGO, Paulo Sergio Uchôa Fagundes Ferraz de. Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos. São Paulo: Almedina, 2016.

CARNEIRO, Lucas Nascimento. A presença dos punitive damages no direito brasileiro: uma análise de sua aplicabilidade e implicações. 98 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), Brasília – DF, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONOCOPHILLIPS v. 261 E. Merrick Rd. Corp., 428 F.Supp.2d 111, 129 (EDNY 2006). Disponivel em: <https://www.courtlistener.com/opinion/2524979/conocophillips-v-261-east-merrick-road-corp/>. Acesso em: 30 maio 2018.

COTCHETT, Joseph W.; MOLUMPHY, Mark C. Punitive Damages: How Munch is Enough?. Cotchett Pitre & McCarthy LLP, 2007. Disponível em: <https://www.cpmlegal.com/news-publications-Punitive_Damages_How_Much_Is_Enough.html>. Acesso em 29 maio 2018.

DAINOW, Joseph. The civil law and common law: some poins of comparison. The American Journal of Comparative Law, Berkeley, v. 15, n. 3, p. 419-435, 1966. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/838275?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 30 maio 2018.

DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 765-817, maio 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511>. Acesso em: 26 maio 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. vol.7. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of 1787. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/USA/usa1787.html>. Acesso em: 30 maio 2018.

FERRO, Thania Maria Bastos Lima. A função da punitiva da responsabilidade civil em acidentes de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

FIDLER v. Sun Life Assurance Co. of Canada. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2303/index.do>. Acesso em 07 de maio 2018.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro: Punitive damages under the Brazilian law. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 105, n. 964, p. 191-214, fev. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONGALVEZ, Vitor Fernandes. A Punição na Responsabilidade Civil: A indenização do Dano Moral e da Lesão a Interesses Difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-21, nov. 2015.

IN RE BAKER, 18 BR 243, 245 (Bankr. WDNY 1982). Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1848405/in-re-baker/>. Acesso em: 30 maio 2018.

KEMP, David S. The Constitution and Punitive Damages: A Ten-Year Anniversary Discussion of State Farm v. Campbell. Veridct Justia, 2013. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2013/04/08/the-constitution-and-punitive-damages>. Acesso em 30 maio 2018.

LEITE, Gisele. Sobre a compensação dos danos morais. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 24 abr. 2013. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/responsabilidade-civil/285516-sobre-a-compensacao-dos-danos-morais. Acesso em: 31 mai. 2018.

LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Letícia Rezende. A função punitiva da responsabilidade civil: uma análise da indenização punitiva por dano social no brasil. Disponível em <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25102b27fa432b4b>. Acesso em: 07 nov. 2017.

LOPEZ, Tereza Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOURENÇO, Pula Meira. A indenização Punitiva e os critérios para sua determinação. Disponível em: <www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 10 nov.2017.

MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4. Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. Revista CEJ, v. 9 n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.

MAYO, Jorge A. e CROVI, Luis Daniel. Penas civiles y daños punitivos. Revista de derecho de daños. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2011, p.9.MEURKENS, Lotte (Ed.); NORDIN, Emily (Ed.). The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for thought, in Punitive Damages: is Euroupe Missing Out?. Cambridge: Intersentia, 2012.

MICHAEL H. Whitehill, Taylor v. Superior Court: Punitive Damages for Nondeliberate Torts--The Drunk Driving Context, 68 Cal. L. Rev. 911 (1980). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol68/iss4/14>. Acesso em 25 maio 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil−Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 18, p. 17, abr./jun. 2004.

MORAIS, Monica Simone de. Danos morais e danos materiais - você sabe quando tem direito?. Conteúdo Jurídico, Brasília: 07 nov. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=10088&ver=455>. Acesso em: 01 jun. 2018.

MORETTI, Mark J. Top 10: Top 10 points on punitive damages. The Daily Record, 2012. Disponível em: <https://nydailyrecord.com/2012/08/06/top-10-top-10-points-on-punitive-damages/>. Acesso em 07 de maio 2018.

MORGAN, Fred; BOEDECKER, Karl. "Punitive Damages after BMW v. Gore (1996)," Journal of Public Policy & Marketing, 16 (Spring), 163-172. 1997. Disponível em: <https://repository.usfca.edu/elib/4/>. Acesso em: 07 de maio 2018.

MUTUAL Life Insurance Co. V. Haslip et al. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1279.ZS.html>. Acesso em: 30 maio 2018.

NEW YORK Southern District Court Case No. 1:00-cv-01898 In Re: Methyl Tertiary Butyl Ether ("MTBE") Products Liability Litigation Document 2579. Disponível em: <www.plainsite.org/dockets/download.html?id=25383114&z=1dff666a>. Acesso em: 30 maio 2018.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações. V. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009/69619>. Acesso em: 31 maio 2018.

OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform. 39 Vill. L. Rev. 363 (1994) p. 363. Disponível em: <http://digitalcommnslaw.villanova.edu/vlr>. Acesso em: 07 de maio 2018.

OWEN, David. G, Punitive Damages in Products Liability, in Michigan Law Review, vol. 74, 1976. Disponível em: < https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2040&context=law_facpub>. Acesso em: 31 maio 2018.

PASSARINHO, Clarissa y Amoedo de Velloso. Para além da função reparatória: o dano social e as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil. 2013. 57 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/6851>. Acesso em: 04 jun. 2018.

PENNZOIL V, Texaco, Inc., 481 U.S (1987). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/1/case.html>. Acesso em: 30 maio 2018.

PHILIP Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/346/opinion.html>. Acesso em 30 maio 2018.

PITON, Amanda Caetano. Análise das consequências jurídicas da violação nas mídias sociais, do direito de imagem, honra, intimidade e privacidade, na perspectiva do direito civil brasileiro. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18584&revista_caderno=7>. Acesso em: 02 jun. 2018.

REZENDE, Lucas Levi Correia. Indenização punitiva: uma análise acerca do "punitive damages" e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://lucaslcrezende.jusbrasil.com.br/artigos/112312440/indenizacao-punitiva-uma-analise-acerca-do-punitive-damages-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 30 maio 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. RI 71007955297. Terceira Turma Recursal. Recorrente: Sicredi Botucarai RS. Recorrido: Décio Vasconcelos Vaz. Relator: Luís Francisco Franco. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71007955297%26num_processo%3D71007955297%26codEmenta%3D7909914+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71007955297&comarca=Comarca%20de%20Soledade&dtJulg=30/08/2018&relator=Lu%C3%ADs%20Francisco%20Franco&aba=juris>. Acesso em: 30 set. 2018.

ROMERO, Leo M. Punishment for Ecological Disasters: Punitive Damages and/or Criminal Sanctions, 7 University of St. Thomas Law Journal 154 (2009). Disponível em: <http://digitalrepository.unm.edu/law_facultyscholarship/236>. Acesso em 25 maio 2018.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. APL 1130806-44.2016.8.26.0100. 34ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Companhia

Utragaz S/A. Apelado: Pastifício Guidolin LTDA. Relator: Soares Levada. São Paulo, 02 de agosto de 2018. p.5 Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1130806-44.2016.8.26.0100.+&nuRegistro=>. Acesso em: 30 set. 2018.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, n. 22, p. 59, jul./set. 2005.

SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização punitiva. 2011. 387 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 46. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/tesesdisponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>. Acesso em: 25 maio 2018.

SERPA, Pedro Ricardo. Indenização Punitiva. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

SILVA, Cristiane Vieira de Mello e. Alves, Domitila Duarte. Reflexões Sobre Sociedade E Direito. Revista Científica Semana Acadêmica, Fortaleza, n. 30, jun./jul. 2013. Disponível em:<https://semanaacademica.org.br/artigo/reflexoes-sobre-sociedade-e-direito>. Acessado em: 01 jun. 2018.

SILVA, Marco Antônio Marques. Princípio da Legalidade e Estado Democrático de Direito. CJLP. Disponível em: <http://www.cjlp.org/principio_da_legalidade_estado_democratico_de_direito.html>. Acesso em: 03 jun. 2018.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. Função Punitiva dos Danos Morais: A experiência Estadunidense e Portuguesa e a Realidade Brasileira nos 15 anos do CCB. RJBL, Rio Janeiro, n.6, p. 1505-1538, 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common law –introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. Pessoa Jurídica e Direito de Personalidade. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/pessoa-juridica-direitos-personalidade-parte>. Acesso em: 02 jun. 2018.

TAMURA, Acting P. J. Grimshaw v. Ford Motor Co. (1981). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>. Acesso em: 29 maio 2018.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A crescente importância do Direito Comparado. Revista Brasileiro de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 19, p. 155-188, jul./dez.

2000. Disponível em: <www.idclb.com.br/revistas/19/revista19%20(15).pdf>. Acessado em: 01/06/2018.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, Tomo I. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEXACO, Inc. V. Pennzoil, CO. Disponível em: <https://www.casebriefs.com/blog/law/contracts/contracts-keyed-to-calamari/the-agreement-process/texaco-inc-v-pennzoil-co/>. Acesso em: 30 maio 2018.

TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.,509 U.S. 443 (1993). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/443/case.html>. Acesso em: 30 maio 2018.

UILAN, Eduardo. Responsabilidade Civil Punitiva. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2003. No mesmo sentido, KERN, B. R., A Função de Satisfação na Indenização do Dano Pessoal. Revista de Direito do Consumidor, n.º 33, jan./mar. 2000.

VAZ, Caroline. Funções da responsabilidade Civil – da reparação à punição e dissuasão – Os punitive damages no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em 30 set. 2018.

WILKES V. Wood (1763) - The Founders' Constitution 1763. Disponível em: <http://library.intellectualtakeout.org/library/primary-sources/wilkes-v-wood-1763?library_node=103414>. Acesso em: 07 de maio 2018.

OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO BALIZADORES PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS ABUSIVIDADES DAS OPERADORES DE PLANOS DE SAÚDE

Luiz Antonio de Santa Ritta

RESUMO

Pretende-se no presente trabalho demonstrar as abusividades das Operadoras de Plano ou Seguro de assistência à saúde ao limitar, em questão de tempo, as internações, tanto hospitalares como em centros de terapia intensiva Para tanto, utilizaremos, dos princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos de forma a demonstrar nas relações de consumo notadamente as regidas pela Lei de Planos de Saúde (Lei 9.656, de 03.06.1998) como tais vedações em diversos arestos são reprováveis pela doutrina e jurisprudência.

Palavras-Chave: Plano de saúde. Boa-fé Objetiva. Função Social do Contrato. Relações de Consumo. Lei 9.656/98.

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um dos direitos que deve ser assegurado pela Lei, mormente àqueles que se encontrem em situações de risco, amparados em contratos com Operadoras de Planos de Saúde.

Como prevê a Constituição Federal é facultado a iniciativa particular à assistência à saúde, que se dará mediante contratos de prestação de serviços mantidos por usuários em razão da garantia de atendimentos médico-hospitalares e

exames a serem fornecidos no futuro dado o recebimento de uma contraprestação mensal pelos serviços prestados.

Neste sentido, em prima facie, o presente trabalho pretende identificar a natureza destes contratos de planos de saúde, bem como suas características, além do amparo jurídico na atual legislação.

Para tanto, haverá a aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor à Lei 9.656/98 — Lei dos Planos de Saúde — em face de se tratarem contratos de adesão onde há uma pré-elaboração unilateral de cláusulas pré-formatadas em contratos de massa com aceitação da parte vulnerável.

No entanto, a despeito de existirem cláusulas obrigatórias nos contratos de Planos de Saúde, bem como coberturas obrigatórias a serem seguidas pelas Operadoras de Planos de Saúde já se tornou prática comum destas prestadoras de serviços de limitarem o tempo de internação tanto hospitalar, em caso de urgência e emergência, como em centros de terapia intensiva.

Desta forma, são trazidos dois princípios contratuais — a função social do contrato e a boa-fé objetiva — como plano de obra deste trabalho de modo a possibilitar a intervenção judicial frente as abusividades praticadas pelas Operadoras de Planos de Saúde.

A função social do contrato na busca da causa contratual que está voltado este tipo de ajuste nos contratos de planos de saúde, enquanto a boa-fé objetiva, principalmente pelas funções interpretativas e de controle, já que incidem a manifestação, em termos de cláusula, mais favorável ao consumidor, bem como a vedação de cláusulas abusivas.

Neste norte, em diversos arestos são encontrados estes princípios, que se tornaram tanto cláusula geral para aplicação pelo Juiz, como derivaram na geração de súmula jurisprudencial a tolher tal entendimento: de limitação do prazo de internação hospitalar.

Verifica-se a garantia do equilíbrio com aplicação da justiça contratual pelos juízes para vedação da limitação do tempo de internação, tanto em hospital como em centro de terapia intensiva.

2 DO PLANO DE SAÚDE: NATUREZA CONTRATUAL E CARACTERÍSTICAS

A priori, é salutar informar que se tratam os planos de saúde de contratos existenciais diferentemente dos contratos patrimoniais, uma vez que a saúde como engloba o bem estar psicofísico da pessoa, como natureza essencial da manutenção da vida e para o alcance da dignidade da pessoa humana.

É mister que se estabeleça que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, conforme prevê o artigo 199 da Constituição Federal (BRASIL,1988). Com tal amparo, nos dizeres de (GOMES, 2016, p. 77): "o setor de saúde suplementar — o qual engloba todos os prestadores de serviços privados de assistência à saúde, que possuem, por objetivo a obtenção de lucro com o exercício da atividade, mediante o recebimento de contraprestação pelos serviços prestados".

Aliás, o § 1º do artigo 199 da Constituição Federal contempla que "As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferencia as entidades filantrópicas sem fins lucrativos". (BRASIL,1988). No entanto, é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, conforme § 2º da Carta Magna.

Como norma regulamentadora dos Planos e seguros privados de assistência à saúde, apenas em 03.06.1998, o legislador infraconstitucional se dispôs a regulamentar e fiscalizar os serviços prestados pelas operadoras através da Lei 9.656, os quais estão vinculados à ANS (Agência Nacional Suplementar).

Consoante redação dada pela Medida Provisória 2.177-44, de 24.08.2001, definiu no artigo 1º inciso I, o Plano Privado de Assistência à Assistência à Saúde da seguinte forma:

> Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor. (BRASIL, 2001)

Importante registrar, que (GOMES, 2016) em face da definição de Plano Privado de Assistência Privada, este contrato consiste num negócio de prestação de serviços, por prazo indeterminado, de nítida natureza securitária — haja vista que somente são exigidos pelos beneficiários, caso venham a necessitar de algum exame/tratamento médico, ou seja, dependem de evento aleatório — por meio do qual, em face do pagamento de prestação mensal pelo cliente/beneficiário, a operadora se obriga a garantir o tratamento de saúde daquele, sempre que necessário.

Quanto à existência de um evento aleatório é bom ressaltar que há dois tipos os contratos abarcados pela Lei 9.656/98, os seguro-saúde que são contratos aleatórios, que na boa definição de (Pereira, 2013, p. 61) “são contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e susceptível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a de outra parte.” Embora envolva um risco, álea para um dos contratantes que terá na prestação envolvida com cálculos atuariais. Tal difere dos contratos de planos de saúde, comutativos, com prestação certa e determinada.

Em sequencia há a definição de Operadora de Plano de Assistência à Saúde no inciso II do mesmo dispositivo, in verbis:

> Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo. (BRASIL, 2001)

Como subsidiariedade à legislação específica, o artigo 35-G estabelece que:

> Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990. (BRASIL, 2001)

No entanto, ocorre uma impropriedade técnica do legislador, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é uma lei geral principiológica relativa a todas as relações de consumo, à medida que a Lei 9.656 dos Planos de Saúde é uma lei especial relativa a apenas uma relação de consumo. Portanto, deve haver uma aplicação cumulativa e complementar do Código de Defesa do Consumidor à Lei 9.656,/98, haja vista que da "lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, a passo que à legislação específica caberá reger, de forma minudenciada, os planos de saúde, conforme Marques e Schmit (2008).

A propósito, temos que trazer à baila a tese do diálogo das fontes, de Erik Jayme, trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, que sobretudo teve primeira aplicação com a possibilidade de fundamentação do Código de Defesa ao Consumidor ao Código Civil, ao campo das relações obrigacionais, principalmente contratos. Tal aproximação se deu através dos princípios sociais contratuais da boa fé e da função social dos contratos.

Sob a ótica de contrato de prestação de serviços de saúde temos que esclarecer está pautado das normas do Código de Defesa do Consumidor diferentemente do Código Civil, mas com incidência subsidiária de normas do regime civil, ou seja, inadimplência, etc.

No que concerne a incidência complementar do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de saúde, não resta dúvida que o usuário ao celebrar um dos diversos tipos de contratos existentes na Lei 9.656 realiza um relação de consumo, em que de um lado se encontra o consumidor como estatuído no art. 2º da Lei 8.078 e de outro a operadora do Plano de Saúde, que se notabiliza como como fornecedor (art. 3º), conforme abaixo:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
>
> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Já ficou pacificado na jurisprudência a Súmula do Tribunal de Justiça de nº 469, de 06.12.2010 que há aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor aos Planos de Saúde, conforme o seguinte texto: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos Planos de Saúde". (BRASIL, 2010)

No entanto, em recente decisão jurisprudencial o STJ entendeu pelo não cabimento da Súmula em relação aos planos de autogestão, em razão da não comercialização ao público em geral, ou seja, a empresa empregadora assumi a responsabilidade pela gestão e pelo fornecimento de serviços de assistência médico-hospitalar. De tal forma que a Súmula 469 foi cancelada, passando a vigorar a Súmula STJ 608, de 17.04.2018: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão". (BRASIL, 2018)

Neste diapasão, em termos de classificação da Lei de Planos de Saúde, faz se necessário que se diga que a Lei de Planos de Saúde, quanto ao segmento de cobertura, divide os contratos de planos de saúde em duas espécies: Plano de Referência e planos segmentados.

O Plano de Referência, de acordo com o artigo 10 da Lei 9.656/98, compreende uma espécie contratual de oferecimento obrigatório por todas operadoras de plano de saúde, excetuando-se apenas as pessoas jurídicas que mantém sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos. (BRASIL, 1998).

Já os Planos Segmentados se caracterizam por ser ramificações do Planos de Referência, ou seja: plano ambulatorial, plano hospital, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico.

Quanto ao aspecto temporal da Lei 9.656/98 importante registrar que o § 2º do artigo 10 dispõe que as pessoas jurídicas deverão oferecer o plano de referencia, a partir de 3.12.1999, a todos os seus atuais e futuros consumidores, sendo o artigo 35-E vedou a interrupção de interrupção de internação hospitalar em leito clínico ou em centro de terapia intensiva, aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei (02.09.1998).(BRASIL, 2001).

Recapitulando o conceito de Operadora de Plano de Saúde acima transcrito, as formas de planos de saúde são classificadas nas seguintes modalidades: Administradora de Benefícios, Cooperativa Médica, Cooperativa Odontológica, Autogestão, Medicina de Grupo, Odontologia de Grupo, Filantropia e Seguradora Especializada em Saúde.

Ademais, em face da inexistência de paridade de armas, diante de que é um contrato de adesão numa relação massificada em que o usuário do Plano de Saúde não pode discutir as cláusulas pré-formatadas, conforme o artigo 54 do CDC, ou seja, segundo (GOMES, 2016, p. 69) "a redação dos contratos de planos de saúde é composta de cláusulas limitativas que excluem determinados procedimentos de cobertura, sem levar em conta os interesses da parte aderente", nem mesmo a natureza do bem jurídico objeto do instrumento contratual.

No entanto, tal discricionariedade das operadoras de planos de saúde é reduzida com a introdução pela Lei 9.656/98 de cláusulas contratuais obrigatórias constantes do artigo 16:

> Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:
>
> I - as condições de admissão;
>
> II - o início da vigência;

> III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;
>
> IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15;
>
> V - as condições de perda da qualidade de beneficiário;
>
> VI - os eventos cobertos e excluídos;
>
> VII - o regime, ou tipo de contratação:
>
> a) individual ou familiar;
>
> b) coletivo empresarial; ou
>
> c) coletivo por adesão;
>
> VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;
>
> IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;
>
> X - a área geográfica de abrangência;
>
> XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.
>
> XII - número de registro na ANS
>
> Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.(BRASIL, 2001)

Diante de que os contratos de planos de saúde não são paritários não podemos esquecer que são sinalagmáticos, na medida em que envolvem prestação e contraprestação, além de consignar a comutatividade e onerosidade.

Quanto à caracterização dos contratos de adesão, afirma Marques (2011):

> Podemos destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, pelo qual o consentimento se dá por uma simples adesão à vontade

> manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

Embora haja a unilateralidade do contrato, não devemos nos esquecer que a aceitação pelo oblato se deveu em razão da garantia de atendimentos médico-hospitalares, bem como exames em prol da saúde do usuário, em circunstância futura e incerta.

Diante da indeterminação dos consumidores abrangidos no contrato de adesão, urge esclarecer que o inciso VII do artigo 16 da Lei 9.656 determina o regime ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão. Fica claro, segundo a ANS que o primeiro tipo está excluído da classificação como contrato de adesão.

Adverte (GOMES, 2016, p. 121) que um outro ponto dos "contratos de plano de saúde, além de possuírem a natureza existencial, se enquadram quanto ao método de contrato de adesão; e quanto à sua função na sociedade, constituem espécie de contrato cativo de longa duração".

Estes contratos cativos de longa duração se enquadram como contratos coligados, que segundo (Pereira, 2013, p. 68):

> contratos coligados são resultado de uma hipercomplexidade contratual que decorre da necessidade de concretização de interesses cada mais intrincados e que devem conectar-se com outras situações jurídicas que a estes estejam ligados. Ocorre uma conexão funcional entre os contratos, fazendo com que só uma executividade jurídica se outro também tiver, formando assim uma rede de contratos interdependentes. Exemplo típico encontra-se em contrato de plano de saúde em que coligam prestação de serviços médicos, de hospitalização, fornecimento de medicamentos e de seguro, etc..

A denominação de "contratos cativos de longa duração é atribuída por Marques (2011) aos contratos que se enquadram na seguinte caracterização:

> Trata-se de serviços que promete segurança e qualidade, serviços cuja prestação é descontínua, de fazer e não fazer, de informar e de não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. São serviços contínuos e não imediatos, serviços complexos e geralmente prestados por fornecedores indiretos, fornecedores-terceiros,

> aqueles que realizam o 'objetivo' do contrato – daí a importância da noção de cadeia ou de organização interna de fornecedores e sua solidariedade. O contrato de longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que os contratos de execução imediata. Esses contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças nas condições sociais, econômicas e legais da sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelos consumidores (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações, A capacidade de adaptação, de cooperação entre os contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial básica.

Diante da incerteza quanto à doença, os contratos de longa duração são contratos de trato sucessivo, de modo que o consumidor e a coletividade ao aceitá-lo tem como propósito também manter a saúde financeira do fornecedor, que recebe uma remuneração pré-estabelecida, podendo ocasionalmente ter revisão técnica da carteira em função de desequilíbrios decorrentes da variação de custos assistenciais e frequência de utilização, conforme § 1º do artigo 3º. da Resolução ANS 19/2).

Conforme consagrado como direito fundamental o inciso XXXII do artigo 5º. da Constituição Federal: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 1998), assim e imperioso que o consumidor como parte vulnerável da relação (art. 4, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito), tanto técnica como econômica, desfrute, na justiça distributiva, da proteção do Estado:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
>
> I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Isto consagra na renomada advertência do Padre Lacordaire, no sentido de que, entre o forte o fraco, é a liberdade que oprime e a lei que liberta ("entre le fort e le failble c'est la liberté qui oprime et la loi qui affranchit'').

Segundo Nunes (2017), a vulnerabilidade técnica nos contratos de adesão decorre do esvaziamento da escolha do consumidor, quanto ao que a operadora do plano de saúde oferece em termos do que, quando e de que maneira a prestação de serviço ser-lhe-á oferecida, objetivando unicamente interesses empresariais, ou seja, o lucro. Já a vulnerabilidade econômica decorre da maior capacidade econômica que o fornecedor tem em relação ao usuário do plano de saúde.

Diante do que prescreve o artigo 373 do CPC, ônus da prova incumbe ao autor em face do fato constitutivo do seu direito, que combinado com o CDC teria de provar o nexo de causalidade da prestação de serviço com vício, do dano, de forma a pleitear a indenização pelo vício do serviço no plano de saúde. Todavia de acordo com o poderio do prestador de serviço de saúde, o Código de Defesa do Consumidor trata diversamente e garante a inversão do ônus da prova em Juízo, a critério do juiz quando for verificada verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. (BRASIL, 2015)

Neste sentido, o juiz não precisa ficar adstrito a legalidade, podendo considerar, conforme o caso, o que seja mais conveniente ou oportuno, de acordo com o Parágrafo Único do Artigo 723 do CPC. (BRASIL, 2015)

Mas diante da ampla defesa e contraditório, o Juiz pode formar convicção de modo diferente em face das alegações do autor ou diante da hipossuficiência do consumidor, que segundo Nunes (2017) tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o dano, das características do vício, etc.

Conforme GOMES (2016):

> a análise de possível abusividade de determinada cláusula de contrato de plano de saúde pelo magistrado deve levar em consideração, além das disposições específicas da Lei nº 9.656/98, a disciplina acerca de cláusulas abusivas presentes no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que referido texto legal consagra, dentre os direitos básicos do

> consumidor, a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV).

Além disso, na excelente lição de (Martins-Costa, O direito privado como um sistema em construção, 2000, p. 28), a cláusula geral:

> constitui uma disposição normativa que utiliza no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico. Essa disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência para que à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas.

3 BOA-FÉ OBJETIVA E A FUNÇÃO SOCIAL COMO DIRETRIZ NO PLANO DE SAÚDE

Em face da busca da causa contratual na função social do contrato e principalmente, pela funções de controle e interpretativa existentes na boa-fé objetiva, que consagramos que tais princípios são norteadores dos contratos de planos de saúde,

A causa contratual como uma função econômica e social de cada típico ajuste. Segundo (Betti, 1994, p. 180) afirmava que:

> a causa do contrato deve atender uma exigência de sociabilidade determinada pela função ordenadora do direito e que, por isso, a cada tipo contratual genérico (troca de bens ou serviços, cooperação, gestão de negócios, beneficência, etc.) deve corresponde um interesse socialmente variável prévia e abstratamente, a configurar verdade tipicidade da causa, antes social que jurídica, conteúdo, afinal, da função econômico-social dos ajustes.

No caso específico dos planos de saúde segmentados, do tipo hospitalar, que abranjam internação existem três tipos de vedações. A primeira relativa a limitação do prazo de internações hospitalares; a segunda relativa o valor máximo de internações; e por último ao ao local específico desta internação, ou seja em centros de terapia intensivo.

> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo,

> respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:
>
> II - quando incluir internação hospitalar:
>
> a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos
>
> b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente. (BRASIL, 2001)

Alerta-se que a simples relação as coberturas contratadas quanto à cobertura dos planos de saúde, em segmentados, não exclui os planos de referência em razão da amplitude do atendimento.

Adverte-se, também, que a imprevisibilidade da doença não exime a operadora de plano de saúde de limitar o prazo de internação hospitalar, eximindo-se da obrigação contratual, já que o tempo necessário ao restabelecimento de saúde do usuário é inerente a cada um.

Godoy (2004) já advertia que a abusividade de limites de internação hospitalar ou em centro de terapia intensiva ligadas a doenças cobertas verifica-se nos arestos existentes à época pela verificação da finalidade social a que voltada este tipo de ajuste. O recurso à identificação da "finalidade" ou "natureza" do contrato, exatamente a procura de sua causa, enquanto caracterização do ajuste e, a partir daí, do controle da abusividade, mas em última análise, do atendimento da sua função social.

Através da causa e do controle da juridicidade do contrato verifica-se a obediência a função social do contrato, que segundo (Bessoni, 1982, p. 27): "função econômica e social do contrato é fórmula de extrema síntese, que designa eficazmente o objeto e a finalidade das formas de controle judicial".

Quanto à boa-fé objetiva que se exterioriza em (3) três funções: integrativa, de controle e interpretativa. Relatamos a necessidade de verificar as funções de

controle e interpretativa, uma vez que a de controle tem por mister a verificação dos exercício abusivo dos direitos subjetivos dos contratantes, que se denota em contratos de massa; e também a interpretativa em face do critério hermenêutico de privilegiar o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade dos contratantes.

Isto se dá em relação a boa-fé objetiva dado uma estreita relação com artigos do Código de Defesa do Consumidor, em especial o artigo 51, que trata das cláusulas abusivas existentes em contratos de planos de saúde e também, e o artigo 47 que explicita que as cláusulas serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

No entanto, o dever de informação objeto da função integrativa da boa-fé objetiva não se torna menos importante diante da proteção das legítimas expectativas geradas para o usuário de plano de saúde, em face da complexidade quanto à cobertura de determinada assistência à saúde por ele contratada. Principalmente, segundo GOMES (2016), não ser incomum o usuário aderir ao contrato sem ter conhecimento de seu real conteúdo, acreditando que obterá amparo geral da assistência médico-hospitalar a todos os riscos futuros à sua saúde, sobretudo em situações de urgência e emergência e iminente risco de vida, em razão de não ter conhecimento técnico suficiente para discernir se determinada doença ou procedimento está ou não excluída da cobertura.

Desta forma, os contratos de plano de saúde com características nitidamente existenciais devem propiciar ao usuário em face do dever de informação implícito no princípio da boa-fé objetiva, na função integrativa, pleno conhecimento em todas as fases contratuais — pré-contratual, na contratual e na pós-contratual.

Tal objetivo é destacado por TARTUCE (2007), no artigo 422 do Código CC, no tocante a todas as fases contratuais nos dois Enunciados da I e III Jornada de Direito Civil, respectivamente: “o artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós”; e “a boa fé objetiva deve ser observada pelas partes nas fases de negociações preliminares e após a execução do contrato, quanto tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Desse modo, a permitir ao contratante perfeita compreensão da cobertura contratada, inclusive em contratos de massa, em que se redija com destaque cláusulas limitativas/excludentes de cobertura, conforme consignado nos artigos 31 e 46 do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcritos. Caso contrário, a operadora de plano de saúde está fadada a ser responsabilizado por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.
>
> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Tal dever de informar é ressaltado por Gomes (2016) na atribuição prevista a operadora de plano de saúde, notadamente no parágrafo único do artigo 16 da Lei n º. 9.656/98, que assim, dispõe, in verbis:

> Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

A título de exemplo, diversos arestos tratam na contratação de plano de saúde em que não sejam exigidos exames prévios dos usuários, não podem futuramente tolher o direito de internação hospitalar com a alegação de doença pré-existente.

Com enfoque ainda no princípio da boa-fé objetiva há de ressaltar a tutela da confiança de suma importância na execução das obrigações decorrentes de contratos de planos de saúde, de modo a não corresponder com as legítimas expectativas do usuário, notadamente quando ao tratamento adequado da doença prevista em contrato, bem como resolução do contrato pelo inadimplemento mínimo do usuário.

Diante de tais posicionamentos em relação à função social do contrato e a boa-fé objetiva verifica-se plenamente a aplicação de tais princípios como balizadores dos contratos de plano de saúde, sendo, no entanto, necessário uma exposição mais detalhada dos conceitos e links do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor à Lei 9.656/98.

3.1 Função social do contrato à luz do CC, CDC e Lei dos Planos de Saúde

É necessário que refaça uma recapitulação da função social do contrato com intuito de se entender como há aplicação do solidarismo na eficácia interna, que se espraia pelos planos de saúde; como há a mitigação da liberdade contratual nos contratos de adesão dos planos de saúde; além de que entender a mitigação dos efeitos dos contratos em relação a terceiros que não façam parte do ajuste.

Com o Código Civil de 2002 veio a previsão em seu art. 421 da função social: "A liberdade de contratar será exercida em razão e no limites da função social do contrato". (BRASIL, 2002)

No campo das cláusulas vexatórias que agravam a situação do aderente, adverte (Martins-Costa, A boa fé no direito privado, 2000, p. 353) ao analisar o artigo 421 do CC de que a função social é:

> uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, o que é reafirmado [pelo novo Código Civil], estando na base da disciplina contratual e constituindo o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de limitação da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo artigo 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Na sua concreção o Juiz poderá avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação das cláusulas contratuais abusivas, inclusive para efeito de formar, progressivamente, catálogos de abusividade

Sabemos a autonomia da vontade contém dois subprincípios a liberdade de contratar e a liberdade contratual. A liberdade de contratar diz respeito a escolha das pessoas com que será celebrado o negócio. Enquanto a liberdade contratual traz a ideia das condições a serem assinaladas no contrato.

De acordo com Tartuce (2007) define o princípio da função social dos contratos como um regramento contratual de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC), pelo qual o contrato deve ser, necessariamente analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade".

Assim segundo este autor a função social está intimamente ligada ao conceito de finalidade e utilidade, ou seja, se o contrato não atende a finalidade social, o interesse público, o princípio da função social vai agir cerceando a autonomia da vontade, invalidando o contrato. Repito, o princípio da função social do contrato é princípio que dá lastro ao contrato, lhe dá validade no mundo contratual.

De antemão, traremos os pilares onde respaldam a dupla eficácia da função social do contrato, ou seja a eficácia interna (entre as partes contratantes) e a eficácia externa (para além das partes contratantes).

Diante dos princípios esculpidos nos incisos III do artigo 1º. e inciso I do artigo 3º. da Constituição respectivamente, da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade, livre, justa e solidária (solidarismo) que dão alicerce a eficácia interna da função social do contrato e quando presentes interesses metaindividuais, ou seja, interesses coletivos, em sentido lato, daremos guarita a eficácia externa da função social do contrato. (BRASIL ,1988)

Vale ressaltar os interesses metaindividuais ou transindividuais, que transcendem ao indivíduo, também estão previstos constitucionalmente nas atribuições acometidas ao Ministério Público quanto a ação civil pública no inciso III do art. 129, quanto a ação civil pública de outros interesses difusos e coletivos. (BRASIL,1988)

A eficácia interna da função social encontra amparo na pesquisa da causa contratual, sua razão prática de ser, determinante do concreto interesse a satisfazer as expectativas supostas naquele negócio de transferência de riquezas, ou seja, a causa mantém estrita relação com a finalidade e utilidade do negócio

Claro que as expectativas ou motivos objetivados no ajuste, expressa ou tacitamente, parte integrante dos interesses a serem atingidos se inserem no plano subjetivo dos contratantes, quer dizer, pessoal das partes contratantes.

Se porventura o contrato desviar de prestar-se ao seu objetivo, entrará o controle da juridicidade da função social que ele em consonância com a utilidade e finalidade deve ostentar, em face da abusividade praticada inter partes.

Já a eficácia externa da função social do contrato tem estreita relação com o tema de contratos coligados ou conexos, qual seja de ajuste interdependentes ou inter-relacionados que, não fizeram parte do contrato, expandindo-se assim a oponibilidade dos contratos.

Importante registrar, no tocante a mitigação do princípio da relativização dos efeitos do contrato, conforme assinala (GOMES, 2016, p. 150):

> existem duas hipóteses básicas: a) terceiros à relação contratual devem respeitar "os efeitos do contrato no meio social, sendo vedada a atuação dolosa que prejudique o direito subjetivo do contratante; e b) terceiros à relação contratual tem o direito de não sofrerem reflexos prejudiciais dessa relação da qual não fazem parte.

Neste particular, sobre a ótica da forma de atuação das operadoras de planos de saúde, abordamos a hipótese da modalidade de Administradora de Benefícios, que nada mais é que, conforme artigo 2 da Resolução Normativa n º 196, de 14.07.2009, que a Pessoa Jurídica que propõe a contratação do Plano de Saúde na Coletivo na condição de Estipulante. Neste sentido o usuário ou plano privado de assistência à saúde contrato não pode ser prejudicado na relativização dos efeitos do contrato.

Ressalte-se que esta dupla eficácia social foi objeto do Enunciado de n º 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil , pelo qual "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance deste princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana". (BRASIL, 2003)

No tocante à eficácia externa da função social do contrato ou a oponibilidade dos contratos a terceiros, o que nos interessa no presente caso quanto à mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos nas relações de massa ou na estandardização dos contratos, visando permitir a maior circulação de riqueza, que se deu com a Lei 8.078. (BRASIL, 1990)

Com a Lei 8.078 — Código de Defesa ao Consumidor — se introduziu no mercado os contratos de adesão, que conforme o art. 54 e conceitua como:

> aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. (BRASIL, 1990)

Entende Gomes (1996) que há um monopólio no contrato de adesão em que razão do "o que caracteriza o contrato de adesão é uma circunstância de aquela a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido".

Como já ressaltado pela tese do diálogo de fontes do Código do Consumidor ao Código Civil se deu através dos princípios sociais contratuais da boa fé e da função social dos contratos.

Como premissas a dar complementaridade aos dois sistemas (CC e CDC), assinala (Tartuce, 2007, p. 87) que:

> a) nunca poderá trazer ao consumidor uma situação de desvantagem, caso o Código de Defesa ao Consumidor fosse aplicado isoladamente;

> b) ambos sistemas são de ordem pública e de interesse social, sendo que o Código Civil mantém estreita relação com a função social do contrato;
>
> c) aplicação dos critérios de hierarquia, de especialidade e cronológico quando da existência de situações de antinomia;
>
> e por último, da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, no sentido de estabelecer um diálogo com a Constituição Federal.

Com a edição da Lei 8.078/90, GODOY (2004) considera importante a questão de garantia de confiança no produto ou serviço oferecido em massa no mercado, que foi tratado sob à teoria da qualidade, que possui duas vertentes:

> uma em que trata do fato do produto ou serviço (acidente de consumo), onde a potencialidade do dano se encontra na incolumidade física ou psíquica do consumidor ou terceiro a ele equiparado (bystander) consubstanciado nos artigos 12 e seguintes do CDC;
>
> e a segunda vertente que trata da quebra da relação qualidade/adequação do produto ou serviço importando na frustação da expectativa do consumidor sobre o uso razoável esperado do produto ou serviço, traçada nos artigos 18 e seguintes do CDC. (BRASIL, 1990)

3.2 Boa-fé objetiva sob a ótica da ordem jurídica de direito privado e a Lei dos Planos de Saúde

De início, cabe ressaltar que Fichtner Pereira (2001), assinala que a exemplo da função social do contrato, a boa-fé objetiva tem previsão constitucional no princípio implícito do solidarismo, esculpido no inciso I do artigo 3 e na ordem econômica (artigo 170), além do Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º inciso III) e Código Civil.

A princípio, o artigo 422 do Código Civil apresenta a função integrativa da boa-fé objetiva que é uma das principais fonte de deveres anexos ou acessórios que os contratantes devem manter nas relações obrigacionais, conforme transcrito: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. (BRASIL, 2002)

Faz mister ressaltar que Azevedo (2000) que estes deveres contratuais da boa-fé se iniciam nas negociações preliminares, se põem na fase contratual, como se estendem a fase pós-contratual. No tocante a esta última fase, de igual modo, (MENEZES CORDEIRO 1984) assevera que os deveres anexos dão causa a responsabilidade pós-contratual, de culpa post factum finitum.

Diante da dúvida perante à doutrina de que o descumprimento dos deveres anexos seriam reputados à responsabilidade contratual ou aquiliana, Menezes Cordeiro (1984) acrescenta que há uma cláusula geral sobre responsabilidade delitual, a que diretamente subsumíveis hipóteses de violação de deveres anexos, enfim uma demonstração de desatenção do dever genérico de na causar prejuízo a outrem (neminem ladere), dispensam-se a ficção de recorrer a uma contratualidade que reputa inexistente para os deveres laterais, o que reforça pela inexistência de um contrato ou dever de uma prestação principal, em algumas situações.

Quanto aos deveres acessórios, (Menezes Cordeiro, 1984, p. 439) reduz a tipificação a três genéricos deveres:

> o dever de proteção, abrangente de preservação da incolumidade de terceiros;
>
> o dever de esclarecimento, que impõe às partes a obrigação de informar o seu contratante;
>
> o dever de lealdade, aí compreendidos os deveres de omissão de condutas que frustrar o objetivo do ajuste, de sigilo sobre dados obtidos em razão do contrato e cuja divulgação possam prejudicar a consecução de suas finalidades, de assistência e colaboração para com outro contratante.

No particular quanto ao dever de informar, GODOY (2004) entende ser indispensável na relação contratual, conduta de transparência, de esclarecimento sobre os dados, objeto e características atinentes ao contrato, envolvendo inclusive o aconselhamento, quando se trate de ajustes específicos, a que inerente a qualificação técnica de uma das partes, como são os contratos médicos ou de planos de saúde.

No artigo 113 do Código Civil está a previsão da função interpretativa da boa-fé objetiva, de acordo com a seguinte transcrição: “Os negócios jurídicos devem

ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".(BRASIL, 2002)

Segundo Noronha (1994), as cláusulas contratuais devem entendidas de acordo com o sentido objetivo e aparente, interpretando-se-as sempre em função de um significado que o "standart" de conduta leal aponte ser o mais razoável.

Por fim, a função de controle da boa-fé estampada no artigo 187 do Código Civil em que sanciona o abuso do direito, com nulidade, parcial ou total, do contrato, sem prejuízo da reparação do dano sofrido pela vítima, conforme transcrevo: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes. (BRASIL, 2002)

Segundo Godoy (2004) uma relevantíssima função que vem sendo atribuída a boa-fé objetiva e, guarda instrumentalidade com o princípio da função social do contrato é a boa-fé objetiva como limite de direitos subjetivos como o abuso do direito e a exceptio doli, qual seja alguém demandado judicialmente opor, em defesa, o dolo de quem demanda que deverá devolver.

Para (Martins-Costa, 2000, 460) na limitação de direitos subjetivos pela boa-fé objetiva revela-se a teoria de atos próprios onde:

> se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé. O seu efeito primordial é impedir que a parte, ou valha-se do seu próprio cumprimento para beneficiar-se da disposição contratual e legal.

Daí derivam da aplicação da doutrina do *tu quoque* e, de outro, *venire contra factum proprium.* Do primeiro evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer o direito dessa mesma norma inferido, como assevera Menezes Cordeiro (1984). Ainda em relação ao *tu quoque*, decorre a *exceptio non adimpleti contractus.*

Em análise particular do *tu quoque* no âmbito médico, podemos inferir na situação em que pai no leito de morte sem expectativas de vida pelo corpo clínico hospitalar, o filho desligue os aparelhos, praticando eutanásia, embora ele ainda esperançoso de um tratamento. Fato em que termos de amparo legal — a eutanásia — não encontra respaldo no direito brasileiro.

Quanto ao *venire contra factum próprio* evidencia-se, segundo o mesmo autor, em exercício contraditório externado pelo próprio indivíduo. De modo a sua configuração: "postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro — o *factum proprium* — é, porém, contrariado pelo segundo". Conforme Martins-Costa (2000), na base da regra do *venire* está a tutela da confiança da contraparte, da expectativa que lhe foi criada e de não é elemento, ainda da correta advertência da autora, a negligência culpável de quem exerce, aí então indevidamente o direito.

No âmbito do plano de saúde, *o venire contra factum proprium* encontra-se configurado no Resp 714.947-RS em que um usuário de plano de saúde, após ser diagnosticado com um câncer de bexiga, foi acometido de infecção hospitalar, passando por diversas cirurgias. Após esgotados todos os dias de cobertura recursos previstos no Contrato de Assistência Médica, o de cujus foi incentivado para migrar para um plano superior, independentemente de cumprimento da carência. Logo após ter aderido ao plano, necessitando de cuidados médicos, a empresa ré informou-o de que não havia o cumprimento da carência. (BRASIL, 2006).

Diante disso a empresa ré foi condenada "ao pagamento de todas as despesas decorrentes da internação hospitalar do segurado, conforme postulado na inicial, bem como a indenizar os danos morais sofridos pela autora, fixados em 50 salários mínimos . A r. sentença foi mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como negado embargos declaratórios. (BRASIL, 2006)

Em Recurso Especial perante o Supremo Tribunal de Justiça, o Ministro Cesar Asfor Rocha deu o brilhante voto:

> Não desconheço o entendimento desta Corte, aliás invocado no Recurso especial, no sentido de ser indevida a reparação moral em hipótese de mero inadimplemento contratual. No caso sob exame, todavia, penso que a conduta da demandada desbordou dos limites do simples desrespeito ao contrato. [...] Na espécie a empresa foi além. Não bastasse haver imposto aludida limitação, ainda incentivou o falecido a migrar para plano superior, sob a promessa de contornar imediatamente tal restrição temporal, sem qualquer carência. Porém, ***de forma contraditória***, recusou a cobertura de cirurgias justamente sob o argumento de não haver sido transcorrido o prazo de carência" A ementa da decisão é significativa: "Ação indenizatória. Dano moral. Plano de saúde. Recusa indevida na cobertura de cirurgias. O reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, de circunstâncias que excedem o mero descumprimento contratual, torna devida a reparação moral. Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, 2006, grifo do autor)

Complementando a teoria de atos próprios, que se revela uma restrição aos direitos subjetivos, (Díez Picazo, 1986, p. 22) denomina de *supressio e surrectio*.

> O conteúdo do primeiro: "Um direito subjetivo ou uma pretensão não pode ser exercida quando o titular não só se preocupa por um longo tempo em fazê-lo, mas tem até dado origem a sua atitude omissa de que o adversário da reivindicação pode objetivamente esperar que o direito não vai mais se exercitar". Quanto a *surrectio*, segundo o mesmo autor, ao invés de restringir um direito serve para criar outro direito, em face do comportamento continuado da pessoa.

No âmbito dos planos de saúde, (Thedoro, 2014, p. 65) apresenta um mecanismo equitativo da *surrectio* na jurisprudência, especificamente os embargos de declaração no Resp 1.159.621/RJ, em que o beneficário de seguro de vida que vem sendo sistematicamente prorrogado durante longos anos, não pode ser surpreendido, em determinado momento, com a recusa imotivada de renová-lo (BRASIL, 2011)

4 POSICIONAMENTO JURISDICIONAL SOBRE A LIMITAÇÃO DA COBERTURA DOS PRAZOS DE INTERNAÇÃO EM PLANOS DE SAÚDE

Vale destacar que a jurisprudência era enfática ao entendimento de que as cláusulas de limitações de internações hospitalares, antes da vigência da Lei

9.656/98, eram consideradas não abusivas tendo em conta o “pacta sunt servanda”, conforme ementa in verbis:

> PLANO PRIVADO DE SAUDE. CLAUSULA QUE LIMITA O PERIODO DE INTERNAMENTO HOSPITALAR DO ADERENTE BENEFICIARIO. LEGALIDADE. NAO E ABUSIVA, OU ILEGAL, FRENTE AO CODIGO DO CONSUMIDOR, CLAUSULA CONTRATUAL QUE LIMITE O PERIODO DE INTERNAMENTO HOSPITALAR DO CONTRATANTE ADERENTE E BENEFICIARIO A PLANO PRIVADO DE SAUDE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISAO QUE DEFERIU LIMINAR EM CAUTELA INOMINADA QUE SUPERA O PREVISTO NO CONTRATO. PROVIMENTO DO RECURSO, POR MAIORIA. (Agravo de Instrumento No 599059300, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 30/06/1999) (BRASIL, 1999)

No quadro da segmentação com internação hospitalar, diferentemente de planos ambulatoriais e odontológicos preveem nos incisos do artigo 12 da Lei 9.656/98, a vedação de limitação do prazo, valor máximo e quantidade de internações, conforme transcrito abaixo:

> II - quando incluir internação hospitalar:
>
> a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos
>
> b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; (BRASIL, 2001)

A abusividade de cláusulas limitativas de prazo de internação foi consagrada em virtude do inciso IV do artigo 51 e inciso II do § 1º do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem

> exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;
>
> § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
>
> II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; (BRASIL,1998)

Destaca-se o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir do Resp 158.728, de 16.03.1999, e seguido nos Resp 251024/SP, Resp 249423/SP e Resp 402727/SP:

> Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a **boa-fé** e a eqüidade. 3. Recurso especial conhecido e provido.(Resp 158728/RJ Rel Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 16/03/1999, DF 17/05/1999, p. 197) I(BRASIL, 1999)
>
> DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da

> Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, **o juiz deve atender aos fins sociais** a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III – Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial (Resp 251024/SP, Rel Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Segunda Seção. Julgado em 27/09/2000, DJ 04.02.2002, p.270) (BRASIL, 2000)
>
> PLANO DE SAÚDE. Internação. UTI. É abusiva a cláusula que limita o tempo de internação em UTI. Recurso conhecido e provido (Resp 249423/SP, Rel.Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma. Julgado em 19/10/2000, DJ 05.03.2001, p. 170) (BRASIL, 2001)
>
> PLANO DE SAÚDE – REEMBOLSO – HOSPITAL NÃO CONVENIADO – LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO – CLÁUSULA ABUSIVA. I- O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado é admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc). Se tais situações não foram reconhecidas pelas instâncias ordinárias, rever a conclusão adotada encontra óbice no enunciado 7 da Súmula desta Corte. II – Consoante jurisprudência sedimentada na Segunda Seção deste Tribunal, é abusiva a cláusula que limita o tempo de internação hospitalar. Recurso especial parcialmente provido. (Resp 402727, Rel. Castro Filho, Terceira Turma, Julgado em 09/12/2003, DJ 02/02/20004, p.333) (BRASIL, 2003)

Com tais posicionamentos, o STJ formulou, em 22.11.2004, a Súmula nº 302, com os seguintes dizeres: "É abusiva a cláusula contratual de plano de Saúde que limite o tempo de internação hospitalar". (BRASIL, 2004)

Conforme consigna GOMES (2016), nula é cláusula limitativa de internação, até porque o usuário não possui, por óbvio, a capacidade de controlar o tempo de internação, o que depende, exclusivamente, da evolução do seu quadro clínico, situação esta, em grande maioria dos casos, foge até o próprio controle do médico responsável pelo tratamento.

De igual modo, a exigência de carência como forma de limitar a internação do usuário, ainda mais numa situação de urgência ou emergência, é vexatória, a tal

ponto que ultrapassado o prazo de 24 horas para contratação é considerada abusiva, conforme ementa in verbis:

> CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA. INTERNAÇÃO EM UTI. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE ATENDIMENTO. CLÁUSULA ABUSIVA. NEGATIVA INDEVIDA DE ATENDIMENTO. DANOS MORAIS IN RE IPSA CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA. I ? Considera-se abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado, pois, a limitação do tratamento às primeiras 12 horas da emergência, deixa o consumidor em posição nitidamente desfavorável em relação ao fornecedor, encontrando óbice no enunciado da Súmula 597/STJ: ?A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação?. II - A recusa indevida da operadora de plano de saúde à cobertura de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, dá origem ao dever de reparar o dano moral in re ipsa, consistente no agravamento do estado de aflição e angústia do paciente. Sentença reformada para condenar a ré ao pagamento de danos morais ao autor. III - Recurso provido.(TJ-DF 00073826420178070006 DF 0007382-64.2017.8.07.0006, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 11/04/2018, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/04/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) (BRASIL, 2018)

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. LEGALIDADE. SITUAÇÃO DE CARÊNCIA E EMERGÊNCIA. MITIGAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, é lícita a cláusula contratual que prevê prazo de carência para utilização dos serviços prestados pelo plano de saúde, desde que não obste a cobertura do segurado em casos de emergência ou urgência, como na hipótese dos autos. Precedentes. 2 No caso em tela, a Corte de origem, soberana na análise do arcabouço fático-probatório dos autos, consignou estar cristalizada a situação de urgência e emergência na hipótese vertente. Incidência da Súmula 7 do STJ. 3. Não prospera a pretensão da recorrente no sentido de limitar a cobertura de urgência e de emergência ao que foi despendido apenas nas primeiras doze horas de tratamento, tendo em vista o disposto na súmula 302 do STJ:

> "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado". Precedentes. 4. Agravo interno não provido.(STJ - AgInt no AREsp: 1122995 SP 2017/0148810-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/11/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2017) (BRASIL,2017)

Diante de tal parâmetro, um procedimento não coberto pela operadora de plano de saúde, em razão de não constar no rol da ANS, merecia, se constasse do rol da OMS, de uma tutela de urgência prevista no art. 300 do CPC, calcada na probabilidade do direito "fumus boni iuris" e no perigo de dano "periculum in mora", em face da garantia de tutelar a vida, ainda mais na circunstância do usuário internado em centro de terapia intensiva.

Cumpre questionar a legalidade e sua constitucionalidade, diante do artigo 12, inciso II, alínea "a", acima transcrito, da Resolução nº 428, de 7.11.2017, que passou a vigorar a partir de 02.01.2018, com a previsão de que as hipóteses de internações psiquiátricas exigiriam do usuário, uma coparticipação, conforme o inciso II do artigo 22, se excedessem a 30 dias, in verbis:

> Art. 22. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências: II - quando houver previsão de mecanismos financeiros de regulação disposto em contrato para internação hospitalar, o referido aplica-se a todas as especialidades médicas, contudo a coparticipação nas hipóteses de internações psiquiátricas somente poderá ser exigida considerando os seguintes termos, que deverão ser previstos em contrato:
>
> a) somente haverá fator moderador quando ultrapassados 30 dias de internação contínuos ou não, nos 12 meses de vigência; e
>
> b) a coparticipação poderá ser crescente ou não, estando limitada ao máximo de 50% do valor contratado entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e o respectivo prestador de serviços de saúde. (BRASIL, 2017)

Assim tais práticas utilizadas pelas operadoras de plano de saúde, como a existência de cláusula coparticipação ou teto para custeio das despesas de internação em UTI são consignadas pelo Relator Ministro Raul Araújo do STJ como abusivas frente ao artigo 54, § 4º do CDC, tendo como fontes, no seu voto a função social do contrato e a boa-fé, abaixo apenas a ementa:

> CIVIL. CONSUMIDOR. SEGURO. APÓLICE DE PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. LIMITAÇÃO DO VALOR DE COBERTURA DO TRATAMENTO. NULIDA DEDECRETADA. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIALPROVIDO. 1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar. 2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas. 3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato. 4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade. 5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado. 6. Recurso especial provido.(STJ - REsp: 735750 SP 2005/0047714-2, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 14/02/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/02/2012) (BRASIL, 2012)

Com a mesma guarita na internação em UTI para a manutenção da vida do usuário tem-se o procedimento de Home Care, que não pode ser desconsiderado como mais auspicioso para a saúde do usuário, mormente em termos de qualidade de

vida e sobretudo, desafetação que o usuário estará da infecção hospitalar, conforme ementa in verbis:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 573.747 - SP (2014/0201463-1) RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA AGRAVANTE : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA ADVOGADO : MARIA CAROLINA SULETRONI E OUTRO (S) AGRAVADO : DANIEL DE SOUZA OLIVEIRA ADVOGADO : ENZO ALEX VELASQUEZ FARIAS E OUTRO (S) DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu o recurso especial interposto por AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA. O apelo extremo, com fundamento no art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado: "Consumidor -Plano de saúde - 'Homne care' - Exclusão - Impossibilidade - A operadora não pode limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do paciente, sob pena de sujeitá-lo a risco de morte - Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da **boa-fé objetiva e função social,** tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor o tratamento, a segurança e o amparo necessários contra os riscos o inerentes à sua saúde - Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do CDC, preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa do consumidor de não ficar desamparado de procedimento médico essencial à preservação de sua vida - Jurisprudência dominante no STJ - Sentença mantida - RITJSP, art. 252 - Recurso improvido" (e-STJ fl. 288). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fl. 310). No especial, a recorrente alega violação dos artigos 535, II, do Código de Processo Civil (CPC), 10, "caput", e VI, 12 e 35-G da Lei nº 9.656/1998 e 56, IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Aduz, preliminarmente, a nulidade do acórdão proferido em embargos declaratórios por negativa de prestação jurisdicional. Acrescenta que o Tribunal de origem deixou de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda suscitados na petição recursal. Sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto. Afirma ser legítima a cláusula contratual que prevê a restrição de procedimentos, alegando que é necessário manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e que há previsão legal para a limitação de cobertura nos contratos de planos de saúde. Argui não ser abusiva a cláusula contratual redigida de forma clara, conforme a lei de regência e a vontade das partes. Após a apresentação de contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem. Daí o presente agravo, no qual se busca

o processamento do apelo nobre. É o relatório. DECIDO. Ultrapassados os pressupostos de admissibilidade do agravo, passa-se ao exame do especial. O recurso não merece prosperar. No tocante à violação do art. 535 do CPC, verifica-se que o Tribunal de origem motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese. Não há falar, portanto, em existência de omissão apenas pelo fato de o julgado recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte. A esse respeito, os seguintes precedentes: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. SEGURO, VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA Nº 211/STJ. AUSÊNCIA DE COBERTURA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelos recorrentes, para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. A tese recursal vinculada aos artigos do código consumerista, apontados como violados, não foi analisada pelo Tribunal local, sequer de modo implícito, atraindo ao caso, portanto, o óbice da Súmula nº 211/STJ. 3. Não há impropriedade em afirmar a falta de prequestionamento e afastar a indicação de afronta ao artigo 535 do CPC, haja vista que o julgado pode estar devidamente fundamentado, sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos suscitados pelo recorrente, pois, como consabido, não está o julgador a tal obrigado. Precedentes. [...]" (AgRg no REsp nº 1.386.843/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 6/2/2014, DJe 24/2/2014). "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA DA CIÊNCIA DA INVALIDEZ. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide. O fato de a decisão ser contrária aos interesses da parte recorrente não configura negativa de prestação jurisdicional. 2."O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral"(Súmula n. 278/STJ). 3. No julgamento do recurso especial, é inviável alterar as conclusões do Tribunal de origem quanto à data em que o segurado efetivamente tomou conhecimento da invalidez, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp nº 199.535/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS

FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 24/4/2013). De resto, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a abusividade das cláusulas contratuais de planos de saúde pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor sem significar ofensa ao ato jurídico perfeito. A propósito: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM RAZÃO DA INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA FINANCEIRA DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Aplicação da Lei 9.656/98 a contratos anteriores à sua vigência. Embora as disposições do aludido diploma legal, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não retroajam para atingir contratos celebrados antes de sua vigência (quando não adaptados ao novel regime), a eventual abusividade das cláusulas pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque 'o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, que se renova ao longo do tempo e, portanto, se submete às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, a exemplo do CDC, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito'(AgRg no Ag 1.341.183/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10.04.2012, DJe 20.04.2012). Precedentes. 2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário. Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clinico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido, com a imposição de multa" (AgRg no REsp nº 1.450.673/PB, relator ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 7/8/2014, Dje 20/8/2014). Registre-se, ainda, que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em harmonia com a jurisprudência desta Corte que considera abusiva a cláusula de exclusão de procedimentos, tratamentos e/ou medicamentos necessários à recuperação do paciente. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 458, II, E 535 DO CPC. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO PELA SEGURADORA. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL

NÃO PROVIDO. 1. Não há ofensa aos artigos 458, II, e 535 do CPC, se o Tribunal dirimiu as questões que lhe foram submetidas e apresentou os fundamentos nos quais suportou suas conclusões, e manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. 2. Firmado no acórdão estadual que a Seguradora não se incumbiu de 'demonstrar as datas em que, inequivocamente, a segurada teve seus pedidos de pagamentos de despesas negados', termo a partir do qual se iniciaria o lapso prescricional, o exame da irresignação recursal esbarra na Súmula 7 do STJ. 3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado. 4. Agravo regimental não provido"(AgRg no Ag nº 1.325.939/DF, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 3/4/2014, DJe 9/5/2014)."AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544, DO CPC)-DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU PARCIALMENTE DO RECLAMO E, NESSA EXTENSÃO, NEGOU-LHE PROVIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Aplicação da Lei 9.656/98 a contratos anteriores à sua vigência. Embora as disposições do aludido diploma legal, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não retroajam para atingir contratos celebrados antes de sua vigência (quando não adaptados ao novel regime), a eventual abusividade das cláusulas pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque 'o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, que se renova ao longo do tempo e, portanto, se submete às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, a exemplo do CDC, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito' (AgRg no Ag 1.341.183/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10.04.2012, DJe 20.04.2012). Precedentes. 2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura do custeio de tratamento médico do beneficiário. Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusiva a cláusula do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clinico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp nº 300.954/SP, relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, Julgado em 28/5/2013, Dje 12/6/2013). Em vista do exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 10 de novembro

de 2014. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator(STJ - AREsp: 573747 SP 2014/0201463-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Publicação: DJ 26/11/2014) (BRASIL,2014, grifo nosso)

5 CONCLUSÃO

O anseio do usuário, em uma situação limítrofe entre a vida a morte, que se verifica na atuação do Judiciário, na busca da Justiça contratual, em que presidirá as relações contratuais com a vedação de cláusulas abusivas em que as operadoras de planos de saúde contundentemente reincidem, conforme arestos, ao limitar as internações hospitalares.

Não houve no presente trabalho a preocupação de atribuição da responsabilidade estatal à ANS por falta de fiscalização na saúde, já que a saúde é um dever do Estado.

Tampouco, tratar de outras proteções em termos de saúde, desrespeitadas pelas operadoras de planos de saúde, tais como: fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; fornecimento de próteses, órteses ligados ao ato cirúrgico; das doenças preexistentes.

De igual modo, verifica-se as hipóteses de reajustes de prestações descabidas que incidem sobre o usuário, que o tornam inadimplente perante ao Plano, de sorte que é solicitada a resolução contratual.

Atualmente, há propostas de reforma da lei em que é requerido o aumento na prestação de até 500% na faixa etária, acima de 60 anos, bem como a instituição de franquia ou coparticipação por procedimentos ou exames, onerando mais o usuário. No entanto, tais propostas também não foram abordadas no presente trabalho, restringindo-se unicamente as hipóteses de limitações de internações hospitalares.

Impõem-se como dirigismo estatal a aplicação por parte do Judiciário da aplicação do princípio implícito do solidarismo, na busca de relações justas e solidárias previstas tanto na eficácia interna da função social do contrato, como na

função integrativa da boa-fé objetiva, na expectativa de um comportamento de padrão de correção e lealdade.

Com tal desiderato, a desigualdade de relações jurídicas como em contratos de adesão será buscada pelo Juiz com base nos dois princípios contratuais (boa-fé objetiva e função social do contrato) de forma tolher tais abusividades dos planos de saúde, que é a limitação do tempo de internação hospitalar.

Ainda que, tais princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato sejam considerados como cláusula geral, de forma a conferir aos Juízes, um mandato para que, à vista dos casos concretos, complemente ou desenvolva normas jurídicas.

Não se nega, que a boa-fé e a justiça contratual se relacionam, tanto quanto, elas se relacionam com a autonomia privada, princípios, todos que aliados à função social, geram uma relação de complementação.

Assim, a desigualdade porventura existente em abusos por partes das operadoras de planos de saúde ao limitarem as internações hospitalares se verifica, influenciando precipuamente o princípio da dignidade humana, nitidamente através da autonomia privada.

A liberdade contratual do usuário abalada dentro da autonomia da vontade merece um justo comutativo ou compensatório e no campo da responsabilidade uma vedação ao enriquecimento ilícito.

Nesta sede de batalhas jurídicas que merecem proteção, em face da vulnerabilidade de consumidor forma-se uma tutela coletiva, no sentido de sua indeterminação, fato que justifica a adoção de medidas da justiça distributiva devido ao caráter de reconhecimento e combate a vulnerabilidade através de medidas jurídicas que restaurem a condição de autonomia do indivíduo.

Com o fito de pacificação social, o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de Planos de Saúde e que é abusiva a cláusula contratual de Plano de

Saúde que limite o tempo de internação hospitalar, traz no seu bojo com a uniformidade das decisões, segurança jurídica que novas contratações por parte de novas usuários possam ser realizadas.

Tais contratações estarão alicerçadas nos dois princípios — boa-fé objetiva e a função social do contrato — de modo a serem diretrizes nos Planos de Saúde a possíveis abusividades praticadas por operadoras de Planos de Saúde.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto do Código Civil na questão da boa fé objetiva nos contratos.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 775

BESSONI, Mario. Causa tipica e "motivo" del contratto, dogmi di teoria generale, proentamenti della giurisprudenza. IN: ALPA, Guido. Rischio contrattuale e autonomia privata. Napoli: Jovene, 1982.

BETTI, Emílio. Teoria generale del necozio giuridico. Napoli: Edizion Sicntifiche Italiane, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acessado em 20 de maio 2018.

BRASIL, Lei 8.078, de 11.09.1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm > Acessado em 20 de maio 2018.

BRASIL, Lei 9.656, de 03.06.1998. Lei de Plano e Seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm?TSPD_101_R0=f4e675d73562af488960d4b1fa2e9aeajG000000000000000000f764d6b3ffff00000000000000000000000000005b02ad080051e56eaf > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL, Lei 10.406, de 10.01.2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm > Acessado em 20 de maio 2018.

BRASIL, Lei 13.105, de 16.03.2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acessado em 20 de maio 2018.

BRASIL, Resolução Normativa - RN nº 428, de 07.11.2017. Disponível em: < http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg== > Acessado em 21 de maio 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial. ARESP 573.747. Quarta turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 10 de novembro de 2014. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=41690447&num_registro=201402014631&data=20141126&tipo=0&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial. AgInt no AResp: 1.122.995-SP. Quarta turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 7 de novembro de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78260230&num_registro=201701488106&data=20171114&tipo=5&formato=PDF > Acessado em 21 maio 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp: 158.728-RJ. Terceira turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 16 de março de 1999. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700905853&dt_publicacao=17-05-1999&cod_tipo_documento=1&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp: 249.423-SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 19 de outubro de 2000. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=255323&num_registro=200000177890&data=20010305&formato=PDF > Acessado em 21 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp: 251.024-SP. Segunda Seção. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 27 de setembro de 2000. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=132342&num_registro=200000238287&data=20020204&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp: 407.727-SP. Terceira turma. Relator: Ministro Castro Filho, 9 de dezembro de 2003. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1062776&num_registro=200101914095&data=20040202&tipo=5&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp: 714.947-RS. Quarta turma. Relator: Ministro Cesar Astor Rocha. Brasília, 28 de março de 2006. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2250583&num_registro=200401827737&data=20060529&tipo=51&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp: 735.750-SP. Quarta turma. Relator: Raul Araújo. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20378575&num_registro=200500477142&data=20120216&tipo=5&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 302. Brasília, 21 de abril de 2004. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia='DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR'.mat. >. Acessado em 21 de maio de 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 469. Brasília, 6 de dezembro de 2010. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'469').sub. > Acessado em 21 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 608. Brasília, 17 de abril de 2018. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia='DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR'.mat. >. Acessado em 21 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação: APL 0007382-64.2017.8.07.0006. Sétima Turma Cível. Relator: Leila Arlanch, 11 de abril de 2018. Disponível em: < https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569343934/73826420178070006-df-0007382-6420178070006 < Acessado em 21 maio 2018.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. IN: WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Madrid: Ed. Civitas, 1986 (tradução nossa)

FICHTNER PEREIRA, Regis. A responsabilidade pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. Função Social do Contrato. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Josiane Araújo. Contratos de Planos de Saúde. Leme: JH Mizuno, 2016.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano HEINECK. Visões sobre os Planos de saúde privada e Códico de Defesa do Consumidor In: Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde, Revista dos Tribunais, 2008: 71-158, p. 112.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

—. O direito privado como um sistema em construção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. Da boa-fé no direito civil. ed. 2. Coimbra: Almedina, 1984. v.1

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fe, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 11 ed. São Paulo,: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil - Contratos. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3

TARTUCE, Flávio. Função Social dos Contratos. 2 ed. São Paulo: Método, 2007. v. 2.

THEODORO, Humberto. O contrato e a sua função social. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO VIGENTE BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A LUZ DA DOUTRINA, LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA

Luiza Sampaio Cabral

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre o instituto da união estável sob a ótica da possível equiparação desse ao instituto do casamento, em razão dos dispositivos legais, da doutrina e, principalmente, da jurisprudência. Questionou-se a possibilidade de ainda haver uma interpretação autônoma do instituto da união estável no ordenamento jurídico brasileiro vigente. Consignou-se que o processo de aquisição dos direitos dos conviventes foi moroso, que apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, que o poder constituinte originário, no artigo 226 da Carta Magna, elevou o status da união estável à entidade familiar, com base no princípio da afetividade conferindo proteção ao instituto. Ocorre que as uniões livres passaram a sofrer ingerências do Estado, no momento em que lhe passaram a atribuir regramento similar ao do matrimônio. Fora realizada uma pesquisa do instituto da união estável sob a ótica do Direito de Família Contemporâneo buscando-se, a partir da análise doutrinária, legal, e jurisprudencial, estudar a história do instituto no Brasil, seu conceito, elementos caracterizadores, seus efeitos pessoais e patrimoniais, bem como suas peculiaridades e diferenças frente ao casamento. Após apontamentos doutrinários, legais e jurisprudenciais, concluiu-se que apesar de haverem diferenças pontuais entre a união e o casamento, não se pode afirmar que há uma interpretação autônoma do instituto da união estável.

Palavras-chave: Família. União estável. Casamento. Diferença. Equiparação.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa analisará o instituto da união estável a luz da doutrina, da jurisprudência e da legislação contemporânea, se atendo a realizar uma comparação

com o casamento, buscando-se, o quanto possível, identificar as suas diversas diferenciações.

Apesar de ter conquistado o status de unidade familiar tardiamente, a união estável sempre existiu no mundo e no Brasil. Essa já foi chamada de união livre, concubinato e concubinato puro, mas somente com o advento da Constituição Federal de 1988 obteve o status de entidade familiar no mesmo patamar jurídico do casamento e dos demais núcleos familiares.

No Brasil, a união estável consiste em modalidade crescente de constituição familiar que veem passando por diversas mudanças significativas no que se refere aos direitos e obrigações inerentes a essa, portanto, se torna indiscutível a relevância social e jurídica do tema.

O problema central da monografia em questão diz respeito a possível equiparação do instituto da união estável ao instituto do casamento, em vista do processo de igualização de direitos e deveres iniciado pelas leis infraconstitucionais, e, especialmente, pela jurisprudência.

Propõe-se as seguintes questões: ainda é possível uma interpretação que busque a autonomia da união estável no ordenamento jurídico? A igualização dos institutos fere a liberdade de escolha do tipo de entidade familiar pelo casal?

Diante da evolução social do instituto e consequente mudança jurídica, a hipótese responderá negativamente a primeira pergunta e, em relação a segunda demonstrará o debate acerca do tema, conforme argumentação doutrinária, legal, e jurisprudencial a ser apesentada.

O primeiro capítulo se ocupará em abordar o direito de família contemporâneo, analisando a importância da família para o ordenamento jurídico Brasileiro, e apresentando o princípio da afetividade como pilar da ressignificação do conceito família. Será explicitado que devido a importância dada ao emprego do referido princípio se resultou em uma percepção pluralista da família, passando-se a admitir outros modelos de constituição familiar, assim como: famílias homossexuais,

monoparentais, pluriparentais, anaparentais, e as famílias convencionais, como as resultantes da união estável. Por conseguinte, se analisará historicamente o instituto da união estável no Brasil.

No segundo capítulo o estudo se restringirá, primeiramente, a Constituição Federal de 1988, instrumento que constituiu paradigma de mudança da família moderna para a família contemporânea, e que, pela primeira vez, considerou a união estável como entidade familiar. Posteriormente, se fará uma análise das leis 8.971/94 e 9.278/96, que conferiram direitos e deveres aos companheiros, e, posteriormente se observará Código Civil no que tange ao regramento referente ao instituto, os entendimentos da doutrina e jurisprudências que abordam os dispositivos legais do referido instrumento, e as diferenças entre o casamento e a união estável.

Por fim, no último capítulo, se analisará os Recursos Extraordinários n.ºs 646721/RS e 878694/MG, cujo julgamento gerou a equiparação dos direitos sucessórios do conjugue ao companheiro, aspecto que mais diferenciava os institutos. Em relação a essa questão, se verificará os argumentos favoráveis e desfavoráveis a equiparação dos direitos sucessórios, bem como o conflito do princípio da liberdade com o princípio da igualdade, e se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acabou por equiparar totalmente os institutos.

O referencial teórico será construído a partir da doutrina do direito de família contemporâneo, especialmente, de autores como, Maria Berenice Dias, Fernanda Xavier, Rodrigo da Cunha Pereira e Paulo Lôbo, entre outros.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica em doutrinas brasileiras, especialmente as que tratam especificamente do Direito de Família e documental em artigos científicos. Por fim, conforme abordado acima, a pesquisa jurisprudencial também comporá a bibliografia do presente trabalho.

2 A DOUTRINA DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Neste primeiro capítulo se ocupará em abordar o direito de família contemporâneo, analisando a importância da família para o ordenamento jurídico Brasileiro, e apresentando o princípio da afetividade como pilar da ressignificação do conceito família. Será explicitado que devido à importância dada ao emprego do referido princípio se resultou em uma percepção pluralista da família, passando-se a admitir outros modelos de constituição familiar, assim como: famílias homossexuais, monoparentais, pluriparentais, anaparentais, e as famílias convencionais, como as resultantes da união estável. Por conseguinte, se analisará historicamente o instituto da união estável no Brasil.

2.1 O direito de família contemporânea

A família é o primeiro vinculo social do ser humano, é com a família que aprendemos a conviver em sociedade. É nela que iniciamos o conhecimento das atividades cognitivas, onde aprendemos os primeiros valores e maneiras de comportamento, é a esfera a onde construímos nossa personalidade, identidade.[1]

De acordo com Pablo Stolze:

> É na formação desse núcleo social que se originam as primeiras manifestações de afeto, bem como se consolidam relevantes relações jurídicas de conteúdo material e extrapatrimonial, despertando, em diversos ramos do pensamento científico, o interesse em seu estudo.[2]

Diversos instrumentos legais afirmam a importância das famílias, a célula *mater* da sociedade, como a Convenção Americana sobre Direitos do Humanos, que em seu art.17 preceitua "A família é o elemento natural fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo estado"[3], assim como a Constituição Da

[1] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação `a luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015 p. 21.
[2] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.37.
[3] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em:< www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 fev.2018.

República Federativa Do Brasil de 1988 que em seu art.226 disciplina "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".[4]

Conceituar universalmente o significado de família se torna uma tarefa árdua, visto que é um conceito variável que se modifica no tempo e no espaço vivido[5]. A família é um organismo social que está intrinsicamente ligado à cultura de cada povo, ao sistema político, a economia e as crenças religiosas.[6]

A estrutura da família, o número dos membros que a constituem, os modelos de execução da autoridade, deveres e direitos de seus respectivos integrantes, mudam de acordo com a época ou local em virtude dos anseios individuais ou coletivos**.** Diante da grande diversidade de fatores que influenciam as unidades familiares, se torna impossível criar um padrão familiar homogêneo, e, por isso, se faz necessário entender a família por meio do estudo dessa no decorrer da história.[7]

A família Romana constituía um núcleo, econômico, político, militar e religioso, chefiada pela figura masculina denominada *paterfamilias*, esse seria o ascendente mais velho de certo núcleo familiar, que sistematizava os seus descendentes sob sua autoridade. Os integrantes da família se encontravam subordinados ao poder do *paterfamilias*, cujo qual tinha poderes sobre a vida e a morte de todos abrangidos por seu poder. Nesse período, o critério de parentesco não era constituído pela consanguinidade, e sim pela obediência ao mesmo *pater famílias.* Em Roma já existia o casamento, considerado estado de fato que gerava efeitos jurídicos, e havia o concubinato, composto pela união livre entre homem e mulher onde não havia o "*affectio maritalis"*, o intuito de formar família**.** É

[4] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev.2018.
[5] FIUZA, Cezar. *Direito civil: curso completo*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editor, 2014. p. 1153.
[6] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p.21.
[7] FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das famílias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.3.

importante ressaltar que nessa época, não se imprimia uma imagem moralmente negativa em relação as uniões livres, informais.[8]

Com a ascensão do Cristianismo, tivemos uma ressignificação do casamento, que deixou de ser considerado uma situação de fato, e foi elevado ao status de sacramento. A religião cristã instituiu o casamento como única fonte legitima da família[9] e subtraiu da família a função religiosa quando institui a obediência a um único Deus e estabeleceu que apenas os selecionados pelo Altíssimo, direta ou indiretamente, seriam os legítimos a reger as cerimônias religiosas.[10]

A igreja católica preconizava a indissolubilidade do vínculo matrimonial e atribuiu ao casamento a função reprodutiva que deu origem ao débito conjugal (a existência obrigatória de relações sexuais). Então, para a igreja, somente era legitima a união de um homem com uma mulher pelo vinculo matrimonial indissolúvel, que tinha objetivo de procriação. As unidades familiares continuavam a funcionar sob o comando da figura paterna**,** ou seja, ainda havia a figura do pater famílias e da mulher e dos filhos submissos ao seu poder.[11]

Até o advento da Revolução Industrial, a família continuava a ter uma grande quantidade de integrantes**,** era considerada uma ordenação que exercia diversas atribuições "defensivas, políticas, em escolas, nos sistemas judiciais e unidade de produção, principalmente nos países a onde não havia um governo centralizado".[12]

Ocorre que as funções exercidas pelas famílias passaram a ser executadas pelo Estado, Igreja e mercado, fato que influenciou a diminuição dessas, resultando

---

[8] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva,2014. p.5.

[9] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva,2014. p.52.

[10] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família: sucessões, volume 5* .3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.18.

[11] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.44 e 45.

[12] XAVIER, Dias Fernanda. *União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade.* Brasília: TJDFT, 2015. p. 25.

na redução do núcleo familiar, o enfraquecimento do patriarcalismo, em razão da crescente equidade de direitos entre homens e mulheres, e exauriu da família a função de produção de bens.[13]

A revolução industrial foi responsável pela subtração da atribuição econômica da família.[14] Demandou maior força de trabalho, e por isso abriu espaço para a inserção das mulheres no mercado de trabalho, antes essas apenas realizavam trabalhos domésticos no lar. O homem deixou de ser o único provedor da família, pois agora a mulher ajudava a sustentar os gastos do lar. As famílias, a procura de novas oportunidades, iniciaram um processo de migração para os centros urbanos. Nas cidades o espaço era reduzido e o custo de vida era elevado, fato que nitidamente influenciou a redução da quantidade de filhos em uma unidade familiar e gerou o reconhecimento da proximidade de seus integrantes pelos laços afetivos.[15]

Por conseguinte, houve a mudança de um modelo familiar patriarcal, onde o marido era controlador e a esposa subordinada, no qual se prezava pelo estabelecimento hierárquico de posições e funções dentro da família, para um padrão nuclear a onde a família se tornaria a união de pessoas em virtude do afeto.[16]

Esse novo modelo afetivo de família é resultado da alteração dos papeis empenhados pela mulher na sociedade**,** pela aceitação do divórcio, alternativa que passou a ser não discriminada pela sociedade**,** pela não diferenciação dos filhos, todos passaram a ter direitos iguais, não importando se foram fruto de uma relação matrimonial ou não[17], a condecoração de direitos iguais para os homens e as

[13] XAVIER, *Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade*. Brasília: TJDFT, 2015. p. 25 e 26.
[14] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família; sucessões, volume 5*. 3. ed. São Paulo: Saraiva,2010. p.18.
[15] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.52.
[16] FERREIRA, Alves Fábio. O Reconhecimento Da União De Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento Solene. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003. p.43.
[17] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.52

mulheres, principalmente em referência a vida conjugal, e a nova percepção dos cuidados maternos e paternos da prole. De acordo com Fernanda Dias Xavier "fortaleceu-se a família como espaço para o afeto e o amor, passando-se a identificar outras formas mais modernas de organização familiar".[18]

A família na contemporaneidade passa a ser regida pelo afeto e se constitui com base na solidariedade mútua entre seus integrantes e na proteção da dignidade desses. A compreensão das famílias sob enfoque do afeto, faz com que surjam novas estruturas familiares, pois esses outros arranjos familiares passam a cumprir a atribuição que a sociedade contemporânea designou a família: instituição responsável pela transmissão da cultura e constituição da pessoa digna.[19]

Fato interessante, que comprova o enaltecimento do afeto como elemento essencial à família, foi a pesquisa realizada pelo dicionário Houaiss por meio da internet para conferir uma nova roupagem ao conceito de família.

A iniciativa tomada pelo dicionário Houaiss foi chamada de "Todas as Famílias". Por meio de um sítio eletrônico a equipe do dicionário solicitou aos brasileiros que lhes enviassem os conceitos de família para ao final tentar encontrar uma definição mais inclusiva, mais ampla. Após receber diversos conceitos de pessoas que pertencem a variados arranjos familiares, chegaram a um novo significado mais contemporâneo, livre de preconceitos para a palavra família, família como "núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantém entre si uma relação solidária".[20]

Para Pablo Stolze "a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda

[18] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p. 26.
[19] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.6 e 7
[20] HOUAIS, Dicionário. *Todas as famílias*. Disponibilizado em <http://todasasfamilias.com.br>. Acesso em: 09 ago. 2017.

que existam – e infelizmente existem- arranjos familiares constituídos sem amor".[21] A preservação da família tem como objetivo, acima de tudo, trazer a felicidade a todos os seus membros. A obrigação de preservar o arranjo familiar, sobre quaisquer circunstâncias, deixa de existir, os relacionamentos apenas sobreviverão quando restarem satisfatórios. Preservar o arranjo familiar se tornou demasiado desafio.[22]De acordo com Rodrigo Da Cunha Pereira "O afeto como valor e princípio jurídico, que se tornou o vetor e catalisador do Direito das Famílias".[23]

Deve-se ressaltar que a Lei Maria da Penha (11.340/06)[24], que tem o objetivo de impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher, foi a primeira lei que se atentou a atribuir uma definição contemporânea à família. Em seu art.5, inciso III, explicita que a família é qualquer relação de afeto, definição que não permite mais que o conceito de entidade familiar seja limitado ao rol do art.226 da Constituição Federal, pois esse novo aparato normativo, com base no princípio da afetividade, abrangeu a sua definição.[25]

Em virtude da ressignificação da família, o direito de família contemporâneo Brasileiro passa a ser aplicado em razão do princípio da afetividade. Em razão da importância dada ao emprego desse princípio, o direito constitucional de família,

[21] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.45.

[22] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.44.

[23] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Conceito de família está cada vez mais organizado e autêntico. Disponibilizado em <www.conjur.com.br/2017-dez-24/processo-familiar-conceito-familia-cada-vez-organizado-autentico>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[24] BRASIL. Lei nº 11.340, de7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 25 fev.2018.

[25] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.43.

além dos arranjos dispostos no art.226 da Constituição Federal, passou a admitir outros modelos de constituição familiar.[26]

Sobre o conceito de direito de família contemporâneo, entende Cristiano Chaves por "conjunto de normas -princípios e normas regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes a promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais".[27]

Cabe salientar que o Direito de Família Brasileiro está em constante alteração em virtude do caráter metamórfico das famílias. As mudanças, na maior parte das vezes, não veem do Congresso Nacional, pois trazem em sua composição conteúdo moral e sexual que muitas vezes se chocam com os interesses de parlamentares religiosos conservadores. Então, muitas das inovações no Direito de família surgem a partir das outras fontes do direito, sendo essas: a Doutrina, os princípios constitucionais, a jurisprudência e, principalmente, os costumes da sociedade.[28]

2.2 As entidades familiares no direito de família contemporâneo brasileiro

No Brasil, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que se teve uma alteração do conceito jurídico de família, antes, esse era restrito e categórico, pois o Código Civil de 1916 apenas reconhecia como família as uniões advindas do casamento.[29]

A Constituição Federal de 1988, influenciada pelo princípio da afetividade, alterou por inteiro a percepção de direito de família, pois ampliou a definição de

[26] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.491.
[27] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.13.
[28] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Conceito de família está cada vez mais organizado e autêntico.* Disponibilizado em <www.conjur.com.br/2017-dez-24/processo-familiar-conceito-familia-cada-vez-organizado-autentico>. Acesso em: 25 fev. 2018.
[29] ALVES, Moreira Barreto Leonardo, *Temas Atuais de Direito de Família*, atualizado de acordo com as leis de números 12.004/09 e 12.010/09. Rio de Janeiro: editora Lúmen Juris, 2010. p. 1.

família quando passou a reconhecer os arranjos familiares não advindos do casamento. Ao desvincular a ideia de família a de casamento, abriu espaço para transformações nesse campo, o que resultou em uma percepção pluralista da família.[30]

A percepção pluralista de família está diretamente ligada ao princípio da liberdade as relações familiares, ao livre poder de escolha, autonomia de formação e término da família, sem que haja ingerências do Estado e da sociedade. O princípio da liberdade de escolha concretiza princípio da dignidade da pessoa humana.[31]

Nas palavras de Gustavo Tepedino **"**O pluralismo pressupõe liberdade para a construção do próprio destino, atribuindo-se exclusivamente à autonomia privada o planejamento familiar e reprodutivo".[32]

O art. 226 da Carta Magna estabelece, expressamente, três modelos de família: o casamento religioso e civil, a união estável e a família monoparental. No entanto, o rol das entidades familiares estabelecido no referido artigo é meramente exemplificativo, foram lembrados pelo dispositivo por serem os mais comuns na sociedade, mas isso não significa que outros arranjos familiares não sejam permitidos, o referido dispositivo legal não apresenta rol taxativo, visto que outras entidades familiares estão implícitas no caput do art. 226.[33]

Apesar da existência de diversos tipos de arranjos familiares, todos possuem aspectos em comum, sem os quais não poderiam ser considerados como arranjos familiares, como: afetividade, como elemento basilar das famílias; estabilidade e convivência pública ostensiva, os relacionamentos eventuais, sem comunhão de vida e convivência pública ostensiva.[34]

---

[30] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.46 e 47.
[31] LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.69 e 81.
[32] TEPEDINO, Gustavo. *Nova Perspectiva da cidadania e autonomia responsável:* Direito a ter direitos. Disponível em: <www.jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>. Acesso em 27 jul. 2018.
[33] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direitos das Famílias.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.60.
[34] LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.79 e 80.

Em relação aos requisitos necessários para se identificar uma família Dimas Messias de Carvalho leciona:

> Agrupamento familiar se faz necessário os seguintes pressupostos: a afetividade, como elemento propulsor dos laços familiares e das relações interpessoais; a estabilidade, como elemento constitutivo do núcleo familiar; a ostensabilidade, como demonstrativo da entidade familiar, que aquela unidade familiar se apresenta publicamente, não é clandestina; a vontade.[35]

Apesar das inúmeras possibilidades de arranjos familiares, Maria Berenice Dias diz ser possível elencar algumas das entidades familiares que veem sido legitimadas por leis ou por decisões judicias, aquelas que tem ocupado maior espaço na experiência brasileira atual, essas são: a família matrimonial, a família homoafetiva, família monoparental, família natural, extensa ou ampliada e família substituta, família adotiva, família anaparental, família pluriparental, e a família informal/convencional (união estável).[36]

A família matrimonial, instaurada por ato de vontade e formalizada pelo casamento civil, de acordo com a vigente constituição, consiste na **"**união estável e formal entre duas pessoas naturais, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutualmente, constituindo família"**.** A estabilidade é a característica que diferencia o casamento do namoro ou noivado, ocasiões que não submetem o casal. O casamento consiste em ato formal, pois sua celebração deverá seguir, impreterivelmente, o que é determinado pelo ordenamento jurídico.[37]

Nas palavras de Paulo Nader "Antes, o casamento tinha como objetivo principal a procriação e satisfação sexual, hoje podemos dizer que tem por principal finalidade amparo, satisfação recíprocos, amor e responsabilidade".[38]

---

[35] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direitos das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.60.
[36] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.46 e 55.
[37] FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editor, 2014. p.1.167.
[38] NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 5: direito de família / Paulo Nader*. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.42/43

No Brasil o casamento consistia em vinculo indissolúvel que apenas seria anulado em virtude de "erro essencial quanto a identidade e a personalidade do conjugue". A lei 11.441/07[39] previu o divórcio, alterou o regime legal de bens da comunhão total para a parcial e tornou facultativo o uso do nome do marido.[40]

Ao mesmo tempo que a constituição permitiu a existência de novos arranjos familiares, essa continuou a exigir em seu texto o requisito da diversidade de sexos para que fosse possível a constituição de casamento e de união estável. Tal critério tem sido muito discutido pelos Superiores Tribunais. O Supremo Tribunal Federal em maio de 2011 ao apreciar a ADI 4.277 [41]e a ADPF 132[42] reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo. No julgamento, fora firmado que as famílias homoafetivas possuem os mesmos direitos das famílias heteroafetivas, merecendo, portanto, a proteção estatal. Nessa esteira, O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento que optava pela mudança da interpretação do art. 1.723 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça também legitimou a conversão da união entre pessoas do mesmo sexo em casamento, assim como a adoção por casais homossexuais. Nessa oportunidade, o Ministro Luiz Felipe Salomão concluiu

> Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a

[39] BRASIL. *Lei nº 11.441/07*, de 11 de janeiro de 1973. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm>. Acesso em: 28 jul.2018.

[40] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.45.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Requerente: Procuradora-Geral Da República. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília,5 de maio de 2011. Disponível em:< portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=11872>. Acesso em :29 jul.2018.

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. ADPF 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:<portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=2598238>. Acesso em :29 jul.2018.

> própria constituição federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento.[43]

O Conselho Nacional de Justiça, em sua Resolução n. 175/2013 impôs aos cartórios a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento.[44]

Apesar de diversas decisões judiciais, atos normativos e da doutrina já se encontrem a favor do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ainda não houve a alteração expressa do dispositivo legal, tendo havido apenas mudanças na interpretação dos dispositivos.

A família monoparental é aquela constituída por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 § 4º). Segundo Dimas Messias de Carvalho resta configurada quando

> Os filhos vivem em companhia de apenas um dos pais, em razão de viuvez, adoção unilateral ou filhos de mães ou pais solteiros. Caracteriza-se família monoparental mesmo que o outro genitor esteja vivo, como ocorre entre pais divorciados ou separados de fato, desde que os filhos estejam sob a guarda de apenas um deles.[45]

Diversamente do matrimonio e da união estável, a família monoparental não possui um estatuto jurídico próprio. As normas de direito de família aplicáveis a esse tipo familiar, são aquelas relacionadas às relações de parentesco. Consiste em modelo de família crescente no Brasil em virtude da possibilidade de adoção unilateral e da reprodução assistida.[46]

As famílias pluriparentais ou reconstituídas são aquelas que tem origem no matrimônio ou na união estável dos consortes, onde um dos seus integrantes ou os

---

[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp.1183378 / RS. Quarta Turma. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201000366638.REG. >. Acesso em :29 jul.2018.

[44] BRASIL. Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em :< http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 29 jul.2018.

[45] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direitos das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.60.

[46] LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.88 e 89.

dois integrantes, possuem filhos oriundos de uma união antecedente. É o arranjo familiar onde se tem a figura da madrasta ou do padrasto, ou onde há pelo menos um filho advindo de relação anterior de um dos genitores.[47]

De acordo Maria Berenice Dias, apesar dessa nova construção familiar já ser bastante usual, "a tendência é considerar, ainda, como monoparental o vínculo do genitor com o seu filho, até porque o novo casamento dos pais não importa em restrições os direitos e deveres com relação aos filhos".[48]

Ao construir uma família, seus integrantes desejam firmar laços familiares não apenas com o conjugue ou companheiro, mas também com os respectivos filhos. A Lei 8.069/90[49], em virtude dos anseios das famílias reconstituídas, decidiu por permitir a adoção pelo companheiro ou conjugue do genitor, a chamada adoção unilateral (eca art. 41, § 1º), mas para a adoção ocorrer é **s**ubstancial o consentimento do pai registral, o que tornava inviável essa modalidade de adoção.[50]

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a parentalidade socioafetiva e abriu espaço para a multiparentalidade no sistema jurídico ao julgar o RE nº 898.060[51] e ao analisar a Repercussão Geral nº 622. A Corte admitiu então que "a parentalidade socioafetiva declarada ou não em registro, não é capaz de

[47] GRISARD Filho, Wald. *Famílias Reconstituídas:* novas uniões depois da separação. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.85.
[48] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.49 e 50.
[49] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em :<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 mar.2018.
[50] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.49 e 50.
[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 898.060. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em:<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: Acesso em: 10 mar.2018.

impedir o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".[52]

A questão levantada pela Repercussão Geral 622, abarcava o estudo da "prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica". Ao proferir seu veredicto, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela "possibilidade da simultaneidade das duas paternidades, a biológica e a afetiva".[53]

De acordo com Ricardo Calderón, "Os Principais reflexos da tese prolatada pelo Supremo Tribunal Federal são o reconhecimento jurídico da afetividade, o Vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica e a Possibilidade jurídica da multiparentalidade".[54]

A Família anaparental consiste em instituição familiar formada por parentes sem diversidade de gerações**,** não há a verticalidade e vínculos parentais. Podemos citar a título de exemplo as famílias formadas por dois irmãos, primos, de tios com sobrinhos ou até por pessoas sem vínculos parentais.[55]

A família convencional é aquela formada fora do matrimonio, identificada pela união informal, publica, duradoura e contínua do homem e da mulher. Essa modalidade de instituição familiar é reconhecida expressamente pela Carta Magna, em seu art.226, § 3º.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, não se tinha previsão legislativa, pois esse modelo de estrutura familiar era discriminado pela sociedade, em virtude de o casamento ser a única forma familiar legitima na época. Os companheiros veem conquistando mais direitos e com isso surge o debate das

[52] SIMÃO, José Fernando. Reconhecimento Extrajudicial da parentalidade socioafetiva (parte2). Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-mai-14/processo-familiar-reconhecimento-extrajudicial-parentalidade-socioafetiva-parte>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[53] CALDERÓN, Ricardo. Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetivade e multiparentalidade. Disponível em:<www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>. Acesso em :13 mar. 2018.

[54] CALDERÓN, Ricardo. Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetivade e multiparentalidade. Disponível em:<www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>. Acesso em:13 mar. 2018.

[55] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direitos das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.60.

consequências positivas e negativas a respeito da possível equiparação da união estável ao casamento.

2.3 A união estável e suas mudanças no direito brasileiro

O concubinato ou a união livre, sempre esteve presente na história da humanidade como forma de relacionamento entre as pessoas, em certo momento, diante a inexistência/impossibilidade do casamento formal, as uniões livres eram a única modalidade existente[56]. Apenas com o surgimento do matrimonio e das formalidades ligadas a esse é que se passou a atribuir um significado negativo ao concubinato**,** chegando a considera-lo como prática ilícita conjugal.[57]

De acordo com Helder Martinez:

> As estruturas sociais por vezes apresentam-se cíclicas. Situações que ontem eram amparadas pelo direito e pelas regras de convivência em sociedade, em momento posterior tornam-se divorciadas do direito e, não raro, logo depois alcançam sua proteção plena, quando o legislador constituinte ou o legislador ordinário, rendem-se aos fatos irremediáveis que se vão estabelecendo no seio da sociedade humana, exigindo regulamentação.[58]

A união estável já foi abordada por todas as sociedades, seja para aceita-la como espécie de relação legitima portadora de direitos e garantias, ou rejeita-la. Dessa maneira, no Brasil não foi diferente, e por isso podemos dividir a história do instituto da união estável em nosso país em distintos períodos**.** No primeiro momento se rejeitava e discriminava o instituto e, portanto, não lhe conferia o amparo legal, depois passaram-se a tolerar a existência desse como fato social**,** e, posteriormente, o

[56] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p.31.
[57] DAL COL, Helder Martinez. A família à luz do concubinato e da união estável. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.41.
[58] DAL COL, Helder Martinez. A família à luz do concubinato e da união estável. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.41.

instituto da união estável chegou a ser o reconhecido e amparado pela Constituição Federal como entidade familiar.[59]

Apesar de sempre estar presente nas sociedades como fato social relevante, o crescimento **e** progresso do direito concubinário **é** atual no ordenamento Brasileiro**.** O estudo a seu respeito era ignorado pelos civilistas, pois o consideravam assunto irrelevante. Também havia civilistas que consideravam imoral o instituto da união estável, e outros meramente ratificavam a ilegitimidade de tais relacionamentos. O concubinato, agora chamado de união estável, passou por significativas mudanças a partir do momento em que deixou de ser abordado pela seara do direito das obrigações e passou a ser tratado, ter seus efeitos jurídicos abordados, pelo campo do Direito de família. O marco histórico que demonstrou a ascensão e a plena aceitação do instituto, foi a Constituição Federal de 1988 que passou a considerar expressamente a união estável como entidade familiar.[60]

Até os primórdios do século XX, qualquer estrutura familiar que não fosse constituída pelo casamento era repudiada pela sociedade. A união livre era classificada como ilícita e era, na maioria das vezes, correlacionada ao adultério, portanto não era tida como entidade familiar e era vedada. Não se tinha qualquer regulamentação que tratasse de questões relacionadas as famílias de fato.[61]

As consolidações de Teixeira de Freitas (1876) demostravam o alto nível de reprovação as uniões livres, pois suas leis previam punições aos atos originados na família de fato. Em seu art. 147- disponha a possibilidade da anulação da doação dos bens a concubina, que podia ser requerida pela esposa do doador, pelos filhos, herdeiros necessários e até pela ex-mulher, que já se encontrava separada de seu

[59] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.411.
[60] PEREIRA Rodrigo, direito de família -Uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 57.
[61] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.412.

marido[62]. Cumpre salientar que nessa época a mulher casada deveria ter a autorização e procuração de seu marido para poder pleitear em juízo. Também não previa a possibilidade da investigação de paternidade dos filhos ilegítimos.

O Código Civil de 1916, com intuito de interceder a favor dos relacionamentos matrimoniais, apenas legitimava como família as relações oriundas do casamento e não permitia a existência de relacionamentos não resultantes desse, inclusive aquelas onde era nítido o afeto entre os integrantes, era tida como ilegítima.[63]Aliás, a prole advinda de uniões não matrimoniais não possuía direitos iguais aos dos filhos originados na constância do matrimonio. O vínculo matrimonial continuava a ser indissolúvel, o que influenciava as pessoas que já haviam terminado de fato o casamento a criarem relações a margem desse.[64]

A indissolubilidade do casamento, no Brasil, perpetuou até 26 de dezembro de 1977 quando se foi promulgada a Lei Nº 6.515[65], norma que estipulou a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial. Antes do advento da supracitada lei, todas pessoas desquitadas não possuíam permissão para contrair novo matrimônio, fato que incentivava a geração de incontáveis uniões desamparadas pela lei e apontadas como ilegítimas, que se acresciam aos relacionamentos entre pessoas desimpedidas, mas que não possuíam a vontade de casar.[66]A convivência extramatrimonial passou a ser intitulada pelo termo concubinato.[67]

Grande parte da doutrina passou a dividir o concubinato em duas espécies: concubinato puro e impuro. O concubinato puro, apreciado nos arts.1723 a 1726 do atual Código Civil brasileiro, seria a verdadeira união estável referida pelas leis

[62] AZEVEDO, Villaça Álvaro. *Do Concubinato ao Casamento de Fato*. 2. ed. Belém: CEJUP, 1987. p.69.
[63] BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 mar.2018.
[64] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.447.
[65] BRASIL, *lei nº6.515*, 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.
[66] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.452.
[67] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris,2011. p.447.

8.971/94 e 9.278/96, quando há "convivência duradoura entre marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união, como no caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente (ou apenas de fato de acordo com o art. 1723 §1º do Código Civil), divorciados ou que tiverem o casamento declarado nulo ou anulado".[68]

O Concubinato impuro é caracterizado pela relação adulterina, caracterizado pela quebra do dever de fidelidade, esse não é amparado pelas normas protetivas e regulamentadoras da união estável[69]. Resta configurado no momento em que se tem relações esporádicas onde apenas um dos amantes ou ambos estão envolvidos com distinta pessoa ou impedidos legalmente de se casar. Nessa modalidade, há uma situação de ilicitude que retira a natureza de entidade familiar conferido pelo art.1.727 do Código Civil. Aqui se tem a figura do adulterino.[70]

O Código Civil de 1916 inovou ao trazer dispositivo que previa a possível tutela do filho considerado ilegítimo, quando seu art.363, inciso I, previa a possibilidade dos filhos ilegítimos de promoverem a ação de investigação de paternidade contra o pai ou seus herdeiros para ser legitimada a filiação, "se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai", no entanto essa norma deixou de determinar direitos à concubina.[71]

Foi no direito previdenciário que o concubinato passou a ser visto como fenômeno capaz de produzir determinados e limitados efeitos jurídicos**.** O art.22 do Decreto nº 2.681/1912[72], instituído para regular a responsabilidade civil das

[68] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação `a luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p. 44 e 45.
[69] DAL COL, Helder Martinez, 1965 – A família à luz do concubinato e da união estável/ Helder Martinez Dal Col.- Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.45.
[70] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.5: direito das coisas/ Maria Helena Diniz. atual.de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 325.
[71] AZEVEDO, Villaça Álvaro. Do Concubinato ao Casamento de Fato. 2 ed. Belém: CEJUP, 1987. p .75.
[72] BRASIL, Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

ferrovias, e o decreto-lei nº 7.036/1944[73], determinavam indenizações a concubina por acidente de trabalho ou transporte.

A Lei n.4.297/63 em seu art.3º alínea D, conferia a companheira o direito a pensão em caso de morte do companheiro, desde que tivesse convivido com o segurado maritalmente por prazo inferior a 5 anos a data de seu óbito.[74] A referida lei se tornou o marco iniciador do processo de proteção jurídica dos companheiros.[75]

Nessa época, apesar do grande número de pessoas que viviam em relacionamentos extramatrimoniais, as relações livres continuavam a ser recriminadas por grande parcela da sociedade em razão dos preceitos culturais da época continuarem a ter suas bases na doutrina romano canônica de família de que a única família legitima era a advinda do casamento, fato que influenciava diretamente a inércia do legislativo em relação ao tema. Então coube ao poder judiciário, por meio da jurisprudência, solidificar os direitos aos companheiros.[76]

O reconhecimento do concubinato como fato jurídico capaz de gerar efeitos, resguardados pelo ordenamento**,** foi obra da jurisprudência**.** No entanto, o concubinato ainda não era reconhecido como instituto de Direito de Família, mas seus reflexos patrimoniais passaram a ser aproximados aos efeitos resultantes do casamento.[77]

A primeira providência da jurisprudência foi tomada para conter o chamado "enriquecimento ilícito do homem", em face da mulher nos casos de dissolução da

[73] BRASIL, Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Disponível em: <ww.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7036.htm>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

[74] BRASIL, LEI Nº 4.297, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1963.Dispõe sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4297.htm >. Acesso em: 22 de mar 2018.

[75] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família*: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.414 e 415.

[76] XAVIER, Dias Fernanda. *União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade*. Brasília: TJDFT, 2015. p.50.

[77] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família:* as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.417.

união livre. Então era devido o pagamento de indenização da mulher por serviços prestados e demonstrados, restando insuficiente a inteligível vida em comum, assim decidiu o Ministro Gonçalves de Oliveira no RE 20150, julgado em 13.12.1962.[78]

Posteriormente, a jurisprudência mudou seu entendimento e passou a considerar a existência de uma sociedade de fato entre os companheiros. A companheira deixou de ser a prestadora de serviços que tinha direito a indenização e passou a ser considerada como sócia na relação concubinária, passando a ter direitos a parte do patrimônio comum, se essa comprovasse participação econômica direta em sua constituição. Nessa época, o entendimento majoritário da jurisprudência era de que o direito da companheira de obter parcela do patrimônio estava subordinado a condição de comprovação indubitável de que a trabalhou angariou quantias necessárias à sua parcela do patrimônio, esse seria devido a companheira na medida do que essa favoreceu a esse.[79]

A mera realização de tarefas referentes ao cuidado do lar e dos filhos, não conferia nenhum direito aos aquestos, apenas, em alguns casos, era garantido a companheira "uma indenização pelos serviços prestados ao companheiro".[80]

Os julgamentos reiterados pelo Supremo Tribunal Federal, sucederam na difusão da Sumula 380, que dizia "comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido por esforço comum". É o denominado direito de aquesto, o que não significa dizer a metade, o patrimônio a ser partilhado seria aquele adquirido em razão da participação de ambos os companheiros.[81]

---

[78] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p. 49.
[79] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.417.
[80] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação `a luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015 p. 51.
[81] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*.4.ed.rev.São Paulo: Saraiva, 2015. p.452.

Com o decurso do tempo, a Súmula 380 passou a ser interpretada de maneira diferente, o esforço comum não teria apenas natureza econômica, poderia ser caracterizado pelo apoio ao companheiro e por lidar com os afazeres domésticos e cuidado da família. Então, retirou-se a obrigação de comprovar a colaboração econômica da companheira para que essa tivesse direitos a divisão dos bens resultantes do esforço comum.[82]

A maioria dos entendimentos jurisprudenciais reconhecia que a mulher ao exercer o trabalho doméstico contribuía para o patrimônio comum ao oportunizar "tranquilidade no lar e a gradativa constituição do patrimônio".[83]

O Supremo Tribunal Federal também editou a Súmula 382 que dizia "A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato".

Apesar de ter sido de extrema importância para a evolução normativa do direito concubinário, a jurisprudência não estipulou para a concubina direitos a alimentos, sucessórios, usufruto ou direito real de habilitação aos bens do companheiro falecido.[84]

Essas leis e jurisprudências, que iniciaram o processo de reconhecimento de direitos aos concubinos, resultaram no reconhecimento da união estável como entidade familiar, prevista no art. 226, §3º da Constituição Federal.[85]

3 A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No presente capítulo o estudo se restringirá, primeiramente, a Constituição Federal de 1988, instrumento que constituiu paradigma de mudança da família

[82] AZEVEDO, Villaça Álvaro. *Do Concubinato ao Casamento de Fato*. 2 ed. Belém: CEJUP, 1987.p.88 e 89.
[83] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.452.
[84] CARVALHO, *Dimas Messias de. Direito das Famílias.* 4.ed. São Paulo: Saraiva,2015. p.453.
[85] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar.2018.

moderna para a família contemporânea, e que, pela primeira vez, considerou a união estável como entidade familiar. Posteriormente, se fará uma análise das leis 8.971/94 e 9.278/96, que conferiram direitos e deveres aos companheiros, e, posteriormente se observará Código Civil no que tange ao regramento referente ao instituto, os entendimentos da doutrina e jurisprudências que abordam os dispositivos legais do referido instrumento, e as diferenças entre o casamento e a união estável.

3.1 A união estável e o casamento na CF 1988

As Constituições são os instrumentos normativos a onde se encontram os pilares do estado, sua forma de organização e divisão dos poderes. A Constituição se difere das outras leis, pois trata-se de norma fundamental do país**.** Consiste em base para a formação de todas as outras leis, é fundamental pois se trata de parâmetro e base para todas as outras leis. Essa lei fundamental deve agir e irradiar através de todas as outras leis infraconstitucionais do país. A Constituição, portanto, é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.[86]

A Constituição Federal de 1988 consiste em um complexo normativo composto por regras e princípios. Isso significa que além de dispor sobre regras de organização e regras do estado, a constituição também prevê força normativa aos princípios. As regras, para que produzam seus efeitos, precisam de que o fato concreto se enquadre perfeitamente a sua previsão. Os princípios, diferentemente das regras, não estipulam uma determinada conduta, possuem alto grau de abstração, e em virtude desse aspecto necessitam que o intérprete em cada situação "dê o exato peso entre os eventuais princípios em choque".[87]

[86] LASSALE, Ferdinand. *Que é Uma Constituição*? . Tradução: Walter Stönner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 12 a 15. Disponível em: < www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicaol.pdf >. Acesso em: 23 mar.2018.

[87] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.161 e 162.

Dessa maneira, de acordo com Pedro Lenza: "Destaca-se assim a Técnica da ponderação e do balanceamento, sendo, portanto, os princípios valorativos ou finalísticos".[88]

É na seara do direito de família que se nota maior impacto dos princípios que a Carta Magna elevou a condição de preceitos sociais fundamentais, pois esses devem guardar proximidade com a atual concepção de família. Assim surge a primordialidade de se rever os instrumentos normativos do direito da família, conformando suas estruturas e matéria ao texto Constitucional e seus princípios basilares como o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da solidariedade.[89]

A Constituição Federal de 1988 constitui marco divisor em relação a família moderna, retratada pelo Código Civil de 1916, e em virtude dos modelos de família contemporânea, dotadas de igualdade e humanidade. Fora o primeiro instrumento normativo brasileiro a reconhecer o concubinato puro, agora chamado de união estável, como modalidade de família. A Constituição Federal ao instituir a condição de entidade familiar, passou a assegurar a juridicidade às uniões formadas pelo vinculo da afetividade.[90]

Em relação a União estável, Dimas Messias de Carvalho explica:

> A Carta magna não acrescentou nenhuma novidade a doutrina e a jurisprudência em termos quantitativos, mas em termos qualitativos provocou alteração na proteção ao concubinato puro, impedindo, doravante, qualquer lei que o reprima, 'em virtude da elevação do instituto a entidade familiar merecedora de proteção do estado.[91]

As uniões livres deixaram de ser reconhecidas como concubinato e passaram a ser chamadas de união estável, essa alteração ocorreu para subtrair o caráter depreciativo atribuído ao instituto**,** que rotulava as relações não matrimoniais como

[88] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.162.
[89] DIAS Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 10 ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2015. p.43.
[90] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 10 ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2015.p.168 e 169.
[91] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.453.

imorais e ilícitas. O termo concubinato passou a ser utilizado para caracterizar as relações não eventuais, entre homem e mulher, impedidos de casar.[92]

A união estável de acordo com Paulo Lobo "É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres".[93]

No Brasil, após 1988, a união de fato foi institucionalizada como união de direito. Primeiramente, o poder constituinte originário de 1988 passou a aceitar as uniões informais como fato jurídico e não mais como fato social. Subtraiu-lhe todo caráter discriminatório a partir do instante em que as conferiu a proteção estatal. Desde então, a união estável deverá ser em tudo e por tudo regida pelo direito de família, não podendo ser retirada da aplicação desse, visto que a Carta Magna a inclui em capitulo designado à família.[94]

A união estável passou a ser reconhecida expressamente pela Constituição Federal no art.226, parágrafo 3º, que diz: "Art. 226.A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".[95]

De acordo com o texto constitucional, a união estável não se equipara ao casamento, esses seriam institutos dotados de autonomia em virtude da impossibilidade de conversão de institutos iguais. É em razão de tal regulamentação que o legislador estabelecia abordagem distinta em relação a alguns temas, como no caso dos direitos sucessórios.[96]Em relação ao casamento, pode-se dizer que esse

[92] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família:* as famílias em perspectiva *constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.418 e 419.
[93] LÔBO, Paulo. Direito Civil: *famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva,2011. p.168 e 170.
[94] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22ª ed. Revista e atualizada por Tania da Silva Pereira. Rio De janeiro: Forense, 2014. p .644.
[95] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar.2018.
[96] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.5: Direito de Família*.12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.332.

continuou a ser o modo de estrutura familiar estritamente solene, tendo suas formalidades estipuladas pelo decreto nº 181 desde 1890.[97]

Ocorre que a doutrina ao interpretar o art. 226 §3º da Constituição Federal iniciou debates a respeito da atribuição dos efeitos resultantes do matrimônio à união estável. Surgiram correntes de pensamento que previam diferentes interpretações ao dispositivo constitucional. A primeira, chefiada por Carlos Alberto Bittar entendia que a constituição não determinava deveres aos companheiros que ensejassem em direitos a esses, restringindo-se a impelir o legislador a competência de elaborar os preceitos necessários a conversão da união estável em casamento. Uma segunda linha de pensamento, que teve como doutrinador Carlos Alberto Menezes, compreendeu, através da utilização da interpretação sistemática do dispositivo constitucional, que a união estável foi acolhida incondicionalmente pela Constituição Federal e, em razão disso, suas decorrências deverão ser guiadas pelo direito de família, no sentido de se aplicar o quanto antes o regramento jurídico do matrimônio a união estável por analogia.[98]

Cristiano Chaves de farias e Nelson Rosenvald, consentem com a posição defendida pela segunda linha de pensamento, na medida em que afirmam que a Constituição gerou a equiparação da união estável ao casamento, distinguindo-se somente em relação as formalidades por esse exigidas. Chegam a dizer que "tudo o que um casamento pretende é ser uma união estável, diferenciando-se, apenas, pela exigência de solenidades para a constituição".[99] Para Fábio Ulhôa a Constituição de 1988 igualou a união estável no plano jurídico ao casamento, e que a partir de então

[97] BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm >. Acesso em:23 mar.2018.
[98] CAVALCANTI, Lourival Silva. *União Estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003.p 20 e 21.
[99] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias/Cristiano de Farias, Nelson Rosenvald*.3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.47 ,48 e 52.

não haveria mais cabimento as decisões judiciais que discriminassem o convivente ao deixar de lhe conferir iguais direitos aos do conjugue.[100]

Ainda há doutrinadores, que ao realizarem uma interpretação literal do texto constitucional, entendem que a Carta Magna dotou autonomia aos institutos do casamento e da união estável, sendo esses distintos. Defendem que o fato do direito de família ser anterior a constituição de 1988, de ter sido organizado com base no casamento, pode impulsionar a ideia errônea de que a inclusão do instituto em sua esfera significaria dar a união estável as mesmas sujeições do casamento. No entanto, deve-se compreender que o novo direito de família que surgiu com a Constituição de 1988 deixou de se estruturar apenas no casamento, e também passou a ser organizado pela união estável. É importante deixar claro que os dispositivos constitucionais não pretendem converter a união estável em um quase casamento ou lhe conferir tratamento igual ou semelhante ao do casamento. De acordo com o disposto pela Carta Magna, os dois consistiriam em institutos diversos, e, por isso, seria necessária a estipulação de tratamento jurídico apropriado para atender as diferenças de natureza dos institutos.[101]

Em virtude desse raciocínio, a aplicação das disposições referentes ao matrimônio à união estável desvirtuaria o sentido do instituto da união estável, que foi criado para os conviventes que desejam ter mais liberdade, o desejo de não estar vinculado ao **c**ompromisso do matrimonio, resultante "da ilusão de que a qualquer momento se pode pôr fim ao relacionamento sem as consequências próprias da dissolução do matrimônio".[102]

Nesse sentido, Fernanda Xavier:

> Defender a equiparação absoluta é o mesmo que abraçar o preconceito, pois não se aceita que os institutos se destinam a

[100] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família; sucessões, volume 5*. 3. ed. São Paulo: Saraiva,2010. p.136 e 137.
[101] CAVALCANTI, Lourival Silva. *União Estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003 p.49.
[102] XAVIER, Dias Fernanda. *União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação `a luz dos princípios da igualdade e da liberdade*. Brasília: TJDFT, 2015. p.119.

> atender situações diferentes que merecem regramento próprio às suas peculiaridades. Por outro lado, eventuais dificuldades encontradas por aqueles que vivem em uniões estáveis decorrentes da informalidade do relacionamento devem ser suportadas como parte da responsabilidade que todos nós temos quanto as escolhas que são feitas na vida. Essa responsabilidade é inerente ao exercício do direito da liberdade, pois se um povo deseja realizar escolhas, deve estar pronto para arcar com as consequências de suas opções.[103]

De acordo com a corrente de pensamento supracitada, a interpretação extensiva do artigo 226 § 3º da Constituição Federal que equipara a união estável ao casamento, infringiria o princípio da liberdade de não casar, o direito de não querer direitos. Em conformidade com Fernanda Xavier, Fábio Alves Ferreira afirma que a igualdade dos institutos implicaria em violação do direito daqueles que optaram por essa modalidade de constituição familiar, em razão de a terem escolhido exatamente para não sofrerem as implicações e responsabilidades estipuladas pelo Estado para aqueles que se casam. A Constituição Federal de 1988, calcada no princípio da liberdade, dá a possibilidade aos cidadãos de formar ou não família, assim como escolher por uma das possibilidades de arranjos familiares. Portanto, asseveram que a equivalência dos institutos irá subtrair o referido poder de escolha.[104]

Rodrigo da Cunha Pereira afirma que apesar da Constituição Federal ter reconhecido a união estável como entidade familiar e como instituto que possui efeitos jurídicos**,** essa não equiparou imediatamente ao casamento. Dessa maneira, igualar os institutos significaria interferir na liberdade de escolha da forma de se estabelecer entidade familiar.[105]

De acordo com o referido autor a equiparação dos institutos geraria:

> Posição moralista equivocada, pois seria o mesmo que não aceita-la como forma de família diferente do casamento. É

[103] XAVIER, Dias Fernanda. *União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação `a luz dos princípios da igualdade e da liberdade.* Brasília: TJDFT, 2015. p.121.
[104] FERREIRA, Alves Fábio. O Reconhecimento Da União De Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento Solene. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p.71 e 72.
[105] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. Disponível em <www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>. Acesso em: 13 mai.2018.

> como se fosse para resgata-la de algo que não é correto. Neste raciocínio, equiparar a união estável seria praticamente acabar com ela, matá-la em sua essência, que é exatamente não estar presa às regras do casamento. A união estável é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar suas próprias regras da convivência, sem interferência estatal. O Estado não pode e não deve interferir na liberdade dos sujeitos de viver relações de natureza diferente daquelas por ele instituídas e desejadas.[106]

Ibrahim Fleury de Camargo, seguindo a linha de pensamento supracitada, afirma: "É adequado o legislador não cercear a liberdade das pessoas que não pretendem se casar. Sob a égide da clássica hermenêutica, as normas sobre direito de família são de ordem pública, cogentes e, destarte, sujeitas a interpretação restritiva, não admitindo, em regra, analogia".[107]

Em uma terceira corrente, encontramos doutrinadores que viram na redação do art.226, parágrafo 3º uma norma constitucional programática que depende de lei ordinária para que possa produzir seus efeitos. Esses entenderam que a aceitação da união estável como entidade familiar possibilitaria a sua integração a legislação codificada, passando-se a fixar direitos e deveres aos conviventes. Foi devido a essa corrente que se teve a criação das primeiras leis regulamentadoras do instituto da união estável. A regulamentação do instituto seria necessária para que direitos não fossem lesados, e assim existir a liberdade convivencial.[108]

Mais tarde a fusão do entendimento da terceira corrente com o defendido pela 1º corrente, resultaria em crescente processo de regulação do instituto que pretende igualar os direitos dos conjugues ao dos companheiros.

3.2 a união estável, o casamento e o Código Civil 2002

[106] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. Disponível em <www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>. Acesso em: 13 mai.2018.
[107] MADEIRA Filho, Ibrahim Fleury de Camargo. *Conversão da união estável em casamento*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.40.
[108] CAVALCANTI, Lourival Silva. *União Estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003.p 20 e 21.

3.2.1 As Leis 8.971/94 e 9.278/96

Diante da falta de regulamentação acerca da união estável na Constituição Federal de 1988, cabia a jurisprudência e a doutrina Brasileira delinear os aspectos referentes a união estável. Portanto, foi nesse cenário de inexistência normativa e necessidade de edição de lei infraconstitucional regulamentadora do instituto que sobreveio a primeira lei que pretendia normatizar a união estável, a Lei nº8.971 de 94.[109]

A Lei nº 8.971/94 foi o primeiro dispositivo legal a versar sobre direitos dos conviventes, inclusive a prestação de alimentos[110]**.** Ao contrário do casamento que desde sempre exigiu a imposição de suas regras de maneira clara nas leis, até mesmo para o estabelecimento de alimentos, a união estável em virtude da sua intrínseca essência, "como espaço do não-oficial e do informal", nunca teve um texto normativo que a regulasse e estipulasse direitos a alimentos aos companheiros, antes tais questões só eram discutidas pela jurisprudência.[111]

O referido dispositivo legal foi à primeira regulamentação expressa que se atentou tratar das relações internas entre os companheiros. Apesar de ser uma pequena disposição, foi de grande importância, pois inovou ao normatizar o direito dos companheiros a alimentos, de forma implícita, direito que antes era inexistente, pois os companheiros não eram considerados nem parentes, nem conjugues, não tinham proteção legal para que pudessem exigir alimentos. A Lei Supracitada criou um sistema fechado de constatação da união estável, em razão da admissão de

[109] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.769.
[110] BRASIL, lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8971.htm >. Acesso em 14 de maio, 2018.
[111] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável.* 7.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2004.p.87

critérios objetivos, na medida que com o cumprimento desses se pudesse atribuir as implicações do direito de família, como o direito aos alimentos e a sucessão.[112]

Em seu art.1º determina os requisitos necessários aos companheiros para que esses tenham o direito aos alimentos, disciplinados pela lei nº 5.478/68.[113] Os companheiros deveriam preencher alguns requisitos, tais como: terem convivido por tempo superior a 5 anos, ou caso tenham tido prole em comum o direito poderia ser exercido a qualquer momento; estarem desimpedidos (solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos).[114]

No entanto, o direito aos alimentos dos companheiros estaria subordinado ao binômio necessidade e possibilidade, assim como no casamento, e extinguiria a partir do momento em que o companheiro se encontrar em outra união, podendo ser união matrimonial ou união estável) que o direito a alimentos dos É imprescindível a demonstração da necessidade do requerente dos alimentos**,** sua relação de dependência econômica e a dificuldade ou impossibilidade de sua subsistência.[115]

A nova lei trouxe também novidades em relação aos direitos sucessórios, passou-se a ser admitida a sucessão legitima entre companheiros. A ordem de vocação hereditária foi alterada, o companheiro passou a ser considerado herdeiro necessário, e ganhou preferência em relação aos parentes colaterais, sendo, também, estipulado o direito dos conviventes ao usufruto vidual.[116]

---

[112] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família*: *as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva,2014. p.430.

[113] BRASIL. Lei nº 5.478/68 **de 25 de julho de 1968.** Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

[114] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22ª. ed. Revista e atualizada por Tania da Silva Pereira. Rio De janeiro: Forense, 2014. p.650.

[115] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22ª. ed. Revista e atualizada por Tania da Silva Pereira. Rio De janeiro: Forense, 2014. p. 650.

[116] BRASIL, lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8971.htm >. Acesso em: 14 de maio, 2018.

O art. 2º inciso I e II, previa apenas o direito ao usufruto (a utilização temporária dos bens) a quarta parte dos bens do de cujos, se existentes filhos comuns ou não, e de metade, em caso de haver apenas ascendentes. O companheiro na falta de ascendentes e descendentes tinha direito a totalidade da herança, configurando-se então na 3º posição da vocação hereditária.[117]

O art. 3º assegurava ao companheiro metade do patrimônio deixado se esse fosse composto por bens para cuja aquisição houvesse colaborado (herança necessária.) e instituiu o direito a meação sobre os aquestos, no caso de falecimento de um dos companheiros. É importante destacar que a colaboração não era presumida, deveria ser comprovada em cada caso[118].

A ausência de estipulação de regime de bens para o companheiro possuir o direito de herdar e o direito ao usufruto, fez com que a doutrina chegasse a conclusão de que as normas referentes a união estável, nesse ponto, seriam mais benignas do que as aplicadas para o casamento.[119]

De acordo com Pablo Stolze a lei 8.971:

> Consagrou-se, pois, um sistema fechado de reconhecimento da união estável, mediante a adoção de referenciais objetivos (tempo de união ou existência de prole), a fim de que, com isso, se pudessem extrair os efeitos típicos do Direito de Família, como o direito aos alimentos e a herança.[120]

Após dois anos de vigência da lei.8.971/94, criou-se a lei 9.278/96, com o objetivo de regulamentar o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. A Lei 9.078/96 tinha como escopo criar um verdadeiro estatuto de entidade familiar para a

[117] BRASIL, lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8971.htm >. Acesso em :14 de maio, 2018

[118] BRASIL, lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8971.htm >. Acesso em: 14 mai. 2018.

[119] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação `a luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p.56.

[120] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.430

união estável, sem revogar expressamente a lei 8.971/94.[121] Esse novo dispositivo legal abordaria os efeitos Inter vivos do concubinato, ao contrário da lei anterior que deu mais destaque as questões relacionadas ao fenômeno sucessório dos conviventes.[122]

Diferentemente da lei anterior, a lei 9.278/96, em seu art.1º, conferiu novo conceito a união estável, totalmente distinto do definido pela Lei 8.971/94, o que causou, nesse ponto, a supressão da norma prevista na lei anterior. A nova lei exigia menos requisitos para a configuração da união estável, sendo esses: a convivência duradoura", pública" e continua" identificando-se pela intenção de instituir família.[123]

O elemento necessário para a configuração da união estável é a estabilidade, característica intrínseca a sociedade familiar e que exprime firmeza, segurança, permanência equilíbrio e seriedade do relacionamento. No tocante ao casamento a estabilidade é presumida, mas em relação a união estável esse elemento deverá ser analisado a luz da intensidade do relacionamento, caso a caso.[124]

A estabilidade deixa de ser aferida pelo fator tempo, prazo de 5 anos de convivência, ou pelo fato de existência de prole comum. O art. 1º da referida lei não citou a coabitação como requisito necessário a caracterização da união estável, e por isso, se torna função do juiz averiguar o conjunto de elementos presentes no caso concreto para aferir a presença ou não da estabilidade, como o requisito da *affectio societatis* familiar.[125]Para Pablo Stolze "passou-se a adotar então um sistema aberto,

[121] BRASIL, Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal.Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm >. Acesso em: 15 mai. 2018.
[122] WALD, Arnoldo. O novo direito de família. atualizada e ampliada pelo autor, do livro Direito de Família, de acordo com a jurisprudência e com referências ao Projeto do Código Civil, com a colaboração do Des. Murillo Fábregas. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.222.
[123] DAL COL, Helder Martinez, 1965. *A família à luz do concubinato e da união estável.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.p 65.
[124] FERREIRA, Alves Fábio. O Reconhecimento Da União De Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento Solene. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003. p. 36 e 37.
[125] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 22. ed. Revista e atualizada por Tania da Silva Pereira. Rio De janeiro: Forense, 2014.p 658.

com acentuada margem de discricionariedade ao julgador na apreciação do caso concreto".[126]

O art.2º da Lei 9.278/96, se preocupou em determinar direitos e deveres aos companheiros. Em relação ao disposto no art2º da lei, Rodrigo da cunha diz:

> O art. 2º foi uma tentativa infeliz de equiparação das uniões estáveis ao casamento. Quase uma cópia do art.231 do código civil de 1916, suprimento a expressão felicidade, que foi substituída por lealdade. Infeliz, pois tenta estabelecer regras para tais relações como se fossem um casamento, ou seja, tenta impor regras do casamento para quem não o escolheu, ou exatamente quis fugir dele. O que se nota, portanto, é uma tentativa de matrimonializar as relações estáveis.[127]

O artigo 5º da referida lei, dispõe sobre os bens adquiridos pelos companheiros na constância da união de maneira similar ao regime da comunhão parcial de bens estipulado, posteriormente, pelo Código Civil de 2002. Pressupõe-se que tanto os bens móveis quanto os imóveis obtidos durante a união, a título oneroso, cabe a ambos, em virtude de o esforço comum ser presumido. Todavia, deve-se ressaltar que o esforço comum consiste em apenas uma suposição. Dessa maneira, existe a possibilidade de se comprovar o contrário, isto é, atestar que alguns bens não resultaram da colaboração de ambos. A possibilidade da prova do esforço comum na união estável consistia em uma das distinções entre essa e o casamento, no qual não há tal possibilidade.[128]

Em relação aos alimentos, a nova lei acentuou o que fora estabelecido pela lei antecedente. O art. 7º dessa lei, dispôs sobre o direito a assistência mútua, a título de alimentos e ainda acrescentou direitos sucessórios reconhecidos pela lei anterior. O referido dispositivo legal complementa o art. 2º na medida em que confere expressamente o direito a alimentos quando "dissolvida a união estável por

[126] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p.430.
[127] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 7.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p.112
[128] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável.* 7.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p.114

rescisão**”.** Com a exclusão do requisito temporal para caracterização das uniões**,** houve, por consequência, a exclusão de requisito para a concessão de alimentos.[129]

O parágrafo único do artigo supracitado, acrescentou aos direitos sucessórios adquiridos pela Lei 8.971/94 o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, enquanto viver ou não constituir nova união ou matrimonio, relativamente ao imóvel utilizado como domicílio da família.Com o advento da Lei 9.278/96, o convivente supérstite além de ter direito real ao usufruto do patrimônio, previsto pelo art. 2º, I e II da Lei 8971/94, também faria jus ao direito real de habitação, inexistindo contenção quanto ao regime de bens como ocorria com o casamento (art. 1.611 §§1 e 2 do Código Civil 16), podemos chegar à conclusão de que a união estável se encontrava em posição mais vantajosa ao casamento.[130]

Em relação a conversão da união estável em casamento, o art. 8º da Lei 9.278/96 regulamentou a conversão da união estável em casamento, poderia ser realizada por meio de solicitação ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. Ocorre que a conversão da união estável em casamento pouco difere da celebração, visto que deve ser realizada também a investigação dos impedimentos para o casamento.[131]

A lei 9.278/96 pôs fim a controvérsia judicial a respeito da competência material para apreciação das questões relativas a união estável. Antes havia-se o entendimento de que as questões referentes as relações estáveis deveriam ser tratadas pelas varas cíveis, mas o art.9º do aludido dispositivo legal acabou por decidir de uma vez por todas que a competência para processar e julgar tais demandas seria dos juízos das Varas de Família.[132]

---

[129] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p.88

[130] XAVIER, Dias Fernanda. *União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação `a luz dos princípios da igualdade e da liberdade*. Brasília: TJDFT, 2015. p.59.

[131] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Revista e atualizada por Tania da Silva Pereira. Rio De janeiro: Forense, 2014. p.658.

[132] BRASIL, Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal.Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm >. Acesso em: 15 mai. 2018.

3.2.2 O Código Cível de 2002

Primeiramente, deve-se ressaltar que o Código Civil não realizou grandes mudanças a respeito da união estável, apesar de tê-la inserido em novo título no Livro IV (Direito de Família). O referido dispositivo legal fora influenciado pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, e absorveu elementos das Leis Federais nº 8.971/94 e 9.278/96. Dispôs da matéria em apenas 5 artigos, restando omisso em diversos pontos, como, por exemplo, em relação ao o usufruto e o direito real de habitação aos companheiros, no âmbito sucessório. Devido a omissão legislativa, a doutrina tem entendido pela aplicação das leis anteriores em virtude do princípio da especialidade.[133]

Portanto, o Novo Código Civil[134], reconheceu o concubinato puro nomeando-o de união estável em seu art. 1.723.[135] Antes de analisarmos afundo as normas referentes ao instituto, cabe salientar que diferentemente do casamento que possui marco inicial definido e determinado**,** o termo inicial da união estável é mais difícil de se constatar, assim como afirma Carlos Roberto Gonçalves:

> Uma das características da união estável é a ausência de formalismo para a sua constituição. Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum.[136]

Em razão da referida diversidade entre os institutos, o Código Civil estabeleceu em seu art.1.723 requisitos ou pressupostos necessários a configuração

---

[133] DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões.* São Paulo: Método,2006. p.264 e 265. (Série grandes temas do direito privado, v.3)

[134] BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 15 mai. 2018.

[135] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p.434.

[136] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*.15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.614.

da união estável como: a) diversidade de sexos; b) publicidade; c) continuidade; d) estabilidade; e e) objetivo de constituir família.[137]

A respeito da exigência da diversidade de sexos prescrita no referido dispositivo legal que diz "ser reconhecida a união estável entre homem e a mulher", podemos afirmar que o requisito de união heteróloga não se faz mais necessário em virtude da aceitação das famílias homoafetivas**.** Como dito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF[138] e a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental nº132/RJ[139] reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, com base no art. 3º inciso IV da Constituição Federal que veda qualquer discriminação em razão da raça, cor e sexo.[140]

Vale ressaltar que o art. 1.723 do Código Civil deixou de mencionar a idade mínima para os sujeitos obterem a capacidade de firmar união estável, em virtude dessa omissão legislativa, entende-se por aplicar por analogia os limites de idade mínima impostos ao casamento, dezesseis anos para a mulher e para o homem.[141]

Outro pressuposto fundamental a configuração da união estável é a publicidade da união, terceiros devem ter conhecimento do relacionamento dos companheiros. Nas palavras de Fabio Ulhôa Coelho:

> Para configurar-se a união estável, o relacionamento entre os conviventes deve ser público e não clandestino. Quer dizer, eles devem, nos eventos sociais ou em encontros ocasionais com amigos e conhecidos, apresentarem-se como

[137] BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 15 mai. 2018.

[138] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Requerente: Procuradora-Geral Da República. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília,5 de maio de 2011. Disponível em:< portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=11872>. Acesso em :29 jul.2018.

[139] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. ADPF 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:<portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=2598238>. Acesso em :29 jul.2018.

[140] FIUZA, César. *Direito civil: curso completo,* 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.p1.197.

[141] BORGHI, Hélio. *Casamento e união estável: formação, eficácia e dissolução*.2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Olieira,2005. p.49.

> companheiros, e não como mero namorados. Se preferem esconder da família e das pessoas em geral a convivência informal que nutrem, então ela não é merecedora, pela lei, de proteção.[142]

A convivência deverá ser, além de pública, contínua e duradoura. Diferentemente do casamento, onde a estabilidade é presumida, na união estável a estabilidade resulta de "conduta fática e das relações pessoais dos companheiros".[143]

O requisito temporal estabelecido pela lei 8.971/94 deixou de ser exigido. Não é mais necessário o prazo de 5 anos de duração da relação para que seja configurada a união estável, no entanto se impõe estabilidade na convivência, período suficiente a demonstrar o elemento anímico de constituição familiar. Contudo, os relacionamentos descontínuos, com frequentes rompimentos em pequenos espaços de tempo e reconciliações, não caracterizam a união estável, pois esses impedem a constituição de uma entidade familiar.[144]

Corroborando com esse entendimento, Fábio Ulhôa entende que: "Se os parceiros, declaram, inclusive mediantes a assinatura contrato de convivência, ter a intenção de constituir família, mas não conseguem conviver senão por alguns meses, a união estável não se constituiu".[145]

Para Pablo Stolze**: "**A união estável não se coaduna com a eventualidade, pressupondo a convivência continua sendo, justamente por isso, equiparada ao casamento em termos de reconhecimento jurídico".[146]

Em virtude da desnecessidade de requisito temporal, compete ao magistrado, após verificar o contexto e as particularidades do caso concreto, decidir se o

---

[142] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família; sucessões, volume 5*.3. ed. São Paulo: Saraiva,2010. p.140.
[143] LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 173.
[144] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.459.
[145] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família; sucessões, volume 5*.3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.140.
[146] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*/ *Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.434.

relacionamento resulta em união estável, mesmo que tenha havido términos e reconciliação posterior, ou não.[147]

Provar o objetivo de constituir família se torna o ponto mais salutar da união estável. É em virtude desse objetivo que o ordenamento jurídico concede as uniões estáveis a proteção devida as famílias. Ausente essa finalidade imediata de formação de família, o relacionamento não se intitula união estável, sucedendo na "instabilidade típica de um simples namoro". Os namorados não possuem a certeza do desejo de constituir família, muitas das vezes estão convictos de que não desejam constituir, pois apenas desejam se conhecer melhor ou apenas se divertirem.[148]

Ocorre que existe uma divisa delicada entre a existência de um namoro, relacionamento oscilante que não gera direitos, e a união estável, relacionamento contínuo e duradouro com intenção de constituir família que possui proteção jurídica.[149]

Esse estreito limite entre o namoro e a união estável incentivou vários casais brasileiros a firmarem, em cartório, o chamado "contrato de namoro" negócio jurídico pactuado com o claro objetivo de afastar as regras impostas pelo direito de família. Entretanto, de acordo com o que já fora verificado**,** a união estável consiste em fato da vida e, dessa maneira, quando presentes os requisitos necessários à sua existência, não há possibilidades de um contrato desviar as regras de ordem pública instituídas a esse arranjo familiar. O que se torna elementar para a formação de certos relacionamentos como o namoro ou a união estável são suas particularidades, e não os documentos firmados pelas partes.[150]

---

[147] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*.15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 622.

[148] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família; sucessões, volume 5* .3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.138.

[149] GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.435.

[150] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família; sucessões, volume 5*.3. ed. São Paulo: Saraiva,2010. p.138.

Com essas ponderações, nota-se que o contrato de namoro só servira para ajudar o juiz a investigar a vontade dos companheiros**.** Em relação aos contratos de namoro, Pablo Stolze ressalva que "não é correto considera-lo numa perspectiva hermética e absoluta, uma espécie salvo-conduto dos namorados, até porque, amigo leitor, convenhamos, muitos namorados (as) nesse Brasil nem perceberam, mas já caíram na rede da união estável há muito tempo".[151]

Então conclui-se que por mais que tenham vontade de continuarem como namorados, é imposta a configuração da união estável caso exista o requisito subjetivo da "vontade de constituir família". Mas como provar a intenção de constituir família? De acordo com Fábio Ulhôa:

> Se os conviventes celebram contrato de convivência ou declararam por outro modo escrito ou oral a intenção de constituir família, a exibição do instrumento daquele ou a prova da declaração criam a presunção de união estável. Mas se não foi celebrado contrato de convivência e inexistem outras declarações no sentido da constituição de família, a *affectio maritalis* só pode ser demonstrada por indícios.[152]

O Código Civil não pontuou como requisito necessário a configuração de uma união estável a coabitação sobre o mesmo imóvel, em vista da subtração desse requisito pela Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, no entanto podemos aferir que a coabitação é um dos elementos mais significativos para identificar, na vida prática, a dada intenção de se constituir família, o início da convivência dos companheiros.[153]

Quando duas pessoas resolvem compartilhar o mesmo teto é normalmente a indicação de que esses possuem a vontade de constituir família. Apesar de não ser mais necessária a coabitação, a existência de prole em comum e a existência de

---

[151] GAGLIANO, Stolze Pablo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.435.

[152] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família; sucessões, volume 5*.3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.139.

[153] AIDAR, Antônio Ivo. A união estável em tetos diferentes sob o manto da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal e dos artigos 1.723 e 1.725 do Código Civil Brasileiro. Disponível em:<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67498,101048-A+uniao+estavel+em+tetos+diferentes+sob+o+manto+da+Sumula+382+do.Acesso em: 3 jul.2018.

prazo mínimo para configuração da união, podemos dizer que esses elementos são considerados como fortes indícios da existência da união.[154]

Em virtude de não se exigir documento hábil a comprovar a existência da união estável, deve-se analisar a existência de todos requisitos necessários a união estável no caso concreto para se saber quando esta teve início. É de extrema importância saber o marco inicial da união estável para aferir, também, o momento inicial em que se pode exigir os deveres pessoais e patrimoniais dos companheiros.[155]

O parágrafo 1º do art. 1723 do Código Civil, trouxe indevidamente para o instituto da união estável os impedimentos próprios do casamento, mas pode-se entender necessária tal apropriação em virtude de a Constituição Federal determinar a conversão da união estável em casamento. Dessa forma, não se pode reconhecer a existência de união estável quando presentes os impedimentos descritos pelo art. 1521 do Código Civil, no entanto a união estável não será afastada se esta envolver pessoa casada, mas separada de fato. Destaca-se que o § 2º do art. 1.723 do Código Civil dispõe que as causas suspensivas do art. 1.523 do Código Civil não impedem a constituição das uniões estáveis, visto que seu único efeito para as relações matrimoniais é a adoção compulsória do regime de separações de bens, em virtude do art. 1.641 do mesmo dispositivo legal.[156]

As causas de invalidade do casamento, não podem ser aplicadas à união estável, porque esta, diferentemente daquele não é ato jurídico.[157]

O Código Civil de 2002 em seu art.1727 diferenciou de uma vez por todas a expressão concubinato de união estável, antes utilizadas como sinônimos. A palavra

[154] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.616.
[155] LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.176.
[156] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p.61.
[157] CAVACALTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. As implicações dos impedimentos matrimoniais na união estável. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=666>. Acesso em: 04 jul.2018.

concubinato passa a designar somente “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar” as uniões adulterinas, consideradas relações ilícitas e não protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.[158]

Em relação ao término da união estável, pode-se afirmar que a união se extingue da mesma maneira que se inicia, sem formalidades. No entanto, a dissolução poderá ser formalizada em instrumento particular, no qual os companheiros estabelecem a partilha dos bens e as devidas obrigações, com intuito e evitar litígios. Não ocorrendo a dissolução amigável, será necessário recorrer a jurisdição, cumulando pedido de declaração incidental da existência da união estável, caso um dos companheiros negue a existência dessa.[159]

Após definirmos a união estável, resta versar sobre suas implicações jurídicas e o surgimento das obrigações e dos direitos resultantes dessa.

Em relação aos direitos e deveres dos companheiros dispostos no art.1.724 do Código Civil, pode-se afirmar que a lei, mais uma vez, empenhou-se em matrimonializar as relações estáveis. O referido dispositivo legal reiterou parcialmente o que o art. 2º da Lei nº 9.278/96 já apregoava, definiu direitos e deveres aos companheiros como: o dever de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos. Para os conjugues, o Código Civil adicionou além dos referidos requisitos a exigência da “fidelidade recíproca e de vida em comum no domicilio conjugal” dispostos em seu art.1566.[160]

Ocorre que há distinção entre o conceito de fidelidade, relacionado ao matrimonio, e o conceito de lealdade. A lealdade consiste no respeito aos compromissos assumidos, enquanto a Fidelidade para o direito de família possui definição mais específica. O dever de lealdade possui um sentido amplo, seu cumprimento engloba, por conseguinte, o dever de fidelidade, confiança e respeito

[158] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil**:** direito de família.14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.445.
[159] LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.184 e 185.
[160] BRASIL. Lei nº Institui o Código Civil. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: jul. 2018.

no relacionamento. Portanto, afirma-se que a "lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie".[161]

Em relação ao dever de fidelidade, subentendido do dever de lealdade, cabe ressaltar que o entendimento atual é pela impossibilidade de uniões simultâneas, paralelas em virtude do princípio da monogamia que permanece sendo considerado como base do direito brasileiro.[162]

Advém que a doutrina tem optado pela possibilidade de uniões estáveis com mais de dois integrantes, em prol da liberdade de escolha**,** e, consequentemente**,** em virtude da ressignificação do conceito de família.[163]Alguns cartórios já permitiram o registro de uniões estáveis entre três pessoas, como no caso do 15º Ofício de Notas, na Barra da Tijuca, na Zona Oeste do Rio, que permitiu a formalização de união estável formada por um homem e duas mulheres.[164]O Conselho Nacional de Justiça diante das condutas praticadas pelos cartórios, começou a discutir a viabilidade de registro em cartório de união estável que envolvam mais de duas pessoas. A partir desse julgamento o Conselho Nacional de Justiça irá instruir como os tabelionatos devem agir perante o denominado "poliamor", isto é, dos requerimentos de reconhecimento uniões estáveis formadas por três ou mais companheiros.[165]

O dever de assistência imposto aos companheiros tem correlação ao dever de mútua assistência exigido aos conjugues pelo art.1.566, III, do Código Civil. A assistência consiste no fornecimento de auxílio financeiro, principalmente em relação a obrigação alimentar, e moral no momento em que determina que os

[161] LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.178.
[162] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.461 e 462.
[163] FIUZA, César. *Direito civil: curso completo.*17. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editor, 2014. p.1199.
[164] MENDONÇA, Alba Valéria. *Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação:* Os três vivem juntos há dois anos e meio e oficializaram a união na sexta (1º). Disponível em <g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html>. Acesso em: 12 ago.2018.
[165] TEIXEIRA, Matheus. *Poliamor: o CNJ discute reconhecimento de união estável com mais de duas pessoas.* Disponível em :<www.jota.info/justica/poliamor-cnj-discute-reconhecimento-de-uniao-estavel-com-mais-de-duas-pessoas-24042018>. Acesso em: 12 ago.2018.

companheiros devem amparar um ao outro nos bons ou maus momentos da convivência.[166]

Ao estabelecer o dever de assistência, o Código Civil optou por equiparar os direitos dos companheiros aos dos parentes e aos dos cônjuges. Dessa maneira, as normas referentes a prestação de alimentos, até mesmo a Lei n. 5.478/68, que versa sobre Alimentos, são aplicadas em favor dos companheiros.[167]

No tocante aos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos, podemos dizer que sua colocação no art.1.724 do Código Civil se faz desnecessária, visto que tais deveres são inerentes a relação de filiação, independente de presente união estável ou casamento, qualquer pessoa que tiver filhos deverá cumprir esses deveres.[168]

Ocorre que a presunção de paternidade, estabelecida para aqueles que possuem o estado de casado no art. 1.597 do Código Civil, não fora estipulada em favor daqueles que vivem em união estável.[169]Para o casamento, a presunção sucede após 180 dias de estabelecimento da convivência conjugal. Na hipótese de se aplicar por analogia as normas referentes ao casamento, a escritura pública e a sentença não poderiam reconhecer a união estável antes do prazo 180 dias para fins de filiação.

Em relação ao tema Vitor Frederico Kümpel explica:

> Tratando-se de sentença declaratória de união estável, poderia o juiz fixar o início da relação, lembrando que o tabelião, por força de sua cognição exaurida, pode até declarar um início da relação, porém, sem ter condições de verificar o seu efetivo termo inicial. Isso significa que ainda que a escritura pública estabeleça determinado prazo de união, o registrador civil deve reconhecer a presunção a partir do 180º dia da lavratura do ato notarial, independentemente do ali consignado, sob pena de

[166] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família.15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.627.
[167] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 629.
[168] XAVIER, Dias Fernanda. *União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade.* Brasília: TJDFT, 2015. p.62.
[169] NICOLAU, Gustavo. *União estável e casamento: diferenças práticas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.126.

> conferir mais direitos do que no casamento, o que por si só é uma bizarrice inaceitável.[170]

Ainda em relação a presunção de paternidade para os companheiros**,** cabe salientar que a exigência de lavratura de escritura pública de reconhecimento da união estável com intuito de configurar a presunção "pater is", se torna descabida, visto que não há nenhuma exigência formal para que seja constituída uma união estável, entidade familiar livre**.** No entanto, a Corregedoria Nacional de Justiça, por meio do provimento nº 52 de 14 de março de 2016, no artigo 1º, § 1º, estipulou que os pais em união estável poderão se valer da presunção *pater is* nos mesmo moldes que no casamento, isto é, qualquer um dos companheiros pode ir ao cartório de registro civil portanto a Declaração de Nascido Vivo, escritura pública de união estável, ou sentença na qual foi reconhecida, lavrando o assento em nome de ambos os genitores.[171]

Ao contrário do que determinava a lei 9.278/96, o Código Civil de 2002 em seu art.1.726 estipulou novo procedimento para a conversão da união estável em casamento. Ocorre que a nova lei foi contrária a "facilitação da conversão do instituto no casamento" estabelecida pela Constituição Federal, pois determinou que o novo procedimento deveria ser judicial e não administrativo, dificultando, dessa maneira, a conversão. Apesar de constar no novo Código Civil, a possibilidade de conversão não se faz muito útil, pois na prática é mais simples que os companheiros casem diretamente do que requeiram a conversão.[172]

Diversamente do casamento, a existência ou o término de uma união estável não modifica o estado civil.[173]

---

[170] KÜMPEL, Vitor Frederico. *Presunção pater is na união estável*. Disponível em:< www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI245882,101048-Presuncao+pater+is+na+uniao+estave l>. Acesso em: 16 ago.2018.

[171] KÜMPEL, Vitor Frederico. Presunção pater is na união estável. Disponível em:< www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI245882,101048-Presuncao+pater+is+na+uniao+estave l>. Acesso em: 16 ago.2018.

[172] DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*.4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.228.

[173] DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o Novo Código Civil.4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.232.

Em relação a possibilidade de adoção do patronímico do companheiro no registro de nascimento, o art. 57, § 2º, da Lei de Registros Públicos[174], devido a modificação realizada pela Lei nº 6.216/75[175], disciplina, excepcionalmente**,** tal possibilidade desde que não exista impedimentos legais para o matrimonio e que a solicitação seja realizada no juízo competente, desde que haja motivo ponderável.[176]

O Código Civil de 2002 equiparou as regras patrimoniais da união estável as do matrimonio no momento em que estabeleceu, expressamente, para as uniões estáveis a aplicação do regime da comunhão parcial de bens. Essa nova determinação, destoa do que fora estabelecido pelas normas passadas visto que elimina a alternativa de se comprovar "o esforço comum". Antes, o art. 5º da Lei 9.278/96 fazia referência a presunção do esforço comum, havia uma possibilidade de a partilha não ser aplicada de imediato, visto que não existia uma presunção absoluta. Agora, de acordo com o Código Civil de 2002, existe a presunção absoluta do esforço comum, pois necessita-se apenas comprovar a existência da união para que a partilha dos bens seja aplicada automaticamente, caso não haja nenhum instrumento particular que regule as relações patrimoniais entre os companheiros, de acordo com o art. 1725 do Código Civil. Em virtude da presunção absoluta do esforço em comum imposta pelo Código civil de 2002, pontua-se mais uma igualdade entre os institutos do casamento e da união estável, que passam a ter as mesmas regras patrimoniais.[177]

Os bens adquiridos na constância da união presumem-se comuns**,** salvo prova em contrário. As dívidas inadimplidas adentram na comunhão caso tenham sido adquiridas em benefício da família. São excluídos do condomínio os bens

[174] BRASIL, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>.Acesso em: 16 ago.2018.

[175] BRASIL, Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975. Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6216.htm >. Acesso em :16 ago.2018.

[176] NICOLAU, Gustavo. *União estável e casamento: diferenças práticas*.2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.131

[177] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p.117.

particulares adquiridos, por título gratuito, durante a união oriundos de "doação, herança, legado ou de bens de uso pessoal, os salários e demais rendimentos de trabalho, bem como as pensões". Deve-se ressaltar que os "bens sub-rogados no lugar dos bens particulares até o limite do valor da venda do bem anterior", também não integram a comunhão. As dívidas anteriores ao relacionamento dos companheiros não passam a integrar a comunhão, assim como as dívidas posteriores advindas de responsabilidade por danos causados a terceiros.[178]

Outro ponto que merece ser discutido é a existência ou não da chamada "*outorga uxória"*, instituto de aplicação obrigatória no casamento previsto no art.1.647 do Código Civil, para aqueles que vivem em união estável. O Código Civil, não tratou em seu texto da necessidade da aplicação desse instituto para os companheiros, cabendo a doutrina e a jurisprudência debater sobre o tema em questão.

Em razão da omissão legislativa a respeito do tema, a jurisprudência segue no sentido da preservação da boa-fé de terceiro conferindo legitimidade ao contrato, que alienou bem comum, quando não houve a possibilidade de saber da União Estável constituída pelo fiador ou vendedor. Ora, diferentemente do casamento que se configura mediante sua celebração e conseguinte registro formal, a união estável não prescinde de registro, trata-se de união informal, é em razão dessa diferença entre os institutos que a jurisprudência tem entendido pela desnecessidade da *outorga uxória* para os companheiros, vejamos trecho de decisão prolatada pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Resp. nº 1.299.866/DF:

> [...] a exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por aquele aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável se justifica. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. Na mesma linha, não parece nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união

[178] LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 180.

> estável, sem a outorga uxória do outro companheiro. De resto, a celebração de escritura pública entre os consortes não afasta essa conclusão, porquanto não é ela própria o ato constitutivo da união estável. Presta-se apenas como prova relativa de uma união fática, que não se sabe ao certo quando começa nem quando termina. Ademais, por não alterar o estado civil dos conviventes, para que dela tivesse conhecimento, o contratante deveria percorrer todos os cartórios de notas do Brasil, o que se mostra inviável e inexigível.[179]

A outorga uxória se adequa perfeitamente ao instituto do casamento, mas se mostra incompatível a dinâmica da união estável.[180]Sobre o referido tema, Carlos Roberto Gonçalves entende ser necessária a outorga uxória em relação aos bens imóveis adquiridos onerosamente na constância da união, mas, assim como a jurisprudência tem entendido, afirma que o terceiro de boa - fé que não sabia da existência da união não pode ser prejudicado, vejamos:

> [...] a outorga do companheiro é necessária, para a alienação ou oneração imobiliária. Sendo a união estável regida pela comunhão parcial de bens, há de ser observado o disposto no art. 1.647, I, do Código Civil, que trata da aludida autorização.
>
> Como bem acentua Zeno Veloso, não é só por analogia que a exigência se impõe, mas principalmente porque, "tratando-se de imóvel adquirido por título oneroso na constância da união estável, ainda que só em nome de um dos companheiros, o bem entra na comunhão, é de propriedade de ambos os companheiros, e não bem próprio, privado, exclusivo, particular. Se um dos companheiros vender tal bem sem a participação no negócio do outro companheiro, estará alienando – pelo menos em parte – coisa alheia, perpetrando uma venda a non domino, praticando ato ilícito. O companheiro, no caso, terá de assinar o contrato, nem mesmo porque é necessário seu assentimento, mas, sobretudo, pela razão de que é, também, proprietário, dono do imóvel". Todavia, como a união estável decorre de um fato e não é objeto de registro, inexiste um ato que dê publicidade formal à sua existência, não podendo, por essa razão, tal situação ser

[179] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. 1.299.866/DF. Quarta Turma. Recorrente: Linea G Empreendimentos De Engenharia Ltda. Recorrido: Carlos Levino Vilanova. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: < www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1299866&b=ACOR&p=true&l=10&i=3 >. Acesso em: 16 ago.2018.

[180] OLIVEIRA, Rafael Mansur de. Enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil consagra avanços no Direito de Família. Disponível em :<www.conjur.com.br/2018-jul-21/rafael-mansur-enunciado-consagra-avancos-direito-familia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#_ftn1>. Acesso em: 16 ago.2018.

> oposta a terceiros. Não compete, assim, aos companheiros, em princípio, a ação anulatória que o cônjuge, a quem não foi solicitada a outorga, pode propor com base no art. 1.650 do Código Civil. Nessas condições, complementa zeno veloso "no caso de um dos companheiros ter vendido imóvel que era da comunhão, que estava registrado no Registro de Imóveis apenas em seu nome, tendo ele omitido a circunstância de que vivia em união estável, o terceiro de boa-fé que adquiriu o bem não pode ser molestado ou prejudicado, podendo ser invocada, ainda, a teoria da aparência. A questão tem de ser resolvida entre os próprios companheiros, pleiteando o prejudicado, além de outras que forem cabíveis, indenização por perdas e danos.[181]

De acordo com Fernanda Xavier, um dos pontos mais criticados em relação a normatização da união estável sob a perspectiva de sua indevida equiparação ao matrimônio diz respeito ao contido na segunda parte do art.1.725, que determina, "salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".[182]

No casamento, quando duas pessoas não realizam pacto antenupcial, aceitam se submeter ao regime legal que determina a adoção do regime de comunhão parcial de bens, até porque de acordo com o art.1528 do Código Civil, o oficial do registro tem o dever de informar os nubentes a respeito de todos os regimes de bens existentes, fato que gera, portanto, a presunção de que ambos tiveram a oportunidade de escolher o regime de suas preferências. Diversamente do casamento**,** os companheiros, muitas vezes, não possuem conhecimento de que seus bens serão divididos da mesma maneira como se fossem casados, visto que "optaram pela convivência more uxório justamente porque não desejavam as amarras do matrimonio". Trata-se, portanto, de transgressão ao princípio da liberdade de escolha.[183]

---

[181] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*.15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 635

[182] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p.62

[183] XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p.62.

O art. 1725 do Código Civil possibilita os companheiros de firmarem o regime de suas vontades por meio de contrato escrito, chamado de "contrato de convivência". Diferentemente do contrato do casamento que requer solenidades, formalidades e publicidade, o contrato de convivência consiste em instrumento livre de imposição de forma, visto que a união estável para se configurar não prescinde de contrato.[184]

A necessidade ou não da aplicação do regime obrigatório de separação de bens para os companheiros em certas ocasiões consiste em ponto importante a ser debatido.

Para o casamento, aqueles que possuem a idade superior a setenta anos apenas podem adotar o regime da separação obrigatória de bens, disposto pelo art. 1641 do Código Civil. Já em relação a união estável, o código civil deixou de configurar expressamente tal restrição aos conviventes.[185]

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira ao possibilitarmos os companheiros idosos de escolherem, por meio de contrato escrito, o regime da comunhão parcial de bens, descrito no art.1725 do Código Civil, estaríamos**,** "mais uma vez, prestigiando a união estável em detrimento do casamento, o que não parece ser o objetivo do legislador constituinte".[186]

O Superior Tribunal de Justiça, fixou entendimento no sentido de que "à semelhança do que ocorre com o casamento, na união estável é obrigatório o regime de separação de bens, no caso de companheiro com idade igual ou superior a 60 anos (atualmente 70 anos) ".[187]

[184] CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva,2015. p.465 e 466.
[185] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 634.
[186] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 22ª ed. Revista e atualizada por Tania da Silva Pereira. Rio De janeiro: Forense, 2014. p.635.
[187] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de famílias. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.635 e 637.

Merece destaque, ainda, o fato de o companheiro ter direito aos benefícios previdenciários na condição de dependente do segurado, em virtude do disposto pelo art. 16 da Lei nº 8.213/1991. De acordo com o § 4º do referido dispositivo, presume-se a dependência econômica do companheiro. Caso haja concorrência entre ex-cônjuge e companheiro ao benefício por morte de segurado, a pensão previdenciária deverá ser dividida. Em relação ao seguro pessoal, permite-se a instituição do companheiro como beneficiário se, quando firmado o contrato, o segurado estivesse separado judicialmente ou de fato.[188]

No tocante a condição imposta ao segurado nos contratos de seguro Paulo Nader preceitua:

> A dicção do art. 793, cuja redação é defeituosa, pois se refere apenas a companheiro separado de fato ou judicialmente, enquanto a mens legis alcança, também, os companheiros solteiros, viúvos, divorciados. Quanto ao seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, diz o art. 794 que o benefício não constitui herança, não se sujeitando às eventuais dívidas do de cujus.[189]

O Código Civil dispôs sobre a sucessão dos companheiros em seu art. 1.790, que dispõe "o companheiro ou a companheira participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável".[190]

Na sucessão dos conjugues, o conjugue sobrevivente deverá receber a herança do de cujos, por ser considerado herdeiro necessário. No caso da união estável, o companheiro não é considerado herdeiro necessário e por isso é possível haver testamento destinando os bens a outras pessoas, excluindo, portanto, o companheiro da herança.[191]

---

[188] BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm >. Acesso em: 18 ago.2018.

[189] NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.576.

[190] BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 18 de ago.2018.

[191] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento. Disponível em:<www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>. Acesso em: 19 ago.2018.

Caso não haja testamento, o art.1790 do Código Civil estipula que a herança do companheiro se limitará aos bens onerosos adquiridos a título oneroso na constância da união, independentemente, portanto, de terem os companheiros estabelecido regime diverso da comunhão parcial de bens. Na sucessão dos conjugues, de acordo com o art.1829 do Código Civil, o regime de bens escolhido influencia diretamente na participação do cônjuge sobrevivente na herança do falecido, que poderá herdar qualquer bem que foi adquirido gratuitamente pelo *de cujus*, bem como os bens onerosamente adquiridos em período anterior ao casamento.[192]

No entanto, não se pode falar mais na aplicação do regime sucessório imposto pelo art.1790 do Código Civil, visto que o Supremo Tribunal Federal decidiu por equiparar os efeitos sucessórios dos cônjuges e companheiros. Em virtude da referida decisão, houve uma igualização dos efeitos patrimoniais *post mortem* entre os institutos do casamento e da união estável, ou seja, o companheiro, assim como o conjugue, passou a participar da sucessão como meeiro e herdeiro, a depender do regime de bens estipulado, quando há concorrência com descendentes.[193]

4 A DIDERENCIAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL DIANTE DO CASAMENTO NO DISCURSO JURISPRUDENCIAL DE EQUIPARAÇÃO DOS INSTITUTOS

Por fim, no capítulo seguinte, se analisará os Recursos Extraordinários n.ºs 646721/RS e 878694/MG, cujo julgamento gerou a equiparação dos direitos sucessórios do conjugue ao companheiro, aspecto que mais diferenciava os institutos. Em relação a essa questão, se verificará os argumentos favoráveis e desfavoráveis a equiparação dos direitos sucessórios, bem como o conflito do

[192] BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 18 de ago.2018.
[193] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 646.721/RS. Reclamante: São Martin Souza Da Silva. Reclamado: Geni Quintana. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em:< portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=4100069>. Acesso em: 18 ago.2018.

princípio da liberdade com o princípio da igualdade, e se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acabou por equiparar totalmente os institutos.

4.1 Dados dos julgados

4.1.1 RE nº 878694/MG

Reclamante: Maria De Fatima Ventura; Reclamado: Rubens Coimbra Pereira E Outro

Relator: Ministro Roberto Barroso

Data da decisão: 10/05/2017

4.1.2 RE nº 646.721/RS

Reclamante: São Martin Souza Da Silva; Reclamado: Geni Quintana.

Assist. (S): Associação De Direito De Família E Das Sucessões. Adfas Adv. (A / S): Regina Beatriz Tavares Da Silva

Relator: Min. Marco Aurélio

Data da decisão :10/05/2017

4.2 Ementa dos julgados

4.2.1 RE nº 878694/MG

> Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL.
>
> 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código.

2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

3. Repercussão geral reconhecida. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

4.2.2 RE nº 646721/RS

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família

legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a "inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico", aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e

os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada

por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é

incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do

Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos

sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra

em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da

> proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.
>
> 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.
>
> 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão
>
> geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002".

4.3 Breve sintese dos julgados

Primeiramente, cabe ressaltar que o RE nº 646721/RS é conexo ao RE nº 878694/MS, visto que fora debatido nos dois julgamentos a constitucionalidade da desequiparação, para fins de sucessão hereditária, das uniões resultantes do casamento das resultantes da união estável.

Basicamente, a única peculiaridade entre os dois recursos extraordinários supracitados, está relacionada ao fato de que no RE nº 64672/RS a união estável fora constituída por pessoas do mesmo sexo, fato que não impede o reconhecimento da constituição da entidade familiar informal, visto que o Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido, como já dito anteriormente nesse presente trabalho.

Em ambos os casos se discute a possibilidade de os companheiros herdarem nos moldes do art.1.891 do Código Civil, dispositivo legal que retrata a sucessão dos conjugues, e não de acordo com o art.1.790 do Código, solicitando a inconstitucionalidade desse.

O julgamento do primeiro recurso extraordinário 878.694/MG, de relatoria do Ministro Luís Robert Barroso iniciou-se em agosto de 2016, contando com sete votos a favor da inconstitucionalidade do art.1790 do Código Civil. Nesse sentido votaram Rosa Weber, Celso de Mello, Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Cármen Lúcia, e o próprio Ministro Luís Roberto Barroso.

O Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos cuja análise retornou em 30/03/2017, momento em que entendeu pela constitucionalidade do art.1790. Nessa oportunidade, o Ministro Marco Aurélio pediu novas vistas, reunindo o julgamento de sua relatoria, o recurso extraordinário 646.721/RS.

O julgamento dos recursos conexos fora retomado em maio de 2017, ocasião em que votou a favor da constitucionalidade do art.1790 o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Ricardo Lewandowski. Ocorre que os votos em sua maioria optaram por declarar a inconstitucionalidade do art.1.790, votaram a favor desse entendimento os Ministros Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes.

Destarte, o placar do julgamento do Tema 498 foi de 8 votos a 2, ausente o ministro Dias Tofolli. Portanto, foi-se declarada a inconstitucionalidade do art.1790 do Código civil, firmada a seguinte tese: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002". Cabe destacar que houve a modulação dos efeitos da decisão para que essa passe a surgir efeitos apenas nas Sucessões abertas após sua prolação.[194]

4.4 Dos posicionamentos contrários a equiparação

Votaram contrariamente a equiparação dos direitos sucessórios do companheiro ao conjugue os Ministros Dias Tofolli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandovisk, que embasaram seus votos no princípio da liberdade, da autodeterminação, e na premissa de que a constituição apesar de ter declarado a união estável espécie de entidade familiar, não a equiparou ao casamento, tratando-

[194] TARTUCE, Flávio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?. Disponível em: < www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do >. Acesso em: 22 ago.2018

se de institutos distintos. Pois bem, passa-se a analisar os votos dos referidos ministros.

O Ministro Dias Tofolli na continuação do julgamento do RE nº 878694/MG foi o primeiro a se manifestar contrariamente a equiparação dos efeitos sucessórios. Asseverou que apesar da união estável merecer proteção, essa não se equipara ao casamento. Afirmou que a grande preocupação com a equiparação dos institutos consiste na anulação da autonomia da vontade, pois se o art.1.725 do Código Civil diz que os conviventes podem alterar o regime legal, porque não o podem fazê-lo através do testamento ou do acordo que incide sobre a união estável ao tratar-se das divisões de bens patrimoniais? Portanto, a equiparação dos direitos sucessórios causaria engessamento da união estável. Apesar da redação malfeita do art.1.790 do Código Civil, não pode o legislador ordinário realizar distinção em relação a ordem de sucessão.

Asseverou que a parte final do art. 226, parágrafo 3º da Constituição estabelece que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Pois afinal, se os institutos são iguais qual seria o estimulo para a conversão? União estável é união estável, casamento é casamento. O Casamento não é a união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos, se não são iguais perante a Constituição. Por fim, conclui que há de ser respeitada e garantida a opção feita pelos indivíduos de se submeterem ao regime de suas preferências, em virtude da autonomia de vontade.

O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE nº 646721/RS, iniciou seu voto com a seguinte expressão “O direito é uma verdadeira ciência sendo inadequado confundir institutos expressões e vocábulos sob pena de prevalecer a babel”. Com isso, explanou que o Código Civil consiste em sistema organizado onde no Título II do -Direito Patrimonial- e seus respectivos subtítulos, versa sobre os regimes de bens referentes aos conjugues, e no Título III dispõe sobre a união estável, onde há a possibilidade de afastar-se a meação caso haja contrato escrito entre os companheiros, aplicando-se se no que couber o tocante ao regime de

comunhão parcial de bens previsto pelo art.1726 do Código civil. Portanto, trata-se de institutos jurídicos diferentes com regimes jurídicos próprios, principalmente no âmbito patrimonial, não havendo espaço para se potencializar a união estável "sob risco de suplantar o próprio casamento e os vínculos dele decorrentes". Nesse sentido, fez-se referência ao trecho do artigo "A Incompreendida Constitucionalidade da Sucessão na União Estável no Código Civil brasileiro" de Wilson Ricardo Ligiera:

> Não se trata, portanto, de considerar uma suposta superioridade ou inferioridade de tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, mas sim de reconhecer que cada entidade familiar é única no seu modo de constituição e funcionamento, devendo-se considerar cada uma das suas peculiaridades inerentes na definição dos direitos das pessoas envolvidas nestas relações.[195]

Asseverou que a Constituição Federal em momento algum equipara os institutos, ao contrário, admite a distinção desses em seu art.226, § 3º. Que ao equipararmos, se perderia o objeto da transformação de um a outro. A única similitude é que ambos são considerados entidades familiares pela Carta Magna. Portanto, de acordo com o Ministro Marco Aurélio, não cabe ao interprete ao analisar o Código Civil, optar por igualizar os institutos quando a Constituição não o fez.

Ainda mencionou que há diferença entre os institutos ao analisar-se a desproporção de dispositivos referentes ao casamento em comparação a união estável. Enquanto a união estável consiste em uma instituição de meio, o casamento instituição fim. O casamento é mais estável, do que a estabilidade da convivência duradoura. As nulidades, anulabilidades, separação e divórcio são figuras ligadas ao enlace matrimonial, desparecem ou transparecem por analogia ou se reduzem numericamente quando transpostas a união estável. Embora todas as entidades familiares mereçam proteção, não significa que essas devem ser tratadas da mesma maneira. O casamento constitui família de direito mediante a celebração, gerando naquele exato instante os direitos patrimoniais previstos na lei, desejados ou ao

[195] LIGIERA, Wilson Ricardo. Revista dos Tribunais, vol. 3, 2015.

menos admitidos pelo casal. A União estável família de fato, a qual conforme o grau de empenho entre os conviventes gerará os efeitos patrimoniais previstos pelo legislador.

Entende que não se pode considerar a sucessão do companheiro menos ou mais vantajosa pelo fato de que ele herda dos bens onerosos adquiridos na constância da união, ao passo que o cônjuge herda dos bens particulares do falecido. Tudo dependerá do modo que o patrimônio foi conquistado, portanto, o legislador ao regulamentar a sucessão adotou critério diferente. No casamento o propósito era não deixar o conjugue desamparado quando não tivesse direito a meação. Na união estável consistia em permitir que o companheiro herdasse apenas do patrimônio cuja aquisição tenha contribuído. São critérios diferentes, mas não necessariamente piores ou melhores, não podendo ser considerados por esses únicos motivos inconstitucionais.

Atestou que entender pela igualização dos institutos, em especial ao direito sucessório, significa desrespeitar a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em escolher aquele que melhor atendesse a pretensão de constituição do núcleo família. Não cabe ao judiciário após a escolhas legitimas dos particulares, sabedores das consequências, suprimir a vontade com promoção de equiparações sob pena de violação a um dos pilares do estado democrático de direito, o direito de liberdade e o direito de autodeterminação. O valor da liberdade individual como valor inerente ao homem. A liberdade é capacidade da pessoa desenvolver projetos de vida. A Liberdade incumbe a cada cidadão formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade não podendo o estado juiz fazer tabula rasa da opção realizada, o poder de escolha faz parte do conteúdo da dignidade humana.

Afirma que a equiparação do instituto pode fazer surgir efeitos perversos e contrários a proteção dos companheiros. É temário igualizar os regimes familiares a percutir nas relações sociais desconsiderando por completo o ato de vontade

direcionado a constituição de especifica entidade familiar que a Carta da Republica prevê distinta, inconfundível com o casamento.

A autonomia na manifestação de vontade é fortalecida pelo instituto do testamento. Existindo herdeiros necessários e possível herdar cinquenta por cento, não havendo pode se dispor em vida de cem por cento do patrimônio, portanto nada impede que venham os companheiros a prover benefícios maiores ao assegurados em lei para o caso de falecimento. Torna-se impróprio após a dissolução da unidade familiar com a morte de um dos companheiros converte-la em outra diversa, deixando de observar a adoção quando em vida de certo regime jurídico inclusive no tocante a questões patrimoniais. Não há como afirmar que o companheiro falecido aderiria a regime jurídico diverso do alusivo a união estável.

O Ministro Ricardo Lewandovisk, acompanhou o entendimento do Ministro Marco Aurélio, e acresceu que quando há dúvida razoável em relação a alguma matéria, é preciso prestigiar o legislador. Cita o parecer da Procuradoria Geral da República, que afirma não haver desproporcionalidade na distinção feita pelo legislador civil. Asseverou que há uma clara distinção entre os dois institutos no art. 206 § 3º da Constituição, ou seja, o constituinte claramente distinguiu a união estável e o casamento, no que tange a invalidade, a dissolução e o regime sucessório. Há justificação do tratamento diferenciado no regime sucessório as pessoas que optam por um desses regime.

Cabe salientar que o Ministério Público, no caso, opinou pelo desprovimento do recurso em vista da Constituição Federal ter estabelecido “tratamento assimétrico à união estável em relação ao casamento, e presa pela manifestação da autonomia de vontades dos cidadãos na escolha do regime jurídico quando da constituição da unidade familiar”.

4.5 Dos posicionamentos favoráveis a equiparação

No julgamento do RE 878694/MG, o Relator Luiz Roberto Barroso concluiu pela inconstitucionalidade do art.1790 do Código Civil, devendo a sucessão dos

companheiros ser equiparada a dos conjugues. Em relação ao RE nº 646721/RS, o referido ministro manteve sua posição. Em síntese, fundamentou seu voto com base nos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa e da vedação ao retrocesso, fundamentos também utilizados nas decisões dos Ministros que seguiram seu voto.

O Ministro Luiz Roberto Barroso afirmou que as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 equipararam o regime jurídico da união estável ao do casamento, mas que o Código Civil decidiu pela desequiparação. Afirmou que o Código Civil foi fruto de um debate da década de setenta, mas que chegou atrasado em relação ao direito de família. Que o referido dispositivo legal ao desequiparar os direitos sucessórios dos companheiros aos dos conjugues, promoveu retrocesso e hierarquização das famílias, violando o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa da proporcionalidade e da vedação do retrocesso.

Explicou que "quem quer casar e sujeita-se a um regime jurídico, quem não quer casar sujeitasse a outro regime jurídico". Trata linearmente o código. Ocorre que mais de um terço da sociedade vive nessa situação sem ter o conhecimento sobre sua situação. Desequiparar a companheira a conjugue, é desproteger as pessoas mais pobres e desclarecidas. Sabe-se que a violação ao princípio da vedação ao retrocesso deve ter aplicação extremamente limitada pois restringe as maiorias de cada época, porem nesse caso é adequado pois a legislação ordinária consumou a igualdade pretendida pela constituição entre o tratamento dado entre a esposa e a companheira. Desequiparar o que fora equiparado em cumprimento a constituição é tipicamente uma das hipóteses de retrocesso que a constituição veda.

Por fim, concluiu que o art. 266 § 3º da Constituição Federal, reconhece e prevê a transformação da união estável em casamento em virtude da segurança jurídica, e não por uma questão de superioridade. Que no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferença dos regimes sucessórios entre conjugue e companheiros. Solicitou ao final que a decisão, com intuito de preservar a segurança jurídica, não descontinua os registros e processos em andamentos.

O Ministro Alexandre De Moraes em seu voto afirmou que o casamento e a união estável são institutos diversos se não a constituição não teria pleiteado que o legislador facilitasse a transformação dessa em casamento. Trata-se de situações diversas que pretendem a mesma coisa. Que na questão debatida o centro da questão não é propriamente igualar ou não a união estável ao casamento, e sim a questão da proteção da família. A proteção da família deve ser igualmente aplicada, independentemente do tipo de constituição de família,

Declarou que o estudo do direito sucessório é regido pelos princípios da igualdade e da solidariedade. O código civil deixa de respeitar tais princípios ao privar ao companheiro que possui 40 anos de convivência do seu quinhão só porque ele não possui um papel passado

Na mesma linha de entendimento do Ministro Luiz Roberto barroso, afirma que o código civil retrocedeu, pois, as leis anteriores não traziam diferenças entre companheiro e conjugue. Que a sociedade além de ser livre deve ser responsável e solidária.

O Ministro Edson Fachin conforme já havia dito no julgamento do recurso nº 878694, seguiu o Ministro Barroso. Afirmou que a família é a base de uma sociedade livre plural e responsável. Que há diferença ente o casamento e a união estável, mas que essa não pode constituir em discriminação e hierarquização, “não pode haver famílias de primeira e segunda classe”.

O Ministro Teori Zavaski pensa que há tratamento discriminatório em relação à sucessão do companheiro, mas afirma ser preocupante a prova da união estável, visto que essa é provada pelos fatos. Conclui que deve ser descartada a união estável como hipótese de teste drive, não podendo essa ser discriminada em razão de o casamento ter uma certidão.

O Ministro Luiz Fux asseverou que “O direito vive para o homem, e não o homem para o direito”. Que o direito civil mudou suas premissas do ter pelo ser, superando o afeto aos laços consanguíneos. Explicou que nas comarcas do interior

verificou-se que 50% das famílias era famílias espontâneas, e foi exatamente isso que conduziu o legislador a consagrar na constituição a união estável. Afirmou a tese da vedação ao princípio do retrocesso, e que a união estável deve ser comprovada por prova inequívoca, e não uma fumaça do bom direito. União estável não é teste, é estável.

O Ministro Celso de Mello votou a favor da equiparação dos direitos sucessórios com intuito de combater a discriminação viabilizando uma ordem jurídica inclusiva. A extensão em temas sucessórios do regime jurídico matrimonial justifica-se pela incidência dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade, e pelo direito a busca da felicidade, os quais, numa estreita dimensão, privilegiam o sentido de inclusão decorrente da dos art.1º, I, E art.3º, IV da Constituição Federal, fundamentos autônomos aptos a conferir suporte ao legislador. Esclareceu que o reconhecimento da união estável para efeitos sucessórios objetivando afastar a desequiparação do art. 1790 encontra suporte legitimador em princípios fundamentais como por exemplo o da dignidade da pessoa humana...

As Ministras Rosa Weber, e Carmem Lúcia, em seus votos, acompanharam o relator em seu voto. A Ministra Carmem Lúcia disse não haver infringência do princípio da autonomia de vontade visto que o estado só entra nas relações quando "o meu bem vira meus bens". A união que possui repercussão patrimonial jurídica e social, de modo a interferir a sucessão chama o estado legislado a definir em termos de direitos garantidos a cada um.

4.6 O principio da isonomia e o principio da liberdade de escolha, autonomia privada

A partir da análise dos votos, extrai-se que a controvérsia dos Res n.ºs 646721/RS e 878694/MG gira em torno do confronto de princípios constitucionais como o princípio da liberdade de escolha, o princípio da autonomia de vontades e o princípio da igualdade e solidariedade.

A doutrina, assim como se percebeu nas sessões do julgamento dos referidos recursos extraordinários, se encontra nesse embate que podemos chamar de "o paradoxo da regulamentação da união estável". Ao mesmo tempo que a união estável constitui entidade familiar nascida de uma união livre da intervenção estatal, não se pode dizer que a manifestação da liberdade não pode haver restrições, ao passo de que viver em uma união informal não consiste em poder viver à margem da lei, visto que a "liberdade e segurança são valores que coexistem na nossa atual sociedade". No Brasil o legislador escolheu atuar de forma mais intervencionista, diferentemente da Alemanha, a título de exemplo.[196]

A referida intervenção tem como objetivo garantir a aplicação do Princípio da Igualdade Substancial**,** para evitar uma desigualdade entre os integrantes da relação, visto que já houveram inúmeras injustiças em relação economicamente vulnerável. Seguindo o entendimento do Ministro Barroso, Maria Berenice Dias afirma que o argumento de que se deve assegurar a liberdade das pessoas de escolherem a forma de como querem viver não é suficiente para conferir direitos sucessórios distintos ao companheiro. Que o fundamento do voto vencedor se baseou no princípio da igualdade e, portanto, deve- se estender para todas as normas que diferenciam a união estável do casamento na legislação infraconstitucional.[197]

A aludida autora explica que em virtude da ressignificação da família como "vínculo de afeto que gera responsabilidades"**,** os direitos e os deveres foram igualizados**,** mesmo que o casal decida pelo casamento ou deseje viver em união estável. Posto que, aqueles que decidem formar uma família assumem as mesmas posições e possuem deveres iguais, não importando se esses comparecem ao registro civil ou se apenas possuem o intuito de viverem unidos. Maria Berenice Dias conclui que "A pessoa é livre para permanecer sozinha ou ter alguém para chamar de seu.

[196] DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões.* São Paulo: Método, 2006. p. 266. (Série grandes temas do direito privado, v.3)

[197] DIAS, Maria Berenice. *Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento*. Disponível em :<www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>. Acesso em: 23 ago.2018

Ao optar por uma vida a dois, as consequências de ordem patrimonial e sucessória precisam ser iguais".[198]

Outra parte da Doutrina entende que o Estado não deve interferir nas uniões livres**,** visto que "sua intervenção se torna uma ingerência demasiada na autonomia privada das pessoas que não escolheram se submeter as regras e limites rígidos de um casamento". Explicita-se que não se pretende excluir a união estável do ordenamento jurídico, e sim questionar qual é o limite da intervenção do estado na vida privada**,** "sem que isso implique um engessamento da complexidade e da dinâmica das relações de fato pelo formalismo jurídico".[199]

Nesse sentido, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva da Associação de Direito de Família e das Sucessões, em sua sustentação oral, no julgamento do RE nº 878694/MG afirmou que a equiparação dos efeitos sucessórios do conjugue ao companheiro, engessaria por completo a união estável, que as pessoas que não querem optar pelo casamento não vão poder testar a não ser no limite da quota disponível. Explana que a diferenciação dos efeitos sucessórios no Código Civil não foi um movimento retrógado, que o Código Civil não estabeleceu uma hierarquia entre os institutos, até porque o atribui os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento a união estável, quando a dissolução ocorre em vida, são os mesmos. O Código Civil decidiu diferenciar os institutos nos efeitos pós morte pelo fato de como se dá a formação e a extinção da união estável. No casamento há absoluta certeza de quando começa e quando termina. A união estável se constitui no plano dos fatos, há uma zona nebulosa na mudança do namoro para o casamento, não se sabe ao certo o seu marco inicial.[200]

---

[198] DIAS, Maria Berenice. *Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento*. Disponível em :<www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>. Acesso em: 23 ago.2018.

[199] DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2006. p. 267. (Série grandes temas do direito privado, v.3).

[200] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário.RE 878694/MG. Reclamante: Maria De Fatima Ventura; Reclamado: Rubens Coimbra Pereira E Outro. Relator: Ministro Roberto Barroso.

Ao proferir seu voto, o Ministro Marco Aurélio se baseou no Princípio da Liberdade e da Autonomia Privada, pilares do Estado Democrático de Direito, ao optar pela não equiparação sucessória dos institutos. Asseverou que a liberdade é um bem maior que se desenvolveu no liberalismo Clássico desenvolvido por John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Adam Smith, Benjamin Constant (1767-1830), James Madison (1751-1836), Alexis de Tocqueville (1805-1859), John Stuart Mill (1806-1873), que, ainda que veiculassem diferentes pontos de vista, todos tinham a noção da liberdade individual como valor inerente ao homem e fundante da sociedade. Que a liberdade consiste em direito fundamental típico à oposição ao Estado (direitos de defesa), áreas imunes à intervenção estatal, de primeira geração.[201]Nesse sentido, cita Isaiah Berlin que afirma

> a liberdade envolve capacidade de autorrealização, que "O sentido positivo da palavra "liberdade" deriva do desejo por parte do indivíduo de ser seu próprio mestre". Eu desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, não de forças externas de qualquer espécie. Eu desejo ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não da vontade dos outros.[202]

O Min. Marco Aurélio também afirmou que a liberdade está relacionada a "proteção jurídica conferida ao projeto de vida, conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana", reconhecida, inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda fez referência a Antônio Augusto Cançado Trindade que caso Gutiérrez Soler versus Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005:

> Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo projeto encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade

Data da decisão: 10/05/2017. Disponível em: < portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=4744004 >. Acesso em: 23 ago.2018.

[201] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 646.721/RS. Reclamante: São Martin Souza Da Silva. Reclamado: Geni Quintana. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em:< portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=4100069>. Acesso em: 23 ago.2018.

[202] BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. Op. cit, p. 131.

> pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (Tradução livre).[203]

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, a equiparação dos direitos do companheiro ao conjugue em prol do princípio da igualdade acaba por ocasionar a demasiada ingerência do Estado na autonomia privada, na medida em que subtrai a liberdade de não casar. Caso eu esteja vivendo com alguém e deseje não me submeter ao regramento imposto pelo casamento, buscar uma outra possibilidade para constituir minha família e optar no sentido de que minha herança não seja destinada à minha convivente, não tenho uma alternativa, portanto será imposto o regramento referente ao matrimonio**.** Em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal, as uniões estáveis transformaram-se "em um casamento forçado".[204]

Conforme Fernanda Xavier, a equiparação da união estável ao casamento resultaria **"**flagrante violação aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa e da liberdade, principalmente em sua faceta da autonomia privada". Que a Constituição Federal Brasileira resguarda a liberdade de casar ou não quando estabelece que as uniões estáveis consistem em uma das maneiras de formar uma entidade familiar. Nesse sentido, conferir os mesmos tratamentos do casamento a união estável significa dizer que somente o matrimônio é bom. Aceitar a diferença entre estatutos jurídicos dos referidos institutos familiares é uma maneira de o Estado criar opções jurídicas para seus cidadãos que dependendo de suas escolhas, serão obrigados a assumir os efeitos dessas. O direito de não casar é transgredido todas as vezes que o legislador implementa a equiparação dos institutos no sentido de se impor a aplicação das leis referentes ao casamento, como se fez com a imposição de deveres no art.1724 do Código Civil. Também cabe ressaltar que a imposição de um regime de bens só poderia ser feita aos conjugues, visto que ao impor a adoção compulsória do regime da comunhão parcial de bens aos

[203] (v. Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru),

[204] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. *STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento.* Disponível em: < www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>. Acesso em: 24 ago.2018.

companheiros, que não realizaram contrato próprio "viola o direito da liberdade e o direito constitucional de não casar ".[205]

Por mais que a união estável seja o espaço do não instituído, à medida que é regulamentada, vai ganhando contornos do casamento. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma "união livre", como aliás muitas vezes denominada, para ser uma união "amarrada" às regras impostas pelo estado. Esse é o paradoxo com o qual teremos de aprender a conviver: ao mesmo tempo em que não queremos a intervenção do estado em nossas relações íntimas, buscamos sua interferência para lhe dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca. Com isso aqueles que não querem se adequar as formalidades e regras do casamento civil ficam sem alternativa, pois a regulamentação da união estável está cada vez mais próxima a de um casamento formal.[206]

Há aqueles que apesar de afirmarem não existir direitos distintos apenas em razão de uma entidade ser estritamente formal e a outra informal, asseveram que a decisão de equiparar todos os efeitos sucessórios do casamento a união estável não foi a melhor escolha. Nesse sentido, Maria Berenice Dias afirma que ambos os institutos familiares geram os mesmos efeitos patrimoniais que devem ser acertados quando há a morte de um dos companheiros ou cônjuge. Conferir direitos iguais, diferentemente daquilo que muitos alegam, não fere o princípio da liberdade e não vai contra a autonomia de vontade**,** pois as pessoas têm liberdade de escolherem viver com alguém, ou permanecerem sozinhas[207]**.**

Que a partir do instante em que passam "a chamar alguém de seu, constituem uma entidade familiar que gera direitos e obrigações, independente da forma de sua constituição: casamento ou união estável". Entretanto, apesar da decisão em prol da

---

[205] XAVIER, Fernanda. *União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade*. Brasília: TJDFT, 2015.p.159 a 161.

[206] DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.229.

[207] DIAS, Maria Berenice. *O direito de concorrência na união estável e no casamento*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jul-16/direito-concorrencia-uniao-estavel-casamento>. Acesso em: 25 ago.2018.

igualdade, Maria Berenice Dias afirma que o julgamento cometeu equivoco quanto a eleição da base de cálculo para conferir o direito de concorrência. Em se tratando de matrimônio, os bens particulares do de cujus adquiridos em momento anterior a sua celebração participam do cálculo da herança do conjugue, na união estável companheiro apenas herdaria quota parte referente aos bens adquiridos de maneira onerosa durante a união.[208]

Advém que o cálculo da herança para os cônjuges não possui um critério justo na medida em que beneficia alguém patrimônio dos quais não auxiliou a arrecadar, e, por isso, tinham adotado para a união estável base de cálculo referente aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação, pressupondo esforço comum. Nessa hipótese, os bens particulares dos conviventes pertenceriam somente aos seus filhos. Ao declarar a inconstitucionalidade do art.1790 eleger como modelo a forma de cálculo prevista para o casamento, nas palavras de Maria Berenice:

> [...]sou divorciada, tenho três filhos e, com muito trabalho, consegui amealhar razoável patrimônio. Agora, depois dos filhos criados, acabei me apaixonando. Mas, pelo jeito, não poderei casar nem viver em união estável. Em qualquer dessas hipóteses, no caso do meu falecimento, o meu par ficará com um quarto do que amealhei durante toda a minha vida? Não teria qualquer problema em repartir eventuais bens que viesse a adquirir depois da união. Nada mais justo. E já que se está falando em justiça: é justo privar os meus filhos de parte do que adquiri até agora? Até porque o que ficar com o companheiro sobrevivente não retornará para eles que fizeram tanto esforço para ter o que temos. Senhores ministros, desculpa, mas vossas excelências estão me proibindo de amar, de ser feliz.[209]

4.7 O debate sobre a total equiparação da união estável ao casamento

[208] DIAS, Maria Berenice. *O direito de concorrência na união estável e no casamento*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jul-16/direito-concorrencia-uniao-estavel-casamento>. Acesso em: 25 ago.2018.

[209] DIAS, Maria Berenice. *O direito de concorrência na união estável e no casamento*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jul-16/direito-concorrencia-uniao-estavel-casamento>. Acesso em: 25 ago.2018.

Outra questão que merece ser levantada a partir do julgamento dos Res nº s 646721/ RS e 878694/ MG, diz respeito a equiparação total ou não dos institutos. No voto dos ministros, tanto em relação aos que estavam a favor tanto para aqueles que não estavam a favor da equiparação para efeitos sucessórios, percebeu-se que em seus discursos, aferiam haver distinção entre esses.

De acordo com Fabio Ulhôa, houve uma igualação da união estável, tanto no plano cultural e jurídico, ao matrimônio. Em relação ao papel do casamento na contemporaneidade dispõe que:

> Hoje, ele tem importância só psicológica, social e emocional. Quem opta por constituir família pelo matrimonio declara solenemente ao conjugue (e ao mundo também) que lhe está destinando um lugar importante em seu coração e na sua vida. Essa declaração tem relevância ímpar para as relações amorosas, a autoestima de quem dá e de quem recebe, além da felicidade do conjugues, seus pais, e familiares; mas pouca importância tem a declaração solene ínsita ao casamento para a proteção dos direitos. Para a ordem jurídica atual, é absolutamente indiferente se homem e mulher desimpedidos casam ou optam por se unir sem a formalidade do casamento. As consequências pessoais, inclusive para os filhos, e patrimoniais serão rigorosamente as mesmas. Finalmente, pode-se dizer que o casamento se tornou uma simples folha de papel. [210]

Seguindo essa linha de pensamento a Dra. Ana Luiza Maria Nevares, representante do instituto IBDFAM e IAB, em sua sustentação oral no julgamento do RE 878694/ MG, leciona que houve uma equiparação entre os dois institutos em relação a todos os dispositivos direcionados ao direito de família. A única diferença entre os dois está basicamente em sua estrutura, um é formal outro é informal. Tudo o que decorrer do ato formal matrimonio, não pode se equiparar a união estável, mas tudo aquilo que sucede da função da família deve ser equiparado.[211]

---

[210] COELHO, Ulhôa Fábio. *Curso de Direito Civil, família; sucessões, volume 5*.3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.136.

[211] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário.RE 878694/MG. Reclamante: Maria De Fatima Ventura; Reclamado: Rubens Coimbra Pereira E Outro. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data da decisão: 10/05/2017. Disponível em: < portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004 >. Acesso em: 23 ago.2018.

Tanto o casamento como a união estável, surgem do elo afetivo, existindo quase uma simetria entre as duas estruturas de convívio. Somente há diferença em relação a forma de constituição, pois enquanto o casamento se configura no momento da celebração**,** a união estável não tem um início definido, surge da "consolidação do vínculo de convivência, de comprometimento mútuo, entrelaçamento de vidas e embaralhar de patrimônio". Maria Berenice dias chega a afirmar que:

> quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tal referência como não escrita. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente as prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento, diferenciado, deve tal omissão ser tida por inexistentes, ineficaz e inconstitucional. Do mesmo modo, em todo texto em que é citado o conjugue é necessário ler-se conjugue ou companheiro.[212]

Rodrigo da Cunha Pereira, entende que ao equiparar os direitos sucessórios do conjugue ao companheiro Supremo Tribunal Federal **"**rompeu a última fronteira que diferenciava casamento de união estável".[213] A união estável acabou por perder toda sua liberdade em razão dos referidos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Ao igualizar todos os direitos pertinentes aos dois tipos de entidade familiar, a Suprema Corte pôs fim a união estável**,** em virtude de essa ter se equiparado ao casamento. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha afirma que **"**a partir de agora, quando duas pessoas passarem a viver juntas, talvez elas não saibam, mas terão que se submeter às idênticas regras do casamento, exceto em relação às formalidades de sua constituição".[214]

Maria Berenice Dias afirma que após o julgamento do Supremo Tribunal referentes aos Recursos Extraordinários, "as uniões afetivas passaram a gozar da

---

[212] DIAS Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. São Paulo:editora revista dos tribunais ,2015. p.171.

[213] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Conceito de família está cada vez mais organizado e autêntico*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-dez-24/processo-familiar-conceito-familia-cada-vez-organizado-autentico. > Acesso em: 23 ago.2018.

[214] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. *STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento.* Disponível em: < www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>. Acesso em: 23 ago.2018.

absoluta igualdade, sem qualquer distinção com a "sagrada" instituição do matrimônio".[215]

Ao mesmo tempo, parte da doutrina entende não haver espaço para a igualização dos institutos, que as repercussões jurídicas não devem ser iguais, por inúmeros motivos, entre essas, "o respeito ao direito das pessoas à liberdade de não se casar". Os conviventes diversas vezes não possuem interesse na equiparação.[216]

Há diversas razões para se constituir união estável, uma delas é a chamada motivação relativa, ocasião na qual os conviventes, em razão de "experiencias negativas e traumas resultantes de casamento desastroso, torna-se refratário a qualquer intromissão legal em suas relações; também há a motivação tradicional, hipótese onde os conviventes por razões sociais ou psicológicas, escolhem deixar a porta aberta para uma possível dissolução mais facilitada". Consoante Maria Helena Diniz **"se** as pessoas vivem em união estável, o fazem para escapar das obrigações matrimoniais. Deveria o estado, então, atribuir-lhes os mesmos efeitos do casamento?".[217]

No passado, em virtude dos impedimentos das pessoas de se casarem, não havia outra alternativa a não ser viver como concubinos. Sobrevém que, atualmente, em face da facilidade de se extinguir o vínculo matrimonial, com foco no texto no art.226, § 6ºda Carta Magna, existe a opção de se escolher viver em uma união estável para aqueles que não desejam o matrimônio.[218]

Devido ao embate travado a respeito da equiparação total ou não dos institutos após o julgamento dos recursos extraordinários, foi aprovado na VIII

[215] DIAS, Maria Berenice. *Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>. Acesso em: 23 ago.2018.
[216] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. *STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento.* Disponível em: < www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>. Acesso em: 23 ago.2018.
[217] MADEIRA FILHO, Ibrahim Fleury de Camargo. Conversão da União Estável em casamento/ Ibrahim Fleury de Camargo Madeira Filho. São Paulo: Saraiva,2014. p.40.
[218] MADEIRA FILHO, Ibrahim Fleury de Camargo. Conversão da União Estável em casamento/ Ibrahim Fleury de Camargo Madeira Filho. São Paulo: Saraiva,2014. p.43.

Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal o Enunciado 641, *in verbis:*

> A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.[219]

Portanto, afere-se do enunciado supracitado que ainda há diferenças entre os institutos, e que essas se resultam exatamente pelo fato de que o casamento consiste em ato jurídico solene e formal, enquanto a união estável oriunda dos fatos da vida, espontaneamente, sem precisar de documentos para comprovar sua existência. No entanto, ambos institutos são resguardados e protegidos pela Constituição Federal em razão do princípio da solidariedade familiar (art. 3, inciso I da Constituição Federal) e por isso, não se pode permitir haver hierarquia entre entidades familiares a ponto de favorecer uma em detrimento de outra.[220]

De acordo com Anderson Schreiber conclui- se que "A união estável se distingue fundamentalmente do casamento naquilo que diz respeito à chancela estatal da convivência, mas se equipara ao casamento naquilo que diz respeito aos direitos dos conviventes".[221]

Há situações em que a diferença entre as entidades familiares poderá conferir menor proteção aos integrantes do casal. Essas hipóteses de distinção não coadunam com a ideia de tratamento discriminatório no que se refere a união estável, e sim

---

[219] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº641 da VIII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180 >. Acesso em: 27 ago.2018.

[220] OLIVEIRA, Rafael Mansur. *Enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil consagra avanços no Direito de Família*. Disponível em: < www.conjur.com.br/2018-jul-21/rafael-mansur-enunciado-consagra-avancos-direito-familia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#_ftn1. > Acesso em 28: ago. 2018.

[221] SCHREIBER, Anderson. *União Estável e Casamento: uma equiparação?*. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554 >. Acesso em: 28 ago.2018.

para assegurar as diversas possibilidades de se constituir família**,** como no caso da desnecessidade da outorga uxória da companheira.

Por conseguinte, conforme Rafael Mansur de Oliveira:

> O Enunciado 641 contribui não apenas para consagrar uma noção de família funcionalizada à dignidade humana como também para oferecer uma maior segurança jurídica, através da fixação de parâmetros que permitam ao intérprete aplicar a lógica empregada pelo STF no caso do regime sucessório a situações análogas, determinando a adequação do regime jurídico da união estável ao conjunto de valores constitucionais[222].

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho fora realizado um estudo do instituto da união estável, modalidade crescente de constituição familiar no Brasil, a luz da doutrina, do ordenamento jurídico e da jurisprudência.

Fora proposto na problemática do trabalho se seria possível haver uma interpretação autônoma do instituto no ordenamento Jurídico Brasileiro vigente. Para responder a problemática, iniciou-se o estudo do instituto desde sua origem no Brasil, analisando-se primeiramente sua história, que se dividiu em três momentos: o momento de rejeição e discriminação do instituto, momento de tolerância a sua existência como fato social e por fim o momento de seu reconhecimento como entidade familiar.

Explicitou-se que a Constituição Federal de 1988, guiada pelo princípio da afetividade, constituiu marco divisor entre a família moderna e a contemporânea ao deixar de considerar somente o matrimônio como família legitima e passou a aceitar expressamente em seu texto novas entidades familiares, dentre elas a União estável. A Constituição apesar de proteger e legitimar a União estável como entidade familiar, não disciplinou regras ao instituto, apenas mencionou em seu art. 226,

[222] OLIVEIRA, Rafael Mansur. *Enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil consagra avanços no Direito de Família*. Disponível em : <www.conjur.com.br/2018-jul-21/rafael-mansur-enunciado-consagra-avancos-direito-familia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#_ftn1.> Acesso em: 28 ago. 2018.

parágrafo 3º a possibilidade da conversão dessa em casamento, fato que que explicitou os institutos serem diferentes, portanto restou a legislação extravagante a tarefa de disciplinar normas para os companheiros. A Lei 8971/94, e, posteriormente, a Lei 9.278 foram os primeiros aparatos normativos a conferir direitos e deveres aos companheiros. Em virtude dessas, a união estável angariou diversos direitos e deveres similares ao do casamento, mas ainda não se havia a presunção absoluta de comunhão.

Verificou-se que o Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916, organizou capítulo e regramento específico ao Instituto. Definiu de uma vez por todas o conceito de união estável, estipulou direitos e deveres similares aos dos conjugues, instituiu o regime legal da comunhão parcial de bens quando na falta de contrato escrito, hipótese equivalente a ausência de pacto antenupcial no matrimonio. Em relação a outros questionamentos, cujos quais o Código foi omisso, a jurisprudência firmou entendimento, a luz do casamento, no sentido de que: é possível a inclusão do nome do companheiro, é obrigatório o regime de separação total e bens quando o companheiro obtiver mais de 70 anos.

Constatou-se que existem diferenças pontuais entre o casamento e a união estável, como: desnecessidade de outorga uxória, não presunção de paternidade e não alteração do estado civil, em relação a união estável. A diferença mais elementar, estava relacionada a diversa forma do companheiro suceder em relação ao conjugue, disposta no art.1.790 do Código Civil, no entanto, devido ao recente julgamento dos Res n.ºs 646721/RS e 878694/MG, o Supremo Tribunal Federal acabou por declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal equiparando-se a sucessão dos companheiros a dos conjugues.

Em seu voto vencedor, o Ministro Barroso afirmou que deve ser feita a equiparação dos direitos sucessórios entre os institutos sob pena de hierarquizar os tipos de família e em respeito ao princípio da igualdade, no entanto destacou que o casamento e a união estável constituem arranjos familiares diversos. Apesar da conclusão de que se trata de institutos distintos, a doutrina ficou dividida. Muitos

reconheceram que a partir de tal decisão, todo o ordenamento jurídico aplicável ao casamento deveria ser aplicado por analogia a união estável, em virtude do princípio da igualdade e solidariedade familiar. Outros argumentaram que ao equiparar os direitos sucessórios, todo as regras impostas ao casamento serão aplicadas indevidamente aos companheiros, que escolheram esse tipo de entidade familiar justamente por não desejarem se submeter as amarras do matrimônio, infringindo, portanto, o direito de não casar e o princípio da liberdade.

Destarte, infere-se, após ter analisado os argumentos daqueles que foram a favor da equiparação dos direitos sucessórios dos institutos e dos que foram contra, que a demasiada ingerência do estado na vida privada acabou por ferir o Princípio da Liberdade e da Autonomia Privada ao equiparar os institutos e, subtraiu a opção de escolha de entidade familiar. Os companheiros que tinham a intenção de viver em uma união livre do denso regramento estipulado ao matrimônio, acabam sendo submetidos a esse sem ao menos expressar sua total convicção, ou são coagidos a firmar contrato de convivência para tentarem se desvencilhar de tais obrigações, fato que vai contra a essência do instituto.

O Conselho Nacional de Justiça, ao perceber o embate da doutrina uniformizou o entendimento proferido pelo Ministro Barroso no sentido de que os institutos são diferentes entre si em relação ao modo de constituição, e que as normas do casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar deverão ser aplicadas a união estável.

Por fim, após toda a análise das normas vigentes, da jurisprudência, e da doutrina chegou-se à conclusão de que não há em nosso ordenamento jurídico uma interpretação autônoma do instituto da união estável, visto que praticamente todos seus efeitos são solucionados e interpretados a luz da legislação aplicável ao matrimonio.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Antônio Ivo. A união estável em tetos diferentes sob o manto da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal e dos artigos 1.723 e 1.725 do Código Civil Brasileiro. Disponível em:<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67498,101048A+uniao+estavel+em+tetos+diferentes+sob+o+manto+da+Sumula+382+do.

ALVES, Moreira Barreto Leonardo. Temas Atuais de Direito de Família, atualizado de acordo com as leis de números 12.004/09 e 12.010/09. Rio de Janeiro: editora Lúmen Juris, 2010.

AZEVEDO, Villaça Álvaro. Do Concubinato ao Casamento de Fato. 2. ed. Belem: CEJUP, 1987.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty.

BORGHI, Hélio. Casamento e união estável: formação, eficácia e dissolução.2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Olieira, 2005.

BRASIL, Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>.

BRASIL, Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>.

BRASIL, Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho.

BRASIL, Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Disponível em: <ww.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7036.htm>.

BRASIL, LEI Nº 4.297, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1963.Dispõe sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4297.htm >.

BRASIL, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>.

BRASIL, Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975. Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6216.htm >.

BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm >.

BRASIL, Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm >.

BRASIL, Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm >.

BRASIL, lei nº6.515, 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>.

BRASIL, lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8971.htm >.

BRASIL, lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8971.htm >.

BRASIL, lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8971.htm >.

BRASIL, lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8971.htm >.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº641 da VIII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180 >.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm >.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >.

BRASIL. Lei nº 11.340, de7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.441/07, de 11 de janeiro de 1973. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm>.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>.

BRASIL. Lei nº 5.478/68 de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em :<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

BRASIL. Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em :< http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. 1.299.866/DF. Quarta Turma. Recorrente: Linea G Empreendimentos De Engenharia Ltda. Recorrido: Carlos Levino Vilanova. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: < www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1299866&b=ACOR&p=true&l=10&i=3 >.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp.1183378 / RS. Quarta Turma. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201000366638.REG. >.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Requerente: Procuradora-Geral Da República. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília,5 de maio de 2011. Disponível em:< portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=11872>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. ADPF 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:<portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=2598238>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 646.721/RS. Reclamante: São Martin Souza Da Silva. Reclamado: Geni Quintana. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em:< portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=4100069>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 898.060. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em:<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário.RE 878694/MG. Reclamante: Maria De Fatima Ventura; Reclamado: Rubens Coimbra Pereira E Outro. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data da decisão: 10/05/2017. Disponível em: < portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=4744004 >.

CALDERÓN, Ricardo. Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetivade e multiparentalidade. Disponível em:<www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVACALTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. As implicações dos impedimentos matrimoniais na união estável. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=666>.

CAVALCANTI, Lourival Silva. União Estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Ulhôa Fábio. Curso de Direito Civil, família: sucessões, volume 5 .3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em:< www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

DAL COL, Helder Martinez, 1965. A família à luz do concubinato e da união estável. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões. São Paulo: Método,2006. p.264 e 265. (Série grandes temas do direito privado, v.3)

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. O direito de concorrência na união estável e no casamento. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jul-16/direito-concorrencia-uniao-estavel-casamento>.

DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o Novo Código Civil.4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento. Disponível em :<www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.5: direito das coisas/ Maria Helena Diniz. atual.de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das famílias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

FERREIRA, Alves Fábio. O Reconhecimento Da União De Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento Solene. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

GAGLIANO, Stolze Pablo. Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRISARD Filho, Wald. Famílias Reconstituídas: novas uniões depois da separação. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HOUAIS, Dicionário. Todas as famílias. Disponibilizado em <http://todasasfamilias.com.br>.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Presunção pater is na união estável. Disponível em:< www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI245882,101048-Presuncao+pater+is+na+uniao+estave l>.

LASSALE, Ferdinand. Que é Uma Constituição? . Tradução: Walter Stönner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 12 a 15. Disponível em: <www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicaol.pdf >.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Revista dos Tribunais, vol. 3, 2015.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADEIRA Filho, Ibrahim Fleury de Camargo. Conversão da união estável em casamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Alba Valéria. Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação: Os três vivem juntos há dois anos e meio e oficializaram a união na sexta (1º). Disponível em <g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html>.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NICOLAU, Gustavo. União estável e casamento: diferenças práticas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Mansur de. Enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil consagra avanços no Direito de Família. Disponível em :<www.conjur.com.br/2018-jul-21/rafael-mansur-enunciado-consagra-avancos-direito-familia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#_ftn1>.

PEREIRA Rodrigo, direito de família. Uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil; Revista e atualizada por Tania da Silva Pereira. 22ª ed. Rio De janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Conceito de família está cada vez mais organizado e autêntico. Disponibilizado em <www.conjur.com.br/2017-dez-24/processo-familiar-conceito-familia-cada-vez-organizado-autentico>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 7.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. Disponível em <www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>.

SCHREIBER, Anderson. União Estável e Casamento: uma equiparação?. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554 >.

SIMÃO, José Fernando. Reconhecimento Extrajudicial da parentalidade socioafetiva (parte2). Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-mai-14/processo-familiar-reconhecimento-extrajudicial-parentalidade-socioafetiva-parte>.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v.5: Direito de Família.12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?. Disponível em: < www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do >.

TEIXEIRA, Matheus. Poliamor: o CNJ discute reconhecimento de união estável com mais de duas pessoas. Disponível em :<www.jota.info/justica/poliamor-cnj-discute-reconhecimento-de-uniao-estavel-com-mais-de-duas-pessoas-24042018>.

TEPEDINO, Gustavo. Nova Perspectiva da cidadania e autonomia responsável: Direito a ter direitos. Disponível em: <www.jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família.14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

(v. Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru).

WALD, Arnoldo. O novo direito de família. Atualizada e ampliada pelo autor, do livro Direito de Família, de acordo com a jurisprudência e com referências ao Projeto do Código Civil, com a colaboração do Des. Murillo Fábregas. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

XAVIER, Dias Fernanda. União estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015.

A PATRIMONIALIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO E A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

Matheus da Rocha Spiegel Bastos Pavetits

RESUMO

Em primeiro momento, a presente monografia busca fazer um apanhado histórico sobre a evolução do conceito do núcleo familiar, alicerçado aos princípios norteadores do Direito das Famílias e pela importância da família sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988. Analisando princípios constitucionais, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que fundamentam o princípio da afetividade. Para explicar as obrigações decorrentes da filiação, o presente trabalho passará a desenvolver o conceito de poder familiar e as obrigações dos genitores para com a sua prole. Em capítulo específico, será definida a responsabilidade civil, a partir de seus pressupostos, visualizando a inexistência de ato ilícito no descumprimento das obrigações dos pais. Desta maneira, o presente trabalho analisará a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito a impossibilidade de responsabilização por abandono afetivo. Trará também o projeto de lei que visa caracterizar a falta de assistência afetiva como ato ilícito. Não obstante, estudará o procedimento da mediação familiar como instrumento alternativo para a solução do conflito, demonstrando sua importância para os conflitos no âmbito familiar.

Palavras-chave: Direito. Princípios jurídicos. Poder familiar. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Mediação familiar como método alternativo.

1 INTRODUÇÃO

O abandono afetivo é um dos temas do Direito das Famílias que se destaca pela complexidade em receber uma resposta do Poder Judiciário.

Este tema tem ganhado robustez no entendimento jurisprudencial sob a perspectiva da responsabilidade civil. Em que se deve analisar se o abandono afetivo

fruto de uma omissão parental tem como consequência uma violência moral e sentimental, por meio da negligência, no dever de cuidar, se é elemento plausível para configurar dano moral passível de uma compensação. Caso visto como uma violência moral que gere dano aos filhos, torna-se dever do Estado reprimir os atos ilícitos praticados por quem os cometem, face as garantias e direitos fundamentais tutelados na Constituição Federal.

Na discussão quanto a possibilidade de indenização por danos morais, duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se formam para fundamentar este fenômeno. Uma corrente que entende que o abandono afetivo é uma lesão aos direitos de personalidade da criança e, desta forma, caracteriza-se por dano moral passível de compensação, baseada no princípio da afetividade. E outra corrente, contrária a este entendimento, pois entende que sentimentos não podem ser majorados e que os genitores não são obrigados ao afeto para com suas proles, apenas o dever de cuidar que se estampa em garantir uma vida digna aos filhos.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução da família, seus princípios e o instituto da responsabilidade civil, assim como seus elementos para verificar se esta nova modalidade de dano moral, o dano por abandono afetivo é possível ou não. Para tanto, fora utilizado os métodos analítico e hipotético, tendo em vista a análise da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a hipótese proposta de solução do conflito por meio da mediação familiar.

O primeiro capítulo do presente trabalho busca trazer uma análise história do conceito de família e do poder familiar, à luz dos princípios que subsidiam as relações familiares como a convivência familiar, a solidariedade familiar, a prioridade absoluta, o melhor interesse da criança e, principalmente, o princípio da afetividade.

Posteriormente, define-se o que é a responsabilidade civil trazendo seus pressupostos de configuração até alcançar a possibilidade de responsabilizar ou não os danos nascidos do abandono afetivo, logo é feita uma definição doutrinária da conduta, do dolo e culpa, do dano e do nexo de causalidade.

Por se tratar de relações familiares e da alta carga sentimental que envolve esses conflitos, o terceiro capítulo visa demonstrar a importância do procedimento da mediação familiar como meio alternativo de resolução de conflitos e sua obrigatoriedade trazida pelo Novo Código de Processo Civil.

Por fim, tendo sido construído os conceitos de família, de afeto, da responsabilidade civil e da mediação familiar, o quarto capítulo analisa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para verificar se, no caso concreto, é possível configurar ou não a responsabilidade civil por ato ilícito de abandono afetivo. Assim como, analisar a mediação quando posta na resolução dos conflitos decorrentes do abandono afetivo.

2 DO NÚCLEO FAMILIAR

Conceituar o que venha a ser família é um trabalho um tanto árduo. O conceito deste instituto vem se modificando ao longo do tempo e, ainda hoje, permite diferentes conceituações. Sejam estes conceitos biológicos ou jurídicos, são difíceis de precisar.

O primeiro conceito até alcançar a concepção moderna e, a partir deste compreender qual o Direito adotou, é de que a família é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum.[1]

A ideia de família, com a evolução dos conceitos sociais, passou por nova mudança, trazendo a família não só como pessoas que descendem do mesmo tronco, mas os filhos havidos fora do casamento ou união estável, os filhos adotados e os filhos com relação socioafetiva. No contexto do século XXI, o grupo social familiar deve ser estudado sob a perspectiva sociológica e afetiva, antes de ser entendido como fenômeno jurídico[2].

---

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2017. v. 5.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2017. Vol. 5.

Não obstante, com o surgimento das famílias monoparentais, pluriparentais, anaparentais, famílias homoafetivas e etc., todas sob a ótica da afetividade como característica vinculativa dos membros da família. Nessa seara, é importante trazer o entendimento de Lacan sobre o tema, referenciado por Rodrigo da Cunha Pereira[3]:

> Uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. [...] Um indivíduo pode ocupar um lugar de pai sem ser o pai biológico.

Todo indivíduo quando vem ao mundo é pertencente de um agrupamento que, genericamente, entende-se por família. Nesse agrupamento é construído uma base de valores e sentimentos que constroem as bases da família.

Nos tópicos seguintes, pretende-se ilustrar a evolução familiar, ainda que de maneira sucinta, e almejando trazer a compreensão jurídica deste instituto.

2.1 Evolução da concepção de família e concepção moderna no Brasil

O primeiro registro jurídico de relevância para traçar a evolução da família é o registro da forma "patriarcal", a qual viveu um extenso período na civilização.[4]

Um cenário que merece destaque - pois elucida alguns dos resquícios da família antiga - é a família em Roma, uma vez que, a organização familiar era concentrada no princípio da autoridade. Este princípio, nada mais é do que uma preponderância do *pater* (o pai da família) como líder do núcleo familiar, podendo exercer sobre os filhos e a mulher a figura de chefe político, de julgador e sacerdote. O *pater* era detentor de todo o poder familiar (pátrio poder) e principalmente, do patrimônio.

---

[3] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* 2ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2012.

[4] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro : Forense, 2017. v. 5.

Com o passar do tempo, novas regras quanto à família se tornaram necessárias aparecendo o casamento, com as guerras as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos e etc.[5]

Este primeiro cenário se estende até o século IV, pois no Direito Romano verifica-se que o vínculo maior da família antiga era a religião doméstica e o culto dos antepassados, ultrapassando o vínculo sanguíneo, semelhante ao Direito Grego em que o afeto natural, embora existente, não era vinculação entre os membros da família.[6]

Posteriormente, houve grande influência do cristianismo no direito germânico na construção da concepção de família, afastando a concepção de família pagã e consolidando um modelo patriarcal pela família cristã.

Já no modelo moderno, substitui-se a organização autocrática para uma orientação democrática-efetiva. Desta maneira, a construção familiar tem como base a compreensão e amor, afastando o princípio da autoridade.[7]

O alcance dessa nova concepção foi grande, de maneira a atingir as relações familiares entre os pais e filhos, assim como entre diversos membros do que se entende por grupo familiar. Desapareceu a organização patriarcal, que vigorou no Brasil por todo o século XX, salienta-se que não apenas no direito, sobretudo, nos costumes da sociedade.[8]

Porém, antes mesmo de importância trazida em 1988, a família brasileira era influenciada pelos conceitos da família romana, germânica e principalmente, pelo canônico, haja vista nossa colonização lusa.[9]

---

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro : Forense, 2017. v. 5.

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família.* 17. ed. São Paulo : Atlas, 2017. Vol. 5.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro : Forense, 2017. v. 5.

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro : Forense, 2017. v .5.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família.* 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. v. 6.

Com a Constituição Federal de 1988, a importância da família e sua concepção moderna veio com o princípio da dignidade da pessoa humana e a equiparação dos deveres e direitos dos pais, tornando a família base da sociedade.

A Constituição Federal de 1988, alterou a visão de família a entende-la como base da sociedade, a qual deve ter uma tutela especial do Estado para garantir esse bem jurídico que fundamenta a vida em sociedade. Nesse diapasão, família é o alicerce substancial que funda a organização social entre indivíduos com vínculo afetivo.

O reconhecimento da família moderna fundada no princípio da afetividade que se caracteriza na convivência de pessoas e sentimentos recíprocos, é um marco na evolução do conceito de família e para o próprio Direito das Famílias.

A partir deste momento, nasce na sociedade o princípio da afetividade que passará a ditar as normas jurídicas e costumeiras da família brasileira.

2.2 Princípios norteadores do direito de família e sua importância no ordenamento jurídico

Os princípios norteadores do Direito de Família são a base para entender a questão que dá luz a esta monografia.

Dentre os principais princípios que nos levarão a discussão quanto a possibilidade de responsabilização por abandono afetivo, estão: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da paternidade responsável e o princípio da afetividade.

O primeiro princípio é um dos basilares do Direito brasileiro, pois a Constituição Federal salientou a importância de garantir a qualquer pessoa a máxima proteção de seus direitos fundamentais, dentre eles os direitos de personalidade, de maneira que possam gozar de vida digna. Este princípio está presente também na concepção moderna de família, já que está é moldada na solidariedade e no afeto. A

partir deste princípio, nasce o debate quanto a possibilidade ou não de compensar o filho que é abandonado afetivamente por um dos pais.

O segundo princípio, da paternidade responsável em que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.[10]

Sendo vedado qualquer tipo de intervenção estatal ou privativa para estas decisões. Devendo assegurar os direitos fundamentais da criança e do cônjuge ou companheira, o direito à saúde, à vida dentre os outros previstos no Art. 227 da Constituição Federal.[11]

E o terceiro, que talvez seja o mais importante dos princípios, uma vez que engloba os dois princípios citados linhas acima, o principio da afetividade. Este princípio disposto implicitamente no artigo 229 da Constituição Federal, que dispõe que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade", demonstrando como a família é baseada no afeto.

Ainda nessa seara, quanto ao princípio da afetividade - o qual será tratado de forma mais profunda a frente -, cito os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo[12]:

> O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social, fundamento essencial nos laços da afetividade.

É importante para a compreensão da afetividade, na figura de princípio, não confundi-la com o afeto ausente nas relações familiares. Paulo Lôbo destaca a diferença de forma clara:

---

[10] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. v. 6.

[11] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília : Senado Federal, 1988.

[12] LÔBO, Paulo Luiz Netto**.** *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. São Paulo : Revista de Direito Privado, 2000. v.1

> A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.

A existência de famílias monoparentais, muitas vezes demonstra que não é de extrema importância a figura dos dois genitores para a criação dos filhos nesta fase de construção de valores e princípios que esta criança carregará para a vida. No entanto, a Constituição Federal - um pouco conservadora e na premissa de que a família é a base da sociedade - tende a tentar garantir a criação dos filhos pelos dois pais.

Não obstante os princípios gerais que direcionam as relações familiares, alguns princípios específicos do direito de família e da proteção à criança e ao adolescente incorporam os valores éticos e sociais que conferem o entendimento da concepção de família hoje adotada pelo ordenamento jurídico.

Devida a complexidade do ramo de direito de família, a incidência dos princípios tem por viabilizar a resolução de pretensões, tendo em vista, a capacidade de abstração principiológica, bem como a inserção de novos conceitos no sistema jurídico.[13]

De qualquer sorte, elencam-se nas linhas abaixo aqueles princípios especiais que detêm relevante compreensão no campo familiar.

2.2.1 Princípio da convivência familiar

[13] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

Preconiza a Constituição Federal que são deveres da família, sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, consoante ao artigo 227 desta Carta.[14]

Faz-se necessário desmistificar a ideia de convivência familiar como suposição de convívio sob o mesmo espaço físico. Não obstante o conceito surgir de uma relação infindável estabelecida as pessoas com laços de parentesco e, a partir deste conceito, pressupor, em regra, o convívio em espaço comum, ensina Paulo Lôbo que[15]:

> A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perde da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos.

Outrossim, percebe-se que a intenção com o dispositivo constitucional é poder assegurar a criança ou ao adolescente a regularidade das relações afetivas entre os membros familiares, independentemente do convívio em espaço comum.

Corroborando com os ensinamentos acima colacionados, a Convenção dos Direitos da Criança certificou à criança ou adolescente separado de algum dos genitores, ou até mesmo de ambos, impondo ao Estado a promoção do direito de "manter regularmente relações pessoais e contato direito com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse da criança."[16]

---

14 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília : Senado Federal, 1988.

15 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias.* 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 74

16 BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.>. Acesso em: 21 de maio de 2018

É importante frisar que este princípio tem o condão de construir os valores éticos, morais e cívicos, proporcionar os direitos previstos no artigo 227 da Carta Magna e, principalmente, o afeto entre a entidade familiar.[17]

2.2.2 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade está assentado no artigo 3º da Constituição Federal, o qual reconhece como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, gerando repercussão nas relações familiares, que não poderiam ser diferentes.

Este princípio materializa a responsabilidade social aplicada a entidade familiar, pois perpassa o afeto necessário que une a família.[18] Motivo pelo qual a Carta Magna e as leis infraconstitucionais criam deveres recíprocos entre os membros familiares.

Corrobora com a construção do entendimento do mencionado princípio, os ensinamentos de Maria Berenice Dias[19]:

> Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressa solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

Extrai-se da nota acima citada que a solidariedade consiste no dever mútuo de assistência entre os parentes sendo necessário prover, não apenas a solidariedade patrimonial, mas psicológica e afetiva.

---

17 DIGIÁCOMO, Muirllo José. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado.* Curitiba : Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacionald das Promotorias da criança e do adolescente, 2010, p. 21

18 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. v. 6, p. 82

19 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 11. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016, p. 51

Nesse sentido doutrina Pablo Stolze que "a solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana".[20]:

Não obstante, é perceptível no ordenamento jurídico que o princípio da solidariedade ainda está atrelado a repercussão patrimonial - como as obrigações alimentares -, porém a jurisprudência vem, constantemente, reconhecendo a solidariedade familiar como também um dever imaterial de assistência afetiva e psicológica.

2.2.3 Princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta é princípio previsto expressamente no bojo do artigo 227 da Constituição Federal, bem como no artigo 4º, caput, da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

> Art. 4º, Lei 8.069/90. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Tem o intuito de assegurar a concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, nos campos familiar, administrativo, judicial ou extrajudicial, o interesse do infante.[21]

Essa atuação da prioridade absoluta aos interesses dos infantes deve ser realizada, com supedâneo na Constituição Federal, pelos membros da família, pela sociedade e pelo Poder Público.

Dentre os deveres da prioridade absoluta estão a proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de

---

[20] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. v. 6, p. 82

[21] MACIEL, Kátia. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro : Lumenjuris, 2010.

relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

2.2.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Com grande importância no campo internacional - pela Convenção sobre Direitos das Crianças -, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi recepcionado no ordenamento jurídico interno.

Apesar de não haver um conceito determinado juridicamente, é cediço que há de prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente quando houver conflito de valores, haja vista a necessidade de proteger o desenvolvimento físico e mental destes futuros sujeitos de direitos. [22]

O Estatuo da Criança e do Adolescente, no seu artigo 100, determina as formas como as normas incidentes a estes deve ser aplicada, bem como a garantia dos direitos dos infantes:

> Art. 100, Lei nº. 8.069/90. Na aplicação das medidas levar-se-á em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
>
> [...]
> IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.

Do dispositivo acima mencionado é possível trazer os ensinamentos de Paulo Lôbo a respeito do princípio:

---

22 MADALENO, Rolf. Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2017, p. 117

> O princípio do melhor interesse significa que a criança - incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.[23]

No que diz respeito ao âmbito internacional, a Convenção sobre Direitos da Criança, de forma ampla cita o princípio no artigo 3, número 1, nos seguintes termos: "1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança."[24]

Portanto, nota-se que é conferido ao Estado o dever de garantir o usufruto de outros direitos previstos à criança e ao adolescente.

2.3 Da relação familiar

Consoante mencionado, de maneira sucinta, na evolução da concepção de família, o poder familiar revestido como o antigo pátrio poder - terminologia usada no Direito Romano e adotada no Código Civil - corresponde ao direito absoluto e ilimitado sobre os filhos pelo chefe da família.

No entanto, com a evolução da sociedade e da instituição normativa o poder familiar não mais constitui um direito apenas do *pater* e, felizmente, tornou-se um conjunto de deveres de ambos os pais, transformando-o em um instituto de caráter protetivo.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias, pontua que a expressão poder familiar trazida no Código Civil não reflete a mudança recepcionada pela Constituição, no

---

23 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias.* 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 75

24 BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

que diz respeito a igualdade entre o homem e a mulher, bem como não um poder, mas um dever dos pais:[25]

> A expressão que goza da simpatia da doutrina é autoridade parental. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF 227). Destaca que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo responsabilidade parental.

Apesar da colocação doutrinária, para fins deste trabalho e da terminologia adotada na legislação brasileira, será utilizado o poder familiar para conceituar as obrigações dos pais perante aos filhos.

2.3.1 Poder familiar

O ordenamento jurídico brasileiro não estabeleceu conceito o que vem a ser o poder de família. O Código Civil de 2002, mantendo a mesma linha do seu antecedente, cuidou de determinar apenas aspectos do instituto, definindo a quem cabe o poder, a competência, os deveres, como extingui-lo, dentre outros aspectos mais.

Consoante ao artigo 1.634 do Código Civil de 2002, o legislador elencou os deveres legais cabíveis aos pais, versando sobre a condução da criação de seus filhos.

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:.....
> I - dirigir-lhes a criação e a educação; .....
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem

[25] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016, p. 457

> sua residência permanente para outro Município;
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;.....
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Olhando o dispositivo acima destacado, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, percebe-se que houve uma incorporação dos deveres familiares elencados nesta Carta Magna, previsto no artigo 229 da referida.

Dispõe o artigo 229 que, em outras palavras, aos genitores incumbe o dever de assistência, criação e educação de seus filhos sendo estes os parâmetros mínimos para o poder de família. Tanto o Código Civil quanto a Constituição Federal sancionam deveres inerentes a condição da relação paterno-filial passíveis de indenização pecuniária, caso haja violação direta ou indiretamente.

Quanto a ação regulatória do Estado das relações existentes entre pais e filhos e a terminologia do poder familiar, pontua a professora Maria Helena Diniz:[26]

> Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Desta feita, infere-se que a proteção constitucional do exercício do poder familiar visa o desenvolvimento equilibrado e saudável dos filhos sendo efetivada por uma construção tanto educacional quanto de valores presentes em grupos sociais que a criança ou o adolescente está inserido.[27]

2.3.2 Exercício do poder familiar

[26] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Direito de Família.* 31. ed. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 514
[27] FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação Parental.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2014

Em regra, o poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes de forma exclusiva, até a maioridade ou emancipação dos filhos.

Para Paulo Lôbo, para caracterizar o exercício do poder familiar, "deve-se ter presente o seu conceito de conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança e do adolescente".

Há uma aplicação constitucionalizada do disposto no artigo 1.693 do Código Civil, haja vista a sua omissão quanto aos deveres impostos pela Constituição Federal, nos artigos 227 e 229. Trazendo a tona os direitos à vida, à saúde, à educação, entre outros e, no que diz aos deveres atribuídos aos pais que devem assistir, criar e educar os filhos menores.

Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao positivar o poder familiar, competiu aos pais, pelo artigo 22, "o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores", visado o melhor interesse destes.

Para a professora Maria Helena Diniz, durante o exercício do poder familiar, devem os pais com relação aos filhos menores[28]:

> provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe-lhes ainda dirigir espiritual e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa. Cumpre-lhes capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e dignidade (ECA, arts. 1º, 3º, 4º e 15). A norma jurídica prescreve que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, respeitando seus direitos de personalidade, garantindo sua dignidade como seres humanos em desenvolvimento físico-psíquico, mas nada dispõe sobre o modo como devem criá-los e muito menos como devem executar os encargos parentais. Isto é assim porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina

[28] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Direito de Família.* 31. ed. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 79

> interna é ditada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros, pela convivência familiar (CF art. 227, 2a parte) e pela conveniência das decisões tomadas. Podem, ainda, usar, moderadamente, seu direito de correção, como sanção do dever educacional, pois o poder familiar não poderia ser exercido, efetivamente, se os pais não pudessem castigar seus filhos para corrigi-los. Todavia, é preciso esclarecer que, embora os pais estejam legitimados a castigá-los, no exercício de seu poder disciplinar não estão autorizados os castigos imoderados; assim, os genitores que abusarem dos meios corretivos poderão ser destituídos do poder familiar, além de incorrerem em responsabilidade criminal (CC, art. 1.638, I; CP, art. 136).

Na omissão do cumprimento destes deveres, estando o filho em abandono, serão os pais destituídos do poder familiar, podendo ainda serem afetados pelas sanções penais, por abandono material e intelectual de menores. Sujeitando-se também a responsabilização civil pelos danos morais causados aos filhos, na interferência do desenvolvimento de sua personalidade e pela omissão no exercício do poder familiar.[29]

Para a caracterização desta possível responsabilidade, no capítulo seguinte serão analisado o instituto da responsabilidade civil, bem como seus elementos constitutivos para alcançar a responsabilidade dos pais no abandono afetivo que fere o princípio da afetividade de forma direta.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO

A responsabilidade civil prevista tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil passa, no direito atual, a ser interpretado dentro de um todo e não separadamente. Ambos os institutos têm como objetivo reparar o dano que acarretou na diminuição do bem jurídico de quem foi lesado. Vale salientar que não se deve confundir essa interpretação como junção de conceitos, mas como explica Flávio Tartuce que a Constituição é norma geral e o Código Civil, norma específica:

> A norma constitucional é uma regra geral voltada para a atuação do Estado em face da sociedade. E tendo na sociedade

[29] FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação Parental.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 18

> regra específica para a atuação entre particulares, nada é mais justo do que exigir que a interpretação dessas normas específicas seja feita em harmonia com a regra geral[30].

Como mencionado anteriormente, o princípio da afetividade previsto na Constituição Federal e que norteia o Direito das Famílias, vem sendo objeto de controvérsia na jurisprudência e doutrina, qual seja: a responsabilização - ou não - dos pais ao dever de indenizar os filhos em decorrência do abandono afeito. Uma das questões que se levanta é se a afetividade - vinculo sentimental entre pessoas - é um princípio jurídico atrelado a dignidade da pessoa humana ou apenas um juízo de valor sentimental?

Para tentar responder esta pergunta é preciso tecer algumas considerações a respeito da responsabilidade civil para depois verificar a possibilidade de sua aplicação nas relações afetivas no âmbito familiar.

3.1 Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil está ligada à lesão do direito, que se dá pelo ato ilícito que Flávio Tartuce conceitua como "a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém".[31]

Vale destacar que a Constituição Federal assegura a indenização por dano material, moral ou à imagem. Do ato ilícito gera a consequência de indenizar e reparar o dano causado.

Logo, tem-se um dos elementos para configurar a responsabilidade, o ato ilícito - uma ação ou omissão -, assim como, dolo ou culpa, o dano e a relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

---

[30] TARTUCE, Flávio. 2017. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.* 12. ed. Rio de Janeiro : FORENSE LTDA, 2017. v. 2.

[31] TARTUCE, Flávio. 2017. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.* 12. ed. Rio de Janeiro : FORENSE LTDA, 2017. v. 2.

3.1.1 Da conduta positiva e negativa

A conduta humana pode ser causada por uma ação ou omissão - voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia -, em que a ação positiva configura o dolo e a conduta negativa a culpa. A regra de conduta humana que gera um dano e é responsabilizado é a conduta positiva praticada por uma ação, a exceção é a conduta negativa (omissão), pois deve ser comprovada, ou seja, prova que não fora praticada. Flávio Tartuce explica:

> [...] já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi pratica. Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.[32]

Outrossim, o Código Civil estipulou que a conduta do agente, positiva ou negativa, que fere direito alheio e causa dano, comete ato ilícito. Logo, a responsabilidade civil pressupõe o cometimento de ato ilícito, conforme o artigo 186 do Código Civil.[33]

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Em certa análise, a conduta do agente, na responsabilidade civil, deve ser contrária aos preceitos do ordenamento jurídico. Não obstante, o dever de reparar o dano ou prejuízo causado é cabível apenas àquelas pessoas que são imputáveis, em outras palavras, aquelas que possuem capacidade de responder pelos atos praticados.[34]

Ocorre que para atribuir a responsabilidade civil a qualquer pessoa simplesmente pelo fato de haver comprovado ser agente da conduta comissiva ou

---

[32] TARTUCE, Flávio. 2017. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.* 12. ed. Rio de Janeiro : FORENSE LTDA, 2017. v. 2., p. 432

[33] BRASIL. *Lei n. 10.406.* 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.*>. Acesso em: 25 de jan de 2018

[34] TARTUCE, Flávio. 2017. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.* 12. ed. Rio de Janeiro : FORENSE LTDA, 2017. v. 2.

omissiva, é necessário verificar a existência de dolo ou culpa e, se desta conduta, houve dano.

3.1.2 Do dolo e culpa

Este elemento subjetivo é imprescindível para configurar a responsabilidade civil. A doutrina majoritária diferencia o elemento culpa em "*lato sensu*" e "*stricto sensu*".

A primeira modalidade, de culpa em "*latu sensu*", o agente causa um dano a outrem com a intenção de um resultado dano, caracterizando o dolo. O dolo, em termos mais técnicos, consiste em "uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem"[35].

Lado outro, a culpa em "*stricto sensu*", leciona Sérgio Cavalieri Filho que "[...] pode-se configurar culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível"[36]. O dever de cuidado, o qual é imposto pelo Direito, é o zelo pelos atos da vida, ainda que sejam lícitos, devendo ter a devida cautela, diligência e atenção.

Ainda que voluntária a conduta, o resultado poderá ser previsto ou é previsível pelo agente. Desta maneira, pode-se dizer que a previsão é o resultado que pode ser mentalmente antevisto. Por outro lado, a previsibilidade "entendendo-se como tal a possibilidade de previsão. Embora não previsto, não antevisto, não representado mentalmente, o resultado poderia ter sido previsto e, consequentemente, evitado".[37]

---

[35] TARTUCE, Flávio. 2017. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.* 12. ed. Rio de Janeiro : FORENSE LTDA, 2017. v. 2.

[36] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo : Atlas, 2008, p. 34

[37] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo : Atlas, 2008, p. 39

A falta de zelo pode manifesta-se por meio da imprudência, da negligência e da imperícia. São modelos de exteriorização da conduta culposa que determinam a culpa em "stricto sensu. O primeiro modelo é a imprudência que se dá pela falta de cuidado ou cautela a partir de uma ação ou conduta comissiva. Já a negligência dar-se-á pela mesma falta de cuidado, porém de uma conduta omissiva. Por fim, a imperícia - que não possui relevância para esta monografia - decorrente da falta de habilidade técnica nos casos em que se exige este maior cuidado ou cautela.

Isto posto, a conduta dolosa ou culposa do agente tem como consequência um dano que será passível de reparação ou compensação.

3.1.3 Do dano

Como mencionado anteriormente, o objetivo da responsabilidade civil é reparar o prejuízo decorrente de uma conduta que viola um bem jurídico de outrem. Não há que se falar em responsabilidade civil se não houver dano. Dano é o fato jurídico que ofende um direito ou bem jurídico.

Em sábio ensinamento, pontua Sérgio Cavalieri Filho:[38]

> O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.

Outrossim, o dano é pressuposto indispensável para ensejar a responsabilidade civil, visto que, conforme a citação mencionada, se não há prejuízo sofrido pela vítima da conduta, comissiva ou omissiva do agente, não há dever de

[38] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo : Atlas, 2008, p. 71

reparar. Neste sentido, o Código Civil traz no bojo do artigo 927 do Código Civil que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".[39]

O prejuízo que a conduta do agente pode causar pode ter duas naturezas: dano material ou patrimonial e dano moral ou extrapatrimonial.

Os danos materiais constituem prejuízos que atingem o patrimônio corpóreo da pessoa física ou pessoa jurídica, devendo retornar ao estado em que se encontrava, por meio da reparação. O dano material podendo se dividir em danos emergentes em que há uma real diminuição do patrimônio, lucros cessantes que são os valores que a vítima deixará de auferir em decorrência do dano e a perda de uma chance. Haja visto o limite da temática desta monografia, não será possível adentrar com profundidade nas espécies de dano material.[40]

Os danos morais constituem qualquer lesão aos direitos da personalidade, como, por exemplo, à liberdade, à opção sexual, à opção religiosa, à honra, entre outros. Trata-se do dano moral em sentido amplo, em que não necessita de prova do sofrimento em si para sua caracterização.[41]

A Constituição Federal de 1988, no bojo do artigo 5º, inciso X, assegura o direito a indenização ao dano material e moral, quando afrontado o princípio da dignidade da pessoa humana que é composto pelos direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à liberdade.[42] Sendo estes direitos personalíssimos que quando violados, possibilitam o dano moral.

Corroborando com os preceitos trazidos, Valéria Silva Galdino traz o conceito de Carlos Alberto Bittar que conceitua dano moral como:[43]

---

[39] BRASIL. Lei n. 10.406. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.>. Acesso em: 25 de jan de 2018

[40] CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2008. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo : Atlas, 2008

[41] TARTUCE, Flávio. 2017. Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro : FORENSE LTDA, 2017. v. 2.

[42] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

[43] CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano Moral no Direito de Família. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 18

> [...] os danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado. Conclui-se que o dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa física em seu for íntimo provocado por outrem. Aplica-se à pessoa jurídica também.

Para Maria Berenice Dias, há como extrair o dano moral da conduta omissiva em cumprir os deveres do poder familiar, artigo 1.634, demonstrando que o rompimento do convívio familiar acarreta danos psicológicos que interferem no desenvolvimento social da criança ou do adolescente.[44]

> A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, que se tornam pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem evado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um vem que tem valor.

Apesar do posicionamento doutrinário, a jurisprudência a ser analisada em capítulo específico, afasta o entendimento acima destacado, pois não é possível impor aos genitores o afeto não previsto no exercício do poder familiar. Porém, há em tramitação na Câmara dos Deputados, projeto de lei - analisado posteriormente - que pretende caracterizar a ausência de assistência afetiva como ato ilícito passível de responsabilização civil.

3.1.4 Do nexo de causalidade entre a conduta e o dano

[44] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016, p. 101

O nexo de causalidade que é o liame subjetivo que liga a conduta do agente e o dano causado. Elemento indispensável para constituir a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o dano a direito ou bem jurídico de outrem.[45]

Outrossim, Sérgio Cavalieri Filho para ilustrar melhor o que é o nexo causal, o conceitua: "trata-se de noção aparente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades [...]. O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado".[46]

Logo, o nexo causal estabelece o liame entre o comportamento e um evento, que permite verificar se a conduta do agente, pela ação ou omissão, foi ou não causadora de dano. Dessa forma, determina o resultado imputável ao agente, de dano material ou moral a ser indenizável a vítima.[47]

Ensina Caio Mário quanto a Teoria da Causalidade Adequada: [48]

> Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, "no curso normal das coisas", provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da "causalidade adequada", porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais.

---

45 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.* 12. ed. Rio de Janeiro : FORENSE LTDA, 2017. v. 2.

46 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo : Atlas, 2008, p. 46

47 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo : Atlas, 2008, p. 46

48 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil.* 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2016., p. 105

O Brasil, adota a Teoria da Causalidade Adequada pela qual se deve identificar, na presença de uma possível causa, aquela que, de forma potencial, gerou o evento danoso. Entre outras palavras, fato concreto que, em abstrato, poderia causar o dano: critério de previsibilidade. [49]

Tendo visto todos os pressupostos que compõe a responsabilidade civil, pode-se verificar as teses que possibilitam ou não a compensação por falta de afeto.

4 DO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

Partindo da premissa de convívio social é árduo o trabalho de pensar uma sociedade sem conflitos. Esses conflitos são as divergências entre pretensões de indivíduos a respeito de um objeto. No estudo da origem do conflito, Valeria Luchiari pontua[50]:

> Assim, o conflito existe e é inevitável, caracterizando-se como um processo frente a qualquer situação de mudança ou, pela ótica de Weber (1980), a qualquer situação na relação social, pensada como uma probabilidade de que as ações sociais se interconectam numa conduta plural. Nesse diapasão, pode-se dizer que o indivíduo pressupõe uma determinada atitude de seu contrário em relação a si (pressuposição que pode estar totalmente ou parcialmente errada) e é baseado nessa expectativa que orienta sua condita, o que é suficiente para o surgimento de consequências relativas ao desenvolvimento da ação e à forma da relação.

Corroborando com o ensinamento de Valeria Luchiari, importante destacar a visão de Elena Highton no que diz respeito a cultura de judicialização dos conflitos pela busca de métodos alternativos de solução dos conflitos[51]:

> Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedade também mejor, y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propriamente, el numero de

[49] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo : Atlas, 2008.

[50] LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta, Grinover, Ada Pelegrini e Watanabe, Kazuo. *Mediação Judicial: Análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça.* Rio de Janeiro : Forense, 2012.

[51] HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos.* Buenos Aires : Ad Hoc, 1995. p. 24.

> conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio.

A partir desse pensamento de origem dos conflitos sociais que são judicializados, percebe-se que as organizações sociais acabam por criar seus métodos de resolução de conflitos, por muito tempo, pelas vias judiciais. Ao logo da consolidação do Estado moderno a judicialização popularizou-se, gerando no meio social uma sensação de método adequado para dirimir os conflitos[52].

No entanto, a efetividade da justiça começou a ser questionada, tendo em vista uma prestação jurisdicional morosa e inchada devido ao alto número de demandas, gerando uma insatisfação social e descrença no poder judiciário. Sob esta ótica, indaga-se: o mecanismo judicial é o melhor instrumento de resposta as lides presentes na sociedade?[53].

Neste sentido, Fernando Horta Tavares, em seu livro, cita opinião de Ada Pelegrini que é de suma importância para entender o porquê dos meios alternativos de solução de conflitos[54]:

> A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro objetivo almejado pelo renascer da conciliação extrajudicial: a da racionalização da distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados de mediação, ainda que facultativos

Observa-se com a evolução do Direito uma busca incisiva por meios alternativos de solução de conflitos de forma consensual, buscando maior economia e celeridade processual.

O Novo Código de Processo Civil concretizou a importância dos meios consensuais de resolução de conflitos em seu artigo 3º, §3º, prevendo a mediação e outros meios de solução consensual que devem ser, obrigatoriamente, fomentados no

---

52 BRAGA NETO, Adolfo. Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Dreito. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

53 BRAGA NETO, Adolfo. Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Dreito. Rio de Janeiro : Forense, 2012

54 TAVARES, Fernando Horta. Mediação e Conciliação. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002, p. 129

processo judicial. Importante destacar que é um dever de fomento aos magistrados, procuradores, defensores e membros do Ministério Público.[55]

Aliás, faz-se necessário, conceituar o procedimento da mediação. Nos termos de Flávia Tartuce a mediação "consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvam"[56].

Extrai-se que a mediação busca uma diminuição da formalização e morosidade judicial, incentivando as partes conflitantes a acharem uma solução que contente de forma igual a elas. Corroborando com o conceito acima citado, ensina Adolfo Braga Neto[57]:

> a mediação é uma técnica não adversarial de resolução de conflitos pela qual duas ou mais pessoas recorrem a um especialista neutro e capacitado que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas.

A mediação é um mecanismo eficiente aos casos com relações pré-existentes, uma vez que este procedimento viabiliza a presença de profissionais especializados que servirão para solucionar os casos concretos.

Será analisado neste capítulo como a mediação é importante na resolução dos conflitos familiares, muito por propiciar a presença de profissionais especializados que podem conduzir melhores as mediações em conflitos familiares que carregam inúmeros sentimentos de alta sensibilidade que o processo comum não é capaz de observar e muitas vezes não é capaz de confortar tais sentimentos.

---

[55] BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.>. Acesso em: 16 de mar de 2015.

[56] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis.* 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo : Forense; MÉTODO, 2016, p. 175

[57] BRAGA NETO, Adolfo. *Os advogados, o conflito e a mediação.* São Paulo : LTr, 1999., p. 93

4.1 Das características da mediação

Retomando o conceito de mediação acima construído, pode-se afirmar que a mediação visão a comunicação entre as partes do conflito, por meio da intervenção de um psicólogo ou mediador, a fim de que estes possam, a partir do diálogo, encontrar uma solução para a controvérsia.

Neste diapasão, é pontual a colocação de Denise Maria Perissini da Silva, no que diz respeito ao procedimento de mediação[58]:

> Na mediação, o psicólogo atua como terceiro neutro na relação, e não opina, não sugere, não decide e não impõe nada: espera e auxilia que as próprias pessoas encontrem uma solução para o conflito familiar, a partir de diálogos, orientação e entrevistas. Uma vez encontrada a "solução para o conflito, este passa a ser um compromisso de todas as partes envolvidas - até porque essa solução partiu deles mesmos, e não do psicólogo, o que torna mais autêntica.

Não obstante, o procedimento da mediação é regido por princípios processuais que conferem sua regularidade, apesar de ser um procedimento informal. Consoante ao *caput* do artigo 166 do Novo Código de Processo Civil, fica explicito que os princípios que norteiam esse procedimento são: a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada[59].

> Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.
>
> §1º. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

---

58 SILVA, Denise Maria Perissini da. Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: A interface da psicologia como o direito nas questões de família e infância. 3.ed . Rio de Janeiro : Forense, 2016, p. 197

59 BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.>. Acesso em: 16 de mar de 2015.

> §2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.
>
> §3º. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.
>
> §4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Analisando os princípios norteadores deste procedimento, ressalta-se, por óbvio, o princípio da autonomia da vontade, razão pela qual sem este, não haveria resolução consensual do conflito. Verifica-se, com esteio no §4º do artigo 166, que a mediação "proporciona às pessoas, ao longo do processo, gerir o conflito conforme suas vontades a partir das regras por elas mesmas estabelecidas"[60].

Para assegurar precisão nos conceitos dos princípios inerentes à mediação e conciliação, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125, no seu artigo 1º do Anexo III, sendo de suma importância destacar os princípios: da confidencialidade, como dever de sigilo de todas as informações colhidas, salvo autorização das partes ou violação à ordem pública; da imparcialidade, pelo qual o mediador deve abster-se de seus valores e conceitos pessoais para não interferir na resolução do conflito; e, por fim, a informalidade que afasta a rigidez processual, mas devendo manter a ordem pública e conformidade as leis vigentes[61].

Desta forma, observa-se que a mediação, obstante a informalidade, possui limitadores para atuação, porém não deve ser afastado seu uso nos processos judiciais frente as vantagens do procedimento na resolução dos conflitos de maneira consensual.

4.2 Da obrigatoriedade da mediação no âmbito processual

[60] BRAGA NETO, Adolfo. Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Dreito. Rio de Janeiro : Forense, 2012, p. 105

[61] CNJ. Resolução nº. 125 de 29/11/2010. Disponível em:.<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579.> Acesso em: 24 ago 2018

De qualquer sorte, conforme verificado linhas acima, principalmente no artigo 3º, §3º do Novo Código de Processo Civil, vê-se a obrigatoriedade das formas consensuais de solução de conflitos, no decorrer dos processos judiciais.

O tema em questão possui capítulo próprio no Código de Processo Civil de 2015 - diferente de seu antecessor de 1973 -, após o recebimento da petição inicial, deverá o magistrado designar o procedimento, conforme a redação do artigo 334 do NCPC:[62]

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Fica patente a obrigatoriedade do procedimento como dever do juiz promover a realização de audiência de conciliação ou mediação. Dentro do regramento do artigo 334 do Novo Código de Processo Civil, verifica-se duas únicas exceções para dispensar a realização da audiência de mediação: quais sejam: se as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição ou quando não for possível a autocomposição. Por oportuno, vale relembrar que os direitos que não comportam composição são os direitos indisponíveis e fundamentais em sua materialidade.

No caso do presente trabalho, no que diz respeito ao direito indenizatório por abandono afetivo, este pode ser resolvido pelo procedimento da mediação, haja vista que o objeto do conflito é o possível dano compensável pelo descumprimento dos deveres familiares e não a disponibilidade de direitos fundamentais.

Tamanha é a importância da mediação no código de processo que o não comparecimento à audiência de mediação ou conciliação é considerado como ato

[62] BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.>. Acesso em: 16 de mar de 2015.

atentatório à dignidade da justiça, neste diploma, expresso no §8º do artigo 334 do NCPC:[63]

> Art. 334, §8º. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Aliás, a importância do procedimento fica evidente em diversos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, artigos 3º, 139, inciso V, 166, 334 e 359, que demonstram a importância dos métodos alternativos de solução de conflitos no processo judicial.

Portanto, importante salientar que a obrigatoriedade do procedimento de mediação não se pode confundir com a necessidade ou obrigatoriedade da solução do conflito por meio deste procedimento.

5 POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

Adentra-se num campo controverso pela jurisprudência, apesar da tendência do Superior Tribunal de Justiça estar pacificando entendimento pela impossibilidade de indenização por falta de afeto.

Uma decisão de destaque do Superior Tribunal de Justiça é a da Ministra Nancy Andrighi, pois verifica ser possível a aplicação dos conceitos de dano moral nas relações familiares. A Ministra entende que o dano moral é intrínseco a obrigação dos genitores em garantir a construção psicológica e da personalidade dos filhos.[64]

---

[63] BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.>. Acesso em: 16 de mar de 2015.

[64] STJ. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ: 24/04/2012. *Superior Tribunal de Justiça*. [Online] 24 de Abril de 2012. [Citado em: 24 de Junho de 2018.] http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=7.

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
>
> 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
>
> 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
>
> 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
>
> 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
>
> 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
>
> 7. Recurso especial parcialmente provido.
>
> (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Amparada a Ministra pelo dever de cuidado dos pais, entende que “amar é faculdade, cuidar é dever”, estabelecendo o nexo causal, o ato ilícito e a culpa do genitor pelo abandono afetivo. O dever de cuidado, tutelado pela Constituição Federal, deve ser entendido como auxílio para garantir o necessário para viver de maneira digna e para sua subsistência, não como afeto no sentido de “carinho”.

Diferente é o entendimento adotado no REsp 1579021/RS de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, tendo em vista que esta afasta o dever de cuidado vaticinado pela Ministra Nancy Andrighi como dever jurídico de cuidar afetuosamente da prole, pois sendo cumpridos os deveres alimentares e outros auxílios, não se poderia dizer em abandono afetivo.[65]

> CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. .
> 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V).
>
> 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito.
> 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma.
>
> 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação.
>
> 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.
>
> (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017)

Destaca-se desta decisão o voto de fls. 32, do Ministro Marco Buzzi, voto vencido, que entendeu de forma diversa, tendo em vista que o afeto estaria ligado a um dever intrínseco aos deveres familiares de cuidado e zelo para garantir o melhor interesse dos filhos.

[65] STJ. REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJ: 19/10/2017,. *Superior Tribunal de Justiça*. [Online] 19 de Outubro de 2017. [Citado em: 25 de Junho de 2018.]

> Com o escopo de demonstrar a possibilidade de compensação dos danos decorrentes do abandono afetivo parental, ressalta-se que, muito embora não se possa conceber o sentimento do amor como fruto de um dever, há, no seio da família, determinados cuidados, zelos e providências, voltadas ao interesse e bem estar da prole - vulgarmente denominados ou identificados como elementos da mensuração do que se alude como amor entre pai e filhos -, passíveis, portanto, de caracterização como dever jurídico.

Outra decisão que afasta a possibilidade de responsabilizar o dano oriundo do abandono afetivo é a do REsp 1.493.125/SP, de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, determina que para configurar o ilícito civil pelo abandono afetivo é necessário que ultrapasse um mero dissabor para não industrializar os sentimentos afastando a ideia de dano *in re ipsa*.[66]

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.
>
> 1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro.
>
> 2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material.
>
> 3. É insindicável, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

[66] STJ. REsp 1493125/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJ: 23/02/2016. *Superior Tribunal de Justiça*. [Online] 23 de Fevereiro de 2016. [Citado em: 25 de Junho de 2018.] http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1493125&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4.

> 4. O ordenamento pátrio veda o pacta corvina e o venire contra factum proprium.
>
> 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido.
>
> (REsp 1493125/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016)

O mesmo colendo Tribunal, em decisão mais recente, entendeu pelo não cabimento de indenização, pois não foi capaz de configurar o nexo causal entre a conduta e o suposto dano, mantendo a segurança jurídica pela razoabilidade e prudência, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro.[67]

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE NO QUE TANGE AOS ACORDOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº.s 282 E 235 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente.
>
> 2. Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a

[67] STJ. REsp 1557978/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJ: 03/11/2015. *Superior Tribunald de Justiça*. [Online] 03 de Novembro de 2015. [Citado em: 25 de Junho de 2018.] http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1557978&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3.

evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.

3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados.

4. Os elementos e as peculiaridades dos autos indicam que o Tribunal a quo decidiu com prudência e razoabilidade quando adotou um critério para afastar a responsabilidade por abandono afetivo, qual seja, o de que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu.

5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato.

6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes legais e regimentais, pois além de indicar o dispositivo legal e transcrever os julgados apontados como paradigmas, cabia ao recorrente realizar o cotejo analítico, demonstrando-se a identidade das situações fáticas e a interpretação diversa dada ao mesmo dispositivo legal, o que não ocorreu.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1557978/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015)

O Ministro Relator, Moura Ribeiro, ao não conhecer da responsabilidade civil do abandono afetivo frente a falta de elemento ensejador para tal, pautou sua decisão com base na cautela. Seguindo as premissas do STJ com base nos princípios da prudência e da razoabilidade afastou essa responsabilidade frente a ausência de estudo psicológico que possa estabelecer a existência de um dano e qual a causa

deste. Ressalta-se que o intuito de decisões reiteradas quanto ao abandono afetivo é para evitar uma indústria indenizatória.

Ocorre que nas decisões proferidas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em outros Recursos Especiais 757.411/MG, 514.350/SP, 1.159.242/SP, não é simples majorar a negligência no exercício do dever de cuidar, tornando difícil a caracterização do ilícito civil a tornar o direito à compensação, não afrontando o princípio da dignidade da pessoa humana ou ferindo quaisquer princípios constitucionais, sendo necessário razoabilidade e proporcionalidade nas decisões.

5.1 Do Projeto de Lei nº. 3.212/2015

Verificada a jurisprudência brasileira sobre o tema, há tramitação de Projeto de Lei para caracterizar o abandono afetivo como ato ilícito e, por tal razão, possibilitando a reparação civil nos casos de afronta ao princípio da afetividade.

Para tanto, o Projeto de Lei nº. 3.212, de 06 de outubro de 2015, de autoria do Senador Marcelo Crivella, prevê realizar uma alteração no artigo 4º da Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) acrescentando os parágrafos §2º e §3º acrescentando a assistência afetiva como direito da criança e do adolescente. Assim como, acrescentar o parágrafo único no artigo 5º que configura como conduta ilícita e sujeita a reparação o abandono afetivo.[68]

> §2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3o desta Lei, prestar aos filhos assistência afetiva, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.....
> §3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência afetiva:
> I – orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;.....
> II – solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

[68] CRIVELLA, Marcelo. Projeto de Lei nº. 3.212/2015. Câmara dos Deputados. [Online] 06 de Outubro de 2015. [Citado em: 02 de Agosto de 2018.] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535.

> III – presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida." (NR)

Tendo como objetivo principal o projeto, garantir o afeto como direito posto da criança e do adolescente de maneira que o não cumprimento da norma, configuraria a responsabilidade civil por abandono afetivo.

Para tanto, o projeto prevê determinar o que seria a assistência afetiva pautando-a na presença física dos genitores, apoio nos momentos de sofrimento e orientação à prole. Desta maneira, mensurando o que seria o afeto para com os filhos. No entanto, é difícil o direito adentrar nesta seara dos sentimentos, pois o afeto - ainda que previsto em eventual lei - não pode ser imposto aos pais.

Determinando o afeto como dever jurídico dos genitores, o projeto prevê também a possibilidade de caracterização da responsabilidade civil por abandono afetivo, pois o estipula como conduta ilícita provocada pelos pais da criança ou adolescente, conforme o parágrafo único do artigo 5º.[69]

> Art. 5º.....
> Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono afetivo." (NR)

De igual maneira, o projeto acrescenta como dever dos genitores a assistência afetiva prevista na alteração do artigo 5º, parágrafo único. Logo, além dos deveres já determinados no Código Civil, os pais devem prezar pela convivência e garantir a assistência material e afetiva, que não cumpridos, ensejam na responsabilidade civil.[70]

> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e afetiva e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a

[69] CRIVELLA, Marcelo. Projeto de Lei nº. 3.212/2015. Câmara dos Deputados. [Online] 06 de Outubro de 2015. [Citado em: 02 de Agosto de 2018.] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535.

[70] CRIVELLA, Marcelo. Projeto de Lei nº. 3.212/2015. Câmara dos Deputados. [Online] 06 de Outubro de 2015. [Citado em: 02 de Agosto de 2018.] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535.

> obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (NR)

Desta forma, o projeto de lei colocaria fim a discussão deste trabalho proposto, uma vez que normatizaria o abandono afetivo como conduta ilícita e possibilitaria a responsabilidade civil e a indenização por dano moral.

É de se destacar que o projeto em análise não estipula, em nenhuma das alterações, a previsão de audiências de mediação ou outro meio alternativo para solução do conflito, senão a responsabilidade indenizável do abandono afetivo. Com a aprovação do projeto e eventual entrada em vigor do dispositivo normativo, haveria um crescente incentivo a industrialização do afeto, a qual novas demandas indenizatórias atravancariam o judiciário.

De qualquer sorte, no ordenamento jurídico vigente, não há qualquer dispositivo que confira forma substancial para a configuração de afronta ao princípio da afetividade, determinando o ato ilícito e eventual responsabilidade civil do genitor.

5.2 Da mediação como solução do conflito familiar

Diante de todo o exposto nos capítulos acima, observa-se que é inerente ao abandono afetivo grande carga emocional que permeia o íntimo das relações familiares gera sofrimentos dentro do âmbito familiar. Para tanto, é importante o procedimento da mediação familiar, uma vez que, este trabalha com o íntimo do conflito.

Nesta seara, Águida Arruda Barbosa pontua com clareza:[71]

> O estado da arte da mediação familiar interdisciplinar, diante deste cenário do Direito Privado, deve ser objeto de reflexão sobre a necessidade, ou não, de lei para descrever o instituto, e implantá-lo como aprimoramento da cidadania. O tempo decorrido, em busca da lei, terá valido para o amadurecimento

[71] BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Estado da Arte de Mediação Familiar interdisciplinar no Brasil. Porto Alegre : Síntese, IBDFAM, 2007.

> da ideia, orientando em direção ao verdadeiro lugar da mediação no ordenamento jurídico.

A mediação tem como objetivo, nas relações familiares, prevenir o crescimento dos conflitos íntimos que tendem a crescer pelo processo judicial, aumentando a eficácia da solução do conflito construída pelas partes mediadas.

Por esta razão, muitos estudiosos entendem que o procedimento da mediação familiar no seio da ação de indenização pelo abandono afetivo é meio que viabiliza a reconstrução do vinculo entre as partes, sendo mais eficiente que a responsabilidade civil e condenação a indenizar. Neste diapasão, interessante colacionar entendimento doutrinário a respeito:

> Pode-se compreender a mediação como a forma alternativa mais adequada, pois ela visa preservar os vínculos. Isto porque, muitas vezes, as decisões judiciais não alcançam a pacificação social, visto estarem os julgadores presos a critérios objetivos, previamente estabelecidos na legislação e que não podem deixar de serem observados, e assim não conseguem alcançar o verdadeiro interesse das partes. Resolve-se aquela demanda, mas o conflito persiste, principalmente porque as relações familiares apresentam em suas demandas um grau de subjetividade e complexo considerável.[72]

Desta forma, observa-se que a mediação familiar trás um processo de humanização ao processo judicial, uma vez que o procedimento se desprende dos critérios objetivos normativos e possibilidade trabalhar as emoções que circundam o conflito.

Como já exposto anteriormente, é relevante destacar que o procedimento de mediação é um procedimento obrigatório previsto no Novo Código de Processo Civil, devendo ser fomentado por todas as partes que compõe o processo. Sob esta ótica, o procedimento de mediação demonstra eficácia nos conflitos familiares, dentre os quais, o da responsabilidade civil por dano moral oriundo do abandono

[72] VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. *Âmbito Jurídico*. [Online] Março de 2013. [Citado em: 15 de Agosto de 2018.] http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913.

afetivo, haja vista que a solução alcançada na mediação é capaz de eliminar o conflito que persiste após o término do processo judicial.

Não obstante, a mediação familiar deve ser incentivada nos processos que envolvem conflitos familiares, muito pela sua celeridade, quando pela satisfação alcançada entre as partes, pois são estas que determinam o deslinde do conflito. Há benefícios consideráveis na mediação, motivo pelo qual a norma processual prevê a realização obrigatória do procedimento.

Portanto, é de suma importância afastar a judicialização dos vínculos familiares, buscando meios alternativos para dirimir os conflitos, prezando pela tentativa consensual de solução.

6 CONCLUSÃO

Percebe-se, diante da leitura do presente trabalho, que o conceito de família passou por diversas transformações no decorrer dos séculos e assim continua sendo, mas, no Brasil, observamos que a Constituição Federal de 1988, trouxe grande evolução tornando a família base da sociedade, com esteio nos princípios da dignidade da pessoa humana e equiparação dos direitos e deveres dos pais. Uniformizando o exercício do poder familiar, buscando o melhor interesse da criança ou adolescente.

O abandono afetivo, que via de regra, é do genitor para o filho pode ocasionar uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana que anda de mãos dadas com o princípio da afetividade. Nessa perspectiva, indaga-se o seguinte: é possível obrigar alguém a amar alguém? O afeto se dá no dever de cuidar, como entendido pela Ministra Nancy Andrighi? A afetividade deve ser vista como princípio jurídico capaz de gerar a responsabilidade civil ou é apenas um juízo de valor?

Se a afetividade é obrigação do genitor e esse é omisso, pela regra geral da responsabilidade civil, é obrigado a compensar o dano que causou. Tem-se como fim, mostrar aos genitores que a conduta omissiva, negligente, é vista como ilícita pelo ordenamento jurídico. A fim de evitar que condutas como esta sejam

reproduzidas por outras famílias brasileira, tendo um caráter pedagógico a sociedade.

Partindo do pressuposto de que afetividade é um princípio obrigatório nas relações familiares e deve ser passível de compensação, passar a monetizar as relações afetivas. Isso é afirmar que é possível valorar um sentimento e compensá-lo com dinheiro. O impacto de decisões que entendam ser possível esse dano decorrente de abandono afetivo é engessar no ordenamento jurídico insegurança jurídica.

Não obstante, partindo do pressuposto de que afetividade é apenas um juízo de valor, não possui norma no ordenamento jurídico que seja capaz de justificar o cabimento de indenização aos filhos que possuem genitores que os abandonaram afetivamente. Sentimentos não podem ser majorados em sentença ou monetizados como algumas decisões vistas na jurisprudência, o afeto é subjetivo e o dano moral é restrito a aquilo que a razoabilidade é capaz de majorar como indenizável.

As relações familiares não podem ser vistas sobre um viés patrimonial, como durante muitos anos foi vista, portanto, deve-se afastar as possibilidades de compensação por supostos abandonos afetivos, uma vez que, o sentimento de uma pessoa pode ser totalmente diferente da outra e não cabe ao Direito determinar se isso é indenizável ou não.

Este tema ainda é muito controvertido nos tribunais de primeiro e segundo grau, e muitos magistrados, desembargadores e ministros têm entendimentos diversos quanto ao abandono afetivo. Apesar da controvérsia, é necessário manter o princípio da segurança jurídica e que as decisões judiciais tenham um efeito de extinguir conflitos e não inflar egos.

A modernização dos direitos passou a vaticinar uma nova possibilidade de dano moral, aquele que nasce do abandono afetivo. A existência de danos psicológicos pela falta de afeto, recentemente, tem dividido as decisões nos

Tribunais pela dificuldade em equilibrar as normas vigentes e os novos costumes para compensar ou não o dano.

É nessa seara de compensação que a complexidade do tema passa a ganhar vida. Afetividade é o vínculo sentimental entre pessoas, mas o afeto é princípio jurídico atrelado a dignidade da pessoa humana ou apenas juízo de valor sentimental? Se entendido como princípio, é hipótese de obrigatoriedade a afetividade. Na hipótese de valor sentimental, é impossível imposição devendo ser espontâneo.

Lado outro, se entendermos que afeto é mero valor sentimental, afastamos do genitor a responsabilidade civil no dano ao princípio constitucional previsto a criança. Vale salientar, que sentimentos não são comprados com dinheiro, logo argumentar que compensar a vítima é forma de consolo para atenuar o dano é duvidoso. O risco da insegurança jurídica, é de extrema relevância.

Os danos psicológicos não estancarão com compensações em moeda corrente, tendo um caráter apenas punitivo a quem não é obrigado legalmente a dar afeto, mas sim, apenas as condições sociais necessárias para a uma vida digna do filho. A ausência de afeto por um dos genitores é um vazio que não será suprido por compensações em dinheiro.

Possibilitar a majoração de sentimentos em pecúnia é dar margem à incontáveis vinganças e fontes de lucro fácil no Judiciário. É uma forma de abrir as portas da justiça para espetáculos de vaidade e subjetividade que desestabilizam os princípios e a segurança jurídica do nosso ordenamento.

Destarte, dar um amparo jurídico e fazer uma ponderação se a compensação é a melhor forma de solucionar a falta de afeto e as vicissitudes das relações afetivas é de extrema complexidade. Existem outras formas de dirimir conflitos por meio, por exemplo, de mediação familiar e acompanhamentos psicológicos que são mecanismos fundamentais para frear os efeitos do abandono afetivo e, por fim, afastar o suposto dano.

A Mediação é uma importante técnica de solução consensual de conflitos que visa à facilitação do diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas, e consigam, por si só, alcançar uma solução. Principalmente, no âmbito das relações familiares, uma vez que estes conflitos possuem grande carga sentimental que perpassam o processo judicial, se estendendo até depois da sentença.

Assim, a mediação familiar adentra no íntimo do conflito possibilitando reconstruir o vínculo entre as partes, expondo os sentimentos que o processo judicial não é capaz de enxergar. Logo, as partes podendo ter esse contato mais forte com o subjetivismo dos conflitos, por meio do mediador, facilitando o encontro de uma solução para o conflito existente e assegurando que este não se estenda posterior ao processo.

Em suma, o diálogo e cooperação, são fatores que contribuem para construir vínculos afetivos concretos, de forma contínua e eficaz, sendo assim, a solução para superar tais conflitos familiares.

Os efeitos psicológicos dessa não convivência com ambos os genitores é muito subjetivo, pois não necessariamente a criança venha sofrer de transtornos em razão do abandono. Vale salientar que a ausência de afetividade poderá acarretar repercussões negativas capazes de provocar danos psicológicos no desenvolvimento da personalidade da criança. Trata-se de uma possibilidade que deve ser analisada frente ao caso concreto e que, o Direito, talvez não seja capaz de solucionar o problema com compensações em pecúnia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção de. *A mediação no novo Código de Processo Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar: Estado da Arte de Mediação Familiar interdisciplinar no Brasil.* Porto Alegre : Síntese, IBDFAM, 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Dreito.* Rio de Janeiro : Forense, 2012.

BRAGA NETO, Adolfo. *Os advogados, o conflito e a mediação.* São Paulo : LTr, 1999.

BRASIL.*Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília : Senado Federal, 1988.

BRASIL.Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105. *Planalto.* [Online] 16 de Março de 2015. [Citado em: 19 de Março de 2018.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Planalto.* [Online] [Citado em: 21 de maio de 2018.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.

BRASIL.Lei n. 10.406. *Planalto.* [Online] 10 de Janeiro de 2002. [Citado em: 25 de Janeiro de 2018.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

BRASIL.Lei nº 13.105. [Online] 16 de Março de 2015. [Citado em: 01 de Setembro de 2018.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano Moral no Direito de Família.* São Paulo : Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo : Atlas, 2008

CNJ. Resolução nº. 125 de 29/11/2010. [Online] 29 de Novembro de 2010. [Citado em: 24 de Agosto de 2018.] http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579.

CRIVELLA, Marcelo. Projeto de Lei nº. 3.212/2015. *Câmara dos Deputados.* [Online] 06 de Outubro de 2015. [Citado em: 02 de Agosto de 2018.] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 11. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

DIGIÁCOMO, Muirllo José. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado.* Curitiba : Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacionald das Promotorias da criança e do adolescente, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Direito de Família.* 31. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação Parental.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família.* 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. v. 6.

HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos.* Buenos Aires : Ad Hoc, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias.* 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Príncipio jurídico da afetividade na filiação.* São Paulo : Revista de Direito Privado, 2000. v.1.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta, Grinover, Ada Pelegrini e Watanabe, Kazuo**.** *Mediação Judicial: Análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça.* Rio de Janeiro : Forense, 2012.

MACIEL, Kátia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos.* 4. ed. Rio de Janeiro : Lumenjuris, 2010.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil no direito de família.* São Paulo : Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro : Forense, 2017. Vol. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil.* 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma abordagem psicanalísta.* 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: A interface da psicologia como o direito nas questões de família e infância.* 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2016.

STJ. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ: 24/04/2012. *Superior Tribunal de Justiça.* [Online] 24 de Abril de 2012. [Citado em: 24 de Junho de 2018.] http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=7.

STJ. REsp 1493125/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJ: 23/02/2016. *Superior Tribunal de Justiça.* [Online] 23 de Fevereiro de 2016. [Citado em: 25 de Junho de 2018.] http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1493125&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4.

STJ. REsp 1557978/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJ: 03/11/2015. *Superior Tribunald de Justiça.* [Online] 03 de Novembro de 2015. [Citado em: 25 de Junho de 2018.] http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1557978&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3.

STJ. REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJ: 19/10/2017,. *Superior Tribunal de Justiça.* [Online] 19 de Outubro de 2017. [Citado em: 25 de Junho de 2018.] http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1579021&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis.* 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo : Forense; MÉTODO; , 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.* 12. ed. Rio de Janeiro : FORENSE LTDA, 2017. v. 2.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação.* Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas.* 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família.* 17. ed. São Paulo : Atlas, 2017. v. 5.

VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. *Âmbito Jurídico.* [Online] Março de 2013. [Citado em: 15 de Agosto de 2018.] http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913

O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E AS INOVAÇÕES DA LEI 13.509/2017: O PROGRAMA DE APADRINHAMENTO E A REVOGABILIDADE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Taynah Menezes de Oliveira

RESUMO

O artigo trata das inovações trazidas pela Lei nº 13.509/2017, no que toca ao programa de apadrinhamento e a revogabilidade do instituto da adoção, e tem por objetivo analisar se essas duas inovações estão em sintonia com o paradigma da proteção integral. Para tanto, a partir da revisão da literatura e análise de documentos legislativos realizou-se uma abordagem sobre o processo de construção desse paradigma, os seus princípios basilares, bem como alguns aspectos acerca do instituto da adoção. Por fim, foram analisadas essas duas inovações trazidas pela Lei nº 13.509/17, considerando o objetivo do programa de apadrinhamento e as características do instituto da adoção. O programa de apadrinhamento tem por objetivo apoiar as crianças e adolescentes que se encontram nos programas de acolhimento familiar e institucional com chances reduzidas de serem adotadas. Da análise foi possível concluir que o programa de apadrinhamento atende aos elementos que informam o paradigma da proteção integral, mormente o melhor interesse da criança e do adolescente a ele vinculado, pois possibilita a convivência comunitária, além de propiciar efetivo apoio material para atendimento de alguns direitos fundamentais, a exemplo do direito à saúde e à educação. Contudo, quanto à possibilidade de revogação da adoção, observou-se que ela esbarra em princípio de patamar constitucional, qual seja a igualdade entre filhos biológicos e adotivos e, nesse sentido, afronta o paradigma da proteção integral, o que pode ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Proteção integral. Criança e Adolescente. Apadrinhamento. Revogação. Adoção.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar as inovações trazidas pela Lei nº 13.509/17, no que toca ao programa de apadrinhamento e a revogabilidade do instituto da adoção de criança e adolescente, na perspectiva do paradigma da proteção integral.

A problemática a ser enfrentada está expressa na seguinte indagação: as alterações presentes na mencionada lei, quanto ao instituto do apadrinhamento, bem como a possibilidade de devolução do adotado após o trânsito em julgado da sentença que deferiu a adoção, estão em sintonia com os princípios que sedimentam esse paradigma?

Dessa forma, se faz necessário um estudo sobre os pilares do paradigma da proteção integral, com destaque para a repercussão principiologica em relação ao instituto da adoção.

A adoção da criança e do adolescente recebeu tratamento constitucional e legal a partir de uma nova roupagem, com a vedação de qualquer discriminação entre os filhos biológicos e adotivos. Nesse sentido, por meio da inclusão de crianças e adolescentes em famílias substitutas, via adoção, eles ingressam no ambiente familiar substituto como se filhos biológicos fossem, com os mesmo direitos e obrigações.

Para além dessa igualdade material entre os filhos biológicos e adotivos, o Estatuto da Criança e do Adolescente fixava a irrevogabilidade do instituto, a fim de evitar a "devolução" do adotado. Entretanto, a nova lei de adoção trouxe a possibilidade de revogação do instituto, o que aparenta fragilidade da proteção.

Assim, a análise percorrerá o seguinte caminho: o primeiro tópico abordará o paradigma da proteção integral, bem como os seus princípios norteadores para o atendimento da criança e do adolescente, pautado no reconhecimento da condição de sujeitos de direitos em fase especial de desenvolvimento. O segundo tópico abordará o instituto da adoção, com ênfase na sua natureza jurídica de modalidade de inclusão em família substituta e os seus requisitos. E por fim, o terceiro tópico, será realizado

um paralelo entre os princípios do paradigma da proteção integral e a nova normatização acerca da adoção estatutária, quanto ao programa de apadrinhamento e a revogabilidade do instituto da adoção e quanto ao apadrinhamento.

2 PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, de 1924, é apontada como o primeiro instrumento normativo da Liga das Nações, a reconhecer que a criança e o adolescente são sujeitos especiais, o que indica atenção diferenciada[1].

Em 1959 foi aprovada pelas Nações Unidas, a Declaração Universal dos direitos da criança, documento que pontuou os direitos a serem assegurados às crianças, independente de raça, etnia, condição socioeconômica e etc, dentre os quais situam-se a proteção integral da criança e adolescente por meio da prioridade absoluta, da corresponsabilidade, do melhor interesse e da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento[2].

No entanto, à época, no Brasil, prevalecia o paradigma da situação irregular, já consolidado desde o Código Mello Matos, de 1927, que se tornou prevalente no Código de Menores de 1979[3].

O paradigma da situação irregular se baseava em uma ação reservada, em que somente se agia diante de casos específicos, a saber: na hipótese de ação omissiva dos pais ou responsáveis; em caso de maus-tratos; nos casos em que se considerava que os menores se encontravam em ambientes contrários aos bons costumes; nos casos de menores autores de infrações penais; ou quando o menor demonstrava uma conduta desviada frente à falta de adaptação à convivência familiar ou comunitária[4].

---

1 ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2.
2 AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 12.
3 AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13.
4 AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13.

Esse paradigma não se atentava à relação familiar, pois, não raras as vezes, considerava que essa relação era o que ensejava a situação irregular. E ainda, definia situações em que enquadrava o menor em situação irregular, não havendo qualquer previsão de reconhecimento de seus direitos fundamentais[5]. Não fazia também qualquer distinção entre criança e adolescente, utilizando-se apenas do termo "menor", que refletia a discriminação normativa presente à época, porquanto o termo "menor" era para referenciar crianças e adolescentes pobres e abandonados[6].

Em 1989, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre o Direito da Criança, subscrita por 193 países, dentre estes o Estado brasileiro, resultando no Decreto Legislativo nº 28, de 24 de setembro de 1990. Esta Convenção buscou compilar os princípios dos documentos internacionais anteriores, além de reconhecer os direitos fundamentais das crianças, com fixação de responsabilidades no campo da proteção, com a indicação inclusive, das politicas públicas pertinentes ao atendimentos desses direitos[7].

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e se antecipando à Convenção, foi inserido o artigo 227, que sintetiza os princípios do paradigma da proteção integral[8]. O referido artigo impõe uma ruptura com o paradigma antecessor, ao tempo em que reconhece os direitos fundamentais à essa categoria, fixando inclusive os entes responsáveis pela efetividade desses direitos[9].

Esse novo paradigma reconhece que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, em fase especial de desenvolvimento e tem como cimento alguns princípios

---

5 AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14.

6 ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

7 ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

8 ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2.

9 AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

descritos na Convenção, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente[10].

O princípio da **prioridade absoluta** estabelece a preferência dos interesses das crianças e dos adolescentes em qualquer âmbito que envolva os direitos destes. Há primazia dessa preferência na proteção e socorro, no atendimento à serviços públicos, na destinação das verbas públicas e também em relação as políticas públicas[11].

Essa preferência se dá pela condição inerente às crianças e aos adolescentes, de serem naturalmente mais frágeis em relação aos adultos, e por se encontrarem em uma fase de desenvolvimento físico, psíquico e intelectual[12]. Assim, essa prioridade vincula-se à determinação da proteção integral a esse grupo vulnerável, ante a condição especial de desenvolvimento[13].

O **princípio da corresponsabilidade** determina a necessidade de unir esforços entre a família, a comunidade e o Estado, para alcançar o atendimento adequado da criança e do adolescente, sob o viés da efetividade dos direitos fundamentais[14].

A família, por ser o primeiro amparo social, naturalmente tem o dever de realizar os primeiros cuidados à proteção da criança e do adolescente[15]. A comunidade também figura como corresponsável, uma vez que possui vinculação próxima, que a leva a ter percepção acerca do respeito aos direitos das crianças e dos

[10] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 12.
[11] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.
[12] CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 44.
[13] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.
[14] CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 41.
[15] CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 41-42.

adolescentes[16]. A responsabilidade da comunidade e da sociedade será expressa por meio do Conselho Tutelar, órgão autônomo responsável por velar pelos direitos das crianças e dos adolescentes, de forma que cada Município tenha, pelo menos um Conselho, que terá cinco membros com mandato de três anos[17]. Ainda, a sociedade expressará a sua corresponsabilidade por meio dos Conselhos de Direito da criança e do adolescente, organizado nos âmbitos nacional, estadual, distrital e municipal, responsáveis por construir e controlar políticas públicas para essa categoria, conforme artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente[18]. Já o Poder Público se apresenta como o articulador das políticas públicas e do orçamento adequado para o atendimento dessas políticas que assegurem os direitos e a proteção das crianças e adolescentes[19].

O **princípio do melhor interesse** se destaca pela necessidade de observar preferencialmente os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, de forma que em qualquer decisão ou relação que os envolva, prevaleça os interesses destes[20].

Outro princípio que merece registro é o da **condição peculiar da pessoa em desenvolvimento**. Orienta que a criança e o adolescente tenham uma maior proteção ante a condição de vulnerabilidade, uma vez que se encontram em fase especial de desenvolvimento, em processo de formação física, moral e intelectual, o que demanda, uma proteção mais abrangente e efetiva[21].

Observa-se que esta base principiológica da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança está presente na Constituição Federal (art. 227 e parágrafos), bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento normativo interno

[16] CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 41.
[17] ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.
[18] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas. 2014 p. 210-211.
[19] CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013. p. 42.
[20] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 34.
[21] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 109.

que, além de reproduzir princípios e diretrizes para o atendimento desta categoria no Brasil, garantem cuidado especial e responsabilidades para todos que ameassem ou violem esses direitos, reconhecidos como direitos fundamentais[22].

3 ASPECTOS ACERCA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

No campo do reconhecimento dos direitos fundamentais, encontra-se o direito à convivência familiar, seja biológica, seja substituta, na hipótese de impossibilidade de reinserção da criança e do adolescente junto à família biológica. É nesse contexto que surge o instituto da adoção, da tutela e da guarda, como modalidade de inclusão em família substituta[23].

Esse direito estabelece que, preferencialmente, a criança e o adolescente serão criados e educados no seio da família natural, e somente se não for possível tal convivência, é que serão inseridos em acolhimento familiar[24], institucional[25] ou em família substituta, tendo como uma das modalidades a adoção[26]. Assim, para o estudo acredita-se que será suficiente realizar abordagem da adoção, adotando-se como marco temporal, o Código de Menores de 1979.

Essa codificação estabeleceu dois tipos de adoção, sendo a primeira chamada de adoção simples, em que possibilitava a adoção dos menores de 18 anos, realizada

[22] Direitos Fundamentais são os direitos inerentes ao homem, que foram positivados e adotados pela Constituição Federal, sendo assim retirados do âmbito dos poderes apenas constituídos. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 323.

[23] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43.

[24] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 206. Acolhimento familiar é o programa de inserção da criança ou do adolescente em famílias cadastradas, que temporariamente terão a guarda e serão responsáveis por esses, pelo tempo que for necessário o acolhimento.

[25] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 208-209. Acolhimento institucional é a inserção da criança ou adolescente em entidade, tendo o dirigente ou director desta entidade a guarda da criança ou adolescente, sendo responsável por estes. Neste acolhimento, há uma fiscalização maior pelo Ministério Público e também pelo Conselho Tutelar.

[26] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43.

por meio de escritura pública[27], criava relação entre adotante e adotado, sem que houvesse quebra do vínculo deste com a sua família biológica, com possibilidade de revogação, conforme interesse das partes[28]. A segunda era a adoção plena, direcionada para crianças com idade inferior a 07 anos,[29] consideradas em situação irregular por meio de procedimento judicial com rompimento do vínculo do adotado com sua família biológica[30].

Com o advento da Lei nº 8.069/90, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulou-se o instituto da adoção da criança e do adolescente, com a fixação de intervenção da autoridade judiciária em todos os casos; enquanto o Código Civil de 1916 disciplinaria a adoção de adultos por escritura pública. Contudo, com o advento do Código Civil de 2002, foi extinta a adoção de adulto por escritura pública, ao tempo em que determinaria a intervenção jurisdicional também na adoção de adultos[31].

A adoção, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente é medida excepcional, sendo assim, somente terá lugar, caso não se tenha possibilidade de manter a criança e o adolescente junto à família biológica[32], sendo o instituto irrevogável, ou seja, não há possibilidade da reversão da adoção, com possível devolução do adotado[33].

A irrevogabilidade tem base constitucional, ante a disposição do artigo 227, §6º da Constituição Federal, que fixa a igualdade entre os filhos biológicos e

---

[27] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 253.
[28] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 379.
[29] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p 253.
[30] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 379.
[31] CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 191.
[32] ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.
[33] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** comentado artigo por artigo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 199.

adotivos, o que indica que o adotando será incluído na família substituída como se filho biológico fosse, em igualdade de direitos e obrigações.

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina o instituto da adoção nos artigos 39 a 52, como medida de proteção, a fim de restar assegurado o desenvolvimento saudável do adotado. Considerando a excepcionalidade da adoção, há que serem observados alguns requisitos.

Um deles diz respeito à **idade mínima para o adotante**. Poderá adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, desde que o adotante possua uma diferença mínima de16 anos do adotando[34].

Quanto à legitimidade, o ECA proíbe que a adoção seja realizada por ascendentes ou irmãos, uma vez que a adoção rompe o vínculo com a família natural e tem como finalidade a criação de um novo vínculo familiar.[35] Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a adoção postulada pela avó do adotado, em homenagem ao melhor interesse, conforme recente acórdão no Recurso Especial 1.635.649/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi[36].

Há ainda a possibilidade de adoção conjunta por casais que são casados ou que possuam união estável. Assim, aos divorciados ou separados judicialmente, que desejam adotar em conjunto, se faz necessário que o estágio de convivência tenha se iniciado quando ainda havia união do casal, e desde que fique demonstrado ser mais benéfico ao adotando a guarda compartilhada, conforme princípio do melhor interesse[37].

---

[34] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** comentado artigo por artigo. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 53.

[35] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 114.

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.635.649/SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1678070&num_registro=201602733123&data=20180302&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

[37] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** comentado artigo por artigo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.

A adoção requer o **consentimento das partes**, ou seja, dos pais ou representantes legais, quando se tiver conhecimento de quem sejam, e sendo o adotando maior de 12 anos, há também a necessidade do consentimento deste[38]. O consentimento dos pais biológicos será colhido em audiência[39], quando após, o juiz, por sentença declarará extinto o poder familiar[40].

Caso os pais da criança ou do adolescente sejam desconhecidos, não se faz necessário o consentimento desses. A dispensa também se dará nos casos de destituição do poder familiar[41].

As hipóteses de destituição ou suspensão do poder familiar, possuem previsão estatutária, bem como no Código Civil, e poderão ocorrer na hipótese de maus-tratos, abandono, inobservância dos genitores às suas obrigações frente a criança e o adolescente, entre outros, e preveem o procedimento de contraditório quanto à estas hipóteses[42].

---

[38] BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Dispõe Sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Artigo 45. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

[39] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 124. Artigo 1.637, Código Civil: O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável; Artigo 1.638, Código Civil: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018).

[40] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 403.

[41] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 124.

[42] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57.

Nesse ponto, salienta-se que a adoção pode percorrer dois caminhos procedimentais. O primeiro é aquele em que não haverá contraditório, manejado a partir das determinações do artigo 166 do ECA e nas seguintes hipóteses: falecimento dos genitores, extinção ou perda do poder familiar de ambos os genitores; pais biológicos desconhecidos e se conhecidos, quando externarem em audiência, o consentimento ao pedido de adoção[43].

Fora as hipóteses acima de dispensa do consentimento dos pais biológicos, haverá necessidade de instalação do procedimento contraditório, assegurando-se ampla defesa para os pais biológicos que não concordam com o pedido de adoção, adotando-se o procedimento pertinente à suspensão e a destituição do poder familiar, a teor do disposto no artigo 169 do ECA, bem como as disposições do Código Civil[44].

Outro requisito é o **estágio de convivência**, pelo prazo máximo de 90 dias, para que o adotando conviva com os adotantes, ficando sob responsabilidade destes, quando tratar-se de adoção nacional, conforme artigo 46, caput do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse prazo de convivência se faz necessário para que a criança ou adolescente se adapte aos requerentes da adoção, período acompanhado pela equipe técnica do Juízo, que avaliará todos os aspectos desse lapso da convivência[45]. O prazo de estágio de convivência será diferenciado, na hipótese de adoção internacional, mínimo de 30 dias e máximo de 45 dias, prorrogado por igual período[46].

Após juntada do estudo psicossocial realizado pela equipe interprofissional e elaboração de razões finais pelas partes e parecer pelo Ministério Público, o juiz julgará procedente a adoção, caso estejam presentes todos os requisitos dispostos em

[43] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 420.
[44] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 425.
[45] AMIN, Andréa Rodrigues *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos**.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 312.
[46] BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Artigo 46, §3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

lei, avaliados sob o prisma dos princípios que informam o paradigma da proteção integral[47]. A sentença decorrente tem natureza constitutiva, pois criará vínculos entre os adotantes e o adotado, o que resultará em alteração dos apelidos de família, com mudanças na certidão de nascimento[48].

Outra espécie de adoção existente é a chamada adoção internacional, que se difere da nacional pelo aspecto domiciliar dos adotantes, uma vez que na adoção nacional, o adotante residirá no Brasil, enquanto na internacional o adotante tem residência habitual no exterior, em país signatário da Convenção de Haia[49]. No entanto, nessa adoção, os brasileiros residentes no exterior ainda terão preferência sobre os demais[50].

A adoção internacional se dará somente em caráter excepcional, e para sua efetivação se faz necessária intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal, e somente ocorrerá quando comprovada a necessidade de se colocar a criança ou adolescente em família substituta, bem como com a certificação nos autos de ter tentado primeiramente a colocação em família adotiva brasileira, e ainda se houve consentimento do adolescente quanto a essa adoção e se o parecer da equipe interprofissional foi favorável à adoção[51].

---

[47] BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Artigo 168. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

[48] BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Artigo 19-B, caput e §4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

[49] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: comentado artigo por artigo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 220. Convenção de Haia foi uma convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, foi promulgada pelo Decreto nº 3.087/1999, sendo incorporada ao Estatuto da Criança e do Adolescente na regulamentação da adoção internacional da Criança e do Adolescente.

[50] ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

[51] BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Artigo 51. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 03 out 2018.

Uma vez atendido os requisitos necessários, a adoção se torna efetiva partir do trânsito em julgado do deferimento do pedido de adoção[52]. A partir dessa fase, que será extinta a relação com a família natural, e criada uma nova relação com a família adotante. Sendo assim, deferida a adoção, o adotado passar a ser como se filho consanguíneo fosse, tendo os direitos e deveres de forma igualitária aos demais parentes de sangue. E os adotantes por sua vez, passam a ter poder familiar sobre o adotado[53].

Outro ponto requer observação no presente artigo diz respeito aos **cadastros de adoção**. A regra geral do ECA impõe que a adoção seja postulada via cadastro de pessoas interessadas e de crianças e adolescentes em condição de serem adotadas. Esses cadastros ficam a cargo da vara de infância e adolescência de cada comarca, sendo um cadastro que insere as crianças e adolescentes que podem ser encaminhadas a adoção, bem como outro de pessoas que possuem interesse em realizar a adoção[54].

O cadastro de adotandos é elaborado a partir de informações indicadas pelas unidades de acolhimento institucional ou na hipótese de abandono, negligência, maus tratos, após ultimadas as averiguações necessárias[55].

Já o cadastramento de pessoas interessados na adoção se dará mediante requerimento junto à Vara da Infância e Adolescência de cada Comarca[56].

Além dos cadastros nas Comarcas, existe também os cadastros estaduais e nacional, este último que tem por principal função manter a influência de formação

[52] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência**.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 133.
[53] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 403.
[54] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 286.
[55] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 286-287.
[56] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 289.

entre todos os cadastros existentes no território nacional, bem como tem gestão em relação ao cadastro de adoção internacional[57].

Os aspectos abordados em relação ao instituto da adoção sinalizam que o legislador estatutário se preocupou em trazer uma disciplina que possibilitasse a proteção integral do adotado, assegurando-lhe a inclusão em família substituta, brasileira ou estrangeira, como se filho biológico fosse, com os mesmos direitos e obrigações, conforme o princípio, de patamar constitucional, da não discriminação e da igualdade entre os filhos biológicos e adotivos, mencionado linhas atrás.

Contudo, a Lei nº 13.509/17 trouxe modificações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre os quais, destacam-se o programa de apadrinhamento e a possibilidade de devolução do adotado após o trânsito em julgado, o que aparenta quebra do referido princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

4 AS INOVAÇÕES DA LEI 13.509/17 – O PROGRAMA DE APADRINHAMENTO E A REVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

Um ponto importante que sobreveio com a Lei nº 13.509/17, diz respeito ao programa de apadrinhamento. Este programa é direcionado para as crianças que se encontram em acolhimento institucional ou familiar, e priorizam as crianças que possuem remota possibilidade de adoção ou de reinserção familiar[58].

O acolhimento institucional e o programa de acolhimento familiar são medidas protetivas direcionadas para crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade[59].

---

[57] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 289.

[58] BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Artigo 19-B, caput e §4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

[59] BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro

O acolhimento institucional é desenvolvido por entidades governamentais e não governamentais. São unidades que objetivam assegurar os direitos fundamentais dessa categoria em contexto de risco, mediante o acolhimento coletivo[60].

Quanto ao programa de acolhimento familiar, possui o mesmo objetivo, porém, requer que as famílias sejam cadastradas junto à Vara de Infância e Juventude, as quais uma vez aprovadas as respectivas inserções, receberão somente uma criança ou um adolescente para acolhimento em cada família, mediante o pagamento por parte do Poder Público de um subsídio mensal pelo prazo de seis meses[61]. Neste tipo de acolhimento, será dada a guarda à um encarregado, que ficará responsável pela criança ou adolescente, e terá um acompanhamento mais rígido que o acolhimento institucional. O acolhimento se demonstra necessário para resguardar ou restabelecer o vínculo familiar, ou quando já se tiver tentado todos os meios de reinserção na família natural ou extensa[62].

Feitas estas considerações sobre as modalidades de acolhimento, observa-se que a finalidade do programa de apadrinhamento é oportunizar, às crianças e adolescentes que possuem remota possibilidade de reinserção ao seio familiar biológico, de forma a colaborar para o desenvolvimento social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro[63].

---

de 2002 (Código Civil). Artigo 101. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

[60] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

[61] BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Artigo 34 e parágrafos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set 2018.

[62] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

[63] BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Artigo 19-B, §§1º e 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

Sendo assim, podem participar do programa de apadrinhamento os maiores de dezoito anos, desde que não estejam inscritos no cadastro de adoção e cumpram todos os requisitos estabelecidos pelo programa, estendendo a possibilidade de participação também às pessoas jurídicas[64].

Esse programa tem por intuito proporcionar às crianças e aos adolescentes um vínculo afetivo, o qual esses não possuem, no entanto, não gera o dever de guarda para os padrinhos, o que o diferencia do instituto da adoção. Assim, a guarda ainda ficará com a instituição a qual a criança ou adolescente está inserida, ou com a família acolhedora[65].

O apadrinhamento é dividido em dois tipos. O primeiro, chamado de apadrinhamento afetivo, gera à criança ou ao adolescente um vínculo afetivo com seus padrinhos. Esse vínculo é essencial principalmente pelo fato de possibilitar que a criança e o adolescente possuam uma convivência familiar que não tiveram, favorecendo ainda uma percepção diferente do ambiente ao qual estão inseridos, seja no acolhimento familiar, seja no institucional[66].

A convivência da criança e do adolescente fora dos acolhimentos possibilita também a convivência com a sociedade, uma vez que a criança e o adolescente passam a ter uma percepção maior do cotidiano fora do lugar em que se encontram, bem como podem expandir à criação de laços afetivos[67].

Já o apadrinhamento financeiro, é uma modalidade distinta do apadrinhamento afetivo, uma vez que essa modalidade dispõe sobre uma ajuda de

[64] BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Artigo 19-B, §§2º e 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14.set.2018.

[65] ORTEGA, Flávia Teixeira. **Nova Lei 13.509/2017 dispõe sobre o programa de apadrinhamento.** Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/525776822/nova-lei-13509-2017-dispoe-sobre-o-programa-de-apadrinhamento>. 2017. Acesso em: 14 set. 2018.

[66] CHILDFUND BRASIL. **Apadrinhamento afetivo e financeiro: qual é a diferença?** Disponível em: <https://www.childfundbrasil.org.br/blog/qual-a-diferenca-entre-apadrinhamento-afetivo-e-apadrinhamento-financeiro/>. Acesso em: 20 set. 2018.

[67] AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **CNJ Serviço: entenda a diferença entre adoção, apadrinhamento e acolhimento.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84494-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-adocao-apadrinhamento-e-acolhimento>. Acesso em: 20 set. 2018.

ordem monetária que pode ser dada do padrinho para a criança ou adolescente. Dessa forma, essa ajuda monetária pode ser utilizada de diversas formas a beneficiar a criança e o adolescente, pode ser na compra de vestuários, de remédios, de alimentos, materiais para estudo, entre outras. Essa ajuda em dinheiro não é entregue diretamente à criança ou ao adolescente, ela é destinada ao local de acolhimento aonde se encontram, ou para um projeto social que possua esse fim[68].

Diante do reconhecimento da vulnerabilidade da criança e do adolescente, a regulamentação do programa de apadrinhamento foi bastante positiva, uma vez que priorizou um dos direitos fundamentais, qual seja, o direito à convivência familiar, por meio do apadrinhamento afetivo, que talvez pudesse não ser garantido, já que esse programa é voltado para aqueles que possuem remota possibilidade de adoção ou de reinserção familiar.

O programa de apadrinhamento ao permitir que tanto pessoas físicas, quanto jurídicas possam fazer parte, permite que o padrinho auxilie nas custas de alguns atendimentos na área da saúde ou educação do apadrinhado.

Sendo assim, o programa de apadrinhamento claramente se alinha ao paradigma da proteção integral, uma vez que reconhece as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais em fase especial de desenvolvimento, o que viabiliza sinalizar a sintonia, nesse ponto, da Lei nº 13.509/17 com os princípios constitucionais acerca do atendimento da infanto-adolescência, bem como com as diretrizes dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumentos normativos que tem por base a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança.

Outro importante aspecto da Lei nº 13.509/17, é a irrevogabilidade do instituto da adoção, prevista no artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A irrevogabilidade do instituto da adoção impossibilita tanto a retomada do poder familiar pela família natural, tanto a devolução do adotado a partir do trânsito

[68] CHILDFUND BRASIL. **Apadrinhamento afetivo e financeiro: qual é a diferença?.** Disponível em: <http://www.padrinhonota10.com.br/default.asp?Pag=6>. Acesso em: 20 set. 2018.

em julgada da sentença que concede o pedido de adoção.[69] Essa compreensão é extraída do artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir de uma interpretação literal[70].

No entanto, a Lei nº 13.509/17 ao alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, fixou o seguinte:

> A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção **ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção** importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente"[71]. (Grifos nossos)

Dessa forma, nota-se que a redação dada ao artigo 197-E, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, possibilitou a devolução da criança ou do adolescente após concedida a adoção com trânsito em julgado da sentença.

Conforme salientado anteriormente, a procedência da adoção, de acordo com o ECA, ocorrerá diante da presença de seus requisitos e deverá atender aos interesses do adotado, bem como garantir seus direitos fundamentais[72].

Essa possibilidade de devolução afrontou, no nosso entender, o princípio do melhor interesse, uma vez que a devolução do adotado, não garante a efetividade dos seus direitos fundamentais, bem como tem implicações negativas para o seu desenvolvimento, pois, por alguma razão foi indesejado pela família biológica, e

---

[69] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** comentado artigo por artigo. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 199.

[70] Interpretação literal é aquele realizada diretamente do dispositivo normativo, de forma a traduzi-lo da forma como o legislador quis expressar, ou seja, no mesmo contexto, não havendo uma interpretação diferenciada da que o legislador quis empregar utilizando-a. ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. **O órgão jurisdicional e a sua função.** São Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 150.

[71] BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Artigo 197-E, §5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.

[72] CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 190.

quando incluído em uma família substitutiva, via adoção, ele, mais uma vez, será preterido, devolvido.

Ainda quanto à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, a revogabilidade da adoção, não reconhece a fase especial que a criança ou adolescente se encontram, bem como as necessidades demandadas nessa fase, como a sua formação moral, cognitiva, física, social, que podem sofrer algumas disfunções causadas pelo desfazimento da adoção e, consequentemente, a ruptura do vínculo familiar.

Portanto, essa possibilidade regulamentada pela nova lei não está compatível com o paradigma da proteção integral, uma vez que esbarra na garantia dos direitos fundamentais, cujo não reconhecimento implica na desconsideração de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos.

Para além disso, a possibilidade de devolução do adotado contraria também ao disposto no artigo 227, §6º, da Constituição Federal, que estabelece a igualdade entre os filhos adotivos e os filhos biológicos, não podendo haver qualquer discriminação entre eles, assegurando-se os mesmos direitos e obrigações após o trânsito em julgado da sentença que julgou procedente o pedido de adoção[73].

Diante dessa igualdade de patamar constitucional, deve-se atentar que não há previsão no ordenamento jurídico acerca da devolução dos filhos sanguíneos por seus genitores. Dessa forma, a previsão normativa de devolução dos adotados resta fragilizada, uma vez que todos os direitos e deveres entre os pais biológicos ou adotivos e os filhos, sanguíneos e adotivos, são os mesmos.

Nesse sentido, a revogabilidade do instituto da adoção por meio da devolução, não somente afronta o paradigma da proteção integral, como aparenta ser inconstitucional, uma vez que contraria o artigo 227, §6º, da Carta Magna, contrariedade de uma lei à um dispositivo da Constituição Federal, contexto que

[73] CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 194.

pode ser objeto de Ação Direta e Inconstitucionalidade[74], no tocante ao artigo 197-E, §5º da Lei nº 13.509/17.

Pondera-se ainda que a possibilidade de revogação da adoção, representa um retrocesso do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que remete à adoção simples, existente no Código de Menores de 1979, que possibilitava a revogação da adoção, quando as partes estivessem em consonância[75].

No entanto, esse tipo de adoção foi afastada do nosso ordenamento, uma vez que, com o advento da Constituição Federal de 1988, adotou-se o paradigma da proteção integral para o atendimento de crianças e adolescentes.

Essa proteção integral sedimenta o Estatuto da Criança e do Adolescente e se expressa de forma clara nas modalidades de colocação em família substituta, especialmente pela adoção. Portanto, a revogabilidade do instituto da adoção, confronta, sem dúvida, com os instrumentos normativos nacionais e internacionais, por fragilizar, no âmbito do estado brasileiro o paradigma das Nações Unidas de proteção integral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo listou duas mudanças trazidas pela Lei nº 13.509/17, em relação ao programa de apadrinhamento e à revogabilidade do instituto da adoção, na perspectiva do Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral.

Observa-se que esse paradigma possui princípios, dentre eles destaca-se o reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, em fase especial de desenvolvimento, os quais serão atendidos com prioridade absoluta, pela

[74] Ação Direta de Inconstitucionalidade é uma ação submetida ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que o tribunal faça análise de uma lei ou ato normativo, federal ou estadual, que supostamente contrarie a Constituição Federal. Para a análise se faz necessária a presença de ao menos oito ministros, e para declarar a inconstitucionalidade faz-se necessário que seis destes se manifestem nesse sentido, para que assim seja declarada a inconstitucionalidade da lei, acarretando sua nulidade. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1087, 1162-1163.

[75] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 379.

família, pela sociedade e pelo Estado, respeitando-se o melhor interesse desta categoria.

Um dos direitos fundamentais a ser garantido é o da convivência familiar, seja em família biológica, seja em família substitutiva. Dessa forma, caso não haja a possibilidade da criança e do adolescente permanecer na família natural, poderá ser colocado provisoriamente em acolhimento institucional e acolhimento familiar e, de forma segura, em família substituta, por meio da adoção, sendo hipóteses excepcionais. Assim, a adoção estatutária, possibilita a inserção da criança ou adolescente em família substitutiva, em igualdade de direitos e deveres como se filhos biológicos fossem, razão pela qual, o legislador estatutário determinou a irrevogabilidade do instituto da adoção.

A Lei nº 13.509/17 criou o apadrinhamento direcionado às crianças e aos adolescentes inseridos nos programas de acolhimento familiar e institucional, com remota possibilidade de adoção ou inserção familiar, em razão da idade, etnia, deficiência, etc, num evidente reconhecimento da vulnerabilidade desta categoria, possibilitando o seu desenvolvimento moral, social, físico, cognitivo, entre outros. Infere-se, portanto, que o programa de apadrinhamento está em sintonia com o paradigma da proteção integral, considerando que se trata de um apoio para as crianças e adolescentes preteridos à adoção.

Entretanto, a nova lei, ao possibilitar a devolução do adotado após o trânsito em julgado da sentença que concedeu a adoção, no nosso entender, afrontou o princípio constitucional da igualdade entre os filhos que, nesse aspecto, poderá ensejar Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como por esbarrar nos princípios do paradigma da proteção integral, notadamente nos princípios do melhor interesse e da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. CNJ Serviço: entenda a diferença entre adoção, apadrinhamento e acolhimento. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84494-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-adocao-apadrinhamento-e-acolhimento>. Acesso em: 20 set. 2018.

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. O órgão jurisdicional e a sua função. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

AMIN, Andréa Rodrigues et al. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe Sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Artigo 45. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Artigo 19-B, caput e §4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.635.649/SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1678070&num_registro=201602733123&data=20180302&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

CHILDFUND BRASIL. Apadrinhamento afetivo e financeiro: qual é a diferença? Disponível em: <https://www.childfundbrasil.org.br/blog/qual-a-diferenca-entre-apadrinhamento-afetivo-e-apadrinhamento-financeiro/>. Acesso em: 20 set. 2018.

CURY, Munir (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Nova Lei 13.509/2017 dispõe sobre o programa de apadrinhamento. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/525776822/nova-lei-13509-2017-dispoe-sobre-o-programa-de-apadrinhamento>. 2017. Acesso em: 14 set. 2018.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente: comentado artigo por artigo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS DE PLATAFORMAS E A NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Tiago Ramos Schmidt

RESUMO

O objetivo da presente monografia é atentar para a falsa ideia da gratuidade dos serviços prestados pelas plataformas digitais e abordar a proteção de dados pessoais em face ao direito do consumidor, de acordo com a nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Demonstrar a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no caso em questão e a importância e valor dos dados pessoais. O trabalho irá definir dentro da lei e da doutrina conceitos a serem utilizados para o entendimento do que seria uma relação de consumo, fornecedor, consumidor, produto e serviço. Logo após irá debruçar-se sobre o que seriam plataformas e quais seriam seus modelos de negócios, se prestam serviços no mercado de consumo e porque é falsa a ideia de gratuidade, demonstrando-se quais tipos de remunerações indiretas ocorrem na utilização dessas plataformas. Por último será feita uma análise da nova lei de proteção de dados no que tange a proteção do consumidor brasileiro, frente a força esmagadora dessas gigantes da tecnologia, considerada sua vulnerabilidade inerente. Será abordada a base da proteção de dados, o consentimento, e junto com ele sua contraposição, casos em que esse consentimento pode ser mitigado de maneira razoável, o legítimo interesse, ambos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados. Como o consumidor pode se defender de eventuais abusos praticados por essas entidades, e como o estado pode realizar seu papel de diminuição das vulnerabilidades do consumidor.

Palavras-chave: Privacidade. Remuneração Indireta. Plataformas. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Consentimento. Legítimo Interesse. Vulnerabilidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre sobre a Defesa do Consumidor, tendo em vista as mudanças advindas da modernidade e a popularização das plataformas digitais

como modelos de negócios das mais variadas atividades como intermediação na compra de novos e usados, compra de alimentos, mobilidade urbana, comunicação e serviços bancários. Essas plataformas tem a inquestionável capacidade de oferecer praticidade, rapidez, e atendimento de qualidade aos seus usuários.

Como qualquer tipo de empreendimento, acontecem abusos por parte desse fornecedor, e por essa razão há uma forte tendência de regulamentação das práticas dessas entidades em todo o mundo, em defesa dos interesses dos consumidores e da sociedade, sendo de extrema relevância para todas as pessoas afetadas, usuárias ou não dessas plataformas.

O foco da monografia será nas plataformas que realizam coleta, tratamento e uso de dados pessoais em geral, como é o caso do *Google*, *Facebook*, *Whatstapp*, *Linkedin*, *Twitch*, *Instagram*, entre muitos outros, e fazer uma análise consumerista da recém sancionada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018).

Essas plataformas vêm valorizando-se exponencialmente nos últimos anos, fornecendo serviços mediante remuneração indireta, de algo que as pessoas dão pouco valor, os seus dados pessoais. Isso é visto como um problema, pois o consumidor tem seus direitos fundamentais violados em benefício de uma atividade econômica, e nem sequer se dá conta do fato, falta transparência e informação ao usuário. Os consumidores devem estar cientes do valor de seus dados, e que podem ser usados para fins ilícitos, como aconteceu no caso *Cambridge Analytica*, onde dados possivelmente foram utilizados para facilitar a eleição do atual presidente dos Estados Unidos, à ignorância dos usuários e dos eleitores. Revela-se um problema tanto consumerista quanto democrático.

Busca-se responder alguns questionamentos essenciais para o entendimento do cenário. No primeiro capítulo serão abordados conceitos básicos de existência de uma relação de consumo, para posteriormente poder chegar a uma conclusão sobre a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor.

No segundo capítulo será exposto o tipo de serviço realizado pelas plataformas, e os três pilares da sua remuneração indireta, a privacidade dos usuários e a publicidade direcionada, o uso de dados pessoais e a valorização da própria plataforma.

No último capítulo será analisada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a vulnerabilidade do consumidor frente os fornecedores desses serviços, o consentimento como o pilar central da proteção dos dados pessoais e como podem ser utilizados na entrada em vigor da LGPD, e suas correlações com o CDC e a legislação em vigor.

2 A RELAÇÃO DE CONSUMO

O advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990 foi apenas o cumprimento pelo legislador do mandamento Constitucional expresso no artigo 48 da ADCT, que prescreveu o prazo de 120 dias para que o legislador ordinário estabelecesse o código de defesa do consumidor, o que foi feito fora do prazo, diga-se de passagem, de maneira a dar concretude ao princípio constitucional de promoção da defesa do consumidor, previsto em seu artigo 5º, XXXII e no artigo 170, V.[1]

Foi reconhecido na constituição o direito do consumidor, como um direito fundamental e política pública, uma vez que promover a defesa do consumidor não é apenas codificar a legislação de maneira a protegê-lo em abstrato, e sim uma postura diligente do Estado no sentido de prover a defesa do consumidor de maneira ativa, é uma garantia, um dever do estado enquanto legislador e enquanto estado-juiz.[2]

É importante destacar a razão pela qual o legislador constituinte destacou esse direito fundamental ao exprimi-lo no texto constitucional. Foi constatado que o

[1] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 4 abr. 2018.

[2] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 33-35.

consumidor na sociedade atual se encontra em uma posição de vulnerabilidade acentuada, já que fica mitigada nas relações de consumo sua liberdade contratual. O consumidor necessita de produtos e serviços do mercado, e não possui poder de negociação para discutir os termos do contrato, o que gera uma disparidade de armas e possíveis abusos por parte do fornecedor, portanto demanda uma maior proteção do estado, a fim de realizar a igualdade material.[3]

Com o amplo avanço tecnológico percebido no último século, o mercado de consumo ficou muito mais competitivo, a produção em massa para suprir uma demanda crescente de bens e serviços pela população foi intensificada, o que faz com que se torne muito dispendioso o trato individual de cada relação entre os fornecedores e consumidores, e isso tornou o contrato de adesão o mais utilizado nos dias atuais, por ser facilmente replicado e por diminuir consideravelmente os custos de transação. Esse tipo de contrato é binário por sua própria natureza, cabendo ao consumidor apenas aceitá-lo ou recusá-lo, sendo todas as cláusulas determinadas por uma das partes, o fornecedor.[4]

O contrato de adesão é muito bem definido pela doutrina e é caracterizado por três diferenciações em relação aos contratos comuns: possui uniformidade, predeterminação e rigidez. A uniformidade: objetiva a aceitação de uma quantidade indeterminada de pessoas, de modo que o conteúdo dessas relações seja o mesmo, os contratos são feitos em série, não existem diferenciações entre dois contratos de adesão, realizados pelo mesmo fornecedor, e que versarem sobre o mesmo bem ou serviço. A predeterminação: o fornecedor é aquele que edita o contrato, possui maior força econômica, técnica e jurídica, mais experiência e mais tempo para realizar as escolhas mais benéficas para sua atividade. A rigidez: o aderente apenas aceita ou recusa o contrato, não cabendo a ele discutir suas cláusulas. Isso tudo torna possível a realização de contratos da maneira mais rápida e desembaraçada possível, e, apesar

[3] CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 751.
[4] GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 129.

de sua plena conformidade com a realidade do mercado, também traz consigo um grande empoderamento dos fornecedores.[5]

O direito do consumidor não visa apenas proteger o consumidor considerado individualmente, mas toda a coletividade. O objetivo do capitalismo é o lucro, não a qualidade, o estado entende que os fornecedores economizarão o máximo possível em sua produção, tanto em insumos quanto em pessoal, e colocarão produtos e serviços nocivos à segurança e integridade dos consumidores se não existir a regulação. Realmente, produtos defeituosos e com vícios de quantidade são comuns no mercado. Armar o consumidor com ferramentas capazes de fazer valer seus direitos, com inversão do ônus da prova e através da própria existência de instituições como os PROCONs e o CADE, evidencia que é de interesse geral que o mercado seja forte e regulado, o que diminui os conflitos, aumenta a qualidade de vida, aumenta a competitividade, e torna os bens da vida mais acessíveis a todos.

Adiante será definido brevemente o que é uma relação de consumo, com suas peculiaridades e diferenciações frente aos outros tipos de relações jurídicas existentes no direito brasileiro. Toda vez que for identificado em um dos polos da relação um consumidor, e do outro lado um fornecedor, e esses dois agentes transacionando produtos ou serviços, essa relação será uma relação de consumo.[6]

Toda vez que essa relação puder ser identificada, incidirá sobre ela os ditames do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e por essa razão é importante definir com clareza quem é o fornecedor, quem é o consumidor e o que seriam produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor[7] traz o conceito de fornecedor de produtos e serviços, em seu artigo 3º, definindo esse agente econômico como toda

---

[5] SOBRINHO, Mario de Camargo. **Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica**. 1 ed. São Paulo: Editora Interlex, 2000. p. 62.

[6] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

[7] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 15 mar. 2018.

pessoa, seja física seja jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou entes despersonalizados, que desenvolverem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição e comercialização de produtos ou serviços. Como podemos perceber essa é uma definição ampla, para que abarque a maior quantidade possível de interações consumeristas.[8]

Apesar da definição de fornecedor, como estabelecida no código, ser ampla, é importante destacar que existem pressupostos necessários para que se caracterize de fato uma relação de consumo, não serão todas as relações entre pessoas jurídicas e físicas, ou entre comerciante e destinatário final, que serão reguladas pelo diploma.

O critério que caracteriza uma pessoa como fornecedora de produtos é a habitualidade com que realiza a atividade. Quando tratar-se de uma atividade regular, ou eventual, tipicamente profissional, será uma relação de consumo. Entende-se aqui como regular a atividade realizada com a maior habitualidade possível, no trato da realização normal da empresa, e eventual a atividade que não é rotineira, mas que é habitual que aconteça, podendo inclusive já se planejar e auferir lucro com a sua eventualidade.[9]

Nos casos de prestação de serviços o conceito dado é mais amplo, o fornecimento de serviços só traz a necessidade de remuneração para sua caracterização, não é necessário que o contratado seja um profissional, apenas a habitualidade na prestação daquele serviço, e independe da titularidade dos bens utilizados para a prestação do serviço.[10]

Importante destacar que a necessidade de remuneração para caracterizar a relação de consumo não se limita a apenas a remuneração em sua forma direta, os prestadores de serviços ditos “gratuitos” ganham indiretamente com a prestação de

[8] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 112.
[9] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.
[10] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 113-114.

seus serviços, como é o caso de vários provedores de conteúdo, esse tema será tratado com mais detalhe posteriormente.[11]

Não é necessária a existência de uma pessoa jurídica para que sejam fornecidos bens ou serviços no mercado, pela própia definição da lei, os entes despersonalizados e as pessoas físicas também estão inclusos como possíveis fornecedores, ou seja, as pessoas físicas que exerçam atividade econômica com habitualidade, mas que a exercem sem criar uma pessoa jurídica podem ser caracterizados também como fornecedores, o que importa é a situação fática.[12]

Sendo assim, quando existir um contrato entre dois possíveis consumidores, esta relação não será uma relação de consumo, mas uma relação civil ordinária, sendo regida pelo Código Civil (CC), justamente pela falta de caracterização de um fornecedor em um dos pólos da relação jurídica, entre os dois não há a disparidade que é tratada pelo direito do consumidor, e afastando-se a sua incidência haverá equidade, já que os dois ficarão dispensados dos ônus impostos aos fornecedores pelo CDC.[13]

O código tratou dos profissionais liberais como sendo fornecedores ao inseri-los no §4º do artigo 14, mas ressalvou que a sua responsabilização se dará por culpa, e não objetivamente como é a regra do caput.[14]

O termo fornecedor, é um gênero que inclui como espécies o fabricante, produtor, construtor, importador e o comerciante, e em outros momentos no código algumas dessas espécies são trazidas especificamente, enquanto em outras o termo fornecedor é utilizado, na intenção de referenciar qualquer destes, ou todos eles.[15]

---

[11] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 115.
[12] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.
[13] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 112.
[14] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139.
[15] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139.

2.1 O fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor[16] traz o conceito de fornecedor de produtos e serviços, em seu artigo 3º, definindo esse agente econômico como toda pessoa, seja física seja jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou entes despersonalizados, que desenvolverem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição e comercialização de produtos ou serviços. Como podemos perceber essa é uma definição ampla, para que abarque a maior quantidade possível de interações consumeristas.[17]

Apesar da definição de fornecedor, como estabelecida no código, ser ampla, é importante destacar que existem pressupostos necessários para que se caracterize de fato uma relação de consumo, não serão todas as relações entre pessoas jurídicas e físicas, ou entre comerciante e destinatário final, que serão reguladas pelo diploma.

O critério que caracteriza uma pessoa como fornecedora de produtos é a habitualidade com que realiza a atividade. Quando tratar-se de uma atividade regular, ou eventual, tipicamente profissional, será uma relação de consumo. Entende-se aqui como regular a atividade realizada com a maior habitualidade possível, no trato da realização normal da empresa, e eventual a atividade que não é rotineira, mas que é habitual que aconteça, podendo inclusive já se planejar e auferir lucro com a sua eventualidade.[18]

Nos casos de prestação de serviços o conceito dado é mais amplo, o fornecimento de serviços só traz a necessidade de remuneração para sua caracterização, não é necessário que o contratado seja um profissional, apenas a

[16] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 15 mar. 2018.
[17] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 112.
[18] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.

habitualidade na prestação daquele serviço, e independe da titularidade dos bens utilizados para a prestação do serviço.[19]

Importante destacar que a necessidade de remuneração para caracterizar a relação de consumo não se limita a apenas a remuneração em sua forma direta, os prestadores de serviços ditos "gratuitos" ganham indiretamente com a prestação de seus serviços, como é o caso de vários provedores de conteúdo, esse tema será tratado com mais detalhe posteriormente.[20]

Não é necessária a existência de uma pessoa jurídica para que sejam fornecidos bens ou serviços no mercado, pela própia definição da lei, os entes despersonalizados e as pessoas físicas também estão inclusos como possíveis fornecedores, ou seja, as pessoas físicas que exerçam atividade econômica com habitualidade, mas que a exercem sem criar uma pessoa jurídica podem ser caracterizados também como fornecedores, o que importa é a situação fática.[21]

Sendo assim, quando existir um contrato entre dois possíveis consumidores, esta relação não será uma relação de consumo, mas uma relação civil ordinária, sendo regida pelo Código Civil (CC), justamente pela falta de caracterização de um fornecedor em um dos pólos da relação jurídica, entre os dois não há a disparidade que é tratada pelo direito do consumidor, e afastando-se a sua incidência haverá equidade, já que os dois ficarão dispensados dos ônus impostos aos fornecedores pelo CDC.[22]

---

[19] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 113-114.
[20] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 115.
[21] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.
[22] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 112.

O código tratou dos profissionais liberais como sendo fornecedores ao inseri-los no §4º do artigo 14, mas ressalvou que a sua responsabilização se dará por culpa, e não objetivamente como é a regra do caput.[23]

O termo fornecedor, é um gênero que inclui como espécies o fabricante, produtor, construtor, importador e o comerciante, e em outros momentos no código algumas dessas espécies são trazidas especificamente, enquanto em outras o termo fornecedor é utilizado, na intenção de referenciar qualquer destes, ou todos eles.[24]

2.2 O consumidor

O legislador definiu o consumidor em quatro oportunidades dentro do código, no artigo 2º, *caput* e parágrafo único, artigo 17 e artigo 29, esses conceitos não abarcam apenas os consumidores individualmente considerados, mas também como sujeitos de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos.[25]

Os conceitos de consumidor estão dispostos na codificação do mais específico, no artigo 2º, sendo aquele consumidor mais corriqueiro, que adquire um produto ou serviço em seu dia-a-dia, para o mais geral, no artigo 29, que é caracterizado por uma abstração, porque a lei fala de potencialidade, de um consumidor presumido, ainda que não possa ser individualizado na prática.[26]

Neste trabalho serão tratadas as definições de consumidor do código na ordem original, de modo a facilitar o entendimento até por aqueles com pouca familiaridade com o direito do consumidor.

[23] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139.
[24] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139.
[25] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.
[26] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

No artigo 2º é definido o termo como "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"[27], é percebe-se que o legislador não faz distinção entre os tipos de pessoas jurídicas, estando sujeitas ao código todos os tipos, de uma pequena empresa a uma gigante multinacional.[28]

O código estabelece como consumidor aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço, adquirir deve ter uma interpretação abrangente, não sendo necessária a aquisição a título oneroso, mas também a título gratuito. Será protegido também aquele que utiliza o produto ou serviço, ou seja, aquele que os consome mesmo sem tê-lo adquirido, como por exemplo a pessoa que recebe um presente.[29]

Existe a necessidade de que a aquisição ou utilização seja como destinatário final, em alguns casos esse termo é de fácil interpretação, mas pode criar problemas a depender do caso concreto em questão. Foram identificadas na doutrina teorias para explicar quem seria o destinatário final, a saber, a teorias maximalista e a finalista.

A teoria maximalista enxerga o CDC como uma nova regulação do mercado de consumo, não importando a posição de vulnerabilidade ou não do consumidor, instituindo normas para todos os agentes no mercado, considera que a definição do artigo 2º é unicamente objetiva, e tenta trazer para a incidência do código o maior número possível de relações jurídicas. Para essa teoria basta a utilização do produto como destinatário final, ou seja, a destruição do produto, mesmo que na fabricação ou transformação dele em um outro bem, que posteriormente será reintroduzido no mercado.[30]

---

[27] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> . Acesso em 15 mar. 2018.

[28] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

[29] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122.

[30] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 96.

Essa teoria potencialmente esvazia o Código Civil, tendo em vista que atribui ao CDC a regulação de todos os contratos comerciais, muito presentes no cenário nacional e internacional, e que utilizam grandes insumos para realizar suas atividades produtivas, conferindo maior ônus aos vendedores de produtos ou serviços em uma relação que não deveria ser desigual, que não exige tratamento desigual para atingir a igualdade material.[31]

A teoria finalista já defende uma noção subjetiva de consumidor, que pensa na ideia, na razão de existência do código de defesa do consumidor, que é justamente dar uma maior proteção a um sujeito que possui inúmeras vulnerabilidades frente aos fornecedores, o consumidor, que não possui amplo conhecimento daquilo que adquire, que não conhece os efeitos nocivos que podem ser causados com sua utilização, e que não procura ter lucro com esse consumo, mas sim satisfazer suas necessidades enquanto pessoa.[32]

Existem países em que o consumidor é sempre a pessoa física, isso porque não há de que se falar em vulnerabilidade entre os comerciantes na sua relação comercial, é o risco da atividade que justifica o lucro, ao entrar no mercado o fornecedor deve ter conhecimento necessário sobre ela e assumir o risco da má gestão, fatores externos, demanda e assim por diante, o mesmo não acontece com o consumidor. O código preferiu incluir as pessoas jurídicas pelo fato de que nem sempre a relação entre essas pessoas acontece em igualdade, e desta maneira aquela pessoa jurídica seria vulnerável frente à outra, a razão do código é de tutelar os mais vulneráveis, não conferir proteção aos compradores.[33]

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria finalista mitigada, um desdobramento da teoria finalista que tem como base o conceito de vulnerabilidade do consumidor, admitindo que em certos casos a pessoa jurídica que comprove ser

[31] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 96.
[32] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 94.
[33] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 95.

vulnerável e atue fora de sua especialidade, esteja sujeita à proteção do código de defesa do consumidor.

Existem três tipos de vulnerabilidade, a fática, a jurídica e a técnica, já consagradas na doutrina e jurisprudência, mas isso não significa que não possam existir outros tipos de vulnerabilidades, como vem sendo reconhecida também a vulnerabilidade informacional.[34]

A vulnerabilidade técnica é aquela onde o comprador não possui amplo conhecimento sobre o produto ou serviço adquirido, sendo enganado muito mais facilmente, tanto quanto as características do bem quanto a possibilidade de utilização para o fim pretendido.

A vulnerabilidade jurídica é caracterizada pela presunção de que o fornecedor possui a qualificação e orientação jurídica para atuar no mercado, seja conhecimento específico das leis que regem o mercado quanto orientação profissional por meio de um advogado ou um profissional do ramo, e que o consumidor não tem essa orientação prévia ao contratar, além do fato de que o fornecedor está acostumado a litigar, já o consumidor não detém esse conhecimento e prática, que não é corriqueira em sua vivência.[35]

Existe também a vulnerabilidade fática, ou socioeconômica, do consumidor, que é caracterizada pela existência de monopólio do produto ou serviço, ou sua essencialidade, ou mesmo a disparidade de poder econômico entre o consumidor e o fornecedor.[36]

No parágrafo único do artigo 2º, o código traz a primeira equiparação à condição de consumidor, que equipara a consumidor toda a coletividade, mesmo que não tenham participado diretamente da relação ou que não possam ser identificados

[34] BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.
[35] BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 102.
[36] BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 105.

individualmente, mesmo sem sofrer danos, mas que de alguma forma foram afetadas pela relação de consumo existente. Permitir legalmente o enquadramento de uma coletividade ou universalidade de pessoas, como um condomínio ou a massa falida, possibilita o exercício do direito de ação coletiva, por meio das pessoas legalmente constituídas, e deste modo confere uma proteção coletiva ao consumidor.[37]

O artigo 17 do CDC, traz a segunda equiparação a consumidor, e dispõe que todas as vítimas do evento serão equiparadas a condição de consumidor. Esse artigo trata do caso em que existe uma relação de consumo, onde vende-se um produto ou serviço, e pela mera existência dessa relação é causado um dano a um terceiro alheio a ela, trata da responsabilidade civil objetiva do fornecedor por fatos do produto ou do serviço que gerarem externalidades negativas e danos a outros, é a coletividade que pode ser individualizada, completando o parágrafo único do artigo 2º.[38]

Enfim, o código terminou suas equiparações no artigo 29, incluindo como consumidores equiparados todos os que forem expostos pelas práticas comerciais. Esse artigo protege o consumidor da maneira mais abstrata possível, pois estão sujeitos a abusos nas práticas comerciais uma infinidade de pessoas, e elas nem sempre percebem que estão tendo seus direitos infringidos, esse artigo protege a comunidade como um todo, não é necessário um dano para que se busque reparação nos termos do artigo, mas sim um desrespeito potencial ao direito do consumidor, como por exemplo uma publicidade enganosa.[39]

Resumindo, consumidor é aquele destinatário final de um produto ou serviço, vendido ou prestado por um fornecedor pessoa física ou jurídica, que é vulnerável de alguma forma perante esse fornecedor. É equiparado a consumidor os terceiros alheios à relação de consumo, que sofrerem ou não danos em razão dela, é também o interesse coletivo, considerado em favor da comunidade em geral.

---

[37] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 133.
[38] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.
[39] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134

2.3 O produto ou serviço

Já definidos o fornecedor e o consumidor, resta para a caracterização da relação de consumo o objeto do contrato, ou seja, o bem da vida pretendido pela transação, ou o serviço a ser prestado no mercado.

Pode ser considerado produto qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Com essa definição do código é importante ressaltar que o CDC se aplicará nos contratos de compra e venda de imóveis, se forem realizadas as outras condições para aplicação do código, ou seja, a existência de uma relação de consumo, isso em concomitância com os ditames do direito civil, de transferência e solenidades para registro do imóvel, a legislação civil pode ser aplicada ao mesmo tempo da consumerista.[40]

Com o amplo crescimento da propriedade imaterial, foi de suma importância a inclusão deste tipo de produto pelo código de defesa do consumidor, ainda que possam ser aplicados os ditames do consumo rotineiro e tradicional, comuns no mundo real, às relações realizadas no mundo virtual. O legislador acabou se antecipando ao fenômeno de consumo digital.[41]

O artigo 3º,§2º do CDC, define serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".[42]

Com essa definição entende-se que apenas serão considerados serviços, para fins de aplicação do código, os serviços que sejam atividade empresarial, oferecidos no mercado, isso porque existem serviços que não são oferecidos no mercado, como o serviço de saúde pública ou segurança, tipicamente custeados pelo estado,

[40] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 184.
[41] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 188.
[42] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> . Acesso em 15 mar. 2018.

utilizando-se recursos públicos, e por essa razão estariam afastados do regime consumerista.[43]

Outra característica importante é a presença de remuneração na contratação, já consagrado na doutrina brasileira, essa remuneração pode ser direta, mediante a contraprestação por um serviço prestado, ou indireta, quando o fornecedor se beneficiar economicamente da prestação de serviço de outras formas, mesmo que não decorrente do contrato de consumo em si, posteriormente esse tema será tratado mais especificamente no caso de prestadores de serviço digitais, as plataformas.[44]

Enfim, estão excluídas da abrangência do código de defesa do consumidor as relações trabalhistas, isso porque estas possuem natureza diversa e específica, a vulnerabilidade do trabalhador é diferente da do consumidor, causada pela disparidade sobre o controle do meio de produção e do poder exercido pelo empregador sobre o empregado. Além disso, existem leis específicas para tratar das relações trabalhistas, e ainda uma justiça especializada para tratar desses assuntos.[45]

3 O SERVIÇO E A REMUNERAÇÃO INDIRETA

Para caracterizar um serviço no mercado de consumo, a lei trouxe a necessidade de algum tipo de remuneração por esse serviço prestado, pode tratar-se de uma remuneração direta, no próprio contrato, ou de uma remuneração indireta, um ganho econômico por parte do fornecedor, não relacionado diretamente a sua prestação dentro do contrato.

Nada no mercado de consumo é gratuito, se um produto ou serviço prestado, passa a ideia de gratuidade, com certeza esse produto ou serviço já teve seu valor contabilizado e agregado no preço de um outro produto ou serviço adquirido, nem sempre pelo mesmo consumidor, como pode-se perceber no caso dos bancos ou

[43] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 188.
[44] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 188-189.
[45] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 188-189.

seguros. Em um cenário que possui mais risco, a remuneração pelo crédito tende a ser maior, em outras palavras, o consumidor não cria o risco, e sim todo o mercado, mas todos vão arcar com maiores taxas de juros cobrados, ou prêmios, no caso dos seguros, para adquirir o que necessitam, a pessoa que cria o risco não necessariamente é a pessoa que paga por ele.[46]

A utilização de uma plataforma digital para a pesquisa e aquisição de um produto ou serviço tornou-se muito comum, principalmente pela força dos dispositivos móveis, que inclusive ultrapassaram em quantidade de acessos os computadores pessoais já em 2016.[47]

Uma plataforma é um meio eletrônico utilizado para fornecimento de um produto ou serviço, e tem seus rendimentos baseados em fatias das intermediações que executa, publicidade e uso de dados dos usuários. Pode-se dizer que a mídia convencional, como o rádio e a televisão, são plataformas que fornecem seus serviços de informação e entretenimento aos telespectadores ou ouvintes, e ao mesmo tempo, vende o serviço de publicidade para os interessados por meios de seus intervalos comerciais e outras práticas publicitárias. Nas palavras de André Luiz Lopes dos Santos e Ricardo Morishita Wada:[48]

> As plataformas são, em essência, imensos *hubs*, centros de conexão de atores que, por meio dela, valendo-se da infraestrutura por elas disponibilizada, promovem interações e trocas que geram valor significativo para todos aqueles que, por meio delas, se conectam – e, evidentemente, também para as próprias plataformas, que se apropriam de parte desse valor.

Neste sentido é possível equiparar o *YouTube*, o *Twitch* e outras plataformas de *Streaming* à mesma condição das emissoras de rádio e televisão, no que tange aos

[46] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150.

[47] **MOBILE and tablet internet usage exceeds desktop for first time worldwide**. 2016. StatCounter GlobalStats. Disponível em: <http://gs.statcounter.com/press/mobile-and-tablet-internet-usage-exceeds-desktop-for-first-time-worldwide>. Acesso em: 23 set. 2017.

[48] SANTOS, André Luiz Lopes dos; WADA, Ricardo Morishita. **Produção, distribuição e consumo no mundo das plataformas:** inovação, transformação e regulação. Disponível em: <http://www.andreluiz.com.br/pdf/artigo-producao-plataformas-20171026.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

seus serviços de publicidade, e qualquer outro tipo de atividade que seja prestada diretamente pela plataforma, como pesquisas no *Google* por exemplo.

Existem também outras plataformas, que oferecem serviços de intermediação na compra de bens e serviços, como é o caso do *iFood*, do *Uber*, do MercadoLivre e assim por diante. Nessas plataformas a remuneração percebida está em uma fatia da própria operação, além da publicidade e o uso de dados de usuários.

Logo, pode-se concluir que no caso das plataformas digitais, os serviços "gratuitos" fornecidos na realidade são remunerados indiretamente. Quando uma plataforma oferece seus serviços com certeza não está o fazendo de uma maneira a diminuir seu patrimônio, como fundamento do capitalismo.[49]

Contudo é importante destacar que essa atividade, esse fornecimento de serviços "gratuitos" são de interesse da sociedade, e é razoável que sejam remunerados direta ou indiretamente. Entretanto essa utilização deve acontecer nos limites da lei, para que não ocorram abusos e violações aos direitos da personalidade do consumidor.[50]

Neste trabalho serão tratados os três principais meios de remuneração indireta das plataformas, a saber, a publicidade, o uso dos dados dos usuários, e a valorização da própria plataforma.

3.1 A publicidade e privacidade

Faz-se necessário uma distinção, entre publicidade e propaganda, tendo em vista o aspecto jurídico dos termos, a serem utilizados neste trabalho, no caso, a definição no âmbito do direito do consumidor.

[49] SARTORI, Ellen Carina Mattias. **Privacidade e dados pessoais**: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 49-104, out./dez. 2016. p. 85.

[50] SARTORI, Ellen Carina Mattias. **Privacidade e dados pessoais**: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 49-104, out./dez. 2016. p. 85.

A lei que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário no Brasil, traz em seu artigo 5º, a definição de propaganda como: "qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado"[51]. Percebe-se que neste artigo como em toda a lei citada, são utilizados os termos publicidade e propaganda como sinônimos, o que nem sempre é o caso, e por isso torna-se necessária a busca doutrinária.

Publicidade é "[...] toda e qualquer informação, destinada ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente uma atividade econômica; assim como um conjunto de meios que visam informar o público e tentam convencê-lo a adquirir um bem ou serviço."[52]

Propaganda é a difusão de ideias, na intenção de convencimento do receptor de alguma determinada realidade, ou seja, está mais ligada a uma questão mais filosófica, que visa o convencimento não para aquisição de produtos ou serviços, mas a aderir uma determinada ideologia.[53]

A publicidade é a que interessa à Lei Consumerista, isso porque tem o objetivo de aumentar os lucros da atividade desenvolvida, adquirindo nova clientela, ou mantendo a já conquistada. Não que a propaganda não possa prejudicar o interesse dos consumidores de alguma forma, mas não enquanto consumidor e sim como cidadão, o que deve ser regulado por outros meios alheios ao direito do consumidor, como o direito eleitoral por exemplo.

Talvez a maior fonte de receita das plataformas digitais seja o serviço publicitário por elas oferecido, e é importante saber por qual motivo essa publicidade

[51] BRASIL. **Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965**. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L4680.htm> . Acesso em 20 jun. 2018.
[52] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 251.
[53] GRINOVER, Ada Pellegrini et aI. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 318.

se agigantou tanto na atualidade, para com isso perceber as possíveis práticas abusivas por parte desses fornecedores em detrimento do direito dos consumidores.[54]

O aumento da utilização da internet como um todo tornou a publicidade por meio dela muito atrativa para as empresas interessadas, e abre a possibilidade de fazer-se publicidade direcionada, muito mais efetiva do que a publicidade genérica.

E para realizar esse tipo de publicidade as plataformas utilizam-se de tecnologia que torna possível investigar e identificar rotas de comunicação e conteúdo.[55] A *internet* tornou-se um ambiente que oferece uma série de riscos aos usuários, pelos amplos meios de identificação de dados de interesse.

Um dos muitos meios de identificação no ambiente digital são os *cookies*, arquivos de dados automaticamente inseridos no *Hard Drive* de um computador, que são acessados quando esse usuário acessa o *site*, permitindo a identificação do usuário e memorização de dados pessoais, e sua movimentação na rede. A finalidade primária de um *cookie* era de se dar conveniência ao usuário, para que ele não tivesse que fornecer dados reiteradamente ao visitar páginas na *internet*.

O uso desse tipo de tecnologia pode gerar riscos à privacidade do usuário, pois permite o rastreamento de seu comportamento em diversas páginas, e por isso entre outras razões a união européia passou a exigir o consentimento prévio para qualquer tipo de coleta de informações da máquina do usuário na Diretiva Europeia 2002/58/CE[56] e recentemente, inundando com atualizações de política de privacidade das mais variadas plataformas, as caixas de entrada de e-mail de milhões

[54] **Desktop and mobile ad revenue surpasses TV for the First Time**. 2017. AdAge. Disponível em: <http://adage.com/article/digital/digital-ad-revenue-surpasses-tv-desktop-iab/308808/>. Acesso em 28 mai. 2018.

[55] CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 139-140.

[56] UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 12 de junho de 2002**. Jornal Oficial da União Europeia, Luxemburgo, n. L 201/37, 31 jul. 2002. Disponível em: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:pt:PDF. Acesso em: 14 mar. 2018.

de usuários pelo mundo afora, entrou em vigor a Diretiva 95/46/EC[57] que tratou mais especificadamente de diversos temas a respeito de proteção de dados dos usuários na União Européia. No Brasil, acompanhando as mudanças do cenário internacional, a questão da regulação do uso de dados pessoais e privacidade dos usuários, se fez com a recente lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.

A partir dos *cookies* e de outros vários tipos de instrumentos tecnológicos, as plataformas podem criar verdadeiros bancos de dados de seus consumidores, ou possíveis consumidores, fornecedores e parceiros. Isso torna possível conhecer de uma maneira muito mais ampla o mercado, diminuir riscos e principalmente, delimitar segmentos específicos para lhes direcionar publicidade.[58]

Com a utilização dos dados coletados por meio da plataforma, essas instituições realizam o desejo tão sonhado de qualquer agente no mercado, diminuição de risco e aumento de segurança nas transações, tornando possível um aumento abrupto na sua capacidade de lucros cada vez mais elevados.

A grande questão em debate, é o preço dos dados, se a mera utilização da plataforma de maneira "gratuita", ou seja, com a remuneração indireta por meio da utilização dos dados dos usuários, informações a respeito das transações realizadas e as tendências na rede, consegue retribuir de maneira satisfatória aquele que utiliza o serviço, ou que compra os produtos.

Os consumidores não se dão conta de que em muitos casos os benefícios por eles alcançados em comparação aos auferidos pelas plataformas coletoras e utilizadoras desses dados são ínfimos, e do ponto de vista econômico, são por eles subvalorizados, se aproveitando dessa falta de conhecimento dos usuários, as plataformas, que sabem do real valor que está contido nos dados e os benefícios da sua utilização.

---

[57] UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 27 de abril de 2016. GDPR - *General Data Protection Regulation*. Jornal Oficial da União Europeia, Luxemburgo, n. L 119/1, 27 abr. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN. Acesso em: 18 mai. 2018.

[58] MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhas gerais de um novo Direito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 108.

Mais do que tentar normatizar a questão por meio de leis, no caso principalmente do Brasil, é necessária uma mudança de paradigma, ao ponto que ocorre mais do que nunca um dos eventos mais prejudiciais ao interesse do consumidor, a assimetria de informações, mas em uma escala muito mais acentuada.

Além do aspecto econômico já tratado, o valor dos dados obtidos pelas plataformas, existe também uma outra discussão também interrelacionada a ela, uma das razões primordiais da subvalorização dos dados pelos usuários, que é a falta de valorização da privacidade.

A privacidade é um dos direitos fundamentais dos cidadãos, decorrendo da própria dignidade da pessoa humana, tão importante que foi incluída rapidamente nas declarações internacionais de direitos humanos[59], a exemplo da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem[60] e a famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos[61], ambas preconizando o direito de privacidade a proteger a vida privada dos indivíduos e os proteger de interferências em seu lar, família e correspondência.

No âmbito constitucional brasileiro, a primeira constituição que teve em seu texto uma proteção expressa à privacidade de seus cidadãos, como direito fundamental, ao dispor em seu artigo 5º, X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".[62]

---

[59] DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26.

[60] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 29 mai. 2018.

[61] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia-Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Resolução 217 A (III), de 10 dez. 1948. Disponível em: <www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217%28III%29&Lang=E>. Acesso em: 28 mai. 2018.

[62] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 4 abr. 2018.

Assim sendo a privacidade é um dos direitos da personalidade, sendo definida como: "O direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra"[63]. Apesar de parte da doutrina tratar de privacidade e intimidade de maneiras distintas, neste trabalho os dois termos são tratados como sinônimos.

No código civil vigente, a privacidade é protegida em seu artigo 21, que dispõe: "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".[64]

A privacidade, ou intimidade portanto, é tida como um dos direitos da personalidade, que não podem sofrer limitação voluntária, possuem efeito *erga omnes*, de acordo com o artigo 11 do código civil brasileiro, são indisponíveis. O que pode ser limitado é o seu exercício, sendo possível a autolimitação desde que voluntária, temporária, restrita e expressa.

Os direitos da personalidade não podem ser transferidos ou renunciados, mas isso não significa que o aspecto patrimonial desses direito possa ser explorado. Os usuários das plataformas digitais cedem seus dados pessoais em troca da utilização do serviço prestado, essa cessão é plenamente possível, desde que não seja de maneira nem vitalícia nem ilimitada, e que o usuário a qualquer momento possa encerrar a relação, mesmo que injustificadamente.[65]

Um problema que surge é justamente a questão da voluntariedade, até que ponto os dados dos usuários estão sendo coletados com sua anuência e até que ponto esse consumidor está autorizando a utilização de seus dados para fins comerciais ou não. Quais são os dados estão sendo coletados e até quando ficarão armazenados,

[63] LÔBO, Netto; LUIZ, Paulo. **Autolimitação do direito à privacidade**. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 34, p. 95-96. Rio de Janeiro, abr.-jun. 2008.
[64] BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.
[65] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, e-book. p. 175.

isso tudo é alheio ao conhecimento do utilizador, que apenas confirma a política de privacidade para poder utilizar a plataforma. Surge nesse momento a necessidade de regular o mercado em nome do consumidor, que não possui informação suficiente, tanto técnica quanto jurídica para entender exatamente do que está abrindo mão e a que riscos está sujeito no momento desse contrato, focando principalmente no fato de que existe um abismo entre o conhecimento do consumidor e do fornecedor.

A aceitação desses termos de uso e de privacidade, acontece de uma maneira muitas vezes sem o conhecimento pleno do que está sendo aceito, isso porque esses contratos de adesão, que contém cláusulas de cessão de dados pessoais, em geral são documentos longos e incompreensíveis, que na maioria das vezes aparecem em janelas reduzidas ou dependem de acesso a uma outra página para ler seu conteúdo.[66]

Mais do isso, o usuário tem a expectativa que as plataformas assegurarão o seu anonimato e segurança de seus dados, o que não necessariamente se coaduna com a realidade, e pela falta de informação do usuário, a responsabilização dessas plataformas por eventuais quebras de sigilo e do próprio descumprimento do termo de uso ou política de privacidade é de difícil aplicação prática.

Essa prática é abusiva, uma vez que ao produzir termos de uso de difícil compreensão pelo homem médio, a plataforma acaba por se beneficiar da ignorância do usuário e a utilizar seus dados muitas vezes com menos zelo do que lhe era esperado. Ao fazer isso as plataformas descumprem um dos princípios do código de defesa do consumidor, que é justamente o dever de informação, de maneira clara, adequada e transparente.[67]

Desta maneira pode-se perceber que grande parte dos usuários dos serviços *on-line* não possui informação suficiente sobre seus dados, desde sua coleta até sua

[66] LEONARDI, Marcel. **Dados pessoais, regulação e a economia digital**. Jornal da tarde, São Paulo, 28 mar. 2011. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/2011/03/dados-pessoais-regulacao-e-a-economia-digital/>. Acesso em: 25 mai. 2018.

[67] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 840.

utilização, e por não se importarem com a divulgação de alguns aspectos de sua vida pessoal acabam por não dar um valor maior a sua privacidade, trocando algo que indiscutivelmente tem um alto valor econômico para ter um produto ou serviço prestado, pode haver nesse caso uma disparidade entre prestação e contraprestação, e os consumidores devem estar cientes dessa ocorrência.

3.2 O uso dos dados pessoais

Nas relações pessoais, uma pessoa quando busca conhecer uma outra pessoa, procura saber algumas informações básicas a respeito delas, seu nome, origem, endereço, nome dos pais, nomes de conhecidos em comum, entre outras. Isso torna mais fácil e efetivo o trato social, e não é diferente quando uma entidade obtém dados a respeito de seu público alvo.

Os dados pessoais são uma projeção da personalidade de seu titular, e por isso a proteção dada a estes dados não existe pelos dados em si, mas com o objetivo de resguardar o indivíduo ao qual corresponde tais dados.[68]

É necessária uma definição mais palpável do que seriam esses dados pessoais. Existem duas maneiras de abordar a questão, como em vários projetos de lei de proteção de dados em todo mundo, a orientação reducionista e a orientação expansionista.

A orientação reducionista, como o próprio nome sugere, sustenta que um dado pessoal é unicamente aquela informação que está associada a uma pessoa específica. O vínculo entre a informação e a pessoa que a origina deve ser direta e imediata, individualizando-o de maneira inequívoca.[69]

---

[68] SARTORI, Ellen Carina Mattias. **Privacidade e dados pessoais**: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 49-104, out./dez. 2016. p. 66.

[69] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018. p. 17.

Existe também a orientação expansionista, mais flexível, que não traz como requisito essencial a exata identificação entre a informação e sua fonte. O dado pessoal seria aquela informação que não tem um vínculo direto e imediato com sua origem, mas é possível a sua identificação indiretamente, ou seja, seria identificável, não identificado como na teoria anterior.[70]

Pode-se perceber que o legislador brasileiro optou por utilizar as duas orientações, definindo dado pessoal como: "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável", no artigo 5º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).[71]

O legislador inclusive define, entre os dados pessoais, os dados sensíveis, que são aquelas informações de cunho mais pessoal e íntimo, como:

> Dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. [72]

As plataformas tem seu segundo tipo de remuneração indireta no uso desses dados pessoais dos usuários, extraindo informações preciosas de indivíduos e grupos de interesse pelo cruzamento de dados obtidos, e transformando isso em vantagens dos mais variados tipos.

Para elucidar a importância e valor do uso dos dados pessoais, e suas possibilidades será utilizado o caso *Cambridge Analytica*, que veio à tona em 2018,

---

[70] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018. p. 17.

[71] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

[72] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

caso esse que inclusive despertou uma série de discussões a respeito do uso, coleta e tratamento de dados em geral.[73]

A *Cambridge Analytica* é uma empresa de análise de dados especializada em coleta e tratamento de dados de cunho político, que trabalhou na campanha de 2016 do atual presidente dos Estados Unidos, Donald Trump.

A empresa utiliza dados de usuários para construir verdadeiros perfis de personalidade, e direcioná-los propaganda eleitoral em determinados momentos mais propícios para o seu convencimento, o algoritmo procura principalmente aqueles que, de acordo com o próprio perfil, ainda estão indecisos sobre a escolha do candidato.

O problema é a maneira como esses dados foram coletados, a empresa foi acusada de utilizar os dados de 87 milhões de usuários do *Facebook* sem sua permissão. Os dados foram coletados pela utilização de um aplicativo de terceiros, dentro do próprio *Facebook*, com o nome de *thisisyourdigitallife*, que pagava pequenas quantias em dinheiro para aqueles que respondessem questões pessoais, mas não só isso, o aplicativo também coletava informações da rede de amizades dos utilizadores, trezentas mil pessoas baixaram tal aplicativo, mas como ele acessava a sua lista de amigos, muito mais pessoas foram afetadas.

O caso ainda não foi resolvido por completo, e não se sabe se tal vazamento foi determinante para a eleição do presidente americano, mas sem dúvidas foi uma importante peça do jogo, isso com os dados de apenas uma parcela dos usuários de uma única plataforma. O valor do *Facebook* na bolsa tecnológica americana NASDAQ encolheu 35 bilhões de dólares[74] após dois dias das denúncias veiculadas pelos jornais americanos *The New York Times* e *The Guardian*.

---

[73] THE NEW YORK TIMES. **How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions**. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em: 14 jun. 2018.

[74] NASDAQ. **Why Is Facebook (FB) Stock Falling Today?** 2018. Disponível em: <https://www.nasdaq.com/article/why-is-facebook-fb-stock-falling-today-cm936719>. Acesso em: 14 jun. 2018.

Os uso dos dados vêm sendo considerado "o novo petróleo"[75], mas na realidade os dados são mais valiosos do que o petróleo. Assim como o petróleo, os dados precisam ser refinados para aumentar-se a sua utilidade, mas são produzidos pelas pessoas e portanto são infinitos, e quanto maior sua coleta e refino, maior sua utilidade. Podem ser transportados rapidamente dentro do espaço, sua utilização não implica em sua transformação definitiva ou sua própria destruição, além de ter uma utilidade muito mais abrangente do que a *commodity*, podendo ser utilizados das maneiras mais diversas, entre várias outras vantagens. O petróleo em breve será apenas uma fonte de energia que sustenta a contínua busca da humanidade pelos dados.

Percebe-se que o problema do uso dos dados extrapola o das simples relações consumeristas, o abuso dos dados pessoais é uma questão de direito à privacidade, informação, segurança e principalmente um atentado à própria democracia. Se o uso de dados influi na tomada de decisão dos eleitores da maior potência econômica e bélica da atualidade, ele também influi em qualquer outra relação humana, inclusive daqueles que não estão incluídos nas grandes redes.

3.3 A valorização da plataforma

Os três grandes pilares de arrecadação das plataformas são a publicidade, a utilização comercial e não comercial dos dados pessoais, e a valorização da plataforma em si.

O poder que emana da coleta e utilização dos dados pessoais dos consumidores pelas grandes plataformas é incontestável, uma plataforma ao aumentar a quantidade total de usuários que a utiliza, aumenta a quantidade de dados coletados e com isso faz com que mais potenciais usuários desejem também participar da plataforma, é o chamado *efeito de rede*. Quanto mais usuários se

[75] FORBES. **Here's Why Data Is Not The New Oil.** 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/03/05/heres-why-data-is-not-the-new-oil/#1e3e56fa3aa9>. Acesso em: 20 ago. 2018.

conectarem, mais valorizada será a rede, ou seja, a adesão de um usuário aumenta o valor da plataforma para um outro utilizador.[76]

O exemplo clássico do efeito de rede, é uma simples rede telefônica, onde uma única linha tem pouco ou nenhum valor, já que não possui utilidade, e esse valor vai aumentando conforme aumentam a quantidade de linhas conectadas, aumentando a utilidade desta mesma linha. Ao adicionar uma única linha em uma rede com dez linhas, aumentará em vinte o número de ligações diferentes que poderão ser feitas, e isso aumenta conforme a quantidade de linhas aumenta.

Percebe-se que esse efeito também acontece de maneira inversa, ao ponto que uma rede que perde membros também se desvaloriza para os demais usuários, uma vez que diminui a quantidade de dados disponíveis e reduz a possibilidade de conexões entre os agentes. Por essa razão as plataformas buscam manter seus usuários satisfeitos para que não deixem de utilizar a plataforma.

Um caso interessante e que pode ser utilizado para ilustrar a valorização de uma plataforma é o do *Whatsapp*, empresa controlada pelo *Facebook*, atualmente não cobra nenhum valor de seus utilizadores, e é o aplicativo de mensagens instantâneas mais utilizado no ocidente, contando com mais de um bilhão de usuários mensais. A plataforma se tornou tão popular que atualmente é difícil ver-se livre dela, as pessoas que não a utilizam acabam excluídas de diversas interações sociais, o que gera uma pressão social para a compra de aparelhos celulares capazes de utilizar a plataforma, para por meio dela, ver-se inserido, o que está diretamente relacionado com a indústria de *smartphones* e afins.

O *Whastapp* não vende publicidade, de acordo com os próprios criadores[77] a publicidade é invasiva e não é de interesse das pessoas, além de interferirem na

[76] SANTOS, André Luiz Lopes dos; WADA, Ricardo Morishita. **Produção, distribuição e consumo no mundo das plataformas:** inovação, transformação e regulação. Disponível em: <http://www.andreluiz.com.br/pdf/artigo-producao-plataformas-20171026.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

[77] **Porque não vendemos anúncios?** 2012. Blog do Whatsapp. Disponível em: <https://blog.whatsapp.com/245/Por-que-n%C3%A3o-vendemos-an%C3%BAncios?>. Acesso em: 3 jun. 2018.

estética do aplicativo, não possuir publicidade é mais bonito e menos poluído para o usuário.

Não vender publicidade é uma estratégia da plataforma para manter e aumentar sua base de usuários, e com isso seu valor agregado, já foram divulgados planos para monetizar o aplicativo sem a inclusão de publicidade, o mais marcante é a possibilidade futura da utilização da plataforma para atendimento à clientes das empresas, uma espécie de *Call Center*, o que atrai tanto as empresas, que estarão com certeza interessadas, pelo tamanho da base de usuários do aplicativo, tanto pelos utilizadores, que desejam a praticidade oferecida.[78]

Sendo assim a plataforma possui acesso a alguns dados de importância e que podem ser compartilhados com outras plataformas parceiras[79], como exemplo do *Facebook*, como números de telefone da agenda de contatos do usuário, o próprio número de telefone do usuário, além de foto de perfil, nome de perfil e mensagem de status. O *Whastsapp* também coleta dados de registros, o que significa que possui acesso a informação de quem está conversando com quem, até porque é a plataforma que entrega as mensagens, o contúdo das mensagens no entanto, é protegido por criptografia ponta-a-ponta, o que significa que o conteúdo das mensagens não pode ser lido exceto pelo emissor e receptor. Também são coletados dados a respeito do *Hardware* utilizado no *app*, entre muitas outras.

É por meio dessas informações que a plataforma se mantém, utilizando as informações para convidar novos usuários, para que o efeito de rede não seja negativo. Pode-se imaginar que o efeito de rede negativo[80] é tão devastador quanto o positivo, ao se pensar no ocorrido com o *Orkut*, que era a rede social mais utilizada no Brasil, mas que foi sufocada pelo *Facebook*. O *Orkut* era a rede social mais popular no Brasil de 2005 a 2010, inclusive em 2008 a *Google* Brasil ganhou o

[78] REUTERS. **Facebook takes the next step to monetize WhatsApp: WSJ**. 2017. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-whatsapp/facebook-takes-the-next-step-to-monetize-whatsapp-wsj-idUSKCN1BG20N>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[79] **Política de Privacidade do Whatsapp**. Whatsapp Inc. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>. Acesso em: 12 mar. 2018.

[80] KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. **System Competition and Network Effects**. Journal of Economic Perspectives, vol. 8, n. 2 p. 93-115, Berkeley, mar. - jun. 1994.

controle mundial da plataforma, pelo grande público utilizador no país, mas com a chegada do *Facebook*, que tinha uma plataforma mais bem elaborada e com mais benefícios e facilidades para os usuários, o *Orkut* decaiu e seus usuários foram absorvidos pelo *Facebook*, o *Orkut* não conseguiu manter seus usuários, perdeu em número de utilizadores, e isso faz com que mais e mais pessoas deixem de usar a plataforma, o que a desvaloriza mais ainda. O *Orkut* finalizou suas atividades em 2014.[81]

No entanto o *Whatsapp* atualmente opera em prejuízo, enquanto considerado individualmente. Mas por que motivo o *Facebook*, que sustenta a plataforma, iria custear uma plataforma que não gera um balanço comercial positivo? O modelo de negócio do *Whatsapp* e de muitas outras plataformas é voltado para o futuro, sobre a capacidade de gerar grandes lucros quando ocorrer a sua monetização, ou seja, a valorização da própria plataforma pela probabilidade de rendimentos futuros consideráveis.

Apesar de operar em prejuízo, os investidores enxergam no *Whatsapp* uma grande oportunidade de investimento, além de que o *Facebook* não divulga os resultados de suas empresas consideradas individualmente, mas o resultado de todo o conglomerado, que acumula enormes lucros, se uma das plataformas não der resultados positivos, as outras darão, hoje o *Facebook* é dono além do *Whatsapp*, do *Instagram*, que cresceu muito nos últimos tempos e contrabalanceia a queda dos usuários diários do *Facebook*.

A plataforma ganha valor pelo número de usuários, e juntamente com isso aumenta sua visibilidade e influência, atraindo investimentos aumentando o valor de mercado da empresa instituidora.

4 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

[81] WIKIPEDIA (Brasil). **Orkut**. 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Orkut>. Acesso em: 3 jan. 2018.

O Código de Defesa do Consumidor só regula as relações consumeristas, ou seja, existe a necessidade de haver uma relação de consumo para que seja aplicável no caso concreto os ditames do código e o sistema de proteção como um todo, será analisado aqui o caso mais comum no cotidiano, o caso de um fornecedor de serviços se relacionando com uma pessoa física.

A pessoa física, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final, de acordo com o artigo 2º do CDC, será considerada consumidora[82], entende-se aqui como consumidor, por consequência, o usuário, como tratado no Marco Civil da Internet (MCI) e também o titular, como tratado na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A plataforma é uma típica prestadora de serviços, segundo o código toda pessoa física, jurídica, publica, privada, nacional ou estrangeira que desenvolve atividade econômica ou presta serviços será um fornecedor[83], as atividades das plataformas são variadas, intermediando transações no modelo *marketplace*, prestando serviços de entretenimento, pesquisa, publicidade entre outros, mas todas essas atividades são realizadas com habitualidade e remuneração direta ou indireta. Com essas características a relação será de consumo e incidirá o CDC.

A existência de uma remuneração indireta não é um problema por si só, visto que vivemos numa economia de mercado, mas sim a forma como essa remuneração ocorre, muitas vezes lesando direitos dos consumidores.

O volume de dados e a quantidade de pessoas alcançadas pelas plataformas, tornou essas empresas instituidoras "verdadeiras reguladoras não oficiais e não

[82] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> . Acesso em 15 mar. 2018.

[83] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> . Acesso em 15 mar. 2018.

eleitas de milhões de vidas"[84], e nasce o questionamento sobre qual seria o tipo de controle que essas entidades estariam sujeitas.

Existem no ordenamento jurídico interno e internacional diversas tentativas de regulação da área, mas estamos ainda muito distantes de uma regulação satisfatória sobre o tema, por ser relativamente novo e inovador, e que muitas vezes não se encaixam em nenhum tipo de regulamentação já existente. Ao realizar suas atividades em um determinado país, aquela plataforma se submeterá às normas vigentes, incluso o sistema de proteção do consumidor.[85]

Um dos maiores segmentos das plataformas, são as de modelo *marketplace*, que apesar da crise econômica que assola o país, têm crescimento constante. As *marketplaces* são plataformas que atuam na intermediação de compra de bens e serviços, como exemplos fortes temos o MercadoLivre e o *Ebay*. A plataforma é a maior interessada em zelar por padrões mínimos de qualidade, uma vez que uma quantidade pequena de maus vendedores pode comprometer em grande monta o universo de usuários da plataforma, e gerar o efeito de rede negativo.

Essas plataformas conseguem personalizar suas ofertas, utilizando os dados coletados nos perfis dos consumidores e outros meios, e isso causa um efeito altera o processo de formação de preços. Isso afeta mercado de maneiras muito diversas, como é o caso de seguros, em que classicamente a formação de preços é de acordo com categorias de risco. Com todos esses dados em seu poder o fornecedor pode acabar por negar fazer negócio com determinados segmentos ou indivíduos, ou cobrar preços muito elevados.[86]

---

[84] PARKER, Geoffrey G.; ALSTYNE, Marshall W. Van; CHOUDARY, Sangeet Paul. **Plataforma:** a revolução da estratégia. Trad. Bruno Alexander e Lizandra M. Almeida. HSM do Brasil, 2016. p. 174.

[85] SANTOS, André Luiz Lopes dos; WADA, Ricardo Morishita. **Produção, distribuição e consumo no mundo das plataformas:** inovação, transformação e regulação. Disponível em: <http://www.andreluiz.com.br/pdf/artigo-producao-plataformas-20171026.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018. p. 5.

[86] SANTOS, André Luiz Lopes dos; WADA, Ricardo Morishita. **Produção, distribuição e consumo no mundo das plataformas:** inovação, transformação e regulação. Disponível em: <http://www.andreluiz.com.br/pdf/artigo-producao-plataformas-20171026.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018. p. 8.

Utilizando-se as plataformas é possível apelar para aspectos não econômicos para incentivar o consumo. Ao contrário de ser obrigatoriamente um ambiente de extrema competitividade, pela quantidade de fornecedores, as plataformas nem sempre se comportarão dessa maneira, podendo inclusive existir a formação pouco competitiva de preços.

A LGPD foi sancionada com sucesso, mas não sem perder muito de sua força, graças ao veto presidencial em seus artigos 55 a 59, que criavam a figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados, que davam uma grande aplicabilidade ao restante da lei, fiscalizando os agentes de tratamento, inclusive com poderes de bloqueio e possibilidade de multas em valores consideráveis aos que desrespeitassem os direitos dos titulares.

O veto do presidente foi embasado no vício de iniciativa legislativa, com o argumento de que compete ao poder executivo a criação de órgãos que onerem o orçamento público, foram vetados também outros dispositivos[87], que permitiam à ANPD suspender ou proibir do exercício da atividade de tratamento de dados. O presidente afirmou que corrigirá o vício de iniciativa, dando a entender que no futuro enviará um projeto de lei com a criação dos referidos órgãos, mas não fixou nenhum tipo de lapso temporal.

Apesar de perder muito de sua aplicabilidade, a LGPD trouxe vários conceitos, princípios e regras que tornam possível uma mais abrangente aplicação do próprio código de defesa do consumidor, reafirmando vários de seus princípios como o direito a informação, o direito à privacidade, o desenvolvimento tecnológico e a livre iniciativa, inclusive em seu artigo 18, parágrafo 8º[88], dispôs expressamente

[87] BRASIL.PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **MENSAGEM Nº 451, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

[88] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

que os titulares podem peticionar em favor da proteção de seus dados pessoais perante os organismos de defesa do consumidor.

A nova lei definiu os agentes tratadores de dados de maneira sistemática, de maneira a facilitar o entendimento da conturbada dinâmica entre os muitos agentes tratadores de dados. O titular é a pessoa natural a quem pertencem os dados objeto de tratamento. Existem dois tipos de agentes de tratamento, o controlador e o operador. O controlador é a pessoa natural ou jurídica a quem compete as decisões referentes ao tratamento, e o operador é a pessoa escolhida pelo controlador para realizar de fato o tratamento dos dados, pode-se fazer uma analogia entre esses agentes e as figuras do fabricante e do lojista.

O ponto central da questão dos limites a serem impostos às plataformas é que como já se verificou na história, não são as leis propriamente ditas que resolvem problemas da sociedade, mas os efeitos positivos que elas podem propiciar. Com o advento desse modelo de negócios, o já claro abismo informacional entre fornecedor e consumidor se tornou ainda mais evidente. Pensa-se que meios inovadores de negócios também exigem meios inovadores de solução.

O foco deve ser, como sempre, na transparência e na informação. A lei deve se focar em trazer meios de tornar o consumidor mais consciente frente ao mercado, pois é isso que a análise e coleta de dados pessoais proporciona aos fornecedores, é a busca por uma paridade de armas.

4.1 A vulnerabilidade

Como já abordado anteriormente, a vulnerabilidade do consumidor é reconhecida pelo código de defesa do consumidor, em seu artigo 4º, inciso I, que se preocupa em dar máxima efetividade à proteção do consumidor, inclusive por ações governamentais diretas, e nesse momento busca-se delimitar quais são as vulnerabilidades mais marcantes para o consumidor de uma plataforma digital.

A primeira questão que deve ser considerada é o fato de haver uma grande desproporcionalidade de ganhos e valores entre as plataformas, que coletam e

processam os dados pessoais, e os usuários donos desses dados.[89] O consumidor comum se contenta ao entregar seus dados pessoais em troca da utilização de uma ou outra plataforma, vende muito barato algo que era para ser de extrema relevância pessoal, ao mesmo tempo que dá ainda mais ferramentas para essas instituições dominarem os mercados, já que os dados aumentam em utilidade quanto maior a sua quantidade.

É difícil imaginar como uma plataforma mantém um serviço funcionando, e mais que isso, faz melhoramentos periódicos no sistema, para atender às demandas dos usuários, realiza interconexões com outras plataformas entre outras, de maneira gratuita. Como se sabe nada no mercado de consumo é gratuito, manter os servidores funcionando, além de programadores, gestores, e todo o pessoal necessário, além de instalações, *links* de internet, manutenção, estrutura física de computadores, redes e outros tipos de maquinário, tem um custo. Esse custo é balanceado pelo uso dos dados pessoais.

O código de defesa do consumidor em seu artigo 4º, caput, enumera como princípios da política nacional das relações de consumo a dignidade, segurança e proteção do interesse econômico, além da transparência e harmonia das relações de consumo.[90] No inciso III deste mesmo dispositivo, dispõe sobre a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo.

Na relação de consumo entre o usuário e a plataforma, claramente pode ocorrer um desrespeito à harmonia e o interesse econômico do consumidor, o que na maioria das vezes sequer é percebido, pela falta de informação e consciência do titular. Essa discrepância de prestações entre fornecedor e consumidor existe e deve ser enfrentada pela sociedade e suas instituições, tanto de modo individual como

[89] SANTOS, André Luiz Lopes dos; WADA, Ricardo Morishita. **Produção, distribuição e consumo no mundo das plataformas:** inovação, transformação e regulação. Disponível em: <http://www.andreluiz.com.br/pdf/artigo-producao-plataformas-20171026.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018. p. 12.

[90] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> . Acesso em 15 mar. 2018.

coletivo. Não é porque em regra o usuário não percebe a lesão, que ela não aconteceu.

Uma outra vulnerabilidade ocorre no desconhecimento técnico abismal existente entre o fornecedor e o consumidor no que tange as relações de consumo nas plataformas digitais. Apesar do mundo ter passado por diversos avanços, tanto em regulação quanto em conscientização, essa diferença técnica sempre irá existir.[91] O homem médio não tem conhecimento técnico suficiente a respeito de aparelhagem informática, conexão de rede, provedores de acesso, provedores de conteúdo, volume de dados e assim por diante. Quem detém esse conhecimento, inclusive por ser o seu ramo de negócios e influir em seus custos de produção, é o fornecedor. O direito do consumidor tem a missão de equilibrar as relações entre fornecedor e consumidor.

Existe também a questão do consumidor estar sujeito a um contrato de adesão na maioria absoluta das plataformas, que tem como característica primordial a prevalência do fornecedor, que redige o contrato, sobre o consumidor, que apenas aceita os termos.[92] Esses contratos de adesão digitais em regra são expostos em uma janela separada nos navegadores, de maneira pouco destacada, e mesmo que o consumidor queira ler, o contrato é incompreensível para ele, a política de privacidade do *Whatsapp*[93] por exemplo, se limita a falar o que a plataforma não pode fazer com os dados pessoais, e dá uma noção muito superficial do real uso dos dados pessoais dos titulares, além de contar com um vocabulário que não é usual do dia a dia do consumidor.

Esse contrato, juntamente com essa permissão para coleta e uso de dados pessoais não é entendida pelo consumidor, o que pode gerar problemas no uso dos serviços da plataforma e prejuízos ao consumidor. Em caso de litígio entre o

[91] MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 323.
[92] MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 72.
[93] **Política de Privacidade do Whatsapp**. Whatsapp Inc. Disponível em:<https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>. Acesso em: 12 mar. 2018.

fornecedor e o consumidor, existirá indubitavelmente vulnerabilidade jurídica, uma vez que o consumidor ao aceitar o contrato não tem pleno conhecimento de seu conteúdo. O fornecedor possui superioridade jurídica no sentido de que lhe é rotineiro o litígio, as empresas se organizam de forma a criarem dentro do sua organização, áreas jurídicas especializadas para este fim, enquanto para o consumidor, litigante excepcional, gera um desgaste emocional e gasto de tempo em atividades alheias a sua área de expertise.[94]

Na atualidade, como pode-se observar existe também um excesso de informação por parte do fornecedor, no contrato de adesão, que tem o mesmo objetivo de tornar incompreensível seu conteúdo, expor muitos detalhes técnicos pode acabar por prejudicar o consumidor de maneira semelhante à ausência de informação, o que ocorre no caso das plataformas, o fornecedor se aproveita da ignorância do usuário, que inclusive se desencoraja de ler os termos de uso ou de privacidade.[95]

4.2 O consentimento

A remuneração pelos serviços prestados é indireta, feita em grande monta com o uso dos dados pessoais dos consumidores, que são coletados, refinados e transformados de maneira que possam ser utilizados das maneiras mais diversificadas. Os efeitos dessa coleta de dados podem ser algo que não atende aos interesses dos consumidores, podem inclusive ser usados os contra seus próprios interesses, como concessão de crédito, seguros e planos de saúde.

Para proteger os consumidores surgiu o consentimento como base do sistema de proteção de dados pessoais[96], isso porque é extremamente dificultosa a criação de

[94] BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42-43.
[95] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 325.
[96] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018.

um sistema completo de autorizações e proibições para regular a atividade de coleta e uso de dados pessoais.[97] O consentimento é a base normativa de quase todas as leis de proteção de dados ao redor do mundo, e no Brasil não é diferente.

A LGPD definiu consentimento da seguinte forma: "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada". [98] Essa adjetivação pode não deixar tão claro o que de fato seria esse consentimento, e por isso esse conceito será tratado de maneira mais detalhada.

Para que o consumidor possa ter qualquer controle sobre a circulação de seus dados pessoais, em primeiro lugar ele precisa ter ciência de sua coleta, uso e compartilhamento, proteção já típica do direito do consumidor, o primordial dever de informação.

Informado, o cidadão pode prosseguir a uma análise de conveniência e oportunidade sobre essa coleta, e essa decisão, autorizando ou não, deve ser livre, no sentido de inexistência qualquer forma de coação, plenamente voluntária e sem pressões externas.

Essa concessão não pode ser genérica, precisa de um direcionamento, não pode o consumidor autorizar o uso de seus dados de maneira totalmente aberta e livre pelos controladores, por esvaziar a possibilidade de controle posterior. Não é requisito desse direcionamento ser totalmente específico, podendo se dar dentro da razoabilidade e do escopo da atividade realizada na plataforma.[99]

---

[97] SOLOVE, Daniel. J. ***The digital person:*** *technology and privacy in the information age*. New York University Press: New York, 2004.

[98] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

[99] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018. p. 45.

A lei utilizou em diversos trechos os termos “finalidade específica” e “finalidade determinada” e por isso procura-se fazer uma importante distinção, tendo em vista principalmente a lógica do microssistema e os princípios legais e constitucionais relacionados.

Existem dois pontos centrais na proteção de dados pessoais, o consentimento e o tratamento. A LGPD definiu que o consentimento deve ser determinado em duas oportunidades, no artigo 5º, XII e no artigo 8º, §4.

A primeira consta nas definições gerais da lei, e prevê que o consentimento deve ser determinado, ou seja, deve-se nortear a ação do agente de tratamento de dados no momento do consentimento, mas não é preciso tratar especificamente de cada tipo de tratamento nesse momento. A segunda aparece no artigo 8º, que trata sobre a forma como deve acontecer o consentimento: “O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.”[100] Em seu parágrafo 4º, a lei estabelece que o consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e que autorizações genéricas serão nulas.

A regra geral do consentimento para finalidades determinadas tem duas exceções, o consentimento para tratamento de dados pessoais sensíveis e para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, quem devem ser ambos específicos e de maneira destacada, para dar maior ênfase no tipo de dado que será coletado, o consentimento no caso de crianças e adolescentes deve ser realizado por um dos pais ou pelo representante legal, no caso o tutor.

A lei estabelece que o consentimento pode ser determinado, mas o tratamento dos dados deve ser sempre específico, desta maneira dando efetividade aos princípios constitucionais e do próprio artigo 2º, como a privacidade e os direitos humanos.

[100] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

O tratamento específico é endereçado em quatro momentos na LGPD, no artigo 6º, inciso I, no artigo 9º, inciso I, no artigo 11, inciso I e finalmente no artigo 14, parágrafo 1º, com a análise dos dispositivos legais é possível ter um panorama da diferenciação entre a determinação do consentimento e a especificidade do tratamento.

O artigo 6º, inciso I dispõe sobre a finalidade do tratamento, deve ser sempre com propósitos legítimos, explícitos e informados, podendo acontecer posteriormente se mantida a finalidade. O limite do razoável é uma importante questão a ser levantada, mas que será tratada mais adiante.

No inciso I do artigo 9º, aparece o direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de dados pessoais pelos agentes, obrigando-os a disponibilizar de forma ostensiva, clara e adequada a finalidade específica do tratamento, de uma maneira muito similar à proteção dada ao consumidor na oferta dos produtos, no artigo 31 do CDC.

Ocorre um reforço à proteção dos dados pessoais sensíveis e aos adolescentes e crianças, nos artigos 11, inciso I e 14, parágrafo 1º, o tratamento de dados sensíveis só ocorrerá com consentimento específico e destacado, e no caso das crianças e adolescentes somente com consentimento de pelo menos um dos pais ou responsável legal.

O consentimento deve ser também inequívoco, aqui no sentido de que deve ser nítido, certo, claro. Apesar dessa certeza transmitida pela palavra, também quer dizer que esse consentimento nem sempre será declarado de forma expressa, podendo ser extraído de uma outra conduta por parte do titular, pelo tipo de ação por ele realizada ao utilizar a plataforma, por exemplo. Em caso de eventuais danos causados aos interesses dos consumidores, caberá ao controlador a prova sobre a forma de obtenção desse consentimento e de sua veracidade.

A própria lei define diversos casos onde os dados do consumidor poderão ser tratados mesmo sem o seu consentimento, em vários incisos de seu artigo 7º, em sua

maioria para motivos nobres como a pesquisa, a saúde, a incolumidade física do titular ou terceiro, implementação de políticas públicas. Em seu parágrafo 4º, dispõe: "É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei"[101], o que permitiria o tratamento de dados dos perfis públicos do *Facebook*, *Linkedin* ou qualquer outra plataforma ou banco de dados de caráter público.

A LGPD também definiu o conceito de dados anonimizado e anomização. Dado anonimizado é aquele dado que não pode mais ser associado a um indivíduo direta ou indiretamente, considerando os meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento. Anomização seria o processo que torna o dado anonimizado. Esses dados podem ser tratados mais livremente por manterem uma desconexão com seus titulares e em tese, serem mais seguros e respeitarem mais a privacidade dos consumidores.

A existência de um dado anonimizado, no entanto se mostra praticamente impossível, mesmo na teoria[102]. O poder computacional que existe hoje em dia torna possível interpretar dados em vários bancos de dados de maneira a reidentificar com muita precisão os indivíduos.

Um exemplo bem prático dessa possibilidade é o jogo online *Akinator*, onde o personagem do jogo é capaz de adivinhar qualquer personagem que o jogador está pensando, se respondidas algumas questões[103]. Esse jogo foi desenvolvido em 2007, e passados 11 anos com já existem técnicas computacionais ainda mais robustas quem permitem a mineração de um banco de dados para fins de reidentificação.

---

[101] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

[102] TEIXEIRA, Lucas. **Teoricamente impossível:** problemas com a anonimização de dados pessoais. Disponível em: < https://antivigilancia.org/pt/2015/05/anonimizacao-dados-pessoais/>. Acesso em: 26 ago. 2018.

[103] Techtudo. **Como funciona o Akinator?**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/01/como-funciona-o-akinator.html>. Acesso em: 20 ago. 2018.

É por essa razão que é preferível a proteção da privacidade do que uma flexibilização do tratamento dos dados pessoais pela sua dita anonimização, já que existe plena possibilidade que esse processo seja revertido.

A LGPD adotou o conceito expansionista de dados pessoais, e por isso seria um contrassenso falar em dados anônimos, já que esses em última análise seriam na realidade, dados pessoais identificáveis. Foi necessário criar um filtro para separar o que seriam dados anonimizados dos dados pessoais.

A solução encontrada foi a da razoabilidade, ou seja, os dados anonimizados só existirão enquanto não sofrerem reversão por meios próprios, ou quando com esforços razoáveis, não puderem ser revertidos a dados pessoais. [104] O filtro é justamente nos esforços razoáveis, uma vez que podem existir processos de reversão que não seriam razoáveis, pelo gasto de recursos e tempo para reversão dos dados.

A possibilidade de uso de dados anonimizados é também relevante, sob a perspectiva de que em certas situações, é de interesse da coletividade que possam ser utilizados, como no caso de aplicação de políticas públicas e pesquisa.

A inserção de conceitos mais abertos de anonimização de dados adotada pela LGPD foi adequada, antes representada pela palavra dissociação, que não abrange qualquer meio de anonimização. Os dados anonimizados quem puderem ser revertidos dentro da razoabilidade serão tratados como dados pessoais e terão todas as suas proteções. Infelizmente a lei não proibiu a reidentificação dos dados anonimizados, o que seria uma proteção sólida aos interesses dos consumidores.

Existe também a questão da necessidade de granularidade nas prestações de serviços por plataformas. Atualmente não existe a opção de escolher-se quais dados serão ou não alcançados e quais serviços poderão ser utilizados ou não, o que existe é um sistema de "pegar ou largar", o que configura a famosa venda casada.

---

[104] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018. p. 32.

No momento em que não é facultado ao consumidor a prestação de um dos serviços individualmente considerados, isso é uma prática abusiva: "[...] o exercício de uma atividade empresarial pelo fornecedor de maneira ilícita, por fugir aos padrões regulares do exercício do comércio."[105], que se aproveita da condição do consumidor para obrigá-lo a, se quiser utilizar a plataforma, permitir o uso de todos os seus dados, com botões apenas de "eu aceito", ao final de longos e incompreensíveis termos de uso e privacidade, em claro desrespeito ao princípio da transparência e informação.

A situação se encaixa perfeitamente na definição legal de venda casada, do artigo 39, I do CDC: "condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos"[106].

Essa venda casada é uma afronta à liberdade de consentimento do uso dos dados pessoais, uma vez que o consumidor se vê obrigado a conceder a permissão para tratamento de dados para poder utilizar os serviços da plataforma.

4.3 O legítimo interesse

O *Big Data* é uma nova metodologia que permite a utilização de um mesmo banco de dados para fins completamente diversos, porque não necessita da estruturação desses dados, sendo desnecessária relacionar os dados previamente para minerá-los[107], e por essa razão, foi adotada na lei a conceituação de consentimento com uma finalidade determinada.

---

[105] MELO, Tasso Duarte de. **A definição de venda casada segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Curitiba, v. 4, n. 13, p. 77-91, mar. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/72468>. Acesso em: 29 ago. 2018. p. 80.

[106] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> . Acesso em 15 mar. 2018.

[107] SAMPAIO, Luciana. **NoSQL, SQL e Big data**. Disponível em:<http://lucianasampaio.wordpress.com/2013/10/03/nosql-sql-e-big-data/>. Acesso em: 23 ago. de 2018.

Finalidade determinada é diferente de finalidade específica, o que tornaria o *Big Data* uma ferramenta ilegal por natureza, o que não é o objetivo do legislador, já que ao mesmo tempo que valoriza a privacidade e a autodeterminação, também valoriza a livre iniciativa e os avanços tecnológicos.

Por essa razão foram introduzidas na lei hipóteses de exceção à regra geral do consentimento. Em seu artigo 7º, inciso IX, a LGPD prevê o tratamento de dados pessoais para atender ao legítimo interesse do controlador ou terceiros, salvo quando prevalecerem os direitos e liberdades fundamentais.

Legítimo interesse é um termo um tanto quanto aberto, podendo causar confusão, uma vez que é legítimo todo interesse que não venha a causar prejuízo ou desrespeitar direitos de outrem. Mas não é esse interesse legítimo que é tratado pela lei.

O termo deve ser entendido de forma sistemática, na conjuntura da lei de proteção de dados, em um cenário onde o titular dos dados pessoais já se manifestou positivamente a respeito do uso de seus dados, e agora o agente de tratamento pretende utilizar novamente os mesmos dados para um outro uso, relacionado com o anterior.[108]

Essa flexibilização entretanto deve ter limites, sendo muito importante a delimitação do que seria esse legítimo interesse e qual seria a sua abrangência, para não tornar exceção a regra geral do consentimento.

O tema foi tratado na LGPD[109], principalmente em seu artigo 10, que dispõe os limites a essa liberdade por parte dos agentes de tratamento. A restrição é que o tratamento somente será autorizado para finalidades legítimas, consideradas no caso

[108] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018. p. 48.

[109] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

concreto, utilizando somente os dados pessoais estritamente necessários para sua finalidade, e adotando medidas para dar ampla transparência ao tratamento a ser realizado. A autoridade nacional poderá solicitar um relatório de impacto quando for utilizado o legítimo interesse, no intuito de fiscalização do cumprimento da lei.

A lei dispõe em seu artigo 37 que os agentes de tratamento deverão manter registro das operações de tratamento, especialmente quando essas operações forem feitas com base no legítimo interesse. Esse dispositivo busca proteger os titulares, uma vez que com a obrigação de manter esse registro por parte dos tratadores, fica nítida a plena capacidade de prova em caso de quaisquer litígios, podendo o juiz determinar a inversão do ônus da prova, de maneira a beneficiar os interesses do titular.

Outra ferramenta que foi disponibilizada ao consumidor foi a possibilidade de portabilidade de dados, em seu artigo 18, inciso V: "portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador."[110]

Essa portabilidade torna possível a valorização dos dados pessoais dos usuários pelas entidades, podendo os consumidores escolherem pela utilização da plataforma que oferecer melhor proteção e que seja menos invasiva. Isso está em plena conformidade com o sistema capitalista, uma vez que os dados possuem um valor muito elevado, principalmente quando em grande quantidade. Assim os titulares dos dados podem utilizar seus dados como poder de barganha, além de aumentar a competitividade entre as plataformas, que oferecerão melhores serviços ou serviços iguais mas com mais privacidade.[111]

[110] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

[111] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas

Um bom exemplo do benefício da portabilidade é o seu sucesso nas prestadoras de telecomunicações, que atualmente competem muito mais acirradamente, e oferecem serviços melhores e mais baratos a fim de resguardar sua clientela, "o ponto focal da portabilidade foi a atribuição de todos os ônus procedimentais às operadoras e, simetricamente, o seu exercício facilitado por parte do consumidor mediante simples requisição."[112]

A lei instituiu a portabilidade diretamente sob a responsabilidade dos agentes de tratamento, de forma gratuita e mediante mera requisição, em moldes semelhantes aos utilizados na portabilidade das telecomunicações, de acordo com o artigo 18, inciso V, e parágrafos 3º, 4º e 5º.[113] Existe também a plena capacidade do titular apenas revogar o seu consentimento ou mesmo requerer a eliminação de seus dados sem justificativa, salvo nos casos em que impedido por outro dispositivo legal, como por exemplo para tratamento de danos de interesse público.

Pela leitura dos dispositivos percebe-se que trata-se de um sistema de freios e contrapesos rígido, ao restringir de maneira objetiva a possibilidade do legítimo interesse, de modo a resguardar os princípios do consenso e da transparência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo estudo do tema foi possível observar que existe de fato uma relação de consumo entre os titulares dos dados pessoais e as plataformas, essa plataforma é uma pessoa jurídica e realiza atividade econômica no mercado com habitualidade, prestando seus serviços mediante remuneração indireta. Do outro lado da relação está a pessoa natural, titular dos dados pessoais, que utiliza o serviço prestado como

legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018. p. 56-57.

[112] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018. p. 56-57.

[113] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

destinatária final, com fins meramente pessoais. É plenamente aplicável o código de defesa do consumidor nesse contexto.

Esses serviços prestados são realizados mediante remuneração indireta, composta essencialmente por três fatores: a publicidade, o uso dos dados pessoais e a valorização da plataforma.

A publicidade se aproveita principalmente da privacidade dos consumidores, que se sujeitam à recepção de conteúdo publicitário direcionado, que geram imensas receitas para as entidades instituidoras das plataformas, por se revelarem extremamente eficientes, além de estarem muito presentes no cotidiano de milhões de pessoas, com o aumento do uso de *smartphones* e afins.

O uso dos dados pessoais dos consumidores tornam possível uma melhor leitura do mercado, diminuem riscos e aumentam sensivelmente a rentabilidade da própria plataforma e de outras empresas, possuindo um amplo valor comercial e utilidade exponencial de acordo com a quantidade de dados tratados.

A valorização da plataforma acontece pelo efeito de rede, uma plataforma que conta com uma quantidade crescente de usuários aumenta em valor para os usuários já existentes, o que aumenta o seu valor para potenciais novos usuários, além de tornar-se mais atrativa a investimentos pela essencialidade, qualidade e praticidade dos serviços prestados e pela possibilidade de alto rendimento a médio-longo prazo.

Para proteger os interesses dos consumidores, que são pela sua natureza, vulneráveis em relação aos fornecedores, e para melhorar o mercado, ao redor do mundo foram sendo criadas leis no intuito de regular as atividades dessas entidades tratadoras de dados, no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que não afasta a aplicação do CDC, muito pelo contrário, traz diversos novos conceitos legais em que a proteção é reforçada, possuindo vários princípios em comum com o CDC e a Constituição Federal.

Mais do que nunca, existe vulnerabilidade entre os titulares consumidores e as plataformas prestadoras de serviços, a maior delas é a disparidade de informação. O consumidor é alheio ao funcionamento das plataformas e por isso ela deve agir com maior transparência possível, o que não ocorre na realidade, os contratos e termos de uso e de privacidade são em sua maioria absoluta confusos, aparecem em janelas separadas ou menores, com pouco destaque e na maioria dos casos limitam-se a especificar o que não podem fazer com os dados pessoais dos consumidores, e não o que de fato irão fazer, tentam em muitos casos dificultar a defesa dos interesses do consumidor por meio de vários dispositivos contratuais que as exoneram de responsabilidade ou fazem eleição de foro, por exemplo.

O consentimento é a base da proteção de dados pessoais em quase toda a regulação sobre a matéria ao redor do mundo, isso porque a regulação de um cenário totalmente mutante como o da tecnologia da informação é totalmente inviável. Procura-se dar ferramentas ao consumidor para que ele regule o mercado, tornar possível uma maior competitividade entre as plataformas, aumentar a conscientização e obrigar os tratadores de dados a informar os titulares adequadamente a respeito do uso de seus dados, além de ferramentas que tornem possível a utilização de seus dados a seu favor, como poder de barganha é muito importante.

Fazer com que as plataformas necessitem do consentimento expresso do titular é um importante passo da proteção à privacidade e valorização de seus dados pessoais, os agentes de tratamento devem ser explícitos quanto a destinação dos dados pessoais, podendo permitir que sejam utilizados de maneira abrangente, mas não universal, outro importante avanço, as permissões universais serão nulas por expresso dispositivo legal.

Os agentes de tratamento podem utilizar os dados pessoais dos usuários mesmo sem sua permissão expressa, ao utilizar o legítimo interesse, que trata-se de uma série de usos lícitos de que o usuário poderia esperar, como por exemplo de se fazer publicidade direcionada ao utilizar um correio eletrônico do *Google*, ou obter a

localização no caso de um aplicativo de transporte, como o *Uber*. Essa utilização deverá ser restrita, e sempre será possível contestá-la, a nova lei trouxe também a possibilidade do titular, por mero requerimento, ordenar a destruição de seus dados pessoais, ou revogar a permissão concedida anteriormente.

Conclui-se que apesar de várias mudanças positivas na nova lei, a melhor ferramenta de proteção ao consumidor, mesmo nesse contexto continua sendo o CDC, a transparência e a conscientização da população quanto aos riscos, usos e valor dos seus dados pessoais e que apesar de aparentemente gratuitos, os serviços que essas plataformas oferecem, estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, como qualquer outro serviço no mercado. Deve-se aproveitar a experiência positiva do Código de Defesa do Consumidor, e aplica-la também à LGPD.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 4 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965**. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L4680.htm> . Acesso em 20 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> . Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL.PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **MENSAGEM Nº 451, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. **A vulnerabilidade dos consumidores no Comércio Eletrônico**: a reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

Desktop and mobile ad revenue surpasses TV for the First Time. 2017. AdAge. Disponível em: <http://adage.com/article/digital/digital-ad-revenue-surpasses-tv-desktop-iab/308808/>. Acesso em 28 mai. 2018.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

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

FORBES. **Here's Why Data Is Not The New Oil.** 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/03/05/heres-why-data-is-not-the-new-oil/#1e3e56fa3aa9>. Acesso em: 20 ago. 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, e-book.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Et. Al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. **System Competition and Network Effects**. Journal of Economic Perspectives, vol. 8, n. 2 p. 93-115, Berkeley, mar. - jun. 1994.

LEONARDI, Marcel. **Dados pessoais, regulação e a economia digital**. Jornal da tarde, São Paulo, 28 mar. 2011. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/2011/03/dados-pessoais-regulacao-e-a-economia-digital/>. Acesso em: 25 mai. 2018.

LÔBO, Netto; LUIZ, Paulo. **Autolimitação do direito à privacidade**. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 34, p. 95-96. Rio de Janeiro, abr.-jun. 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAYER-SCHONEBERGER, Viktor. CUKIER, Kenneth. **Big Data:** A revolution will transform how we live, work and think. Nova Iorque: Houghton Miff lin Publishing, 2013.

MELO, Tasso Duarte de. **A definição de venda casada segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Curitiba, v. 4, n. 13, p. 77-91, mar. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/72468>. Acesso em: 29 ago. 2018.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhas gerais de um novo Direito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOBILE and tablet internet usage exceeds desktop for first time worldwide. 2016. StatCounter GlobalStats. Disponível em: <http://gs.statcounter.com/press/mobile-and-tablet-internet-usage-exceeds-desktop-for-first-time-worldwide>. Acesso em: 23 set. 2017.

NASDAQ. **Why Is Facebook (FB) Stock Falling Today?** 2018. Disponível em: <https://www.nasdaq.com/article/why-is-facebook-fb-stock-falling-today-cm936719>. Acesso em: 14 jun. 2018.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia-Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Resolução 217 A (III), de 10 dez. 1948. Disponível em: <www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217%28III%29&Lang=E>. Acesso em: 28 mai. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 29 mai. 2018.

PARKER, Geoffrey G.; ALSTYNE, Marshall W. Van; CHOUDARY, Sangeet Paul. **Plataforma:** a revolução da estratégia.
Trad. Bruno Alexander e Lizandra M. Almeida. HSM do Brasil, 2016.

Política de Privacidade do Whatsapp. Whatsapp Inc. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>. Acesso em: 12 mar. 2018.

Porque não vendemos anúncios? 2012. Blog do Whatsapp. Disponível em: <https://blog.whatsapp.com/245/Por-que-n%C3%A3o-vendemos-an%C3%BAncios?>. Acesso em: 3 jun. 2018.

REUTERS. **Facebook takes the next step to monetize WhatsApp: WSJ**. 2017. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-whatsapp/facebook-takes-the-next-step-to-monetize-whatsapp-wsj-idUSKCN1BG20N>. Acesso em: 14 mar. 2018.

SAMPAIO, Luciana. **NoSQL, SQL e Big data**. Disponível em:<http://lucianasampaio.wordpress.com/2013/10/03/nosql-sql-e-big-data/>. Acesso em: 23 ago. de 2018.

SANTOS, André Luiz Lopes dos; WADA, Ricardo Morishita. **Produção, distribuição e consumo no mundo das plataformas:** inovação, transformação e regulação. Disponível em: <http://www.andreluiz.com.br/pdf/artigo-producao-plataformas-20171026.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

SARTORI, Ellen Carina Mattias. **Privacidade e dados pessoais**: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 49-104, out./dez. 2016.

SOBRINHO, Mario de Camargo. **Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica**. 1 ed. São Paulo: Editora Interlex, 2000.

SOLOVE, Daniel. J. **The digital person:** technology and privacy in the information age. Nova Iorque: New York University Press, 2004.

Techtudo. **Como funciona o Akinator?**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/01/como-funciona-o-akinator.html>. Acesso em: 20 ago. 2018.

TEIXEIRA, Lucas. **Teoricamente impossível:** problemas com a anonimização de dados pessoais. Disponível em: < https://antivigilancia.org/pt/2015/05/anonimizacao-dados-pessoais/>. Acesso em: 26 ago. 2018.

Termos de Serviço do Whatsapp. Whatsapp Inc. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/legal/#terms-of-service>. Acesso em: 12 mar. 2018.

THE NEW YORK TIMES. **How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions**. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em: 14 jun. 2018.

Uber, Netflix, WhatsApp: por que fazem sucesso, mas têm perdas e dívidas? UOL Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/06/empresas-tecnologia-gigantes-valorizadas-mercado-prejuizo-dividas.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

UK Information Commissioner Office. **Anonymisation**: managing data protection risk code of practice. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/1061/anonymisation-code.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 12 de junho de 2002**. Jornal Oficial da União Europeia, Luxemburgo, n. L 201/37, 31 jul. 2002. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:pt:PDF>. Acesso em: 14 mar. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 27 de abril de 2016**. GDPR - *General Data Protection Regulation*. Jornal Oficial da União Europeia, Luxemburgo, n. L 119/1, 27 abr.

2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 18 mai. 2018.

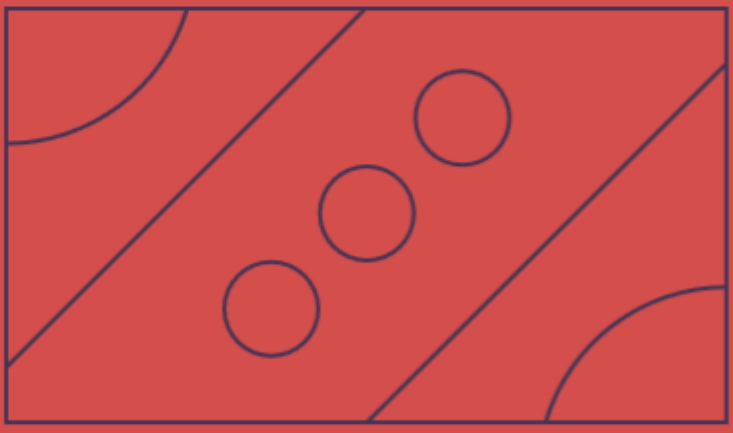
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo de Pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: Goma Oficina, 2015. Disponível em: <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018.

WIKIPEDIA (Brasil). **Orkut**. 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Orkut>. Acesso em: 3 jan. 2018.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2

Direito Constitucional



UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO

Bruna Alessandra Costa Rossi De Sousa

RESUMO

Este trabalho se concentra no tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual. Este é um fenômeno comum nos dias de hoje e a maior parte de suas vítimas são do sexo feminino. Analisa ainda sobre a questão do consentimento pois, ao passo que existem muitas mulheres que são forçadas a irem para a indústria do sexo no exterior, existem aquelas que optam livremente por isso e, portanto, o consentimento delas deveria excluir o crime de tráfico para fins sexuais, que é o que o Protocolo de Palermo afirma. Para tratar melhor sobre essa questão do consentimento, essa monografia utilizou relatos de mulheres que acabaram indo para o mercado sexual no exterior, algumas contra sua vontade e outras por vontade própria. Portanto, conclui-se com este trabalho que é necessário que o consentimento da mulher maior e capaz de exercer a prostituição de forma voluntária deve excluir o crime de tráfico sexual, como o Protocolo de Palermo afirmava e o Brasil não afirmava, até advir uma lei em 2016 para mudar essa percepção e, finalmente, excluir a tipicidade do crime quando há o consentimento.

Palavras-chave: Tráfico Internacional de Mulheres. Exploração Sexual. Consentimento.

INTRODUÇÃO

Estamos em pleno século XXI e ainda nos deparamos com algumas situações que nos deixam perplexos, como é o caso tráfico de pessoas para fins sexuais.

Esse fenômeno ocorre até hoje em todo o mundo. É algo que mexe com a dignidade da pessoa humana pois coloca a vítima em uma situação onde ela passa a sofrer diversas violências, abusos e ameaças.

Com o Protocolo de Palermo, que entrou em vigor no Brasil em 2004, o assunto do tráfico de pessoas passou a ser mais discutido tanto no âmbito internacional quanto no nacional, porém, esse tipo de crime continua existindo no mundo e no nosso país. No referido Protocolo, o consentimento da pessoa maior e capaz é visto como excludente do crime e, no Código Penal Brasileiro não, até 2016. Porém, nesse mencionado na, a Lei nº 13.344/2016 foi aprovada e ela finalmente deu margem para que o consentimento possa ser causa de exclusão do crime em questão.

O problema do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual é bem real e preocupante até os dias de hoje. Ao longo da história, já passamos por inúmeras situações onde o ser humano foi reduzido a uma situação realmente degradante e sem dignidade, como o período da escravidão ou a Segunda Guerra Mundial. Mas, pensar que até hoje existe essa situação onde pessoas são vistas como um simples objeto, é realmente algo que demanda uma solução por parte de todos os países.

Esse trabalho busca falar sobre o tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual. As mulheres são a grande maioria das vítimas desse crime, portanto, é nelas que se busca aprofundar aqui. Além disso, buscamos abordar aqui que, ao mesmo tempo que existem muitas mulheres que são colocadas no mercado sexual contra sua vontade, existem também aquelas que estão totalmente de acordo com isso. Ou seja, existem mulheres que dão sim o seu consentimento e não se importam de exercerem a prostituição.

Esta Monografia é dividida em três capítulos. O primeiro capítulo aborda o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual de um modo geral. Ou seja, começa com o histórico do tráfico sexual feminino; aborda os motivos que levam uma mulher a ser traficada; analisa o perfil das vítimas e dos aliciadores; analisa a questão da vulnerabilidade dessas vítimas; faz a distinção do tráfico sexual para a prostituição voluntária, que é o fato de que mulheres podem sim escolher por vontade própria fazer esse trabalho.

Já no capítulo dois se faz uma análise sobre o Protocolo de Palermo. Nesse trabalho se fala também do Código Penal Brasileiro mas o enfoque maior, e o qual se tem um capítulo exclusivo, é no referido Protocolo. Neste capítulo abordaremos quais os instrumentos internacionais que antecederam o Protocolo de Palermo até chegarmos ao que conhecemos hoje; falaremos também da definição que ele dá para o tráfico internacional para fins de exploração sexual e faremos algumas críticas a ele.

Por fim, o terceiro capítulo traz o estudo de casos. Analisaremos três casos específicos. O caso de uma mulher que foi traficada para o mercado sexual sem nenhum consentimento, o caso de uma mulher que no início consentiu em trabalhar como prostituta mas quando viu em que situações degradantes seria submetida parou de consentir e, por fim, o caso de outra mulher que exerce a prostituição no exterior de forma livre e voluntária sem nenhum vício de consentimento. Depois analisaremos a questão do consentimento, que já vai ter sido abordado em parte pelo primeiro capítulo mas aqui terá uma análise mais prática, visando os reais casos trazidos. E no final veremos como o Código Penal Brasileiro abordou o tema do tráfico sexual internacional e como aderiu ao Protocolo de Palermo.

Visaremos responder à seguinte questão: Será que o consentimento é válido no caso de tráfico de mulheres para fins de exploração sexual ou não? Porque o Protocolo de Palermo acha válido e exclui o crime quando há o consentimento e o Código Penal Brasileiro acabou incorporando isso em 2016.

Para conseguirmos atingir o objetivo de responder a essa questão, analisaremos casos concretos de mulheres. Há aquelas que nunca deram seu consentimento para serem traficadas para fora do país. Há aquelas que no início deram seu consentimento, mas quando viram em quais situações iriam ficar, como, por exemplo, sofrendo ameaças e vários tipos de violência, mudaram de ideia. E temos ainda aquelas que deram e continuam dando seu consentimento para exercer a prostituição e não veem problema algum nisso.

Analisaremos ainda as duas legislações: O Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro. Veremos como cada um trata do tema tráfico para fins de exploração sexual e sobre a questão do consentimento.

1 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

1.1 Um breve histórico do tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual no Brasil

O tráfico de pessoas no Brasil começou com a escravidão. Nosso país foi o último da América Latina a aboli-la. Necessitava-se de mão de obra para trabalho no Brasil "colônia" e então, o tráfico negreiro era utilizado para este fim.[1]

A última vez que desembarcaram escravos no Brasil, foi em 13 de outubro de 1855 e em 13 de maio de 1888 foi assinada a Lei Aurea, que abolia a escravidão no território brasileiro. Porém, antes do último navio desembarcar no Brasil trazendo escravos, e antes de haver uma lei para abolir a escravidão no país, foram mais de 300 anos onde navios negreiros transportavam homens, mulheres e crianças para trabalhos escravos.[2]

Além dos trabalhos braçais feitos pelos homens negros escravos, as mulheres negras escravas acabaram tendo também outras funções, como afazeres domésticos, amamentar os filhos dos senhores e eram também exploradas sexualmente por seus senhores. Ou seja, desde essa época já havia a exploração sexual das escravas negras. Por esse motivo há uma grande miscigenação no Brasil, pelo fato de que os

[1] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. jan./dez. 2016. p. 6-7.

[2] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. jan./dez. 2016. p. 6-7.

senhores de escravos gostavam de ter suas escravas sexuais e acabavam tendo filhos com elas.[3]

Quando a escravidão já havia se abolido, outro problema se iniciou no Brasil. Diversas pessoas vindas da Europa começaram a vir para o nosso país a fim de fugir da fome e de perseguições que aconteciam no velho continente. Vinham para cá em busca de melhores vidas, porém, a realidade era bastante diferente e eles encontraram um trabalho quase que escravo também.[4]

Com a vinda desses europeus, deu-se início, então, o tráfico de "mulheres brancas". Eram mulheres trazidas da Europa e que eram exploradas sexualmente e que, muitas das vezes tinham a consciência de que iriam exercer a atividade da prostituição por aqui, mas não sabiam que sofreriam ameaças, maus tratos e que seriam exploradas como escravas. Essa denominação de "mulheres brancas" queria ser antagônica às denominações do tráfico negreiro que havia ocorrido antes. Porém, esse termo é um tanto quanto discriminatório, visto que existiam também mulheres negras que eram exploradas sexualmente, assim como as brancas, mas que acabavam ficando invisíveis.[5]

O fato do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual não deixou de ser um dos reflexos do capitalismo que emergia no mundo. Assim como existiam

[3] ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

4 KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: < http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 mar 2018.

[5] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: < http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 mar 2018.

formas lícitas de comércio que se expandiam, existiam formas ilícitas também e que expandiam tanto quanto.[6]

Mulheres vindas principalmente do Leste Europeu eram traficadas para a América Latina para os fins de exploração sexual e aqui entravam com a ajuda de agentes alfandegários corruptos. Grandes organizações internacionais eram as responsáveis pelo tráfico dessas mulheres. Essas organizações tinham um poder econômico e uma influência tão grandes, que eram capazes de corromper esses agentes alfandegários, além de agentes de polícia e mais outras várias autoridades públicas, fazendo assim, com que as "mulheres brancas" como eram conhecidas, entrassem na América Latina sem maiores problemas.[7]

Esse tráfico de mulheres brancas vindas da Europa veio principalmente para o Brasil e a Argentina pois esses dois países, no final do século XIX e começo do século XX começaram a ter um processo de modernização e ocidentalização em suas áreas urbanas.[8]

Com o fim do tráfico negreiro para a América e com o processo de modernização dos países desse continente, também vieram características negativas do sistema capitalista ocidental. Um dos mais negativos foi coisificar o ser humano. As mulheres se tornaram mercadoria que a Europa exportava para outros

[6] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: < http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 mar 2018.

[7] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: < http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 mar 2018.

[8] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: < http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 mar 2018.

continentes. Isso se tornou uma nova forma de escravidão, diferente daquela escravidão negra que se conhecia.[9]

Assim, a entrada ilegal dessas mulheres vindas, principalmente, da Polônia e da Hungria foi se tornando cada vez mais comum na Argentina e no Brasil. Para que elas conseguissem entrar nesses países, ocorriam violações de lei, que eram amplamente toleradas por oficiais da alfândega corruptos, que ajudavam a entrada ilegal dessas mulheres nos países.[10]

Em Buenos Aires a situação era ainda pior. Na capital argentina haviam representantes das principais organizações europeias responsáveis pelo "tráfico das mulheres brancas". Era o famoso "caminho de Buenos Aires", que era uma das mais famosas e lucrativas rotas de tráfico na época.[11]

Tanto no Brasil quanto na Argentina existiam grandes organizações criminosas internacionais, como a Zwig Migdal, que possuíam um grande poder econômico e estruturas tão grandes que poderiam corromper e cooptar facilmente oficiais da alfândega, delegados de polícia e outras autoridades públicas, o que permitia com que suas atividades criminosas de tráfico de mulheres brancas vindas da Europa se expandissem e prosperassem.[12]

---

[9] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: < http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 mar 2018.

[10] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

[11] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

[12] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

Porém, com o passar dos anos, em meados de 1980, o tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual se transformou no Brasil. Se antes, nosso país recebia mulheres vindas da Europa para serem exploradas sexualmente aqui, em meados dos anos 80, foram as mulheres brasileiras que começaram a ser traficadas para a Europa com o mesmo fim.[13]

Além de mulheres brasileiras e latinas em geral, começaram a ir para a Europa para o tráfico sexual mulheres vindas da Ásia e da África também.[14]

Conforme estudos no jornalista canadense, Victor Malarek, existem quatro grandes "ondas" que dividem o tráfico de pessoas na história moderna. A primeira onde ocorreu na década de 1970, onde as mulheres asiáticas, principalmente as filipinas e as tailandesas, eram mandadas para os países ricos e industrializados da Europa. A segunda onde ocorreu no início dos anos 1980, onde as mulheres africanas, especialmente de Gana e Nigéria, é que passaram a serem mandadas para a Europa rica e industrializada. Já a terceira onda foi a da América Latina, em meados dos anos 1980. Nela, mulheres vindas principalmente do Brasil, Colômbia e República Dominicana é que eram mandadas para a Europa. E a quarta onda foi aquela no final dos anos 1980, que teria começado com o fim do socialismo real na Europa centro-ocidental e o colapso da antiga União Soviética, onde haviam mulheres vindas de países do leste europeu e da União Soviética. O jornalista ainda enfatiza que essas quatro ondas se sobrepõem e que o início de uma nova onda não fez com que as demais ondas acabassem.[15]

[13] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

[14] KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica**. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

[15] MALAREK, Victor. **The Natashas: the new global sex trade**. Toronto: Penguin Canada. 2004. p. 6.

Ou seja, com todos esses dados podemos inferir que, se antes, no início do século XX, havia a preocupação com as mulheres europeias no chamado "tráfico de mulheres brancas" para a América Latina, no final do mesmo século, a preocupação passou a ser o contrário, ou seja, as mulheres provenientes desses países da América Latina, África e Ásia é que passaram a ser mandadas para a Europa para serem exploradas sexualmente.[16]

Por mais que os tempos sejam outros, as características daquele tráfico do início do século XX, do tráfico do final desse mesmo século e do tráfico do atual século XXI acabam se mantendo.[17] Certas práticas e razões ainda são bastante semelhantes, como, o caráter transnacional; serem vítimas vulneráveis; haver o engodo durante o aliciamento; haver a situação de escravidão por dívida no local de destino, etc.[18]

Porém, nos dias de hoje, a globalização acaba ajudando os traficantes de pessoas com suas ferramentas utilizadas para fins lícitos, como a maneira mais fácil de transpor fronteiras e a revolução dos meios de comunicação.[19]

De acordo com David Batstone, do movimento *Not for Sale*,[20] o tráfico internacional de pessoas, que é uma atividade extremamente lucrativa, é possível apenas com a estrutura do crime organizado, corrompendo agentes do governo e policiais. O autor diz que, por exemplo, a máfia russa é uma grande representante dessa forma de criminalidade. Ela está presente em todas as ações do tráfico sexual no Leste Europeu, domina o tráfico em Israel e em muitos países da Europa ocidental, e ainda está muito presente no Canadá, Estados Unidos e sudeste asiático.

---

[16] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 63.

[17] MALAREK, Victor. **The Natashas: the new global sex trade**. Toronto: Penguin Canada. 2004. p. 6.

[18] MENEZES, Lená Medeiros de. **O tráfico internacional de mulheres no *debut* e *fin-de-siecle***. In: Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade. p. 174-175.

[19] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 63.

[20] BATSTONE, David. **Not for Sale**. p. 159-160.

1.2 Aspectos gerais do tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual

Para começarmos nossa análise sobre o tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual, precisamos primeiro entender o seu conceito. A definição que melhor estabelece o que essa prática, é a do Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres, Crianças, mais conhecido como Protocolo de Palermo. Este Protocolo coloca em seu artigo 3º, alínea a, a seguinte definição:

> "A expressão tráfico de pessoas significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos".

Pode-se observar que o principal requisito para ter o tráfico caracterizado, segundo o Protocolo de Palermo, é a presença do engano, da coerção, da dívida e do fim de exploração. A questão aqui é se existe violação nos direitos da vítima, constrangimento de vontade e violação corporal.[21]

O bem jurídico protegido no tráfico para fins de exploração sexual era a moral sexual pública. Porém, hoje em dia não há mais que se falar nisso e sim na liberdade sexual, como elemento da dignidade humana. O tráfico sexual restringe a liberdade da vítima, é um desrespeito à sua dignidade humana e à sua integridade física e moral.[22]

[21]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2015.

[22]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa

O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual está no quadro dos crimes chamados de *hard crime*, onde também estão o tráfico de drogas e o contrabando de armas de fogo, crimes que movimentam muito dinheiro.[23]

O tráfico de pessoas é chamado de hard crime devido ao fato de ser um crime muito complexo, haver vários crimes englobados, como o tráfico para fins de exploração sexual ou o tráfico para remoção de órgãos e pelo fato de ser um crime que viola diversos direitos. É muito difícil esse tipo de crime.[24]

No caso do tráfico internacional para exploração sexual, a definição melhor aceita hoje é a do artigo 3º do Protocolo de Palermo, já elencada acima.[25]

Como pode-se notar na definição do referido Protocolo, ele define não só exploração sexual, mas também, o trabalho forçado, as práticas análogas à escravidão, a servidão e o tráfico de órgãos.[26]

No caso da exploração sexual, que é nosso objeto de estudos aqui, aliciadores ludibriam diversas mulheres, que procuram melhores condições de vida, e as levam para o mundo da exploração sexual. Esses aliciadores sabem dessa situação das mulheres de vulneráveis por não terem condições de vida muito boas, então, eles se aproveitam disso.[27]

---

de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2017.

[23]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização.** Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 164.

[24]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2017.

[25]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2016.

[26]RAMINA, Larissa. Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 164.

[27]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2016.

Uma vez entrando nesse mundo, essas mulheres sofrem ameaças, humilhações, maus tratos e fazem trabalhos praticamente escravos. Inclusive, atualmente, a Organização das Nações Unidas, a ONU, define que o tráfico internacional é a "forma moderna de escravidão", visto que a pessoa traficada tem suas liberdades fundamentais privadas, como a liberdade de locomoção e a liberdade de escolha. Muitas dessas mulheres se suicidam, outras conseguem fugir e outras acabam apenas aceitando.[28]

Essa prática de tráfico para exploração sexual acaba transformando a mulher em um bem de consumo, onde seus direitos e sua dignidade são esquecidos.[29]

O tráfico de mulheres para exploração sexual é uma exploração do trabalho sexual de outra pessoa. Essa exploração é quando o explorador estabelece uma relação de consumo e abuso do corpo de alguém para obter deste alguém serviços sexuais. Ou seja, o explorador vende o corpo de uma outra pessoa para exploração sexual para que ele possa obter lucro. Para as mulheres adultas, é considerado prostituição forçada ou exploração sexual quando existem características de trabalho forçado. Algumas dessas características são: limitação da liberdade da pessoa, a retenção de documentos, a ameaça e a retenção da pessoa por uma dívida.[30]

As vítimas desse crime ficam, na maioria das vezes, alojadas em lugares que não possuem segurança alguma, vivem na clandestinidade e trabalham de forma ilegal. Além do mais, frequentemente, essas vítimas ficam no país de destino de forma ilegal. Devido a esse conjunto de fatores, essas pessoas acabam se sentindo

[28]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2016.

[29]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2016.

[30]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2016.

coagidas diante das ameaças dos traficantes e sentem medo de procurar qualquer ajuda.[31]

Na indústria da prostituição e do sexo, existem vários fatores que alimentam a demanda pelo tráfico, onde os principais são: a pornografia; o "comércio adulto", que são as *sex-shops*, os clubes de *strippers* e as agências de acompanhantes; o turismo sexual; o casamento por encomenda; o tráfico de mulheres e a própria prostituição.[32]

Essa indústria acabou formando um mercado multibilionário, que movimenta bilhões não só na economia de um país ou de alguns países, mas na economia global.[33]

O crime do tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual é um delito transnacional e muito rentável. É o crime mais comum e mais rentável hoje, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e do contrabando de armas.[34]

A transnacionalidade desse crime deve ao fato de que ele ocorre entre dois ou mais países. Na maioria das vezes, a vítima é recrutada em um determinado país, passa por um ou mais países, que são chamados "países de trânsito", até chegar ao país de destino.

Como esse crime envolve diversos países, para que se possa repreendê-lo, é muito importante que haja uma cooperação internacional.35

[31]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2016.

[32]KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica.** In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

[33]KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica.** In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 mar 2018.

[34]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 164.

Algo que tem muito a ver com o tráfico de pessoas é a globalização. Conforme o texto da autora já mencionada, por globalização entende-se como sendo a integração progressiva das economias e a sociedade. Ela é fruto das novas tecnologias, das novas relações econômicas e as políticas nacionais e internacionais de ampla gama de atores, como os governos, as organizações internacionais, o trabalhadores, as empresas e a sociedade civil.[36]

Na globalização há, basicamente, o fluxo de informações, capital e pessoas, o que dá oportunidades e gera progressos. Mas, isso também faz com que a criminalidade e o tráfico de pessoas avancem de maneira estonteante.

Ou seja, existe uma grande ligação entre a globalização e o tráfico de pessoas. A globalização facilita e faz crescer o tráfico. As novas tecnologias são ferramentas fáceis e rápidas para se ter um aumento desse crime, sem contar que esses mercados sexuais crescem com a globalização.[37]

Além do mais, os principais fatores que levam uma pessoa a ser traficada, que são a pobreza, a falta de oportunidades, a exclusão social etc., estão diretamente ligadas com o fenômeno da globalização, conforme mostram estudos feitos pelo GAATW, *Global Alliance Against Traffic in Women*, em 2010.[38]

Sem contar que, com a globalização, aumentaram os números de imigrações de um país subdesenvolvido para outro desenvolvido e com isso, as fronteiras desses

---

[35]KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica.** In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

[36]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 170-171.

[37]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 170-171.

[38]KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica.** In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

países desenvolvidos começaram a ficar mais fortes e rigorosas, o que aumentou a quantidade de pessoas atravessando essas fronteiras de forma ilegal e clandestina, ou seja, um fator que facilita o tráfico de pessoas.[39]

Conforme o artigo 3º do Protocolo de Palermo, para que ocorra o Tráfico de Pessoas, é necessário que haja três elementos constitutivos: os atos; os meios; e a finalidade de exploração. Ou seja, para termos o Tráfico de Pessoas caracterizado, é necessário haver uma combinação de, no mínimo, um ato, um meio e uma finalidade.[40]

Exemplos de atos seriam: o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou acolhimento de pessoas. Já os meios seriam: a ameaça ou uso da força, a fraude, o engano, a abdução, a coerção, o abuso de poder ou o abuso de vulnerabilidade. Como finalidade nós temos a exploração da prostituição, da exploração sexual, da escravidão etc.[41]

Por fim, analisando a *Pesquisa Enafron – Diagnóstico sobre Tráfico de Pessoas nas Áreas de Fronteira*, pode-se inferir que os principais motivos que fazem com que o tráfico não seja notificado são: o aparato Estatal deficitário e a cultura negligente com algumas violações, principalmente trabalho escravo e exploração sexual; a tolerância tácita a esse tipo de problema em regiões de fronteira; a não formalização de denúncias pelas pessoas em situação de tráfico, ou porque não se consideram vítimas dessa prática, ou porque vê no explorador um aliado, na medida

[39]KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica.** In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

[40]KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica.** In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 30 mar 2018.

[41]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2016-2017.

em que seus interesses econômicos são atendidos; e a falta de denúncia da família das pessoas traficadas.[42]

É uma surpresa a falta de denúncia pela vítima e por sua família. Em geral, isso ocorre, pois, essas mulheres em situação de tráfico não se veem como vítimas. Muitos são os fatores para que elas não se enxerguem como tais, por exemplo: o medo de represálias dos grupos criminosos organizados; a existência de uma dependência psicológica com o explorador nas situações em que a exploração se dá por um longo período de tempo; o fato de elas não reconhecerem que a situação em que se encontram constitui um crime onde elas são as vítimas; o medo de que suas famílias descubram a atividade que elas desempenham no exterior; a associação da ideia de tráfico com o cárcere/escravidão, o que faz com que quem não tenha sofrido experiencias extremas de restrição da liberdade e de violência não se considerem vítimas.[43]

De acordo com dados do ano de 2010, fornecidos pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime – UNODC,[44] a arrecadação de dinheiro que estava envolvido no crime de tráfico internacional para fins de exploração sexual para a Europa, chegava a 3 bilhões de dólares ao ano, e a quantidade de novas vítimas era de 70.000 anualmente. Os dados ainda revelam que 84% das pessoas em situação de tráfico que iam para a Europa ocidental e central, eram destinadas para a exploração sexual.

[42]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 53-54.

[43]MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2016-2017.

[44]***Trafficking in persons to Europe for sexual exploitation*.** Disponível em: <http://www.unodc.org/southerncone/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>. Acesso em: 31 mar 2018.

O número de meninas e mulheres traficadas paras fins de exploração sexual é muito maior que o de meninos e homens, chegando a ser de 98%.[45]

1.3 Como a mulher traficada é retratada

É um tanto quanto difícil estabelecer um perfil para a vítima do tráfico para exploração sexual. Não existem estudos suficientes para se dizer que há um perfil certo e a própria característica do crime não nos leva a elaborar um perfil totalmente certo.[46]

Antigamente, com o tráfico das "mulheres brancas" como já mencionado, mulheres com essa cor de pele eram as mais traficadas, porém, hoje em dia, qualquer ser humano pode ser uma vítima.[47]

Mesmo sendo difícil definir um perfil certo para as vítimas desse crime, os estudos e pesquisas feitos nessa área apontam certos perfis.[48]

A maioria das pessoas traficadas para a exploração sexual são mulheres e crianças, principalmente do sexo feminino. A maior parte dessas pessoas é solteira ou veio de um relacionamento frustrado e já sofreu algum tipo de violência dentro de casa, por algum familiar, como estupro, maus tratos ou abandono, ou já sofreu algum tipo de violência na rua ou na escola. Essas mulheres geralmente tem uma idade que está entre 18 e 30 anos. Muitas delas já possuem filhos. Hoje em dia também, a maioria dessas pessoas traficadas tem a cor da pele morena, são pessoas que nem

[45] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 66.

[46] OLIVEIRA, Edirani Lanes de. **Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 10 abr 2018.

[47] OLIVEIRA, Edirani Lanes de. **Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 10 abr 2018.

[48] OLIVEIRA, Edirani Lanes de. **Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 10 abr 2018.

chegaram a terminar o ensino fundamental, parando, na maioria das vezes, no 9º ano.[49]

A condição financeira dessas vítimas é, na maioria das vezes, baixa. São pessoas de baixa renda. Sendo que elas não conseguem pagar nem uma viagem para outra cidade do Brasil, quem dirá para o exterior. Ou seja, são pessoas que buscam melhores condições de vida fora do país.[50]

1.4 Principais motivos que levam as mulheres ao tráfico internacional para fins de exploração sexual

Existem três principais motivos para que uma mulher vá para o tráfico para exploração sexual. São esses motivos: as condições econômicas, a busca pelos seus sonhos e as redes de tráfico.[51]

O principal motivo, são as condições econômicas. As vítimas, na maioria das vezes, são pessoas pobres e que não tiveram muitas oportunidades na vida. São pessoas que querem um futuro melhor para si e suas famílias. São vulneráveis financeiramente, passam necessidades pela falta de dinheiro.[52]

Muitas vezes, essas mulheres vêm de países subdesenvolvidos e buscam ir para países desenvolvidos, onde elas têm a ideia de que o país que elas vieram não

[49]OLIVEIRA, Edirani Lanes de. **Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 10 abr 2018.

[50]OLIVEIRA, Edirani Lanes de. **Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 10 abr 2018.

[51]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. **Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal**. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

[52]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. **Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal**. Cad. Saúde Pública. 2016. vol. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

vai lhes trazer muitas oportunidades, ao passo que, o país que elas desejam ir é uma terra dos sonhos onde elas vão conseguir melhorar de vida.[53]

Claro que nessa rede de tráfico, também existem vítimas que têm uma boa condição social, mas que buscam manter ou melhorar seus rendimentos através da prostituição.[54]

Outro motivo que leva mulheres a essa rede de tráfico, é a busca pelo sonho delas. Elas acabam ficando com certas "ilusões" de que vão ter uma vida melhor em outro país, muitas vezes por promessas enganosas que tem por objetivo, justamente, fazer com as vítimas acreditem que vão melhorar de vida e queiram buscar esse sonho.[55]

Além de que, como já mencionado, há a crença, por parte dessas mulheres, de que o país de que elas vêm não lhes trará a realização de seus sonhos de melhorar de vida e somente países desenvolvidos é que lhes trarão essa realização. E ainda temos o fato de que, há aquela crença de que o país estrangeiro é sempre melhor e sempre vai dar melhores condições de vida.[56]

[53]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. **Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal**. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

[54]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. **Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal**. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

[55]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. **Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal**. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

[56]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

O terceiro motivo que leva uma mulher ao mundo do tráfico para exploração sexual são as redes de tráfico.[57]

Os aliciadores são pessoas que ludibriam as vítimas. Eles se fazem de amigos delas para poder leva-las a esse mundo de exploração sexual. Se dizem conhecedores do país de origem, fazem de tudo para convencer a vítima e para criar um sonho e uma expectativa nela para quanto ao país de destino e sua vida que irá melhorar.[58]

Muitas vezes, existem aliciadoras mulheres que estiveram na condição de exploração sexual e hoje aliciam novas vítimas. E estas aliciadoras falam que existem vários benefícios na prostituição, que existe sucesso e que conseguem muitos bens materiais e riquezas com esses trabalhos sexuais no exterior.[59]

Indo mais além, podemos definir as principais causas para o tráfico internacional de pessoas, que são: a inexistência de direitos ou a baixa interpretação das regras internacionais de direitos humanos, a discriminação quanto ao gênero, a violência contra a mulher, a pobreza, a desigualdade de renda e de oportunidades, a falta de estabilidade econômica, os desastres naturais, as guerras e a falta de estabilidade política.[60]

São muitos os motivos que levam uma mulher a acabar vítima do tráfico internacional para exploração sexual. Muitas delas foram enganadas, outras coagidas e outras simplesmente foram voluntariamente. Porém, um denominador comum em

[57]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

[58]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

[59]ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

[60]JESUS, Damásio de. Tráfico Internacional de Mulheres e crianças. São Paulo: Saraiva, 2003.

todos os casos é a vontade de ter uma condição de vida melhor. O maior fator que leva uma pessoa a acabar nessa condição de vítima do tráfico é o fato dela querer melhorar sua vida e a de sua família.[61]

1.5 Questões de gênero

Como já mencionado anteriormente, um dos principais fatores, senão o principal fator, que faz com que uma mulher se torne uma vítima do tráfico para exploração sexual, é a questão de procurar uma melhor condição de vida. Podemos entender que o porquê da mulher que é traficada querer uma melhor vida é pelo fator da pobreza e querer dar para sua família uma melhor condição de vida. Somando esses fatores, sem muitas oportunidades, sem muito dinheiro e com pouca perspectiva de vida, muitas mulheres acabam caindo nas mãos dos traficantes do mercado sexual.[62]

Outra questão e que faz com que a maioria das mulheres traficadas sejam advindas de países subdesenvolvidos, ou seja, países que, de acordo com a Organização das Nações Unidas, possuem os menores indicadores de desenvolvimento socioeconômico e humano entre todos os países do mundo, é que nesses países as mulheres são desvalorizadas, acabam tendo um status inferior, sofrem discriminações na política, na religião, na sexualidade, etc. Esses países têm uma concepção inferior da mulher, ela é considerada inferior ao homem, não tem os mesmos direitos que homens. Exemplos de países subdesenvolvidos são: Angola, Ruanda, Moçambique, etc.[63]

---

[61] ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

[62] PAULA, Cristiane Araújo de. Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[63] PAULA, Cristiane Araújo de. Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-

Em algumas sociedades antigas, desde o período neolítico, que viam as mulheres de maneira inferior aos homens, havia a divisão de tarefas que podia evidenciar tal discriminação. Desde aquela época, homens faziam os trabalhos braçais, buscavam a comida e as mulheres tinham o dever de reprodutora da espécie, de cuidar dos filhos, de cozinhar, etc.[64]

Essa função de reprodutora da espécie fez com que a mulher ficasse subordinada ao homem. O homem era visto como o chefe da família, quem comandava, quem tinha o poder e a mulher era considerada frágil e incapaz de poder comandar. A mulher era vista somente como reprodutora, de posse do homem, tinha funções domésticas e era submissa ao seu marido.[65]

Na Revolução Industrial, por mais que não tenha sido a primeira vez em que mulheres começaram a reivindicar seus direitos, foi nessa época que isso teve mais visibilidade. Nesse momento histórico conhecido, elas quiseram igualdades de trabalhos com os homens e direito ao voto. Elas buscavam a democratização das relações de gênero.[66]

As mulheres lutaram para ter seu lugar na sociedade, para serem tratadas de forma igualitária com os homens, para não serem mais vistas como um objeto e nem como alguém que pertence ao homem. Elas queriam autonomia e respeito.[67]

---

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[64]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[65]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[66]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[67]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

Nos dias de hoje, essa luta das mulheres ainda persiste. Por mais que elas já tenham conseguido muitos direitos e uma grande autonomia, coisa que não tinham no passado, ainda há um certo preconceito de gênero.[68]

Na hora de instaurarem processos penais contra os aliciadores, os depoimentos dessas vítimas servem apenas para comprovar o tráfico. Não se fala em indenização ou assistência social para elas, a não ser que tenham sido ameaçadas. Mas, de uma maneira geral, elas servem apenas como mais um depoimento para o processo penal. A prestação pecuniária que muitos aliciadores são condenados a pagar no fim do processo, acaba não indo para as suas vítimas e nem para entidades sociais de apoio à vítima de exploração sexual.[69]

Isso evidencia mais uma vez a questão de gênero que estamos discutindo aqui. A vítima não recebe nenhum benefício por ter sofrido uma exploração sexual forçada. Pelo contrário, o fato dela ter acabado exercendo a prostituição, mesmo que forçada, faz com que ela seja estigmatizada assim como os aliciadores.[70]

Como as mulheres acabam sendo mais vulneráveis ao tráfico, os aliciadores se aproveitam disso. Além de se aproveitarem também da exclusão social que a mulher sofre e da falta de recursos financeiros, no caso das mulheres advindas de classes inferiores, que são a maioria.[71]

Existem pesquisas que evidenciam o fato de que as mulheres que são traficadas, em sua grande maioria, já sofreram alguma forma de violência dentro da família ou fora, até mesmo na escola, seja estupro, abandono, maus tratos, etc. Ou

[68]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[69]CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **A criminalização do tráfico de mulheres: Proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero?** Cadernos Pagu. n. 31. Campinas: Cadernos Pagu. 2008. p. 112-115.

[70]CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **A criminalização do tráfico de mulheres: Proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero?** Cadernos Pagu. n. 31. Campinas: Cadernos Pagu. 2008. p. 112-115.

[71]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

seja, sofrer violência também acaba sendo um fator que pode levar as mulheres a quererem sair de casa e irem morar fora do país e ficarem em situação de tráfico.[72]

1.6 Violência contra a mulher

A violência contra a mulher acaba estando atrelada às questões de gênero, pois elas sofrem violência dentro e fora de casa, muitas vezes por serem vistas como seres mais frágeis. A violência contra a mulher é aquela praticada em razão de discriminação sexual. Essa violência, como já exposto no tópico acima, faz com que elas saiam de casa por não aguentarem viver em situações de abuso e maus tratos. O que elas não sabem ao sair da situação de abuso de maus tratos que elas vivem é que, quando acabam na situação de tráfico, elas passam a sofrer o mesmo tipo de violência que sofriam onde vieram.[73]

A Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, aprovada em Belém, através da OEA – Organização dos Estados Americanos) definiu que a violência contra a mulher é aquela onde: qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.[74]

Conforme já explicado nas questões de gênero, as mulheres de países subdesenvolvidos acabam sendo mais vulneráveis a acabar no mundo do tráfico para exploração sexual. Essas mulheres ficam desprotegidas pelas legislações de seus países que as veem como seres inferiores e que, por isso, não têm direitos que as protejam. A cultura desses países que veem a mulher como um ser inferior, é um

[72]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 173.

[73]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[74]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

grande agravante para fazer com que elas acabem no mundo do tráfico para exploração sexual.[75]

Muitas delas, que vêm de países que não lhes dão direitos e nem voz, acabam preferindo fugir de suas vidas de maus tratos e exploração, e acabam caindo nas redes do tráfico.

E então, como já dito, elas saem de uma situação de violência dentro de suas comunidades para países no exterior, acreditando que vão ter uma melhor vida, e sofrem os mesmos tipos de violência.

1.7 Recrutamento

Para aliciarem as vítimas, não são usadas pessoas distantes, desconhecidas. Na verdade, os aliciadores são pessoas próximas das vítimas, de confiança. São familiares, namorados, vizinhos ou amigos. Isso ocorre porque esses aliciadores têm o objetivo de conseguir a confiança da vítima, para depois poder enganá-la.[76]

Uma tática usada no recrutamento é a de falsas agências de viagens, de emprego ou de modelos, o que faz com que as mulheres acabem ficando interessadas nessas propostas pois querem melhorar de vida e ascender economicamente.[77]

Os aliciadores também aproveitam o melhor momento para recrutar suas vítimas, que é o momento onde elas estão mais vulneráveis, seja porque perderam o emprego, ou porque terminaram um relacionamento, ou porque têm filhos para criar.

[75]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[76]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 174.

[77]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

Com essas fragilidades, as vítimas acabam ficando mais vulneráveis a aceitar as propostas feitas pelos traficantes.[78]

As formas de recrutamento podem ser várias, mas a principal é por meio de engano da vítima. Há situações onde elas são sequestradas ou vendidas por familiares.[79]

Para algumas mulheres, as propostas de aliciamento são logo a proposta de prostituição no exterior, onde ela acredita que vai ganhar mais e ter uma vida melhor, mas ao chegar no local de destino acaba vendo que não é bem assim e acaba sofrendo ameaças, maus tratos e privação de liberdade. Para outras, as propostas são ainda mais enganosas, onde os aliciadores prometem trabalhos de babás, de modelo, ou de garçonete.[80]

Mesmo para as mulheres que já saem do país sabendo que vão para outro país exercer a prostituição, há o engano, pois elas acham que vão trabalhar sob determinadas condições e com determinados salários, mas quando chegam no lugar de destino, descobrem que suas remunerações e suas liberdades serão muito diferentes daquelas prometidas.[81]

Essas vítimas são ludibriadas pelos traficantes, que as fazem achar que terão melhores condições de vida. Quando chegam em seus lugares de destino, essas

[78]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[79]RAMINA, Larissa. Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p.173.

[80]PAULA, Cristiane Araújo de. Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[81]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

mulheres acabam sofrendo violência e ficando em regime praticamente de escravidão.[82]

Os traficantes pagam a documentação para saída do país, pagam o visto do país de destino, o transporte e outras formas utilizadas pela vítima para chegar no local de destino. Porém, quando as vítimas chegam no país de destino, os traficantes informam que elas terão que pagar por tudo o que eles custearam para elas, o que as faz ficarem vinculadas até o pagamento de toda a dívida. Mas, a dívida é enorme e a vítima acaba levando anos para pagar, isso quando consegue paga. Os traficantes aumentam cada vez mais o valor, justamente para poderem ficar exercendo seus poderes naquela mulher que foi traficada.[83]

1.8 Consequência do tráfico

As vítimas do tráfico sexual podem sofrer inúmeros danos, como o psicológico, abalado por meio de ameaças, maus-tratos, violência, confinamento, entre outras coisas. Elas podem vir a sofrer síndrome pós-traumática, depressão ou tendências ao suicídio. Podem ter dificuldades em interagir e se comunicar em sociedade e manter relações de afeto. [84]

O impacto social também é uma consequência, onde a vítima pode se isolar socialmente, romper os laços com a família, ter excesso de desconfiança e timidez.[85]

Também há o impacto físico que elas podem sofrer danos físicos, pelo uso forçado de drogas, abortos compelidos, alimentação inadequada e privação do sono. Em decorrência de DSTs, elas podem ter danos no sistema reprodutor, além de

[82]PAULA, Cristiane Araújo de. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

[83]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p.173.

[84]TORRES, Hédel de Andrade. **Tráfico de Mulheres – Exploração Sexual: Liberdade à Venda**. Brasília: Rossini Corrêa. 2012. p. 133.

[85]TORRES, Hédel de Andrade. **Tráfico de Mulheres – Exploração Sexual: Liberdade à Venda**. Brasília: Rossini Corrêa. 2012. p. 134.

danos no sistema imunológico por causa do vírus do HIV ou da AIDS. Podem ter também problemas nos pulmões por ficarem em locais muitos úmidos onde executam suas atividades ou pelo tabagismo.[86]

Ainda podemos destacar um impacto legal na vida dessas mulheres causado, por exemplo, por uma gravidez indesejada onde elas são afastadas compulsoriamente de seus filhos. Ou ainda, se elas forem imigrantes ilegais no país de destino. E a mulher ainda pode ser considerada autora de crime em países onde a prostituição é crime.[87]

Há também os danos econômicos, onde a vítima se endivida com os aliciadores e acaba tendo a perda dos seus bens e seus familiares também podem acabar perdendo seus bens.[88]

Para finalizar, além de atingira individualmente a vítima, pode haver um atingimento social, cujo impacto é financeiro. Assim, a vítima pode se excluir dos serviços sociais e educacionais e isso pode vir a gerar mão de obra desqualificada, maior ônus aos programas sociais e a maior vulnerabilidade dessas mulheres. [89]

1.9 Perfil das vítimas e dos aliciadores

A primeira pesquisa sobre o tráfico de pessoas no Brasil foi feita pelo consultor Marcos Colares, do Ministério da Justiça, em Tribunais de Justiça e Superintendências da Polícia Federal dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Essa pesquisa queria justamente identificar qual o perfil das vítimas e

[86]TORRES, Hédel de Andrade. **Tráfico de Mulheres – Exploração Sexual: Liberdade à Venda**. Brasília: Rossini Corrêa. 2012. p. 133.
[87]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p.173.
[88]RAMINA, Larissa. Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p.174.
[89]TORRES, Hédel de Andrade. **Tráfico de Mulheres – Exploração Sexual: Liberdade à Venda**. Brasília: Rossini Corrêa. 2012. p. 133.

dos aliciadores, para que ela pudesse auxiliar no desenvolvimento de ações que combatem e previnem esse tipo de tráfico no Brasil.[90]

De acordo com a pesquisa, a maior parte das vítimas são mulheres, jovens, solteiras, que exercem empregos informais, empregos com baixa remuneração ou desempregadas e com baixo grau de escolaridade.[91]

Já os aliciadores seriam na maioria das vezes homens, mas também existem mulheres, em uma faixa etária em torno dos 30 anos. Geralmente são casados ou tem união estável e se dizem empresários, ou seja, donos de comércios, bares, agências de turismo, etc. A maior parte deles possui nível médio e superior. [92]

Quanto à relação que os aliciadores têm com as vítimas, foi constatado que, se há existe várias vítimas ao mesmo tempo sendo traficadas, onde elas já eram profissionais do sexo, elas e os aliciadores não tem nenhuma ligação e não se conhecem de muito tempo, ou seja, até mesmo mulheres que já eram prostitutas podem ser vítimas do tráfico internacional para fins de exploração sexual. Já nos casos de tráfico de uma vítima isolada, onde ela geralmente não exerce a prostituição, há sim, geralmente, as relações de conhecimento ou, até mesmo, de parentesco entre eles, e isso faz com que a vítima confie mais no aliciador com falsas promessas de emprego no exterior.[93]

Não há a necessidade de haver habitualidade dos aliciadores em aliciar vítimas para o tráfico de exploração sexual. Ela usa as palavras de Nelson Hungria que fala que, esses aliciadores são meros *fornecedores* do mercado sexual.[94]

No caso de o criminoso ser:

---

[90]MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico de seres humanos no mundo**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/trafico/default.asp>. Acesso em: 28 abr 2018.
[91]MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico de seres humanos no mundo**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/trafico/default.asp>. Acesso em: 28 abr 2018.
[92]MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico de seres humanos no mundo**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/trafico/default.asp>. Acesso em: 28 abr 2018.
[93]MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico de seres humanos no mundo**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/trafico/default.asp>. Acesso em: 28 abr 2018.
[94] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 173-174.

> "Ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena será aumentada da metade, nos termos do art. 231, § 2º, III, do Código Penal. "

Porém, o delito não precisa ser cometido por uma pessoa conhecida da vítima ou uma pessoa que não possui habitualidade em traficar pessoas. Ele pode ter sido cometido por pequenas quadrilhas ou bandos e por grandes organizações criminosas.[95]

Quanto às vítimas, a autora assevera que elas não são escolhidas aleatoriamente. Os aliciadores dão preferência às mais vulneráveis e que são mais fáceis de manipular.[96]

1.10 Situação de Vulnerabilidade das Vítimas e a Questão do Consentimento no Protocolo de Palermo

Existem debates sobre o fato de a mulher poder consentir ou não com a prostituição. Existem aqueles que dizem que a mulher pode sim consentir e outros dizem que não. Há quem utilize os argumentos de que é nula qualquer forma de concordância com a prostituição e de quaisquer outras formas de trabalho que se relacionem com a indústria do sexo e tenham finalidade lucrativa. Outros utilizam o argumento de que o consentimento para se prostituir é o resultado da coação econômica ou do abuso da vulnerabilidade econômica da pessoa que está nessa situação de prostituição. Porém, há também aqueles que sustentam a ideia de que a mulher pode escolher livremente se quer se tornar uma trabalhadora do sexo. Mas de uma coisa é certa, é unanime o fato de que um menor de idade não é capaz de dar o seu consentimento válido a esse tipo de exploração. Ainda assim, busca-se definir

[95]MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tráfico de seres humanos no mundo**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/trafico/default.asp>. Acesso em: 28 abr 2018.
[96]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 173-174.

qual a idade para se dar o consentimento, conforme a diversidade cultural no mundo.[97]

Há dois grupos que sustentam ideias divergentes quanto ao tráfico sexual. Há o *Coalition Against Trafficking in Women* (CATW) de um lado, e o *Global Alliance Against Traffic in Women* (GAATW) de outro.[98]

A primeira sustenta a ideia abolicionista, que defende que a prostituição é a fonte do problema do tráfico de pessoas. Já a segunda defende uma ideia mais abrangente do tráfico. Segundo eles, há que se fazer uma diferença entre a prostituição voluntária e a prostituição forçada, onde somente esta última deveria ser considerada como tráfico. Porém, se uma trabalhadora do sexo for ludibriada e tiver seus direitos humanos violados, isso também deve ser considerado como tráfico.[99]

A ideia proposta pelo GAATW vem cada vez tendo mais vazão graças ao trabalho de mulheres que têm vindo à luta para que a prostituição exercida por pessoas adultas seja considerada como uma forma de trabalho.[100]

Um exemplo que se pode dar é o do Fórum Social de Mumbai de 2004, onde várias mulheres fizeram uma manifestação para conquistar e afirmar suas identidades e seus direitos, incluindo o direito de se tornarem voluntariamente trabalhadoras do sexo. Com a reivindicação desses direitos, elas buscavam regulamentar a prostituição para terem condições mínimas de remuneração e de

[97]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria. 2003.

[98]SANTOS, Ebe Campinha dos. **Tráfico de pessoas para fins sexuais**. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (orgs.) Direitos das Minorias e Grupos Vulneráveis. Ijuí: Unijuí. 2008. p. 84.

[99]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF: Relatório Nacional**. Brasil. Brasília: Cecria. 2003.

[100]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF: Relatório Nacional**. Brasil. Brasília: Cecria. 2003.

trabalho, de segurança e saúde pública. Elas queriam direitos trabalhistas e direitos humanos com a prostituição e não que essa profissão fosse vista como desonesta.[101]

Existem casos onde ouvimos falar que uma mulher escolheu o caminho da prostituição por vontade própria, livre. Dessa forma, não há que se falar em exploração ou violação dos direitos humanos. Na verdade, isso é um projeto de vida como qualquer outro. Há inúmeras mulheres que se lançam na prostituição por vários motivos, e que não estão relacionados com ameaças, coerção ou por eventual vulnerabilidade econômica. Muitas delas veem apenas uma aventura e excitação com a atividade da prostituição. Outras veem que o retorno financeiro dado pela prostituição é mais rápido que o dos trabalhos considerados "convencionais".[102]

Até mesmo nos fóruns internacionais começa a transparecer essa mudança de mentalidade quanto ao fato de uma mulher poder escolher exercer a prostituição de forma voluntária.[103]

Na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, feita em 1995 em Beijing, foi acolhido o conceito de que a prostituição forçada é uma forma de violência. Ou seja, isso permite entender que a prostituição voluntária não é uma violação dos direitos humanos. Além disso, o Protocolo de Palermo também possibilita o entendimento de que a prostituição voluntária não deve ser considerada como tráfico.[104]

Ninguém, de forma consciente, irá se colocar na situação de escravo de alguém. O que se procura salientar com essas afirmações é o fato de que, se uma mulher se encontra na situação de escrava sexual de outra pessoa, é porque ela foi

[101] SANTOS, Ebe Campinha dos. **Tráfico de pessoas para fins sexuais**. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (orgs.) Direitos das Minorias e Grupos Vulneráveis. Ijuí: Unijuí. 2008. p. 84.

[102] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF: Relatório Nacional**. Brasil. Brasília: Cecria. 2003.

[103] MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013. p. 2022.

[104] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF: Relatório Nacional**. Brasil. Brasília: Cecria. 2003.

ameaçada, ludibriada, coagida ou está em uma situação de vulnerabilidade socioeconômica. É especificando essas formas ilegais de levar alguém para o mundo da escravidão sexual que o Protocolo de Palermo procura atingir essa situação predatória, que a vítima nunca quis. São esses elementos que se tornam indispensáveis para definir ou não o consentimento.[105]

A questão do consentimento é bastante polêmica e gera debates dos dois lados, como também já foi exposto aqui. Existem pessoas que pensam que se a vítima consentiu em ir para o exterior exercer a prostituição, não existiria mais o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Há, de outro lado, as pessoas que pensam que a questão do consentimento é irrelevante, pois, na maior parte das vezes, esse consentimento se torna viciado pelas falsas promessas e pela pouca percepção que a mulher na situação de tráfico tem de que ela está realmente nesta situação.[106]

Os aliciadores vão persuadir as mulheres que acabam na situação de tráfico por meio de falsas promessas de bons trabalhos fora do país e de bons salários. Isso faz com que as vítimas, que na maioria das vezes estão em situação de vulnerabilidade, sejam convencidas a entrarem para esse mercado sexual. Porém, como os aliciadores se aproveitam dessa situação de vulnerabilidade de suas vítimas, elas não sabem que chegando no local de destino irão ser obrigadas a se prostituir, e mesmo as que sabem que irão ficar nessa situação, não sabem que as condições que viverão serão bem precárias, vivendo em cárcere privado e sendo obrigadas a se relacionar com vários clientes em uma única noite, além do fato de que terão que pagar por seus bilhetes aéreos, suas hospedagens, roupas e comida. Por esses fatores que existem pessoas que acreditam que até mesmo o consentimento da vítima dado

[105] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria. 2003.

[106] ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

anteriormente pode ter máculas, pois ela não tem a real noção de que está sendo traficada e que será explorada comercialmente como um objeto sexual.[107]

Dessa forma, nesses casos o consentimento da vítima se tornaria irrelevante pois há o vício das falsas promessas e a vítima tem uma baixa percepção de que está nessa situação de tráfico.[108]

De acordo com o artigo 3º do Protocolo de Palermo, já inserido aqui, o consentimento da vítima será considerado irrelevante se ocorrer algum dos casos mencionados na alínea a) do referido artigo, ou seja, ameaça, coação, fraude, engano, etc.[109]

O Protocolo de Palermo é usado, em sua maioria das vezes, especialmente por aqueles que defendem a ideia de que a o tráfico só é caracterizado nos casos em que ocorram esses vícios de consentimento da vítima já mencionados.[110]

O Protocolo aduz que, se estiverem presentes os elementos que caracterizem o tráfico, ou seja, ação, meio e fim, mesmo que a vítima dê o seu consentimento, este será configurado.[111]

Um exemplo muito interessante trazido pelo texto é o de que, mesmo se a vítima consentir no transporte, que terá a intenção de explorar

[107]ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

[108]ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

[109]ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

[110]ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

[111]OLIVEIRA, Edirani Lanes de. **Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 30 mar 2018.

sexualmente essa pessoa no destino final, mesmo que não seja de fato consumada a exploração em si, é necessário apenas que se comprove a intenção da exploração, que o crime de tráfico já será configurado.[112]

Dessa forma, como já explicitado, o consentimento será irrelevante para se caracterizar o tráfico se estiverem presentes os meios descritos no Protocolo. E ainda, se se tratar de menor de 18 (dezoito) anos, o consentimento é irrelevante em qualquer caso pois essas pessoas não têm capacidade para consentir com esse tipo de prática.[113]

Pegando como base o manual para luta contra o tráfico de pessoas, caso a mulher esteja totalmente informada sobre as formas de conduta e que essas formas podem gerar outras circunstâncias para a exploração e o tráfico, e assim mesmo ela dá o seu consentimento, então, o crime de tráfico não existirá. Mas, se o consentimento era somente para uma única etapa, ele não será considerado válido pois não era um consentimento para todas as etapas do processo. Resumindo, para que o consentimento seja válido, ele deve ser para todas as etapas do processo e não apenas para um ou dois.[114]

Conforme o Protocolo de Palermo, a vítima só pode ser considerada como tal caso não esteja totalmente informada sobre as condutas que caracterizam o delito de tráfico e exploração sexual. Se a vítima der o seu consentimento em uma ou duas

[112] ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

[113] ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

[114] ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

etapas do delito, isso não quer dizer que ela consentiu com todas as etapas desse processo.[115]

O consentimento também pode encontrar vícios pela falta de percepção da vítima em relação à complexidade do tráfico sexual de pessoas. Ou seja, a vítima pode ter dado o seu consentimento para exercer a prostituição no exterior, mas sem saber quais serão as condições que ela terá que vivenciar quando chegar no local de destino, que podem ser violência ou ameaças, por exemplo.[116]

De acordo com relatos que foram dados por brasileiras que exercem a prostituição na Espanha em 2004 e 2005 a Adriana Piscitelli,[117] que realiza desde 2004 pesquisas sobre deslocamento de brasileiras na rota Brasil-Espanha, podemos analisar:

> "Eu gosto de trabalhar na prostituição. Há pessoas que dizem que é um dinheiro fácil. Não é que é um dinheiro fácil. Mas, pelos menos você tem mais oportunidade de conseguir mais dinheiro. Se você quer mais dinheiro, você trabalha mais horas. Nossa vantagem é que você é livre. Você faz o que você quer!"
>
> "Ele (o dono do clube) cobrava a diária e o resto o que você fizesse era seu. Eles cobravam 40 euros a diária. [...] Eu cheguei a fazer 400 em uma noite. [...] Porque para mim era até uma diversão, tenho até umas amigas e sempre falamos nisso, que a gente perdeu muito dinheiro porque a gente se sentava e passava toda a noite conversando."
>
> "Você fazendo a prostituição aqui você aprende muita história, muita cultura diferente. A mim me encanta. Porque você convive também com os franceses, com os ingleses, com alemães, com os gregos. Então, quando eu saio daqui e vou

[115] ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. **A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos**. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

[116] JESUS, Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e crianças**. São Paulo: Saraiva. 2003.

[117] PISCITELLI, Adriana. **Sujeição ou subversão: migrantes brasileiras na indústria do sexo na Espanha**. In: Revista Histórias e Perspectivas, n. 35. Uberlândia. 2006. Disponível em: <http://www.historiaperspestivas.inhis.ufu.br/index.php>. Acesso em: 20 mar 2018.

> para o Brasil e você começa a conversar com as pessoas, você vai vendo a grandeza que você tem em termos de cultura."[118]

De acordo com essas afirmações, podemos inferir que nem toda prostituição que é exercida no exterior é forçada. Nesses casos, há sim a possibilidade de se existir o consentimento válido e então, isso desconfiguraria o crime de tráfico. Não é admissível se fazer limitações a pessoas adultas quanto atuar livremente no sexo.[119]

Se houver o consentimento válido da pessoa que está exercendo a prostituição, não há lesão à liberdade sexual.[120]

O consentimento pode ser viciado por vários fatores, como, por exemplo, a ameaça, a violência, o abuso de autoridade ou a situação de vulnerabilidade.[121]

Não há um conceito pacífico de *vulnerabilidade* no contexto específico do tráfico de pessoas. Há quem utilize esse termo como sinônimo de pobreza, porém, isso não é adequado, pois a vulnerabilidade pode ser definida também como qualquer fator que dificulte ou impeça que a vítima resista à exploração a que está sendo submetida.[122]

A UN. GIFT (Iniciativa Global da ONU contra o Tráfico de Pessoas) e o UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) definem a vulnerabilidade como:[123]

> "Vulnerabilidade refere-se a uma condição resultante da forma como os indivíduos experimentam negativamente a interação complexa de fatores sociais, culturais, econômicos, políticos e ambientais que criam o contexto de suas comunidades. Como

[118] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 172.
[119] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 173.
[120] NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. p. 158.
[121] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 173.
[122] NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. p. 158.
[123] UN. GIFT. Iniciativa Global da ONU contra o Tráfico de Pessoas. UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. ***An introduction to Human Trafficking Vulnerability, Impact and Action.***

> tal, a vulnerabilidade não é um estado estático, absoluto, mas que muda de acordo com o contexto, bem como à capacidade de resposta individual."

O UNODC discutiu o conceito de vulnerabilidade em um "modelo de lei contra o tráfico de pessoas" que elaborou. Nele, há a definição de que, a vulnerabilidade ocorre quando a pessoa está em uma situação que acredita que não tem uma alternativa possível ou aceitável que não seja a de se submeter ao tráfico.[124]

De acordo com a definição do Protocolo de Palermo sobre vulnerabilidade, ela é um dos meios de que o aliciador se utiliza para conseguir o consentimento da vítima para seu recrutamento, transferência, transporte e alojamento, com o intuito de explorar sexualmente essas vítimas. O Protocolo ainda define que mulheres e crianças e adolescentes com menos de 18 anos de idade, independente do sexo, são os mais vulneráveis a cair nas redes do tráfico. Assim, essas vítimas são as que devem ter uma proteção internacional maior.[125]

Outra forma apontada como podendo ser de vulnerabilidade é de a vítima ter entrado de forma ilegal no país, ou por uma gravidez ou doença mental ou física, ou ser viciada em substancias entorpecentes. Ainda temos a hipótese da menoridade, a hipótese da promessa ou concessão de pagamento ou vantagem à pessoa que tem autoridade sobre a vítima ou a situação econômico-social precária.[126]

Dessa forma, deve-se proteger a vítima vulnerável, pois é no caso dela que o consentimento não é válido. Deve ser protegida a pessoa que aceitou se prostituir no exterior por acreditar que não possui mais nenhuma opção viável, a não ser essa. Assim, o seu consentimento não é válido pois não corresponde à sua real vontade. A

[124]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 172.
[125]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 176.
[126]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 172.

vulnerabilidade pode se dar de forma psíquica, física, afetiva, social, econômica ou familiar, e nessas hipóteses estará caracterizado o tráfico.[127]

Outra hipótese é aquela onde a vítima deu o seu consentimento inicialmente, mas, logo depois, veio uma situação de coação, exploração ou abuso. Dessa forma, qualquer consentimento dado anteriormente a esses fatos, acaba se anulando.[128]

Ou ainda, há práticas nos bordéis de humilhações, estupros, violência e ameaças. Somente pelo fato de a vítima ter cedido ao proprietário do bordel, não há a configuração do consentimento.[129]

É importante ressaltar que para que o consentimento de alguém não seja considerado nulo, é necessário que se tenham três requisitos: existência, validade e eficácia.[130]

Quanto à existência, é necessário que se tenha uma vítima, um ofensor, uma ingerência pelo ofensor em um bem juridicamente relevante e uma manifestação de anuência pela vítima, a respeito dessa ingerência.[131]

A validade está relacionada com a imputabilidade penal, ou seja, à capacidade natural de discernimento da vítima do caráter criminoso da conduta feita

[127]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 173.
[128]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 177.
[129]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 177.
[130] GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 57-58.
[131]RODRIGUES, Thaís de Camargo. Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 172.

pelo ofensor, e à necessidade de que a vontade não tenha nenhum vício como erro, coação e fraude.[132]

Quanto à eficácia, ela só existirá se recair sobre um bem totalmente ou parcialmente renunciável. No caso do parcialmente, é análise do caso concreto que irá autorizar ou não a renúncia.[133]

Por fim, de acordo com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1985:[134]

> "Entende-se por 'vítimas' as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso criminal de poder".

Ou seja, conforme o conceito acima, deve-se ter um ato de violência, produzido por terceiro, que traz o sofrimento da vítima para ter a caracterização do não consentimento e, consequentemente, do tráfico. Se a própria pessoa que quer exercer a prostituição no exterior pede ajuda para um terceiro transportá-la até o país de destino, não há que se falar no conceito de vítima e ofensor, pois a pessoa que quer exercer a prostituição no exterior teve um ato de própria vontade.[135]

1.11 Prostituição x Tráfico Internacional para Fins de Exploração Sexual

[132]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 172.

[133]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 172.

[134]Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1985 Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhuniversaisdhaj-AplicDeclaracaoVitimas-LXXV.html>. Acesso em: 20 mar 2018.

[135]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 57-58.

Para se ter um conceito do que é o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, é necessário se saber também qual o conceito de exploração sexual. E a explicação da autora para tal fato é o de que, o conceito de tráfico sexual de pessoas não é complexo apenas por causa da definição do crime de tráfico, mas também porque a definição de exploração sexual é bastante imprecisa e porque ele está ligado com o conceito de prostituição.[136]

Porém, é importante salientar que a prostituição voluntária é diferente da exploração sexual, que dá ensejo ao tráfico sexual. De acordo com o Winrock Internacional Brasil, que é uma entidade sem fins lucrativos, que objetiva unir esforços entre as entidades do poder público, terceiro setor e sociedade civil para a construção de políticas públicas, principalmente junto à Secretaria Nacional de Justiça, com o intuito de proteger crianças que são vítimas ou que estão em risco de tráfico sexual, a prostituição voluntária exercida por mulheres maiores de idade não configura crime na maior parte dos países. Dessa forma, só ficará caracterizada a exploração sexual, e, consequentemente, o tráfico sexual de pessoas, se houverem sido empregados por terceiros para com a vítima meios como a ameaça, o abuso de poder ou vulnerabilidade ou o uso da força. Podemos citar a seguinte definição dada pelo Winrock Internacional Brasil:[137]

> "A prostituição de pessoas adultas se diferencia da exploração sexual ou prostituição forçada pelo fato de existirem, nestas últimas, características de servidão ou trabalho forçado, como privação ou cerceamento da liberdade, uso de ameaça e força, servidão por dívida, retenção de documentos, entre outros. Já a submissão de crianças e adolescentes à prostituição é sempre considerada exploração sexual. Não é correto o uso do termo prostituição infantil".

Ou seja, para se configurar o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, é necessário que se tenha a exploração sexual caracterizada como um dos

[136]RAMINA, Larissa. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 167.
[137]WINROCK INTERNACIONAL BRASIL. Manual de Capacitação para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Salvador: ILADH. 2010.

três elementos que constituem esse crime, quais sejam: a ação, os meios e o propósito de exploração sexual.[138]

Assim, faz-se importante diferenciar a prostituição forçada da prostituição voluntária e da prostituição de adultos e da prostituição infantil. Ou seja, a prostituição de crianças é sempre ilegal pois elas não têm a capacidade para dar seu consentimento para tal prática.[139]

Uma grande parte da culpa pela confusão que se tem sobre os conceitos de prostituição forçada e voluntária e tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, se dá por causa da mídia. A mídia fala desses conceitos como um só e as pessoas confundem da mesma forma.[140]

A prostituição voluntária como sendo aquela onde o seu exercício não é aproveitado por terceiros. Já a prostituição forçada é aquela onde um terceiro se aproveita do exercício da prostituição exercido por outra pessoa. Enquanto que o tráfico de pessoas é aquele onde devem ser preenchidos os requisitos previstos no Protocolo de Palermo, quais sejam, atos, meios e finalidade de exploração, para que ele seja configurado.[141]

Como exemplo para o tráfico sexual, pode-se citar as aliciadoras que já foram prostitutas por essas redes de tráfico e que agora tentam aliciar outras mulheres para essa prática dizendo sobre suas experiencias “bem sucedidas” com a prostituição fora do país. Há também casos de mulheres que acabam aliciando outras mulheres sem saberem que estão agindo como aliciadoras e conseguem o contato de aliciadores para suas amigas ou parentes também serem prostitutas no exterior ou até

[138]RAMINA, Larissa. Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013. p. 167.
[139]WINROCK INTERNACIONAL BRASIL. Manual de Capacitação para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Salvador: ILADH. 2010.
[140]OLIVEIRA, Edirani Lanes de. Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 30 mar 2018.
[141]OLIVEIRA, Edirani Lanes de. Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 30 mar 2018.

ajudam com dinheiro para a entrada dessas mulheres nos países de destino. Isso ajuda as redes de exploração e algumas dessas mulheres nem sabem que estão ajudando a aliciar. Em situações como essas pode ser caracterizado o tráfico, conforme cita o autor, não é possível fazer uma generalização e sendo necessário analisar o caso concreto.[142]

A prostituição deve ser vista como uma prática habitual de vida daquela pessoa que se entrega a essa prática sexual para ganhar uma retribuição pecuniária. Se essa prostituição for voluntária, e a pessoa for amplamente capaz de dar o seu consentimento, não há que se falar em exploração. Não cabe ao Estado intervir na esfera privada de uma pessoa maior e capaz de decidir por si só.[143]

2 O PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DE PALERMO

2.1 Instrumentos internacionais que antecederam o Protocolo de Palermo

Neste tópico, utilizaremos como base o artigo de Ela Wiecko V. de Castilho, "Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo", para que possamos entender a ligação entre a ocorrência da ineficácia da Convenção de 1949[144] e o surgimento do Protocolo de Palermo.[145]

[142]OLIVEIRA, Edirani Lanes de. Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 30 mar 2018.

[143] RODRIGUES, Thaís de Camargo. Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 176.

[144] Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRepTrafPessLenoc.html>. Acesso em: 30 abr 2018.

[145] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.** Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 30 abr 2018.

A Convenção de 1949 quis dar valor à pessoa humana e à sua dignidade, que eram afetados pelo tráfico. O tráfico ainda coloca em perigo o bem-estar da pessoa, de sua família e da comunidade.[146]

De acordo com o art. 1º dessa Convenção, toda pessoa que, aliciasse, induzisse ou descaminhasse, para fins de prostituição, outra pessoa, mesmo que com seu consentimento, ou explorasse a prostituição de alguém, ainda que consentido, deveria ser punida. E ainda, com relação às vítimas, os Estados deveriam atuar na prevenção, reeducação e readaptação social delas. Ainda deveriam facilitar a repatriação dessas vítimas em caso de tráfico internacional.[147]

Na Convenção sobre a Eliminação de todas Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, a Convenção de 1949 foi reconhecida como ineficaz ao obrigar que os Estados Partes fizessem medidas necessárias para acabar com todas as formas de tráfico e de exploração da prostituição de mulheres.[148]

Em 2000 foi criado o Protocolo de Palermo. A Assembleia Geral da ONU realizou um comitê intergovernamental a fim de criar uma convenção internacional global contra o crime organizado transnacional e estudar a possibilidade de fazer um instrumento para tratar todos os aspectos com relação ao tráfico de pessoas, especialmente de mulheres e crianças. Assim, esse comitê apresentou uma proposta que foi aprovada como Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.[149]

---

[146]CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 30 abr 2018.

[147]CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.** Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 30 abr 2018.

[148]CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.** Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 30 abr 2018.

[149]CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.** Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2007. Disponível em:

Antes, eram consideradas vítimas apenas as mulheres brancas, depois somente as mulheres e crianças, e agora são todas as pessoas, mas restando a maior preocupação com mulheres e crianças. O Protocolo busca tratar as vítimas como pessoas que sofreram graves abusos e que, portanto, os Estados membros devem criar serviços de assistência e mecanismos de denúncia, e não ver essas vítimas como criminosas, que era o que acontecia antes do Protocolo.[150]

Na Convenção de 1949, havia a preocupação de coibir o tráfico para fins de prostituição. Com o Protocolo, passou-se a coibir qualquer forma de exploração, seja sexual, do trabalho ou a remoção de órgãos.[151]

> "Os Estados que ratificaram a Convenção de 1949, enquanto não a denunciarem, continuam a ela vinculados. Houve pressão para eliminar do texto do Protocolo todas as referências às precedentes Convenções sobre Direitos Humanos e para revogar a Convenção de 1949. Mas, prevaleceu no texto final a cláusula de salvaguarda (art. 14), segundo a qual nenhuma disposição do Protocolo 'prejudicará os direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e das pessoas por força do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, especificamente, na medida em que sejam aplicáveis, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados e ao princípio do *non refoulement*".[152]

2.2 Contextualização

<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 30 abr 2018.

[150] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.** Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 30 abr 2018.

[151] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.** Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 30 abr 2018.

[152] **Permissão de permanecer no território do Estado de destino a título temporário ou permanente.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26546/condicoes-de-permanencia-de-um-estrangeiro-no-territorio-brasileiro>. Acesso em: 30 abr 2018.

No final do século XX, o termo "globalização" passou a ser mais utilizado, devido à modernização dos processos de integração econômica, que utilizavam novas tecnologias na área da comunicação e dos transportes.[153]

A globalização ajudou bastante a se desenvolverem atividades lícitas, como afirma o autor, porém, também ajudou a desenvolver as atividades ilícitas, como é o caso do tráfico de pessoas.

Utilizando um trecho dos autores Peterke e Lopes, temos que:

> "Como se sabe, a globalização tem também seus lados obscuros. É triste constatar que o crime organizado pertence aos vencedores deste processo complexo e multidimensional. O submundo do crime rapidamente compreendeu que as novas tecnologias, tecnologias, a quebra da cortina de ferro e a liberalização dos mercados ofereceram várias ocasiões para a expansão de suas atividades ilegais".[154]

Com o novo contexto da palavra "globalização", o tráfico de pessoas passou a ter uma nova expressão econômica e um maior número de pessoas envolvidas. Assim, passou-se a rediscutir a Convenção de Palermo de 1949, que era vista como inadequada para tratar da nova realidade. As críticas a ela era que, ela nada dispunha sobre o tráfico para serviços domésticos, nem noivas por correspondência e nem em relação às condições análogas à escravidão na indústria têxtil e na agricultura. E ainda se exigia que a prostituição fosse reconhecida como uma atividade lícita, desde que exercida em condições adequadas. Com todos esses fatos, houveram inúmeras discussões sobre a definição de tráfico de pessoas no contexto de crimes transnacionais. Assim, resolveu-se redigir o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo de 1949.[155]

[153] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 9.

[154] PETERKE. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas, 2008.

[155] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 9.

2.3 A definição moderna do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual

Conforme o trabalho de Francisco Eduardo Falconi de Andrade, temos que:

> O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, foi elaborado em 2004. Trata-se de normas suplementares ao principal tratado internacional de combate aos crimes transnacionais, que é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo.[156]

O Brasil foi signatário dos dois textos internacionais mencionados no parágrafo anterior. Assim, a Convenção de Palermo foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, com a edição do Decreto n. 5.015, de 12/03/2004. E o Protocolo Adicional por meio do Decreto n. 5.017, de 12/03/2004.[157]

Ou seja, para conceituarmos a definição moderna do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, vamos analisar o conceito do Protocolo de Palermo, que agora é o moderno pois o conceito que se tinha pela Convenção de 1949 foi bastante criticado.[158]

Já foi exposto no início deste trabalho o que o artigo 3º, alínea a do Protocolo versa, porém, agora transcreveremos o que dizem todas as alíneas:

> "Para efeitos do presente Protocolo:
>
> a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de

[156] PETERKE. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. 2008.
[157] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 9.
[158] PETERKE. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. 2008.

> exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
>
> b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
>
> c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
>
> d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos."

A nova definição de tráfico de pessoas é diferente daquela que existia na Convenção de 1949. Agora, esse tráfico internacional de pessoas exige que estejam presentes, ao mesmo tempo, tais elementos constitutivos: atos, meios e objetivos da exploração.[159]

Por atos entende-se as ações praticadas pelos agentes na hipótese do tráfico de pessoas. Com exemplos temos: recrutamento, transporte, transferência, alojamento e acolhimento.[160]

Por meios deve-se entender que são as formas que os traficantes se utilizam para constranger e forçar ou induzir a vítimas a ir para o trabalho sexual. Aqui é necessário que o agente tenha utilizado a ameaça, a força, o rapto, a fraude, a coação, o abuso de vulnerabilidade, o abuso de autoridade ou o engano. Se não existir nenhum desses meios na forma de recrutar uma vítima para o tráfico sexual, fica afastada a existência desse crime. Se houver o recrutamento para a prostituição, por exemplo, sem utilizar algum desses meios elencados, não há que se falar em tráfico, com a exceção se for uma pessoa menor de 18 anos, que, conforme já explicado aqui, não tem a capacidade para consentir em se prostituir. O autor ainda afirma que o consentimento da vítima maior de idade é essencial, pois, ela não será

[159] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 11.

[160] PETERKE. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. 2008.

considerada como tal caso não esteja em situação de vulnerabilidade e consinta livremente em exercer trabalhos sexuais.[161]

Já por objetivos, temos que são a finalidade da exploração imposta à vítima. É necessário que se tenha a exploração para se ter o tráfico.[162]

Na Convenção de 1949, tinha-se a ideia que o comércio do sexo deveria ser extinto pois violava os direitos fundamentais. Com o Protocolo de Palermo, não mais se fala na extinção da prostituição, mas sim das maneiras degradantes de exercício dessa atividade, quais sejam, por exemplo, se há um vício de consentimento da vítima, como erro, dolo ou coação, ou quando, mesmo dando seu consentimento inicial, a vítima acaba sendo submetida a regimes de escravidão e servidão que não sabia que iria se submeter.[163]

2.4 Principais críticas ao tratado

Mesmo o Protocolo de Palermo, que veio para ser mais moderno na definição de tráfico e que foi assinado por vários países, inclusive o Brasil, é criticado em alguns pontos.[164]

Por exemplo, uma crítica que se faz é pelo fato de que o Protocolo de Palermo tem em seu nome completo ser um "Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças". O

[161] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 11.
[162] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 11.
[163] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 11.
[164] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 13.

fato de a palavra “mulheres” estar ao lado da palavra “crianças”, faz voltar à antiga ideia de que as mulheres são seres mais vulneráveis.[165]

Outro ponto criticado é o fato de que a situação de vulnerabilidade da vítima, mesmo maior de 18 anos, é causa de invalidação do consentimento. Como já expressado aqui, a palavra vulnerabilidade tem bastante controvérsia. Porém, no artigo 9º, item 4 do Protocolo, há a exemplificação de algumas situações que poderiam ser consideradas como sendo de “vulnerabilidade”. Tais quais, a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades.[166] Mas, essas expressões dizem respeito a um contexto social e não dá importância a “fatores ligados ao indivíduo e à família”, o que seria uma omissão.[167]

A pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades são sim formas de vulnerabilidade mas, ao utilizar tais expressões, o tratado, na opinião de muitas pessoas, abriu margem para tornar legítimas políticas migratórias, que discriminam trabalhadores do sexo advindos de países pobres, desconsiderando de imediato o seu consentimento, tentando fechar as fronteiras para as migrações desse grupo. Ou seja, por mais que esses fatores sejam para considerar a vulnerabilidade, eles também são para considerar a divisão geopolítica da separação do primeiro e do terceiro mundo.[168]

Dessa forma, por mais que o Protocolo de Palermo tenha vindo para acabar com o combate à prostituição que existia na Convenção de 1949, ele acabou mantendo barreiras à migração de profissionais do sexo de países pobres para países ricos. O autor cita o exemplo de que as prostitutas vindas de países ricos como

[165] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 14.
[166] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 11.
[167] CASTILHO, E.W.V. de. Problematizando o conceito de vulnerabilidade para o tráfico internacional de pessoas. Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos. 2013. p. 134.
[168] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 14.

França ou Inglaterra, nos casos em que não sofram vícios de consentimento e não estejam em esquema de escravidão sexual, poderão ser ajudadas por terceiros a ter sua livre circulação no mundo, o que as prostitutas de países pobres, como Gana e Nigéria não poderão fazê-lo, mesmo que sejam maiores e capazes.[169]

3 ESTUDO DE CASOS

Neste tópico veremos relatos de pessoas que foram para o tráfico sexual contra a sua vontade e pessoas que estavam na prostituição por vontade própria.[170]

3.1 O caso da prostituição voluntária

Uma mulher, com 34 anos de idade, que mora no Rio de Janeiro, divorciada e que, em 2001, cursava o 3º período da faculdade de Psicologia e o 1º período da faculdade de Direito. Ela trabalhava como "*stripper* e garota de programa", e já havia trabalhado assim inclusive em países da Europa, como Espanha. Em seu relato ela disse:[171]

> "Já fiz de tudo um pouco. Já fui garçonete, subgerente de restaurante, babá, acompanhante de idoso, secretária (...) Na prostituição, até hoje, eu somo 10 anos. Porém, desses 10 anos, eu só trabalhei 3 anos e meio. Eu paro, volto, paro, volto... (...) Nunca gostei de trabalhar com carteira assinada! (...) Eu pago minha autonomia... (...) Eu quero me aposentar antes dos 60. Gosto de me vestir bem, de comer bem, mas procuro economizar o máximo possível! Até porque não vou ter esse corpinho, essa carinha para sempre."[172]

[169] ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. 2016. p. 14.

[170] GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 59.

[171] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.

[172] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.

Foram colegas da noite que a disseram da possibilidade de trabalhar com prostituição fora do Brasil. Então, como queria ganhar dinheiro, procurou saber todas as informações necessárias para que pudesse exercer a prostituição no exterior, mas de forma livre e consciente. Ela viajou com um contrato já assinado para se prostituir por três meses e ganhar US$ 18.000,00. Uma parte desse dinheiro seria utilizada para cobrir os gastos com hospedagem, alimentação e passagem. Ela ainda relatou o seguinte:[173]

> "A minha primeira viagem demorou dois meses e meio por causa de passaporte, visto... estas coisas. A partir do momento que eu estava com o passaporte, as outras viagens foram rápidas! Até porque o visto mais complicado é para os EUA e para isso eu não preciso, eu não quero ir, eu não faço questão. E outra: eu consigo visto fácil para a Europa, porque tenho cidadania portuguesa. Eu quis manter meu padrão de vida, o padrão que eu sempre tive coma minha mãe... foi a posição mais econômica possível (...) A primeira viagem que eu fiz foi estranho, né! Eu estava num país que não falava a minha língua; eu não tinha os meus amigos, a minha família! Mas foi bastante proveitosa! Eu sabia exatamente o que estava indo fazer... prostituição, que eu também faço aqui. Até vale a pena, para nós que vivemos aqui no Brasil. Quando, aqui no Brasil, você ganha US$ 6,000 por mês? Pois os contratos de show eram de US$ 6,000 por mês! (...) Eles descontam US$ 1,000 todo mês, que é a despesa da passagem e da alimentação. O que eu acho que é errado, mas, ao mesmo tempo, é justo. É que eles cobram de três a quatro mil dólares para passagem de ida e volta. É justo porque, para assinar o contrato, tem que estar com a passagem na mão, para poder marcar a data. E para você pagar do seu bolso, você tem? É mil e quinhentos a dois mil dólares para viajar! Ele cobra a mais, muito mais do que ele gasta realmente. Para a Espanha tá em torno de US$ 1,700, por aí. Se eu for pela agencia, eu pago US$ 4,000, mas eu também não tenho para ir sozinha".[174]

[173] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.

[174] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.

Ainda alega que podia sair e passear quando quisesse, desde que, estivesse de volta no horário estipulado. Mas, não havia um regime análogo ao da escravidão. Ela ainda afirma:[175]

> "Fazia cinco refeições diárias, tinha toda liberdade pra passear, fazer o que quisesse, desde que, na hora combinada, estivesse de volta. O nosso trabalho é de 22h às 4h. É tipo um horário padrão! Então, até às 21h, eu tenho toda a liberdade... passeava pela cidade, ia em museus para saber a história da cidade, como que aquilo surgiu".[176]

Disse que acha normal trabalhar no exterior e não se sente explorada nem enganada:[177]

> "Violência, (já sofri) duas vezes aqui no Brasil. Lá fora, nunca! E nem me senti explorada! Tem um contrato... Se você não cumpre a sua parte, não pode exigir que a outra cumpra a parte dela. Apartamento à disposição era só na Alemanha e no Japão. Nos outros, você fica no local ou você aluga por conta própria, se quiser ficar isenta dos descontos, ou dentro daquele valor que eles estipulam para desconto. Sempre cumpri os contratos e fiquei por três meses. Mas há possibilidade de progressão e aí... ou você retorna ao Brasil ou você consegue renovar o visto pra ficar mais três, seis meses (...)".[178]

Não acredita que existam máfias de tráfico para fins de exploração sexual de mulheres adultas, a não ser em regiões como a Amazônia, onde, segundo ela, as mulheres são "despreparadas para a vida". Disse que acredita no tráfico para fins sexuais somente de crianças e adolescentes, mas de mulheres adultas não. A não ser

[175] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[176] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[177] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[178] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.

em lugares “no fim do mundo”, como ela mesma chama, que as mulheres podem cair nesse tipo de tráfico.[179]

Dessa forma, podemos concluir que esse relato dessa mulher a faz ser enquadrada na prostituição voluntária, ou seja, ela não é uma vítima do tráfico internacional de pessoas.[180]

3.2 O caso da prostituição voluntária, mas em condições degradantes

Essa outra mulher, tem 23 anos de idade, mora em Foz do Iguaçu, seu estado civil “tinha um companheiro, que estava preso”, tinha três filhos, possuía o primeiro grau incompleto. Com 16 anos ela começou a trabalhar e já foi cozinheira, zeladora, auxiliar de serviços gerais e empregada doméstica. Todas essas profissões ela exercia sem a carteira assinada e ganhava um salário mínimo. Como ganhava pouco e precisava sobreviver, optou por exercer a prostituição, onde ela podia ganhar um salário mínimo por noite.[181]

Uma amiga lhe ofereceu um trabalho de prostituta na Argentina. Chegando lá, a mulher foi recebida por outra mulher de origens turcas, responsável pela casa noturna Wiskeria Serena.[182]

Por quatro meses ela ficou na Argentina. Ela trabalhava na casa noturna à noite, enquanto tivesse clientes, não importava a hora que fosse. De dia, ela e mais nove meninas que moravam na casa, faziam toda a limpeza e manutenção, faziam

[179] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[180] GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 62.
[181] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[182] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.

serviços pesados, como cortar lenha e tirar água do poço. A alimentação e outras necessidades básicas, como remédios, eram descontados da metade do pagamento que elas recebiam. Todas as dez garotas dormiam em dois dormitórios, que era sujo e distante do comércio local. Só podiam ir até o quintal da casa. Quando desobedeciam alguma regra, o dono do local batia nelas.[183]

3.3 O caso da prostituição Forçada

Nossa última mulher, possuía 23 anos, era solteira, tinha o ensino médio incompleto e três filhos. Ela era balconista de uma loja em um bairro de uma cidade mineira. Ela tinha uma prima que era casada com um espanhol e vivia na Espanha. Essa prima a convidou para ser atendente de boate no país. Ajudou-a a tirar o passaporte, deu dinheiro para que ela arrumasse o cabelo, comprasse roupas e mala, dinheiro este que seria descontado depois do seu salário pelo dono da boate.[184]

Quando a mulher já havia chegado na Espanha ajudada por sua prima, ela foi deixada em um *club*, onde, teve seu passaporte confiscado pela gerente de lá. Naquele momento ela percebeu que estava em uma casa de prostituição, sem documento, e caíra numa armadilha. Se não trabalhasse para pagar sua dívida com passagem e gastos no clube, seus filhos, que estavam no Brasil, arcariam com as consequências.[185]

[183]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[184]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[185]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.

Para poder relaxar na hora de trabalhar, ela começou a fazer uso de alguns medicamentos, mas acabou se viciando neles. No fim, ela já não se sentia mais uma mulher e sim um objeto sexual dos clientes.[186]

Uma noite, representantes de uma ONG foram até a boate onde ela trabalhava e orientaram as moças para não contraírem doenças sexualmente transmissíveis (DST). A mulher da qual estamos falando aqui, foi convidada pela ONG a visitar pessoas que podiam ajuda-la. Recebeu permissão para sair da boate e ir até a cidade, mas seu passaporte continuava confiscado e o visto de permanência no país já havia expirado há muito tempo. Em uma dessas idas dela à cidade, uma de suas colegas a levou até uma casa que atendia mulheres. Lá, eles lhe ofereceram ajuda para ganhar sua liberdade e sua vida de volta e poder retornar ao Brasil. Porém, ela já estava viciada em drogas, havia sido humilhada e não tinha perspectiva de emprego caso voltasse para seu país. Assim, ela resolveu seguir sua vida onde estava.[187]

Certa vez, a polícia da Espanha foi verificar o clube e notou que havia exploração de mulheres ali. Então, todas elas foram levadas para a delegacia de polícia, onde foram tratadas como imigrantes em situação irregular no país e não como vítimas. Acabaram sendo deportadas do país.[188]

3.4 Analisando os casos em questão

Existem controvérsias sobre a diferença entre a prostituição forçada e a prostituição voluntária. A *Coalition Against the Trafficking in Women* (CATW), por exemplo, não diferencia essas duas formas de prostituição. Para ela, há somente um

[186]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[187]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.
[188]LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). **Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria, 2003.

tipo de prostituição, que é a forçada, ou seja, a mulher que entra nesse meio de trabalho, sempre está sendo forçada.[189]

Já para a *Global Alliance Against Trafficking in Women* (GAATW), há sim uma diferenciação entre a prostituição forçada e a voluntária. Para ela, existem muitas mulheres que para ter uma renda maior, acabam indo para a prostituição, de forma livre e voluntária.[190]

O caso de prostituição voluntária que temos é o da mulher do nosso primeiro exemplo, que trabalhou como prostituta em vários países de forma consciente. Para ela, não há nenhuma exploração contra ela e vê tudo o que ela faz como normal.[191]

O que representa uma violência para as mulheres não é a prostituição em si, mas sim as condições de vida que elas podem encontrar nessa profissão e a violência e o medo que as cercam nessa atividade e aí sim, isso é enquadrado como "tráfico". Mas, enquanto exercem a profissão de forma voluntária, sem violência e sem medo, não há que se falar nessa expressão.[192]

Há os casos como o da segunda mulher retratada neste trabalho, por exemplo, que consentiu em ir para a prostituição, mas não consentiu com a forma que iria viver para poder trabalhar nesse ramo. Ou seja, o problema para ela não foi o trabalho sexual em si, mas as condições de exploração a que era submetida, como trabalho sem descanso, agressão física, restrição de sua liberdade de locomoção etc. Nesse caso, o consentimento dado por ela não é válido, pois há um vício nele. Essa

[189]KEMPADOO, Kamala. **Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres**. Campinas: Cadernos Pagu. n. 25. 2005. p. 55-78.
[190]KEMPADOO, Kamala. **Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres**. Campinas: Cadernos Pagu. n. 25. 2005. p. 58.
[191]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.
[192]KEMPADOO, Kamala. **Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres**. Campinas: Cadernos Pagu. n. 25. 2005. p. 62.

mulher é vítima já que as condições de trabalho a que ela se submeteu eram degradantes e contrárias à sua vontade.[193]

E por último, temos o caso da nossa terceira mulher, onde o seu consentimento foi dado por fraude. Já que ela pensou estar indo trabalhar na Espanha como gerente de boate e não como prostituta. Ela não concordou em nenhum momento em exercer a prostituição. Até que chegou em seu destino final e viu em que situação havia sido submetida.[194]

3.5 Ação penal e competência

A ação penal prevista no caso do crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual é *pública incondicionada*. A competência para propor a ação é do Ministério Público Federal.[195]

O art. 109 da nossa Constituição Federal determina a competência *ratione materiae* da Justiça Federal. De acordo com o inciso V, compete aos juízes federais processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional quando a execução é iniciada no Brasil e o resultado tenha ou devesse ter acontecido no estrangeiro, ou reciprocamente.[196]

[193]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.
[194]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 66.
[195]RODRIGUES, Thaís de Camargo. Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. São Paulo, USP, 2012. p. 118.
[196]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.

Dessa forma, o tráfico internacional de pessoa é delito transnacional, previsto no Protocolo de Palermo, e a sua competência é fixada como sendo da Justiça Federal.[197]

3.6 Analisando o Código Penal Brasileiro junto ao Protocolo de Palermo

No Protocolo de Palermo existem as linhas de atuação que devem ser seguidas nos países para se ter o enfrentamento ao tráfico de pessoas, porém, não como uma fórmula pronta e acabada para ser aplicada. Ou seja, na hora de internalizar a legislação internacional, é necessário fazer uma adaptação à realidade brasileira.[198]

O referido Protocolo expõe em seu art. 5º que cada Estado-Parte deve adotar medidas legislativas visando estabelecer como infrações penais os atos descritos em seu art. 3º.[199]

Nesse sentido, temos uma série de condutas, como recrutar, transportar, acolher ou alojar. Essas condutas devem ser tipificadas quando presentes os meios, como ameaça, rapto, fraude, violência, abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade e para o fim de exploração.[200]

No Título I da Parte Geral, temos os crimes contra as pessoas. No Capítulo VI, *crimes contra a liberdade individual.* **Art. 149 – redução a condição análoga à de escravo.** A pena desse crime é de reclusão de 2 a 8 anos e multa. Houve alteração desse dispositivo na Lei 10.803/03, visando aumentar seu âmbito de aplicação.

[197]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.
[198]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.
[199]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.
[200]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.

Porém, essa alteração restringiu o alcance do dispositivo. Antes, o crime era comum, agora é especial quanto ao sujeito passivo, exigindo deste uma relação ou vínculo trabalhista com o sujeito ativo. E, quanto ao modo de execução, que antes era livre, agora só pode ser praticado de acordo com as formas previstas no *caput* e no § 1º.[201]

O Título IV dispõe sobre os *crimes contra a organização do trabalho*, onde existem outros tipos penais relacionados à matéria. O **art. 206 – aliciamento para fim de emigração.** A pena desse delito é de detenção de 1 a 3 anos e multa para quem recruta trabalhadores, se usando de fraude, com a intenção de levá-los para território estrangeiro.[202]

Já o **art. 207 – aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.** Com a pena igual ao do art. 206, porém, o trânsito se dá no território nacional. Ainda poderíamos utilizar outros dois artigos do Título IV de forma subsidiária ou em concurso de crimes. Seria o **art. 197** – atentado contra a liberdade do trabalho, ou o **art. 203** – frustação de direito assegurado por lei trabalhista.[203]

Antes do advento da Lei nº 13.344/2016, o Código Penal possuía dois artigos (art. 231 e art. 231-A) que reprimiam o tráfico internacional e interno de pessoas para fins de exploração sexual. Porém, a mencionada lei resolveu revogar tais artigos pois queria dar uma proteção melhor e não só para o tráfico sexual, mas para o tráfico para outros fins.

Antes, os arts. 231 e 231-A do Código Penal dispunham o seguinte:

No Título VI, havia a disposição dos *crimes contra a dignidade sexual*, no Capítulo V, referente ao *lenocínio* e ao *tráfico de pessoas*, onde podíamos encontrar

[201]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 129.
[202]RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 129.
[203]GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.

os dois tipos relacionados à matéria. O **art. 231 – tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual**. A pena era de reclusão de 3 a 8 anos a quem promovia ou facilitava a entrada em território nacional de alguém que vinha exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou que promovia ou facilitava a saída de alguém que iria se prostituir no exterior. Na mesma pena incorria quem agenciava, aliciava, comprava, transferia, transportava ou alojava pessoa traficada.[204]

O **art. 231- A – tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual.** O tráfico interno seguia os mesmos termos do tráfico internacional, mas sua pena era de reclusão de 2 a 6 anos.[205]

Querendo se adaptar melhor à legislação internacional, a Lei nº 13.344/2016 suprimiu formalmente os artigos 231 e 231-A do Código Penal e resolveu migrá-los para novo tipo penal, mais amplo, do art. 149-A do mesmo Código. Este artigo está no Título I – dos crimes contra a pessoas e no Capítulo IV – dos crimes contra a liberdade individual, onde abarca não só o tráfico sexual, mas a remoção de órgãos ou a servidão, por exemplo. E ainda se aumentou a pena. No art. 149-A do CP, a pena é de reclusão, de quatro a oito anos e multa.[206]

O caput do art. 149-A do CP dispõe:

> "Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:
>
> I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
>
> II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
>
> III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

[204] GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. **O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016. p. 64.

[205] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 129.

[206] PUREZA, Diego Luiz Victório. **O crime de tráfico de pessoas após a Lei nº 13.344/2016**. Disponível em:<http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18366&revista_caderno=3>. Acesso em: 06 set 2018.

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual".

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa."

Ocorre que, nesse artigo, para se configurar o crime de tráfico de pessoas, é necessário que o agente empregue ameaça grave, violência, fraude, abuso ou coação sobre a vítima. Ou seja, para que o crime seja configurado, se exige essas ações, podemos notar que agora o consentimento da pessoa traficada vale de alguma coisa. Ou seja, se antes do advento da Lie nº 13.344/2016, o Código Penal ignorava o consentimento da vítima maior e capaz e tipificava o crime de tráfico assim mesmo, agora se a pessoa maior e capaz der seu consentimento para exercer a prostituição, isso valerá como causa de atipicidade.[207]

Quanto ao tráfico que visa a prostituição ou a exploração sexual, a conduta ainda pode ser tipificada com base em outros delitos, como a do **art. 227 – mediação para servir à lascívia de outrem**, **art. 228 – favorecimento da prostituição**, **art. 229 – manter estabelecimento onde ocorra exploração sexual** e **art. 230 – rufianismo**. Mas, a pena para esses crimes é menor, podendo variar de 1 a 5 anos de reclusão, considerando a figura do *caput*.[208]

Já na legislação esparsa, temos o *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei n. 8.069/90). No **art. 239** temos sobre o envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro, com pena de reclusão de 4 a 6 anos. Nesse caso, não há a exigência que a vítima fique exposta a qualquer tipo de perigo ou exploração. Já no **art. 244-A**, a pena é de

[207] PUREZA, Diego Luiz Victório. **O crime de tráfico de pessoas após a Lei nº 13.344/2016**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18366&revista_caderno=3>. Acesso em: 06 set 2018.

[208] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 130.

reclusão de 4 a 10 anos para quem submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual.[209]

O âmbito de aplicação do Protocolo de Palermo é apenas nos delitos de natureza transnacional e com envolvimento de grupo criminoso organizado.[210]

No nosso país, há a previsão no Código Penal do delito autônomo de quadrilha ou bando, consistente na associação de mais de três pessoas, com a intenção de cometer crimes (art. 288). A pena prevista é de 1 a 3 anos de pena privativa de liberdade, aplicada em dobro, se a quadrilha ou bando é armado. Porém, não existe nenhuma previsão em específico para organizações criminosas de caráter transnacional.[211]

Para falarmos da questão do crime de organização criminosa, podemos citar o HC 96007 julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O que nos interessa aqui é a parte que fala sobre as organizações criminosas. Resumindo o caso, esse Habeas Corpus era sobre os bispos da Igreja Renascer, que eram acusados do crime de lavagem de dinheiro e organização criminosa. A defesa deles pediu o trancamento da ação penal com o argumento de que não existe no nosso país o crime antecedente de organizações criminosas.

A Convenção de Palermo, que foi ratificada pelo Brasil, não resolveu o problema quanto ao crime de organização criminosa pois, convenções internacionais não podem trazer normas que incriminem no âmbito do direito interno dos países. Ou seja, a Convenção de Palermo somente determina que o Brasil se comprometa a tipificar e a reprimir a conduta das organizações criminosas, mas não pode servir

[209] PUREZA, Diego Luiz Victório. **O crime de tráfico de pessoas após a Lei nº 13.344/2016**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18366&revista_caderno=3>. Acesso em: 06 set 2018.

[210] CASTILHO, E.W.V. de. **A legislação penal brasileira sobre tráfico de pessoas e imigração ilegal/irregular frente aos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/informacao-e-comunicacao/informativos-pfdc/edicoes-de-2006/maio-2006/seminario_cascais.pdf/view>. Acesso em: 08 ago 2018.

[211] RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012. p. 129.

como fonte incriminadora no direito interno porque isso viola o princípio da legalidade.

O Ministro Marco Aurélio, em sua decisão sobre o caso, expos que não podemos falar que existe um crime sem que tenha uma lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Podemos encontrar isso no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Ou seja, sem a definição da conduta e sem uma pena para essa conduta, não há prática criminosa glosada penalmente. Os Ministros Dias Toffoli, Carmen Lucia, Luiz Fux e Rosa Weber concordaram com o entendimento.

Ainda podemos constatar que, um decreto que ratifica uma convenção internacional, que foi o caso da Convenção de Palermo, ratificada pelo decreto legislativo 5.015/2004, não pode ser utilizado como lei penal incriminadora, pois isso violaria o princípio da democracia. Esse princípio quer dizer que as leis incriminadoras devem ser discutidas pelo Parlamento primeiro. Porém, as convenções internacionais são um acordo firmado pelo Chefe do Executivo, sem que haja discussão no Parlamento. O Chefe do Executivo se limita apenas a concordar ou não em estabelecer em seu país o conteúdo da convenção internacional.

Portanto, era atípica a figura das organizações criminosas até que se tivesse uma lei penal que fale sobre o tema. Porém, em 2013, foi criada a Lei nº 12.850/2013, que passou a tipificar o crime de organização criminosa. Ou seja, a partir daí podemos enquadrar uma pessoa que praticou o crime de tráfico internacional de pessoas também no crime de organização criminosa.

Quanto ao livramento condicional para pessoas que cometeram o crime de tráfico de pessoas, temos no Código Penal o disposto no artigo 83:

> "Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
>
> I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;
>
> II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

> III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;
>
> IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;
>
> V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.
>
> Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir."

Ou seja, temos no inciso V do artigo 83 a disposição sobre o tráfico de pessoas. O artigo 12 da Lei nº 13.344/2016 inseriu esse crime no mencionado inciso, que prevê um lapso temporal maior para se conceder o livramento condicional, assim como os crimes hediondos, o tráfico de drogas, o terrorismo e a prática da tortura. Ou seja, agora, o crime de tráfico de pessoas tem o mesmo tratamento dado aos crimes hediondos e equiparados na hora de se conceder ou não o livramento condicional.[212]

Na hora de definir o que seria o livramento condicional, podemos dizer que é um período de transição entre a prisão e a liberdade. É um momento imprescindível para o condenado poder se acostumar às condições de ida externa, aumentar sua capacidade de resistir a convites perigosos e se reincorporar de forma estável e definitiva na sociedade.[213]

Se forem atendidos todos os requisitos para o livramento condicional, o condenado fará jus a esse benefício. É um direito público subjetivo. O juiz não faz um favor para o condenado ao conceder essa medida, pois, se os requisitos legais

[212] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Tráfico de Pessoas e Livramento Condicional.** Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/443256692/trafico-de-pessoas-e-livramento-condicional>. Acesso em: 21 ago 2018.

[213] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Tráfico de Pessoas e Livramento Condicional.** Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/443256692/trafico-de-pessoas-e-livramento-condicional>. Acesso em: 21 ago 2018.

estiverem preenchidos, o preso tem esse direito e o juiz deve conceder. Ou seja, no caso de preenchimento dos requisitos legais para a concessão da liberdade condicional, não é uma faculdade do juiz conceder ou não, é um dever.[214]

Temos que observar ainda que, não basta que o condenado pelo crime de tráfico de pessoas tenha cumprido dois terços da pena para ter o benefício ora discutido. Ele também não pode ser "reincidente específico em crimes dessa natureza". Mas, isso não significa que ele não poderá ser reincidente. Isso quer dizer que ele até pode ser reincidente, mas não em crime da mesma natureza. Ou seja, alguém que tenha cometido um crime de roubo ou homicídio simples, pode sim ser beneficiado com o livramento condicional.[215]

Quanto a questão da reincidência específica, podemos citar Gonçalves:[216]

> "Existem duas orientações a respeito do significado da reincidência específica. Uma corrente, denominada restritiva, entende que ela só está presente quando o agente, após condenado por um determinado delito hediondo ou equiparado comete novamente a mesma espécie de crime. Ex.: condenado em definitivo por tráfico, é novamente condenado pelo comércio de entorpecente. A outra corrente, chamada ampliativa, diz que há reincidência específica quando o agente, após ser condenado por um dos crimes tratados na lei, comete outro crime hediondo ou equiparado, qualquer que seja ele. Ex.: uma pessoa condenada por latrocínio comete tráfico de entorpecentes. Esta é a orientação correta porque a lei veda o livramento quando o sujeito é reincidente específico *em crime dessa natureza*, ou seja, quando, após condenado por qualquer crime hediondo ou assemelhado, pratica qualquer outro desses delitos".[217]

[214]CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Tráfico de Pessoas e Livramento Condicional.** Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/443256692/trafico-de-pessoas-e-livramento-condicional>. Acesso em: 21 ago 2018.

[215]CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Tráfico de Pessoas e Livramento Condicional.** Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/443256692/trafico-de-pessoas-e-livramento-condicional>. Acesso em: 21 ago 2018.

[216]GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17–18.

[217]GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17–18.

Temos que notar também que, o crime de tráfico de pessoas não foi incluído como crime hediondo e nem equiparado a estes pela Lei nº 13.344/2016. Essa lei só incluiu o crime em questão na regra mais exigente para o livramento condicional. Ou seja, não podemos dar todo tratamento da lei dos crimes hediondos (Lei nº 8072/90) ao tráfico de pessoas.[218]

CONCLUSÃO

Podemos concluir com esse trabalho que o tráfico internacional de mulheres para fins sexuais é um fenômeno que ocorre em grande escala e que é quase que ignorado pela legislação pois as penas deveriam ser mais severas para quem comete esse tipo de crime. Por mais que a Lei nº 13.344/2016 tenha vindo para asseverar mais as penas e o crime do tráfico de pessoas, ainda assim a legislação deixa a desejar porque o crime em questão ainda ocorre em grande escala pelo Brasil e pelo mundo. É algo preocupante e que vem se tornando cada vez mais comum porque é uma prática rentável. É um crime que está também se internacionalizando mais e mais e isso acaba dificultando a quantificação de vítimas e de redes de tráfico.

Por mais que tenhamos homens e crianças também sendo traficadas para fins sexuais, a grande maioria das vítimas desse crime ainda sim são as mulheres, seja porque elas são mais vulneráveis ou porque acabam tendo menos oportunidades de emprego. Outro fato é que, por mais que esse crime esteja no mundo todo, as maiores vítimas dele são quem vive na pobreza e não tem tantas oportunidades.

Além disso, esse crime é também ignorado pela sociedade como um todo. Não são muitas as pessoas que se preocupam em buscar informações sobre o assunto ou buscar formas de acabar com o problema. Não é só a legislação que deveria se preocupar com o tráfico sexual, mas a sociedade como um todo deveria, primeiro por uma questão humana e segundo porque isso pode acontecer com qualquer um. Qualquer pessoa pode acabar sendo vítima desse crime. Todos devem se unir para

[218]CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Tráfico de Pessoas e Livramento Condicional.** Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/443256692/trafico-de-pessoas-e-livramento-condicional>. Acesso em: 21 ago 2018.

prevenir o crime e punir os criminosos. Vemos depoimentos de mulheres que sofreram com esse tipo de violência durante tanto tempo e ninguém fez nada. Responsabilizar penalmente o culpado por tal crime é uma solução que está nos documentos internacionais mas, podem ser feitas outras coisas para tentarmos diminuir ou até mesmo extinguir esse crime. Podemos, por exemplo, buscar prevenir essa prática para que ela acabe não ocorrendo. Mas, é claro, sem esquecer da ferramenta penal para a punição de quem praticou esse ato, pois essa punição continua sendo a mais severa.

Outra conclusão que podemos tirar é que o consentimento da mulher para exercer a prostituição deveria sim excluir o crime do tráfico sexual. Ao passo que temos mulheres que são colocadas nesse mercado contra sua vontade, o que deveria ser severamente punido para os aliciadores, há também aquelas mulheres que escolheram ser prostitutas e isso não deveria ter problema. Essas mulheres deveriam ser livres para escolherem no que querem trabalhar, do mesmo jeito que um advogado ou um médico escolhem suas profissões.

Ou seja, antes do advento da Lei nº 13.344/2016, o consentimento da mulher para exercer livremente a prostituição era totalmente ignorado e o crime de tráfico era visto como tendo ocorrido. O Brasil atualizou sua legislação nesse ponto para que o consentimento da mulher pudesse excluir o crime de tráfico sexual, pois, a partir do momento que inseriu no art. 149-A do Código Penal que era preciso ter violência e ameaça para se configurar o crime de tráfico de pessoas, significa que se não há essas condutas, a mulher está de forma livre e voluntaria ali exercendo a prostituição. O nosso país ainda não obedeceu totalmente ao que o Protocolo de Palermo dispôs, pois se comprometeu a criminalizar as condutas descritas no Protocolo e até agora o que temos são dispositivos que não são tão severos com as penas, mas, só de já ter começado a admitir o consentimento da mulher que exerce a prostituição, como o Protocolo de Palermo afirma, isso já uma grande vitória. Dessa forma, estaremos com uma política de enfrentamento voltada somente para as pessoas que tiverem seu consentimento viciado.

O Protocolo de Palermo foi o primeiro documento internacional que veio para prevenir e combater o tráfico em questão e para proteger as vítimas. Ele não criminaliza a vítima pois não importa se o trabalho que ela realiza é legal ou ilegal, o que importa é que ela foi traficada e isso sim é ilegal. Isso sim viola os direitos e liberdades da vítima, onde ela acaba tendo que se submeter a coisas desumanas e um abuso físico e psicológico horríveis. Ou seja, o real criminoso é o traficante e é ele que deve ser punido. E ainda, o Protocolo pontua que a pessoa que vai para o exterior se prostituir de forma voluntária não é vítima de tráfico e deve ter o direito de escolher no que trabalhar sem ser criminalizada por isso.

Porém, assim como o Código Penal Brasileiro tem seus defeitos, o Protocolo de Palermo também tem, como é o caso em que ele considera que a vulnerabilidade da vítima deve invalidar o seu consentimento. Mas isso discrimina as mulheres advindas de países subdesenvolvidos que querem exercer a prostituição de forma voluntária. Da mesma maneira que existem mulheres de países desenvolvidos que querem trabalhar no mercado do sexo, também existem mulheres de países subdesenvolvidos que querem fazer o mesmo. O fato de elas terem origens mais pobres não deve ser um fator para automaticamente invalidar seu consentimento.

O mercado normal que estamos acostumados, que vende roupas, sapatos e alimentos é movido pela lei da oferta e da procura, do mesmo modo é com o mercado sexual. Ou seja, se esse mercado está cada vez crescendo mais, significa que ele tem quem o consuma. Posto isso, deve-se conscientizar a população em primeiro lugar, como já dito antes, pois, são pessoas dessa sociedade que “compram” mulheres traficadas.

Algumas medidas que podem ser adotadas para se ter um rigor maior na punição do tráfico internacional sexual, seria, por exemplo, punir, além do traficante, também aquele “cliente” que “compra” a vítima traficada. Outro exemplo seria não criminalizar apenas o tráfico humano para a prostituição, mas punir também por manter a vítima em cativeiro por possuir dívidas, por cárcere privado, etc.

Outro ponto que pode fazer com que o tráfico sexual internacional diminua é se houver uma cooperação internacional para o enfrentamento desse crime, que é um crime transnacional, ou seja, envolve dois ou mais países. Se os países envolvidos dessem informações ou colaborassem de alguma forma para prevenir o tráfico sexual internacional, isso seria um passo a mais para pôr fim a essa prática.

Por fim, para se enfrentar o tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual, é necessário que olhemos sob uma perspectiva de direitos humanos, pois essas mulheres também são seres humanos e têm seus direitos violados. Para combater esse fenômeno tão comum nos dias atuais, infelizmente, é diminuindo a situação de vulnerabilidade das vítimas que tem o consentimento viciado para o tráfico sexual. Para diminuirmos essa situação de vulnerabilidade deve ser dado a essas mulheres possibilidade de terem uma vida digna, exercerem sua cidadania e terem seus direitos respeitados.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; SALES, Lilia Maia de Morais. A Questão do Consentimento da Vítima de Tráfico de Seres Humanos. 2006. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/050.pdf>. Acesso em: 10 mar 2018.

ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi de. Tráfico Internacional de Pessoas e Prostituição: Paradoxos entre o Protocolo de Palermo e o Código Penal Brasileiro no Tocante ao Consentimento. Defensoria Pública da União. Brasília. n. 9. jan./dez. 2016.

BATSTONE, David. Not for Sale.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Tráfico de Pessoas e Livramento Condicional. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/443256692/trafico-de-pessoas-e-livramento-condicional>. Acesso em: 21 ago 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A criminalização do tráfico de mulheres: Proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero? Cadernos Pagu. n. 31. Campinas: Cadernos Pagu. 2008.

Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRepTrafPessLenoc.html>. Acesso em: 30 abr 2018.

Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1985 Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhuniversaisdhaj-AplicDeclaracaoVitimas-LXXV.html>. Acesso em: 20 mar 2018.

GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119. 2016.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura. São Paulo: Saraiva, 2001.

JESUS, Damásio de. Tráfico Internacional de Mulheres e crianças. São Paulo: Saraiva, 2003.

KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais: uma abordagem histórica. In: 3º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais 2001. v. 3. Instituto de Relações Internacionais. USP. São Paulo, 2011. Disponível em: < http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=msc0000000122011000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 mar 2018.

KEMPADOO, Kamala. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. Campinas: Cadernos Pagu. n. 25. 2005.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org). Pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF: Relatório Nacional. Brasil. Brasília: Cecria. 2003.

MALAREK, Victor. The Natashas: the new global sex trade. Toronto: Penguin Canada. 2004.

MENEZES, Lená Medeiros de. O tráfico internacional de mulheres no *debut* e *fin-de-siecle*. In: Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico de seres humanos no mundo. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/trafico/default.asp>. Acesso em: 28 abr 2018.

MOURA, Samantha Nagle Cunha de. O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no Protocolo de Palermo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. v. 8. n. 3. 3º quadrimestre de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. p. 158.

OLIVEIRA, Edirani Lanes de. Tráfico de Pessoas Para Fim de Exploração Sexual e Seu Crescimento Silencioso. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3910>. Acesso em: 10 abr 2018.

PAULA, Cristiane Araújo de. Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 36. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 15 abr 2018.

Permissão de permanecer no território do Estado de destino a título temporário ou permanente. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26546/condicoes-de-permanencia-de-um-estrangeiro-no-territorio-brasileiro>. Acesso em: 30 abr 2018.

PETERKE. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas, 2008.

PISCITELLI, Adriana. Sujeição ou subversão: migrantes brasileiras na indústria do sexo na Espanha. In: Revista Histórias e Perspectivas, n. 35. Uberlândia. 2006. Disponível em: <http://www.historiaperspestivas.inhis.ufu.br/index.php>. Acesso em: 20 mar 2018.

PUREZA, Diego Luiz Victório. O crime de tráfico de pessoas após a Lei nº 13.344/2016. Disponível em:<http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18366&revista_caderno=3>. Acesso em: 06 set 2018.

RAMINA, Larissa. Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual: Dificuldades Conceituais, Caracterização das Vítimas e Operacionalização. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 14. 2013.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual e a Questão do Consentimento. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. São Paulo. USP. 2012.

SANTOS, Ebe Campinha dos. Tráfico de pessoas para fins sexuais. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (orgs.) Direitos das Minorias e Grupos Vulneráveis. Ijuí: Unijuí. 2008.

TORRES, Hédel de Andrade. Tráfico de Mulheres – Exploração Sexual: Liberdade à Venda. Brasília: Rossini Corrêa. 2012.

Trafficking in persons to Europe for sexual exploitation. Disponível em: <http://www.unodc.org/southerncone/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>. Acesso em: 31 mar 2018.

UN. GIFT. Iniciativa Global da ONU contra o Tráfico de Pessoas. UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. *An introduction to Human Trafficking Vulnerability, Impact and Action*.

ZÚQUETE, José Gonçalo Pais Estrela da Silveira; DE SOUZA, Edinilsa Ramos e DESLANDES, Suely Ferreira. Concepções sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: um estudo com representantes institucionais no Brasil e em Portugal. Cad. Saúde Pública. 2016. v. 32. n. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n10/1678-4464-csp-32-10-e00075415.pdf>. Acesso em: 11 abr 2018.

WINROCK INTERNACIONAL BRASIL. Manual de Capacitação para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Salvador: ILADH. 2010

CIDADANIA ESPECTRAL: UM ESTUDO DA CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA ATRAVÉS DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, BASEADO NA TEORIA ROUSSEAUNIANA, DE ACORDO COM A CLASSIFICAÇÃO DE THOMAS H. MARSHALL, DENTRO DA VISÃO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.

Daniela de Lima Torres Renofio

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso de pesquisa no âmbito do Direito Constitucional, Direito Administrativo e Ciência Política, que tem por objeto a temática da Cidadania, restrito ao aspecto do exercício pleno dos direitos políticos pelo cidadão. A pesquisa foi desenvolvida com enfoque dogmático e instrumental, relacionando o fenômeno jurídico – cidadania - a questões históricas, político-sociais, jurídicas e materiais**.** Enfrentando a premissa inicial de que o Estado não incentivaria nem tampouco propiciaria os meios ideais para o exercício da cidadania, concluímos que o Poder Público, dentro do arcabouço histórico-político-administrativo, está enfrentando a problemática da comunicação com os cidadãos, através do aprimoramento da transparência dos dados abertos. A pesquisa foi limitada ao Brasil pós-costituição de 1988, assim sendo, não se deve interpretar que o presente trabalho se aplica a outros países, culturas ou épocas. É necessário fomentar a discussão acerca da cidadania não reduzindo-a somente a seu aspecto conceitual - um conjunto de direitos e deveres, nem situá-la apenas no âmbito do voto popular, pois é um enfoque pequeno. Contudo se verifica que o cidadão, mesmo possuindo meios, ainda não demonstra interesse de ser um membro ativo da comunidade, de ser cidadão; então se mostra necessário que o Estado implemente políticas de comunicação que favoreçam a criação da cultura participativa, demonstrando os impactos positivos que a participação do cidadão pode gerar tanto no plano individual, quanto no coletivo.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Teoria Contratualista; Exercício da Cidadania pelo Cidadão Brasileiro; Ação Popular; Audiência Pública.

ABSTRACT

This is the conclusion work of a research course in the scope of Constitutional Law, Administrative Law and Political Sciences, which has the subject of Citizenship, restricted to the aspect of the full exercise of political rights by the citizen. The research was developed with dogmatic and instrumental approach, relating the legal phenomenon - citizenship - to historical, political-social, legal and material issues. In the face of the initial premise that the State would neither encourage nor provide the ideal means for exercising citizenship, we conclude that the Public Power, within the historical-political-administrative framework, is facing the problem of communication with citizens, through the transparency of open data. The research was limited to Brazil post constitution of 1988, therefore, it should not be interpreted that the present work applies to other countries, cultures or epochs. It is necessary to foster discussion about citizenship by not reducing it only to its conceptual aspect - a set of rights and duties, nor to situate it only in the popular vote, since it is a small focus. However it is verified that the citizen, even having means, still does not show interest of being an active member of the community, of taking action on the part of citizenship; then it is necessary for the State to implement communication policies that favor the creation of a participatory culture, demonstrating the positive impacts that citizen participation can generate both individually and collectively.

Keywords: Constitutional law; Administrative law; Contractualist theory; Exercise of Citizenship by the Brazilian Citizen; Popular Action; Public Hearing.

INTRODUÇÃO

Busca-se demonstrar, a partir dos direitos políticos trazidos pela CF/88, que a cidadania, situada no campo do “dever ser” conforme a teoria de Rousseau, não se manifesta por completo no cotidiano, que carece normalmente, de um dos três direitos trazidos por Marshall [político, sociais e civis], sendo assim um espectro, visto que não é exercida plenamente pelo seu principal ator – o cidadão.

Trata-se de trabalho de conclusão de curso de pesquisa no âmbito do Direito Constitucional, Direito Administrativo e Ciências Políticas, que tem por objeto a temática da Cidadania, restrito ao aspecto do exercício pleno dos direitos políticos pelo cidadão.

O objeto da pesquisa é demonstrar que a cidadania, situada no campo do "dever ser", não se manifesta por completo no cotidiano, ainda é um espectro, visto que não é exercida plenamente pelo seu principal ator – o cidadão.

O objetivo da presente pesquisa é analisar, na esfera da realidade nacional, se o Estado propicia aos cidadãos o exercício pleno a cidadania e se mesmos a exercem.

Em consequência, temos os seguintes objetivos específicos:

- demonstrar a essência da cidadania através do estudo das teorias do Contrato Social;

- enfocar a teoria de Jean Jacque Rousseau a partir de sua visão de sociedade, para compreender a cidadania no início da sociedade moderna;

- estudar o surgimento e a concepção de cidadania, a partir da evolução histórica e político-administrativas no Brasil, e;

- discorrer sobre alguns instrumentos constitucionais que viabilizam o exercício dos direitos políticos: Ação Popular e Audiências Públicas;

- apresentar alguns os resultados da pesquisa, realizada pela Fundação Getúlio Vargas, com base em Portais de Transparência, previstos pela Lei nº 12.527/2011 [Lei de Acesso a Informação];

- demonstrar que a cidadania é ainda um espectro, pois não se materializa de forma plena e eficaz.

O Estado Brasileiro, de uma forma ampla e acessível incentiva o exercício da cidadania? E o cidadão, mesmo informado, se interessa em exercê-la? Este é a problemática que vamos enfrentar.

Se há o desconhecimento da lei [dever] em virtude de inúmeros fatores, por óbvio também há o desconhecimento de direitos e, elevando a pesquisa além do patamar da norma jurídica, o estudo recai forçosamente no tema cidadania,

interpretado como o conjunto de direitos e deveres, insertos na Constituição Federal e sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

É necessário fomentar a discussão acerca da cidadania não reduzindo-a somente a seu aspecto conceitual - um conjunto de direitos e deveres, nem situá-la apenas no âmbito do voto popular, pois é um enfoque pequeno.

Na premissa inicial, a abordagem estaria relacionada com a ausência da divulgação eficiente do ordenamento jurídico pelo Estado, em face do princípio geral de direito - "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando o seu desconhecimento" [art. 3° da LINDB]. A temática se restringiria ao conhecimento e observância dos deveres.

A pesquisa foi ampliada para a perspectiva da cidadania, a fim verificar se o Estado, *a priori* organizado com o intuito de propiciar o exercício pleno da cidadania, falha na sua missão de informar ao cidadão não apenas seus deveres, mas também seus direitos. A cidadania efetivamente se materializa ou se trata apenas de um espectro, é a hipótese do estudo.

Assim justifica-se a escolha do tema - Cidadania um Espectro -, porque tentamos demonstrar que a cidadania, verdadeiramente, não se concretiza, não é exercida, se mantém espectral: um conceito sem corpo e sem alma, somente uma mancha, um borrão ao qual nos apegamos e acreditamos enxergar. Ela é apenas uma miragem.

A pesquisa foi desenvolvida com enfoque dogmático e instrumental, relacionando o fenômeno jurídico – cidadania - a questões históricas, político-sociais, jurídicas e materiais.

No Capítulo I, através do estudo das teorias do Contrato Social, desconstruímos a essência do conceito contratualista de cidadania; as teorias contratualistas de Hobbes e Rousseau são apresentadas de forma sucinta, separadamente. Ao final do Capítulo, é abordado o posicionamento de Jean Jacques

Rousseau, precisamente sua visão da sociedade como fruto do Contrato Social e dos direitos políticos.

Em sequência, enfocamos o conceito e surgimento da cidadania, a evolução da cidadania no Brasil dentro do contexto histórico e sócio-político-administrativo. No Capítulo II, também discorremos sobre a classificação do desenvolvimento da cidadania através da evolução do direito, segundo Thomas H. Marshall e elencamos as formas de exercício da cidadania através dos direitos políticos, destacando a Ação Popular e sobre a forma da participação popular na gestão da Administração Pública, através das Audiências Públicas.

Finalmente, no Capítulo III discorremos brevemente sobre alguns conceitos que não podem ser dissociados do enfoque da cidadania, a partir da ótica que se propõe este trabalho: democracia participativa, opinião pública e a classificação cidadão como o principal ator da cidadania, elementos indispensáveis para caminharmos em direção a nossa conclusão.

1 O CONTRATO SOCIAL E A DEMOCRACIA

Inicialmente devemos entender o contratualismo como a teoria que explica os fatos sociais diante dos direitos do homem, que convive em uma sociedade.

Com o constitucionalismo, iniciou-se um questionamento relacionado à ideia de legitimidade do “poder” do Estado, em face a necessidade de assegurar as liberdades individuais e a autonomia coletiva, objetivando equilibrar a relação "Sociedade X Estado", por meio do Contrato Social. [1]

O Contrato Social pode ser fisicamente visualizado como sendo a Constituição do Estado, pois é não apenas lei fundamental responsável pela formação e organização do Estado, mas também “um acordo entre governantes e

[1] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos*: uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 219.

governados, onde os primeiros aceitam a limitação de seus poderes em respeito a um conjunto de direitos e garantias reconhecidos aqueles últimos.”. [2]

1.1 Contratualistas: Hobbes X Rousseau

Entre os grandes expoentes da Teoria Contratualista estão Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, que defendem que o Estado surge através do poder que o povo tem de pactuar ou contratar seus dirigentes e posicionam-se contra o absolutismo. Entendem que a sociedade civil evolui para o Estado, o qual deve gerir benefícios comuns: imposição de deveres e defesa de direitos.

Segundo Hobbes, a sociedade é fundada em razões advindas do medo que cada homem tem de sofrer uma violência de seu igual - pois acredita que: “qualquer homem é capaz de matar outro homem, de exercer sobre outro este ato de violência extrema.”. [3]

Para Hobbes, a igualdade reside na fraqueza de todos em relação a todos:

> [...] Justamente por serem, em princípio, igualmente dotados, cada um vive constantemente temeroso de que outro venha tomar-lhe os bens ou causar-lhe algum mal, pois todos são capazes disso. Esse temor, por sua vez, gera um estado de desconfiança, que leva os homens a tomar iniciativa de agredir antes de serem agredidos. [4]

O estado natural ou estado de natureza pode ser encontrado quando os homens em uma situação onde a razão e as instituições estatais coercitivas não estão presentes; no estado natural os indivíduos permanecem não reprimidos de seus impulsos animalescos de mútua destruição e guerra perpétua.

Nasce então para Hobbes a necessidade do Contrato Social, para que a sociedade realmente se efetive.

---

[2] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos*: uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 219
[3] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 44
[4] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 44/45

Desta forma, por meio de uma transferência imperiosa de direitos, advinda de todos os cidadãos, com o objetivo de alcançar o estado jurídico ou estado de sociedade, prevalece a ideia do Contrato Social como princípio lógico, para que, a partir dele, a sociedade, agora não hostil, crie seu ideal político, regendo-se e constituindo-se em uma sociedade jurídica.

Segundo Norberto Bobbio:

> […] Hobbes, como todos los conservadores, tenía arraigada la convicción de que la sociedad sólo se rige por la desigualdad, principalmente por la desigualdad esencial, interminable, entre el soberano u los súbditos, entre los que tienen el derecho de mandar y los que no tienen otro deber que el de obedecer. [...] Dicho de otra manera: la igualdad se da por naturaleza, pero la desigualdad se da por convención; y el Estado racional para hombres racionales se basa en una convención.[5]

O Direito, para Hobbes, é um mero conjunto de condições e meios utilizados para estabelecer ou impor a paz, visto a necessidade de conter os impulsos malignos dos homens, que matariam um aos outros sem essa "paz imposta e controlada".

Diferentemente, o pensamento rousseauniano baseia-se na ideia de um estado de natureza, anterior ao estado social, no qual o homem é essencialmente neutro, preocupando-se somente com sua conservação.

Rousseau reafirma a doutrina de Aristóteles, onde o homem é por natureza um ser social e também político, e que a sociedade é uma condição necessária de todo progresso. [6]

Allan Bloom, repetindo Rousseau, aponta que "a sociedade civil não pode ser fundamentada no direito natural; a natureza só dita o interesse próprio. A natureza é

[5] BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991, México. p. 69
Hobbes, como todos os conservadores, tinha a convicção de que a sociedade é governada apenas pela desigualdade, principalmente pela desigualdade essencial e interminável entre o soberano e os súditos, entre aqueles que têm o direito de comandar e aqueles que tem dever é obedecer. [...] Dito de outra forma: a igualdade é dada pela natureza, mas a desigualdade é dada por convenção; e o Estado racional para homens racionais é baseado em uma convenção.

[6] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 50

muito baixa para abarcar a sociedade civil; o estudo a natureza conduz a sua rejeição como padrão, pelo menos para a sociedade.[7]

Segundo Rousseau seus antecessores não compreenderam que o estado de natureza não conduz à formação da sociedade. "A sociedade civil exige moralidade porque o caráter natural do homem não é o suficiente para obrigá-lo, *in foto interno*, às exigências mais rigorosas da vida política, e suas paixões recém inflamadas o tornam ainda menos apto para a sociedade".[8]

Rousseau escreveu:

> Eu imagino os homens chegando ao ponto em que os obstáculos, que prejudicam a sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Esse estado primitivo não pode, então, mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse a sua maneira de ser. [9]

Allan Bloom ressalta "que a moral não é natural ao homem, é preciso criá-la". A base para esta criação é o projeto que Rousseau estabelece em *O contrato social*; "nele, tenta solucionar o problema que constitui o conflito entre indivíduo e Estado, ou entre o interesse próprio e o dever".[10]

Nas palavras do próprio contratualista:

> Um acordo entre indivíduos para subordinar seus julgamentos, direitos e poderes às necessidades e julgamentos de sua comunidade como um todo. Cada pessoa implicitamente participa de tal contrato ao aceitar a proteção das leis comunitárias. O poder soberano de qualquer Estado não recai sobre nenhum governante – indivíduo ou corporação – porêm na *vontade geral* da comunidade; e a soberania, embora possa

[7] BLOOM, Allan. *História da Filosofia Política*. Organização: Leo Strauss e Joseph Cropsey Rio de Janeiro, Forense, 2016 p. 508
[8] BLOOM, Allan. *História da Filosofia Política*. Organização: Leo Strauss e Joseph Cropsey Rio de Janeiro, Forense, 2016 p. 508
[9] ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político* Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed., 2015. p. 19.
[10] BLOOM, Allan. *História da Filosofia Política*. Organização: Leo Strauss e Joseph Cropsey Rio de Janeiro, Forense, 2016 p. 508

> ser delegada em parte e por algum tempo, jamais poderá ser cedida. [11]

Bloom destaca:

> O ato de criação da sociedade civil é idêntico ao de estabelecer compromissos moralmente vinculativos para outros. [...] o homem criador da moral e do Estado é o cumprimento da noção de homem como ser livre e indeterminado. Se pudesse ser evitado o caráter meramente arbitrário das convenções, então seria possível dizer que uma sociedade civil convencional é, ao mesmo tempo, a realização da natureza humana e digna de seu respeito e obediência.[12]

Para Rousseau a organização assim se apresenta:

> O poder soberano reside no legislador, cuja função é emitir comandos universais ou leis; o poder executivo reside na pessoa que governa – *rex*, *princeps* – a quem compete administrar e executar em conformidade com as leis e, finalmente, o poder judiciário reside na pessoa do juiz, a quem cabe aplicar a lei a casos individuais após o julgamento. [13]

Nota-se, por fim, que Rousseau e Hobbes divergiam em sua visão de homem natural, mas convergiam na ideia de que o contrato social seria instrumento necessário para a formação e vivência em sociedade.

1.2 O Contratualismo de Rousseau – reflexos da origem da cidadania e da sociedade na construção da cidadania moderna

De acordo com Rousseau, em face a desafios que não seriam superáveis por sua força individual, o homem se vê diante da única possibilidade para seguir em frente: unir-se ao seu semelhante - igualmente fraco diante de forças superiores - e assim, em conjunto, coligadas suas forças, superar os obstáculos e agir de comum acordo para preservação mútua.

Como afirma Jean Jacques Rousseau: “O desafio é encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de

[11] ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político* Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed., 2015. p. 29.
[12] BLOOM, Allan. *História da Filosofia Política*. Organização: Leo Strauss e Joseph Cropsey Rio de Janeiro, Forense, 2016 p. 508.
[13] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 130/131

cada associado; pela qual cada um, unindo-se a todos, no entanto, obedeça apenas a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes."[14]

Nas palavras de Rousseau temos que: "Nesse instante, o ato de associação produz um corpo moral e coletivo que é o *Estado*, enquanto mero executor das decisões, sendo *soberano* quando exercita um poder de decisão."[15]

Para entendermos melhor de onde partiu Rousseau, é necessário que interpretemos seu conceito de liberdade e autoridade política.

Seguindo a interpretação de Allan Bloom, temos que:

> O filósofo crê que descobriu o verdadeiro princípio da moralidade que outros apenas intuíram e tentaram fundamentar em interpretações dúbias e arbitrárias da natureza ou da religião revelada. A liberdade do homem, que parece ser independentemente e oposta ao governo da moral, é a única fonte de moralidade. Com esta descoberta, Rousseau completa a ruptura com os ensinamentos políticos da Antiguidade clássica iniciada por Maquiavel e Hobbes. Seus predecessores imediatos mantiveram a noção de lei natural que limitava a liberdade humana que eles próprios ensinavam.[16]

Liberdade, afirma Rousseau, não se encontra no direito à livre ação individual, movida por desejos ou impulsos, mas sim, na obediência à lei, inspirada pela vontade geral, soberana e coletiva. [17]

Dando sequência a sua estruturação, separa as formas de governo em: democracia, aristocracia e monarquia; Rousseau afirma que "qualquer Estado é uma república quando governado por leis, e não por decretos autocráticos.". [18]

Luiz Carlos Tomazeli explica que:

---

[14] ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político* Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed., 2015. p. 25.
[15] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 53
[16] BLOOM, Allan. *História da Filosofia Política*. Organização: Leo Strauss e Joseph Cropsey Rio de Janeiro, Forense, 2016 p. 509
[17] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 56/57
[18] ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político* Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed., 2015. p. 61.

> O Estado, para Rousseau, só pode existir como sistema democrático. De outra forma, o bem comum não é assegurado, a igualdade não é mantida, a vontade geral não prevalece sobre as vontades particulares, e, portanto, o Estado não cumpre a sua finalidade como instituição social e política.[19]

Rousseau concebe o "Contrato Social" não como um conjunto de direitos individuais destinados a limitar o poder público e sim, como um mecanismo justificativo do poder político que se organiza e se constitui através da manifestação de liberdade e igualdade dos homens. [20]

Bloom aponta um sentido interessante:

> Embora os homens de gostos e entendimentos diversos componham o corpo legislativo soberano, ninguém pode impor sua vontade aos outros, a menos que possa ser igual à vontade dos outros. A lei é produzida pela vontade de cada um, que pensa em termos de todo. A função primordial do contrato social é construir um regime que pode expressar a vontade geral.[21]

A obrigação social legitima-se numa convenção estabelecida pelos membros que constituem a *societas*, onde cada um celebra um contrato consigo mesmo, vinculando-se livremente ao pacto.[22]

Nas palavras do próprio Rousseau:

> A solução é que cada homem se dê por inteiro à comunidade com todos os seus direitos e propriedades. O depósito é feito no todo, mas não em um indivíduo; desta forma ninguém se coloca nas mãos de outro. O contrato é igual, pois cada um dá tudo. Ninguém se reserva qualquer direito pelos quais possa pretender julgar sua própria conduta; por conseguinte, não há fonte de conflito entre o indivíduo e o Estado, pois o indivíduo contratou aceita a lei como padrão absoluto para seus atos.[23]

---

[19] TOMAZELI, Luiz Carlos. *Entre o Estado Liberal e a Democracia Direta*: a busca de um novo contrato social Porto Alegre, EDIPUCRS, 1999. p. 69

[20] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 64

[21] BLOOM, Allan. *História da Filosofia Política*. Organização: Leo Strauss e Joseph Cropsey Rio de Janeiro, Forense, 2016 p. 508

[22] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. . 53

[23] ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político* Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed., 2015. p. 61.

O conjunto de pessoas permanece como soberano, mesmo após a criação do Estado, por ser a soberania inalienável e indivisível, e é essa associação de homens, soberanos, que atuará no interesse da sociedade por ser esse o seu interesse, essa vontade própria desse soberano constituído por vários, essa é a "vontade geral".

Apresenta Allan Bloom a seguinte afirmativa:

> O contrato social estabelece uma pessoa artificial, o Estado, que tem uma vontade tal como a pessoa natural; o que parece necessário ou desejável para essa pessoa é a vontade dela e aquilo que é a vontade de todos é a lei. A lei é o produto da vontade geral.[24]

Como bem colocado pela autora Maria Elizabeth Rocha: "Assim ao obrigar um individuo refratário a obedecer à lei, a sociedade está, efetivamente, "forçando-o a ser livre".[25]

Porém a importância da lei não está em apenas expressar a consciência da alma comunitária, mas em fundar, como princípio, a igualdade moral e legítima, em contraposição a desigualdade física dos homens, assemelhando-os por convenção e direito, desta forma "[...], o indivíduo, que pelo contrato se torna homem social, recupera o equivalente da igualdade natural.", visto que todos os cidadãos se comprometem "sob as mesmas condições e devem gozar dos mesmos direitos". [26]

Tomazeli ressalta que:

> A essência democrática do pensamento de Rousseau, contida na vontade geral em suas dimensões mais significativas; a cooperação social, a participação civil e a igualdade na justiça. Juntas, estas formas de relacionamento político dão consistência ao corpo político.[27]

---

[24] BLOOM, Allan. *História da Filosofia Política*. Organização: Leo Strauss e Joseph Cropsey Rio de Janeiro, Forense, 2016 p. 50

[25] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 60

[26] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 60

[27] TOMAZELI, Luiz Carlos. *Entre o Estado Liberal e a Democracia Direta*: a busca de um novo contrato social Porto Alegre, EDIPUCRS, 1999. p. 69

Encerramos o capítulo com palavras de Norberto Bobbio, através das quais reafirma a importância do ideal contratualista no pensamento político contemporâneo:

> El ideal de la democracia no puede disociarse del principio del contrato social, es decir, de la idea del acuerdo de cada uno con todos los demás sobre algunas de las reglas fundamentales de la convivencia, aunque se trate de una sola regla, de la mayoría. En ocasiones anteriores se ha subrayado la importancia de la persistencia del ideal contractualista en el pensamiento político contemporáneo [no es casual que hoy se hagan referencias al neocontratualismo], pese a las críticas que recibió en el siglo XIX y su difuminación debida al ataque conjunto de los autores conservadores e revolucionarios. Las razones de esta persistencia se encuentran en que es difícil, si no imposible, disociar el ideal de una sociedad libre de la práctica – más allá principio de mayoría extendido al mayor número – de la negociación entre individuos o grupos formalmente libres e iguales.[28]

O ideal da democracia não pode ser dissociado do princípio do contrato social, isto é, da ideia de acordo de cada um com os demais sobre algumas das regras fundamentais da coexistência, mesmo que seja uma regra única, da maioria.

Em ocasiões anteriores, ressaltou-se a importância da persistência do ideal contratualista no pensamento político contemporâneo [não é à toa que são feitas referências ao neocontratualismo hoje], apesar das críticas que recebeu no século XIX e de seu embasamento devido ao ataque conjunto de os autores conservadores e revolucionários. As razões para essa persistência são que é difícil, se não impossível, dissociar o ideal de uma sociedade livre da prática - além do princípio da maioria

[28] BOBBIO, Norberto. *El filósofo y la política [Antología]*: Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica, México, 1996. p. 266

"O ideal da democracia não pode ser dissociado do princípio do contrato social, isto é, da ideia de um acordo de cada um com os outros sobre algumas das regras fundamentais de coexistência, mesmo que seja uma regra única, da maioria. Em ocasiões anteriores, a importância da persistência do ideal contratualista no pensamento político contemporâneo foi destacada [não é por acaso que se fazem referências ao neocontratualismo hoje], apesar das críticas que recebeu no século XIX e de seu embasamento devido ao ataque conjunto de os autores conservadores e revolucionários. As razões para essa persistência se encontra em que é difícil, se não impossível, dissociar o ideal de uma sociedade livre da ideia da prática - além do princípio da maioria estendido ao maior número - de negociação entre indivíduos ou grupos formalmente livres e iguais."

estendido ao maior número - de negociação entre indivíduos ou grupos formalmente livres e iguais.

2 A CIDADANIA

Estudando a etimologia de cidadania, temos que a palavra deriva de *civitas,* do latim, que significa cidade - um aglomerado urbano de pessoas - e remete aos direitos e deveres das pessoas que habitam/convivem naquele local.

A História ensina que as Cidades-Estado nasceram na Grécia, denominadas de *polis*, devido a uma nova ordem de agregação humana urbana, visto que a rural não comportava mais o modelo de convivência das pessoas.

Nas primeiras cidades, tanto na Grécia quanto em Roma, a cidadania era um direito assegurado a muitos e exercido por poucos, criando um abismo entre o discurso teórico e a aplicação prática.

Mas a cidadania nasceu muito antes da primeira *polis* se formar. Quando o antigo regime de convivência social ruiu e as pessoas tiveram de se reorganizar, o que levou a criação de castas ou classes sociais, onde a classe superior ditava os direitos e deveres dos subordinados. Esse foi o nascimento da cidadania.

Na Baixa Idade Média, reaparece a noção de estado centralizado e com ele a clássica visão da cidadania, ligada aos direitos políticos.

Porém já na Idade Média já se tinha a ideia de que o poder do Estado é legitimado pelo Direito. Desta forma, dentro do contexto - Estado e Direito – o sistema penal e as medidas punitivas surgem em substituição a vingança privada e coletiva.

Segundo o professor Bernardino Gonzaga:

> Os historiadores estão de inteiro acordo sobre o fato de que o povo em geral, de todas as classes sociais, aceitava

> pacificamente os rigores do sistema repressivo, encarando-os com absoluta naturalidade, como algo normal e necessário. [29]

Os séculos XIX e XX foram responsáveis por progressos significativos que repercutiram no conceito de cidadania.

Por derradeiro a Revolução Americana e a Revolução Francesa tornam absoluto o direito individual do homem sobre o poder do Estado, o direito a liberdade, vida e propriedade. [30]

De acordo com Gustavo de Medeiros Melo a cidadania:

> Não é somente a prerrogativa de o indivíduo poder votar e ser votado. Compreende principalmente o direito de fruição dos bens e serviços de utilidade pública, e o direito de exigir dos gestores fidelidade absoluta à Constituição Federal que prometeram manter, defender e cumprir com observância das leis e promoção do bem geral do povo.[31]

Agora que já iniciamos nosso debate acerca da cidadania, seguiremos para o campo jurídico, iniciando por Marshall e sua histórica classificação.

2.1 Refletindo juridicamente sobre a cidadania segundo Marshall

A classificação do desenvolvimento da cidadania através da evolução do direito permite que o estudo da cidadania seja mais dinâmico e homogêneo, segundo Thomas Humphrey Marshall.[32]

A cidadania é o exercício dos direitos e deveres sociais, políticos e cíveis. A condição de cidadão é garantida àquele que vive de acordo com as normas pertencentes a sua sociedade e seu pleno exercício requer que os direitos e deveres de todos sejam cumpridos e contribuam para uma sociedade equilibrada e justa.

---

[29] GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A Inquisição em Seu Mundo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 47.

[30] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 126 e 127

[31] MELO, Gustavo de Medeiros. *Ação Popular:* Aspectos Relevantes e Controvertidos. Organização: Luis Manoel Gomes Junior e Ronaldo Fenelon Santos Filho. São Paulo, RCS Editora, 2006.p. 185

[32] Thomas Humphrey Marshal, [1893–1981]. Sociólogo britânico conhecido pela obra *Citizenship and Social Class*, e de outros ensaios contemporâneos, através dos quais estuda o desenvolvimento da cidadania, direitos civis, políticos e sociais.

Thomas H. Marshall, foi o precursor da classificação do desenvolvimento da cidadania; para tanto, utilizou como marco os períodos do desenvolvimento dos direitos civis e direitos políticos [séculos XVIII e XIX, respectivamente], denominados de "direitos de primeira geração" e, em sequência cronológica, dos direitos sociais [século XX], denominados de "direitos segunda geração". A "terceira geração de direitos", na visão do sociólogo, se compõe de temas específicos: direito da criança, meio ambiente, entre outros.

De acordo com o dimensionamento adotado por Marshall, a sequência de surgimento dos direitos seguiu uma ordem cronológica lógica, uma vez que:

> Com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que foram os responsáveis pela introdução dos direitos sociais. [33]

Inicialmente, no século XVIII, surgiram os direitos civis; no século seguinte nasceram os direitos políticos e, finalmente no século XX, foi introduzida a noção dos direitos sociais. [34]

A liberdade individual é a fonte primária dos direitos civis. Dentre os direitos civis podemos catalogar os direitos e garantias fundamentais como: o direito a vida, liberdade, propriedade e a igualdade; em sequência e como consequências se seguem as garantias de ir e vir, de manifestação, de organização, inviolabilidade do lar e da correspondência, o direito de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis e, o direito de não ser condenado sem o devido processo legal.

No que concerne à definição dos direitos políticos, o autor nos ensina que:

> Os direitos políticos se referem à participação do cidadão no governo da sociedade. Seu exercício é limitado a parcela da população e consiste na capacidade de fazer demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar, de ser votado. Em

[33] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 11.
[34] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 10.

> geral, quando se fala de direitos políticos, é do direito do voto que se está falando. [35]

É possível haver direitos civis sem que, concomitantemente, existam os direitos políticos; contudo não é possível ocorrer à hipótese contrária, como nos ensina Carvalho:

> Os direitos políticos têm como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo. São eles que conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é a ideia de autogoverno. [36]

Os direitos sociais são aqueles que dão garantia da participação de todos na denominada "riqueza coletiva" que em seu rol inclui o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde e à aposentadoria. Nas palavras de Carvalho:

> Os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos. A ideia central em que se baseiam é a da justiça social. [37]

Dando continuidade à análise da natureza histórica da cidadania é necessário destacar que o conceito de cidadão e **cidadania** adquiriu particularidades que "não se esgotam na compreensão de ser cidadão aquele que participa dos negócios da cidade. Os homens passaram da situação de sujeitos para a de cidadãos" nos Estados Unidos da America somente em 1776 ou na França em 1789.[38]

Segundo Jose Alfredo de Oliveira Baracho:

> "Em séculos precedentes, em determinadas sociedades, as pessoas adquirem progressivamente os componentes de certo estatuto, que limita o posicionamento do poder: os do diálogo, os da participação e, sobretudo, os da proteção contra o

[35] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 9.
[36] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 9.
[37] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 9.
[38] BARACHO, Jose Alfredo de oliveira. Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva 1995. p. 1

> arbítrio. Consolidam-se, em certas ocasiões, os processos concretos por meio dos quais o cidadão participa do poder".[39]

Nesse sentido, Gustavo de Medeiros Mello afirma que:

> O significado de cidadania é condicionado pelas variáveis do tempo e do espaço, levando consigo densa carga de historicidade das nações e representando o grau de civilidade dos povos. Em síntese, a nova ideia de cidadania se constrói sob o influxo progressivo dos direitos fundamentais do Homem.[40]

Thomas Marshall aborda a cidadania de forma global e homogênea; a cidadania necessariamente deve ser apreciada considerando-se os aspectos civil, político e social; a definição de cidadania, ou seu exercício pelo cidadão, pressupõe uma "comunidade juridicamente organizada – um Estado-nação".[41]

2.2 A cidadania no Brasil – um processo histórico

Para um melhor entendimento de toda a trajetória, o autor adotou o conceito de cidadania formulado por Thomas Humprey Marshall.

A cidadania, nos ensinamentos de Carvalho[42], é um fenômeno histórico e por isso a denominada cidadania ideal ou cidadania plena, será semelhante dentro da cultura ocidental, porém não seguirá os mesmos passos, deixando que cada país, dentro da sua evolução histórica, trace sua própria linha de desenvolvimento dos direitos e deveres.

É o caso do Brasil, onde existe mais ênfase nos direitos sociais e historicamente, ocorreu uma alteração na cronologia de surgimento dos direitos:

---

[39] BARACHO, Jose Alfredo de oliveira. Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva 1995. p. 5

[40] MELO, Gustavo de Medeiros. *Ação Popular:* Aspectos Relevantes e Controvertidos. Organização: Luis Manoel Gomes Junior e Ronaldo Fenelon Santos Filho. São Paulo, RCS Editora, 2006.p 186

[41] MARSHALL, Thomas Humphrey. "*Cidadania, classe social e status*". Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 54.

[42] O autor, cientista político, historiador e membro da Academia Brasileira de Letras – ABM, José Murilo de Carvalho em sua obra "Cidadania no Brasil: um longo caminho", reconstrói a história da cidadania no Brasil até o ano 2000, quando completaram 500 anos do descobrimento.

> Para dizer logo, houve no Brasil pelo menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros. Como havia lógica na sequência inglesa, uma alteração dessa lógica afeta a natureza da cidadania. Quando falamos de um cidadão inglês, ou norte-americano, e de um cidadão brasileiro, não estamos falando exatamente da mesma coisa.[43]

O processo de desenvolvimento desencadeado no governo Kubitschek, denominado de desenvolvimentismo, associado à inflação que provocou, deu lugar a um agravamento dos conflitos sociais no Brasil. Neste quadro, é que adveio a revolução de 1964 e a dominação do poder pelos militares, por cerca de vinte anos.[44]

Após o período da ditadura e, em especial, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um "entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã."[45]

Segundo Carvalho, a partir de 1985, com o fim da ditadura militar, teve início o processo de democratização, e os direitos garantidos pela nova Constituição, criaram um ambiente propício a uma esperança maior do que a realidade poderia oferecer:

> Havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Pensava-se que o fato de termos reconquistado o direito de eleger nossos prefeitos, governadores e presidente da República seriam garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, de justiça social. De liberdade, ele foi. A manifestação do pensamento é livre, a ação política e sindical é livre. De participação também. O direito do voto nunca foi tão difundido. Mas as coisas não caminharam tão bem em outras áreas.[46]

---

[43] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 11.

[44] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Limiar do Século XXI*. Saraiva, São Paulo, 2001. p. 74

[45] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 7.

[46] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 7.

Os grandes problemas nacionais permanecem na mesma situação ou se agravaram e, quando existe a verificação de alguma evolução positiva, ela é sempre lenta, o que leva ao desgaste e descrédito as instituições democráticas:

> [...] problemas centrais de nossa sociedade, como a violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação, a oferta inadequada dos serviços de saúde e saneamento, e as grandes desigualdades sociais e econômicas ou continuam sem solução, ou se agravam, ou, quando melhoram, é em ritmo muito lento. Em consequência, os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático, como as eleições, os partidos, o Congresso, os políticos, se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos. [47]

O processo de construção de uma cidadania nacional foi lento e ainda não atingiu seu ápice. Os brasileiros têm uma longa jornada, em busca de tornar seus nacionais mais cidadãos, ter mais membros ativos da comunidade, engajados com o interesse público, que é interesse de todos.

2.3 Brasil: formas de exercício dos direitos políticos

Os direitos políticos asseguram ao cidadão a possibilidade de participar do processo político e das decisões do seu país. Previstos no artigo 14 e incisos, da Constituição Federal, são eles:

sufrágio universal e o voto direto e secreto;

consultas à população através do plebiscito e/ou referendo, quando o cidadão, de forma prévia [plebiscito] ou posterior [referendo], expressa sua vontade sobre determinado assunto;

leis de iniciativa popular, quando preenchidos os requisitos, os cidadãos podem encaminhar ao Congresso Nacional um projeto de lei federal;

alistamento eleitoral.

[47] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 7.

O direito de sufrágio é a capacidade de eleger e de ser eleito. Como destaca José Afonso da Silva[48] "O sufrágio é universal, ou seja, todos os cidadãos que atendam às condições, indicadas no texto constitucional, têm o direito/dever de votar [capacidade eleitoral ativa] e o direito de ser votado [capacidade eleitoral passiva]."

Além dos supracitados, o exercício dos direitos políticos pode ser exercido, através da proposição de Ação Popular e da participação em Audiências Públicas.

2.4 Ação Popular

Iremos tratar da Ação Popular constitucional e sua dupla função fiscalizadora de ato ilegal e lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

A Ação Popular é a ação da cidadania, é um meio à disposição do povo no exercício legítimo do seu direito de reivindicar pelo respeito às leis e à Constituição. É a voz do povo de suas instituições representativas, o canal de transmissão popular em defesa do patrimônio público.[49]

Necessário tecer algumas considerações sobre a Ação Popular frente aos diversos textos constitucionais que antecederam o atual. Na Constituição do Império já havia menção à Ação Popular.

Segundo José Afonso Silva a primeira Constituição da República:

> [...]não acolheu a Ação Popular - nem mesmo aquela de caráter penal, prevista na Constituição do Império. ficou ela, por conseguinte, reduzida à defesa de logradouros e baldios públicos [conforme admitia a doutrina das ações dos velhos praxistas] e àquela fraca incidência em leis especiais, até que foi promulgado o Código Civil [...].[50]

A primeira Constituição brasileira a introduzir a Ação Popular foi a de 1934, apenas omitida na Constituição de 1937, foi reeditada nas Constituições seguintes.

---

[48] SILVA, José Alfonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros. 23º Edição. 2004. p. 344.
[49] MELO, Gustavo de Medeiros. *Ação Popular:* Aspectos Relevantes e Controvertidos. Organização: Luis Manoel Gomes Junior e Ronaldo Fenelon Santos Filho. São Paulo, RCS Editora, 2006.p 186
[50] SILVA, Jose Afonso. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Saraiva 1988, p. 181/182

Apesar da Constituição de 67 manter o instituto da Ação Popular, o fez com uma redação diversa daquela utilizada pela carta anterior, passando não a elencar as entidades cujos atos podem ser fiscalizados em tal sede, mas utilizando a genérica expressão "patrimônio das entidades públicas", no que excluiria as sociedades de economia mista e as empresas públicas, por possuírem estas a natureza e a estrutura de empresas privadas.[51]

A atual Constituição Federal dispõe no inciso LXXIII, do artigo 5º, o seguinte:

> Qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Consoante posicionamento clássico, a Ação Popular é demanda de natureza constitucional, por meio da qual se objetiva atacar, não só ato comissivo, mas também a omissão administrativa, quando conjugados dois requisitos - ilegalidade e lesividade que atinjam aos cofres públicos, bem quando houver violação ao princípio da constitucional da moralidade administrativa sendo esta última hipótese uma previsão inovadora em termos de direito positivado.[52]

Nesse sentido Hely Lopes Meirelles, em obra clássica afirma que a Ação Popular:

> [...] é instituto de natureza constitucional, utilizado pelo cidadão visando o reconhecimento judicial da invalidade de atos ou contratos administrativos, desde que ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual ou municipal, incluindo-se as autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas que recebam subvenções públicas. [53]

[51] GOMES JR, Luiz Manoel. *Ação Popular Aspectos Polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.p. 7
[52] GOMES JR, Luiz Manoel. *Ação Popular Aspectos Polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.p. 1
[53] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. São Paulo: Malheiros editores, 1992, p. 85

Diz Elival Silva Ramos que a Ação Popular é "instrumento de atuação do cidadão enquanto agente fiscalizador do poder publico", sendo esta faculdade de evidente natureza jurídica.[54]

Como argumentado por Cândido Rangel Dinamarco, "visando o cidadão a anulação de um ato através da Ação Popular, atua como membro ativo da sociedade, evidenciando uma preocupação com a utilização da *res publica"*.[55]

A Ação Popular sob o ponto de vista de um conceito positivo do termo "político", é uma forma do indivíduo, enquanto participante da sociedade, atuar isoladamente, como fiscalizador dos atos dos governantes e daqueles que recebem, sob qualquer justificativa, dinheiro, bens ou valores públicos. Se for público, mais do que óbvio que a possibilidade de o cidadão fiscalizar a sua implicação, sob a ótica da legalidade e lesividade, além da moralidade administrativa.[56]

A moralidade administrativa sempre esteve ligada a uma concepção de desvio de poder, que possui íntima relação com a ilegalidade, o que bem demonstra que tais conceitos não podem ser analisados de forma isolada. Nem se argumente que seja a mesma coisa, conclusão que não encontra respaldo no direito positivo, sendo incorreta a interpretação de ambos como preceitos isolados.[57]

Assim, para que se possa acolher o pedido em Ação Popular, fundamentado na violação do princípio da moralidade administrativa, deve haver o desatendimento de algumas regras escritas e, ainda, a demonstração do prejuízo efetivo ou potencial.[58]

[54] RAMOS, Elival Silva. *A Ação Popular como Instrumento de Participação Política*, São Paulo: Revistas dos tribunais. 1991 p. 198
[55] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São paulo: Malheiros Editores, 2009,v.1, p. 424/425
[56] GOMES JR, Luiz Manoel. *Ação Popular Aspectos Polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.p. 3
[57] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 70/71
[58] GOMES JR, Luiz Manoel. *Ação Popular Aspectos Polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.p. 21

Na lei da Ação Popular [art. 4°], são apontadas determinadas situações na qual, em conjunto ou isoladamente, a lesividade será presumida por expressa disposição legal, ainda que faticamente não haja prova da mesma.[59]

Apesar do texto legal se referir à Ação Popular como um instrumento a ser usado *a posteriori* para anular atos realizados, é possível usar esse instrumento de forma preventiva, evitando que o ato lesivo se concretize.

Idêntica é a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, quando afirma que a atual dicção da Constituição Federal leva, ainda que em uma primeira impressão, necessário o binômio "ilegalidade-lesividade", pois a adoção apenas da alegação de lesividade poderia levar o Poder Judiciário a invadir o mérito do ato administrativo, o que sem dúvida não seria admissível. [60]

2.5 Audiência Pública

A partir de agora, passamos a um apanhado geral sobre a forma da participação popular na gestão da Administração Pública, através das Audiências Públicas.

A Audiência Pública é:

> Um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e grupos sociais determinados, visando a legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual[61]

As Audiências Públicas têm sido espaços de debate de diversos assuntos de reconhecida importância, como: orçamento público, impactos ambientais, segurança pública, criação de leis, assuntos relacionados à regulação de serviços de telefonia, água, eletricidade, entre outros.

---

[59] GOMES JR, Luiz Manoel. *Ação Popular Aspectos Polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.p. 26
[60] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. São Paulo. Revista dos Tribunais 2001 p. 86
[61] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

As Audiências Públicas estão garantidas na Constituição Federal de 1988 e são reguladas por leis federais, Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Municipais e a Lei Orgânica do Distrito Federal.

O artigo 58, § 2º, inciso II, da Constituição Federal de 88, prevê a realização das Audiências Públicas pelas comissões do Congresso Nacional, ou seja, é a participação direta do cidadão na elaboração das normas legais.

José Roberto B. de Souza aponta o foco da Audiência Pública:

> Garantir o máximo fluxo informativo possível entre os atores da sociedade e as autoridades em relação a uma decisão a ser adotada, fixando-se como oportunidade de consulta para que o conhecimento teórico e a experiência prática e vivencial do conjunto da população possam ser capitalizados e refletidos pelas autoridades responsáveis pela tomada de decisão.[62]

Trata-se de um espaço de democracia participativa reconhecido e garantido por lei; por meio das audiências, grupos e indivíduos podem expressar seus pontos de vista e suas necessidades diretamente a gestores públicos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto[63] condensa a interpretação constitucional das Audiência Públicas: a forma explícita nos artigos 29, XII, 194, parágrafo único, VII, artigo 198, III, artigo 204, II, e implicitamente o artigo 225, caput, como a previsão constitucional genérica e o artigo 58, §2◦, II, como previsão nominal do instituto no âmbito do Poder Legislativo.

De Acordo com o que ensina de Solange Gonçalves Dias[64]:

> Audiências públicas são canais de participação direto do povo nos planos administrativo e legislativo, em todos os níveis governamentais, abertos as cidadãos individualmente considerados ou organizados em associações, pelos quais se

[62] SOUZA, José Roberto B.de. *A Audiência Pública e a mediação ambiental no processo de disputas públicas ambientais*. Estudo de caso: EIA da usina termelétrica de Santa Branca – SP. Tese de mestrado de engenharia Civil. Campinas, Faculdade de Engenharia Civil da Universidade Estadual de Campinas, 2003. p. 76/79.

[63] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2007. p. 214

[64] DIAS, Solange Gonçalves. [2001], Democracia representativa X democracia participativa: participação popular no plano local e emergência de um novo paradigma burocrático. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, datilo.p. 148.

> exercem os direitos de informação e de manifestação de tendências, de preferências e de opções populares, a respeito de assuntos determinados, com vistas a informar e a orientar os órgãos públicos na tomada de decisões políticas e administrativas, vinculadas ou não aos seus resultados, nos termos de norma disciplinadora.[65]

O Poder Executivo deve realizar Audiências Públicas na gestão da Seguridade Social, na gestão da Saúde Pública, na formulação de políticas e controle das ações na Assistência Social, na defesa e preservação do meio ambiente e na definição de políticas públicas. Além disso, as audiências também podem ser realizadas depois da implantação de políticas, para discussão e avaliação de seus resultados e impactos.

Através da Audiência Pública torna-se possível a participação democrática dos atores sociais envolvidos na questão. A qualquer momento, a população pode solicitar aos seus representantes do Poder Executivo, Legislativo ou do Ministério Público a realização de Audiências Públicas para debater questões polêmicas e resolver conflitos.

Na irretocável doutrina de Antonio Cabral, "a Audiência Pública simplesmente tem a função de colher impressões e demandas da comunidade envolvida sobre tema que será objeto de decisão administrativa" [66]. Geralmente, ela serve para instruir o processo administrativo visando subsidiar a decisão administrativa para um resultado mais afinado com as necessidades sociais.[67]

Por isso Thiago Marrara aduz que "tanto a consulta quanto a Audiência Pública são atos instrutórios, ou seja, destinam-se a esclarecer fatos e trazer novos

[65] DIAS, Solange Gonçalves. [2001], Democracia representativa X democracia participativa: participação popular no plano local e emergência de um novo paradigma burocrático. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, datilo. p. 148.
[66] CABRAL, Antonio. *Os efeitos da Audiência Pública*. Boletim de Direito Administrativo. Vol. 22. n. 7. p. 789-800. jul. 2006 p. 790.
[67] NOHARA, Irene Patrícia. *Participação Popular no processo administrativo:* consulta, Audiência Pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 94.

subsídios ao processo, permitindo que o Poder Público tome uma decisão mais acertada e legítima"[68]

O TJSP, ao declarar a não vinculação da Audiência Pública, frisou sua finalidade "consultiva e destinada à apresentação de projeto, esclarecimentos e coleta de críticas e sugestões Na mesma linha o Tribunal de Contas da União, "Audiência Pública deve ser vista como uma oportunidade em que o Poder Público troca ideias com o público em geral, podendo melhor desenvolver seus estudos pelo aporte de novas informações trazidas pelos participantes interessados."[69]

O Tribunal de Contas da União – TCU, quando do julgamento do Processo nº 026.098/2006-0, posicionando-se sobre a divulgação de todas as considerações positivas ou negativas, que resultaram da Audiência Pública, ressalta que elas "tem potencial para evitar demandas judiciais posteriores que se instaurem por razões não procedentes e já examinadas pelo órgão.".[70]

Nas palavras de Eduardo Fortunato Bim "é impróprio falar em resultado da Audiência Pública, uma vez que nela não se vota sim ou não, apenas se colhem sugestões, opiniões e comentários dos cidadãos."[71]

E abordando diretamente o aspecto da cidadania, continua o Professor Fortunato Bim:

> Ainda que alguns cidadãos sejam contra a possível medida estatal a ser tomada, a pluralidade de pontos de vista sobre o tema discutido, a ausência de cidadania no sentido estrito [capacidade eleitoral ativa], o que permitiria alcançar a vontade geral, impedem que se possa ter algum resultado, do ponto de vista jurídico.[72]

---

[68] MARRARA, Thiago. Da Instrução. In: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/1999 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

[69] TJSP, AgIn 0075731-61-2007.8.26.0000[668.940.5/0-00], Câmara Reservada ao Meio Ambiente, j. 27.09.2007, v.u., rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, *DOE* 12.11.207.

[70] TCU, Ac. 1.100/2005 [Proc. 002.826/2005-0] 1ª Câmara, j. 07.06.2005, v.u., rel. Min. Marcos Bemquerer, *DOU* 13.06.2005. e TCU, Ac. 2.164/2008 [Proc. 026.098/2006-0] Plenário, j. 01.10.2008, v.u., rel. Min. Benjamin Zymler, *DOU* 03.10.2008.

[71] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas.* 1° ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 84

[72] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas.* 1° ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 85

Mesmo sem o efeito vinculante, as participações da população envolvida naquela Audiência Pública, devem ser registradas e devidamente analisadas pelo órgão estatal, como subsídios para a futura decisão administrativa.

Apesar de legalmente prevista desde 1999, a efetiva realização de uma Audiência Pública pelo STF data de 2007. Depois disso, as AP's foram estendidas para outros processos, o que impulsionou a emenda do Regimento Interno do STF, para "ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal".[73]

É fundamental que o órgão que a esteja convocando dê prioridade a presença daqueles diretamente afetados pelo assunto que será tratado, sendo importante garantir a presença das autoridades competentes, como o Ministério Público além de especialistas no tema da audiência.

Desde então, o STF realizou Audiências Públicas sobre os mais diversos temas, tanto em sede de ADIs e ADPFs, quanto em sede de Recurso Extraordinário [RE]. Precisamente, entre 2007 e 2014, o STF realizou 16 audiências públicas. [74]

3 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, OPINIÃO PÚBLICA E CIDADÃO

A partir do dimensionamento da cidadania, através dos direitos civis, políticos e sociais, podemos pontuar que em um conceito amplo de cidadania:

> O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuíssem apenas alguns

[73] MARONA, Marjorie Corrêa. ROCHA. Marta Mendes da. *Democratiazar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal.* Revista de Sociologia e Política, DOI 10.1590/1678-987317256206, 2017. p. 8

[74] MARONA, Marjorie Corrêa. ROCHA. Marta Mendes da. *Democratiazar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal.* Revista de Sociologia e Política, DOI 10.1590/1678-987317256206, 2017. p. 9

> dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos.[75]

Ao ampliar o conceito de cidadania, Nelson Saule Júnior explica:

> A cidadania deve ser compreendida quanto a sua dimensão política na efetiva participação, e intervenção dos sujeitos na definição das ações e políticas que interfiram em suas vidas, na garantia do exercício dos direitos fundamentais [individuais, sociais, culturais, meio ambiente ecologicamente equilibrado] como condição de respeito à dignidade da pessoa humana.[76]

Ressaltando a forte vinculação da cidadania com o Estado, Hannah Arendt afirma que aos apátridas e refugiados são negados os direitos básicos, por sua desvinculação a um Estado e, que somente ao cometerem algum delito previsto no Código Penal do país em que se refugiaram, recuperam certa visibilidade como ser humano e direitos de cidadania. [77]

A partir do exemplo usado por Arendt, do desrespeito aos direitos humanos cometidos pelos Estados contra os apátridas e refugiados, é possível concluir que estes direitos não são garantidos efetivamente, de modo que, sob o ponto de vista legal, as pessoas geralmente reivindicam direitos humanos a partir de um direito de cidadania pré-existente.

Perder acesso ao direito público equivale a perder acesso à igualdade; aquele que se vê destituído da cidadania, se vê excluído da comunidade social e consequentemente desprotegido, sem poder o Estado fazer nada para ampara-lo. [78]

A construção dos direitos fundamentais foi lentamente lastreando a visão de cidadania para o povo comum; a "plebe" foi sendo cada vez mais bem informada sobre o que deveria ter e o que deveria fazer.

---

[75] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 8.
[76] JUNIOR, Nelson Saule. A participação dos cidadãos no controle da administração pública, Polis Papers, p. 12
[77] ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009 p. 96
[78] LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos:um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 152.

No Brasil o marco da proteção e busca da cidadania, de forma clara e transparente, iniciou-se com a Constituição Federal de 1988, onde a cidadania foi elencada dentre os princípios fundamentais da República, redefinindo seu conceito, com intuito de garantir a real participação política de todos os cidadãos, como forma de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Barroso faz considerações acerca da constitucionalização e da judicialização das relações sociais[79], destacando que após 1988, a demanda judicial, aumentou significativamente, o que significa uma demanda por Justiça, o que ocorreu, segundo o autor "[...] pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos.". [80]

Como muito bem destacado por Luís Roberto Barroso: "... Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado." [81]

3.1 Democracia Participativa

Dentro da visão contemporânea, o exercício da cidadania não se limita a uma democracia representativa, requer uma democracia participativa, na qual o cidadão deve ter o poder de interferir, de forma direta ou indireta, na condução da coisa pública.

O jurista Norberto Bobbio, de forma simples e cristalina ensina a distinção entre a democracia direta e a democracia representativa:

> La democracia de los modernos se distingue de la de los antiguos por la manera en que el pueblo ejerce el poder: **directamente**, en la plaza o ágora entre los griegos, en los comitia, en el arengo de las antiguas ciudades medievales, o indirectamente, a través de representantes, en los Estados

[79] BARROSO, Luís Roberto: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. p. 19

[80] BARROSO, Luís Roberto: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. p. 19

[81] BARROSO, Luís Roberto: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. p. 22

> modernos. Hoy, en cambio, los Estados democráticos están, si bien en diferente medida y matiz, gobernados bajo la forma de la democracia **representativa**, sólo en algunos casos combinada con elementos de democracia directa, como el referendum. [...] Una democracia de electores como los es la representativa no recibe su legitimidad del pueblo, que, como entidad colectiva, no existe fuera de una plaza o asamblea, sino de la suma de individuos a quienes le ha sido atribuida la capacidad electoral. De hecho, en los cimentos de la **democracia representativa, a diferencia de lo que sucede con la directa, no está la soberanía del pueblo, sino la de los ciudadanos.**[82] [grifo nosso]

Com olhos na tendência mundial a assembleia constituinte de 1987, tratou o tema da participação popular na segunda parte do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, em que se lê: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição".

Inúmeros doutrinadores manifestam-se sobre o tema democracia participativa.

Nas palavras do jurista português Canotilho "a consagração constitucional da noção de democracia tem a finalidade de erigi-la a um autêntico princípio informador do Estado e da sociedade". Em sequência afirma que "esse princípio é a democratização da democracia, ou seja, a condução e a propagação do ideal democrático para além das fronteiras do território político" [83].

---

[82] BOBBIO, Norberto. *El filósofo y la política [Antología]*: Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica, México, 1996. p. 230/231

"A democracia dos modernos distingue-se da dos antigos pelo modo como o povo exerce o poder: diretamente, na praça ou na ágora, entre os gregos, na comitiva, na arena das antigas cidades medievais, ou indiretamente, através de representantes, nos estados modernos. Hoje, por outro lado, os estados democráticos são, embora em uma medida e nuança diferentes, governados sob a forma de democracia representativa, apenas em alguns casos combinados com elementos da democracia direta, como o referendo.[...] Uma democracia de eleitores como é a de representatividade não recebe sua legitimidade do povo, que, como entidade coletiva, não existe fora de uma praça ou assembleia, mas da soma de indivíduos a quem foi atribuída a capacidade eleitoral. De fato, nos fundamentos da democracia representativa, diferentemente do que acontece com a democracia direta, não existe a soberania do povo, mas a dos cidadãos."

[83] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. totalmente ref. e aum., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992. p. 421.

Cândido Dinamarco é taxativo sobre a participação na democracia, afirmando que “essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e, portanto, participativo, sob pena de não ser legítimo”[84].

Nas palavras do lusitano Baptista Machado:

> A participação teria uma dupla função: uma função legitimadora, que pretende assegurar uma maior legitimidade político-democrática às decisões da Administração pública e ao exercício da função administrativa; e uma função corretiva, cujo objetivo se traduz em aumentar a correção das decisões administrativas, quer sob o ponto de vista técnico-funcional, quer sob o prisma da sua justiça interna.[85]

A participação popular na democracia é essencial na elaboração das normas constitucionais, desde a instalação de uma assembleia constituinte, caso contrário estaria sob o risco da ilegitimidade a ordem jurídica e a instituições.

De forma perspicaz, José Afonso da Silva, desenha o perfil da democracia, partindo do ponto que "a democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações de base, no processo político e na ação governamental", limitando qualquer restrição à participação popular, quanto ao direito de votar e ser votada, a situações pontuais "como a irreelegibilidades e inelegibilidades [...] ou de atividades que possam impedir a liberdade de voto, a normalidade e a legitimidade das eleições". [86]

Para o supra citado autor certas formas como "a atuação partidária livre, a possibilidade de participação permanente do povo e suas organizações de base [sindicatos, associações profissionais, etc.] no processo político e na ação governamental” são imprescindíveis, por tratarem-se “de institutos da democracia direta" que de certa forma corrigiriam "em boa medida, os defeitos e as ficções do mandato político, que não reproduz a vontade popular intacta".[87]

---

[84] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 132.
[85] RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 301
[86] SILVA. José Afonso Da. *Ação Popular constitucional*. São Paulo. Ed. RT, 1968, p. 306
[87] SILVA. José Afonso Da. *Ação Popular constitucional*. São Paulo. Ed. RT, 1968, p. 310/ 311

Para Elival da Silva Ramos a expressão contemporânea "democracia participativa" corresponde a “uma visão crítica da democracia, pelo prisma da participação do povo no poder que pretende acentuar a importância do elemento participação política.” [88]

Acentua Elival da Silva Ramos:

> Portanto, consiste a democracia participativa em uma maneira nova de entender o sistema democrático em que a participação política passa a ser vista como vital, posto que nela se contem a força criadora do sistema que lhe permite o evoluir continuo. Destarte, trata-se de abrir canais a participação Popular ou redescobrir antigos veículos subutilizados, de modo que se escoem demandas de participação existentes e se incentive, simultaneamente, o seu desabrochar onde impere a passividade. [89]

Em continuidade Elival Ramos ressalta que na democracia participativa, a participação política possuiu um caráter instrumental no tocante às liberdades públicas e aos direitos econômicos e sociais, e é um atributo indispensável das três categorias de direitos: políticos, individuais e econômicos e sociais. [90]

Concluímos o subtítulo com as palavras de Peter Haberle

> A democracia do cidadão está muito mais próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. [91]

Vemos, portanto, que para o ideal cidadão ser alcançado é de extrema necessidade fomentar a ideia de democracia participativa, da importância da participação popular no seio da sociedade brasileira.

3.2 Povo e Cidadão

[88] RAMOS, Elival Silva. *A Ação Popular como Instrumento de Participação Política*, São Paulo: Revistas dos tribunais. 1991 p. 63
[89] RAMOS, Elival Silva. *A Ação Popular como Instrumento de Participação Política*, São Paulo: Revistas dos tribunais. 1991 p. 63
[90] RAMOS, Elival Silva. *A Ação Popular como Instrumento de Participação Política*, São Paulo: Revistas dos tribunais. 1991 p. 63
[91] HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Pereira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. p. 21

Seguindo a mesma a linha dos aspectos lançados sobre democracia e democracia participativa, faremos uma breve abordagem sobre conceito e classificação contemporâneas acerca das figuras "povo" e "cidadão".

Iniciamos pela distinção feita por Rousseau, no Contrato Social:

> [...] quanto aos contratantes, tomam coletivamente o nome de povo e se denominam em particular cidadãos enquanto participantes da autoridade soberana e súditos enquanto submetidos as leis do Estado. Entretanto, estes termos são amiúde confundidos e tomados um pelo outro; basta saber distingui-los ao serem empregados com toda a sua precisão. [92]

Segundo Maria Elizabeth Rocha "o regime democrático adquire significado a partir da ideia de cidadania, enquanto no plano coletivo prevalece a ideia de povo [...]"[93].

A mencionada autora ainda expõe:

> O universo Jurídico define "povo" por sua base consensual do poder – *consensus constitutionis* - o processo pelo qual tal grupo de pessoas passou para decidirem se unir e formar uma nação única, a partir de valores e normas implícitos no contrato social ou pacto social. [94]

Friedrich Müller [95] conceitua "povo" a partir da premissa de que o povo, ao mesmo tempo, é fonte e é destinatário do Poder; classifica-o em quatro tipos, a saber: povo-ativo, povo como instância global de atribuições de legitimidade, povo-destinatário e povo enquanto ator político.

O "povo-ativo" corresponde ao conceito de cidadão; o "povo-destinatário" é a somatória do "povo-ativo" e do denominado "povo como instância global", que são todos os que habitam um determinado Estado, ou seja, a população do Estado, incluídos então os estrangeiros, os incapazes e os apátridas.

---

[92] ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Socia: princípios do direito político* Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed., 2015. p. 21/22.

[93] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 220

[94] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos:* uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 220

[95] MÜLLER, Friedrich - *Quem é o povo. A questão fundamental da democracia*. 3° edição, São Paulo, Max Limonad, 2003, p. 57.

Nas palavras do próprio Friedrich Müller, o conceito de "povo enquanto ator político" é uma visão nova de "povo":

> A quarta componente desta noção inovadora de "povo" está baseada sobre os direitos humanos e cidadãos. Eles devem ser compreendidos como direitos que tomam parte ativamente na formulação e realização da política – no nível nacional e, atualmente, também transnacional, consistindo nestes direitos de base essenciais de uma sociedade civil democratizada.[96]

Assim, Marco Antonio Queiroz Moreira conclui sobre a conceituação de Müller que o povo-ativo "se restringe aos detentores dos direitos de votar e de ser eleito", o povo como instância global de atribuições de legitimidade é "restrito aos titulares da nacionalidade, abrangendo também os não-eleitores" e no povo-destinatário onde incluem-se todos os habitantes "identifica-se com a população".[97]

Peter Harbele conceitua "povo" como sendo "um elemento pluralista de forma legitimadora do processo constitucional" enquadrando-se na conceituação os partidos políticos, a opinião cientifica e o cidadão.[98]

Os juristas alemães, Peter Harbele e seu compatriota Friedrich Müller, em uma perspectiva de vanguarda incluem os direitos fundamentais na conceituação de "povo", complementando o primeiro que:

> Não se deve esquecer que a democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o "domínio do cidadão", não do Povo, no sentido de Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular.[99]

Dentre autores nacionais, podemos destacar as palavras de Marco Antonio Queiroz Moreira, que também através de uma visão inovadora conceitua cidadão e cidadania:

---

[96] Entrevista Com Friedrich Müller. Friedrich Müller 2006. Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima [UNIFOR] Prof. Dr. Gilberto Bercovici [USP]. Revista Seqüência, nº 51, p. 17, dez. 2005

[97] MOREIRA, Marco Antonio Queiroz. *Democracia participativa no Município*. São Paulo: Juarez, 2005. p. 26.

[98] HARBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Pereira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. p. 37/38

[99] HARBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Pereira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. p. 38

> [...] Cidadão é o titular dos direitos políticos de votar [cidadania ativa] e ser votado [cidadania passiva] e suas consequências: soberania popular, dignidade da pessoa humana, direitos políticos, educação, saúde, etc... [100]

Esta rápida análise sobre povo e cidadão foi necessária para darmos continuidade ao estudo da cidadania.

3.3 Opinião Pública

Importante acrescentarmos o conceito de opinião pública aos aspectos trazidos sobre "povo" e "cidadão", visto que tratar-se de um aspecto presente e necessário dentro do contexto moderno de exercício da cidadania.

O precursor a utilizar a opinião pública[101] foi Rousseau, ela é a quarta lei em sua divisão das leis políticas fundamentais, sendo para ele a "verdadeira constituição do Estado". Colocada a frente dos costumes, a opinião pública ou "vontade geral" para Rousseau seria, em sua época, desconhecida dos políticos.[102]

Entretanto, não existe um conceito unânime na literatura política, que defina opinião pública. Bonavides explica que "os sociólogos e cientistas políticos de nosso tempo ainda vacilam quanto a precisa significação do termo"[103]

Paulo Bonavides ensina que:

> Sendo a opinião pública a mais eficaz forma de presença indireta do corpo social na formação da vontade política, não é de admirar que sua excepcional força seja proclamada e reconhecida por governantes, filósofos, cientistas políticos, do século XVIII aos nossos dias.[104]

Bonavides estende sua lição alertando que vários doutrinadores demonstram "a dificuldade de conceituar a opinião pública", e que, portanto, pode ser

[100] MOREIRA, Marco Antonio Queiroz. *Democracia participativa no Município*. São Paulo: Juarez, 2005. p. 49/50.
[101] Paulo Bonavides, em nota, destacou que "Rousseau apenas omitiu, sem dano para o respectivo sentido, a adjetivação *pública"*.
[102] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros, São Paulo, 2005. p. 448.
[103] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros, São Paulo, 2005. p. 445.
[104] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros, São Paulo, 2005. p. 446/447

apresentada como a opinião de uma determinada classe, de uma nação, de uma maioria dominante.[105]

Assim, na definição do jurista alemão Jellinek, opinião pública é "o ponto de vista da sociedade sobre assuntos de natureza política e social"[106]. Para o doutrinador Alfred Sauvy, seria a opinião pública a "força que nenhuma Constituição prevê [...] constitui-se no foro íntimo de uma nação, um árbitro, uma consciência, um tribunal".[107]

Na conceituação de Giovanni Sartori, a opinião pública:

> Em seu sentido primário, uma opinião é considerada pública não apenas por ser difundida entre os públicos, como também por dizer respeito a "coisas públicas", à *res publica*. Em síntese, a opinião pública é antes de tudo um conceito político. Isso significa que uma opinião sobre coisas públicas é - deve ser- uma opinião exposta à informação sobre as coisas públicas. Concluindo, a opinião pública pode ser definida da seguinte maneira: um público, ou uma multiplicidade de público, cujos estados de espírito difusos [opiniões] interagem com fluxos de informações relativas ao estado da *res publica*.[108]

Contudo, muitos doutrinadores nacionais e estrangeiros são unânimes em afirmar que a democracia é o governo da opinião [pública]

Segundo José Afonso da Silva:

> A evolução do processo político vem incorporando outros elementos na democracia participativa que promovem uma relação mais estreita entre os mandatários e o povo, especialmente os instrumentos de coordenação e vontade popular [...] de tal sorte que a opinião pública – *expressão da cidadania* – acaba exercendo um papel muito importante no sentido de que os eleitos prestem mais atenção às reivindicações do povo, mormente às de suas bases eleitorais.[109]

---

[105] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros, São Paulo, 2005. p. 446
[106] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros, São Paulo, 2005. p. 446
[107] SAUVY, Alfred. *Opinião Pública*, Trad. Gerson Souza, São Paulo, Difel, 1959. p. 7-8
[108] SARTORI, Giovanni. A t*eoria da democracia revisitada*. Volume 1, Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Ática: São Paulo, 1994, p. 123.
[109] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros Editores. São Paulo: 2014. p. 142.

Como é formada a opinião pública? Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica:

> Numa primeira aproximação, é necessário reconhecer que ela decorre de um processo alimentado por informações, que os indivíduos recebem, a partir das quais, numa reação, estes formulam a opinião sobre uma questão. Da convergência das opiniões individuais, com efeito, surge a opinião pública. Mas trata-se de um processo complexo em que a própria convergência alcançada num momento o fornece um *feedback*, num *continuum* que pode ser longo.[110]

No mundo contemporâneo as informações são trocadas através dos meios de comunicação de massa: jornal, rádio, cinema e televisão, os quais permitem um tráfego de um grande número de informações para um imenso número de pessoas. [111]

A opinião pública é peça fundamental na democracia e em virtude de sua importância deve ser estudada nos seus aspectos, formação e nos modos pelos quais se manifesta.[112]

3.4 Transparência

O exercício da cidadania com a participação popular é garantido através de vários meios institucionais, como por exemplo, os chamados Portais da Transparência.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da transparência é o instrumento capaz de realizar a participação e a impessoalidade, as quais possibilitam o controle da Administração Pública pelo Estado e pela sociedade. [113]

---

[110] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar Do Século XXI*. Saraiva, São Paulo, 2001. p. 148.
[111] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar Do Século XXI*. Saraiva, São Paulo, 2001. p. 152
[112] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar Do Século XXI*. Saraiva, São Paulo, 2001. p. 146
[113] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 22

E é através do princípio da transparência que o cidadão deve participar, partilhar e colaborar com o exercício da função administrativa.

Conforme explica Wallace Paiva Martins Júnior:

> Esse contexto aponta para uma democracia participativa, cujo pressuposto é trazer as decisões para o âmbito dos interessados, subtraindo o poder das autoridades públicas. As formas de democratização não se aplicam no âmbito político, mas, também, na Administração Pública. **Nova regra do exercício do poder expressa um direito político fundamental.** [114] [grifo nosso]

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como a Lei de Acesso à Informações, entrou em vigor em maio de 2012, regulou o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II, § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216, todos da Constituição Federal.

Trata-se de uma legislação moderna cujo lema é de que o acesso à informação é a regra sendo o sigilo a exceção. Cerca de 90 países já possuem leis que regulamentam o direito de acesso à informação, como por exemplo os Estados Unidos da América, Inglaterra, Índia, México, Chile e Uruguai.

Dispõe o artigo 9º e seus incisos:

> Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:
>
> I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:
>
> a] atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
>
> b] informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
>
> c] protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e
>
> II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

[114] "Participação Popular no Estatuto da Cidade", in FINK, Daniel Roberto [organizador] - Temas de Direito Urbanístico 4, p. 240.

O acesso se opera à todas as informações produzidas ou custodiadas pelo Poder Público, não classificadas como sigilosas; são públicas e, portanto, devem estar acessíveis a todos os cidadãos brasileiros.

Podem ser citados como exemplos de portais do governo federal o Portal da Transparência, URL http://www.portaltransparencia.gov.br/ e o Portal Brasileiro de dados Abertos, URL http://dados.gov.br/.

A *Open Knowledge Foundation* [115] desenvolveu o Índice de Dados Abertos [116] [ODI] Global, para comparar países em termos da sua capacidade de abrir dados aos cidadãos, à mídia e à sociedade civil.

O Índice de Dados Abertos para Cidades - 2018, lançado em 27 de abril de 2018, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas – FGV, avaliou 136 bases de dados de oito cidades brasileiras: Belo Horizonte - MG, Brasília - DF, Natal - RN, Porto Alegre - RS, Rio de Janeiro - RJ, Salvador - BA, São Paulo - SP e Uberlândia - MG.

Os resultados indicam que somente 25% [vinte e cinco porcento], das bases de dados analisadas estão de acordo com a definição de dados abertos. As dimensões de abertura de dados que obtiveram menor pontuação foram: Propriedade da Terra, Registro de Empresas, Qualidade do Ar e Qualidade da Água.

Todas as cidades analisadas têm mais de 500.000 habitantes possuindo também maior capacidade de lidar com as complexidades de realização da abertura de seus dados.

De acordo com a pesquisa, a maioria dos municípios brasileiros é de pequeno e médio porte [aproximadamente 98% dos 5.570 municípios brasileiros têm

[115] A Open Knowledge Brasil é uma Organização da Sociedade Civil sem fins lucrativos fundada em 2013, que utiliza e desenvolve ferramentas cívicas, análises de políticas públicas, treinamento em produção e uso de dados abertos e promove o conhecimento livre para tornar a relação entre governo e sociedade mais transparente, além de promover uma participação política mais efetiva e aberta.

[116] Dados são considerados abertos quando qualquer pessoa é livre para acessá-los, usá-los, modificá-los e compartilhá-los, sujeitos, no máximo, a medidas que preservem sua origem e sua publicidade.

menos de 500.000 habitantes], o que permite concluir que o desafio de dados abertos é muito maior quando consideramos Estados e municípios de grande porte.

A análise de alguns aspectos da pesquisa, realizada pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da FGV [DAPP], nos mostra que:

> A abertura de dados públicos é importante por diversos aspectos. O primeiro deles é o aumento da transparência das ações do governo, como por exemplo, garantir a identificação da destinação dos impostos arrecadados da população. **Governos mais transparentes facilitam o engajamento cidadão e este é o segundo efeito positivo da abertura de dados. Com informações relevantes acessíveis, cidadãos podem se engajar em iniciativas de fiscalização e contribuição junto ao poder público.** [grifo nosso]

Como vimos, é fundamental a abertura de dados para ser exercida a cidadania no monitoramento, no controle social e na participação da elaboração das políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cidadania é uma construção coletiva que depende da efetiva atuação de dois atores: o cidadão e o estado.

A cidadania plena talvez seja um ideal utópico, pois seria a combinação da liberdade, da participação e igualdade de todos; porém, mesmo que inatingível, é o parâmetro, nas palavras do professor Carvalho, "para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico." [117]

Pondera Carvalho, que não existe uma fórmula para o caminho da cidadania, porém "caminhos diferentes afetem o produto final, afetem o tipo de cidadão, e, portanto, de democracia, que se gera".[118]

Com muita propriedade o professor Friedrich Müller faz uma reflexão crítica, demonstrando que o plebiscito e o referendo dependem de convocação e autorização

[117] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 8.
[118] CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 p. 220.

do Congresso Nacional, respectivamente, e sobre a legislação de iniciativa popular, inexiste prazo para sua tramitação, ou mesmo obrigatoriedade de serem mantidos os termos como foram propostos pela população.

Nas palavras de Friedrich Müller:

> [...] o que o artigo 14, em conjunto com os artigos 49 e 61 da Constituição de 1988, significam na prática política e o que não significam. O plebiscito deve ser "convocado" pelo Congresso Nacional, o referendo, "autorizado" – ambos dentro da competência exclusiva do Congresso [artigo 49, XV]. A iniciativa popular deve ser apresentada à Câmara dos Deputados [artigo 61, §2º]. Ou seja, o Congresso decide sozinho se ele quer – ou não – deixar que a decisão sobre uma questão controvertida seja por plebiscito ou referendo. E, no caso da iniciativa popular, o Congresso pode tanto aceitar como rejeitar o resultado proposto por ela – ou também, eventualmente, não analisá-la, retardando sua tramitação.[119]

A proposta de reforma do professor Müller se apresenta no sentido de que o Congresso, sempre que apreciar uma Emenda Constitucional, deve submeter o assunto à aprovação popular, seja através de plebiscito ou referendo e quanto ao projeto de lei de iniciativa popular, ser estabelecido um prazo fatal para sua aprovação e em caso de rejeição pelo Congresso, a população seria consultada quanto o resultado. [120]

Na visão de Norberto Bobbio, com a difusão dos computadores é possível que um grande número de pessoas vote à distância, sem que seja preciso se reunirem fisicamente, realizando assim a democracia ideal de Rousseau, sem, no entanto, necessitar de um Estado pequeno.

Completa o doutrinador italiano que "aunque de manera paradójica […] que la democracia del futuro podría asemejarse a la democracia del pasado más que a la del presente".[121]

---

[119] Entrevista Com Friedrich Müller. Friedrich Müller 2006. Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima [UNIFOR] Prof. Dr. Gilberto Bercovici [USP]. Revista Seqüência, nº 51, p. 15/16, dez. 2005.

[120] Entrevista Com Friedrich Müller. Friedrich Müller 2006. Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima [UNIFOR] Prof. Dr. Gilberto Bercovici [USP]. Revista Seqüência, nº 51, p. 15/16, dez. 2005.

[121] Norberto Bobbio: el filósofo y la política [Antología] Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán pág. 230

Nas palavras de Gonçalves Ferreira Filho:

> [...] atualmente é possível o que até ontem poderia passar por ficção cientifica, mas seguramente não o é mais: uma democracia direta eletrônica [...] seria a aplicação à política do que já ocorre em alguns programas de televisão. Essa democracia "eletrônica" é praticável em grande parte do mundo, hoje. [122]

Continua o doutrinador apontando que:

> No mundo contemporâneo, as informações decorrem, essencialmente, dos meios de comunicação de massa, ou seja, do jornal, do rádio, do cinema e da televisão. Ou seja, meios que podem levar rapidamente um grande número de informações a um grandíssimo número de pessoas.[123]

No Brasil, de acordo com os dados fornecidos IBGE/PNAD 2018 [124], podemos concluir que a televisão ainda ocupa o primeiro lugar como meio de comunicação de massa, estando a TV presente em 97,2% dos domicílios pesquisados.

Conclui-se que a denominada democracia eletrônica é plausível de ser implementada, porém a análise de sua possível eficácia e eficiência, não é algo que caiba no presente estudo.

Finalmente, enfrentando a premissa inicial de que o Estado não incentivaria nem tampouco propiciaria os meios ideais para o exercício da cidadania, concluímos que o Poder Público, dentro do arcabouço histórico-político-administrativo, está enfrentando a problemática da comunicação com os cidadãos, através do aprimoramento da transparência dos dados abertos.

"embora paradoxalmente, [...] a democracia do futuro poderia assemelhar-se à democracia do passado e não à democracia do presente.

[122] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar Do Século XXI*. Saraiva, São Paulo, 2001. p. 35/36.

[123] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no Limiar Do Século XXI*. Saraiva, São Paulo, 2001. p. 152.

124 Agência IBGE Notícias. PNAD Contínua TIC 2016: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens. 10.04.2018. https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens.html, acessado em 13.06.2018.

Contudo se verifica que o cidadão, mesmo possuindo meios, ainda não demonstra interesse de ser um membro ativo da comunidade, de ser cidadão; então se mostra necessário que o Estado implemente políticas de comunicação que favoreçam a criação da cultura participativa, demonstrando os impactos positivos que a participação do cidadão pode gerar tanto no plano individual, quanto no coletivo.

REFERÊNCIA

Agência IBGE Notícias. PNAD Contínua TIC 2016: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens. 10.04.2018. https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens.html, acessado em 13.06.2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jereusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Pós-escrito.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009

BARACHO, Jose Alfredo de oliveira. Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva 1995.

BARROSO, Luís Roberto*: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.* O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>.

BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas.* 1° ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

BLOOM, Allan. *História da Filosofia Política*. Organização: Leo Strauss e Joseph Cropsey Rio de Janeiro, Forense, 2016

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991, México.

BOBBIO, Norberto. *El filósofo y la política [Antología]*: Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros, São Paulo, 2005. p.448.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CABRAL, Antonio. *Os efeitos da Audiência Pública.* Boletim de Direito Administrativo. Vol. 22. n. 7. p. 789-800. jul. 2006

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. totalmente ref. e aum., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CÁRCOVA, Caros Maria. A opacidade do direito. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARNEIRO, Alexandre Dias. *Resenha sobre o livro "O que é cidadania"?*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38367/resenha-sobre-o-livro-o-que-e-cidadania> Acesso em: 16 de ago de 2017

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

COUTINHO, C. N. Notas sobre cidadania e modernidade. In Revista Ágora: Políticas Públicas e Serviço Social, Ano 2, nº 3, dezembro de 2005 - ISSN - 1807-698X.Disponível em http://www.assistentesocial.com.br

DIAS, Solange Gonçalves. [2001], Democracia representativa X democracia participativa: participação popular no plano local e emergência de um novo paradigma burocrático. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, datilo.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v.1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Limiar do Século XXI*. Saraiva, São Paulo, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. A [Re]invenção dos Direitos Humanos. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GOMES JR, Luiz Manoel. *Ação Popular Aspectos Polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.p.7

GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A Inquisição em Seu Mundo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

HARBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Pereira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Pereira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

IOZZI, Luís Fernando. *23 formas de exercer a cidadania além do voto*. Disponível em: <http://www.politize.com.br/cidadania-23-formas-de-exercer/> Acesso em: 16 de ago de 2017

JUNIOR, Nelson Saule. *A participação dos cidadãos no controle da administração pública*, Polis Papers,

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. São Paulo. Revista dos Tribunais 2001

MARONA, Marjorie Corrêa. ROCHA. Marta Mendes da. *Democratiazar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal.* Revista de Sociologia e Política, DOI 10.1590/1678-987317256206, 2017.

MARRARA, Thiago. Da Instrução. In: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/1999 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009,

MARSHALL, Thomas Humphrey. "*Cidadania, classe social e status*". Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data".* São Paulo: Malheiros editores, 1992.

MELO, Gustavo de Medeiros. *Ação Popular:* Aspectos Relevantes e Controvertidos. Organização: Luis Manoel Gomes Junior e Ronaldo Fenelon Santos Filho. São Paulo, RCS Editora, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich - *Quem é o povo. A questão fundamental da democracia*. 3° edição, São Paulo, Max Limonad, 2003.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. O direito à educação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia. *Participação Popular no processo administrativo:* consulta, Audiência Pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. São Paulo: Atlas, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

RAFAELA, Agnes. *Pólis grega – Resumo de sua formação e características*, A pólis foi uma importante forma de organização instituída na Grécia antiga. Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/polis-grega-resumo-de-sua-formacao-e-caracteristicas/> Acesso em: 16 de ago de 2017

RAMOS, Elival Silva. *A Ação Popular como Instrumento de Participação Política*, São Paulo: Revistas dos tribunais. 1991

RANGEL, Rui.*A ignorância da lei*. Disponível em: <http://direitoetjustica.blogspot.com.br/2011/05/ignorancia-da-lei_10.html> Acesso em: 16 de ago de 2017

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais.* Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>. Acesso em 16.Fev.2017.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Leqislativos*: uma nova visão do contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Socia: princípios do direito político* Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed., 2015.

RUFATTO, Carlos Alberto e FERREIRA, Mírian Carolina Valente. *O Ensino Do Direito Nas Escolas*. Disponível em: http://docplayer.com.br/18021330-O-ensino-do-direito-nas-escolas-prof-dr-carlos-alberto-rufatto-mirian-carolina-valente-ferreira-aguia_misteriosa-hotmail-com-trabalho-de-conclusao.html

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARTORI, Giovanni. A t*eoria da democracia revisitada*. Volume 1, Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Ática: São Paulo, 1994,

SAUVY, Alfred. *Opinião Pública*, Trad Gerson Souza, São Paulo, Difel, 1959.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.

SILVA, Jose Afonso. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Saraiva 1988,

SOUSA, Rainer Gonçalves. *A formação da pólis grega*. Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/grecia-antiga.htm> Acesso em: 16 de ago de 2017

SOUZA, José Roberto B. de. *A Audiência Pública e a mediação ambiental no processo de disputas públicas ambientais*. Estudo de caso: EIA da usina termelétrica de Santa Branca – SP. Tese de mestrado de engenharia Civil. Campinas, Faculdade de Engenharia Civil da Universidade Estadual de Campinas, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e[m] crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus:* ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TOMAZELI, Luiz Carlos. *Entre o Estado Liberal e a Democracia Direta*: a busca de um novo contrato social Porto Alegre, EDIPUCRS, 1999.

TRINDADE, André Karam e ROSA, Alexandre Morais da. *Opacidade do Direito ainda é conceito mal compreendido.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-08/diario-classe-opacidade-direito-ainda-conceito-mal-compreendido> Acesso em: 16 de ago de 2017

VASCONCELLOS, Marcos de. *Ignorância jurídica é muito cara ao país*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-21/ignorancia-juridica-cara-autora-obra-simplifica-direito> Acesso em: 16 de ago de 2017

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Humanismo, cidadania, garantismo e Direito Penal* - Uma abordagem crítico-analítica em uma sociedade de capitalismo emergente. Disponível em: <http://www.rotajuridica.com.br/artigos/humanismo-cidadania-garantismo-e-direito-penal-uma-abordam-critico-analitica-em-uma-sociedade-de-capitalismo-emergente/> Acesso em: 16 de ago de 2017

WOLF, Francis. As quatro concepções do homem. In: NOVAES, Adauto [Org.]. A condição humana: as aventuras do homem em tempos de mutações. Rio de Janeiro: Agir; São Paulo: Edições SESC SP, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. 3. ed. rev.e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

REMOÇÃO GLOBAL NA INTERNET E O INEXORÁVEL CONFLITO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A ALDEIA GLOBAL DE NAÇÕES SOBERANAS E SUA INFLUÊNCIA NOS PRIMEIROS DEBATES SOBRE A PREVALÊNCIA DE DIREITOS NO MEIO DIGITAL

Daniela Lopes Martins[1]*
André Pires Gontijo[2]**

RESUMO

Artigo científico no âmbito da teoria dos direitos fundamentais em paralelo com conceitos de direito constitucional e internacional, cujo objeto é a temática das remoções globais no âmbito da internet. Através da análise de casos, que iniciaram o debate em cortes internacionais, além da dogmática, registro histórico e da técnica bibliográfica, o intuito foi compreender a tomada das primeiras decisões que discutiram a aplicabilidade de direitos numa internet sem fronteiras. O Judiciário, em alguns países, ao iniciar o debate sobre a remoção de conteúdos, expôs a necessidade de prevalência de direitos para decidir casos que passam pelo direito ao esquecimento e propriedade intelectual. Direitos difusos ou coletivos, como a liberdade de expressão, são postos como contrapontos aos direitos individuais, como a privacidade. Entretanto, nas situações estudadas, também entra na equação o conceito de soberania - especialmente no viés clássico. Isso porque, para haver eficácia em decisões relacionadas à internet, seria preciso remover conteúdos disponíveis em URLs em todo o planeta. Se notou a opção europeia pela internacionalização conceituada por Delmas-Marty contraposta à estadunidense pela preponderância da soberania sobre uma decisão canadense que pretendia se estender ao país vizinho. Em qualquer decisão semelhante, algum direito será preterido no

[1]* Bacharelanda do 10º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), e-mail: danielalmartins@gmail.com.
[2]** Doutor pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), É Graduado em Direito e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Atualmente, é Professor Titular da Graduação em Direito da instituição de ensino, e-mail: andre.gontijo@ceub.edu.br.

caso concreto e uma das partes não o terá garantido, como manda a lei ou a Constituição, já que só a remoção global possibilitaria a efetivação do direito. Mas a observância da situação *in casu* pelo jurista é mandamental para evitar uma lesão desproporcional seja ao direito individual ou à coletividade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Internet. Remoção global. Colisão entre direitos fundamentais. Soberania. Ponderação principiológica. Direito ao Esquecimento. Internacionalização. Extraterritorialidade de sentenças.

INTRODUÇÃO

A discussão do conflito de direitos e garantias no escopo de estudo do Direito na internet já vem se repetindo nos últimos anos, especialmente no século XXI com a popularização deste recurso em quase todos os países do planeta (AUSLOOS, 2012). Entretanto, a entrada em vigor, em maio de 2018, da Regulação Geral de Proteção de Dados (do inglês, *General Data Protection Regulation* ou GDPR) da União Europeia intensificou ainda mais este debate já que as regras definidas para aquele bloco de Estados gerou impactos em quase todos os países do mundo, inclusive no Brasil, já que aquelas diretrizes têm jurisdição extraterritorial e considera se o sujeito que teve os dados tratados esteja na União Europeia, mesmo que a empresa não fique situada naquele continente. Em um ambiente global de negócios, a lei acabou afetando todo o planeta. E no Brasil, resultou numa maior celeridade para a aprovação de uma legislação específica sobre proteção de dados quatro anos depois da aprovação do Marco Civil da Internet.

Números da União Internacional de Telecomunicações apontam que há cerca de 3,8 trilhões de usuários de internet no mundo (ITU, 2017). Isso representa quase metade da população mundial (ONU, 2017). E de acordo com a curva histórica de ascensão do número de pessoas com acesso à rede, essa proporção deve continuar aumentando nos próximos anos.

Com a ideia de vida em rede, globalizada, percebemos um encurtamento de distâncias e uma interação quase instantânea – por meio de um intenso compartilhamento de conteúdos - com pessoas que fisicamente estão a milhares de

quilômetros, em outros países, falam outras línguas e estão sujeitas, inclusive, a outras leis.

O momento atual da sociedade se conforma no conceito de aldeia global (MCLUHAN, 1972). Pensado há quase 60 anos, questiona-se o estágio atual: a concretização do conceito de globalização – ou seria de universalização, conforme discute Bauman (1999)?

Nesta nova realidade, em muitos momentos, o cidadão-usuário das redes digitais não percebe mais as fronteiras que sustentam conceitos como o de constituição, soberania e Estado.

E ao viver neste meio, a internet é mais um espaço de convivência do ser humano onde os interesses podem entrar em conflito, com a consequente repercussão em âmbito jurídico. Mas diferentemente da sociedade fora da rede, tudo que é compartilhado, disponibilizado ou publicado é de acesso módico e facilitado por outras pessoas de todo mundo ao longo do tempo, quiçá eternamente, já que a capacidade de armazenamento digital ainda é incomensurável (LIMA, 2013).

Com esta conformação social trazida pela internet surge um desafio para o Direito: como garantir a proteção de bens jurídicos, como os direitos fundamentais, numa realidade conectada e que transpõe fronteiras físicas?

Como hipótese da pesquisa, é necessário buscar respostas de como o Direito pode ser aplicado em face da numa zona sem fronteiras e ao mesmo tempo respeitando a soberania de cada país, levando em consideração existência ou não de tratados e acordos internacionais, especialmente se houver ofensa a direito oponível *erga omnes*. Além disso, se traz ao debate o direito ao esquecimento e a remoção global de conteúdos como alternativas postas e discutidas no meio jurídico para dirimir lides na internet. São esses alguns dos dilemas que se pretende enfrentar neste trabalho.

O tema é relevante porque o debate jurídico sobre a aplicabilidade global de decisões sobre lides no mundo digital está apenas se iniciando na Europa e na

América do Norte. E provavelmente deverá se ampliar em todo mundo e, inclusive, chegando ao Brasil. Segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, mais de 50% da população brasileira tem acesso à internet e o Brasil é o quarto país no mundo em número de usuários (UNCTAD, 2017). Além disso, o impacto jurídico, social e econômico acerca das decisões sobre remoções globais é de grande proporção em razão do número de usuários e nações conectadas à rede e, muitas vezes, por meio das mesmas empresas, como é o caso do Google e Facebook.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEXTO HISTÓRICO E AS COLISÕES

O artigo proposto passará pelo aparente conflito entre direitos fundamentais e a sua proteção internacional, o direito ao esquecimento e o conceito de soberania – este como ponto preponderante para o avanço sobre a questão de remoções globais a ser debatido. Por isso, cabe detalhar esses temas para uma melhor reflexão sobre os casos concretos.

Os direitos do homem - cristalizados como direitos fundamentais na maioria das legislações ocidentais no mundo - remontam dos direitos naturais que existem antes do século XVII (FERREIRA FILHO, 2016). Foram incorporados pelo liberalismo como liberdades públicas e se constituem como núcleo dos direitos fundamentais. Estas liberdades são direitos subjetivos, conforme trata a doutrina clássica, nas quais a ordem jurídica confere o poder agir a todos os homens.

O Direito Internacional e o direito interno brasileiro, calcados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), sacramentam como direitos fundamentais a propriedade e proteção à vida privada, à honra e à reputação, com a devida proteção da lei contra ataques a estas. Ao mesmo tempo, o mesmo diploma que baliza tanto o ordenamento brasileiro quando as leis de outros países também traz em seu artigo 19 a liberdade de expressão e opinião, que autoriza o direito de (ONU, 1948, p. 11), “sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e

transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” Direitos estes que, a princípio podem caminhar juntos, são os que balizam o presente estudo quando se apresentam em lados opostos da lide.

Cento e cinquenta anos antes, a precursora da DUDH, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, já anteviu eventuais colisões dos direitos fundamentais, e determinou que todos são livres e iguais em direitos, com a limitação das liberdades na vida em comunidade em seu artigo 4º, determinando que esta consiste na autorização de fazer tudo que não prejudique o próximo. Em havendo eventual prejuízo ao próximo, é necessário vislumbrar possível colisão entre direitos e suas consequências no caso concreto.

No caso de colisões de direitos – ou princípios – fundamentais, Barroso (2004) aponta que estas ocorrem em razão do pluralismo e da complexidade das atuais sociedades, que abarcam em seus textos constitucionais e ordenamentos jurídicos interesses diversos. A concorrência destes requer a aplicação no limite do possível em razão das circunstâncias de fato e de direito relativas à situação em análise especialmente se os direitos em questão estiverem na esfera constitucional, como é o caso dos direitos fundamentais, já que não há hierarquia formal entre estes.

O doutrinador explica ainda que caberá ao intérprete determinar, no caso concreto, qual solução deve ser tomada no caso concreto, fazendo as valorações necessárias e adequadas visando preservar ao máximo cada um dos valores em conflito e, naquela circunstância, qual deve prevalecer. O que o doutrinador nos sinaliza, portanto, é que apesar de um esforço normativo para disciplinar esse tipo de questão ser necessário, uma decisão na ponta passa pela discricionariedade do julgador, mesmo que esta seja fundamentada. E, uma das hipóteses que esta temática tem sido abordada nos momentos atuais, é o direito ao esquecimento.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Este conceito traz o debate dos direitos fundamentais, que se pode dizer atemporal, para os dias atuais. Os avanços da internet trouxeram benefícios, mas

também dificuldades, como a proteção dos dados pessoais. O espaço global da rede de computadores explodiu, sendo popularizado e massificado, especialmente, nos últimos 20 anos. Os usuários, de todas as faixas etárias, classes sociais e faixas de instrução, utilizam desta ferramenta muitas vezes sem ter a ideia da dimensão que ela tem e, em algum momento, têm o interesse em retirar das redes conteúdos que se referem a si e à sua esfera jurídica.

É importante ressaltar que o direito ao esquecimento não diz respeito apenas à internet, mas o debate foi intensificado sobre esta questão porque, hoje, os provedores de conteúdo da rede têm espaço suficiente para armazenar e fazer a guarda de dados que podem ser considerados prescindíveis pelo próprio usuário *ad aeternum* (LIMA, 2013).

Ressalta-se a preponderância de trazer ao debate a questão da prescindibilidade já que muitos dados são fornecidos pelos usuários sem que tenham a maior relevância no momento em que o fazem e não havendo também nenhum interesse social imediato quanto a estes que justifiquem sua disponibilização. Ainda assim, dado o tamanho da capacidade de armazenamento das redes hoje, eles não só ficam armazenados pelos provedores, como são disponibilizados a terceiros que o buscam ou ainda podem ser objeto de mercantilização pelas empresas que os detêm, visto o seu grande valor econômico atualmente.

A Comissão Europeia (2010), primeira instância político-jurídica a se posicionar sobre o tema, classificou o direito a ser esquecido como **“**o direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins legítimos”. A União Europeia também foi vanguardista ao disciplinar essa temática na esfera normativa e editou a GDPR, que substituiu a Diretiva 95/46/EC, de 1995, primeira norma europeia a tratar do direito ao esquecimento.

O grande primeiro caso julgado que versou sobre o direito ao esquecimento foi a disputa entre Mario Costeja González, escoltado pela Agência Espanhola de

Proteção de Dados (AEPD), e o Google Espanha, com o suporte da até então holding global da marca, Google Inc.. No fim da década de 1990, o cidadão europeu teve seu nome listado pelo jornal La Vanguardia entre devedores da seguridade social que teriam propriedades objeto de penhora. Quase dez anos depois, ao buscar seu nome na rede, ele continuou achando informações do jornal sobre este episódio e pediu que o veículo removesse o conteúdo já que a questão já havia sido solucionada.

A AEPD entendeu que não seria o caso de pedir a exclusão do conteúdo ao jornal, mas ao Google que retirasse do ar os links que levavam às publicações do La Vanguardia e impossibilitar o acesso aos dados. Em 2014, o Tribunal de Justiça de União Europeia reconheceu o direito do cidadão a determinar que o buscador desindexasse os conteúdos e criou jurisprudência no sentido de que o provedor é responsável pelos dados que armazena e que, por outro lado, deve garantir o direito ao esquecimento (do inglês, *right to erasure).*

Não se trata de dados falsos ou injuriosos e legítimos. Está relacionada com a vontade do dono dos dados ou informações "de que a mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada licitamente por terceiros" (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Ou seja: com o passar do tempo, as informações podem não ser relevantes ao interesse público e caberia a remoção destas da web numa perspectiva de proteção aos direitos da personalidade, como a intimidade.

A GDPR, mencionada anteriormente, entrou em vigor em maio de 2018 e estabelece o direito do usuário para que seus dados sejam apagados caso não sejam mais relevantes para o objetivo inicial para os quais foram fornecidos e processados ou no caso da retirada do consentimento acerca do fornecimento dos mesmos. Para que os dados sejam removidos, caberá a análise do interesse público no caso concreto. Vale ressaltar que a norma vale tanto no território europeu quanto em não-europeu, caso sujeitos da União Europeia (UE) estejam associados ao tratamento dos dados. A regulamentação veio no sentido de harmonizar as leis de proteção de dados

pessoais dos países do bloco, sendo vinculativo e aplicável a todos que são Estados-Membros. A escolha da UE, em mais este caso, foi por privilegiar a internacionalização (DELMAS-MARTY, 2004).

O direito ao esquecimento, portanto, vem no sentido de que as pessoas não querem que registros lícitos sobre si sejam disponibilizados pelos provedores e, especialmente em casos que lhe ofendem a personalidade, se vejam confrontadas com tais registros, sem motivação relevante, pela eternidade. Isso estaria alinhado ao conceito de direito à privacidade, considerado direito fundamental, à inviolabilidade da honra e ao princípio da dignidade humana, consagrado não só no ordenamento jurídico nacional, mas também na Declaração Universal de Direitos Humanos.

E muitos autores, inclusive, enxergam o direito ao esquecimento como braço do direito à privacidade e, portanto, um direito fundamental a ser garantido. Segundo Lima (2013, p. 10), "conforme a interpretação lastreada no direito à proteção de dados, o direito ao esquecimento é considerado direito fundamental. No Brasil [...] estaria inserida no direito à privacidade – sendo, portanto, parte dos direitos fundamentais".

Mas os que defendem o direito ao esquecimento enfrentam, do outro lado, o argumento de que isso poderia cercear o direito à informação e colidir com outro direito fundamental, o da liberdade de expressão (BERNAL, 2011). Os autores visitados mostram os riscos de que tal recurso de remoção de dados possa ser utilizado para beneficiar um indivíduo e prejudicar toda uma sociedade de indivíduos. Eles também apontam a necessidade de, além de se fazer ponderação no caso concreto e analisar qual o direito fundamental que prevalece, uma definição maior não no campo jurisprudencial, mas também no Legislativo.

No Brasil, a discussão sobre o direito ao esquecimento vem ganhando contornos mais definidos nos últimos anos, carecendo ainda de legislação específica sobre o tema. Apesar de alguns entendimentos doutrinários, esse direito não está disposto em nenhuma legislação pátria. A esfera do Estado que tem a competência

constitucional para criar o parâmetro legal e normativo havia se limitado até 2018 a editar o Marco Civil da Internet, em vigor desde 2014 e que se presta a ser principiológico. Os próprios parlamentares envolvidos no debate reconheceram durante os debates e aprovação da norma a necessidade que as regras previstas no MCI fossem mais bem regulamentadas em outros textos legais.

Mais recentemente, em meados de 2018, foi aprovada e sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais[3] que, entra em vigor apenas em fevereiro de 2020. Apesar de trazer grandes avanços na esfera dos direitos da pessoa humana na sua relação, em especial, com o Estado e entes privados, e disciplina o armazenamento e disponibilização dos dados pessoais, ainda não trará muitas respostas sobre casos de divulgações midiáticas, questões comerciais ou mesmo acerca do direito ao esquecimento. O legislador, desta forma, não quis ou foi omisso em dar definições e jogar luz em temáticas que vêm ganhando relevância ao redor do mundo, garantindo segurança jurídica aos operadores do Direito e aos usuários das redes.

Assim como no contexto internacional, a questão tem sido levada aos tribunais e, desta forma, trazendo ao campo judicial a responsabilidade de legislar em lugar do Poder Legislativo. O tema, depois de ter sido objeto de inúmeras decisões pulverizadas a favor e contra nas primeiras instâncias, está, hoje, no Supremo Tribunal Federal (STF), onde é tratado no Recurso Extraordinário (RE) 1010606, com repercussão geral reconhecida. A expectativa é que este entendimento balize as futuras decisões a serem tomadas no Brasil sobre o tema e tragam previsibilidade e segurança jurídica.

Durante a análise do tema no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro Luís Felipe Salomão fez um aprofundado estudo da matéria em dois casos concretos: o caso Aída Curi (BRASIL, 2013) e o caso envolvendo um dos acusados,

[3] A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, é a legislação brasileira mais moderna sobre a temática do direito da internet no Brasil e, apesar de uma discussão aprofundada no Congresso Nacional, foi aprovada com celeridade no final do primeiro semestre do ano como resposta à entrada em vigor do novo regramento europeu de proteção de dados.

posteriormente inocentado (BRASIL, 2013), na Chacina da Candelária. Conforme do relatório de Salomão nos dois casos, o direito ao esquecimento é tese que tem ganhado força na doutrina do Brasil e do exterior, o que foi reforçado com a aprovação do Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ em 2016. O Enunciado explicita que "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". A justificativa do Enunciado resume o posicionamento dos defensores deste direito ao esclarecer que este "não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados" (CJF, 2016).

Ao defender em seu relatório a tese do direito ao esquecimento, o ministro Salomão (BRASIL, 2013, p. 9) reconhece a existência de "resíduos informacionais" na web. Conforme o magistrado, este direito pode ser interpretado "como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana", além de "sinalizar uma evolução cultural da sociedade". Entretanto, nas situações em tela analisados, o ministro relator do STJ deu dois entendimentos diferentes: garantiu ao acusado, posteriormente inocentado, o direito ao esquecimento, enquanto no caso do assassinato de Aída Curi, o ministro Luís Felipe Salomão entendeu não caber tal direito.

Seguindo a máxima já aplicada nas cortes europeias, o magistrado defendeu que no caso do assassinato, o caso foi de grande repercussão, se tratando de um marco histórico para a população brasileira e que retratá-lo seria de interesse da imprensa e de gerações futuras ao longo dos anos pelo grande impacto social que gerou. Já no outro caso analisado, o ministro entendeu que a jurisprudência já prestigia o direito à ressocialização de presos que cumpriram suas penas, garantindo direito ao sigilo da folha de antecedentes, por exemplo. Salomão (BRASIL, 2013, p. 37) aponta em seu voto que "por maiores e melhores razões aqueles que foram

absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos".

Para alguns autores que estudam o tema, mesmo que pareça ser o certo dar o direito ao indivíduo de ser esquecido, devolvendo a ele um controle sobre a ação dos provedores que armazenam dados, é necessária uma previsão clara de quando será possível a remoção de dados visando o esquecimento para que não haja violação aos direitos dos outros cidadãos (AUSLOOS, 2012). Por isso, se defende uma forma moderada – com previsões expressas de casos que não serão atingidos pelos pedidos de remoção de dados - de direito ao esquecimento, prevista no ordenamento jurídico, o que parece ser uma alternativa razoável. A normativa europeia atende a esses anseios, entretanto, o restante do mundo ainda necessita dar esses esclarecimentos em nome da segurança jurídica de pessoas, empresas e Estado.

Seja no sentido de reconhecer ou não esse direito ao esquecimento, o tema vem sendo objeto, especialmente no Brasil, de uma falta de segurança jurídica já que ainda não há um parâmetro que gere expectativas razoáveis aos sujeitos de direito, que, aos seus lados, têm princípios legais conflitantes que ora são usados para sustentar, ora são usados para indeferir a remoção de conteúdos, o que não gera previsibilidade a nenhum dos setores interessados. O Poder Legislativo, como na maioria das matérias de cunho mais polêmico e que podem reverberar na esfera de direitos dos próprios parlamentares, permanece inerte quanto ao tema. Para muitos críticos, perdeu a chance de regulamentar o tema na LGPD ou optou por se omitir, o que também é uma decisão política.

Na jurisprudência, por sua vez, há decisões no sentido de reconhecer o direito ao esquecimento como direito fundamental implícito e outras que apontam não haver sustentáculo legal para que os cidadãos reclamem esse direito. Por isso, se faz essencial o posicionamento final do STF para que haja uma uniformização de entendimento no ambiente jurídico. Para dificultar ainda mais o debate no ponto de vista jurídico, as decisões ainda passam pelo crivo da soberania de outras nações

porventura relacionadas aos mesmos casos em razão de que, especialmente no âmbito da internet, as fronteiras estão cada vez mais tênues.

3 SOBERANIA NO CONTEXTO DAS REMOÇÕES GLOBAIS

Enquanto o avanço do tempo foi necessário para se definir e explorar o conceito do direito ao esquecimento, a definição clássica de soberania remonta ao século XVI, unindo em si definição jurídica e política. Ela remonta à necessidade dual daquele período de unidade estatal – e jurídica – e de supremacia do poder político do Estado (MAGALHÃES, 2015).

Entretanto, a realidade globalizada dos tempos atuais trouxe reflexos importantes ao Direito e os conceitos que dele derivam. Neste novo momento, direito e a realidade da comunidade internacional "atuam em todos os âmbitos do poder estatal nacional" (HÄBERLE, 2002, apud KOTZUR, 2003, p.85). Diante deste cenário, o conceito de soberania por vezes é revisitado, especialmente por não se encontrar livre de contradições (KOTZUR, 2003, p. 89), "seja no seu 'grau superlativo' de um fenômeno, seja em seu sentido jurídico-normativo ou como categoria sociológica", seja, ao mesmo tempo, como princípio constitutivo da comunidade internacional. Por isso, para Kotzur, isso pressupõe uma mínima vinculação com a ordem jurídica supraestatal.

Então, apesar do conceito clássico continuar válido até hoje, com a ideia de soberania como poder indivisível, permanente e, especialmente, supremo (BODIN, 1601, apud KOTZUR, 2003), a evolução da noção de espaço jurídico global propôs outra dinâmica de interação e relação entre as nações e de aceitação a uma ordem sujeita ao direito internacional ou ao direito comum. Portanto, diante desta compreensão, se tem a ideia que a soberania é forte, porém, não é ilimitada e absoluta, devendo ser orientada ao bem da ordem internacional.

Como ensina a doutrina alemã (LHOTTA, 1997, apud KOTZUR, 2003, p. 95), "a soberania está sujeita à evolução e às mudanças", devendo reconhecer seus limites na realidade atual. Entre os fatores limitantes associados ao direito

internacional, estão os direitos humanos, que fazem com que o conceito de soberania, assim, passe por um processo de "mutação de seu conteúdo" (GONTIJO, 2016, p. 75). Tal alteração de conteúdo no sentido deste conceito deriva, em especial, do fenômeno de constitucionalização de institutos do direito internacional no ordenamento jurídico interno de diversas nações, em especial, das ocidentais.

A constitucionalização e a evolução, em tese, do conceito de soberania, alinhados, favorecem a aplicabilidade da garantia da aplicabilidade dos direitos fundamentais aos cidadãos, inclusive, os cidadãos do mundo, que nem precisam migrar fisicamente para que estejam sujeitos a diversos ordenamentos jurídicos simultaneamente. Como exemplo disso, estaria um cidadão brasileiro que compra um domínio russo e, nele, oferta produtos chineses na União Europeia.

Entretanto, a tradição de tempos passados, nos quais as nações precisavam se individualizar e autoafirmar para terem seus status reconhecidos mundialmente, ainda permite o distanciamento de certos países em questões associadas à globalização e plataformas digitais, quando assim lhes parecer conveniente. Isso porque num ambiente sem fronteiras, como a Internet, a ideia de unidade estatal ao mesmo tempo em que serve de paradigma de proteção dos direitos de seus nacionais, também pode ser o outro lado da moeda e se distanciar de uma proteção globalizada a todos os cidadãos de uma rede sem centro e sem fronteiras e que, por vezes, pode estar atuando em seu território mesmo sem estar o fazendo fisicamente. É a reflexão que os casos a seguir vão suscitar.

4 O DEBATE DA REMOÇÃO GLOBAL NA EUROPA E NO CANADÁ

O tema a ser debatido neste artigo ganhou mais força recentemente, quando em junho de 2017 a Suprema Corte do Canadá decidiu que o buscador Google deveria retirar de seu mecanismo de busca em todo o mundo todos os resultados - e *links* - que se refiram a uma companhia que se utilizou de propriedade intelectual de outra empresa. Tal disputa consta do processo Google versus Equustek Solutions.

O processo, originalmente, nem envolvia o Google, mas a disputa pela propriedade intelectual e seu uso por outra empresa, a Datalink que distribuía os produtos objeto do processo judicial. A Equustek ganhou a causa, mas o referido produto que era o centro da lide continuou a ser vendido na internet por meio de e-commerce. O Google foi interpelado judicialmente pela Equustek, então, para que retirasse do seu mecanismo de busca qualquer resultado, inclusive os *links* que fizessem menção à ré. O pedido, antes da judicialização, foi atendido parcialmente: o Google retirou as páginas no Canadá que se referiam à Datalink, mas se negou a retirar os *links* em outros locais fora do país. Daí surgiu a demanda judicial com pedido de desindexação de todas as páginas na rede de computadores da empresa que se aproveitou de sua propriedade intelectual – o que ensejaria a remoção global.

A decisão proferida pela Suprema Corte do Canadá (CANADÁ, 2017) desnuda a problemática da eventual justificativa da remoção global de conteúdos no meio digital ao afirmar que "o problema neste caso transcorre em um ambiente online e global. A Internet não tem fronteiras. Seu *habitat* natural é global". Ainda para aquele juízo, na decisão, "se a ordem judicial for executada apenas no Canadá, as pessoas poderão comprar o produto da Datalink através de *websites* de outros países, privando a Equustek de um remédio eficaz".

A medida foi questionada por ONGs ligadas a direitos humanos que alertaram que esta decisão, no futuro, pode gerar reflexos em outras matérias e chegar à questão do direito ao esquecimento. Essas mesmas organizações também apontaram para o risco que existe em se dar tamanho poder para um juiz ou um grupo de juízes de um determinado país, como no caso em tela.

E é neste ponto que surge um dos problemas que podem ser derivados do caso em epígrafe: se há (e quais são os) riscos aos direitos fundamentais dos cidadãos de outros países e à soberania destes Estados se o direito ao esquecimento puder ser objeto de decisões como a proferida no Canadá, para que seja objeto de remoção de todos os resultados constantes na internet no mundo inteiro. Fica, portanto, o questionamento se haveria espaço para que países com legislações e

entendimentos mais restritivos, inclusive dando espaço a censura, pudessem fazer com o que o acesso à informação e à liberdade de expressão fossem limitados.

Também é neste ponto que o processo que se encontra em debate na França se encontra com a discussão canadense. Isso porque em 2016, a União Europeia, por meio do Parlamento Europeu, aprovou a GDPR, que passou a garantir o direito ao esquecimento, ou seja, o direito a exclusão de informações, para qualquer serviço conectado. Além disso, o texto criou o mecanismo da portabilidade dos dados e exige que empresas avisem os seus clientes quando forem “hackeadas”. A nova legislação também endureceu a punição para os agentes econômicos que atuam na internet: quando infringirem as regras, as companhias serão multadas em 4% do volume global de negócios anual.

Pouco tempo depois, o Google entrou com um recurso no supremo tribunal francês contra uma ordem da autoridade de proteção de dados da França para remover resultados de buscas de toda a web. A decisão francesa ampliou o alcance da determinação europeia sobre privacidade citada anteriormente, que limitava as exclusões apenas ao âmbito da Europa, e sobre a Diretiva 95/46/EC, de 1995, então em vigor. Como o Google apenas removeu conteúdos dos sites acessados pelos países da União Europeia, foi imposta multa de €100 mil. O argumento dado pelo órgão francês foi de que este era o único jeito de garantir o direito dos europeus à privacidade - e, como consequência, garantir o real direito ao esquecimento, porque se o provedor, em outras localidades continuar indexando resultados que deveriam ser deletados ou esquecidos, a memória sobre o tema continua existindo.

Já no caso canadense, a decisão daquele país foi levada em 2017 para análise do Judiciário dos Estados Unidos da América. A Justiça do estado norte-americano da Califórnia, apesar de seguir uma das legislações mais avançadas quanto aos direitos comerciais e de propriedade intelectual, não adotou o entendimento do Canadá e reforçou o estigma daquele país de ser uma ˜imensa zona de resistência a qualquer internacionalização que implique reciprocidade de um real controle supranacional" (DELMAS-MARTY, 2004, p. 48).

O tema da eficácia extraterritorial de sentenças e risco à soberania são temas que devem ser tratados em conjunto. Isso porque quando se fala em decisões tomadas em um país o conceito de soberania automaticamente nos reporta à ideia de que a decisão tomada por um Estado apenas afeta os seus nacionais. Esse princípio tem como o território o seu elemento central e é parte preponderante da ordem jurídica estatal, conforme ensina uma das principais doutrinas internacionalistas no campo do Direito (REZEK, 1998).

Por isso, quando se vê casos como os descritos, onde o Judiciário de um país por meio de suas decisões visa, mesmo que de forma indireta, gerar reflexos na esfera jurídica de outros Estados, a primeira ideia que se tem, especialmente em razão deste entendimento ser o que prevalece na doutrina clássica do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional brasileiro, é rejeitar a sua possibilidade fática de forma legal. No entanto, conceitos mais modernos do direito trazem a possibilidade de aplicação de sentenças de outros países por meio da eficácia extraterritorial de sentenças estrangeiras. Tal conceito já vem sendo aplicado em sentenças e laudos arbitrais no Mercosul (MAGALHÃES, 1999) e merece um melhor debate neste artigo.

A questão que se suscita destas duas possibilidades é interessante especialmente porque os casos em foco no estudo abrangem a internet e a discussão de uma rede de âmbito global, porque, assim como aconteceu na decisão canadense e se pleiteia no debate europeu, o operador do Direito entende que para se efetivar o direito do cidadão, a decisão deve ser replicada em outros países. Seja no formato de pedido de remoção por direito à propriedade intelectual, como no caso canadense, mas também em decisões sobre o direito ao esquecimento e privacidade, como no caso europeu. É sobre este segundo ponto que o trabalho deve se alongar porque, especialmente, atinge um maior número de pessoas – já que todos os usuários têm direitos elencados como direitos da personalidade e, por consequência, o direito ao esquecimento, se assim o pleitearem.

Como classifica Alexy (1986), no posfácio de 2002 do seu clássico sobre direitos fundamentais, liberdade de expressão e o direito de personalidade - principais direitos divergentes no tema do direito ao esquecimento - constituem uma "colisão clássica". Como o próprio doutrinador classifica, se trata de colisão de princípios neste caso já que, segundo ele, "um dos princípios terá que ceder". Conforme o doutrinador, "isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser considerado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção" (ALEXY, 1986, p. 93). Alexy esclarece que um dos direitos fundamentais - na conformação de princípios, nas condições postas, vai ter prevalência sobre o outro.

Delmas-Marty (2004), por sua vez, lembra que os direitos fundamentais pactuados na Declaração Universal de Direitos Humanos não têm valor coercitivo, mas quando os tratados que deles tratam são ratificados e quando estes são internalizados aos sistemas jurídicos internos, aí precisam ser defendidos e garantidos pelos Estados. O fenômeno da internacionalização tratado pela jurista, quando fontes comuns se sobrepõem ao espaço nacional, se trata de uma escolha que amplia o espaço normativo e deve ser respeitada.

O alerta é de que "a geração do direito num campo puramente normativo, isolado de qualquer contexto simbólico" a coloca numa concepção hermética, de "simplicidade e aparente racionalidade", e pode levá-la ao esquecimento (DELMAS-MARTY, 2004, p. 72). Por isso, a doutrinadora ressalta o papel do juiz na geração do direito, sendo ele o responsável por promover a interação entre o texto posto e a sua interpretação, unindo a estes princípios, gerando como resultado a produção de consciência jurídica.

Se cada Estado olhar apenas para suas próprias leis ou decisões, seja pela questão de defender a soberania do ponto de vista clássico, o positivismo puro e simples ou por desprezar a relevância do processo de internacionalização, especialmente no contexto em que vivemos de globalização se expandindo para cada vez mais espaços da vida humana, corre o risco de se isolar no campo puramente

normativo desenhado por Delmas-Marty e, mesmo assim, ainda poder ser o próximo a se deparar com uma questão semelhante a avançar suas fronteiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate promovido neste artigo mostra que a sociedade globalizada, com todos seus avanços e benesses promovidos - seja no campo de intercâmbio de conhecimentos, culturas e desenvolvimento - e potencializados pela internet, trouxe também mais um dilema, o da garantia dos direitos numa realidade quase sem fronteiras - ou, a depender da interpretação, inteiramente sem fronteiras. Os casos que começam a discutir esta temática mostram que, em alguns casos, para que a efetivação de uma garantia fosse completa, seria necessária a remoção de conteúdo globalmente - numa resposta à referida estrutura social globalizada.

A remoção global deve gerar inseguranças porque pode afetar para um todo - e todo este compreendido para além de uma nação, mas o mundo - um conjunto de direitos fundamentais que são protegidos pela grande maioria dos países. Entretanto, por outro lado, é esta mesma drasticidade na remoção global talvez a única forma de se garantir um direito humano que, em sua essência foca na garantia de cada humano presente no planeta e que deve ser protegido, por vezes, contra a opressão de uma maioria.

Por isso, a observação do caso concreto, com suas peculiaridades, como a avançada normatização europeia já prevê, é preponderante. O papel do julgador se faz mais que imprescindível por fazer com que a norma possa se efetivar em direito e não se fechar em hermeticidade legal. A ponderação, com análise de conveniência, oportunidade e impactos deve ser feita analisando os sujeitos atingidos e, se for necessária de fato a remoção global, como outros cidadãos poderiam sair perdendo. Na lógica do direito privado, como debateu o Canadá, a solução parece mais simples, já que o dono de uma patente consegue prová-lo de forma objetiva e garantir a efetividade de seu direito à propriedade intelectual.

Já no debate de aspectos como a privacidade, honra, liberdade de expressão e direito à informação - com o possível resultado que pode resvalar no direito ao esquecimento, o estudo de todos os detalhes do caso se faz determinante já que, dificilmente, um dos lados atingidos pela contenda não sairá com sua esfera de direito menos protegida pela decisão. Somente pensar nos direitos de grandes grupos vai sufocar direitos individuais, mas ignorar os direitos de uma coletividade - devendo ser observado, inclusive, o ponto de vista das empresas provedoras e indexadoras de conteúdo - pode resultar em opressão e excessos.

Especialmente se a contenda perpassar temas de direito internacional, este deve ser observado, especialmente porque dará maior uniformidade à aplicação de direitos que costumam ser protegidos em uma universalidade de nações e porque o desenho da sociedade moderna vai, cada vez mais, incluir lides que avançam sobre os conceitos tradicionais de fronteiras, local e, especialmente, sujeitos atingidos e interessados. Observar que ainda há nações que utilizam o argumento da soberania, do ponto de vista clássico, de modo a ser menos influenciados por outras nações, parece uma tentativa de negar o passar do tempo e preservar um modo antigo de construir o ordenamento jurídico.

Entretanto, alguns questionamentos finais podem ser postos neste debate de modo a fomentá-lo. A dinâmica da internet já é reconhecida como global e afeta os mais diversos campos do direito. E mais: o ato de um ser humano na rede pode interferir na vida de cidadãos que nunca se cruzaram e, muitas vezes, nunca se encontrarão na vida dita como real. Para que esse exemplo fique claro, podemos lembrar sobre vazamentos intencionais ou acidentais de dados de usuários de redes sociais ou sites ou ainda de quando decisões judiciais no Brasil suspenderam o funcionamento do WhatsApp e, além da trocas de mensagens, houve reclamações de negócios prejudicados, entre outros já vários episódios.

Neste meio em rede globalizado, já seria possível depreender que o direito digital pode ser elencado no rol de direitos difusos, como o direito ambiental, por exemplo? Caso essa tese se confirme no futuro, vale observarmos a paulatina

positivação das regras sobre o meio ambiente, à qual foi objeto de décadas de resistências entre as nações em ceder da sua posição soberana, mas que começaram a entender que tal arcabouço normativo era nada mais que peremptório em razão dos impactos globais das questões climáticas.

Este fenômeno de internacionalização da proteção ambiental "fortalece e intensifica a tese da erosão do chamado domínio reservado dos Estados, segundo a qual o tratamento que o Estado confere aos seus nacionais e ao seu meio ambiente é matéria afeta à sua jurisdição exclusiva" (MAZZUOLLI, 2007, p. 190-191).

Seguindo esta mesma lógica, seria, então, possível termos com o passar dos anos fenômeno parecido na normatização das redes e a internacionalização de regramentos afetos à internet será uma realidade, não por vontade ou compreensão das nações globalizadas, mas por consequência do aumento de lides extraterritoriais e, cada vez mais, com impacto em não apenas em um país, mas em várias nações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 20 set. 2018.

AUSLOOS, Jef. The 'right to be forgotten': worth remembering? *Computer Law & Security Review*, Amsterdam, v. 28, n. 2, p. 143-152, abr. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970392>. Acesso em: 19 set. 2018.

AVANCI, Thiago Felipe S. A colisão de Direitos Fundamentais: há colisão de Direitos Fundamentais? *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, São Paulo, 2010, n. 16, p. 193-215, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-193-Artigo_Thiago_Felipe_S._Avanci_(A_Colisao_de_Direitos_Fundamentais).pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 31 Mai. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BERNAL, Paul Alexander. A right to delete? *European Journal of Law and Technology*, Belfast, v. 2, n. 2, p. 1-18, sep. 2011. Disponível em: <http://ejlt.org/article/view/75/144>. Acesso em: 20 Set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.335.153/RJ. Quarta Turma. Recorrentes: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.334.097/RJ. Quarta Turma. Recorrente Globo Comunicação e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 set. 2018.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. Recurso à Suprema Corte do Canadá com pedido de medida cautelar. *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017, SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824, case number 36602*. Autor: Google Inc. Réu: Equustek Solutions Inc. Ottawa, 28 de junho de 2017. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/16701/index.do>. Acesso em: 20 set. 2018.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *IV Jornada de Direito Civil.* Enunciado 31. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 20 set. 2018.

DELMAS-MARTY, Meireille. *Por um direito comum.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Biblioteca Digital)

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina*. 2016. 535 f. Tese (Doutorado) - Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2016.

[ITU] International Telecommunications Union. *ICT Facts and Figures 2017*. Genebra. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2017.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común:* palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 85-121 Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/545/4.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão européia e sua repercussão no Brasil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/502929> Acesso em: 20 set. 2018.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MAGALHÃES, José Carlos de. O protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 281-291, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/547>. Acesso em: 29 set. 2017.

MAGALHÃES, Juliana N. *Formação do conceito de soberania:* História de um paradoxo. São Paulo: Saraiva, 2015. (Biblioteca Digital)

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*, Cuiabá, v. 1, n.1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

MCLUHAN, Marshall. *A galáxia de Gutenberg*: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Nacional - USP, 1972.

MELO, João Ozório de. Justiça do Canadá diz que decisão sobre Google deve valer no mundo todo. *Consultor Jurídico*, Estados Unidos da América, 30 de junho de 2017. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2017-jun-30/justica-canadense-decisao-google-valer-mundo-todo> Acesso em: 19 set. 2018.

[ONU] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *World Population Prospects: The 2017 Revision*. Genebra. Disponível em: <https://esa.un.org/unpd/wpp/DataQuery/>. Acesso em: 28 nov.2017.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público:* curso elementar. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

[UNCTAD] United Nations Conference on Trade and Development, *Information Economy Report 2017*. Digitalization, Trade and Development. Genebra, 23 out. 2017. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ier2017_en.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Pedido de decisão prejudicial. *C-131/12*. Grande seção. Autores: Google Spain SL, Google Inc. Réus: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. Relator: M. Ilešič. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN>. Acesso em: 19 set. 2018

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, p. 193–220, dez. 1890. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em: 01 jun. 201

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA ADPF 347 EM FACE AO CAOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Isadora Cronemberger Caixeta

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto estudar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, no contexto da dogmática constitucional brasileira, com o objetivo de analisar o seu reconhecimento no sistema carcerário brasileiro. Esse reconhecimento se deu a partir do deferimento do pedido liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2015, que se alegou a violação extrema e generalizada de direitos e garantias fundamentais nos presídios brasileiros, que se encontram incompatíveis com o Estado de Direitos Fundamentais do Brasil. Devido às omissões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o sistema prisional expõe os detentos e as detentas a situações desumanas e degradantes, sendo necessário para o enfrentamento e superação desse quadro, providências estruturais e políticas, a partir da cooperação dos três poderes, em prol dos direitos dos indivíduos que estão cumprindo as suas penas e da sociedade que sofre com o aumento da criminalidade e insegurança. Com isso, o Supremo Tribunal Federal passa a ter um importante papel de atuar e monitorar o cumprimento dessa decisão, impulsionando os outros poderes a caminhar na direção da atuação por meio de políticas públicas que possam alterar a situação de calamidade do sistema penitenciário brasileiro.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Estado de Direitos Fundamentais. Sistema Carcerário Brasileiro. Interdependência entre os Poderes.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará do Estado de Coisas Inconstitucional que recebe essa denominação naquelas hipóteses em que muito além de uma omissão pontual na regulamentação de uma norma constitucional de um direito, tem-se, na verdade, um quadro generalizado, persistente, sistemático de comprometimento geral dos Poderes

Legislativo, Executivo e Judiciário, em todos os âmbitos da Federação no tocante ao não cumprimento de suas obrigações constitucionais, referente a uma determinada área social.

O objetivo do presente trabalho é investigar o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional, aqui apresentado como teoria, instituto e única opção para enfrentar o caos do sistema prisional brasileiro. No Brasil, em 2015, diante da violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais no âmbito do sistema prisional brasileiro, e baseados em pesquisas realizadas pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), foi reconhecida a Teoria da Corte Constitucional Colombiana envolvendo o denominado Estado de Coisas Inconstitucional.[1] O julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), requer o reconhecimento da violação de forma extrema dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira.

O reconhecimento dessa Teoria, na dogmática constitucional brasileira, visa à adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Tal reconhecimento permite ao Supremo Tribunal Federal (STF) impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de diretos fundamentais, bem como supervisionar a sua efetiva implementação.[2]

Considerando o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, deve-se reconhecer que o Estado de Coisas Inconstitucional serve de amparo em situações excepcionais visando uma reestruturação, baseadas no diálogo e na cooperação entre os Poderes Estatais. O objetivo é atribuir ao legislador a

[1] MARMELSTEIN, George. Diálogos Jurídicos Luso – Brasileiros. Perspectivas Atuais do Direito Público – O Direito em Tempos de Crise. Volume 1. São Paulo: JusPodivm, 2015. p. 241.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.

possibilidade de formulação de planos de ação, como políticas públicas, para a superação desse quadro de inconstitucionalidades.

O Ministro relator Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 347, assevera que:

> "A superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, direito ao acesso à Justiça e os diretos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos".[3]

A responsabilidade pelo atual sistema carcerário brasileiro, conforme aduzido acima, não deve ser atribuída a um Poder Público, e sim aos três, Legislativo, Executivo e Judiciário, e, também, além dos Poderes da União, os dos Estados e do Distrito Federal. Tal problemática se tornou generalizada, persistente, sistêmica, ampla, disseminada pela estrutura dos poderes públicos em geral no não cumprimento de suas obrigações constitucionais relativamente àquele determinado assunto.

A atuação de um único órgão não resolverá esse quadro de inconstitucionalidades. É necessária uma reestruturação a partir da cooperação entre os Poderes Estatais buscando a eficácia máxima das normas e objetivando novas políticas públicas, nova aplicação da lei penal, atribuição de recursos orçamentários, alcançando assim uma nova estrutura sem vícios de inconstitucionalidade.

Por se tratar de um assunto considerado recente, na esfera do Ordenamento Jurídico Brasileiro, o trabalho será baseado em pesquisas bibliográficas, jurisprudencial, doutrinária, bem como o julgamento da medida cautelar na ADPF 347 do Distrito Federal. O trabalho ainda será pautado de uma abordagem crítica,

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

como também comparações do ordenamento jurídico e sistema carcerário brasileiro com estrangeiro.

A presente pesquisa traz, no primeiro capítulo, os preceitos sobre os direitos fundamentais, no que tange à evolução histórica, que foi marcado por sua assunção e importância no contexto da modulação de um Estado de Direito que passou a figurar como o Estado de Direitos Fundamentais. Com a eficácia das normas constitucionais fundamentais, os direitos dos indivíduos adquiriram cada vez mais força e garantias no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, as normas fundamentais estão dispostas no Título II da Constituição Federal de 1988, que determinou, elencou e detalhou tais direitos. Além disso, analisa-se a interdependência entre as funções do poder e o dever de legislar em face das omissões estatais que cooperaram para o agravamento desse quadro violações constitucionais.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo do Estado de Coisas Inconstitucional, a partir da análise de casos da Corte Constitucional Colombiana, visando entender seu surgimento e, posteriormente, a maneira pela qual tem sido utilizado no sistema jurídico brasileiro. Para isso iremos demonstrar o contexto em que o Estado de Coisas Inconstitucional surgiu no Brasil, analisando o caos do sistema carcerário brasileiro, marcado por situações de grave afronta aos direitos fundamentais de cada indivíduo.

Por fim, no terceiro e último capítulo, a pesquisa visa analisar o caso concreto em que o Estado de Coisas Inconstitucional foi inserido no Brasil, na ADPF 347, mostrando o entendimento e posicionamento de cada Ministro do STF sobre o assunto. Busca-se, também, analisar a constitucionalidade do papel cooperativo do STF com a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional, verificando a constatação da necessidade da interdependência entre os Poderes. Esse tópico envolve também a verificação se está havendo o monitoramento no cumprimento da decisão, fator este indispensável para a superação desse quadro de inconstitucionalidades.

Diante do exposto, considera-se que a pretensão do trabalho é apresentar um panorama da novidade inaugurada, na dogmática constitucional brasileira, com o julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, da liminar na ADPF 347. O tema não será esgotado nos limites desse trabalho, mas vale conferir o caminho já trilhado.

1 O ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Evolução histórica

No que tange ao contexto histórico, pode-se dizer que foi criada a perspectiva de que nenhum Estado ou regime político é legítimo sem garantir os direitos existenciais mínimos ao seu povo.[4] A consolidação dos direitos fundamentais ocorreu a partir de uma evolução histórica que conquistou o seu espaço e passou a ter uma importância e relevância definitiva na sociedade. O estabelecimento de Constituições escritas foi diretamente ligado à edição de declarações de direitos dos homens. A finalidade era impor limites ao poder político, a partir da adoção dos direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas.[5]

Nos séculos XVII e XVIII, constata-se a partir das teorias contratualistas, a submissão das autoridades políticas ante a posição do indivíduo sobre o Estado. O Estado começa a figurar como um ente que detém legitimação para servir e garantir os direitos básicos aos cidadãos.[6] Nesse contexto, destaca-se entendimento de John Locke que os homens se reúnem em sociedade para assegurar a própria vida, a liberdade e a propriedade, gerando assim mais segurança na vida de forma coletiva, não sendo subordinados ao Estado.[7]

[4] JÚNIOR, André Puccinelli. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211.
[5] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 28.
[6] BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.
[7] BRANCO, Paulo Gustavo. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 105.

Essas ideias foram influentes na Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e na Declaração Francesa, de 1789. O artigo 1º da Declaração de Direitos de Virgínia proclama que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos. Trataram-se também da conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, afirmando que o exercício dos direitos individuais não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.[8] Esses documentos, mesmo não sendo as primeiras referências, foram marcos na positivação dos direitos reconhecidos como inerentes ao homem.[9]

Norberto Bobbio, em sua obra A Era dos Direitos, condizente com essas afirmações, explicita que:

> "A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade".[10]

Os excessos e o totalitarismo marcados no século XX mostraram que os direitos fundamentais deveriam ser efetivados, concretizando e garantindo uma vida digna, livre e igual a todos os cidadãos.[11] Com a necessidade de aplicação, esses direitos passaram então a ser resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, trazendo mais segurança e eficácia a esses pressupostos.[12]

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos,

[8] BRANCO, Paulo Gustavo. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 106.
[9] BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.
[10] BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. Tradução: Nelson Coutinho. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 4.
[11] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 164.
[12] BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, estabelecendo assim espécies ao gênero dos direitos e das garantias fundamentais.[13] Há se de fazer referência à especial proteção atribuída ao conjunto dos direitos fundamentais pelo fato de terem sido, ainda que não exclusivamente, guindados pelo Constituinte à condição de limites materiais a reforma constitucional, incluídos nas denominadas "cláusulas pétreas" de nossa Lei Fundamental.

A partir dessa concepção os direitos fundamentais ganham grande enfoque já que os direitos dos cidadãos passaram a figurar no primeiro plano das relações com o Estado. As posições foram invertidas e se reconhece que o cidadão primeiro tem seus direitos, e, depois, deveres perante o Estado. As normas que disciplinam os direitos e as garantias fundamentais se inserem no texto constitucional cuja eficácia e aplicabilidade são imediatas. [14]

Os direitos fundamentais são classificados em distintas "gerações", que decorreram em virtude da evolução do Estado Liberal para o Estado de Direto, assim como pelas mudanças ocorridas no setor industrial, tecnológico e científico, fatores esses que influenciaram direta ou indiretamente nessas transformações.[15] A denominação "geração" ou "dimensões" não representa que essas fases foram suprimidas pelas outras, e sim que foram sendo agregadas e fortalecidas.

A primeira dessas gerações é influenciada pelas ideologias da Revolução Francesa e Americana. Nela surge e se destaca os direitos do indivíduo frente ao Estado.[16] Esses direitos são essenciais a todos os homens, e fixam uma autonomia pessoal indene as expansões do Poder.[17] Esses direitos da primeira geração são

[13] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 29.
[14] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 30.
[15] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11 ed. São Paulo: Livraria do advogado, 2012. p. 37.
[16] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11 ed. São Paulo: Livraria do advogado, 2012. p. 46.
[17] BRANCO, Paulo Gustavo. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 107.

reconhecidos como uma proteção do indivíduo, devendo o Estado não agir em razão da liberdade dos cidadãos e não interferir nas suas esferas individuais.[18]

Os direitos reconhecidos como de segunda geração, decorrente do impacto da industrialização, e dos graves problemas econômicos e sociais, foram marcados pela prestação dos direitos de aspectos econômicos, sociais e culturais. A atuação do Estado nessa geração deve ser no sentido de prestar tais conteúdos aos indivíduos, propiciando o "direito de participar do bem-estar social".[19]

Esses direitos da segunda geração são ligados a reivindicações de justiça social, buscando as prestações sociais estatais, saúde, previdência, direito a greve, educação, entre outros. Foi necessário que o Estado saísse de sua postura passiva da primeira geração e ingressasse com atuação perante a sociedade, a fim de propiciar e garantir tais direitos. [20]

Os direitos de terceira geração possuem natureza que visa à proteção da coletividade, sendo direitos de titularidade difusa e coletiva. São exemplos o direito à paz, ao desenvolvimento, ao progresso, à conservação do patrimônio, entre outros. O Ministro Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal, em votação do RE 134.297-8/SP, se referiu à terceira geração de direitos fundamentais ao mencionar como exemplo o estabelecido no artigo 225, caput, da Constituição, que estabelece que "Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração."[21] O direito ao meio ambiente está direitamente ligado aos direitos difusos, já que a partir dele que proporcionamos e viabilizamos o futuro das nossas gerações.

[18] BARCHET, Gustavo. MOTTA, Sylvio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 150.
[19] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11 ed. São Paulo: Livraria do advogado, 2012. p. 47.
[20] BARCHET, Gustavo. MOTTA, Sylvio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 151.
[21] BRANCO, Paulo Gustavo. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 112.

Dessa forma, as normas constitucionais passaram a ter força e a ocupar um papel de supremacia sobre as normas da lei, sendo crucial para o reconhecimento do Estado de Direitos Fundamentais dentro do Estado de Direito.[22] O Ministro Alexandre de Moraes em sua obra Direitos Humanos Fundamentais aduz que:

> "A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico geral".[23]

O Estado de Direitos Fundamentais propõe a interpretação do ordenamento jurídico a luz dos direitos constitucionais fundamentais. Tais direitos devem ter eficácia irradiante abrangendo as demais normas infraconstitucionais e aos órgãos estatais, cabendo a eles garantir e proteger esses direitos.[24] Os direitos fundamentais transcendem a perspectiva, exclusivamente, da garantia de posições individuais, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais enseja uma pretensão para que se adote um dado comportamento ou se expresse um poder que produza efeitos em face de certas relações jurídicas. Nessa perspectiva, essas relações jurídicas visam em estabelecer o Estado como um sujeito de direito, o qual permite tutelar as normas, e ter obrigações garantidoras em frente aos indivíduos detentores desses direitos. [25]

---

[22]SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado de Direitos Fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 01 nov 2017.

[23] MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

[24]SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado de Direitos Fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 01 nov 2017.

[25] BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.

A dimensão objetiva deriva do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas admitem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de parâmetro e pressuposto para a ação de todos os poderes constituídos. [26]

Importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proibição pelo Estado dos Direitos Fundamentais contra determinadas posições dos próprios Poderes Estatais. Sob esse panorama, constata-se um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais requer a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, para resguardar os bens protegidos, trazendo efetividade dos direitos fundamentais. [27]

Insta ressaltar que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, não são ilimitados, uma vez que possuem seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na Magna Carta. Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, os magistrados devem utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, buscando a harmonia do texto constitucional. [28]

Os direitos fundamentais, portanto, são frutos de determinados períodos históricos que o reputaram como essenciais, a partir do valor da dignidade humana. De toda forma, embora haja direitos contemplados como fundamentais que não apresentem conexão direta com o princípio da dignidade humana, é esse o princípio

[26] BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.
[27] BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 168.
[28] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 30.

norteador desses típicos direitos, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança.[29] A percepção de que o Estado é garantidor dessas premissas é essencial para que se lhe possam opor os direitos fundamentais.

1.2 Interdependência entre as funções do Poder e o Dever de Legislar

A separação de poderes é um princípio constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, previsto no artigo 2º da Constituição Federal. O modelo tripartite atual consiste em atribuir a três poderes, funções independentes e harmônicas entre si. O objetivo desse modelo, já discorrido por céleres doutrinadores, em obras clássicas, como Locke, Montesquieu, Aristóteles e Platão, é subdividir os encargos do Estado de forma que não ocorra a concentração de poderes.[30]

Os três poderes são harmônicos entre si, e consagram a teoria dos freios e contrapesos, que visa um equilíbrio na atuação dos três poderes, sem sobreposição de qualquer um deles sobre os demais, delimitando um poder por outro. [31] Montesquieu, em sua obra, afirmou a importância dos três poderes não serem exercidos pelo mesmo homem:

> "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos".[32]

Os poderes possuem funções estabelecidas pelo legislador constituinte originário, que as distribuiu de forma que cada um dos poderes tivesse suas atribuições, sem, contudo, estabelecer exclusividade absoluta no exercício de cada

[29] BRANCO, Paulo Gustavo. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 116.
[30] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 140.
[31] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 140.
[32] MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 165-166.

uma delas. Evidencia-se esse fato, quando um Poder adentra na esfera de atribuição do outro por determinação constitucional, buscando a harmonia e cooperação entre poderes.[33]

O Modelo de Estado que traz como paradigma a Constituição faz com que todos os poderes atuem de forma cooperativa para que a norma constitucional seja a base para qualquer outra interpretação de normas infraconstitucionais. A Professora Doutora Christine Peter em seu artigo explicita que:

> "No Estado Constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora". [34]

Essa proposta de interdependência dos Poderes do Estado se deu a partir da evolução do Estado de Direitos para o Estado de Direitos Fundamentais. Essa evolução surge a partir do constitucionalismo contemporâneo em que a Constituição Federal é o paradigma, devendo os direitos fundamentais serem tratados como pressupostos e garantias a todos os cidadãos.

Dessa forma, a interdependência dos poderes é analisada a partir de três perspectivas, segundo a teoria proposta pela Professoa Doutora Christine Peter:

> "a) da substituição da ideia de supremacia da lei pela ideia de supremacia da Constituição; b) da transição da teoria da separação de funções do poder para a teoria da interdependência entre as funções do poder; c) da dogmática dos direitos fundamentais como subjetivos para a dogmática dos direitos fundamentais como direito objetivo".[35]

Com isso, o Juiz e as Leis de um Estado de Direitos Fundamentais traz um propósito não somente envolvendo a mera interpretação da lei para atribuição do sentido e, sim, uma interpretação a partir de uma análise constitucional. Dessa

[33] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.
[34] SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado de Direitos Fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 02 nov 2017.
[35] SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado de Direitos Fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 02 nov 2017.

forma, percebe-se que a teoria rígida da separação de Poderes do Estado não se insere ao Estado de Direitos Fundamentais, devido uma constante sobreposição e no auto ajuste de uma função sobre a outra. [36]

Essa interdependência faz com que o Poder Legislativo, ao elaborar as leis, considere como parâmetro os direitos fundamentais, favorecendo assim a coletividade que passa a ter seus direitos resguardados e considerados. Uma lei deve ser correspondente a realidade social vivida pela população, portanto o Judiciário tem que colaborar na construção deste já que cabe a estas atribuir unidade ao Direito e interpretá-lo a partir do disposto na Constituição Federal. O Ministro do STF, Gilmar Mendes, a respeito do tema se manifesta e aponta que:

> "O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos - dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem".[37]

Portanto, extrai-se que qualquer atuação dos poderes será baseada e regulada pelos direitos fundamentais. Essas relações dos poderes são construídas coletivamente, estando presentes momentos de cooperação e complementação, sendo reguladas pela sociedade e demais entidades estatais, averiguando o exercício de suas funções. A ausência de cooperação entre os poderes gera o mau funcionamento deles tornando fator relevante e contributivo para a violação de direitos fundamentais dos indivíduos, trazendo insegurança para a sociedade.

O Modelo de Estado que traz como paradigma a Constituição faz com que todos os outros poderes atuem de modo que a norma constitucional seja a base para

[36] SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado de Direitos Fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 02 nov 2017.
[37] BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 148.

toda e qualquer outra interpretação de normas infraconstitucionais. Isso faz com que os Poderes se regulem entre si, já que o fim de todos é garantir aos indivíduos uma proteção e tutelar seus direitos essenciais à existência e vida digna.

Quando uma relação jurídica, atuação dos Poderes ou norma pertencente ao ordenamento é incompatível com a Constituição Federal, temos a inconstitucionalidade. Essa inconstitucionalidade pode ser derivada da incompatibilidade internormativa, quando o legislador atua em desacordo com as normas constitucionais, ou derivada do não agir do legislador, que ocorre devido às omissões do seu dever de legislar, decorrentes de falhas na criação de políticas públicas. [38]

A inconstitucionalidade surge no cenário de mudança da soberania do Parlamento, em que a Lei era o centro do ordenamento jurídico, para a supremacia da Constituição, marcada pela força normativa das normas constitucionais, em que a Magna Carta é o suporte de toda interpretação. A inconstitucionalidade por omissão abarca a inatividade não apenas do Legislativo, mas também dos demais Poderes que, por razões, muitas vezes influenciadas pela falta de popularidade da questão, se omitem. A vontade do legislador de regular um determinado cenário em uma norma é parâmetro indispensável para diferenciar as lacunas das omissões que configuram o silêncio eloquente.[39]

A omissão do Poder Legislativo, bem como a omissão normativa do Poder Executivo, se constata na não formulação de regulamentos de execuções de leis e de atos impostos pela Lei Maior.[40] O dever de legislar se verifica quando a Magna

[38] GONÇALVES, Gabriel Accioly; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, n.º 18, p. 131-159, jan/dez. 2015. p. 132.

[39] GONÇALVES, Gabriel Accioly; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, n.º 18, p. 131-159, jan/dez. 2015.P. 132.

[40] BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p 160.

Carta faz a previsão do que deve, ou não, legislar, afunilando a discricionariedade do legislador, e gerando a efetividade do dispositivo constitucional.[41]

Portanto, verificada a importância entre a interdependência entre os três poderes, diante de um Estado de Direitos Fundamentais, adiante iremos estudar, através de um caso real, as consequências em que a falha de coordenação e cooperação entre os poderes podem gerar, a partir de um conjunto de omissões inconstitucionais que resultaram na violação máxima de direitos fundamentais, mostrando a inefetividade das normas constitucionais para certa parcela minoritária da população.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 Origem histórica

No fim da década de 90, houve o surgimento do instituto reconhecido como Estado de Coisas Inconstitucional, na Corte Constitucional Colombiana. Esse reconhecimento na *Sentencia de Unificación* (SU) – 559 adveio do contexto de 45 professores dos Municípios de *Maria la Baja* e *Zambrano* não terem seus direitos previdenciários reconhecidos pelas autoridades locais.[42] A Corte Constitucional Colombiana, a partir desse fato, voltou-se a investigar as falhas estatais por trás das violações dos direitos, constatando que o descumprimento da obrigação era generalizada e ampla, alcançando número indeterminado de professores, além dos que instauraram a demanda, comprovando a extrema inércia estatal, já que ausente a manifestação de todos os órgãos.[43]

Ante a constatação da complexidade da situação, além de assegurar os direitos previdenciários específicos dos demandantes, a Corte Constitucional

[41] GONÇALVES, Gabriel Accioly; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, n.º 18, p. 131-159, jan/dez. 2015. p. 132.
[42] *Sentencia de Unificación* (SU) – 559, de 06/11/1997.
[43] CAMPOS, Carlos. Estado de Coisa Inconstitucional. Disponível em: <http://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em: 03 nov 2017.

Colombiana se incumbiu de tutelar os direitos fundamentais e coletivos em questão, não se vinculando as partes. Na decisão, afirmou ser necessária a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, a partir da colaboração entre os poderes. Foi determinado aos Municípios, que se encontravam em situação similar, a correção das inconstitucionalidades, ordenando o envio de cópias da sentença aos Ministros da Fazenda e da Educação e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municiais para a tomada de providências práticas e orçamentárias.[44]

Nota-se que ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Constitucional Colombiana, verificando o quadro amplo, contínuo e generalizado das violações de direitos e ante a existência de falhas estruturais, procurou tutelar os direitos de todos aqueles em situações similares e não apenas dos demandantes, dirigindo a ordem a todas as autoridades públicas, cujas atuações seriam essenciais para corrigir o quadro sistêmico de falhas e violações constitucionais.[45] A Corte Constitucional Colombiana justificou sua intervenção nas políticas públicas com supedâneo no artigo 113 da Constituição Colombiana, que determina que os Poderes Estatais devem colaborar harmonicamente para a concretização de suas finalidades.[46]

Outra declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia foi diante as situações degradantes do sistema carcerário do país, que muito se assemelha com a do Brasil. Tal constatação veio a partir da *Sentencia de Tutela* - 153, de 1998[47], que visava tratar das condições desumanas e da superlotação das penitenciárias de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A Corte, todavia, supedaneada em estudos sobre a situação, constatou que o quadro de violação de direitos era

[44] CAMPOS, Carlos. Estado de Coisa Inconstitucional. Disponível em: <http://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em: 03 nov 2017.
[45] CAMPOS, Carlos. Estado de Coisa Inconstitucional. Disponível em: <http://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em: 03 nov 2017.
[46] GONÇALVES, Gabriel Accioly; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, n.º 18, p. 131-159, jan/dez. 2015.
[47] *Sentencia de Tutela* (T) – 153, de 28/04/1998.

generalizada e abrangia as demais instituições carcerárias do país, sendo um problema amplo, disseminado e nacional. [48]

A Corte Constitucional Colombiana apurou a ampla violação dos direitos dos presos à dignidade humana e aos direitos fundamentais, sendo reconhecido como "tragédia diária dos cárceres". Ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, no mínimo, para minimizar a situação, foi declarada o Estado de Coisas Inconstitucional, com o objetivo de elaborar planos, soluções e reparações das unidades carcerárias, abrangendo todos os poderes estatais.[49]

O Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado e instituído na Colômbia devido à violação excessiva dos direitos fundamentais nesse setor, sendo degradáveis as situações que os presos vivenciavam. Dessa forma, foi necessária a adoção de políticas públicas, recursos e alternativas para que esse cenário fosse superado.[50] O propósito era de uma resolução ampla, que transcendesse à tutela individual, visando uma decisão coletiva e evitando, assim, o abarrotamento do judiciário.[51] Todavia, as execuções dessas ordens não alcançaram grande sucesso ante a falta de monitoramento, pela própria Corte Constitucional Colombiana, na fase de efetuação da decisão.[52]

Já o caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia, decidido na *Sentencia* T – 025 de 2004[53], também foi marcado pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Constatou-se a falta de coordenação entre as entidades estatais e a ausência de desenvolvimento de

[48] CAMPOS, Carlos. Estado de Coisa Inconstitucional. Disponível em: <http://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em: 03 nov 2017.
[49] CAMPOS, Carlos. Estado de Coisa Inconstitucional. Disponível em: <http://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em: 03 nov 2017.
[50] ARRUDA, Andrey Stefano Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar no STF. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nova-formula-de-atuar-do-stf/>. Acesso em: 03 nov 2017.
[51] GONÇALVES, Gabriel Accioly; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, n.º 18, p. 131-159, jan/dez. 2015.
[52] CAMPOS, Carlos. Estado de Coisa Inconstitucional. Disponível em: <http://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em: 03 nov 2017.
[53] *Sentencia de Tutela* (T) – 025, de 22/01/2004.

políticas públicas para a superação desse quadro de violação de direitos.[54] Esse problema tratava do deslocamento forçado de pessoas em países mergulhados em violência, sendo forçadas a abandonarem seus lares e suas atividades econômicas devido à atuação de grupos violentos, que colocavam em risco a integridade física das pessoas, que viviam sem paz e liberdade. Por muitos anos, esse assunto foi ignorado pelas autoridades públicas, vindo a tona após de 108 pedidos de tutela realizado em 22 cidades da Colômbia por 1.150 famílias deslocadas.[55]

As famílias deslocadas estavam em condições de vulnerabilidade extrema, diante da falta de moradia, segurança, saúde, educação e trabalho, carecendo de requisitos mínimos para sobrevivência. A Corte concluiu que esse problema tratava da violação massiva de direitos fundamentais, da omissão de diferentes atores estatais e do elevado número de pessoas afetadas, devendo a solução ser alcançada por vários órgãos, desenvolvendo uma ação conjunta e coordenada.[56]

Ao se analisar o caso, verificou-se uma profunda falha entre a criação das políticas públicas e a sua efetiva implementação.[57] A Corte Constitucional Colombiana diante dessa flagrante omissão generalizada formulou então soluções que tutelavam os interesses de todos que se encontravam nessa situação, de forma a diminuir essa brecha entre a criação e a implementação das políticas públicas. As ordens foram dirigidas a autoridades públicas, surtindo efeitos práticos,

[54] FRANCO, Diana Rodríguez. GARAVITO, César Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia*. 1 ed. Editora Colección De Justicia, 2010. p. 80.
[55] FRANCO, Diana Rodríguez. GARAVITO, César Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia*. 1 ed. Editora Colección DeJusticia, 2010. p. 81.
[56] FRANCO, Diana Rodríguez. GARAVITO, César Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia*. 1 ed. Editora Colección DeJusticia, 2010. p. 82.
[57] FRANCO, Diana Rodríguez. GARAVITO, César Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia*. 1 ed. Editora Colección DeJusticia, 2010. p. 210.

principalmente para exercer pressão para que as entidades estatais tomarem ações concretas para superação desse quadro generalizado de problemas.[58]

A partir desses casos, a própria Corte Constitucional Colombiana, na decisão T 025/2004, apontou seis fatores que são necessários para estabelecer uma situação fática que ocasione a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional: (1) violação massiva, generalizada e contínua de vários direitos constitucionais, sendo capaz de atingir um número significativo de pessoas; (2) a presente omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos fundamentais; (3) as práticas inconstitucionais contínuas a gerar, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela jurisdicional para garantir esse direito; (4) a omissão de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar tais violações; (5) a existência de um problema cuja solução necessita da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis para superar esse caos; (6) a possibilidade de um congestionamento judicial, caso aconteça uma procura massiva pela proteção jurídica, já que é um problema generalizado, e demanda uma solução uniforme para todos. [59]

Após 20 anos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, a partir de um estudo realizado pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, se reconheceu tal instituto no Brasil envolvendo o sistema carcerário brasileiro. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, no Brasil, se deu em 2015 no julgamento da Arguição de Preceito Fundamental 347 com relatoria do Ministro Marco Aurélio.

[58] FRANCO, Diana Rodríguez. GARAVITO, César Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia*. 1 ed. Editora Colección DeJusticia, 2010. p. 211.

[59] MARMELSTEIN, George. Diálogos Jurídicos Luso – Brasileiros. Perspectivas Atuais do Dirieto Público – O Direito em Tempos de Crise. Volume 1. São Paulo: JusPodivm, 2015. p. 242.

No julgamento da Arguição de Preceito Fundamental, tendo em vista a falha estrutural nas carceragens em todos os Estados no Brasil, o estado caótico em que os presos vivem e a crise imensurável no sistema prisional brasileiro, se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional a partir do conjunto de inconstitucionalidades perante os indivíduos que ali se encontram.

2.2 Estado de Coisas Inconstitucional e o sistema carcerário brasileiro

O Estado de Coisas Inconstitucional começou a fazer parte da dogmática constitucional brasileira em 2015, a partir da Arguição de Preceito Fundamental 347, em que o PSOL requereu o reconhecimento de tal instituto em relação ao sistema carcerário brasileiro. O reconhecimento deste Estado de Coisas Inconstitucional ocorreu em 2015, porém os problemas enfrentados e vivenciados pelos presos no sistema carcerário se mantém há décadas, marcado por omissões e descaso por parte dos entes estatais.

A Constituição e as Leis brasileiras garantem de maneira vasta os direitos humanos e fundamentais a todos os cidadãos. Nesse sentido, o sistema prisional no Brasil deveria ter como objetivo a punição proporcional a pena, a regeneração diante da ressocialização e a garantia dos direitos fundamentais.[60] Porém, o que ocorre é a violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade da pessoa humana, direito previsto na Constituição Federal, artigo 1º, inciso III. Segundo o Ministro Marco Aurélio "o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema".[61] Esse quadro não é exclusivo de alguns presídios no Brasil, e sim constante em todos.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é o norteador de diversos princípios, exemplo disso é o princípio da individualização da pena. Ingo

[60] THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 99.
[61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

Wolfgang Sarlet trata a dignidade da pessoa humana e a individualização de cada ser, do seguinte modo:

> "A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos."[62]

Este princípio constitucional, no entanto, na prática é muito desrespeitado no Brasil no âmbito do sistema carcerário, diante da situação degradante que os presos, que estão cumprindo suas penas, vivem.[63] Esse cenário é evidente de forma muito clara nas penitenciárias, contribuindo no aumento das taxas de reincidência. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirma que "quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência".[64]

Constata-se a situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. A inércia da atuação dos Poderes Públicos faz esse quadro se agravar e perpetuar cada vez mais. É notória a falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro de inconstitucionalidades, já que esse é um projeto considerado impopular.[65] Com esse pensamento, a maioria da população não aceita que seja dada

[62] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 62.

[63] MIGUEL, Lorena Marina dos Santos. A Norma Jurídica e a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. Revista Habitus: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais - IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p.49-64, Junho. 2013. Semestral. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11398/8348>. Acesso em: 5 ago 2018.

[64] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 5 ago 2018.

[65] BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo n.º 254, 2010.

prioridade, no tocante aos gastos públicos e a melhoria das instalações prisionais, sendo esse um dos fatores para essa atual situação de caos.

O Poder Judiciário, se abstém de observar os acordos constituídos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais preveem o direito à audiência de custódia. Esse procedimento reduziria a superlotação das prisões. Há de se falar, também, em ausência de motivação, de medidas cautelares alternativas, não sendo consideradas as realidades degradantes das penitenciárias brasileiras no momento da aplicação da pena.[66]

Já o Poder Legislativo se encontra influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais inadequadas ao sistema carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios, gerando, assim, a falta de segurança na sociedade, que sofre com a alta taxa de reincidência diante da ineficácia do sistema prisional. A população brasileira acredita que o criminoso não possui direito a vida digna, não podendo dispor de seus direitos fundamentais.[67] Essa mentalidade faz com que os políticos não deem atenção e não apresentem políticas públicas e projetos que visam à melhoria desse sistema.

Devido a essa construção ideológica de descaso com o cidadão sob a custódia do Estado no sistema carcerário, o Brasil há anos vem vivenciando um cenário de total ineficácia do sistema prisional em que milhões de detentos, que idealizam sua ressocialização, são obrigados a viver. A unidade prisional passou a ser uma continuação de todos os atos que os presos faziam quando estavam em liberdade, já que o tratamento desumano e a falta de assistência causa um sentimento de revolta, que gera a rebeliões e violência. Com base nos dados do Conselho Nacional de

[66] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 5 ago 2018.
[67] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 5 ago 2018.

Justiça, 70% dos presos são reincidentes, e, na maioria dos casos, voltam a cometer crimes ainda mais graves e a integrarem facções criminosas. [68]

A Clínica da UERJ de Direto, após estudos realizados nesse campo, constatou que nos presídios e delegacias, por todo país, as celas são abarrotadas de presos que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, em pé, em banheiros, corredores, pátios ou barracos. Muitas vezes, revezam para dormir e não oferecem condições mínimas de salubridade.[69]A finalidade que deveria ser de cumprimento da pena do preso que voltará a sociedade, acaba não ocorrendo, visto os inúmeros problemas vividos diariamente pelos detentos.

A falta de recursos e investimentos no sistema prisional ocasiona a superlotação que agrava a precariedade das penitenciárias, que tem como característica celas com o limite de pessoas muito acima do possível, contribuindo, dessa forma, para o crescimento da violência interna e o crescimento das facções criminosas, já que os presos de delitos leves convivem com os presos de delitos graves.[70]

A superlotação das prisões brasileiras é apontada como uma grave violação dos direitos humanos pela organização internacional "*Human Rights Watch*(HRW)". A diretora do escritório HRW em São Paulo, Maria Laura Canineu, afirma que "o fracasso absoluto do Estado nesse sentido viola os direitos dos presos e é um presente nas mãos das facções criminosas, que usam as prisões para recrutar seus integrantes.".[71] Isso demonstra que os indivíduos que estão cumprindo pena de

[68] MIGUEL, Lorena Marina dos Santos. A Norma Jurídica e a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. Revista Habitus: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais - IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p.49-64, Junho. 2013. Semestral. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11398/8348>. Acesso em: 5 ago 2018.

[69] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 5 ago 2018.

[70] SASAKI, Fabio. Entenda a Crise do Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro/>. Acesso em: 09 set 2018.

[71] Brasil: Retome o Controle do Sistema Prisional: Proteja as pessoas sob custódia do Estado de violência e de abusos. Human Rights Watch, 2017. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2017/01/04/298325>. Acesso em: 01 set 2018.

delitos leves, ao ter contato com delinquentes mais perigosos, aprendem a cometer crimes ainda mais graves, transformando o presídio em uma "escola do crime".

O sistema prisional brasileiro não conta apenas com o descaso com o cidadão custodiado e com o sistema ineficaz, conta também com o tratamento desumano dado aos presidiários. O Deputado Estadual do Rio de Janeiro, Marcelo Freixo, em discurso na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, sobre o presídio entre São Gonçalo e Niterói, alega que a população carcerária em um lugar para duzentas pessoas, havia oitocentas, o local não havia luz natural, ventilação ou água potável, ou seja, sem condições mínimas de sobrevivência.[72] Essa situação é o que se evidencia em quase todas penitenciárias do Brasil. A falta de higiene, proliferação de doenças e condições cruéis são características comuns nesse sistema.

Em sustentação oral feita no plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar da ADPF 347, Daniel Sarmento afirmou que:

> "As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos." [73]

[72] MIGUEL, Lorena Marina dos Santos. A Norma Jurídica e a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. Revista Habitus: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais - IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p.49-64, Junho. 2013. Semestral. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11398/8348>. Acesso em: 5 ago 2018.

[73] Sustentação oral do Advogado e Doutrinador Daniel Sarmento no julgamento da ADPF 347 no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_4PAIFC5RlA&t=760s>. Acesso em: 02 set 2018.

Esse cenário é vivenciado diariamente pelos presos que estão subordinados a esse sistema, sofrendo, da dupla penalidade. A primeira em decorrência da privação de liberdade como forma de cumprimento da pena, a segunda é a condição desumana e o desrespeito que os presos são sujeitados no instante em que entram no sistema prisional. Dessa forma, pode-se afirmar que a partir do momento em que o preso cumpre sua pena no regime fechado, ele não só fica restrito de sua liberdade, como também de todos os seus direitos fundamentais previstos em diversas Leis, como as resoluções da ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Lei de Execução Penal, entre outras que visam garantir os direitos dos presos.[74]

As condições dos presídios são de total insalubridade, favorecendo para a proliferação de doenças e epidemias. As doenças mais comuns são pneumonia, tuberculose, hepatite, e doenças venéreas, como AIDS. Essas doenças ocorrem, principalmente devido à violência sexual, falta de higiene, vacinas, acompanhamento médico e uso de drogas injetáveis. Fato se comprova, constatando que cerca de 20% dos presos, atualmente, são portadores de HIV. Ademais, na maioria dos casos em que os presos possuem enfermidades graves, não há o cumprimento da pena no regime domiciliar, conforme determina o artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal. [75]

O Estado que tem o dever de assegurar os direitos e garantias dos detentos, infelizmente acaba se tornando o violador das leis e dos direitos. Conforme o artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, nenhuma pessoa será submetida à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, e conforme artigo 41, inciso VII, da Lei de Execução Penal, o preso possui o direito de assistência à saúde. Nota-se, então, um

[74] ASSIS, Rafael Damasceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/949/1122>. Acesso em: 02 set 2018.
[75] ASSIS, Rafael Damasceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/949/1122>. Acesso em: 02 set 2018.

Estado indo contra seus próprios preceitos estabelecidos na Constituição e nas Leis.[76]

Esse tratamento desumano muitas vezes acontece por meio de agressões físicas e por torturas realizadas pelos próprios presos ou pelos agentes penitenciários ou policiais. A falta de treinamento e a desqualificação desses profissionais ocasionam uma insatisfação dos detentos que recebem castigos e imposições por motivação pessoal, não estando previstas em Lei. Esses agentes, na maior parte dos casos, não respondem pelas agressões, ficando impunes desse abuso do poder, e dando continuidade a esses atos que são considerados comuns nos presídios.[77]

Outra violação consiste na demora em se conceder benefícios aqueles que já fazem jus à progressão de regime ou de serem colocados em liberdade os presos que já cumpriram suas penas. Esse fato comprova, novamente, a omissão, ineficácia e ineficiência, dos órgãos da execução penal, que podem, inclusive, serem determinados a indenizar os indivíduos que permaneceram com restrição de liberdade ilegalmente, e favorece as rebeliões e as fugas dos presos.[78]

O Conselho Nacional de Justiça, em 2018, a partir Banco Nacional de Monitoramento das Prisões, apresentou o primeiro cadastro de pessoas que se encontram no sistema prisional brasileiro, em caráter provisório ou cumprindo a pena. Até então não havia o controle da população submetida a esse sistema, os dados não passavam de suposições, aproximações e estimativas, mostrando, assim, o

[76] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

[77] ASSIS, Rafael Damasceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/949/1122>. Acesso em: 02 set 2018.

[78] ASSIS, Rafael Damasceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/949/1122>. Acesso em: 02 set 2018.

descaso até do reconhecimento da real situação do sistema prisional, que não cumpre nenhuma das suas finalidades.[79]

O Conselho Nacional de Justiça, após visitar os presídios brasileiros em praticamente todos os estados, afirma que:

> "Em poucas unidades prisionais se pode constatar estrutura minimamente adequada para o cumprimento da decisão judicial. A maioria das unidades prisionais é marcada pela superlotação, instalações deterioradas, ausência de pessoal para atendimento dos presos, deficiência de gestão, carência de serviços impostos pela Lei de Execução Penal e descrição pelos detentos de movimentos e práticas incompatíveis com a ética pelos agentes responsáveis pelos custodiados, segundo alguns relatos, a serem apurados pelos órgãos competentes da Administração Penitenciária de cada unidade da Federação, em conivência com grupos criminosos."[80]

Conforme dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, publicado em 6 de agosto de 2018, afirmam-se que haviam 602.217 pessoas cumprindo pena privativa de liberdade nas unidades de Federação, sendo que 40,14% são presos sem condenação, 24,72% são presos condenados em execução provisória e 35,15% são presos condenados em execução definitiva. Verificou-se, também, que no período de outubro de 2017 a agosto de 2018, 109 detentos morreram dentro do sistema prisional.[81] Os dados e a superlotação dos presídios, tendo em vista que só existem 360.000 vagas, confirmam que a má infraestrutura das cadeias faz com que os presos vivenciem uma luta diária para a sobrevivência.

As mulheres são 5% da população carcerária no Brasil, sendo que, conforme dados obtidos pelo Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado pelo Conselho Nacional de Justiça, em março de 2018, contatou que 317 estão grávidas e

[79] Banco Nacional de Monitoramento das Prisões. Cadastro Nacional de Presos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 03 set 2018.

[80] Banco Nacional de Monitoramento das Prisões. Cadastro Nacional de Presos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 03 set 2018.

[81] Banco Nacional de Monitoramento das Prisões. Cadastro Nacional de Presos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 03 set 2018.

215 lactantes.[82] A dificuldade de acesso à saúde da mãe e da criança se encontra presente na maioria dos presídios do país. O que se encontra, também, são mães e bebês em acomodações precárias, com alimentação inadequada, crianças com vacinas atrasadas, sem registro de nascimento e cuidados necessários.[83] Além disso, itens essenciais de higiene da mulher são objetos de luxo, já que não observa-se as necessidades e especificidades das mulheres que se encontram nesse sistema.

Diante de tais fatos, a conclusão é que no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal do Brasil, no tocante à segurança, dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade nos presídios se convertem em penas cruéis e desumanas, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente digna, segura e salubre. [84] Isso favorece a alta taxa de reincidência, rebeliões e fugas, já que esses detentos se revoltam e se desesperam diante do descaso e da falta de perspectiva de melhora da situação que eles vivem, acreditando que esses atos são formas de manifestação e de reivindicação de seus direitos [85]

3 ANÁLISE DA ADPF 347 E DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

3.1 ADPF 347/DF

A primeira vez em que o Estado de Coisas Inconstitucional teve seu reconhecimento expresso pela dogmática constitucional brasileira foi na sessão

[82] Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes. CNJ. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acesso em: 03 set 2018.

[83] BANDEIRA, Regina. Presídios Femininos: o descaso com a saúde e alimentação de grávidas e gestantes. Agência CNJ de notícia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86269-presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas>. Acesso em: 20 set 2018.

[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.

[85] ASSIS, Rafael Damasceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/949/1122>. Acesso em: 02 set 2018.

realizada em setembro de 2015, quando o Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente cautelar requerida pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, com relatoria do Ministro Marco Aurélio. A ADPF 347 visa o reconhecimento da extrema violação de direitos fundamentais da população carcerária e a adoção de providências para a crise prisional do país, considerando cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental em face da situação degradante nas penitenciárias brasileiras.[86]

A adequação da via eleita se deu pelo preenchimento dos requisitos próprios, quais sejam, a violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. O sistema carcerário brasileiro apresenta um quadro de violação massiva e crônica de direitos fundamentais, cuja modificação depende de uma reestruturação total, configurando um cenário fático incompatível com a Constituição Federal.

Essa incompatibilidade se da ante a ausência de políticas públicas, a presente ofensa a diversos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso a Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, segurança e trabalho dos presos. Esse quadro se configura diante da multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, sendo de natureza administrativa, normativa e judicial. [87]

Com o julgamento da ADPF 347, requereu-se que seja reconhecida a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no que tange ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências que visam estruturar e modificar a realidade de lesões a

[86] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jul 2018.
[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jul 2018.

preceitos fundamentais dos presos, que alegam decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.[88]

O Ministro Relator Marco Aurélio alega que a superlotação e as condições degradantes do sistema carcerário representa um cenário que viola diretamente os fundamentos constituídos na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança, que todo ser humano deve constituir.[89] Esse cenário constitui em um conjunto de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, sendo de natureza normativa, administrativa e judicial.

Os órgãos administrativos omitem os preceitos constitucionais e legais por se absterem ao criarem e proporcionarem condições adequadas de encarceramento, ao criarem número de vagas prisionais suficientes ao tamanho da população carcerária, condicionando um lugar digno, com segurança, alimentação, e possibilitando uma vida com saúde, acesso à educação, trabalho, assistência social e à jurisdição. Não sendo, portanto, utilizado os recursos do Fundo Penitenciário Nacional para o seu verdadeiro fim. [90]

O Ministro Relator aduz que no tocante ao requisito da subsidiariedade, entende estar de acordo, já que não há outro instrumento, no âmbito do controle abstrato de normas, mediante o qual possam sanar tais lesões aos preceitos constitucionais. Dessa forma, estariam presentes todos os pressupostos próprios ao cabimento da arguição. Dispõe que as medidas judiciais não ofendem ao princípio democrático, já que a atuação judicial está voltada à proteção de direitos

[88] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.
[89] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.
[90] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.

fundamentais, sendo que a intervenção judicial se baseará a partir de diálogos e cooperação entre os diversos poderes estatais, visando modificar esse quadro.[91]

No tocante ao mérito, o Ministro Relator discorre sobre o cenário fático do sistema penitenciário brasileiro e relata as seguintes situações evidenciadas nessa realidade: celas superlotadas, imundas, insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos de higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticados tanto por detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária, bem como acesso a instituições básicas a qualquer cidadão, como educação, trabalho e saúde.[92] Ressalta a existência de facções criminosas dominando as instituições criminais e a existência de milhares de presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.

Alude à colocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos segundo o qual, "quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez de reabilitação." Ressalta que não há uma diferenciação entre os presos, diante das diferentes periculosidades, afastando a possibilidade da ressocialização e contribuindo para a reincidência que chega a 70%.[93]

Diante desse quadro de inconstitucionalidades, o Ministro Relator menciona que essa situação do sistema prisional do Brasil configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de Estado de Coisas Inconstitucional, sendo permitido ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações

[91] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.
[92] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.
[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.

necessárias para resolver esse cenário e reestruturar o sistema, em proteção à dignidade dos presos que se encontram em posições humilhantes diante da mínima inobservância existencial dessa população.

No Estado de Coisas Inconstitucional é evidenciado o contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) que resulta na afronta à dignidade humana. O Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela Lei Complementar n.º 79, em 1994, e visa proporcionar recursos e meios para tornar eficaz o Sistema Penitenciário Brasileiro. Os recursos consignados ao fundo deveriam ser aplicados para melhoria dos presídios, fazendo reformas, mudanças, ampliação e entre outras ações de benfeitorias, porém o que acontece é o desvio dessa verba, tendo como consequência a atual situação que configurou esse Estado de Coisas Inconstitucional.

Sob essas constatações, aponta ser necessária a adoção urgente de providências para superar esse quadro excessivo de inconstitucionalidades, em prol da população carcerária e da segurança da sociedade. Postula então, o deferimento de liminar para que seja determinado:

> "A) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; B) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; C) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; D) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; E) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento

> condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; F) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal; G) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f"; H) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos."[94]

No mérito, além da confirmação das medidas cautelares, pede-se que:

> "A) Haja a declaração do "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro; B) Seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; C) O aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT; D) O plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas;

[94] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.

E) O plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; F) O Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; G) Uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do "estado de coisas inconstitucional" na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma; H) Sejam submetidos os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo; I) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; J) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil."[95]

[95] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.

O Ministro Edson Fachin em seu voto discute sobre o novo papel de contribuinte permanente que se quer atribuir ao Supremo, diante de um Estado sem efetividade. Relata que o sistema carcerário não se enquadra no espaço de criação de políticas públicas, feitas pelo Poder Executivo, nem de qualquer atuação Legislativa, do Pode Legislativo. Aponta que os dados do sistema prisional são assombrosos, tendo em vista um Estado que pretende assegurar os direitos fundamentais. [96]

O Ministro Edson Fachin ressaltou que o sistema prisional constitui uma instituição segregacionista de grupos vulneráveis, sendo eles os negros, deficientes e analfabetos. Esses grupos não integram programas de reintegração à sociedade, em face da precariedade que os presídios se encontram, favorecendo apenas para a reincidência. Resta claro, portanto, o reconhecimento da ineficiência do Estado ao garantir e proteger efetivamente a dignidade dos presos. [97]

Dessa forma, tal ineficiência legitima a medida cautelar para que dentro outras ações seja reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional. Esse reconhecimento se dá diante da inadequada proteção ao direito dos indivíduos, e, impõe ao Judiciário indicações ao Poder competente para que tome medidas afim de mudar a atual situação de violação massiva de direitos dos encarcerados. [98]

O Ministro Roberto Barroso em seu voto alega que não estão tratando apenas a um direito da minoria, o que já seria um papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, e sim de todo sistema penitenciário que gera consequências dramáticas a sociedade brasileira, que vive a mercê da insegurança e da alta criminalidade. Sustenta que o Estado Brasileiro prende muito, mas prende mal,

[96] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[97] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[98] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

constatando que o índice de apuração de homicídios no Brasil – criminalidade violenta e grave – é de menos de 10%. [99]

Relata, o Ministro Roberto Barroso, que falta empatia da população brasileira e, em consonância com o artigo da Professora Ana Paula de Barcellos, intitulado "25 anos da Constituição de 88 e Dignidade Humana: algo mudou para os presos?", defende que vivemos com a visão equivocada de que as pessoas perdem a dignidade pelo que elas fazem. Porém, a verdade é que nada justifica um tratamento desumano e degradável que os presos vivem. Desse modo, diante de um conjunto de ações o omissões notórias que fazem com que haja a falha generalizada e estrutural do sistema, deve-se reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios brasileiros. [100]

O Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto assenta que

> "Mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação".[101]

O Ministro Teori Zavascki em seu voto dispõe, principalmente, que as decisões desse caso, em liminar, não fiquem no plano simbólico, ou retórico, ou no plano acadêmico. O Supremo Tribunal Federal deve exercer seu papel de forma a contribuir eficazmente a superação desse quadro, de maneira que no momento da decisão haja responsabilidade e razoabilidade daquilo que o Tribunal está determinando, para que não fique apenas no plano das ideias. [102]

---

[99] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

[100] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 agos 2018.

[101] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.

[102] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

A Ministra Rosa Weber em seu voto alega que existem exceções, mas essas exceções não são capazes de não reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário diante do estado caótico e dramático das prisões brasileiras. A Ministra acompanhou o Relator para o descongestionamento das verbas existentes no FUNPEN, determinando a liberação do saldo acumulado para a finalidade para o qual foi criado. Sobre o mutirão carcerário, a Ministra considerou por prejudicado tendo em vista que o programa já é realizado pelo Conselho Nacional de Justiça. [103]

O Ministro Luiz Fux em seu voto explicita que entende cabível ao Judiciário interferir em um estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos. Alega que o fato de existir uma norma que obriga o juiz a motivar e ele não faz, constata um Estado de Coisas Inconstitucional, em que o Supremo está de modo didático estabelecendo que os Juízes motivem suas decisões, apliquem penas alternativas e cumpram o Pacto de São José da Costa Rica, evitando o abarrotamento dos presídios. Considera que esse ativismo e a judicialização de questões se da na medida em que essas políticas públicas não são enfrentadas.[104]

A Ministra Cármen Lúcia em seu voto conhece, como todos os Ministros, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e considera que há um Estado de Coisas Inconstitucional nesse âmbito. Alega que qualquer homem em qualquer condição deve viver com dignidade.[105] A presidente do Supremo Tribunal Federal em seu voto citou Darcy Ribeiro, dizendo:

> "Em 1982, Darcy Ribeiro fez um célebre discurso em que ele desafiava o Governo, avisando que se não tivesse a construção de muitas escolas no Brasil, nós iríamos, um dia, trazer ao Supremo julgamentos para mandarem construir penitenciárias

[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[104] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[105] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

> aos montes e não caberia todo mundo. E parece que o presságio está se cumprindo."[106]

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto afirma que estão diante de um dos temas mais desafiadores da realidade brasileira, já que sobrevêm por gerações sem ser enfrentado. Aponta que esse caso é paradigmático e que o papel da Corte vai muito além de deferir uma liminar que suspenda certos atos, ou que dê determinadas orientações, tendo que existir o acompanhamento para que os resultados sejam realmente significativos, conscientizando os Magistrados sobre o Estado de Coisas Inconstitucional e suas consequências. Sustenta que deve haver a criação e a implementação de medidas de superação desse quadro, liberação dos recursos do FUNPEN e a diminuição da população prisional.[107]

O Ministro Celso de Melo em seu voto, primeiramente, destacou a admissibilidade da ADPF 347 em face das omissões inconstitucionais do Poder Público. Citou que, no âmbito do CNJ, há o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Sócioeducativas (DMF), dessa forma, os encargos delegados ao CNJ deverão ser acompanhados e desempenhados por este órgão, o DMF, que constitui a estrutura administrativa do Conselho. O Ministro destaca a situação da crônica realidade do sistema carcerário marcado pela inaceitável condição degradante dos presídios e da irresponsabilidade dos Poderes Públicos, constituindo o Estado de Coisas Inconstitucional, em face da distorção da função dos presídios.[108]

O Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto concorda com a situação apresentada pelo Ministro Relator e, diante de controvérsias nesse ponto, alega que os multirões implicam não só na mobilização de pessoas, mas de recursos e meios

[106] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[107] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[108] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

para a permanência dos Magistrados em Estados diferentes da sua origem. Como, também, Presidente do Conselho Nacional de Justiça, informou que os multirões já vem sendo realizados, não sendo necessário o deferimento desse tópico. [109]

O Plenário, diante tais ponderações, reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade acabam sendo penas cruéis e desumanas. Diante disso, o STF decidiu conceder, parcialmente, a medida liminar, determinando aos Juízes e Tribunais que passem a realizar a audiência de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão e proibiu o poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. A decisão determinou que a União libere o saldo acumulado no FUNPEN para a utilização com a finalidade para o qual foi criado. [110]

O Plenário limitou-se a deferir dois pedidos liminares, sendo que a posição do Supremo Tribunal Federal não será com caráter de substituição dos Poderes Legislativo e Executivo e sim de cooperação e complementação, objetivando superar os desafios políticos, impondo políticas públicas, coordenando as ações, monitorando os resultados e impondo atribuições aos demais Poderes.

Dessa forma, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e as ordens judiciais que a sucedem levam o juiz constitucional a interferir sobre as funções tipicamente executivas e legislativas. Pode-se, dessa forma falar em um ativismo judicial estrutural. Esses aspectos geram acusações de ilegitimidade democrática e institucional da atuação judicial.[111] Não obstante, deve ser rejeitada tais objeções, já

[109] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[110] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[111] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 314-322.

que a atuação judicial implica na superação desse quadro, figurando então como legítima e essencial nesse momento em que passamos por esse caos sistêmico.

3.2 Função do STF diante do sistema carcerário brasileiro

O Estado de Coisas Inconstitucional constitui o resultado de situações de completa paralisia parlamentar e administrativa sobre determinada matéria. No caso do Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional se insere perfeitamente na situação caótica atual do sistema carcerário brasileiro. Dessa forma, diante da inércia dos Poderes Públicos e do descaso popular para superação desse quadro, o Judiciário assume papel importante como o único instrumento para superação de bloqueios políticos, tomando medidas para superação e funcionamento desse sistema.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional adveio de desacordos políticos e institucionais insuperáveis, devido à falta de coordenação entre os agentes públicos e a necessidade de tutelar os direitos dos grupos sociais minoritários ou marginalizados, que não possuem representação frente ao Estado.[112] Nota-se a ineficiência do Legislativo e do Executivo, desde o processo de elaboração das leis até a sua efetiva implementação, que se mostra incapaz de adotar políticas que abrangem essa população.[113] Ante a gravidade do quadro, a Suprema Corte assume o papel excepcional de implementar e formular políticas públicas.[114]

A importância de tal declaração no sistema prisional brasileiro é inescusável e imensurável, já que seu intuito é aumentar a deliberação e diálogos para superação desse Estado de Coisas Inconstitucional. Tais ações provocam reações e mobilizações sociais em torno da implementação das medidas necessárias, resultando em um conhecimento maior da população, ocasionando a mudança de

[112] CORREDOR, Róman J. Duque. Estado de Derecho y justicia: desviciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional, Provincia Especial, 2006. p. 343-344.
[113] FILHO, Carlos Augusto Liguori GRAVA, Guilherme Saraiva. PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. O Estado de Coisas Inconstitucional das Prisões Brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. Boletim IBCCrim, v.24, n. 283, p. 3-4, jun. 2016.
[114] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 10 set 2018.

opinião sobre a gravidade das violações aos direitos dos presos, influenciando diretamente os Poderes Estatais que não tem como prioridade a superação desse quadro, já que buscam projetos populares, que resultem em bons resultados nas urnas.[115]

A posição do Supremo Tribunal Federal, antigamente, era marcada pelo conservadorismo, que restringia a atuação no controle de constitucionalidade das normas, por intermédio dos dispositivos indicados na Constituição Federal, suspendendo os julgamentos liminares, ou julgando o mérito dos dispositivos inconstitucionais. [116] Com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o cenário se modifica e o Supremo passa a exercer influência nas escolhas orçamentárias, como nas políticas públicas.[117] Segundo Elenaldo Teixeira, políticas públicas são:

> "Diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre, porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas. Devem ser consideradas também as "não ações", as omissões, como formas de manifestação de políticas públicas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos."[118]

[115] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 10 set 2018.

[116] JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo Vieira. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516692/TD186-RonaldoJorgeAJr.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 ago 2018.

[117] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. JOTAmundo: O Estado de Coisas Inconstitucional. Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violações massiva e contínua de direitos. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em: 10 set 2018.

[118] TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. Revista Políticas Públicas, 2002 – AATR, BA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf>. Acesso em: 10 set 2018.

Como dito pelo Ministro Roberto Barroso, em seu voto na ADPF 347, não há dúvidas da legitimidade do Poder Judiciário na atuação dessa matéria, visto que se trata de uma minoria invisível, não representada politicamente e sem voz para lutar pelas suas necessidades, tendo, dessa forma, seus direitos fundamentais violados.[119] O papel do Judiciário, sobretudo, visa então a proteção desses direitos fundamentais das minorias, que recebe tratamento intolerável e desumano. Fato se comprova que até o ano de 2018 não havia qualquer controle ou cadastro dos presos. Essas minorias não possuem influência no campo eleitoral, já que não detêm direito ao voto, o que agrava a situação já que não há representantes para lutar por esses indivíduos. [120]

Nesse contexto, cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o papel de guardião da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, atuando no sentido de proteger os presidiários que estão a mercê de um Estado que se mostra ineficaz e inerte no aspecto de proteção aos direitos da população carcerária, de forma efetiva. Nesse contexto, destaca-se a responsabilidade dos Magistrados de estar ciente da situação e zelar pela integridade dos presos, cumprindo a Lei, e evitando assim o tratamento discriminatório das pessoas que se encontram cumprindo suas penas.[121]

O julgamento da ADPF 347 é um exemplo de decisão em que a Suprema Corte Brasileira entendeu o resultado e a consequência da inatividade do Estado, em situações de extrema violação aos direitos constitucionais, devido a um conjunto de descaso dos Poderes Públicos. O Supremo Tribunal Federal atua como um

[119] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.
[120] FILHO, Carlos Augusto Liguori GRAVA, Guilherme Saraiva. PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. O Estado de Coisas Inconstitucional das Prisões Brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. Boletim IBCCrim, v.24, n. 283, p. 3-4, jun. 2016.
[121] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

garantidor desses direitos objetivando sua plena fruição, que estava sendo negada através das omissões estatais. [122]

O quadro excepcional e extremo de gravidade do Estado de Coisas Inconstitucional visa a superação desse conjunto de violações, configurando um ativismo judicial legítimo e com enorme responsabilidade, tendo em vista a impopularidade e a inércia dos Poderes, que passarão a atuar mutuamente para complementar suas atuações, já que o problema é sistêmico, devido à ampla deficiência nas ações estatais nesse âmbito.[123]

Outro importante papel do Supremo na superação desse quadro deve ser com o objetivo de superar a "cultura do encarceramento" que ocorre devido ao número de prisões provisórias decorrentes de excessos na aplicação da legislação penal e processual, dessa forma, cabe ao Judiciário exercer sua função típica de racionalizar essa situação de modo a minimizar esse quadro, ao invés de agravá-lo, como vem ocorrendo.[124]

Como os casos Colombianos demonstram, outro ponto importante é o de monitoramento da implementação das políticas públicas no sistema carcerário, já que sendo esse fator indispensável para a superação desse quadro. O Doutrinador Constitucionalista Colombiano, César Rodríguez Garavito, considera que as medidas tomadas na Colômbia para superação do Estado de Coisas Inconstitucional falhou devido a falta de controle de seu cumprimento.[125]Com base nisso, a ADPF 347

[122] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

[123] FRANCO, Diana Rodríguez. GARAVITO, César Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia*. 1 ed. Editora Colección DeJusticia, 2010. p. 39.

[125] SANTOS, Helena Maria Pereira dos. VIEIRA, José Ribas. DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro. CHAGAS, Tayná Tavares das. Estado de Coisas Inconstitucional: Um estudo sobre os casos Colombiano e Brasileiro. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941/15320%3E>. Acesso em: 05 set 2018.

propõe que o Supremo Tribunal Federal assuma o papel de fiscalizador das medidas implementadas juntamente ao Conselho Nacional de Justiça.[126]

Nesse caso do sistema prisional, o princípio da separação dos poderes e a política democrática muitas vezes são escusas para impedir a atuação, diante dessa inércia e indiferença intencional dos Poderes à gravidade que se encontra o sistema carcerário brasileiro. Quando se ocorre a exclusão e não proteção direitos das minorias, é papel do Judiciária superar essa lacuna, exercendo seu papel de guardião da Constituição Federal e garantidor dos diretos fundamentais.[127]

O Ministro Ricardo Lewandoski apontou que a questão cultural do encarceramento é muito importante para se pensar em formas para superação desse quadro de inconstitucionalidades, afirmando que realizou um pré acordo com a Comissão Interamericana de Justiça para elaborar cursos à distância para a conscientização de todos os Juízes, em relação a flagrante violação aos direitos humanos no caos do sistema carcerário brasileiro.[128]

Uma das medidas deferidas foi do não contingenciamento do FUNPEN, o que ocorre é que a medida deferida em 2015, em muitos Estados, ainda não foi cumprida, tendo que o Judiciário oficiar, com urgência a liberação imediata dos recursos do FUNPEN relativos aos Estados que não cumpriram a decisão, postergando ainda mais o melhoramento do sistema penitenciário que não possui verbas para enfrentar a atual situação.

Por fim, devido ao recrudescimento das rebeliões, massacres e violência no sistema prisional, em especial no Norte e no Nordeste, com base nos dados do relatório do INFOPEN, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, o

[126] FILHO, Carlos Augusto Liguori GRAVA, Guilherme Saraiva. PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. O Estado de Coisas Inconstitucional das Prisões Brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. Boletim IBCCrim, v.24, n. 283, jun. 2016, P. 3-4.

[127] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

[128] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 ago 2018.

Relator Marco Aurélio ressaltou a importância do julgamento definitivo do caso, intimando a Procuradoria Geral da República para manifestação e após inclusão em pauta. Esse assunto não pode ser mais adiado já que a situação atual é de total desprezo, que gera aos presos a violação dos direitos básicos e a sociedade o sentimento de insegurança, causado pelo aumento da criminalidade.

CONCLUSÃO

A atual situação em que os presídios se encontram desfigura o propósito o qual ele foi criado, já que seu resultado, com base dados explanados, está em contramão ao seu objetivo. O ambiente que era pra ser de ressocialização, não apresenta condições mínimas para concretizar esse objetivo, passando a construir escola de crimes, que resulta em uma atuação deformadora sobre o condenado, marcado por violações generalizadas de direitos fundamentais que, na maioria dos casos, após o cumprimento de sua pena, volta a cometer crimes e, muitas vezes, mais graves, gerando o aumento da criminalidade e a insegurança dominante.

A partir da ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal, liminarmente, reconhece a presença do Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios brasileiros. Em face da rejeição popular do tema do sistema carcerário, o Supremo Tribunal Federal justifica a sua atuação e o exercício de uma atividade atípica de implementar políticas de encarceramento, diante da violação generalizada de direitos fundamentais e diante a ineficiência e paralisia dos poderes públicos. Essas violações somadas à omissão dos Poderes Públicos tem caráter excepcional, não havendo óbice quando ao reconhecimento desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, já que não há a violação do princípio da separação dos poderes.

No Estado de Coisas Inconstitucional, a interdependência entre os poderes envolve a atuação de uma pluralidade de entes públicos, visando a diminuição dos problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes das prisões no Brasil. O diálogo com os outros Poderes e com a sociedade é pressuposto para o enfrentamento dessa situação, cabendo ao Supremo propor ações e políticas

públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção de medidas e supervisionar o cumprimento e execução.

A atuação política de um único órgão não resolverá o quadro de inconstitucionalidades, sendo necessária a reestruturação desse sistema a partir de medidas de diferentes naturezas oriundas da União, dos Estados e do Distrito Federal. A solução requer intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas. Considera-se que o reconhecimento da situação atual desse sistema é o primeiro passo para se adotar medidas a serem aplicadas com urgência no país.

Trata-se de uma alternativa constitucional para o enfrentamento desse problema obsuro que a população carcerária vive, já que, a luz do Estado de Direitos Fundamentais, todos os poderes devem procurar assegurar as garantias individuais de cada cidadão, dentro ou fora das prisões, buscando soluções e políticas públicas para proteger essas minorias, não havendo substituição das funções de cada poder e sim da coligação entre elas, já que a inércia é configurada não apenas pela falta de legislação, mas, também, pela falta de tentativa de superar esse quadro, perpetuando e agravando cada vez mais a situação.

Portanto, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário é marcado pela interdependência entre os Poderes, a partir de um Estado caracterizado pela supremacia dos direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal, tendo assim, uma intervenção judicial para reestruturar esse cenário de tão pouco prestígio popular. A importação desse instituto colombiano para o cenário do Brasil é a única forma de combater o tratamento cruel e moralmente degradante que os presos vivenciam, garantindo assim o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Andrey Stefano Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar no STF. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nova-formula-de-atuar-do-stf/>. Acesso em: 03 nov 2017.

ASSIS, Rafael Damasceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/949/1122>. Acesso em: 02 set 2018.

Banco Nacional de Monitoramento das Prisões. Cadastro Nacional de Presos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 03 set 2018.

BANDEIRA, Regina. Presídios Femininos: o descaso com a saúde e alimentação de grávidas e gestantes. Agência CNJ de notícia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86269-presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas>. Acesso em: 20 set 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo n.º 254, 2010.

BARCHET, Gustavo. MOTTA, Sylvio. Curso de Direito Constitucional. Elsevier Editora Ltda, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jun 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. Tradução: Nelson Coutinho. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes. CNJ. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acesso em: 03 set 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisa Inconstitucional. Disponível em: <http://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em: 03 nov 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. JOTAmundo: O Estado de Coisas Inconstitucional. Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violações massiva e contínua de direitos. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em: 10 set 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 10 set 2018.

CORREDOR, Róman J. Duque. *Estado de Derecho y justicia: desviciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional*, Provincia Especial, 2006.

FILHO, Carlos Augusto Liguori GRAVA, Guilherme Saraiva. PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. O Estado de Coisas Inconstitucional das Prisões Brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. Boletim IBCCrim, v.24, n. 283, p. 3-4, jun. 2016.

FRANCO, Diana Rodríguez. GARAVITO, César Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia*. 1 ed. Editora Colección DeJusticia, 2010.

GONÇALVES, Gabriel Accioly; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, n.º 18, p. 131-159, jan/dez. 2015.

JÚNIOR, André Puccinelli. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo Vieira. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516692/TD186-RonaldoJorgeAJr.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 ago 2018.

MARMELSTEIN, George. Diálogos Jurídicos Luso – Brasileiros. Perspectivas Atuais do Dirieto Público – O Direito em Tempos de Crise. Volume 1. São Paulo: JusPodivm, 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGUEL, Lorena Marina dos Santos. A Norma Jurídica e a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. Revista Habitus: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais - IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p.49-64, Junho. 2013. Semestral. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11398/8348>. Acesso em: 5 ago 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11 ed. São Paulo: Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SASAKI, Fabio. Entenda a Crise do Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro/>. Acesso em: 09 set 2018.

SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado de Direitos Fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 01 nov 2017.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. Revista Políticas Públicas, 2002 – AATR, BA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf>. Acesso em: 10 set 2018.

THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000..

COMÉRCIO DE ANIMAIS SILVESTRES: O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A INDISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO FAUNÍSTICO

Ingrid Saraiva Bandeira Leite

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a comercialização dos animais silvestres no Brasil e suas consequências, considerando-se tanto o comércio legal como o ilegal, a fim de demonstrar o grau de prejudicialidade para o meio ambiente. Por meio da pesquisa dogmática (instrumental), e das técnicas bibliográfica e documental, parte-se da premissa de que o direito ao meio ambiente é um direito humano, internacionalmente reconhecido, e, em âmbito nacional, um direito incutido no rol dos direitos fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988. A legislação regente, apesar de reprimir genericamente a venda de animais, estabelece certas exceções que, diante do cotejamento com os dados apurados pelo IBAMA, é possível constatar que o comércio como um todo, ainda que nas suas formas regulamentadas, conduz ao desaparecimento massivo da fauna silvestre, fomenta a degradação ambiental e externa o desacato às normas constitucionais de proteção. Além disso, o mercado movimenta quantias vultuosas. Já os criminosos, na contramão, recebem baixas punições que são incapazes de reverter ao Estado o proveito econômico obtido na ilegalidade e imprimir o ideal efeito pedagógico ante a gravidade da conduta. Na realidade, traficantes e comerciantes utilizam-se de cruéis práticas para burlar a via legal e atuam pautados unicamente na obtenção de lucro fácil e infinito, o que reafirma que o comércio em si acaba esbarrando na preservação constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que o patrimônio faunístico é elemento componente do meio ambiente e, como tal, um bem indisponível.

Palavras-chave: Comercialização de animais silvestres. Constituição Federal. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direitos Fundamentais. Patrimônio faunístico. Indisponibilidade.

INTRODUÇÃO

O Brasil é o país com a maior biodiversidade em fauna do mundo. Esse imenso patrimônio faunístico silvestre que, há tempos, encontra-se ameaçado, sucumbe especialmente pelos métodos dominantes de venda e pela comercialização de animais. A inter-relação de um com o outro ainda não está bem esclarecida no âmbito dos espaços normativos contemporâneos.

No plano internacional, a relevância das questões ambientais passou a ser considerada como um dos principais temas discutidos pelos Estados e, embora o Direito ao Meio Ambiente tenha sido elevado ao patamar de direito humano, a criação da CITES coloca em análise a efetividade da regulamentação do comércio internacional de espécimes de fauna, incluídos seus subprodutos, ante o objetivo de preservação da vida silvestre.

A globalidade constitutiva do meio ambiente, a globalização econômica do comércio e da exploração animal, evidenciam a necessidade de se aprofundar as reflexões sobre a real proteção ambiental, especialmente, as consequências e efeitos danosos do comércio desmedido para a integralidade dos ecossistemas. Dentro desse contexto, surgem duas temáticas impulsionadas pela nova percepção do meio ambiente e seus elementos componentes. São elas: a proteção legal do meio ambiente e o contraste com a comercialização de animais silvestres, haja vista a recorrente fragmentação ser particularmente relevante para o delineamento do equilíbrio ecológico.

Os problemas ambientais são ocasionados, fundamentalmente, por atividades humanas. Do cotejamento da venda ilegal de espécies da fauna brasileira com a venda autorizada por lei, tem-se que ambos os meios de comércio propiciam a extinção das espécies, tal qual o desaparecimento do *habitat* natural. O que, mais uma vez, implica a violação expressa ao princípio fundamental do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, colocando em disponibilidade algo que, conforme a Constituição Federal de 1988, é em sua essência indisponível.

É, portanto, necessário que o país adote uma postura ativa em prol da convivência humana em harmonia com a natureza, pautada no máximo respeito ao meio ambiente e seus elementos, como um todo, e não em uma equivocada concepção de que desenvolvimento corresponde tão somente a crescimento econômico.

1 DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

1.1 DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O meio ambiente tem sofrido agressões de toda espécie e em grande escala, o que enseja tamanho desequilíbrio capaz de comprometer a vida dos seres humanos e de todos os outros seres, assim como a existência do próprio planeta. Haja vista a matéria não poder mais ser tratada isoladamente pelos Estados, pois adstrita às questões de equilíbrio mundial, as providências de salvaguarda devem ser tomadas em âmbito internacional.[1]

Analisar o Direito Ambiental Internacional requer uma reflexão acerca da definição dos problemas ambientais e das respostas na esfera internacional. Problemas estes que se manifestam tais quais:

> [...] o desaparecimento de espécies da fauna e da flora, a perda de solos férteis pela erosão e pela desertificação, o aquecimento da atmosfera e as mudanças climáticas, a diminuição da camada de ozônio, a chuva ácida, o acúmulo crescente de lixo e resíduos industriais, o colapso na quantidade e na qualidade da água, o aumento significativo da população mundial, o esgotamento dos recursos naturais, os grandes acidentes nucleares, com efeitos imediatos etc.[2]

1 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191>. Acesso em: 24 mar. 2018.

2 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007, p. 2. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191>. Acesso em: 24 mar. 2018.

Se os agentes destruidores do meio ambiente podem ser extremamente velozes e os poluentes apresentar efeitos imediatos, o direito é lento – há todo um processo de negociações e elaboração de respostas – nem sempre coerentes e adequadas.[3] Ao cuidar de sua problemática específica, o direito ambiental internacional inova à medida que novas necessidades são a ele impostas. Essa inovação se fará sentir, indubitavelmente, nos conteúdos e nas técnicas normativas.

O direito ambiental internacional é um direito em constante formação e transformação, todavia, é limitado e insuficiente em face do poder do produtivismo e de seus efeitos que degradam o meio ambiente.[4] A legítima preocupação das sociedades humanas com o seu próprio desenvolvimento e com a geração de riqueza, passa a confrontar-se com a constatação de que a deterioração resultante desse processo de crescimento possui consequências deletérias.[5]

Salem Hikmat Nasser justifica a influência da questão ambiental no Direito Internacional:

> A penetração no direito internacional das questões relativas ao meio ambiente se explica, é claro, por esse alcance global que têm alguns fenômenos ou problemas, bem como por seu caráter essencial, mas se deve, de modo mais geral, a uma constatação mais corriqueira: os problemas ambientais, ainda que não tenham escala global, não conhecem fronteiras nem se restringem necessariamente ao território de um único Estado; em outras palavras, eles são, ao menos potencialmente, internacionais ou, melhor dizendo, transfronteiriços.[6]

A compreensão de Carlos Roberto Siqueira Castro traduz a importância desse novato ramo jurídico para o Direito hodierno:

> [...] de início expressado na maioria dos países por uma rede fragmentária de normas e princípios de caráter ambientalista passando para uma fase de consolidação do Direito Internacional Ambiental na medida em que os instrumentos concebidos no plano do direito internacional de natureza

3 SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
4 LAVIEILLE, Jean-Marc apud SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
5 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.
6 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 20.

> ambiental retratam a suspeição geral quanto à precariedade das legislações internas para dirimir conflitos e impor responsabilidades por agressões ao ecossistema que não raro ultrapassam os limites de um país e repercutem em outras nações ou em áreas internacionais.[7]

Em segundo lugar, é necessário definir qual o significado de meio ambiente para a comunidade internacional e de que modo esse conceito influencia as negociações internacionais no desenvolvimento do direito ambiental internacional.[8] Nas palavras de Édis Milaré, o meio ambiente é:

> [...] combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão. Mais exatamente, é constituído por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações. Não é mero espaço circunscrito – é a realidade complexa e marcada por múltiplas variáveis.
>
> No *conceito jurídico* mais em uso de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla.
>
> Numa *visão estrita*, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais.
>
> Numa *concepção ampla*, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o *meio ambiente natural*, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o *meio ambiente artificial* (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidas pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções.[9]

Ainda, na insigne lição de José Afonso da Silva:

---

7 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira apud GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007, p. 4-5. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191>. Acesso em: 24 mar. 2018.

8 SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

9 MILARÉ, Édis apud LEMOS, A. F.; BIZAWU, K. Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Artigo acadêmico. Minas Gerais, p. 6. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=478423056f0942a4>. Acesso em: 25 mar. 2018.

> [...] a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.[10]

Os desafios do direito ambiental internacional relacionam-se com suas características. O seu conteúdo associa-se ao modo de desenvolvimento das sociedades contemporâneas, conduzindo a uma reflexão sobre as relações dos seres humanos com o meio ambiente e com o sistema capitalista produtivista.[11] Salem Hikmat Nasser explica que: "[...] suas características acompanham a evolução da sociedade internacional e de seu direito".[12] Portanto, há necessidade de estabelecer novos fundamentos, condições de estabilidade ecológica e econômica sustentáveis:

> Preconizar como devem ser as relações dos seres humanos com o meio ambiente significa estabelecer normas sobre os modos de apropriação e uso dos recursos naturais, normas que regulem o exercício das atividades econômicas e sociais que degradam o meio ambiente. Em outras palavras, significa lidar com questões referentes à soberania dos Estados em relação à exploração de seus recursos naturais e a sua gestão compartilhada, o modo de desenvolvimento dos Estados.[13]

Com efeito, o Direito Ambiental Internacional, não se confunde com o Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA). O primeiro, arranjo moderno de normativa ambiental internacional a avançar para além do regime jurídico, utilizando-se de estruturas e encaminhamentos utilitaristas, os quais incorporam outras ciências, novos atores e instrumentos de enfrentamento. É área emergente do Direito que, paulatinamente, ganha espaço graças à vocação empreendedora e à dinâmica de equacionamento ao tratar de problemas ambientais complexos, de difícil solução, promovendo a relação dos Estados e das Organizações Internacionais (OIs) com novos atores internacionais, especialmente por meio de redes[14]. Este último,

10 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20.
11 SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
12 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.
13 SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 13.
14 As redes representam uma maneira coletiva de gestão participativa e monitoramento de regras e padrões ajustados a partir de relações não hierárquicas, com direções vertical e horizontal, entre os múltiplos participantes.

arcabouço de normas jurídicas internacionais, estruturado por meio de tratados ou pactos que firmam uma relação entre Estados Nacionais.[15]

Em assim sendo, o Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA)[16], com esforço seguirá montando uma regulamentação de características próprias, atinente a um ordenamento jurídico que se pretende global e existente em todas as facetas da vida internacional, motivado pelo movimento incessante de novos problemas e do encontro de novas soluções.[17] Nesse sentido, Fernando Rei:

> Não obstante a sua extraordinária pujança, não se pode esquecer que o Direito internacional do meio ambiente continua sendo uma matéria particularmente difícil e complexa, ainda que desafiadora. A proteção e a gestão internacional do meio ambiente é quiçá a melhor prova da profunda mudança que o próprio *corpus iuris gentium* está experimentando nestes novos tempos.[18]

O Direito Ambiental Internacional é um ramo especial do Direito Internacional Público consistente em princípios e regras que se destinam a reger as relações entre Estados, Organizações Internacionais e indivíduos no que toca à defesa e preservação do meio ambiente.[19] Seus princípios e normas devem ser interpretados não somente uns em função dos outros, mas também no contexto e à luz dos princípios gerais do DIP e de suas normas, dos quais não se afastam, todavia,

15 SILVA, D. M. da; REI, F.; Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e direito ambiental internacional (DAI): novos atores em cena. Programa de estudo e ensino de Pós-graduação em Direito Internacional, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=257>. Acesso em: 25 mar. 2018.

16 Guido Fernando Silva Soares, Professor Titular de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP e Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional do Meio Ambiente-SDIMA, em sua obra de referência, Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22-23, esclarece que, "ao usar a expressão Direito Internacional do Meio Ambiente, ou outras a ela assimiláveis, deve-se enfatizar que se o faz com finalidades retóricas, para expressar o fenômeno do surgimento e vigorosa presença da temática da proteção ambiental a nível internacional, de forma constante, a ponto de exigir uma sistematização particular, acompanhado de todas as novidades que se têm verificado no novo enfoque para os problemas tradicionalmente resolvidos no Direito Internacional Público e no Direito Internacional Privado".

17 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

18 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 12.

19 LEMOS, A. F.; BIZAWU, K. Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Artigo acadêmico. Minas Gerais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=478423056f0942a4>. Acesso em: 25 mar. 2018.

atendendo às suas próprias especificidades sempre.[20] Refere-se às normas do direito internacional destinadas a realizar a proteção e gestão do meio ambiente, numa perspectiva de análise do direito internacional sob o prisma ambiental.

O sujeito, por excelência, do direito ambiental internacional é o Estado, mas as organizações internacionais e intergovernamentais exercem também um papel de suma importância na formulação e no seu desenvolvimento, destacando a atuação das Nações Unidas e das principais organizações intergovernamentais, como o IMO (*International Maritime Organization*), UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), FAO (*Food and Agriculture Organization*) e o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente).[21]

A temática ambiental, especialmente as questões globais, ao acrescentar à interdependência internacional a noção de que os Estados e a humanidade partilham de um destino comum, transforma a cooperação em uma necessidade imposta não pelo interesse dos atores individuais, e sim pela percepção de que ambos têm o dever de buscar o bem comum.[22]

Portanto, o direito ambiental internacional é essencial. Sem ele não haveria como estabelecer novas dinâmicas da própria concepção da natureza constitutiva do meio ambiente, o qual demanda uma gestão integral, holística e interdisciplinar das questões ambientais, seja em virtude da globalização dos riscos e poluições, das ameaças globais ou ademais da necessidade de organizar a cooperação internacional em busca de solução para essas questões.[23]

1.2 AS FONTES DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

[20] CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012.
[21] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.
[22] NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.
[23] SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

O entendimento científico acerca das complexas relações entre os seres vivos amplia-se rapidamente. Nunca houve tantos cientistas se dedicando a pesquisar os fenômenos climáticos e as alterações que a ação humana provoca na biosfera quanto neste momento.[24] José Cretella Neto esclarece:

> Isso implica que o ramo jurídico que disciplina o meio ambiente deve, necessariamente, de forma correspondente, adaptar-se a novos paradigmas, sem que se tenha muito tempo para cristalizar determinados conceitos científicos, válidos em determinado momento, mas em pouco tempo suplantados por outros.[25]

Nesse aspecto, o Direito Ambiental claramente se distingue dos demais ramos jurídicos:

> a) em nenhum outro campo do Direito a Ciência e a Tecnologia influenciam tanto a produção normativa e os bens e valores protegidos;
>
> b) as espécies de sanções previstas para o descumprimento de obrigações são diferentes, pois a reciprocidade não tem sentido em questões ambientais; e
>
> c) sua mais acentuada mutação, acompanhando a evolução das ciências que estudam o meio ambiente.[26]

As fontes do direito ambiental internacional são pontualmente as mesmas do direito internacional. A despeito da discussão doutrinária acerca da natureza das fontes de direito internacional e sua hierarquia, tomar-se-á como base as constantes no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça[27], que são:

Tratados, que determinam os direitos e as obrigações das partes contratantes de maneira mais precisa, podendo os tratados ambientais ser genéricos ou

[24] CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012.
[25] CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187.
[26] CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187.
27 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

específicos; ou, considerados geograficamente: globais, regionais, sub-regionais ou bilaterais.[28]

Costume internacional, que cessou após a Segunda Guerra Mundial devido ao aumento de membros da comunidade internacional e ao surgimento de novos e complexos problemas, dentre os quais os ambientais. Tornou-se um critério insuficiente e lento para acompanhar o desenvolvimento do direito internacional.[29]

Princípios gerais do direito, que são os mais vagos, impondo-se uma interpretação ampla, dada a pobreza de regras existentes na matéria.[30]

Decisões judiciárias ou Jurisprudência, que na fase de formação do direito ambiental internacional exerceram influência a do *Trail Smelter Case* (1941), a do Caso do Canal de Corfu (1949) e a do Caso do Lago Lannoux (1956). As regras que decorrem das três sentenças podem ser consideradas como o direito costumeiro geral em matéria ambiental.[31]

Doutrina dos autores mais qualificados, que no entender da Corte Internacional de Justiça, um pronunciamento seu teria mais peso do que opiniões isoladas, por mais qualificados que fossem os autores, assim não mais recorrendo à doutrina. Contudo, no caso do direito ambiental internacional, a doutrina pode e deve ter um papel de destaque nesta fase em que seus contornos ainda são imprecisos.[32]

Dentre todas, a principal são os tratados ambientais internacionais, pois sua confecção de forma conjunta entre os Estados ou entre estes e Organismos Internacionais, traz maior segurança e estabilidade às relações ambientais

28 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.
29 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.
30 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.
31 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.
32 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

internacionais.[33] Estima-se que atualmente existem mais de 300 tratados multilaterais com fins de proteger e conservar a biosfera, aos quais acrescentam-se inúmeros textos de organizações internacionais.[34] Para Mazzuoli, o "objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano do ordenamento jurídico interno dos Estados".[35]

Conforme escreveu Guido Fernando Silva Soares:

> [...] a superposição de assuntos entre vários tratados e convenções sobre temas vizinhos, a existência de organismos com competências paralelas, a falta de coordenação de ações políticas globais entre os Estados, a inexistência de uma organização mundial com a competência unificada para todos os assuntos do meio ambiente internacional, bem como de organizações centralizadas na administração dos mecanismos de solução de litígios ambientais entre os Estados, são apenas alguns indicativos da completa falta de racionalidade na condução dos assuntos relativos ao meio ambiente, no âmbito global.[36]

A *soft law*, embora não esteja no rol do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, é reconhecida como um instrumento de grande importância para o Direito Ambiental Internacional. Nasceu no contexto das negociações diplomáticas, conferências e congressos, é fruto das leituras e interpretações dadas aos tratados multilaterais. São regras cujo valor normativo seria limitado, talvez porque contidas em instrumentos não juridicamente obrigatórios, talvez porque as disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não

33 LEMOS, A. F.; BIZAWU, K. Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Artigo acadêmico. Minas Gerais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=478423056f0942a4>. Acesso em: 25 mar. 2018.

34 KISS, Alexandre apud GOMES, E. B.; BULZICO, B. A. A. A efetividade dos direitos dos cidadãos na proteção ao Meio Ambiente: A existência de um direito fundamental. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n. 181, p. 141-153, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194898>. Acesso em: 24 mar. 2018.

35 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito dos Tratados. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 470.

36 SOARES, Guido Fernando Silva. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001, p. 896.

criariam obrigações de direito positivo, ou não criariam senão obrigações pouco constringentes.[37]

Por outro lado, as regras denominadas de *hard law* (ou *jus cogens*) são disposições que contêm obrigações para todas as partes contratantes. Trata-se de textos internacionais mandatários que expressam efeitos vinculantes à atividade dos Estados-partes, a exemplo dos tratados, protocolos e convenções. Já os instrumentos de *soft law* podem apenas gerar sanções morais, posto que não têm o condão de criar obrigações para os Estados.[38] Mazzuoli afirma:

> A evolução da sociedade internacional fez emergir, no século XX, dois novos grupos de normas jurídicas diretamente ligadas à reformulação das fontes do Direito Internacional Público: o *jus cogens* e a *soft law*. Trata-se de uma nova tendência de produção de normas no Direito Internacional com características diametralmente opostas: as primeiras (normas de *jus cogens*) são rígidas, enquanto as segundas (normas de *soft law*) são em tudo flexíveis.[39]

Uma das características da *soft law* é a futuridade, isto é, estabelecer metas futuras a serem atingidas mediante programas de ação a longo prazo, uma declaração de intenções. Mesmo não prevendo ou impondo sanções, permite em situações de difícil negociação que se avance, ainda que em temas polêmicos, estabelecendo assim metas para o futuro a serem atingidas pelos Estados.[40]

O surgimento e fortalecimento do papel da *soft law* representa um incentivo à evolução do Direito Ambiental Internacional, singularmente, pelos obstáculos de se

37 SILVA, D. M. da; REI, F.; Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e direito ambiental internacional (DAI): novos atores em cena. Programa de estudo e ensino de Pós-graduação em Direito Internacional, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=257>. Acesso em: 25 mar. 2018.

38 SILVA, D. M. da; REI, F.; Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e direito ambiental internacional (DAI): novos atores em cena. Programa de estudo e ensino de Pós-graduação em Direito Internacional, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=257>. Acesso em: 25 mar. 2018.

39 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5ª Ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 150.

40 SILVA, D. M. da; REI, F.; Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e direito ambiental internacional (DAI): novos atores em cena. Programa de estudo e ensino de Pós-graduação em Direito Internacional, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=257>. Acesso em: 25 mar. 2018.

estabelecer um consenso entre os Estados em matéria ambiental no plano de regimes jurídicos internacionais, em especial, quando interesses políticos e econômicos estão em pauta. Isto posto, constata-se a grandeza desse instrumento, de forma que as discussões conduziram pouco a pouco à sistematização internacional do direito ao meio ambiente.[41]

1.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE

A visão global a respeito da natureza mudou. Assim, o meio ambiente passou a ser considerado como um assunto da mais extrema importância, digno de ser resguardado não só para as gerações atuais, mas também para as vindouras. Com efeito, "[...] a humanidade acha-se predestinada a terminar sua era em meio do lixo, dos rios e mares assoreados, das florestas desertificadas, do calor insuportável, da fome e da sede, enfim, do cemitério de mortos vivos".[42]

O processo de internacionalização do direito ambiental deve-se ao fato das consequências danosas provocadas pela degradação do meio ambiente, seja para a qualidade de vida humana e para a atividade econômica, seja para a natureza em si, não conhecerem fronteiras políticas ou geográficas, e logo, interessam a mais do que um único Estado.[43] Dessa maneira: "Essa é a razão profunda, inquestionável, para que a internacionalização *deva* se dar".[44]

Internacionalizada a questão ambiental e existindo um direito internacional do meio ambiente, sua evolução, evidentemente, acompanha a evolução da compreensão da dimensão internacional dos problemas ambientais, porém

41 SILVA, D. M. da; REI, F.; Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e direito ambiental internacional (DAI): novos atores em cena. Programa de estudo e ensino de Pós-graduação em Direito Internacional, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=257>. Acesso em: 25 mar. 2018.

42 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007, p. 1. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191>. Acesso em: 24 mar. 2018.

43 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

44 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

igualmente submetida às dinâmicas determinantes para o delineamento do direito internacional como um todo, tal qual o seu progresso ao longo do tempo.[45] Por essa perspectiva:

> Esse direito hoje reconhecível por seus grandes traços como um direito de cooperação, de prevenção, de precaução, de equidade entre as gerações, de responsabilidade comum mas diferenciada e de crescente institucionalização, iniciou seu percurso na preocupação com a preservação pontual de elementos da fauna e da flora dotados de algum valor aos olhos do homem, ainda que apenas estético.[46]

Não há um marco inicial com uma data específica, para que se possa considerar como o início exato da preocupação das sociedades com a preservação ambiental. Pode-se dizer que a base histórica que remete à ideia de proteção ao meio ambiente é bastante remota, visto que os seres humanos começaram a perceber que a utilização desmedida dos bens naturais poderia levar à escassez ou à consecutiva extinção desses recursos, então, passaram a adotar medidas de produção que não causassem um impacto tão negativo ao meio ambiente.[47]

Ainda que seja possível encontrar referências de alguma relevância ambiental em tratados internacionais celebrados no final do século XIX, a maioria da doutrina reconhece que o advento do Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) se deu com a emergência das preocupações ambientais vividas na década de 60, mais frequente nas sociedades europeia e norte-americana, uma vez que no Brasil e na América do Sul buscava-se a defesa de outros direitos fundamentais, mais carentes de exercício naquele momento.[48]

Em 1968, o Conselho da Europa proclamou a Carta da Água, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou a Declaração de Princípios sobre o Controle da Poluição do Ar e a Assembleia Geral das Nações Unidas convocou a

45 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.
46 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 22.
47 GENUÍNO, A.; PRADO, A. M. O direito ambiental internacional e os direitos humanos. Revista Anais do VII Sciencult. Mato Grosso do Sul, v. 3, n. 1, p. 14-23, 2012. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3416>. Acesso em: 25 mar. 2018.
48 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente para 1972, em Estocolmo.[49] Nos dizeres de Fernando Rei:

> [...] marco histórico na evolução do Direito Internacional do meio ambiente, na medida em que balizou os esforços de codificação convencional a nível mundial, até então reunidos em acordos dispersos, bilaterais, regionais ou continentais que, embora relativos ao meio ambiente, não tratavam na sua essência da questão ambiental.[50]

Na ocasião, foram votados a Declaração de Estocolmo; um Plano de Ação para o Meio Ambiente, congregando um conjunto de 109 recomendações; uma Resolução quanto aos aspectos financeiros e organizacionais da ONU; e a instituição do Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA), organismo particularmente dedicado aos problemas ambientais, sediado em Nairóbi, no Quênia.[51]

Além destes, pelo ponto de vista do desenvolvimento do direito internacional, um dos mais importantes resultados da Conferência foi o estabelecimento de um conjunto de princípios que embasaram políticas e medidas internas nos Estados em prol do meio ambiente. As decisões lá adotadas também alicerçaram a negociação de acordos internacionais bilaterais, globais e regionais sobre diversos aspectos da preservação ambiental.[52]

Quanto à participação do Brasil, os conceitos articulados no documento preparado pelo Embaixador Miguel Ozório de Almeida para a reunião precedente de Founex, em 1971, foram primordiais para a elaboração dos princípios contidos na Declaração de Estocolmo[53]:

> O Embaixador Miguel Ozório de Almeida, representante do Brasil no Comitê Preparatório da Conferência, deu uma contribuição pioneira ao realçar a complexidade das relações entre o processo de desenvolvimento econômico e a preservação, melhoria e reabilitação das condições ambientais

49 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.
50 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 06.
51 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.
52 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.
53 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

> e a necessidade de se estabelecerem definições e limitações para sua correta compreensão. A redução das fontes de poluição tinha que considerar as discrepâncias e as limitações existentes, particularmente no terreno econômico, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.[54]

A denominada Convenção de Estocolmo de 1972 surgiu das constatações de que a poluição ou a degradação ambiental não possuem fronteiras, atingem a todos os países, e da importância do meio ambiente para o verdadeiro proveito dos direitos humanos, por ser essencial para o bem-estar e para obter uma vida humana digna. Ou seja: "[...] expôs a necessidade do homem perceber que é totalmente dependente do meio ambiente, pois este lhe dá sustento e oportunidade de desenvolvimento social e moral".[55]

Acerca da relevância mundial da Conferência de Estocolmo para o reconhecimento do Direito Ambiental:

> Destacando a importância da Conferência de Estocolmo da ONU para a internacionalização do direito ambiental, Fábio Fernandes adverte que até então, a questão ambiental ainda não se colocava como uma preocupação comum, da mesma maneira que era dada pouca atenção ao bem-estar ecológico. Nesta esteira, a segurança ecológica passou a ser uma das preocupações principais das Nações Unidas, assim como os temas da paz; dos direitos humanos; e do desenvolvimento equitativo. De forma precursora, a Conferência Ambiental de 1972 introduziu na agenda internacional a preocupação com o modelo tradicional de desenvolvimento econômico em detrimento do meio ambiente sustentável, sob pena de esgotamento completo dos recursos naturais, pondo em risco a vida no planeta.[56]

No mesmo ano, um grupo constituído por empresários, economistas e pesquisadores, preocupados com os problemas envolvendo o meio ambiente e a

54 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 152.

55 LEMOS, A. F.; BIZAWU, K. Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Artigo acadêmico. Minas Gerais, p. 13. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=478423056f0942a4>. Acesso em: 25 mar. 2018.

56 DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. Da internacionalização à constitucionalização do direito ambiental sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 113, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13243&revista_caderno=5#_ftnref32>. Acesso em: 25 mar. 2018.

economia, como a escassez alimentar e de recursos naturais decorrentes da exploração humana, reuniu-se para debater possíveis soluções e o comprometimento com que os Estados deveriam atuar.[57] Este grupo, mais tarde conhecido como Clube de Roma ou Clube do Juízo Final, "[...] apresentou resultados catastróficos para humanidade diante do esgotamento dos recursos naturais e o consequente colapso da economia mundial".[58]

Transcorridos 20 anos da Conferência de Estocolmo de 1972, a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente em 1992, no Rio de Janeiro, denominada Cúpula da Terra e popularmente chamada de ECO/92 ou RIO/92, foi o segundo principal acontecimento da história da evolução do DIMA, que segue então alterando as relações entre os Estados e outros sujeitos internacionais, delineando novas formas de atuação entre eles de modo que todos possam contribuir, mesmo que de diferentes formas, para a saúde do planeta e para o melhor desenvolvimento do meio humano.[59]

Os principais resultados da ECO/92 foram a adoção de duas convenções multilaterais: a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre Diversidade Biológica; a subscrição dos documentos contendo princípios normativos de *soft law*, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Agenda 21, com 40 capítulos de linhas políticas para a consecução do desenvolvimento sustentável ainda no século XX, e a Declaração de Princípios sobre as Florestas; e por fim, a criação da Comissão para o

57 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191>. Acesso em: 24 mar. 2018.

58 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007, p. 3. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191>. Acesso em: 24 mar. 2018.

59 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

Desenvolvimento Sustentável, órgão das Nações Unidas subordinado ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC).[60]

Todavia, para José Cretella Neto, apesar do sentimento de triunfalismo que reinava na comunidade internacional logo após o encerramento da RIO/92, algumas "certezas" não se materializaram, ou se concretizaram insuficientemente[61]:

> As décadas que se seguiram à Conferência do Rio de Janeiro, contudo, testemunharam a contínua degradação do meio ambiente, com base em informações e dados fornecidos por inúmeras fontes, públicas ou privadas. Já os Estados desenvolvidos não atingiram as metas previstas para o apoio tecnológico e financeiro aos países em desenvolvimento, enquanto estes últimos também não se esforçaram o suficiente para evitar ou minimizar a degradação ambiental.[62]

Por outro lado, afirma que: "Sem dúvida, o nível de conscientização da população e de governos resultou em alguns progressos".[63] Imensos foram os avanços conceituais logrados nas assembleias universais. As discussões promovidas nos centros científicos e na mídia dos países desenvolvidos despertaram o interesse pela proteção do meio ambiente ao longo da década de 80, tendo sua influência repercutido inclusive no âmbito técnico-normativo brasileiro[64]:

> No Brasil, a nova visibilidade adquirida pelas questões ambientais traduziu-se numa consciência mais aguda da sociedade sobre os efeitos predatórios causados por instrumentos de política econômica, como a concessão de incentivos fiscais para investimentos agropecuários na Amazônia, apontados nos anos 80 como responsáveis pelo aumento das taxas de desmatamento na região. Do ponto de vista jurídico e político, a preocupação com a preservação do meio ambiente refletiu-se no capítulo específico sobre o tema na Constituição Federal de 1988.[65]

60 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.
61 CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012.
62 CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171.
63 CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172.
64 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.
65 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 156.

Em outras palavras, sua grande contribuição foi resgatar o tema do desenvolvimento econômico global, adicionando o conceito de sustentabilidade. O Direito Internacional imbuído desses novos valores, cada vez mais tinha um perfil humanista e social, preocupando-se não só com a proteção internacional dos direitos humanos, mas também com o estabelecimento de princípios para o desenvolvimento sustentável de todos os povos, viabilizando um novo conceito de paz entre os Estados.[66]

Outrossim, ainda sobre os mecanismos de proteção da biodiversidade, direcionamento do presente estudo, destaca-se a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos seus Recursos Naturais, fundada em meados de 1948 e com sede em Glan na Suíça, que foi a pioneira no formato de organização ambiental global e possui como principal missão a conservação da biodiversidade do planeta. Os idealizadores do projeto foram Julian Huxley e Max Nicholson.[67]

A UICN é uma das maiores autoridades sobre o ambiente e o desenvolvimento sustentável, composta por mais de 1.200 organizações-membro, incluindo 900 organizações não governamentais, 11 mil cientistas (especialistas e voluntários) divididos em 45 escritórios pelo mundo; um fórum neutro para os governos, as ONGs, cientistas, empresas e comunidades locais que desejem se encontrar e buscar soluções práticas para os desafios de conservação e desenvolvimento; milhares de projetos, estudos de campo e atividades ao redor do mundo; governança por um Conselho eleito pelas organizações-membro a cada quatro anos no Congresso Mundial de Conservação da UICN; e, por fim, possui estatuto de observador oficial na Assembleia Geral das Nações Unidas.[68]

66 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

67 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 25 mar. 2018.

68 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da

Diante destes dados, percebe-se que a UICN pode ser tida como uma organização extremamente importante a nível internacional que, além de promover reuniões a cada quadriênio em várias regiões do mundo, elabora encontros temáticos periódicos e destaca-se por sua ampla influência nos rumos das políticas legislativas regionais e internacionais, das políticas públicas dos Estados a serem implementadas e demais ações destinadas à conservação da biodiversidade.[69]

A sociedade civil internacional e os Estados deram realce à preservação do meio ambiente na perspectiva mundial e reafirmaram, então, a importância de reforçar e expandir a cooperação entre as soberanias. Desde a realização da Conferência de Estocolmo, é incontestável o fortalecimento pela comunidade internacional de uma consciência de que as questões inerentes à proteção do meio ambiente devem considerar e inserir a significante finalidade de proteção do próprio homem.[70]

1.4 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO HUMANO

A proteção internacional do meio ambiente é uma conquista da humanidade e deve vencer os antagonismos ideológicos em prol do bem-estar de todos e da real e efetiva proteção do planeta.[71] A percepção de que questões ligadas à proteção do meio ambiente não se restringem apenas à poluição transfronteiriça causada pela industrialização, mas englobam um universo muito mais complexo, podendo colocar

UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 25 mar. 2018.

69 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 25 mar. 2018.

70 NASSER, S. H.; REI, F. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

71 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

em risco a saúde mundial, deu ensejo à inserção do tema "meio ambiente" na esfera de proteção dos direitos humanos.[72]

Como assevera Guido Fernando Silva Soares, as normas de proteção internacional do meio ambiente "têm sido consideradas como um complemento aos direitos do homem, em particular o direito à vida e à saúde humana".[73] Nas palavras de Norberto Bobbio, "direitos do homem são aqueles que pertencem, ou que deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado".[74]

O desenvolvimento da defesa dos direitos do homem no plano internacional, a contar do pós-Segunda Guerra Mundial, começou com a tutela dos direitos de liberdade (primeira geração) e igualdade (segunda geração) e no decorrer do séc. XX incorporou os direitos de fraternidade, dentre eles se sobressaindo o direito à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável para a garantia da vida e da dignidade humana.[75]

Não obstante ao biocentrismo[76], cuja concepção moderna reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos individuais e a própria natureza como titular de direitos, não sendo a humanidade o centro nem a finalidade para a qual se justifique sua existência, este estudo opta por abordar a vertente do antropocentrismo, de modo a demonstrar que a proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus aspectos relativos à vida humana, visa a tutelar o meio ambiente em

72 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

73 SOARES, Guido Fernando Silva. A proteção internacional do meio ambiente. São Paulo: Manole, 2003, p. 173.

74 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 37.

75 HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

76 DOUTRINABIOCENTRISTA Blogspot. O que é o biocentrismo?. 2012. Disponível em: <http://doutrinabiocentrista.blogspot.com.br/2012/04/o-que-e-o-biocentrismo.html>. Acesso em: 29 mar. 2018.

resultância do direito à sadia qualidade de vida, ao que se deve considerar como mais uma das facetas dos direitos fundamentais da pessoa humana.[77]

Celso D. de Albuquerque Mello assinala que a proteção internacional do meio ambiente deve conectar-se aos direitos do homem, sob pena de se acabar com o humanismo. Igualmente, Guido Fernando Silva Soares considera a proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente os dois principais temas da globalidade. Valério de Oliveira Mazzuoli ensina que a aproximação dos direitos humanos com a do meio ambiente é feita por Antônio Augusto Cançado Trindade, para quem apesar da proteção do ser humano ter sido tratada até o presente em separado da proteção ambiental, deve-se buscar maior aproximação entre ambas, pois afetam os rumos e destinos da humanidade.[78]

São incontáveis os pontos comuns e os paralelismos entre os Direitos Humanos e o Direito Ambiental. Ambos são ramos jurídicos recentes, que evoluíram de modo mais sólido na segunda metade do século XX; ambos contemplam princípios e normas formados a partir da *soft law*, fonte que, aliás, prossegue tendo grande importância para os dois campos jurídicos; os dois ramos situaram a pessoa humana no centro do Direito Internacional, quadro antes restrito a poucas convenções internacionais, e sempre em função de referência à atuação dos Estados; e por fim, tanto os direitos humanos quanto o Direito Ambiental são reconhecidos em regimes democráticos.[79]

Atentando a tamanho valor, os Estados buscam elaborar mecanismos diversos de proteção da biodiversidade, como tratados internacionais, encontros acadêmicos e criação de organismos. Assim, "[...] chegou-se à conclusão de que a vida selvagem é

77 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
78 CANÇADO TRINDADE, A. A.; MELLO, C. D. A.; SOARES, G. F. S. apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.
79 CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012.

um todo que deve ser reconhecido como um patrimônio comum conservado e gerenciado conforme o interesse comum de toda a humanidade".[80]

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que deu início à proteção dos direitos fundamentais dos homens, já no preâmbulo determina que a dignidade humana é direito inalienável e condição para a liberdade, justiça e paz no mundo. Em seus trinta artigos prevê direitos políticos e civis (artigos 1 a 22), entre os quais se destaca o direito à vida e à integridade física, e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 23 a 27), tais como direitos ao trabalho e à educação.[81]

Nasce assim, no âmbito da ONU, o sistema global de proteção dos direitos humanos. O ser humano passa, então, a ser sujeito de direito internacional público. A despeito da Declaração possuir natureza proclamatória, normas de caráter expansivo, sendo necessária uma posterior codificação dos direitos em forma de tratados, o Direito Internacional dos Direitos Humanos irrompe com autonomia e princípios próprios.[82]

Em seu artigo 28, firmou o princípio de que toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração Universal possam ser plenamente realizados, passando a ser integrado, também, pelo Direito Internacional do Meio Ambiente. Apesar do direito ao meio ambiente não ter sido inscrito no texto da Declaração, à época de sua redação, somente com a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado, é que os

80 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014, p. 36. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 25 mar. 2018.

81 PETERKE apud HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

82 HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

direitos e liberdades estabelecidos na Declaração podem ser plenamente realizados.[83] De igual modo, Adejunior Genuíno e Alessandro Martins Prado: "A busca por um ambiente ecologicamente equilibrado, como corolário da dignidade da pessoa humana encontra sua base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, precisamente no princípio da proteção à vida".[84]

A Declaração Universal, relaciona o meio ambiente como um direito humano e a degradação ambiental desenfreada como uma das grandes causas danosas à saúde do homem. A vida digna e o bem-estar idealizados pelos Estados só podem ser efetuados em um meio ambiente conservado, sendo sua própria preservação, uma das formas de realizar os direitos humanos no plano concreto.[85] Sob esse mesmo ponto de vista:

> [...] a proteção ambiental está indissociavelmente interligada aos direitos humanos, pois os problemas ambientais são multidimensionais, incluindo os aspectos humanos, que por sua vez, também são direta ou indiretamente afetados pelos danos ambientais. Nada obstante, registra a Autora a necessidade de diálogo entre o Direito e a Ecologia, haja vista que a proteção jurídica do meio ambiente não deve subsumir-se à visão limitada do antropocentrismo exacerbado. Neste sentido, o direito ao meio ambiente equilibrado, enquanto um direito de solidariedade, impõe o respeito e a proteção a todas as formas de vida, e não só a vida humana.[86]

O direito fundamental ao meio ambiente foi, de fato, reconhecido no plano internacional pela Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, adotada pela

83 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

84 GENUÍNO, A.; PRADO, A. M. O direito ambiental internacional e os direitos humanos. Revista Anais do VII Sciencult. Mato Grosso do Sul, v. 3, n. 1, p. 14-23, 2012. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3416>. Acesso em: 25 mar. 2018.

85 GENUÍNO, A.; PRADO, A. M. O direito ambiental internacional e os direitos humanos. Revista Anais do VII Sciencult. Mato Grosso do Sul, v. 3, n. 1, p. 14-23, 2012. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3416>. Acesso em: 25 mar. 2018.

86 PADILHA, Norma Sueli apud DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. Da internacionalização à constitucionalização do direito ambiental sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 113, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13243&revista_caderno=5#_ftnref32>. Acesso em: 25 mar. 2018.

Conferência de Estocolmo de 1972, na qual estabeleceram-se 26 princípios, entendidos como prolongamentos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que deveriam passar a ser observados e ratificados pelos 114 países conferentes. Serviu de paradigma e referencial ético para toda a comunidade internacional, no que concerne à proteção internacional do meio ambiente como um direito humano fundamental de todos.[87] Dentre esses 26 princípios, destacam-se os seguintes:[88]

> Princípio 1 – O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.
>
> Princípio 2 – Os recursos da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente as amostras representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados.[89]

Observa-se que o conteúdo da Declaração constituída na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente em Estocolmo, exala preceitos destinados não só à proteção do meio ambiente, mas também à proteção do Homem.[90] Isso pois os princípios de Direito Ambiental pretendem, antes de tudo, proteger a vida e a dignidade da pessoa humana.[91] Nesse sentido:

87 SOARES, Guido Fernando Silva apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

88 GENUÍNO, A.; PRADO, A. M. O direito ambiental internacional e os direitos humanos. Revista Anais do VII Sciencult. Mato Grosso do Sul, v. 3, n. 1, p. 14-23, 2012. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3416>. Acesso em: 25 mar. 2018.

89 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca virtual de direitos humanos. São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 25 mar. 2018.

90 GENUÍNO, A.; PRADO, A. M. O direito ambiental internacional e os direitos humanos. Revista Anais do VII Sciencult. Mato Grosso do Sul, v. 3, n. 1, p. 14-23, 2012. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3416>. Acesso em: 25 mar. 2018.

91 GOMES, E. B.; BULZICO, B. A. A. A efetividade dos direitos dos cidadãos na proteção ao Meio Ambiente: A existência de um direito fundamental. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n. 181, p. 141-153, jan./mar. 2009, p. 143. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194898>. Acesso em: 24 mar. 2018.

> [...] Os princípios do Direito Ambiental estão voltados para a finalidade básica de proteger a vida, em qualquer forma que esta se apresente, e garantir um padrão de existência digno para os seres humanos desta e das futuras gerações, bem como de conciliar os dois elementos anteriores com o desenvolvimento econômico ambientalmente sustentado.[92]

Por ter concretizado os ideais comuns da sociedade internacional no que tange à proteção internacional do meio ambiente, a Declaração de Estocolmo de 1972 viabilizou para que o tratamento desses temas, antes afetos ao domínio exclusivo e absoluto dos Estados, passassem a ser numa perspectiva global, notadamente ligados à proteção internacional dos direitos humanos.[93] Consoante lição de José Afonso da Silva, a Declaração de Estocolmo:

[...] abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um *direito humano fundamental* entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados.[94]

A conjugação de ambos os textos, Declaração de Estocolmo (1972) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) demonstram o caráter de direito humano fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado e devem ser compreendidas em paralelo. O direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado é uma extensão lógica do direito à vida, sem o qual nenhum ser humano pode reivindicar a proteção dos seus direitos fundamentais violados. O conceito de "vida humana" transcende os estreitos limites de sua atuação

92 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31.

93 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

94 SILVA, José Afonso da. apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007, p. 178. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

física, para inclusive abranger direito à sadia qualidade de vida em todos os seus sentidos e formas.[95]

Francini Imene Dias Ibrahin corrobora o entendimento:

> A relação entre direitos humanos e proteção ambiental é bastante evidente e inegável. Sem um meio ambiente saudável ou ecologicamente equilibrado não se pode gozar dos básicos direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. A poluição generalizada da água, do ar e do solo, bem como a contaminação dos alimentos, acarretam graves problemas à saúde e à sobrevivência principalmente das populações mais vulneráveis.[96]

Na Conferência ECO/92 ou RIO/92, consolidaram-se os princípios da indivisibilidade, universalidade e interdependência dos direitos humanos, vinculando-os à premente necessidade da proteção ambiental e acelerando os mecanismos de adoção e entrada em vigor das normas internacionais de direito ambiental.[97] Deste modo, cumpre ressaltar:

> A internacionalização da proteção dos direitos humanos e do meio ambiente progrediu para a globalização, no intuito de buscar soluções fundadas na solidariedade entre gerações, por mérito da consciência da inter-relação entre direitos humanos e meio ambiente.[98]

Esta inter-relação do direito ambiental com os direitos humanos é uma tendência do direito internacional contemporâneo de se fazer documentos cada vez

95 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

96 IBRAHIN, Francini Imene Dias. A Relação Existente entre o Meio Ambiente e os Direitos Humanos: Um Diálogo Necessário com a Vedação do Retrocesso. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, v. 12, p. 7547-7616, 2012, p. 7550. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/faa557d9b57a>. Acesso em: 25 mar. 2018.

97 MAZZUOLI e TEIXEIRA apud HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

98 GOMES, E. B.; BULZICO, B. A. A. A efetividade dos direitos dos cidadãos na proteção ao Meio Ambiente: A existência de um direito fundamental. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n. 181, p. 141-153, jan./mar. 2009, p. 147. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194898>. Acesso em: 24 mar. 2018.

mais amplos, para que as normas de direito ambiental dialoguem com os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e abra-se espaço na formação de vínculos entre diversos ramos do direito. Isto foi formalmente reconhecido pela OEA por meio do Relatório Direitos Humanos e Meio Ambiente (OEA/Ser.G,CP/CAJP-1898/02).[99]

Essa vinculação facilita uma proteção ambiental pela via reflexa. Melhor dizendo, é improvável proteger um bem ambiental pelos sistemas de proteção de direitos humanos, a menos que vinculado a um direito humano de caráter civil, político, econômico, social ou cultural. Isto, porque, no âmbito internacional, a convicção de que o meio ambiente é um direito que deve ser resguardado por si só ainda não é amplamente aceita, sendo os direitos ambientais aprovados e tutelados por um sistema ainda vulnerável.[100]

O direito internacional do meio ambiente se fundamenta nas seguintes premissas: "a inserção de um ambiente sadio no rol de direitos humanos e a preocupação com o desenvolvimento sustentável".[101] Constata-se que proteger a dignidade e a vida das pessoas para além desta geração e das gerações futuras, notavelmente implica proteger o meio ambiente. Logo, para garantir a efetividade da proteção ambiental desejada, busca-se sustento nos mecanismos de proteção dos direitos humanos.[102]

99 HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

100 HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

101 HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017, p. 74. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

102 HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

2 A PROTEÇÃO DA FAUNA SILVESTRE

2.1 DO COMÉRCIO ILEGAL: CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES

O Brasil, país de grande diversidade natural, possui 20% da biodiversidade existente na Terra, sendo o maior em biodiversidade de fauna. Diante de tamanha imensidão de recursos naturais, uma gama imensurável de cunho econômico, científico, cultural, poético e social integra sua identidade tropical, um país mundialmente conhecido por raras belezas.[103]

A preocupação com espécies ameaçadas de extinção não existe de hoje. Segundo o historiador Eduardo Bueno, o problema possui raízes profundas que se confundem com a própria história do Brasil. Após o descobrimento, durante os trinta primeiros anos, as naus portuguesas deixavam o litoral brasileiro levando em seus porões três mil peles de onças e 600 papagaios, aproximadamente, que ao desembarcarem na Europa, as "mercadorias" logo estariam enfeitando vestidos e servindo como adorno em palácios pelo velho mundo.[104]

A prática criminosa do tráfico de animais silvestres acarreta graves consequências não só para a biodiversidade nacional, mas para todo o meio ambiente numa perspectiva internacional, e, no Brasil, gera problemas de ordem social e econômica, com vultuosas quantidades de recursos financeiros movimentados.[105]

O comércio de vida silvestre, incluindo a fauna, a flora e seus produtos e subprodutos, é considerado o terceiro negócio mais lucrativo do mercado negro,

103 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 02 mai. 2018.

104 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

105 DESTRO, Guilherme Fernando Gomes et al. Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil traduzido de "Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil". IBAMA, Brasília. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

ficando atrás apenas do tráfico de drogas e de armas. Nesse caso, um fator contribuinte para seu crescimento é a recompensa financeira, que enriquece as quadrilhas organizadas e corporações multinacionais. A exploração dos animais ocorre geralmente pelas peles, produção de medicamentos, moda e artigos de luxo.[106]

Há estimativas de que o tráfico de animais no Brasil movimente em torno de 2 bilhões de dólares por ano, sendo responsável por 10% dos 20 bilhões que circulam no mundo anualmente.[107] Contabiliza-se que 30% dos animais silvestres são exportados e os 70% restantes são comercializados em âmbito nacional, tendo como maior pólo, de onde a maioria é enviada ao exterior, o eixo norte-sudeste. De acordo com os dados do IBAMA, a região Norte, principalmente em Manaus e Belém, são os locais onde os espécimes são mais afetados pelo comércio ilegal.[108]

A grande variedade de espécies de animais, microrganismos e plantas, atrai comerciantes e consumidores de todo o mundo e, segundo o Relatório da organização não governamental Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (RENCTAS), são retiradas por ano aproximadamente 38 milhões de espécimes animais da biodiversidade brasileira, sendo a maior parte dos animais enviada ao exterior pela fronteira para países vizinhos, como Uruguai, Paraguai e Argentina, para ganhar uma documentação falsa que viabilize o comércio nos mercados norte-americano, europeu e asiático.[109]

---

106 MEINERO, F. P.; SANTOS, M. J. M. dos. Análise comparativa do sistema brasileiro e argentino concernente ao controle do comércio internacional de espécies animais. Revista Global Manager, Faculdade da Serra Gaúcha. Rio Grande do Sul, v. 12, n. 1, p. 03-20, 2012. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/global/article/view/72>. Acesso em: 04 mai. 2018.

107 GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516 >. Acesso em: 02 mai. 2018.

108 IBAMA; RENCTAS apud MEINERO, F. P.; SANTOS, M. J. M. dos. Análise comparativa do sistema brasileiro e argentino concernente ao controle do comércio internacional de espécies animais. Revista Global Manager, Faculdade da Serra Gaúcha. Rio Grande do Sul, v. 12, n. 1, p. 03-20, 2012. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/global/article/view/72>. Acesso em: 04 mai. 2018.

109 RENCTAS, 2001 apud GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do

Segundo dados do PNUMA, cerca de 100 espécies desaparecem do planeta por dia.[110] A prática é tão grave que de todos os animais apanhados, apenas um décimo sobrevive à retirada de seu *habitat* natural e a todas as crueldades e maus tratos utilizados na captura, transporte e venda.[111]

A quantidade de espécies comercializadas ilegalmente gera um alerta. A cada ano, podem ser vendidos sem regulamentação cerca de 12 milhões de animais vivos no mundo, o que devasta o comércio internacional de espécies protegidas. Nesse negócio incluem-se, preferencialmente, aves vivas, peixes tropicais, leopardos, animais exóticos e peles de mamíferos e répteis.[112]

A captura de animais na natureza está tradicionalmente arraigada na cultura popular e, em algumas regiões do Brasil, é um dos principais meios de vida das pessoas pobres, ou em outras, este tipo de comércio ilegal passa a ser apenas uma fonte adicional de renda.[113] No campo internacional, os criminosos envolvidos no comércio de animais silvestres geralmente enquadram-se em três categorias: no extremo inferior da escala, há grupos de agricultores locais que vendem ilegalmente espécies para complementar a renda familiar, acima, os grupos maiores, aliciadores que compram dos camponeses pobres e os vendem por um preço maior, e no topo,

---

Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516>. Acesso em: 02 mai. 2018.

110 MEINERO, F. P.; SANTOS, M. J. M. dos. Análise comparativa do sistema brasileiro e argentino concernente ao controle do comércio internacional de espécies animais. Revista Global Manager, Faculdade da Serra Gaúcha. Rio Grande do Sul, v. 12, n. 1, p. 03-20, 2012. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/global/article/view/72>. Acesso em: 04 mai. 2018.

111 GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516 >. Acesso em: 02 mai. 2018.

112 WWF apud MEINERO, F. P.; SANTOS, M. J. M. dos. Análise comparativa do sistema brasileiro e argentino concernente ao controle do comércio internacional de espécies animais. Revista Global Manager, Faculdade da Serra Gaúcha. Rio Grande do Sul, v. 12, n. 1, p. 03-20, 2012. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/global/article/view/72>. Acesso em: 04 mai. 2018.

113 DESTRO, Guilherme Fernando Gomes et al. Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil traduzido de “Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil”. IBAMA, Brasília. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

muitas vezes também envolvidas em outros negócios ilegais, estão as principais células de contrabando internacional.[114]

O tráfico de animais silvestres é uma prática rentável e inconsequente que coloca em risco não só a fauna local, mas a saúde dos seres humanos, tendo em vista que um animal silvestre traficado, sem qualquer tipo de fiscalização ou controle sanitário realizado, pode ser um potencial transmissor de doenças. Outrossim, é uma das principais ameaças à biodiversidade brasileira, ocasiona desequilíbrios ecológicos, sofrimento aos animais e contribui para a extinção de diversas espécies a médio e longo prazo. Quanto às consequências do tráfico, destacam-se os três grupos de ramificações:

> (a) sanitário, uma vez que animais ilegais são vendidos sem nenhum tipo de controle sanitário e podem transmitir doenças graves, inclusive doenças desconhecidas, para as pessoas e criações;
> (b) econômica/social, uma vez que o tráfico movimenta quantias incalculáveis de recursos financeiros sem que impostos sejam recolhidos aos cofres públicos;
>
> (c) ecológicos, uma vez que a captura na natureza, feita sem critérios, acelera o processo de extinção das espécies, causando danos às interações ecológicas e perda de herança genética. Além disso, o tráfico também pode causar danos ecológicos pela introdução de espécies exóticas, que, embora adquiridos como animais de estimação, são abandonados por seus donos em áreas naturais.[115]

Tanto vidas humanas quanto animais estão envolvidas, pois tudo que afeta o meio ambiente e causa desequilíbrio na natureza reflete em consequências danosas

114 ZIMMERMAN, Mara E. O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

115 RENCTAS; HERNANDEZ; PAVLIN apud DESTRO, Guilherme Fernando Gomes et al., Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil traduzido de "Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil". IBAMA, Brasília. p. 2-3. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

para o ser humano.[116] Há que se considerar que meio ambiente é fonte de vida e que não há permanência de espécies na Terra, seja animal ou humana, sem a biota completa e segura. Rosana Subira assevera: "Cada espécie tem uma função ecológica. Tirar uma espécie da vida livre abre uma lacuna, porque não haverá outra para desempenhar aquele papel".[117]

O tráfico de vida silvestre é, infelizmente, um crime compensador, pois apesar de suas graves consequências ambientais, possui penas relativamente baixas e poucos processos instaurados. A falta de dados organizados e sistematizados é mais um dos fatores complicadores que os pesquisadores enfrentam. Além disso, os estudos sobre o problema e seus impactos na biota são escassos, tornando ainda mais complexo um prognóstico.[118]

As organizações criminosas envolvidas no tráfico de espécimes silvestres também ameaçam governos legítimos e a sociedade civil, tendo em vista sua propensão ao uso da violência, sua capacidade de desestabilizar a política e incentivar a corrupção no desenvolvimento de países democráticos, bem como seu peso sobre a economia legal, fatores que decorrem em problemas ambientais e sociais, fazendo com que o combate ao crime organizado seja tão importante para a comunidade global.[119]

116 FRAGIOLLI, William Lopes. Crimes contra a fauna: breves apontamentos acerca da lei de crimes ambientais. Jusbrasil. 2013. Disponível em: <https://fragiolli.jusbrasil.com.br/artigos/111629271/crimes-contra-a-fauna-breves-apontamentos-acerca-da-lei-de-crimes-ambientais>. Acesso em: 02 mai. 2018.

117 SUBIRA, Rosana. Tráfico de animais contribui para extinção de espécies, ICMBio, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/4905-trafico-de-animais-contribui-para-extincao-de-especies>. Acesso em: 02 mai. 2018.

118 DESTRO, Guilherme Fernando Gomes et al. Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil traduzido de "Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil". IBAMA, Brasília. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

119 GUYMON, CarrieLyn Donigan apud ZIMMERMAN, Mara E. O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

Muitos desses animais comercializados, são protegidos da exploração e extinção consequentes da negociação e uso excessivos pela *CITES* (Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Silvestres Ameaçadas de Extinção), a qual regulamenta o comércio internacional de determinadas plantas e animais. Para Gabriela Lima: "A coibição do tráfico ilegal pela implementação da CITES dá-se em razão de a Convenção permitir e implementar uma opção de continuidade da atividade pelo uso sustentável do recurso".[120] Em contrapartida, o permanente comércio ilegal de animais silvestres contribui para a degradação ambiental dizimando significativamente espécies já ameaçadas.[121]

O Ministério das Relações Exteriores aconselha a qualquer pessoa para que se informe quanto à origem do animal e instigue a aplicação das leis, quando exigível for, devendo a prática ilegal da compra e venda de animais ser denunciada. Fato esse, que contribui na preservação das espécies animais.[122] Portanto, há necessidade de estudar de forma mais detalhada o impacto do tráfico na sociedade e mapear seus atores de modo a não só controlar o comércio de vida animal silvestre, mas sim, coibi-lo.

2.2 CITES: PRESERVAÇÃO VS. COMÉRCIO

O comércio internacional de animais, de aves, de répteis e de peixes ornamentais movimenta milhões de dólares por ano e está em permanente expansão.

120 LIMA, Gabriela Garcia Batista. A situação da Convenção Sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens Em Perigo de Extinção – CITES – no Brasil: análise empírica. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v. 4, n. 2, p. 97-113, jul./dez. 2007, p. 102. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/364>. Acesso em: 05 mai. 2018.

121 ZIMMERMAN, Mara E. O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

122 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES apud MEINERO, F. P.; SANTOS, M. J. M. dos. Análise comparativa do sistema brasileiro e argentino concernente ao controle do comércio internacional de espécies animais. Revista Global Manager, Faculdade da Serra Gaúcha. Rio Grande do Sul, v. 12, n. 1, p. 03-20, 2012. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/global/article/view/72>. Acesso em: 04 mai. 2018.

O destino dessas espécies pode ser os jardins zoológicos, *pet shops*, colecionadores, ou até mesmo, para fins científicos, o que se tem denominado por biopirataria[123]. A extinção de determinadas espécies e a diminuição de outras, causadas pelo tráfico, pela caça ou pela destruição do *habitat* natural, ocasiona um aumento astronômico do preço desses animais silvestres e paralelamente ao comércio legal acontece um comércio ilegal altamente rentável.[124]

Com a crescente polêmica e gravidade da situação, foi criada em 1973 e entrou em vigor em 1º de julho de 1975, a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Silvestres Ameaçadas de Extinção (*CITES*, na sigla em inglês), o instrumento mais importante do direito internacional que busca a conservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, no plano global.[125] Tem como princípio que a flora e a fauna silvestres são parte insubstituível da natureza, devendo ser protegidas para usufruto das gerações futuras.[126]

A CITES é atualmente considerada um dos maiores acordos ambientais multilaterais vigentes e visa a regulamentar a exportação, trânsito e importação de espécies silvestres raras ou ameaçadas, além de seus subprodutos, assegurando que o

123 Biopirataria é a apropriação de recursos biológicos ou do conhecimento tradicional de uma nação a respeito desses recursos de forma ilegal, contrariando as normas da Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992, para os fins de exploração, utilização, manipulação, exportação e/ou comercialização internacional. Não mais praticada por criminosos comuns, mas sim por laboratórios e cientistas altamente conceituados. Os conhecimentos obtidos das populações indígenas ou rurais sobre as propriedades medicinais de plantas e dos venenos de certos espécimes peçonhentos são posteriormente patenteados internacionalmente de modo tal que as indústrias brasileiras deixam de se beneficiar do próprio patrimônio genético nacional.

124 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

125 GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516 >. Acesso em: 02 mai. 2018.

126 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

comércio internacional não ameace a sua existência.[127] Não obstante à reação internacional e governamental, o documento é de alcance restrito:

> Muitas das espécies vegetais e animais abrangidos pela CITES já estão desaparecendo em uma alta taxa. Um estudo realizado pelo Programa Ambiental da ONU estima que até **25 por cento** dos espécimes selvagens da floresta tropical podem ser extintos por volta de 2020. Outro estudo estima que a destruição da vida selvagem está ocorrendo tão rapidamente que **um quinto de todas as espécies existentes** serão extintas no mesmo ano.[128]

Por ser uma norma de direito ambiental de natureza internacional, não dotada de autoexecutoriedade e força cogente, necessita passar por um processo de internalização no âmbito do sistema normativo de cada Estado-Parte, para que então, as leis daquele país traduzam o conteúdo pactuado. Não obstante todo esforço empregado na cooperação para um bem comum, que é a proteção à biodiversidade, os instrumentos internacionais ainda carecem de eficácia:

> Em virtude de seus dispositivos não possuírem força cogente, a CITES ainda fica no campo da diplomacia ambiental como fonte orientadora, no qual seus representantes demonstram a necessidade de uma cooperação global em prol do planeta.[129]

Portanto, a aplicabilidade e a exigibilidade das convenções ainda se encontram comprometidas, mas na atualidade, são de extrema importância como

127 GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516 >. Acesso em: 02 mai. 2018.

128 ZIMMERMAN, Mara E., O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012, p. 16. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

129 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014, p. 45. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 02 mai. 2018.

ferramentas de conscientização para a sociedade.[130] Em seguida, o entendimento quanto à ineficiência das convenções internacionais:

> A simples existência de uma legislação pertinente e adequação técnico-jurídica das disposições não são capazes de satisfazer os objetivos determinados. No mesmo sentido, o reconhecimento desses direitos pela comunidade internacional não é suficiente para solucionar todos os problemas, mas é um grande passo.
>
> Apesar de todo esforço para uma sistematização jurídica internacional, ela ainda não ocorre de forma estruturada, cogente e autodeterminável.[131]

Os dispositivos internacionais só irão ganhar força cogente quando forem internalizados nas legislações pátrias de cada país. Desse modo, os Estados passariam a exercer maior controle sobre sua respectiva legislação, atuando em âmbito nacional e proporcionando de perto maior proteção à biota, com maior segurança jurídica de seus atos.[132]

A convenção foi elaborada em meio a um espírito de solidariedade e cooperação internacional. Os Estados ou organizações regionais que aderiram voluntariamente ao pacto são denominados de Partes, atualmente existem 183.[133] Uma vez concretizada a adesão, a CITES torna-se vinculante e passa a ser aplicada aos países, mas não por isso supera ou se impõe às legislações nacionais. Ao contrário, torna-se um mero referencial a ser observado pela legislação interna de

130 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 02 mai. 2018.

131 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014, p. 46. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 02 mai. 2018.

132 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 02 mai. 2018.

133 CITES, List of Parties to the Convention, 2018. Disponível em: <https://www.cites.org/eng/disc/parties/index.php>. Acesso em: 02 mai. 2018.

cada país, visando a garantir sua aplicabilidade em nível nacional.[134] Enquanto este quadro demonstra respeito à soberania nacional, não permite a punição efetiva dos criminosos que atuam no comércio ilegal de animais silvestres.[135]

Embora a CITES seja uma das convenções da vida silvestre mais apoiadas no mundo, possui problemas de aplicação desde o início. A convenção apenas fornece um parâmetro para os países implementarem a própria legislação sobre o comércio de espécimes silvestres. As partes contratantes são responsáveis por promulgar a própria legislação necessária à sua efetivação. O tratado por si só não regula o comércio das espécies determinadas como um crime, não ordena sanções para as violações e nem mesmo prevê mecanismos de aplicação. A decretação de penalidades pela sua violação, é uma obrigação básica do tratado, mas a CITES não especifica de que forma serão estas penalidades.[136]

Acerca de seu funcionamento, ela submete o comércio internacional de determinadas espécies a determinados controles.[137] A convenção desenvolve estratégias por meio de um sistema de licenças de importação, exportação e acordos de diferentes graus de proteção para mais de 34.000 espécies, cujo objetivo é fornecer uma orientação prática e uma metodologia aos países signatários para que

134 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014, p. 43. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 02 mai. 2018.

135 ZIMMERMAN, Mara E., O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

136 ZIMMERMAN, Mara E., O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

137 CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 02 mai. 2018.

eles revisem e elaborem individualmente procedimentos, legislação, políticas adequadas e, caso haja necessidade, as reforce.[138]

Está estipulado no apêndice I, que trata das espécies da fauna mais ameaçadas, que a comercialização poderá ser feita somente em condições excepcionais e mediante a emissão de licenças de exportação e importação, devidamente autenticadas pelos órgãos competentes.[139] Nesse sentido, qualquer país signatário deve possuir em sua legislação nacional: (1) a designação de uma autoridade de gestão e de uma autoridade científica da CITES; (2) a regulamentação do comércio em conformidade com a convenção; (3) as sanções ao comércio ilegal; e (4) a previsão da possibilidade de confisco dos espécimes que são ilegalmente comercializados ou possuídos. Logo, compete aos países-membros fixar uma punição capaz de erradicar e combater o tráfico de animais silvestres.[140]

A contribuição da CITES foi, não só no enquadramento do comércio internacional da fauna, como também na regulamentação do comércio nacional, vez que a destruição desenfreada do *habitat* e o comércio predatório de animais são algumas das maiores causas de extinção de espécimes silvestres.[141] Seu principal objetivo é erradicar o comércio ilícito de espécies, através da regulação internacional e a concessão de licenças prévias à transação comercial. Conforme o Ministério Público Federal:

138 GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516 >. Acesso em: 02 mai. 2018.

139 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

140 CITES apud GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012, p. 6. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516>. Acesso em: 02 mai. 2018.

141 ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti de. *O comércio de animais silvestres no Brasil e a resolução Conama n. 457. Boletim científico ESMPU, Brasília, n. 42/43, p. 147-176, jan./dez., 2014.* Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-comercio-de-animais-silvestres-no-brasil-e-a-resolucao-conama-n-457>. Acesso em: 02 mai. 2018.

> Para atingir seus objetivos a CITES prevê a criação de controles aduaneiros que contem com a participação tanto de autoridades científicas quanto administrativas, bem assim de relatórios informativos que possibilitem a verificação do número total de espécimes envolvidos no comércio internacional e as medidas tomadas para sua coibição.[142]

Segundo o art. VIII, 4 e 5, da CITES e o art. 25 da Lei nº 9.605 de 1998, os animais apreendidos oriundos do comércio ilegal devem receber um destino adequado, onde possam ser devidamente tratados, seja o caso de reintrodução na natureza, sempre que possível, seja a entrega a zoológicos, fundações ou entidades ambientais, desde que sob a responsabilidade de técnicos habilitados, ou provisoriamente a um guardião, como depositário fiel, após autorização judicial, se impossíveis forem as destinações anteriores.[143]

Nesse panorama, quando foi projetada a CITES, o comércio internacional de recursos silvestres historicamente já existia e era realizado sem qualquer preocupação com o impacto ambiental dele decorrente. Assim, a sua efetivação é fundamental diante da necessidade de se preservar tanto os recursos da fauna e da flora quanto a existência dos ecossistemas e, ainda, diante da relevância do objeto de sua regulamentação, o desenvolvimento sustentável da atividade comercial.[144]

Em lugar de optar por defender uma das visões antagônicas e opostas entre comércio internacional e a proteção do meio ambiente, é preciso conciliar as posições extremas, no sentido de entender que há uma relação bastante estreita entre elas, sendo necessário para as gerações futuras conseguirem sustentar a si e ao meio

142 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Documentos. Blumenau, SC. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/documentos/tratados-internacionais/docs/convencao_sobre_comercio_internacional_das_especies_da_flora_e_fauna_selvagens.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

143 ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti de. O comércio de animais silvestres no Brasil e a resolução Conama n. 457. Boletim científico ESMPU, Brasília, n. 42/43, p. 147-176, jan./dez., 2014. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-comercio-de-animais-silvestres-no-brasil-e-a-resolucao-conama-n-457>. Acesso em: 02 mai. 2018.

144 LIMA, Gabriela Garcia Batista. A situação da Convenção Sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens Em Perigo de Extinção – CITES – no Brasil: análise empírica. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v. 4, n. 2, p. 97-113, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/364>. Acesso em: 05 mai. 2018.

ambiente.[145] Alinhava Solange Silva: "Em outras palavras, podem ser tomadas medidas de restrição ao livre comércio para a proteção da vida das pessoas e dos outros seres vivos, bem como para a proteção dos recursos naturais esgotáveis."[146]

Não obstante o comércio da fauna e da flora silvestres constituam a base de subsistência e de desenvolvimento de muitos países, no Brasil, o exercício do comércio de fauna silvestre não deve ser considerado como um meio de se atingir o crescimento econômico. Mesmo que o comércio de determinadas espécies ameaçadas seja passível de regulamentação e fiscalização pela CITES, tendo em vista os dados de órgãos oficiais relativos à diminuição e desaparecimento em massa de animais, a convenção de todo modo chancela o que, na verdade, deveria ser proibido.

O acordo internacional, cujo escopo é a preservação da biodiversidade, apesar de influenciar, senão indiretamente, no comércio dentro do território de cada estado signatário, ao elaborar mecanismos de controle do uso e comércio de vida silvestre, simultaneamente viabiliza a atividade, fato esse que, levando-se em consideração a realidade social dos autores do tráfico de animais no Brasil agregada à implementação da legislação punitiva de crimes ambientais, acaba por propiciar o tráfico ilegal.

2.3 A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS Nº 9.605/98

A inexistência de normas internacionais sobre os crimes contra a vida selvagem e suas penalidades significa que a responsabilidade em determinar a natureza, o escopo e suas consequências é da legislação nacional. Sem uma legislação criminal decretada em nível nacional, torna-se difícil eliminar o círculo do

145 CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2012.
146 SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 115.

crime organizado e por sua vez, quase impossível combatê-lo em nível internacional.[147]

A CITES regula somente o comércio internacional de espécies silvestres, e não o comércio interno. É uma obrigação dos Estados-partes, assumida internacionalmente, implementar sanções penais rígidas o bastante, capazes de traduzir o propósito inicial da convenção em busca da coibição do tráfico ilegal. Deste modo: "[...] a legislação específica de execução é necessária para garantir a eficácia das leis existentes, para esclarecer os efeitos do tratado, e para permitir a aplicação do tratado através do sistema judicial de cada país".[148]

Trinta e um anos após o comércio de espécimes silvestres ter se tornado ilegal, com a entrada em vigor da Lei nº 5.197 de 1967, a qual declarou que a fauna silvestre e seus produtos secundários eram de propriedade do Estado, ensejando a caracterização do tráfico de animais silvestres[149] no país, a Lei de Crimes Ambientais nº 9.605 de 1998, trouxe inovações como a ampliação do campo de aplicação a todos os animais em território brasileiro e a responsabilização penal das pessoas jurídicas. No entanto, a lei diminuiu bruscamente a pena do comércio ilegal.[150]

147 ZIMMERMAN, Mara E., O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

148 ZIMMERMAN, Mara E., O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012, p. 21. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

149 Art. 29, § 3º, da Lei nº 9.605/1998, "São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras."

150 ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti de. O comércio de animais silvestres no Brasil e a resolução Conama n. 457. Boletim científico ESMPU, Brasília, n. 42/43, p. 147-176, jan./dez., 2014. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-comercio-de-animais-silvestres-no-brasil-e-a-resolucao-conama-n-457>. Acesso em: 02 mai. 2018.

A Lei de Crimes Ambientais nº 9.605/1998 incrimina[151], genericamente, a agressão contra a fauna. Logo, percebe-se que a introdução de penas mais severas permitiria reduzir o volume de incidência do crime, e que, se houvesse uma harmonização das penas entre os Estados-partes, poder-se-ia evitar o desvio do comércio ilegal para os países onde a pena é mais baixa e dar a efetiva punição às infrações.[152] Importante registrar o entendimento de Márcia Albuquerque:

> [...] Na prática, o autor de crimes contra a fauna é frequentemente condenado à pena de multa e, pela morosidade da justiça brasileira (a prescrição é frequente) e descaso por este tipo de crime (aplicação reiterada do princípio da insignificância), tal pena muitas vezes não é aplicada de fato.
>
> Muitos ambientalistas reivindicam a criação de um tipo penal específico para o tráfico de animais silvestres, uma vez que o crime não é satisfatoriamente sancionado pela legislação vigente. Trata-se de um crime complexo, compreendendo diversos atos ilícitos, além de com frequência estar ligado também ao tráfico de drogas, visto que os traficantes utilizam-se das mesmas rotas, muitas vezes escondendo a droga dentro dos animais.[153]

O crime devasta o patrimônio faunístico brasileiro, que constitui-se numa das maiores riquezas naturais de todo o mundo, o que atenta contra os interesses nacionais e internacionais. Contudo, não há no ordenamento jurídico-penal brasileiro a tipificação do tráfico de animais com tal nomenclatura. O que há é um conjunto de

151 Art. 29, caput e §1º, inciso III, da Lei nº 9.605/1998, "Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas: [...] III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente."

Art. 32 da Lei nº 9.605/1998, "Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. "

152 ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti de. O comércio de animais silvestres no Brasil e a resolução Conama n. 457. Boletim científico ESMPU, Brasília, n. 42/43, p. 147-176, jan./dez., 2014. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-comercio-de-animais-silvestres-no-brasil-e-a-resolucao-conama-n-457>. Acesso em: 02 mai. 2018.

153 ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti de. O comércio de animais silvestres no Brasil e a resolução Conama n. 457. Boletim científico ESMPU, Brasília, n. 42/43, p. 147-176, jan./dez., 2014, p. 167. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-comercio-de-animais-silvestres-no-brasil-e-a-resolucao-conama-n-457>. Acesso em: 02 mai. 2018.

condutas genéricas lesivas à fauna, de acordo com o art. 29 da Lei nº 9.605/98, dotadas de obscuridade e falhas técnicas, com penas cominadas de 6 meses a 1 ano e multa, podendo ser substituídas por penas alternativas. Outro exemplo é a expressão "ato de abuso" no art. 32, que consiste num termo jurídico indeterminado e exige do intérprete o preenchimento de seu conteúdo.[154]

As penalidades revelam uma branda reprovação por parte do legislador, em se tratando de um bem de interesse transindividual como o meio ambiente, fazendo-se necessário reorganizar os dispositivos já existentes, a fim de ampliar a eficácia do Direito Penal Ambiental brasileiro. Outra crítica a ser feita à Lei, é acerca das margens penais impostas em cada delito, que ferem o Princípio da Proporcionalidade, ou seja, não se conformam com a gravidade das condutas praticadas, de modo a comprometer a correta aplicabilidade do Direito em todo o processo, resultando em muitas decisões judiciais nitidamente equivocadas.[155]

A Lei de Crimes Ambientais viola o princípio da taxatividade, que determina ao legislador a função de caracterizar com extrema clareza e precisão cada tipo penal, primando pela determinação da conduta típica, dos elementos, circunstâncias e fatores influenciadores na configuração de todos os contornos da tipicidade e suas respectivas consequências jurídicas.[156]

Com a edição de um tipo penal específico para o tráfico de animais, que no atual art. 29 da Lei nº 9.6050/98 inexiste, atribuir-se-ia de maneira mais coerente e

154 TOLEDO, M. I. V. de; CARVALHO, E. M. de. O tratamento jurídico-penal do tráfico de espécimes da fauna terrestre no Brasil. Projeto de Iniciação Científica. VII Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar, Centro Universitário de Maringá. Paraná, Ed. CESUMAR, 2011. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/maria_izabel_vasco_de_toledo.pdf >. Acesso em: 12 mai. 2018.

155 TOLEDO, M. I. V. de; CARVALHO, E. M. de. O tratamento jurídico-penal do tráfico de espécimes da fauna terrestre no Brasil. Projeto de Iniciação Científica. VII Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar, Centro Universitário de Maringá. Paraná, Ed. CESUMAR, 2011. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/maria_izabel_vasco_de_toledo.pdf >. Acesso em: 12 mai. 2018.

156 TOLEDO, M. I. V. de; CARVALHO, E. M. de. O tratamento jurídico-penal do tráfico de espécimes da fauna terrestre no Brasil. Projeto de Iniciação Científica. VII Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar, Centro Universitário de Maringá. Paraná, Ed. CESUMAR, 2011. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/maria_izabel_vasco_de_toledo.pdf >. Acesso em: 12 mai. 2018.

eficaz a punição dos pequenos agressores da fauna, como os fornecedores e transportadores, por exemplo, e a dos grandes traficantes.[157] A tipificação especializada possibilitaria uma ação mais apropriada, principalmente se considerado que o comércio de tais espécies, acaba aumentando a procura pelos animais exóticos e ameaçados. O comerciante não se preocupa com os danos sofridos pelos animais e o desequilíbrio que a retirada deles irá causar no ecossistema, porque a punição, via de regra, nunca chega até eles.[158]

A ação dos traficantes de animais segue sendo um grave problema, tendo em vista fatores relevantes como a legislação claramente falha, com distorções e ambiguidades que dificultam sua aplicação no caso concreto, a baixa punibilidade, falta de fiscalização e baixo investimento do governo em educação, principalmente nas regiões Norte e Nordeste.[159] A falta de sanções rigorosas e executáveis contra os criminosos derrota a meta de eliminação do crime organizado a nível internacional, pois demonstra que os Estados não os punem, o que faz com que a obrigação legal se assimile a uma mera obrigação moral.[160]

A impunidade é o maior fator de reclamação. Com relação ao tráfico de animais, a previsão da Lei nº 9.605/1998 é pouco abrangente, não diferencia o tráfico interestadual do internacional, possibilitando grandes traficantes a serem beneficiados por transação penal ou suspensão condicional do processo. Geralmente

157 NOBRE, Nicolle Neves. Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA. Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/nicolle_neves_nobre.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2018.

158 FOGAÇA, Leticia Mayumi Hokama; CORRÊA NETO, José. Biopirataria: análise das sanções penais e administrativas aplicadas aos agentes do tráfico de animais silvestres. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44302/biopirataria-analise-das-sancoes-penais-e-administrativas-aplicadas-aos-agentes-do-trafico-de-animais-silvestres>. Acesso em: 12 mai. 2018.

159 TOLEDO, M. I. V. de; CARVALHO, E. M. de. O tratamento jurídico-penal do tráfico de espécimes da fauna terrestre no Brasil. Projeto de Iniciação Científica. VII Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar. Centro Universitário de Maringá. Paraná, Ed. CESUMAR, 2011. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/maria_izabel_vasco_de_toledo.pdf >. Acesso em: 12 mai. 2018.

160 ZIMMERMAN, Mara E. O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

a fiança estabelecida é muito baixa e, insignificante, para quem lucra milhões. Assim, um traficante internacional de animais pode ter uma penalização muito branda, equiparada àquele que apreende um único animal para criá-lo em casa e, estar plenamente de acordo com os preceitos legais.[161]

As redes criminosas enfrentam poucos riscos e represálias, acrescidos de lucros elevados no contrabando de animais protegidos para além das fronteiras nacionais, o que resulta em uma proliferação de organizações criminosas neste tipo de tráfico ilícito. Só no Brasil, há cerca de 300 quadrilhas que roubam das florestas tropicais espécies ameaçadas de extinção. São utilizados na exportação vários métodos, como ocultação na própria pessoa e na bagagem, alteração das licenças previstas na CITES em termos de quantidade, origem ou tipo de espécie do animal, criando uma aparência de conformidade com a norma. Alguns grupos criminosos reúnem-se para vender e comprar abertamente os animais em feiras próximas às fronteiras, atraindo assim a presença de turistas.[162] A esse respeito, é indispensável considerar que:

> O tráfico de animais silvestres em feiras livres, aos olhos das autoridades públicas, é uma vergonha para o nosso país frente aos compromissos por ele assumidos internacionalmente, além de ser um risco para a saúde pública, já que as feiras são frequentadas por milhares de pessoas e os animais são trazidos das florestas sem qualquer tipo de tratamento veterinário ou controle sanitário, podendo transmitir toda sorte de doenças. É preciso, ao lado da repressão criminal, que o poder público impeça a continuidade deste comércio ilegal, afirma o procurador Renato Machado.[163]

161 GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516 >. Acesso em: 12 mai. 2018.

162 ZIMMERMAN, Mara E., O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

163 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF/RJ quer mais fiscalização no tráfico de animais silvestres, 2009. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-rj-quer-mais-fiscalizacao-no-trafico-de-animais-silvestres>. Acesso em: 12 mai. 2018.

Além da aceleração da extinção das espécies e o desequilíbrio ambiental, o comércio ilegal de animais silvestres acarreta impactos que vão além dos prejuízos à biodiversidade, tais como problemas que afetam a saúde pública, tendo em vista que mais da metade das novas doenças infecciosas aos seres humanos são de origem animal, o fortalecimento das redes criminosas de tráfico, e, ainda, a ameaça à segurança de outros países, considerando que o dinheiro do tráfico é empregado também no patrocínio de células terroristas.[164]

Há necessidade de realizar mudanças efetivas na penalização do crime, tornando mais severos tanto a pena mínima quanto o valor máximo da multa, além da realização de campanhas educativas para que os cidadãos se conscientizem e então colaborem para a redução da demanda por esses animais.[165] Conjuntamente, desenvolver um programa institucional, para que a fiscalização ocorra de forma sistêmica, com a integração de todos os atores sociais envolvidos.[166]

A legislação nacional deve preocupar-se em refletir as ideias primordiais de que o crime contra a vida silvestre é um crime sério na visão do Estado e que sua gravidade e rentabilidade estejam expressas na cominação de sanções penais rígidas o bastante. Considerá-lo como uma ofensa leve perpetua a ideia de que trata-se de um crime sem vítima, quando na verdade é o oposto.[167]

---

164 OKI, V. G.; PANDEFF, P. A. Análise da efetividade da Lei de Crimes Ambientais e o tráfico de animais no Brasil. AMPLIANDO Revista Científica da Facerb, Rio de Janeiro, v. 3. n. 1. jan./jun. 2016. Disponível em: <http://oasisbr.ibict.br/vufind/Record/FACERB-1_cd78395466cb2fe8ae1914182e0cf90a>. Acesso em: 12 mai. 2018.

165 PIOLI, 2013, apud ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti de. O comércio de animais silvestres no Brasil e a resolução Conama n. 457. Boletim científico ESMPU, Brasília, n. 42/43, p. 147-176, jan./dez., 2014. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-comercio-de-animais-silvestres-no-brasil-e-a-resolucao-conama-n-457>. Acesso em: 02 mai. 2018.

166 GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516 >. Acesso em: 12 mai. 2018.

167 ZIMMERMAN, Mara E., O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018.

A controvérsia entre o alto grau de incidência do tráfico de animais silvestres e a baixíssima pena abstratamente cominada, denota que a preocupação maior de nosso legislador ainda não está voltada à proteção da fauna.[168] Torna-se notória a falta de preparo para lidar com bens ambientais, transindividuais, coletivos, difusos, de interesses muito maiores do que o interesse individual, que pertencem à geração presente e às futuras, são patrimônio da humanidade, sendo inviável aplicar pelos juristas tão somente a hermenêutica jurídica aprendida para solucionar os conflitos.[169]

Em vista disso, deve-se refazer a tipologia, reajustar as margens das penas à gravidade de cada conduta, proporcionar um sistema que melhor atenda aos anseios de preservação da natureza dessa nova ordem social. É necessário conciliar a Política Criminal em matéria ambiental com as diretrizes constitucionais, compondo-se a legislação de instrumentos e normas adequadas, voltados à real proteção dos valores ambientais.[170]

3 O MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E O OBJETO DA FAUNA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito ao meio ambiente surge do direito à vida, que é um direito de 1ª dimensão, por meio do direito à saúde, pertencente à 2ª geração, qualificando-se

168 ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti de. O comércio de animais silvestres no Brasil e a resolução Conama n. 457. Boletim científico ESMPU, Brasília, n. 42/43, p. 147-176, jan./dez., 2014. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-comercio-de-animais-silvestres-no-brasil-e-a-resolucao-conama-n-457>. Acesso em: 02 mai. 2018.

169 OKI, V. G.; PANDEFF, P. A. Análise da efetividade da Lei de Crimes Ambientais e o tráfico de animais no Brasil. AMPLIANDO Revista Científica da Facerb, Rio de Janeiro, v. 3. n. 1. jan./jun. 2016. Disponível em: <http://oasisbr.ibict.br/vufind/Record/FACERB-1_cd78395466cb2fe8ae1914182e0cf90a>. Acesso em: 12 mai. 2018.

170 TOLEDO, M. I. V. de; CARVALHO, E. M. de. O tratamento jurídico-penal do tráfico de espécimes da fauna terrestre no Brasil. Projeto de Iniciação Científica. VII Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar, Centro Universitário de Maringá. Paraná, Ed. CESUMAR, 2011. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/maria_izabel_vasco_de_toledo.pdf >. Acesso em: 12 mai. 2018.

como um direito de solidariedade incutido na 3ª dimensão dos direitos.[171] Então, além dos tradicionais direitos fundamentais clássicos do Estado Liberal, como a liberdade e a igualdade, irromperam novos direitos, denominados de direitos de 3ª geração.[172] Ou também chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade, dentre os quais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.[173]

Norberto Bobbio, afirma que o mais importante dentre os direitos humanos de 3ª geração é o reivindicado pelos movimentos ecológicos.[174] No mesmo seguimento, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "De todos os direitos de terceira geração, sem dúvida o mais elaborado é o direito ao meio ambiente".[175]

Porém, não somente no plano internacional o direito ao meio ambiente é reconhecido como um direito humano fundamental, protegido por declarações e tratados internacionais. No plano nacional, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi insculpido no artigo 225 da Constituição Federal de 1988[176]. O texto constitucional também consagra o princípio de que o meio ambiente é um direito humano fundamental, ao passo que visa a proteger o direito à vida, incluindo a sadia qualidade de seu usufruto. [177]

É um direito fundamental, pois, o bem jurídico vida, está condicionado, para sua integralidade, entre outros fatores, à proteção do meio ambiente com todas as suas consequências. Nesse prisma, o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado

171 LEMOS, A. F.; BIZAWU, K. Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Artigo acadêmico. Minas Gerais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=478423056f0942a4>. Acesso em: 27 ago. 2018.

172 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

173 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

174 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

175 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 62.

176 Art. 225, caput, da CF 1988, "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

177 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

denota uma extensão lógica do direito à vida, em todas as suas vertentes e formas, sem o qual os seres humanos não poderiam vindicar a proteção dos seus direitos fundamentais violados.[178]

A Constituição Federal de 1988 foi, comparada às anteriores, a primeira a tratar deliberadamente das questões ambientais. Para José Afonso da Silva, ela é uma Constituição ambientalista por excelência. Trata a matéria sobre meio ambiente em termos amplos e modernos que, além de insculpida no Capítulo VI do Título VIII, permeia todo o texto constitucional.[179]

O Direito Ambiental está alocado no título da "Ordem Social", cujo núcleo normativo é o artigo 225, com seus parágrafos e incisos. O dispositivo, em si, compreende três conjuntos de normas: o primeiro, referente ao *caput*, detém a norma-princípio, inscreve o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos; o segundo, referente ao §1º e todos seus incisos, detém as normas-instrumentos, estatui não só os mecanismos de garantia da efetividade desse direito, mas também outorgam direitos e impõem deveres ao Poder Público ou ao recurso ambiental que lhes é objeto; o terceiro, referente aos §§ 2º a 6º, detém um conjunto de determinações particulares, relativas a objetos e setores, revelando o princípio contido no *caput* como urgente e de primordial exigência, para garantir a imediata proteção e utilização dos elementos de forma não prejudicial ao meio ambiente.[180]

O objeto de tutela jurídica ambiental não se resume, tão somente, aos elementos constitutivos do meio ambiente. Trata-se de dois objetos tutelados, um imediato, no caso, a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, a segurança da população e o seu bem-estar. Assim, a norma constitucional propõe a tutela da realidade ecológica, numa visão mais global, tomando como objeto de

[178] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.
[179] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
[180] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

proteção certas dimensões setoriais, ou melhor, a qualidade de elementos setoriais que constituem o meio ambiente, como a qualidade da água, do solo, do ar atmosférico, do patrimônio florestal, da fauna, até do sossego auditivo e da paisagem visual natural.[181]

A fauna no Brasil possui uma condição jurídica atribulada. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a fauna deixou de ser apenas um bem público, de propriedade condicionada à necessidade e ao interesse humano, e passou a ser considerada parte integrante do patrimônio ambiental brasileiro, um bem difuso, de toda a coletividade. No texto constitucional, é elevada ao patamar de componente de ecossistemas, e, logo, tida como objeto de proteção. É o que se depreende do artigo 23, VII[182], no qual estabelece competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de preservar a fauna, tal qual a flora e as florestas, ou melhor, no artigo 225, §1º, VII[183], ao incluir a proteção da fauna entre os meios de garantir a efetividade do direito ao meio ambiente.[184]

Em amplo sentido, o termo "fauna" remete ao conjunto de todos os animais de uma região ou de um período geológico, compreendendo a fauna aquática, a fauna das árvores e do solo (insetos e microrganismos) e a fauna silvestre (animais de pelo e de pena). A legislação vigente faz distinção entre fauna doméstica, fauna silvestre brasileira e fauna silvestre exótica.[185]

A fauna doméstica, que inclui espécies aquáticas e terrestres, compreende os animais que, por efeito de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou aprimoramento zootécnico, tornaram-se domésticos, passando a apresentar características biológicas e comportamentais de grande dependência do ser humano para sobreviver, diferindo-se da espécie silvestre originária. A fauna silvestre

[181] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
[182] Art. 23, VII, da CF 1988, "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: **preservar as florestas, a fauna e a flora**; "
[183] Art. 225, §1º, VII da CF 1988, "Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: **proteger a fauna** e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. "
[184] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
[185] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

brasileira, constitui-se de todos os animais que pertencem às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, cujos ciclos de vida ocorrem nas limitações do território brasileiro ou suas águas jurisdicionais. A fauna silvestre exótica, por sua vez, abrange todos os animais pertencentes às espécies ou subespécies que sejam geograficamente distribuídas em território estrangeiro e as que tenham sido introduzidas no Brasil por atividade humana, inclusive as domésticas de modos asselvajados e as introduzidas além das fronteiras e águas de jurisdição brasileira que entraram em território nacional.[186]

Os elementos componentes da fauna e ela própria, integram a biodiversidade, esta que é um dos principais aspectos formadores do meio ambiente. A par disso, no cenário jurídico nacional, a proteção da fauna silvestre se justifica pela via reflexa, por dela depender o equilíbrio de todas as espécies, notadamente a humana, e de todo ecossistema.[187] Segundo o Programa Ambiental A Última Arca de Noé, a fauna tem importância fundamental:

> – no equilíbrio dos ecossistemas em geral, pois muitos animais são vitais à existência de muitas plantas, pois se constituem no elo de procriação já que são seus agentes polinizadores, como no caso dos beija-flores, insetos como borboletas, besouros etc;
> – muitos animais são dispersores de sementes que necessitam passar por seu trato intestinal, como muitos mamíferos, sem contar que praticamente todos os animais são excelentes agentes adubadores;
> – também tem sua importância na cadeia alimentar.[188]

Dessa forma, ao passo que a fauna possui a denominada função ecológica indicada pelo artigo 225, §1º, VII da Carta Federal, pode-se concluir que, como componente do meio ambiente, é considerada um bem ambiental, e, por conseguinte, bem de uso comum do povo e bem difuso.

---

[186] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
[187] AÚLTIMAARCADENOÉ. Fauna: considerações e natureza jurídica. Disponível em: <http://www.aultimaarcadenoe.com.br/fauna-consideracoes/>. Acesso em: 30 ago. 2018.
[188] AÚLTIMAARCADENOÉ. Fauna: considerações e natureza jurídica. Disponível em: <http://www.aultimaarcadenoe.com.br/fauna-consideracoes/>. Acesso em: 30 ago. 2018.

Para melhor compreensão, importante salientar as definições do Il.mo ex-Ministro Teori Albino Zavascki. Nas suas palavras, os Direitos Difusos:

> 1) Sob o aspecto subjetivo são: *Transindividuais*, com indeterminação *absoluta* dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. Exemplo: morar na mesma região).
>
> 2) Sob o aspecto objetivo são: Indivisíveis (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).
>
> 3) Exemplo: **Direito ao meio ambiente sadio** (CF, art. 225).
>
> 4) Em decorrência de sua natureza:
>
> *a)* – são insuscetíveis de apropriação individual;
>
> *b)* – são insuscetíveis de transmissão, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causa*;
>
> *c)* – são insuscetíveis de renúncia ou de transação;
>
> d) – sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar, (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I);
>
> e) – a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com *absoluta* informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).[189]

O Direito reconhece e protege a qualidade do meio ambiente como patrimônio ambiental. O direito que todos têm é à qualidade, ao equilíbrio ecológico. Qualidade esta que foi convertida pela Carta Magna em um bem jurídico, definida como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida de todos. Entretanto, não significa que esses atributos do meio ambiente possam ser de apropriação privada, ainda que seus elementos constitutivos pertençam a particulares. Significa que o detentor, seja pessoa pública ou privada, é proibido de dispor dessa qualidade apenas para o seu próprio deleite, pois não está suscetível a

[189] ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. Tese (Doutorado)-Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 30-31.

apropriação e não pertence a sua disponibilidade. São bens de interesse público, vinculados a um fim de interesse coletivo.[190]

3.2 A PREJUDICIALIDADE DO COMÉRCIO LEGAL E A INDISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO FAUNÍSTICO

Com o crescimento das preocupações ambientais, coincidentemente subsiste a necessidade desenfreada de crescimento econômico. O sistema de comércio obriga os países a reduzirem as barreiras impostas, de modo a propiciar o fortalecimento da economia. Em oposição ao Direito Ambiental, o Direito Comercial pauta-se na remoção de obstáculos como, tarifas, quotas de importação, subsídios, entre outros, com fins de viabilizar o comércio de produtos, neste contexto, dos animais silvestres. Não se ocupa com a origem dos processos pelos quais passam, ou são coletados. Assim, não interessa tanto se os meios são ambientalmente sustentáveis, ainda mais pelo fato de que as normas ambientais são vistas como barreiras incômodas ao comércio.[191]

Aqueles que defendem comércio liberalizado e mercados abertos argumentam que isso gera crescimento econômico, permitindo às pessoas de regiões menos favorecidas satisfazerem suas necessidades econômicas básicas e melhorar o padrão de vida. Outros até mesmo equiparam a atividade a uma fonte de renda ou subsistência para os moradores de regiões mais pobres. Apenas quando essas necessidades forem supridas, estas pessoas, embora reconheçam a urgência e importância dos problemas ambientais, terão recursos necessários e a vontade de proteger o meio ambiente. Por vezes, ponderam que estes problemas ambientais

[190] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
[191] WEISS, E. B.; JACKSON, J. J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, M. D. (Org.); BARROS-PLATIAU, A. F. (Org.). Proteção Internacional do Meio Ambiente. Vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, p. 176-204, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/11334>. Acesso em: 01 set. 2018.

sempre existiram, sempre irão existir e que não deveriam ser resolvidos. Pelo menos, não por eles.[192]

Os ambientalistas entendem que, daqui a cem ou duzentos anos, quando olharem para a nossa época, as pessoas irão nos condenar pela degradação do meio ambiente, principalmente, pela destruição da diversidade biológica do planeta. O renomado biólogo Edmund O. Wilson constatou que a perda da diversidade biológica do mundo seria pior que:[193]

> [...] o esgotamento energético, o colapso econômico, a guerra nuclear limitada ou a conquista por um governo totalitário. Por mais terríveis que estas catástrofes fossem, elas poderiam ser compensadas em algumas gerações. O único processo crescente da década de 1980 que levaria milhões de anos para ser corrigido é a perda de diversidade genética e de espécies pela destruição de *habitat* naturais. Esta é a insensatez que nossos descendentes acharão mais difícil perdoar-nos.[194]

Não é de surpreender que, frequentemente, os esforços para proteger o meio ambiente e promover o comércio se choquem. Os pontos em comum entre proteção e comércio provocam embates do governo com grandes empresas e organizações não-governamentais, entre governo federal e estadual ou local. Apesar dos defensores do livre comércio considerarem que a proteção do patrimônio ambiental e a liberalização do comércio sejam compatíveis, ou até importantes para realizar em longo prazo os projetos de ambos os grupos, há, contudo, grandes choques com a realidade brasileira.[195]

---

[192] WEISS, E. B.; JACKSON, J. J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, M. D. (Org.); BARROS-PLATIAU, A. F. (Org.). Proteção Internacional do Meio Ambiente. Vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, p. 176-204, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/11334>. Acesso em: 01 set. 2018.

[193] WEISS, E. B.; JACKSON, J. J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, M. D. (Org.); BARROS-PLATIAU, A. F. (Org.). Proteção Internacional do Meio Ambiente. Vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, p. 176-204, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/11334>. Acesso em: 01 set. 2018.

194 WILSON, Edmun O. apud WEISS, E. B.; JACKSON, J. J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, M. D. (Org.); BARROS-PLATIAU, A. F. (Org.). Proteção Internacional do Meio Ambiente. Vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, p. 176-204, 2009, p. 178. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/11334>. Acesso em: 01 set. 2018.

195 WEISS, E. B.; JACKSON, J. J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, M. D. (Org.); BARROS-PLATIAU, A. F. (Org.). Proteção Internacional do Meio

As leis e as normas que promovem o comércio liberalizado de animais componentes da fauna brasileira colidem em muitos aspectos com a proteção ambiental necessária a salvaguardar, de fato, este elemento ambiental. Entre elas, medidas internacionais ou nacionais que limitam importações para resguardar o meio ambiente ou a saúde humana, medidas nacionais que restringem exportações, acordos internacionais com medidas restritivas ao comércio internacional, medidas nacionais e internacionais que estão muito mais direcionadas ao processo pelo qual os animais são submetidos, do que à sua existência em si, dada a sua função ecológica e constitucionalmente tutelada.[196]

À vista disso, os critérios de manuseio adequado da fauna balizam o sistema de conservação, de forma que, nos termos do artigo 225, § 1º, II, da Constituição Federal, é mister "manter as espécies, evitar a extinção de espécies raras e, sobretudo, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético faunístico do país".[197] Portanto, o princípio é o da proibição de utilização, caça, perseguição ou apanha de espécies da fauna silvestre. Em consequência, é também proibido o comércio dessas espécies, de subprodutos e objetos que impliquem sua perseguição, caça, apanha ou destruição, salvo, entretanto, permitido, os elencados no artigo 3º[198], do já mencionado Código de Fauna, a Lei nº 5.197 de 1967.[199]

Ambiente. Vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, p. 176-204, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/11334>. Acesso em: 01 set. 2018.

196 WEISS, E. B.; JACKSON, J. J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, M. D. (Org.); BARROS-PLATIAU, A. F. (Org.). Proteção Internacional do Meio Ambiente. Vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, p. 176-204, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/11334>. Acesso em: 01 set. 2018.

197 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 214.

198 Art. 3º, da Lei nº 5.197/1967, "É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem a sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

§ 1º Excetuam-se os espécimes provenientes legalizados.

§ 2º Será permitida mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, lavras e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.

§ 3º O simples desacompanhamento de comprovação de procedência de peles ou outros produtos de animais silvestres, nos carregamentos de via terrestre, fluvial, marítima ou aérea, que se iniciem ou transitem pelo País, caracterizará, de imediato, o descumprimento do disposto no caput deste artigo."

199 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

É provável que, devido à ordem cronológica da legislação brasileira e sendo a promulgação da supracitada lei datada de 1967, muito antes da Constituição de 1988, não houvesse ainda uma maturidade maior acerca da questão sobre a comercialização de animais da fauna silvestre. Sob o prisma constitucional, por almejar ampla preservação e, até mesmo, eleger a proteção da fauna como um dos mecanismos a se manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, nota-se que a Lei nº 5.197/67, ao estabelecer exceções à apanha dos espécimes, propicia a permanente trapaça da população brasileira e, inclusive, destes criadouros privados que, não satisfeitos, capturam com frequência animais selvagens e os vendem/traficam apenas para obter lucro pessoal.

Os dados do IBAMA apontam que os estados que apresentaram o maior número de multas aplicadas por atos ilícitos relativos à fauna, entre 2005 e 2010, foram Rio Grande do Sul (RS), Minas Gerais (MG), Espírito Santo (ES), São Paulo (SP) e Rio de Janeiro (RJ), dos quais os quatro últimos onde se concentra a maior demanda por animais vindos do tráfico. Já os estados com os maiores valores de multas aplicadas foram São Paulo (SP), Minas Gerais (MG), Rio de Janeiro (RJ), Rio Grande do Sul (RS), Amazonas (AM) e Pará (PA).[200]

Ressalta-se, ainda, que os animais apreendidos pelas agências ambientais do Brasil representam apenas uma parcela do problema. Neste sentido, considerando que possuir animais silvestres capturados da natureza é, apesar de comum, proibido por lei, é difícil estimar a real quantidade de animais retirados de seu *habitat*. No entanto, a Coordenação de Fauna do IBAMA avalia que, só em 2008, os CETAS (Centros de Triagem de Animais Silvestres) receberam mais de 60.000 animais e destinaram, através da soltura/reintrodução na natureza ou manutenção em cativeiro, mais de 40.000. O número de óbitos, entre 2002 e 2009, sofreu variações entre 16%

200 DESTRO, Guilherme Fernando Gomes et al. Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil traduzido de "Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil". IBAMA, Brasília. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2018.

e 26%, sendo o mais alto em relação às aves, que também está no topo de espécies mais apreendidas.[201]

Frequentemente o IBAMA encontra irregularidades nos criadouros autorizados. Nesses estabelecimentos, os animais se reproduzem e são cadastrados no órgão. Assim que nascem, recebem uma "anilha" com sua identificação, podendo ser vendidos normalmente e dentro da lei. Ocorre que, os criminosos sempre dão um jeito de burlar a regra. Na prática, as anilhas são violadas e colocadas em animais provenientes do tráfico, como se nascidos em cativeiro fossem. Nas apreensões feitas, até 40% dos que estavam à venda não possuíam qualquer registro. Estes animais disponíveis nos criadouros, que aparentam ter nascido em cativeiro, agregam mais valor e, com isso, aumenta-se o valor de venda. Os donos desses locais são os que ganham mais na pirâmide do comércio "legal"/ilegal de animais.[202]

Segundo o Instituto, traficantes são auxiliados por criadores a falsificar e adulterar as anilhas. A pequena argola contém informações sobre o criador inseridas pelo IBAMA e é a garantia de que o animal não foi retirado de seu *habitat* natural. Com a falsificação, o objetivo é dar uma aparência de legalidade a animais irregularmente capturados na natureza. Desse modo, o comprador não sabe se está adquirindo um bicho legalizado ou vítima do tráfico. A prática é chamada de "esquentamento de animais".[203]

Em média de cada 10 criadores, 8 atuam de forma irregular, então, pode-se dizer que a maioria não cumpre a legislação, o que acaba trazendo grandes desafios

201 DESTRO, Guilherme Fernando Gomes et al. Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil traduzido de "Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil". IBAMA, Brasília. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2018.

202 G1. Veja caça aos dez maiores traficantes de animais silvestres do Brasil. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/12/veja-caca-aos-dez-maiores-traficantes-de-animais-silvestres-do-brasil.html>. Acesso em: 31 ago. 2018.

203 R7. Traficantes usam a internet para comercializar animais. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/jornal-da-record/videos/traficantes-usam-a-internet-para-comercializar-animais-06042018>. Acesso em: 31 ago. 2018.

para o trabalho da fiscalização. Em alguns casos, as aves têm as patas dilaceradas ao receber uma anilha menor do que a que é indicada para sua espécie ou para o seu tamanho. Outro jeito de "esquentar um pássaro clandestinamente" é o criador legalizado declarar um nascimento que nunca ocorreu e, assim que o IBAMA emitir a identificação, ela será repassada aos traficantes.[204]

Em depoimento recente, Roberto Cabral, Chefe nacional de fiscalização do IBAMA, constatou na Operação Delivery que cerca de 90% dos filhotes declarados realmente não nasciam. Declarava-se um filhote para obter um código, conseguir anilha, e com isso "esquentar" os animais apanhados na natureza. Ou seja, a partir do recebimento desse código, capturava-se animais, inseria-se as anilhas falsas ou adulteradas, e, logo, a eles era agregado valor comercial. Na tentativa de combater as fraudes, os fiscais passaram a entregar as anilhas pessoalmente. O órgão ambiental dirige-se até o criatório, verifica o nascimento e o anilhamento do filhote.[205]

Conforme análise feita do conteúdo disposto no artigo 225 da Constituição é imprescindível reiterar as seguintes absorções:

a) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos pertence, inclusive às presentes e futuras gerações, nacionais ou estrangeiras, corroborando o seu caráter de direito difuso;[206]

b) cabe à coletividade, tanto quanto ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo;[207]

c) o meio ambiente é essencial à qualidade de vida e um bem de uso comum do povo, contudo, não está na disponibilidade particular de ninguém, independentemente de ser pessoa privada ou pessoa pública;[208]

204 R7. Traficantes usam a internet para comercializar animais. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/jornal-da-record/videos/traficantes-usam-a-internet-para-comercializar-animais-06042018>. Acesso em: 31 ago. 2018.
205 R7. Traficantes usam a internet para comercializar animais. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/jornal-da-record/videos/traficantes-usam-a-internet-para-comercializar-animais-06042018>. Acesso em: 31 ago. 2018.
206 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
207 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

d) os processos ecológicos essenciais e o manejo ecológico das espécies devem promover uma interação biológica adequada e lidar com as espécies de sorte a conservá-las e, sempre que possível, recuperá-las, com destaque à fauna;[209]

e) a diversidade e a integridade do patrimônio genético, em especial o de fauna, devem ser protegidas, considerando a riqueza e imensa quantidade de espécies vivas no país;[210]

f) a comercialização, o emprego de técnicas que comportem risco para a qualidade do meio ambiente e as práticas que incidam em danos ao meio ambiente e à saúde da população, são passíveis de intervenção do Poder Público no domínio privado.[211]

A fauna silvestre é de propriedade do Estado Brasileiro, porém, não foi incluída entre os bens da União. Na medida em que a ela compete representar o Estado Brasileiro, é de sua competência zelar por e proteger esses bens, que, se caracterizam como bens nacionais, não como bens de domínio tampouco da nação. Portanto, por não integrar seu domínio patrimonial, não lhe compete dela gozar e dispor.[212]

Dentre as pessoas que enfrentam o tráfico de animais silvestres e as artimanhas dos criadores legalizados no Brasil para comercializá-los, mesmo em desacordo com a lei, compartilha-se a opinião de que os criminosos não são punidos com rigor.[213] O que demonstra que, tanto os comerciantes legais, quanto os comerciantes ilegais, quais sejam, traficantes, atuam em pé de igualdade. Buscam o lucro infinito e desmedido, sem se preocupar com o sofrimento e desaparecimento das espécies, nem mesmo com o valor constitucional da fauna como elemento

208 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
209 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
210 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
211 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
212 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
213 R7. Traficantes usam a internet para comercializar animais. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/jornal-da-record/videos/traficantes-usam-a-internet-para-comercializar-animais-06042018>. Acesso em: 31 ago. 2018.

constituinte do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não há qualquer distinção entre as formas de comércio, se, na realidade, a decorrente de lei é comprovadamente tão prejudicial para a conservação dos animais quanto a proibida.

CONCLUSÃO

O Brasil, país de imensas riquezas naturais, possui a maior biodiversidade de fauna existente na Terra. A preocupação com a venda de animais silvestres está ligada não só a fatores nocivos para a saúde humana, mas, principalmente, para o equilíbrio ecológico, dado que o consequente desaparecimento de espécies animais danifica as interações ecológicas abrindo lacunas na cadeia alimentar, afeta o reflorestamento do solo e ocasiona a perda irreversível de herança genética.

O comércio desordenado de animais é um dos mais notáveis problemas ambientais que vem se intensificando ao longo do tempo e para além das fronteiras do território nacional. Por ser a matéria do meio ambiente em geral adstrita às questões de equilíbrio mundial, as medidas de salvaguarda costumam ser tomadas em nível internacional, o que conduziu ao surgimento do Direito Internacional do Meio Ambiente.

Diante de tamanha importância e visibilidade das questões ambientais, a comunidade internacional percebeu que a proteção do meio ambiente era um complemento lógico aos direitos do homem, e como direito humano, indispensável para a garantia da vida e da dignidade humana, passou a ser resguardado por uma sucessão de instrumentos internacionais, reconhecidos em regimes democráticos. A vida digna idealizada pelas nações só poderia se concretizar através de um meio ambiente conservado, sendo sua própria preservação, uma das formas de realizar os direitos humanos.

Nesse contexto, foi possível reunir os Estados para a elaboração de um pacto cujo objetivo era regulamentar o comércio de espécies de fauna e flora e seus subprodutos raros ou ameaçados de extinção em âmbito internacional. A CITES, um dos acordos ambientais multilaterais vigentes mais aderidos do mundo, preceitua que

a flora e a fauna silvestres são parte insubstituível da natureza, devendo ser protegidas para usufruto das gerações futuras. De todo modo, a convenção viabiliza a venda de elementos finitos, que não poderão nem irão ser restituídos ao seu ecossistema de origem, assim, mantém a arcaica percepção de que animais silvestres são objetos negociáveis.

Considerando o presente estudo, demonstra-se que a comercialização de animais silvestres não deve ser tida como uma atividade hábil a se atingir o crescimento econômico, posto que a fauna silvestre é um dos elementos constituintes do meio ambiente e compõe o princípio de meio ambiente ecologicamente equilibrado prescrito na Constituição Federal de 1988. Da análise da Lei de Crimes Ambientais nº 9.605/98 e do Código de Fauna Lei nº 5.197/67 ante os dados dos órgãos competentes, qual seja, o IBAMA, mais uma vez restou evidente que a legislação infraconstitucional não se adequa à almejada preservação ambiental de forma eficaz, pois as realidades fática e social no país atestam que a branda punição para o comércio ilegal, tanto quanto as formas de comércio legalizado de animais silvestres são extremamente prejudiciais para a integralidade da fauna.

As frequentes trapaças dos criminosos para burlar a legislação, que já é inapropriada e ineficiente, acrescidas aos elevados índices de extermínio dos animais silvestres no país, asseveram o pressuposto de que a comercialização do patrimônio faunístico em si, já é grave afronta ao direito fundamental ao meio ambiente. Não há exceções para se dispor de um bem que, por si só, a todos pertence, ainda que sem proprietário determinado, exatamente por ser tutelado pela Carta Magna como um bem indisponível. Uma exceção contesta a regra e, nesse caso, determina o destino de cerca de 38 milhões de espécimes animais por ano.

Portanto, observado que o elemento fauna não é isoladamente considerado sujeito de direito, quando para a manutenção do ser humano ela recebe salvaguarda jurídica, porque elemento essencial à composição do meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecendo-se, por via de extensão, sua proeminência para o desenvolvimento e progresso da humanidade.

Os animais silvestres não só fazem parte da natureza, eles são a própria natureza. Desempenham uma função única no planeta que não poderá ser futuramente substituída. Como o direito ao meio ambiente é um direito difuso, é dever de toda coletividade por ele zelar. Se para isso é necessário mudar a mentalidade de que animais silvestres são meros artigos de luxo ou estimação, que todos os esforços sejam concentrados na tarefa de combater esse perverso costume cultural. Pois enquanto enfrentar o comércio do patrimônio faunístico for uma tarefa de poucos, muitos animais irão desaparecer.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti de. O comércio de animais silvestres no Brasil e a resolução Conama n. 457. Boletim científico ESMPU, Brasília, n. 42/43, p. 147-176, jan./dez., 2014. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-comercio-de-animais-silvestres-no-brasil-e-a-resolucao-conama-n-457>. Acesso em: 02 mai. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AÚLTIMAARCADENOÉ. *Fauna:* considerações e natureza jurídica. Disponível em: <http://www.aultimaarcadenoe.com.br/fauna-consideracoes/>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 31 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 06 mai. 2018.

CAMATTA, A. F. A.; SOUZA, L. M. C. G. de; ARRUDA JÚNIOR, P. A ineficiência das convenções internacionais no que tange ao papel dos estados na proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. NOMOS: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 29-51, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12114>. Acesso em: 02 mai. 2018.

CITES, List of Parties to the Convention, 2018. Disponível em: <https://www.cites.org/eng/disc/parties/index.php>. Acesso em: 02 mai. 2018.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DESTRO, Guilherme Fernando Gomes et al. Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil traduzido de "Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil". IBAMA, Brasília. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. *Da internacionalização à constitucionalização do direito ambiental sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 113, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13243&revista_caderno=5#_ftnref32>. Acesso em: 25 mar. 2018.

DOUTRINABIOCENTRISTA Blogspot. O que é o biocentrismo?. 2012. Disponível em: <http://doutrinabiocentrista.blogspot.com.br/2012/04/o-que-e-o-biocentrismo.html>. Acesso em: 29 mar. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRAGIOLLI, William Lopes. *Crimes contra a fauna*: breves apontamentos acerca da lei de crimes ambientais. Jusbrasil. 2013. Disponível em: <https://fragiolli.jusbrasil.com.br/artigos/111629271/crimes-contra-a-fauna-breves-apontamentos-acerca-da-lei-de-crimes-ambientais>. Acesso em: 02 mai. 2018.

GENUÍNO, A.; PRADO, A. M. O direito ambiental internacional e os direitos humanos. *Revista Anais do VII Sciencult*. Mato Grosso do Sul, v. 3, n. 1, p. 14-23,

2012. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3416>. Acesso em: 25 mar. 2018.

GOMES, C. C.; OLIVEIRA, R. L. de. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. *Revista Direito e Liberdade, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte*. Rio Grande do Norte, v. 14, n. 2, p. 33-49, 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516 >. Acesso em: 02 mai. 2018.

GOMES, E. B.; BULZICO, B. A. A. A efetividade dos direitos dos cidadãos na proteção ao Meio Ambiente: A existência de um direito fundamental. *Revista de Informação Legislativa. Brasília*, v. 46, n. 181, p. 141-153, jan./mar. 2009. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194898>. Acesso em: 24 mar. 2018.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191>. Acesso em: 24 mar. 2018.

G1. Veja caça aos dez maiores traficantes de animais silvestres do Brasil. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/12/veja-caca-aos-dez-maiores-traficantes-de-animais-silvestres-do-brasil.html>. Acesso em: 31 ago. 2018

HORA, C. P. da; CORREIO, R. L. W. A proteção dos direitos ambientais pelo sistema internacional dos direitos humanos. *Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo.* Brasília, v. 3, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://lib.cairn.edu/eds/detail?db=asn&an=126298913&isbn=25259628>. Acesso em: 30 mar. 2018.

IBRAHIN, Francini Imene Dias. A Relação Existente entre o Meio Ambiente e os Direitos Humanos: Um Diálogo Necessário com a Vedação do Retrocesso. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, v. 12, p. 7547-7616, 2012. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/faa557d9b57a>. Acesso em: 25 mar. 2018.

LEMOS, A. F.; BIZAWU, K. *Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro*. Artigo acadêmico. Minas Gerais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=478423056f0942a4>. Acesso em: 25 mar. 2018.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. A situação da Convenção Sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens Em Perigo de Extinção – CITES – no Brasil: análise empírica. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 97-113, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/364>. Acesso em: 05 mai. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª Ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MEINERO, F. P.; SANTOS, M. J. M. dos. Análise comparativa do sistema brasileiro e argentino concernente ao controle do comércio internacional de espécies animais. *Revista Global Manager*, Faculdade da Serra Gaúcha. Rio Grande do Sul, v. 12, n. 1, p. 03-20, 2012. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/global/article/view/72>. Acesso em: 04 mai. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Documentos. Blumenau, SC. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/documentos/tratados-internacionais/docs/convencao_sobre_comercio_internacional_das_especies_da_flora_e_fauna_selvagens.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

NASSER, S. H.; REI, F. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2006.

OKI, V. G.; PANDEFF, P. A. Análise da efetividade da Lei de Crimes Ambientais e o tráfico de animais no Brasil. *AMPLIANDO Revista Científica da Facerb*, Rio de Janeiro, v. 3. n. 1. jan./jun. 2016. Disponível em: <http://oasisbr.ibict.br/vufind/Record/FACERB-1_cd78395466cb2fe8ae1914182e0cf90a>. Acesso em: 12 mai. 2018.

R7. Traficantes usam a internet para comercializar animais. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/jornal-da-record/videos/traficantes-usam-a-internet-para-comercializar-animais-06042018>. Acesso em: 31 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, D. M. da; REI, F.; Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e direito ambiental internacional (DAI): novos atores em cena. Programa de estudo e ensino de Pós-graduação em Direito Internacional, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=257>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Solange Teles da. *O direito ambiental internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente*: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

SUBIRA, Rosana. Tráfico de animais contribui para extinção de espécies, ICMBio, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/4905-trafico-de-animais-contribui-para-extincao-de-especies>. Acesso em: 02 mai. 2018.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca virtual de direitos humanos. São Paulo. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 25 mar. 2018.

WEISS, E. B.; JACKSON, J. J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, M. D. (Org.); BARROS-PLATIAU, A. F. (Org.). *Proteção Internacional do Meio Ambiente.* Vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, p. 176-204, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/11334>. Acesso em: 01 set. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo:* Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. Tese (Doutorado)-Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZIMMERMAN, Mara E. O mercado negro de espécies silvestres: a luta contra o crime organizado transnacional no comércio ilegal de animais selvagens. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 7, n. 10, p. 15-63, 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104027>. Acesso em: 02 mai. 2018

O AFASTAMENTO DE PARLAMENTAR POR DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VIOLA A SEPARAÇÃO DOS PODERES?: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO DO SENADOR AÉCIO NEVES

José Vinicius Celestino de Sousa

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar se o afastamento de Senadores da República por decisão do Supremo Tribunal Federal viola o princípio da separação dos poderes. A metodologia eleita foi a revisão bibliográfica conjugada com o estudo do caso do afastamento do Senador Aécio Neves. Com isso, foi realizado um estudo acerca do princípio da separação dos poderes, da estrutura e funcionamento do Poder Legislativo Federal e as imunidades materiais e formais de seus membros. Posteriormente, foi abordado a ascensão institucional do STF e o fenômeno do ativismo judicial e da Judicialização da política. Por fim, para responder à pergunta foi analisado a decisão proferida pela 1º turma do STF que determinou o afastamento de Aécio Neves do mandato de senador para concluir que o afastamento de Senadores da República por decisão do STF viola a separação dos poderes, tendo em vista que as medidas cautelares previstas no art. 319, VI, do Código de Processo Penal não deveriam ser aplicadas a pessoas que detém mandato outorgado pelo povo.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Suspensão de mandato eletivo. Imunidades parlamentares. Judicialização da Política. Ativismo judicial.

ABSTRACT

The present study has as its object to analyze whether the impeachment of Senators of the Republic by decision of the Supreme Federal Court violates the principle of the separation of powers. The method selected here was biographic review together with the study of the case of the impeachment of Senator Aecio

Neves. With this, I conduct a study concerning the principle of the separation of powers, the structure and function of the federal legislative power and the material immunities and forms of its members. Later, I address the institutional rise of the Supreme Federal Court, the phenomenon of judicial activism, and the politicization of the judiciary are addressed. Finally, in order to answer the question, I analyze the decision of the First Panel of the Supreme Federal Court ruling on the impeachment of Aecio Neves from his mandate as senator. I conclude that the impeachment of Senators of the Republic by decision of the Supreme Federal Court violates the separation of powers in view of the fact that precautionary measures found in Article 319, VI of the Code of Criminal Procedures may not be applied to persons who hold elected office.

Keywords: Separation of Powers. Suspension of Elective Mandate. Parliamentary Immunity. Politicization of the Judiciary. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar se o acórdão proferido pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do terceiro agravo regimental na ação cautelar 4.327, ao determinar o afastamento do Senador da República Aécio Neves do mandato[1] parlamentar, violou a separação dos poderes estabelecida no art. 2º da Constituição de 1988. O caso é relevante porque o senador foi primeiramente afastado por decisão monocrática, proferida 19/05/2017 pelo Ministro Edson Fachin, que se encontra em segredo de justiça. Posteriormente, os autos foram redistribuídos em 31/05/2017 e no dia 30/06/2017, por decisão monocrática do novo relator, o Ministro Marco Aurélio, o afastamento cautelar foi revogado[2]. Entretanto, no julgamento do dia 29/09/2017, a 1º Turma do STF decidiu restabelecer o afastamento do Senador. Esta é a decisão que será objeto dessa monografia.

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo**. Processo relacionado Ação Cautelar n. 4327. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966>. Acesso em: 29 maio 2018.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro determina retorno de Aécio Neves ao exercício das funções de senador.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348351>. Acesso em: 29 maio 2018.

O tema é relevante, pois o afastamento parlamentar foi objeto de outras decisões da Corte. Dois exemplos são a decisão[3] do dia 05/05/2016, em que o plenário do STF confirmou o afastamento do Deputado Federal Eduardo Cunha[4] e a decisão liminar de 05/12/2016, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402[5], que determinou o afastamento do Senador da República Renan Calheiros da presidência do Senado Federal[6] e consequentemente da presidência do Congresso Nacional.

A indagação a ser desenvolvida nesta pesquisa é a seguinte: o afastamento de membros do Congresso Nacional por decisão do Supremo Tribunal Federal viola a separação dos poderes? Na presente pesquisa, busca-se analisar o acórdão da primeira turma que afastou o senador Aécio Neves. A metodologia eleita foi a revisão bibliográfica conjugada com o estudo de caso.

Para responder à pergunta, serão desenvolvidos três capítulos. No primeiro, será abordado o modelo de separação dos poderes no Brasil, quais são as atribuições e os limites dessa tripartição de funções, com ênfase nas atividades do Poder Legislativo Federal e as imunidades conferida aos seus membros.

No segundo capítulo, será analisada a atuação do Poder Judiciário e a ascensão institucional do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. Será também tratado o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial,

---

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar n. 4070**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E C D C. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 15 de julho de 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ac4070.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário confirma afastamento de Eduardo Cunha do mandato na câmara**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>. Acesso em: 29 maio 2018.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402.** Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402Ementa.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liminar afasta Renan Calheiros da Presidência do Senado.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331246&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 maio 2018.

pautado em Luís Roberto Barroso[7]. Identifica-se aqui uma forte atuação do Poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade e por meio do papel do STF como guardião da Constituição[8]. A ampliação se pauta nas decisões judiciais proferidas sob o fundamento de suprir a omissão legislativa[9] e as necessidades sociais, o que pode, eventualmente, causar instabilidade ao Estado Democrático, pois tais decisões são tomadas por agente público que não detém a legitimidade outorgada pelo povo[10].

No último capítulo será analisado o acórdão e as razões de decidir do terceiro agravo regimental na ação cautelar 4.327. Por meio de pesquisa dogmática associado a esse caso, pretende-se demonstrar que o afastamento de membros do Congresso Nacional por decisão do STF viola a separação dos poderes.

O Supremo Tribunal Federal não poderia aplicar medidas de suspensão de mandato sem que exista previsão constitucional, pois ao regular o exercício do mandato a Constituição garantiu plenitude do mantado a fim de que o cargo fosse protegido em razão da representação popular. Ainda que exista a possibilidade de suspensão de função pública prevista no art. 319, VI, do Código de Processo Penal, as garantias previstas na Constituição não poderiam ser afastadas por mera interpretação judicial, pois isso coloca em risco a própria independência do Poder Legislativo e suprime a vontade manifestada através do voto.

---

[7] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

[8] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Presidência da República. Art. 102, caput. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 733.387**. Agravante: Walter Correia de Brito Neto. Agravado: Democratas – DEM. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de dezembro de 2000. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3371858>. Acesso em: 22 out. 2018.

[10] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Será demonstrado neste capítulo o modelo de separação dos poderes adotado pelo Brasil que garantiu independência ao Legislativo, Executivo e o Judiciário e os mecanismos de controles previstos pelo próprio texto constitucional.

Pretende-se demonstrar também a estrutura do Poder Legislativo Federal e as imunidades formais e matérias que lhes foram garantidos com a promulgação da Constituição para que estes pudessem exercer plenamente a representação.

1.1 A Separação dos Poderes no Brasil

A ideia de separação dos poderes já havia sido prevista no livro Política de Aristóteles[11], que classificou que as funções do Estado deveriam ser divididas entre deliberativas, executivas e judiciais. Posteriormente, foi tratada na obra Segundo Tratado sobre o Governo, de John Locke, que além de defender tais ideias pensava na necessidade de controle entre o desempenho das funções, dentre as diversas ideias ele defendia a absoluta impossibilidade de os membros do Legislativo executasse as suas leis[12].

Posteriormente, Charles de Montesquieu, em sua obra Do Espírito das Leis[13], pensou que as funções administrativa, legislativa e judiciária não deveriam ser desempenhadas por uma única pessoa, pois acreditava que as pessoas tinham tendências a se corromper sempre que não existisse controles. Para o Montesquieu, as funções deveriam ser flexibilizadas e descentralizadas através de órgãos

[11]ARISTOTELES. A Política. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.
[12]MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de poderes de doutrina liberal a princípio constitucional**. Revista de informação legislativa. v. 45. n. 178. 2008. p. 195-205. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176530>. Acesso em: 18 maio 2018.
[13]MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2007.

independente e assim os poderes teriam forças iguais, sendo o poder controlado pelo próprio poder[14].

Em 1988, com a promulgação da Constituição, o Brasil adotou esse modelo de separação de poderes, dispondo em seu artigo 2º[15] que são poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e que estes seriam independentes e harmônicos. Esse modelo decorre do princípio da indelegabilidade, que embora não expresso no texto constitucional significa que não pode um poder delegar suas funções a outro poder, salvo exceções como no caso do artigo 68[16][17].

Os poderes do Estado são constituídos por força do próprio texto constitucional, sujeitando-se a esse desenho jurídico. O Executivo e o Legislativo fazem parte do processo político e sua ascensão no cargo se dá por meio do voto[18], onde a própria sociedade escolhe quem irá representá-los, cabendo estes poderes fazerem campanhas eleitorais e promover o debate público[19].

Essa divisão significa que a organização de suas funções é livre, desde que respeitados os limites constitucionais, sendo cada órgão especializado na função que exerce. Por isso, para a especialização funcional é indispensável que eles sejam independentes um dos outros, inexistindo subordinação. No Brasil, a Constituição manteve essa independência e harmonia. Essa independência significa que a

[14]CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade:** limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. Revista de informação legislativa. v. 51. n. 202. 2014. p. 159-179. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/503043>. Acesso em: 19 maio 2018.

[15]BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[16] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 68. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[17] NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1425-1433.

[18] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 45, 46 e 77, § 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[19] BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional:** a tênue fronteira entre o direito e a política. 2014. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

investidura nos cargos dos poderes não depende de vontade ou confiança dos demais poderes, assim como no exercício de suas funções. Seus titulares não precisam consultar os titulares de outros poderes[20].

Existem algumas exceções exemplificativas à independência materializadas na Constituição, como controle recíproco entre os poderes por meio do sistema de freios e contrapesos. Esse mecanismo de controle fica evidente quando: 1 – a Constituição confere ao executivo o poder de vetar leis aprovadas pelo legislativo que entenda ser inconstitucional ou contrário ao interesse público[21]; 2 – o chefe do executivo nomeia e o legislativo aprova pessoas para exercer os cargos de Ministros dos Tribunais Superiores[22]; 3 – permite, em se tratando de crime de responsabilidade, que os ministros do Supremo Tribunal Federal sejam julgados pelo Senado Federal[23]; 4 – o Poder Legislativo suste atos do Poder Executivo e julga as contas do Presidente da República[24]; 5 – o judiciário declare inconstitucional[25] atos do Poder Executivo[26].

Em relação ao controle do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, destaca-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional

[20] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 111-112.

[21] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 66, § 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[22] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 84, XIV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[23] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Art. 52, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em abril de 2018.

[24] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 49, V e IX. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[25] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 102, I, "a". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[26] MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de poderes de doutrina liberal a princípio constitucional**. Revista de informação legislativa. v. 45. n. 178. 2008. p. 195-205. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176530>. Acesso em: 18 maio 2018.

normas aprovadas pelo legislativo[27] e dar a última palavra em relação à interpretação das normas constitucionais. O "STF é o guardião da Constituição. Ele é órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é"[28].

Entretanto, esse sistema de freios e contrapesos é uma exceção à regra de independência e tem como objetivo coibir eventuais abusos por parte de um dos poderes, devendo ter sua interpretação restritiva, sendo utilizado somente nos casos previstos na Constituição[29]. Conforme já manifestou o STF, "o mecanismo do sistema de freios e contrapesos somente se legitima nos termos já delineados pela própria Lei Maior[30]".

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

> A separação dos Poderes, no que a Constituição Federal revela estar a República alicerçada em três Poderes, harmônicos e independentes, não é absoluta, porque vem-nos da própria Carta sistema que também alcança esse princípio da independência dos Poderes, o de freios e contrapesos[31].

Esse sistema de freios e contrapesos pode ser visto como um mecanismo natural e tem como função garantir a separação dos poderes, pois assim, cada poder,

---

[27] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 102, I, "a". Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 608.122**. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Rogério Freire Engenharia Ltda. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 19 de agosto de 2004. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8931352/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-608122-rj-2004-0114316-4/inteiro-teor-14098269>. Acesso em: 22 out. 2018.

[29] PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. p. 386.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 775**. Requerente: Governador do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 03 de abril de 2014. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25101027/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-775-rs-stf/inteiro-teor-121545735?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 out. 2018.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.468.** Relator: Ministro Luiz Fux. ADI 5.468/DF. Brasília, 30 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319997>. Acesso em: 22 out. 2018.

no exercício de sua função, controla outro poder e é por ele controlado, evitando-se que um se sobreponha sobre o outro[32].

Esses poderes têm suas funções típicas, cabendo ao Legislativo a elaboração das leis, ao Executivo administrar o Estado brasileiro e ao Judiciário julgar e aplicar as leis, mas ao mesmo tempo acumulam funções atípicas que se confundem com as funções típicas dos outros poderes[33].

Segundo José Afonso da Silva[34], a regra é de vedação quanto à delegação de competências por parte dos poderes. É proibido, então, o exercício de uma função típica de um poder pelo outro. Entretanto, a Constituição traz algumas exceções como nos casos em que é autorizado que Deputados e Senadores se licenciam e exerçam cargos de Ministro de Estado, Secretário de Estado e Secretário Municipal de prefeitura de capitais[35] e a possibilidade de adoção pelo Presidente da República de medida provisória com força de lei em caso de urgência[36].

A Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da separação, harmonia e independência dos poderes, deu a ela o status de cláusulas pétreas[37], assim nenhuma proposta de emenda à constituição poderia alterar essa forma constituída de divisão

[32] FIGUEIREDO, Eduardo Fin de. **O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia**. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/1728/1122>. Acesso em: 26 maio 2018.

[33] GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a constituição federal de 1988**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>. Acesso em: 19 maio 2018.

[34] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

[35] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 56, I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[36] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 62, caput. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[37] Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>. Acesso em: 28 abr. 2018.

das funções do estado. Por esse motivo, o artigo 60, § 4º, inciso III[38] da Constituição[39], determinou que não poderá ser objeto nem de deliberação a proposta de emenda à Constituição que tem por objetivo abolir a separação dos poderes.

Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, as cláusulas pétreas não têm como única finalidade evitar uma destruição da Constituição e interromper o seu projeto básico, mas também evitar em um possível momento de instabilidade política que o projeto duradouro da Constituição seja destruído. Sendo assim, todos os atos por eles praticados devem encontrar em conformidade com os direitos fundamentais e com os objetivos da Constituição, por isso deve cada poder atuar sem interferências externas[40].

Em resumo, a Constituição ao adotar esse modelo de separação de poderes, outorgou tipicamente ao Poder Legislativo a elaboração das leis.

1.2 Poder Legislativo Federal

A Constituição do Brasil definiu que o Poder Legislativo Federal funciona por meio do Congresso Nacional. Adotou, para tanto, o sistema bicameral[41] que é constituído pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal[42].

[38] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[39] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[40] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[41] Bicameralismo é o nome que se dá à organização institucional do Parlamento em duas Casas, que, no sistema republicano brasileiro, dividem o poder com o Executivo e o Judiciário. Senado Federal. Disponível em: <lhttps://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2007/04/13/veja-como-funciona-o-bicameralismo>. Acesso em: 29 abr. 2018.

[42] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O Congresso Nacional, apesar de ser um órgão federal, aprova leis que nem sempre vinculam somente a União, podendo legislar sobre matérias que vinculam também os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios[43].

A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo de cada Estado-Membro, Território e no Distrito Federal, que são eleitos diretamente, pelo sistema proporcional[44]. A Constituição determina que a composição será proporcional à população de cada ente federativo e em se tratando dos Territórios serão eleitos quatro[45] Deputados. Atualmente, a composição da Câmara é definida por lei complementar, sendo nos atuais dias composta por 513 deputados, não podendo nenhum Estado-Membro e o Distrito Federal ter menos que 8 deputados e nem mais do que 70[46].

Existem algumas competências que a Constituição reservou exclusivamente à Câmara dos Deputados, dentre elas autorizar a instauração de processo contra Presidente e Vice-Presidente da República e elaborar o seu próprio regimento interno[47].

Assim como a Câmara dos Deputados, existem competências que são privativas do Senado Federal, dentre elas a Constituição fixou a competência do Senado para processar e julgar nos crimes de responsabilidade o Presidente e o Vice-

[43] TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
[44] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Art. 45, caput. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.
[45] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 45, § 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.
[46] BRASIL. **Lei complementar n. 78 de 30 de dezembro de 1993.** Disciplina a fixação do número de deputados, nos termos do art. 45, § 1º, da Constituição Federal. Artigos. 1º, 2º e 3º. Brasília. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-complementares/lei-complementar-nb0-78-de-30-de-dezembro-de-1993>. Acesso em: 22 abr. 2018.
[47] PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método. 2014.

Presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal que decorre do controle de freios e contrapesos[48].

Em vista disso, para que os membros do Congresso pudessem atuar de forma independente, a Constituição garantiu a eles algumas imunidades formais e materiais.

1.3 Imunidades formais e materiais dos parlamentares

A Constituição Federal, nos artigos 53 a 56, garantiu ao cargo de parlamentar algumas prerrogativas. Não são privilégios[49] para a pessoa que o ocupa, mas sim uma garantia para que esta possa exercer o seu mandato com liberdade, independência, evitando que sofram pressões externas que atrapalhem a independência do Poder Legislativo[50].

As imunidades têm caráter de ordem pública e são inerentes ao cargo eletivo, não podendo o ocupante do cargo renunciar às imunidades. O STF já firmou entendimento de que a imunidade parlamentar[51]:

> Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só e conferida ao parlamentar "*ratione muneris*", em função do cargo e do mandato que exerce. E por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar[52].

---

[48] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Art. 52, I e II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[49] Privilégio: vantagem (ou direito) atribuída a uma pessoa e/ou grupo de pessoas em detrimento dos demais; prerrogativa: os privilégios do presidente. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/privilegios/>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[50] VALVERDE, Thiago Pellegrini; ROSSETTI, Adriana. **Imunidades e limites dos parlamentares.** Caderno de iniciação científica. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/CIC/article/view/419>. Acesso em: 15 maio 2018.

[51] DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas De. **Imunidades parlamentares e abusos de direitos uma análise a jurisprudência do supremo tribunal federal.** Revista de informação legislativa. v. 49. n. 195. 2012. p. 7-24. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: 15 maio 2018.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 510.** Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 01/02/1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752262/inquerito-inq-510-df?ref=serp>. Acesso em: 22 out. 2018.

As imunidades são classificadas como imunidade material, que também pode ser chamada de inviolabilidade material, e a imunidade formal ou processual. A imunidade material permite que o parlamentar tenha uma ampla liberdade de expressão para que esse tenha plena autonomia para defender as ideias dos representados. Essa garantia constitucional evita que aja responsabilização penal, pois tal garantia exclui a tipicidade de um eventual crime. Na esfera cível, a imunidade afasta a ilicitude[53].

Em relação a essa imunidade material, o Supremo Tribunal Federal reconhece que:

> A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) – destinada a viabilizar a prática independente, pelo membro do Congresso Nacional, do mandato legislativo de que é titular – não se estende ao congressista, quando, na condição de candidato a qualquer cargo eletivo, vem a ofender, moralmente, a honra de terceira pessoa, inclusive a de outros candidatos, em pronunciamento motivado por finalidade exclusivamente eleitoral, que não guarda qualquer conexão com o exercício das funções congressuais[54].

A imunidade formal protege os Deputados e Senadores de prisões após a diplomação feita pela Justiça Eleitoral[55]. A diplomação se dá antes da posse, ou seja, antes de estar devidamente investido no cargo. A partir daí o parlamentar já goza de imunidade formal. A Constituição preceitua no parágrafo 2º do artigo 53 que "desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser

[53] DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas De. **Imunidades parlamentares e abusos de direitos uma análise a jurisprudência do supremo tribunal federal.** Revista de informação legislativa. v. 49. n. 195. 2012. p. 7-24. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: 15 maio 2018.

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n° 1.400. Autor: Max Freitas Mauro. Investigado: Gerson Camata. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 4 de dezembro de 2002.

[55] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Art. 53, § 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

presos, salvo em flagrante de crime inafiançável", ou seja, antes mesmo da posse, não poderá ser contra ele expedido qualquer tipo de mandado de prisão[56].

A Constituição prevê uma única possibilidade de prisão do parlamentar: o caso de flagrante de crime inafiançável. Mesmo neste caso, a continuidade da prisão deverá ser decidida pela casa legislativa de que ele fizer parte, podendo está autorizar, ou não, a continuidade da prisão. Na segunda hipótese, deverá o parlamentar ser imediatamente colocado em liberdade, independente de vontade do Poder Judiciário[57].

Essa medida, decorre do estatuto dos congressistas que tem como objetivo impedir que os demais poderes prejudiquem a independência dos parlamentares para agir como legislador e como fiscalizador[58].

Garantiu-se, ainda, que se recebida a denúncia pelo Supremo Tribunal Federal por crimes cometidos após a diplomação, poderá a casa legislativa em que o parlamentar fizer parte sustar o andamento da ação penal, ressalta-se que essa prerrogativa só se dá se o crime for praticado após a diplomação. Se for crime anterior à diplomação, não poderá a casa suspender o curso do processo[59].

Até 2011, o STF dependia de autorização da casa legislativa para instaurar inquéritos e processar parlamentar. Após a promulgação da emenda constitucional nº 35, de 2001, houve uma alteração na regra e desde então o STF pode instaurar

[56] DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas De. **Imunidades parlamentares e abusos de direitos uma análise a jurisprudência do supremo tribunal federal.** Revista de informação legislativa. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: 15 maio 2018.

[57] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 540-541.

[58] PEDRA, A. S. et al. **Separação de poderes:** aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário. Salvador: Juspodivm, 2018.

[59] DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas De. **Imunidades parlamentares e abusos de direitos uma análise a jurisprudência do supremo tribunal federal**. Revista de informação legislativa. v. 49. n. 195. 2012. p. 7-24. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: 15 maio 2018.

inquérito e processar Deputados e Senadores sem autorização prévia, entretanto, se condenado deve a casa decidir sobre a prisão.[60]

Para que seja sustada uma ação contra um parlamentar será necessário que haja provocação de algum partido político com representação na casa legislativa. Em havendo essa representação, os membros deverão por maioria decidir pela sustação ou não do processo antes da decisão final do Tribunal. Em se decidindo pela sustação, ocorrerá também a suspensão do prazo prescricional[61].

Ao elencar as prerrogativas dos congressistas, o artigo 53, § 1º, da Constituição instituiu o foro por prerrogativa de função[62]. Por esse motivo, a Constituição expressamente estabeleceu que os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma pela Justiça Eleitoral, serão submetidos a julgamento no Supremo Tribunal Federal em se tratando de crimes comuns, como dispõe o artigo 102, I, "b", da Constituição. Essa competência do STF é uma exceção à regra de competência das justiças especializadas, pois mesmo tendo o parlamentar cometido um crime no qual a legislação preveja uma jurisdição específica, o parlamentar será julgado pelo STF[63].

A prerrogativa de foro se inicia com a diplomação que é feita pela Justiça Eleitoral, se antes a diplomação estiver o parlamentar respondendo algum processo perante a um Juízo inferior ao STF os autos serão remetidos para o STF para o

[60] BRITO, Orlange Maria. **Imunidade parlamentar no brasil antes, e depois da emenda constitucional nº 35, de 2001.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/141291>. Acesso em: 06 jun. 2018.

[61] IAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas De. **Imunidades parlamentares e abusos de direitos uma análise a jurisprudência do supremo tribunal federal**. Revista de informação legislativa. v. 49. n. 195. 2012. p. 7-24. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: 15 maio 2018.

[62] Prerrogativa concedida a determinadas autoridades públicas em razão da função desempenhada, o que permite um julgamento por órgão de maior graduação em caso de crimes comuns e de responsabilidade. É utilizado como forma de fixação da competência penal e visa proteger a função e a coisa pública. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em: 05 jun. 2018.

[63] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 441.

prosseguimento da ação. Em caso de o parlamentar terminar o mandato o STF perde a competência e os autos deverão ser remetidos ao juízo competente[64].

Apesar de expresso na Constituição, no recente julgamento da Ação Penal nº 937[65], o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que o foro por prerrogativa de função dos Deputados e dos Senadores só se aplica se os crimes praticados foram no exercício do mandato ou em razão dele[66]. Estabeleceu que esse posicionamento seria aplicado a todos os processos em tramitação no STF, devendo ser preservado os atos e as decisões já proferidas. Além disso, determinou que após o final da instrução processual, com intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não mudaria caso o agente político deixasse o cargo ou mudasse por qualquer outro motivo[67].

A Constituição reservou que a perda do mandato parlamentar só se desse no rol taxativo previsto no texto. A perda poderá ser por meio de cassação que pode ser por falta de decoro[68] parlamentar, que significa que o congressista cometeu um ato estranho a função parlamentar. Essa perda se dá por decisão exclusiva da casa que o congressista fizer parte, não sendo está sujeita a controle por parte do Poder Judiciário por se tratar de matéria *interna corporis*[69].

Poderá perder o mandato também o congressista que tiver contra ele sentença penal transitado em julgado. Entretanto, essa perda também não é automática,

---

[64] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado.** 4 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 442-444.

[65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 937.** Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília, 03 de maio de 2018.

[66] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>. Acesso em: 06 jun. 2018.

[67] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>. Acesso em: 06 jun. 2018.

[68] Decoro: respeito pelas normas de convivência, pelas boas maneiras; decência; compostura. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/decoro>. Acesso em: 22 maio 2017.

[69] BANDEIRA, Daniela Böck; MELGARÉ, Plínio. **Imunidade e garantias parlamentares perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal.** Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/536850>. Acesso em: 26 maio 2018.

dependendo ainda de deliberação da casa legislativa respectiva para decidir se o parlamentar condenado terá seu mandato cassado[70].

Existem também possibilidades de perda do mandato parlamentar por falecimento ou a renúncia que não se encontra elencado no rol pois se trata de um ato unilateral do detentor do cargo[71].

Por isso, a Constituição ao estabelecer as imunidades formais e materiais aos parlamentares queria garantir plena independência para que estes pudessem representar tanto o povo como os estados-membros sem riscos de sofrerem pressões internas e externas. Impedir ainda que em um momento de instabilidade outros poderes tentassem impedir o livre exercício do mandato e do Poder Legislativo. A imunidade é uma forma de proteção da pessoa que foi eleita para representar o povo. Além disso, a Constituição fortaleceu o Poder Judiciário, garantindo também aos seus membros algumas prerrogativas para o pleno exercício do cargo.

2 PODER JUDICIÁRIO E O ATIVISMO JUDICIAL

Neste capítulo, pretende-se demonstrar a organização do Poder Judiciário após a promulgação da Constituição de 1988. Pretende-se ainda salientar e a ascensão institucional do Supremo Tribunal Federal e a relação de independência entre o Poder Judiciário e os demais poderes da República e a independência que existe relação aos próprios membros.

Será demonstrado, ainda, o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial, este último que tem se tornado um mecanismo ada vez mais utilizado pelo STF ao tomar decisões que naturalmente deveriam ser discutidas pelo legislador.

---

[70] BANDEIRA, Daniela Böck; MELGARÉ, Plínio. **Imunidade e garantias parlamentares perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal.** Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/536850>. Acesso em: 26 maio 2018.

[71] CALIMAN, Auro Augusto. **Mandato parlamentar aquisição e perda antecipada**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 114 -137.

2.1 A ascensão institucional do Poder Judiciário

No modelo constitucional brasileiro, o Poder Judiciário tem como regra a função técnica. Cabe a ele a função jurisdicional do Estado. O judiciário brasileiro é dividido em Tribunais e existe uma independência externa em relação a outros poderes e uma independência interna em relação a atuação de seus membros, não existindo como regra subordinação entre os graus de jurisdição, ficando o magistrado apenas vinculado ao texto da lei[72].

A partir do século XX, aumentou-se substancialmente o número de litígios judiciais. Diferente dos poderes executivo e legislativo, o judiciário, quando chamado a atuar, não pode abdicar de tomar decisões. Longe de controles externos e independente aos demais poderes, tem a prerrogativa de decidir sobre constitucionalidade das leis[73].

Com relação à independência do judiciário, percebe-se que esta não deriva exclusivamente do princípio de separação dos poderes e sim da necessidade de que seus membros possuam independência funcional para que possam decidir de forma imparcial as demandas que chegam ao seu conhecimento sem que existam pressões externas ou até mesmo de dentro do próprio sistema judicial. Assim, pode o juiz de primeiro grau decidir sem temer uma retaliação de magistrados de instâncias superiores[74].

Com a promulgação da Constituição de 1988, a guarda da constituição por força do artigo 102 foi expressamente entregue ao Supremo Tribunal Federal – STF, sendo este o órgão máximo do judiciário brasileiro. O STF não se tornou, contudo, um Tribunal exclusivamente constitucional, mantendo ainda competência para atuar

[72] BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **O poder judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa.** Revista de informação legislativa, v. 49, n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496610>. Acesso em: 19 maio 2018.

[73] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-41.

[74] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46-47.

em situações de forma originária como nos casos de julgamento de autoridades com foro por prerrogativa de função, ação direta de inconstitucionalidade – ADI, ação declaratória de constitucionalidade – ADC, arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF ou recursal quando tem competência para decidir sobre decisões proferidas por Tribunais inferiores que possam violar dispositivo constitucional[75].

Dentre as alterações promovidas pela Constituição, destaca-se a ampliação do rol de pessoas que são legitimadas para propor ADI, ADC[76] e ADPF[77], fazendo com que a STF comece a atuar como um órgão político de resolução de conflito, e como consequência, fazendo com que a decisões proferidas tenham grande impacto em relação aos outros poderes e à sociedade como um todo[78].

A composição do STF é de 11 ministros, sendo estes brasileiros nato, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico, reputação ilibada e que estejam no gozo dos direitos políticos[79].

A nomeação dos Ministros é classificada pela doutrina como um ato administrativo complexo e discricionário. A complexidade dar-se-á pelo trabalho

[75] BARBOSA, Daniella Dutra de Almeida. O supremo tribunal federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 186, p. 129-140, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198678>. Acesso em: 19 maio 2018.

[76] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Presidência da República. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[77] BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

[78] BARBOSA, Daniella Dutra de Almeida. O Supremo Tribunal Federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 186, p. 129-140, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198678>. Acesso em: 19 maio 2018.

[79] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Presidência da República. Artigos 12, § 3º, IV; 14, § 1º, I; e 101, caput. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

conjunto de dois órgãos, sendo eles o Presidente da República que ainda tem a discricionariedade de escolher livremente, desde que respeitado os requisitos pré-estabelecidos pela Constituição, e pelo Senado Federal que tem competência para aprovar o nome indicado[80].

Essa participação dos poderes executivo e legislativo na escolha de Ministros do STF decorre do sistema de freios e contrapesos, tendo como finalidade evitar a concentração de muito poder nas mãos de uma única autoridade. Garante uma certa legitimidade e segurança para aqueles que serão empossados no cargo, já que estes não são escolhidos por meio do voto direto, mas por aqueles que foram eleitos diretamente, garantindo assim uma participação indireta da sociedade[81].

Ao se considerar um papel a natureza jurídica-política das Cortes Constitucionais no mundo, percebe-se que com esse sistema de escolhas a indicação por meio político se torna mais democrática dentro da estrutura adotada pelo Brasil. Esse modelo evita que sejam exigidos parâmetros muito objetivos que poderiam acarretar escolhas arbitrárias[82].

Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, os magistrados começaram a recuperar suas garantias e tem se transformado em um grande poder político que detém força para interpretar e fazer cumprir as leis. Contudo, pelo fato de não terem sido eleitos e não terem seus poderes outorgados

[80] TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do supremo tribunal federal.** Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa. 2006. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1596>. Acesso em: 20 maio 2018.

[81] TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.** Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa. 2006. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1596>. Acesso em: 20 maio 2018.

[82] RIBEIRO, Roberto da Silva. **O processo de indicação dos ministros do supremo tribunal federal: uma análise crítica.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2015/05/11/estudo-o-processo-de-indicacao-dos-ministros-do-stf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

pelo povo, essa ascensão do judiciário pode representar um perigo do ponto de vista do estado democrático de direito[83].

Percebe-se que a ascensão institucional do Poder Judiciário garantiu que estes pudessem atuar sem pressões externas, porém, ainda que exista essa independência a Suprema Corte tem sido pressionada por setores da sociedade ou pela imprensa a tomar decisões que deveriam nascer no parlamento, o que acabou gerando um novo fenômeno, a ser abordado em seguida, que se denomina de judicialização da política e ativismo judicial.

2.2 Judicialização da Política e Ativismo Judicial

Conforme já dito, a teoria de separação dos poderes tem o objetivo desconcentrar as funções do Estado para que essas sejam exercidas por órgãos independentes e especializados. Por isso, a Constituição Federal de 1988 denominou que não haveria quaisquer tipos de subordinação entre os poderes, apenas observância às suas atribuições constitucionais[84].

Essa crítica está relacionada à confusão entre o campo jurídico e o político, o que pode levar o magistrado a fazer uma má política por intermédio dos meios jurídicos. O fato de todos os magistrados terem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, por meio do controle de constitucionalidade, favorece o ativismo judicial, pois em busca de resolver um determinado caso, o judiciário acaba extrapolando sua competência fazendo com que cada magistrado se torne um legislador, o que consequentemente atenta contra o princípio da separação dos poderes[85].

---

[83] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819 01.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[84] FIGUEIREDO, Eduardo Fin De. **O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia**. 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/1728/1122>. Acesso em: 26 maio 2018.

[85] FIGUEIREDO, Eduardo Fin De. **O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia.** 2017. Disponível em:

Esse mecanismo ganhou força com a promulgação da atual Constituição em 1988, pois se atribuiu aos magistrados a possibilidade de utilizar o controle abstrato de constitucionalidade para promover soluções que não se encontram explícitas no texto constitucional, gerando consequentemente uma atenção da imprensa sobres essas decisões[86].

Em razão da expansão do controle de constitucionalidade, tem-se verificado que temas polêmicos, como no caso da ADPF 54[87] que permitiu o aborto de fetos encéfalos e a ADPF 132[88] que reconheceu a união homoafetiva, que naturalmente deveriam ser decididos pelos poderes legislativo e executivo, foram transferidos para o judiciário que acaba desenvolvendo um papel de legislador positivo. Após decidido no âmbito judicial, espera-se que seja mantida a coerência sobre as decisões. Criou-se uma ideia de que cabe ao judiciário decidir matérias reivindicadas por grupos sociais e que eventualmente poderiam ser derrotadas no campo político por eventuais problemas eleitorais[89].

Com o aumento de matérias de caráter político no âmbito judiciário surge o fenômeno chamado de judicialização da política. Esse mecanismo se difere do ativismo judicial. A judicialização da política é um mecanismo originário da própria Constituição, não é um exercício que decorre da vontade política. Nesse mecanismo o judiciário tem a obrigação de decidir utilizando como fundamento a mera interpretação da norma constitucional, analisando se esta permite objetivamente ou

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/1728/1122>. Acesso em: 26 maio 2018.

[86] FIGUEIREDO, Eduardo Fin De. **O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia.** 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/1728/1122>. Acesso em: 26 maio 2018.

[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[88] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[89] LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada.** Revista Brasileira de Direito. Passo Fundo. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 28 maio 2018.

subjetivamente a resolução de uma pretensão. O ativismo judicial é a maneira em que se interpreta o texto constitucional, o que pode gerar uma ampliação de seu alcance. Ocorre muitas vezes quando existe necessidade de que as demandas sociais sejam atendidas e o legislativo é omisso[90].

A judicialização da política se concretiza quando assuntos políticos ou sociais relevantes deixam de ser decididos pelos órgãos representativos e começam a ser decididos por juízes e tribunais sem que haja devida participação popular. Esse fenômeno pode ser explicado de três formas, sendo que a 1ª acontece do ponto de vista da redemocratização do país que garantiu aos membros do judiciário mais mecanismos para se fazer cumprir a constituição, influenciou nesse processo também a mudança na composição do STF, pois nos dias atuais os ministros não são mais os indicados durante os governos militares. Se dar também pela informatização da população que hoje sabe que podem provocar o Poder Judiciário para garantir seus direitos.

A 2ª decorre da constitucionalização de temas que antes eram deixadas a vontade política do legislador para criar leis ordinárias. A Constituição regula diversos temas, o que acabou transformando política em direito. Por esses direitos estarem previstos na Constituição, podem ser objetos de ações judiciais caso não sejam cumpridos.

A 3ª forma ocorre por força do controle de constitucionalidade que é o mais abrangente do mundo. Esse sistema tem características do sistema americano onde um magistrado ou Tribunal pode fazer o controle difuso e deixar de aplicar uma norma ao caso concreto que entenda ser inconstitucional e o sistema europeu onde existe a possibilidade de controle por meio de ação direta, que podem ser propostas

[90] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

por um rol taxativo no artigo 103, da Constituição e tem julgamento perante do STF[91].

A desconfiança que as pessoas[92] têm dos órgãos de representação tem feito com que haja um aumento nas responsabilidades do judiciário. A sociedade brasileira tem se acostumado com atuação do STF para decidir questões relacionadas à política, economia, moralidade nacional, devendo o judiciário além da guarda constitucional fazer também parte do sistema representativo[93].

Recentemente, seja por omissão legislativa ou pela existência vácuo de poder, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem sido chamado para se manifestar ou até mesmo regulamentar matérias que deveriam ser decididas pelo executivo e principalmente pelo legislativo[94].

Dentre os casos, destaca-se a Pet 3.388/RR, onde o STF estabeleceu marcos sobre a demarcação de terra indígenas; 2) A ADI 3.150 que permitiu a e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias; 3) a ADC 12 que julgou constitucional a Resolução nº 7/2006 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e vedou o nepotismo no Poder Judiciário; 4) a ADPF 130 que suspendeu dispositivos da Lei de imprensa que violavam a Constituição[95].

---

[91] BARROSO, Luís Roberto**. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819 01.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[92] Segundo levantamento mais recente do Ipsos. De acordo com o estudo, 93% não confiam nos políticos em geral e 90% não confiam no presidente da República. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,desconfianca-nos-politicos-aumenta-diz-pesquisa-ipsos,70002053449>. Acesso em: 05 maio 2018.

[93] LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada.** Revista Brasileira de Direito. Passo Fundo. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 28 maio 2018.

[94] LEWANDOWSKI, Ricardo. **Freios e contrapesos**. Folha de S. Paulo. São Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/05/ricardo-lewandowski-freios-e-contrapesos.shtml>. Acesso em: 24 maio 2018.

[95] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819 01.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

Nos referidos casos, a Suprema Corte agiu dentro do que foi postulado pelas partes, desenvolvendo assim o seu papel constitucional de dever se manifestar e resolver o litígio sempre que demandado[96].

O ativismo judicial está ligado a uma atuação mais intensa pelos magistrados para garantir a aplicação dos objetivos constitucionais, o que acaba invadindo a competência dos demais poderes. O ativismo tem o objetivo de ampliar o máximo a interpretação do dispositivo constitucional.

Essa atuação pode ser em relação: 1º a ampliação das normas constitucionais independente de manifestação legislativa; 2º a utilização de critérios menos rígidos para declarar inconstitucional normas aprovadas pelo parlamento; e 3º que decorre da imposição de procedimentos ao poder público em relação a políticas públicas[97].

Para se opor ao ativismo e diminuir o exercício de funções de outros poderes por parte do judiciário, existe o mecanismo de autocontenção judicial, por meio do qual deveriam os magistrados: 1º evitar a ampliação dos dispositivos constitucionais e aguardar a atuação do Poder Legislativo; 2º adotar critérios mais rígidos para declarar inconstitucional leis ou normas; 3º não intervir nas políticas públicas[98].

Dentre esses ativismos, destaca-se a ADIs 3.999 e 408 que entendeu que o mandato pertence ao partido político, e não ao parlamentar, e a Súmula Vinculante 13 que estendeu aos poderes legislativo e executivo a vedação ao nepotismo[99].

Destaca-se também com ativismo judicial a decisão no âmbito da AC 4070 que determinou em nome da preservação dos princípios democráticos o afastamento

[96] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819 01.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.
[97] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819 01.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.
[98] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819 01.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.
[99] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819 01.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

do então Deputado Federal Eduardo Cunha que presidia a época a Câmara dos Deputados do mandato parlamentar e consequentemente da Presidência da Câmara dos Deputados[100].

No caso do afastamento de Eduardo Cunha, além de ocorrer uma usurpação da função legislativa, a decisão que o afastou não demonstrou os princípios jurídicos que fundamentaram excepcionalidade, correndo o risco de se aproximar de um estado de exceção, pois o STF sujeitou a vontade popular ao controle de constitucionalidade[101].

Percebe-se que a morosidade política contribui para uma maior atuação do Poder Judiciário que chega a ser provocado para se manifestar sobre a inércias dos órgãos representativos. Em muitos casos, os próprios órgãos representativos provocam o judiciário para decidir sobre questões que eles não conseguem ou preferem não resolver por motivos religiosos, pressão de grupos interessados, fins eleitoreiros, como no caso da ADPF 54 que descriminalizou o aborto de feto anencefálico e a ADPF 132 que permitiu a união estável entre casais homoafetivos[102].

Entretanto, esse ativismo pode trazer alguns riscos à legitimidade democrática. Diferente do Presidente da República, dos Deputados Federais e dos Senadores da República, os membros do Poder Judiciário não são eleitos. Não gozam, assim, de legitimidade democrática. Vale ressaltar, por exemplo, que uma decisão do STF que invalida uma decisão do Presidente da República ou afastando

[100] SALDANHA, Leonardo Tricot; WEIMER, Sarah Francieli Mello. **O protagonismo judiciário e o afastamento de Eduardo Cunha de suas funções parlamentares pelo STF.** Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2016. Montevidéu. Disponivel em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/hs2y306m/xWos8pK18YjN75Df.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[101] SALDANHA, Leonardo Tricot; WEIMER, Sarah Francieli Mello. **O protagonismo judiciário e o afastamento de Eduardo Cunha de suas funções parlamentares pelo STF.** Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2016. Montevidéu. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/hs2y306m/xWos8pK18YjN75Df.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[102] LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada**. Revista Brasileira de Direito. Passo Fundo. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 28 maio 2018.

um membro do Congresso Nacional está indiretamente invalidando a vontade popular. Por isso, é controversa a legitimidade para que magistrados invalide atos daqueles que detém a sabatina popular[103].

Além do fundamento constitucional que reserva ao Poder Judiciário uma parte do poder político independente da via eleitoral, devem eles exercer de forma técnica e imparcial, pois não podem ter vontade política própria. Apenas a exercer de acordo com as leis que foram aprovadas pelos representantes diretos da sociedade[104].

Existe também uma justificativa do ponto de vista filosófico que[105]:

> O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes[106].

Desse modo, a Constituição estabeleceu dois grandes papéis, sendo um deles regular a atuação democrática e assegurar um governo de maioria com alternância de poder. Porém, foi cautelosa ao definir que a maioria nem sempre pode tudo. O outro papel é o que garante proteção a todos independente de ter ou não mais votos, cabendo ao Supremo a guarda e a interpretação da Constituição[107].

---

[103] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819O1.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[104] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819O1.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[105] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819O1.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[106] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819O1.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[107] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819O1.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

Uma das premissas da separação dos poderes é o controle recíproco entre eles, coibindo então a possibilidade de ascensão de um poder que coloque em risco a democracia e os direitos fundamentais. O executivo e ao legislativo também interpretam a Constituição, cabendo ao judiciário a última palavra. Essa divisão de funções tem o objetivo de que cada poder seja eficiente na sua área de atuação[108].

Por isso, por não gozar da mesma estrutura técnica, científica ou de tempo para avaliar o impacto de uma decisão judicial, nem sempre deve o judiciário agir, devendo se manter uma deferência com o que já havia sido regulado por quem detém de especialização e estrutura para criar, inovar e regular[109].

A supremacia das decisões judiciais pode ser um bom mecanismo para os membros do Poder Judiciário, já que essa lhes dá o poder da última palavra. Entretanto, nem sempre traz as melhores decisões para o país, pois muitas vezes ela acaba enfraquecendo a política e acaba reduzindo os poderes executivo e legislativo em primeira instância, onde todos seus atos podem ser reformados pelo judiciário. A interferência do judiciário no campo político deve se dar só em último caso[110].

Neste capítulo se pretendeu demonstrar que o ativismo judicial nem sempre decorre do vácuo de poder, pois em muitos casos os atores políticos se aproveitam dessa nova instância para demandar sobre perda de poder ou sobre uma derrota política. Os agentes políticos muitas vezes enxergam essas decisões judiciais como de melhor reputação, pois acreditam que são proferidas por magistrados independentes. No próximo capítulo será analisado a decisão do STF que afastou o Senador Aécio Neves do mandato parlamentar.

---

[108] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[109] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[110] FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze Supremos: o supremo em 2016.** Belo Horizonte, 2017. p. 111.

3 ANÁLISE DA DECISÃO DA AÇÃO CAUTELAR 4327 QUE AFASTOU O SENADOR AÉCIO NEVES DO MANDATO PARLAMENTAR

No dia 29 de setembro de 2017, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência e relatoria do Ministro Marco Aurélio, por maioria, restabeleceu as medidas cautelares anteriormente impostas ao Senador Aécio Neves por decisão do Ministro Edson Fachin.

Pretende-se apresentar nesse capítulo um breve relatório dos fatos ocorridos e as razões que levaram a maioria da Primeira Turma do STF a restabelecer a decisão de afastamento do senador Aécio Neves.

3.1 Análise do acórdão da AC 4327

O Ministro Edson Fachin proferiu decisão monocrática no dia 19/05/2017 determinando o afastamento do mandato do senador Aécio Neves e proibindo-o de se comunicar com outros réus do processo em trâmite. Proibiu ainda de se ausentar do País, devendo seu passaporte ser entregue às autoridades.

No dia 30/06/2017, o Ministro Marco Aurélio foi designado como novo relator e revogou as medidas que haviam sido impostas anteriormente, por entender que estas violavam o princípio de separação dos poderes.

No dia 03/08/2017, o Procurador-Geral da República requereu a reconsideração da decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio, a fim de que fosse decretada a prisão preventiva do Senador, ou: 1) o afastamento do mandato e de qualquer função pública; 2) o uso de dispositivo pessoal de monitoramento eletrônico; 3) a proibição de contato com investigado ou réu em processo alusivo à "Operação Lava Jato[111]" ou desmembrados; 4) a vedação de

[111] MPF. "A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.". Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 20 maio 2018.

ingresso em quaisquer repartições públicas, em especial o Congresso Nacional, salvo como usuário de serviço certo e determinado, para o exercício de direito individual, desde que comunicado previamente ao Supremo; 5) a proibição de deixar o País, com entrega de passaportes; e 6) que se não reconsiderada a decisão que o agravo fosse remetido a Primeira Turma para julgamento[112].

Sustentou, o Procurador-Geral que o Senador se encontrava em situação imprópria quanto ao delito do crime de corrupção passiva e flagrante próprio quanto aos delitos de constituição de grupo criminoso e embaraço à investigação de organização criminosa. Sustentou o PGR que essa medida cautelar tinha como finalidade garantir a ordem pública e a instrução criminal. Lembrou que a imunidade parlamentar não era direito absoluto e que a Constituição permite a segregação cautelar de parlamentares federais por crimes inafiançáveis cometidos em flagrante, respeitando o direito da casa legislativa decidir sobre a manutenção ou não da prisão. Ressaltou que o afastamento provisório do mandato parlamentar encontra respaldo no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal e que no julgamento das ações cautelares nº 4.039 e nº 4.070 o STF permitiu na primeira a prisão de um Senador da República e na segunda suspensão do mandato de um Deputado Federal.

Arguiu ainda que existia desvio de finalidade na conduta do senador, pois em diálogos este demonstrava utilizar-se do mandato para impedir avanços na "Operação Lava Jato" como a tentativa de intervir na escolha de delegados para conduzir os inquéritos da operação. Disse que o senador teria descumprido a decisão judicial que determinou o seu afastamento do mandato, pois o Senador manteve uma reunião com outros Senadores no dia 30/05/2017 e por isso o simples afastamento do mandato era medida insuficiente.

No dia 25/08/2017, o Senador Aécio Neves requereu o desprovimento do agravo, alegando que: 1) eventual reconsideração da decisão proferida anteriormente

112 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 4-5.

pelo relator é ínsita ao juiz natural, presente a redistribuição do processo; 2) que o pedido pleiteado pelo Procurador-Geral era equivocada e autoritária com a finalidade de dar interpretação diversa ao disposto no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal; 4) que os delitos que lhe foram imputados não se tratam de crimes inafiançáveis dispostos no art. 5º, incisos XLIII e XLIV da Constituição Federal; 5) alegou que seria inviável prisão em flagrante de supostos crimes cometidos a aproximadamente 5 meses; 6) Que as medida cautelar de suspensão da função pública não se aplica aquele que detém mandato eletivo; 7) que a situação não se parecia com a da ação cautelar nº 4.070, pois nesta existia recebimento de denúncia por decisão colegiada, o que não acontecia no caso; 8) que críticas a operações policiais em cursos no país não eram condutas típicas penal e que não existia fundamentação idônea nos pedidos formulados pelo Procurador-Geral da República.

No dia 26/09/2017, o relator, Ministro Marco Aurélio, iniciou seu voto relembrando a decisão que ele proferiu no dia 30/06/2017, argumentando que o senador se encontrava afastado do mandato por aproximadamente 1 mês e 12 dias, e que resolveu submeter a Primeira Turma o agravo, pois a controvérsia envolvia a atuação parlamentar, a separação, independência e harmonia de poderes estabelecidas na Constituição Federal. Destacou que:

> O Supremo tem sido chamado a pronunciar-se sobre acontecimentos de repercussão social inédita e não deve furtar-se a fazê-lo, enquanto última trincheira da cidadania. A intervenção deve atender a balizas, a critérios objetivos versados no Texto Maior. Em quadra de abandono a princípios, de perda de parâmetros, de inversão de valores, de escândalos de toda ordem, cumpre ser fiel aos ditames constitucionais e legais, sob pena de imperar o descontrole institucional, com risco para a própria democracia[113].

[113] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 10.

Relembrou que a legislador originário preferiu garantir o pleno exercício das prerrogativas outorgadas pelo povo para que este pudesse exercer sem riscos de cassações, abusos como ocorria nos regimes de exceções em que o país viveu. Ressaltou que a Constituição garantiu a imunidade por palavras, opiniões e votos para que os Deputados e Senadores que são representantes diretamente escolhidos pelo povo pudesse tomar decisões garantindo assim a ordem democrática. O artigo 53, § 2º, da Constituição Federal dispõe que "desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão". Sendo assim, o dispositivo constitucional não inviabilizaria o curso processual e nem impediria que o parlamentar fosse preso, mas estabelece situações excepcionais que isso poderá acontecer.

Continuando, o Ministro Relator ressaltou que essa garantia constitucional não teve a intenção de criar obstáculos ao processamento de membros do Congresso Nacional, mas sim garantir a separação e harmonia dos poderes. Lembrou que após 1988 não pode mais existir embaraços ao exercício do mandato, vinculados os Poderes da República a premissas inafastáveis. Citando o teor do § 3º do artigo 53 da Constituição Federal, está claro que se recebida a denúncia após a diplomação, deverá ser dada ciência à casa no qual o parlamentar fizer parte para que esta possa decidir pela sustação do curso do processo enquanto durar o mandato, afastado, por consequência lógica, o curso do prazo prescricional e do § 8º do artigo 53, que garante as imunidades do membros do Congresso Nacional até mesmo durante o estado de sítio, podendo estas serem afastadas por deliberação de dois terços dos membros da casa respectiva.

O Ministro aduziu que o princípio da separação dos poderes impõe uma limitação de um poder por outro, e que a independência dos membros do Congresso Nacional é conferida desde a diplomação e esta é inerente enquanto o agente político permanecer no cargo. Pretextou ainda que as medidas acauteladoras aprovadas pelo

legislador ordinário nem sempre se mostrava harmônicas com o sistema constitucional. Ressaltou que:

> A liminar de afastamento é, de regra, incabível, sobretudo se considerado o fato de o desempenho parlamentar estar vinculado a mandato que se exaure no tempo. Em síntese, o afastamento do exercício do mandato implica esvaziamento irreparável e irreversível da representação democrática conferida pelo voto popular[114].

Por isso, não poderia o STF, a quem compete a guarda da constituição, por uma decisão individual ocorrer um afastamento precoce e assim reduzir a capacidade institucional do Senado Federal para decidir sobre condutas praticadas pelos seus membros. Um eventual afastamento deveria ser decidido pelo seus pares, pois os crimes que lhe foram imputados não se encontram no rol de crimes inafiançáveis previstos na lei dos crimes hediondos e no art. 5º, incisos XLIII e XLIV da Constituição Federal e assim não caberia na hipótese que autorizam a prisão de parlamentares federais.

Relembrou que: 1) a articulação para escolha do Ministro da Justiça é um ato característico do presidencialismo de coalizão, não podendo esta ser tipificada como crime e que promover críticas a ministros de estado são normais e inerentes ao livre exercício do fiscalizatório do poder legislativo. Sendo assim, não havia como demonstrar que estas críticas influenciaram o Presidente da República ou houve tentativa de obstruir investigações em curso, sendo que a Polícia Federal é uma instituição de Estado de não de um governo ou outro; 2) em relação a tentativa de aprovar a anistia ao crime de "caixa dois", o Ministro relembrou que alterações ou criações legislativas são inerentes à atividade parlamentar e está estaria protegida pela imunidade quanto as opiniões e votos previstas na Constituição: 3) sobre a reunião com outros senadores, relembrou que embora suspenso do mandato, Aécio Neves ainda gozava de direitos políticos inerentes aos cidadão, especialmente quanto

[114] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 13.

a filiação partidária já que na época este era presidente do Partido da Social Democracia Brasileira.

Em relação ao recolhimento do passaporte, argumentou que inexistiam argumentos densos de que corria risco de o senador empregar fuga do país, levando em consideração toda sua trajetória política construída no país. Sustentou que:

> O afastamento, em liminar, sem a existência sequer de processo-crime contra o parlamentar, do exercício do mandato é incabível, valendo notar que, no âmbito da Casa Legislativa, do Senado, há de ser resolvida a questão, considerado até mesmo possível processo administrativo-político por quebra de decoro, se é que houve. O Judiciário não pode substituir-se ao Legislativo, muito menos em ato de força a conflitar com a harmonia e independência dos Poderes
>
> Atentem para os parâmetros constitucionais. Relativamente aos parlamentares, nem mesmo o recebimento da denúncia implica o afastamento do exercício do mandato[115].

Por fim, o Ministro afirmou que os supostos crimes cometidos pelo Senador Aécio Neves por si só não autorizam a prisão preventiva, pois não existia segregação cautelar por supostos atos ilícitos cometidos, devendo então prevalecer o princípio da não culpabilidade. Por esses motivos, votou pelo desprovimento do agravo.

Percebe-se no voto que o Ministro relator foi cauteloso ao decidir, prezando por uma atuação do STF somente dos limites estritos da Constituição. O próprio texto constitucional, apesar de submeter os parlamentares a leis por eles aprovadas, em nome do interesse público garantiu que estes têm autonomia plena para atuar em nome dos quais os elegeram[116].

Para preservar a independência do Poder Legislativo, a Constituição não trouxe a possibilidade de que o parlamentar fosse afastado de seu cargo, pois a intenção do legislador constituinte era que após todos os períodos ditatoriais que o

---

[115] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 13.

[116] OLIVEIRA. Tiago Correia Schubach de. **Novo olhar sobre as imunidades parlamentares no combate às impunidades.** 2008. Disponível em: <http://fbb.tecnologia.ws/media/Publica%C3%A7%C3%B5es/Domus/6%20TIAGO%20ok%20novo%20olhar%2014%20out.doc.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

país viveu, seria necessário garantir que processos judiciais arbitrários ou processos de cunho político não interferissem na atuação deste parlamentar[117].

Ressalta-se, portanto, o respeito do Ministro Marco Aurélio com o princípio da separação dos poderes, garantindo que o STF deve atuar somente dentro dos limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional.

O Ministro Alexandre de Moraes iniciou seu voto argumentando que as imunidades conferidas aos parlamentares são mecanismos de elevado grau de importância, pois através deles os Deputados e Senadores ficam protegidos de pressões e abusos por parte de outros poderes e assim podem exercer seu mandato de forma plena. Relembrou que as Constituições anteriores a 1988 já garantiam algumas prerrogativas aos membros do Congresso Nacional. Enfatizou que embora alguns não concordem, o texto constitucional foi muito claro ao prever a regra e as exceções ao exercício do mandato.

Ressaltou que todos devem respeito a Constituição Federal, inclusive os Ministros do STF, não podendo a Corte com sua prerrogativa de interpretar a Constituição relativizar o que foi escrito pelo legislador originário, sob pena de colocar em risco a separação dos poderes. Argumentou que eventuais crimes praticados por congressistas não afastam as garantias constitucionais, sob pena de se abrir um precedente que poderá afastar garantias atribuídas aos outros poderes, a própria magistratura, e aos membros do Ministério Público, pois são prerrogativas para que os órgãos do Estado possam atuar sem pressões, coações e ingerências internas e externas.

O Ministro relembrou que o Senador Aécio Neves foi denunciado pelo Ministério Público pela prática em tese do crime de corrupção passiva e tentativa de embaraçar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. O

[117] OLIVEIRA. Tiago Correia Schubach de. **Novo olhar sobre as imunidades parlamentares no combate às impunidades.** 2008. Disponível em: <http://fbb.tecnologia.ws/media/Publica%C3%A7%C3%B5es/Domus/6%20TIAGO%20ok%20novo%20olhar%2014%20out.doc.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

Procurador-Geral argumentou que estava demonstrado que os atos executórios foram esgotados em relação ao crime de corrupção passiva, e que em relação a organização criminosa, embora iniciada, não consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente. Sendo assim, não existiam qualquer hipótese de crime inafiançável permanente, o que tornava inviável a prisão do Senador.

Por fim, concluiu o Ministro Alexandre de Moraes que o pedido subsidiário era juridicamente impossível, tendo em vista que tal previsão não se encontra previsto nas medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal – CPP.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto, argumentou que: 1) a consumação do crime de corrupção passiva se mostrava na transcrição da gravação de conversa entre o Senador Aécio e Joesley Batista, onde ficou acertado um pagamento de R$ 2.000.000 e uma filmagem onde mostra um encontro entre o primo do Senador Aécio e Ricardo Saud, indicando que o destino final seria o Senador; 2) quanto à habitualidade criminosa, era notável que esta ocorria com frequência, pois em depoimento Joesley Batista relatava ter pago o montante de R$ 2.000.000 a Andrea Neves, irmã de Aécio; 3) Em relação à tentativa de obstrução a justiça, sustentou que se mostra evidente a necessidade de anistiar o caixa-dois para todo mundo e a necessidade de substituir o Ministro da Justiça para se ter em tese um maior controle sobre a Polícia Federal; 4) Em relação à lavagem de dinheiro, o Ministro Luís Roberto Barroso relembrou a decisão do Ministro Edson Fachin de que haveria tendentes a ocultação de R$ 500.00 recebidos; 5) Sob a promessa de recompensa, sustentou que no depoimento Joesley, este afirma que Andrea Neves teria pedido para que ele comprasse, por quarenta milhões de reais e como recompensa Aécio interferiria na nomeação do Presidente da Vale do Rio Doce.

Com relação a medidas cautelares, sustentou o Ministro Luís Roberto Barroso que haviam graves indícios de que Aécio Neves utilizava de seu mandato para obter vantagens pessoais, prevalecendo seu interesse privado em detrimento do interesse público. Relembrou a decisão proferida primeiramente pelo Ministro Edson Fachin de que era necessária a suspensão do mandato para a garantia da ordem pública, pois

se temia a reiteração da prática delitiva, em razão da habitualidade na prática de crimes e da gravidade concreta das condutas. Em relação à prisão preventiva, o Ministro Barroso atestou que embora pessoalmente achasse que era o caso da segregação cautelar, existia uma dúvida sobre o preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 53, § 2º, da CF.

Por fim, concluiu o Ministro Luís Roberto Barroso pelo não conhecimento da prisão preventiva e pelo restabelecimento da decisão proferida primeiramente pelo relator originário, Ministro Edson Fachin, que suspendeu do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; 2) proibiu de contratar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos relacionados à presente ação; e 3) proibiu de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes. E acrescentou ainda o recolhimento noturno, previsto no art. 319, V, do CPP.

A Ministra Rosa Weber iniciou seu voto argumentando que existia uma controvérsia se o senador estaria em flagrante e por isso não verificava condutas que justificariam por ora a prisão preventiva. Sustentou que a possibilidade de interpretação mais ampla do artigo 53, § 2º, da CF, com a finalidade de autorizar prisões de parlamentares fora do previsto na constituição não era adequado nesse caso específico. Por essas razões, entendia não ser o caso de decretação de prisão preventiva.

Posteriormente, a Ministra argumentou que a interpretação da Constituição não deve excluir o caráter político das relações entre os poderes, pois estes eram inerentes a própria ideia de democracia que é o fundamento maior da República. Pretextou que o poder pertencente ao povo e a hermenêutica constitucional e normativa deveria ser técnica e jurídica e deveria sempre observar os desenhos institucionais, os modos de funcionamento do Estado, as relações entre os poderes que foram instituídos pelo legislador constituinte, tendo em vista que eles asseguravam a própria ideia de continuidade de existência de uma República democrática.

Ressaltou que a suspensão de mandato eletivo para garantir as investigações criminais estava sendo acolhido pelo novo desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. Relembrou que:

> A prerrogativa institucional não deve ser confundida com privilégio pessoal. Não há, em um Estado Democrático de Direito qualificado pelo princípio republicano, espaço para privilégios voltados à satisfação do interesse pessoal dos seus beneficiários.
>
> Descabe, sob tal moldura, conceber ou interpretar como se privilégios fossem as prerrogativas ligadas a determinados cargos ou funções – como é o caso das imunidades parlamentares - ao se perquirir sobre seu sentido e alcance, quer consideradas em seu aspecto material, quer sob a ótica processual ou formal. O que o direito republicano respalda é a preservação da instituição e não o interesse pessoal do indivíduo ocupante do cargo[118].

Por isso, argumentou que fazendo uma interpretação do art. 53, § 2º, da Constituição, ficava demonstrado que esse privilégio não alcançaria as medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP. Relembrou que embora excepcionalíssimo o caso era semelhante à AC 4.070 que afastou o então Deputado Eduardo Cunha por entender que este utilizava do seu cargo para obstruir investigações, o que se mostrava semelhante com as condutas que vinham sendo desenvolvidas pelo Senador Aécio.

Sendo assim, o afastamento do Senador Aécio não seria uma medida judicial ativista, fora do quadrado, ou novidadeira. Pois estaria presente no CPP e não implicaria em violação à Democracia ou à Separação dos Poderes. Por isso, acompanharia o voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

Conforme demonstrado no capitulo em epígrafe, o estatuto dos congressistas não autoriza que os membros do Congresso Nacional sejam afastados de suas funções, nesse sentido, não caberia sob pena da ruptura da separação dos poderes, o

[118] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 69-70.

STF adotar uma postura ativista e aplicar medidas cautelares que não estão autorizadas pela Constituição[119].

O Ministro Luiz Fux iniciou voto dizendo que a discussão era um aspecto muito sensível e nuclear dentro da dinâmica interinstitucional em um Estado Democrático de Direito, pois o STF estava sendo chamado a decidir sobre a viabilidade de afastar um representante com poderes outorgado pelo povo por supostamente ter cometidos atos estranhos às atividades legislativas.

Argumentou que as prerrogativas garantidas pela Constituição Federal não poderiam ser confundidas com privilégios, e sim uma garantia pois o exercício demandaria a proteção do ordenamento contra perseguições políticas, e assim o parlamentar desenvolvesse suas funções com plena liberdade. Sustentou ainda que embora os congressistas detenham tais imunidades, em alguns casos elas foram relativizadas pelo STF que entendeu que em algumas situações elas eram incompatíveis com o princípio republicano e o ordenamento constitucional em geral.

Sendo certo, entendia que essas imunidades deveriam ser interpretadas de forma estrita, pois existem alguns privilégios que não são alcançadas pela Constituição e essa parte não abrangida cria um odioso privilégio e um atentado contra o princípio da isonomia. Esclareceu que analisando o caso concreto a luz do art. 53, § 2º, da Constituição, era notório que este dispositivo constitucional só protegia o parlamentar da prisão que não fosse decorrente de crimes inafiançáveis, e que o CPP trazia hipóteses para substituir a prisão e essas hipóteses não foram proibidas pela Constituição, sendo assim era constitucional a possibilidade de aplicar as medidas cautelares do CPP a pessoas detentoras de cargo eletivo.

Por isso, embora os membros Poder Judiciário não fossem eleitos diretamente pelo povo, estes também seriam parte do poder político estatal e deveriam agir em nome do povo e igualmente prestar contas à sociedade, por isso as decisões judiciais

[119] PEDRA, A. S. et al. Separação de poderes: aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário. Salvador: Juspodivm. 2018.

deveriam ser sempre fundamentadas. Defendeu que a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal:

> Deve guardar alguma relação com a percepção social da opinião pública acerca de determinado assunto. O sentimento de justiça desenvolvido por uma sociedade no Judiciário é construído e alimentado pelo grau de confiança em suas decisões. A calibragem dessa confiabilidade não prescinde de alguma correspondência entre as decisões por ela proferidas e a percepção social acerca dos assuntos decididos. Não se trata de submissão ou de voluntarismo decisório despido das amarras normativas, mas sim de convergência e de estrito cumprimento ao que determina o ordenamento jurídico pátrio[120].

Por isso, deveria o Poder Judiciário zelar pela crença que o povo detém em um judiciário que seja autônomo, independente e imparcial. Afirmou que a decisão proferia neste julgamento não se curvaria diante da opinião pública, mas "se alinha à percepção social, traduzida num sentimento de repúdio e ojeriza aos sucessivos escândalos de corrupção diariamente noticiados, os quais parecem infindáveis e que, no caso concreto[121]".

O Ministro argumentou a imunidade formal não excluía os parlamentares de serem submetidos a cautelares diversas da prisão e que:

> Cuida-se de excepcional intervenção do Poder Judiciário no exercício de mandato eletivo, fundamentada em fatos, não relacionados à liberdade parlamentar no exercício de seu mandato, mas sim em indícios concretos e veementes de uso do cargo público para a prática de delitos que vitimizam a sociedade e os eleitores[122].

Deve o STF zelar pelo estado democrático de direitos e manter-se alinhado com as regras estabelecidas na Constituição. Em conformidade com que foi exposto

[120] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 111.

[121] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 113.

[122] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal.** Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 115.

sobre o ativismo judicial, percebe-se no voto do Ministro Luiz Fux a uma forte extração de intepretação da norma constitucional a fim de se legitimar uma medida que por disposição constitucional não se aplicaria aos parlamentares.

Por fim, concluiu o Ministro Fux que havia necessidade aplicação das medidas para garantir a ordem pública ordem pública, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal. Relembrou decisões proferidas pelo STF que afastaram parlamentares, como na AC 4070 e na AC 4039. Sendo assim, acompanhou o voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Percebe-se que nos votos proferidos pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber, se dão através do ativismo judicial, onde como já mencionado, o julgador tenta extrair o máximo possível do texto constitucional a fim de que seja resolvido um anseio da população que não foi resolvido pelo poder legislativo.

Um dos principais fundamentos para garantir o afastamento seria a garantia da ordem pública, um mecanismo que decorre da prisão cautelar prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, entretanto, o texto constitucional garante a inviolabilidade do parlamentar em seu artigo 53, §2°, garante que este não será preso, ou seja, se a própria constituição veda a prisão cautelar de senador, não poderia um senador se afastado com base em uma lei infraconstitucional.

Esse excesso na supremacia das decisões judiciais combinada com o ativismo judicial acaba gerando de certa forma uma crise no sistema de separação dos poderes, pois cada vez se pode ver a política sendo decidida nos tribunais.

Importante frisar que a Constituição só previu uma forma de segregação dos membros do Congresso Nacional que seria através da prisão em flagrante de crimes inafiançáveis e mesmo nessa hipótese o próprio texto constitucional em seu artigo 53, § 2°conferiu a casa em que o parlamentar fizer parte que esta decida pela continuidade ou não da prisão[123].

[123] OLIVEIRA. Tiago Correia Schubach de. **Novo olhar sobre as imunidades parlamentares no combate às impunidades. 2008.** Disponível em:

Conforme demonstrado nas informações n° 00145/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU[124] prestadas pela Advocacia-Geral da União – AGU, não existe semelhança entre a prisão em flagrante prevista no art. 53, § 2°, da Constituição com a prisão preventiva estabelecida no art. 312, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, conforme informações da AGU, não há como aplicar as medidas cautelares do CPP aos membros do congresso Nacional, pois estes estão isentos de qualquer prisão ou medida processual, exceto a prisão em flagrante prevista na própria Constituição. E por não caber prisão preventiva contra parlamentar também não é cabível aplicação de medidas alternativas a prisão[125].

Vale a pena lembrar que no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752, o Ministro Celso de Mello ressaltou que "nada compensa a ruptura da ordem constitucional"[126], e por isso que Paulo Gustavo Gonet Branco ressalta que a separação dos poderes como cláusulas pétreas tem também como finalidade evitar que em um possível momento de instabilidade política que o projeto duradouro da constituição não seja destruído[127].

É importante que o Supremo Tribunal Federal se mantenha como guardião da constituição e não atue como legislador positivo quando o houver omissão do Congresso Nacional. O ativismo por parte dos magistrados faz com que este deixe

<http://fbb.tecnologia.ws/media/Publica%C3%A7%C3%B5es/Domus/6%20TIAGO%20ok%20novo%20olhar%2014%20out.doc.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

[124] BRASIL. Advocacia-Geral da União. Informações n° 00145/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/10/ADI-5526-Assinado.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

[125] BRASIL. Advocacia-Geral da União. Informações n° 00145/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/10/ADI-5526-Assinado.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

[126] MELLO, Celso de. **Voto no Julgamento do Habeas Corpus nº 152752. STF**. Brasília/DF. 2018. Pág. 9. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.

[127] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 123-148.

de ser neutro e comece a atuar como um ator político, não pode o poder judiciário se colocar como um superpoder e agir como se legislativo fosse[128].

No caso de afastamento de membros do Congresso Nacional, não é possível que se dê interpretação do art. 312, do CPP, conforme o art. 53, § 2°, da Constituição, sob pena de supressão da vontade popular e violação a separação dos poderes[129].

Essas decisões, apesar de serem aplaudidas por alguns, são decisões excepcionais sob fundamento de garantia de princípios constitucionais. Acabam sendo ativistas do ponto de vista de buscar expelir o máximo de interpretação de um dispositivo constitucional e consequentemente extrapolar os limites de atuação do STF[130].

O ativismo judicial acaba por criar uma sensação de um suprapoder judiciário, que consequentemente acaba por enfraquecer a democracia e transformar a sociedade em cliente de decisões judiciais[131].

Por fim, o papel do Supremo Tribunal Federal é zelar pela ordem democrática e pelos direitos fundamentais. Não devendo se submeter a pressões ideológicas, políticas ou religiosas. Não pode o judiciário, usando de sua função de intérprete da Constituição, usurpar das competências dos outros poderes, pois cabe ao legislador discutir e criar a lei e posteriormente com a sanção presidencial estabelecer as escolhas e os rumos a serem seguidos pela sociedade, cabendo ao STF apenas

[128] NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **Ativismo judicial no brasil. O caso da fidelidade partidária.** 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/502954>. Acesso em: 22 ago. 2018.

[129] BRASIL. Advocacia-Geral da União. Informações n° 00145/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/10/ADI-5526-Assinado.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

[130] SALDANHA, Leonardo Tricot; WEIMER, Sarah Francieli Mello. **O protagonismo judiciário e o afastamento de eduardo cunha de suas funções parlamentares pelo STF**. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2016. Montevidéu. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/hs2y306m/xWos8pK18YjN75Df.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[131] LEX CADIER, Alex. **O papel do judiciário nas sociedades contemporâneas: uma análise do protagonismo judicial e sua adequação social à luz da constituição brasileira.** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=19f3ca179d09e851>. Acesso em: 22 ago. 2018.

observar sua legalidade e preservar a democracia, mas sempre ressalvado a legitimidade daqueles que foram eleitos pelo voto direto[132].

CONCLUSÃO

Devidos aos escândalos de corrupção que tomaram conta do cenário político aumentou-se o descrédito das pessoas com a política no país. Isso tem feito com que parte da população comece a depositar sua confiança no poder judiciário.

Entretanto, conforme demonstrado o instituto da separação dos poderes é um mecanismo que busca coibir o abuso e a concentração do poder somente em uma instituição, um sistema inerente ao equilíbrio do estado de direitos.

A intenção com este trabalho seria responder se a suspensão de mandato de Senador da República por decisão do Supremo Tribunal Federal viola o princípio da separação dos poderes.

Percebeu-se que as imunidades conferidas aos parlamentares não devem ser sinônimo de privilégios e impunidade, mas sim um instituto que garante que este parlamentar possa ser a voz no cenário nacional daqueles que o elegeram.

O ativismo judicial pode ser visto como um elemento concretizado dos direitos fundamentais, mas também serve como um mecanismo de supremacia do poder judiciário sobre os demais poderes. Em alguns casos, pode ser a supressão da vontade da sociedade por uma decisão individual ou colegiada emanada do poder judiciário.

Em relação ao afastamento de Senadores da República por decisão do STF percebe-se que esta decisão viola a separação dos poderes, pois a Constituição garantiu imunidades aos parlamentares e essas garantias não podem ser afastadas por

[132] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

mera interpretação judicial, pois isso coloca em risco a própria independência do poder legislativo e suprime a vontade manifestada através do voto.

Como diz Ruy Barbosa "com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação[133]", sendo assim, as reformas sejam em relação a política ou em relação a leis devem nascer daquele quem detém a função constitucional que no caso do Brasil é o Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ARISTOTELES. A Política. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

BANDEIRA, Daniela Böck; MELGARÉ, Plínio. Imunidade e garantias parlamentares perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/536850>. Acesso em: 26 maio 2018.

BARBOSA, Daniella Dutra de Almeida. O supremo tribunal federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 186, p. 129-140, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198678>. Acesso em: 19 maio 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf >. Acesso em: 28 abr. 2018.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. O poder judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. Revista de informação legislativa, v. 49, n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496610>. Acesso em: 19 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Presidência da República. Art. 102, caput. Disponível em: <

[133]RUI BARBOSA: 164 ANOS DA ÁGUIA DE HAIA. 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189464,51045Rui+Barbosa+164+anos+da+Aguia+de+Haia>. Acesso em: 22 ago. 2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo. Processo relacionado Ação Cautelar n. 4327. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966>. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro determina retorno de Aécio Neves ao exercício das funções de senador. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348351>. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4070. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E C D C. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 15 de julho de 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ac4070.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário confirma afastamento de Eduardo Cunha do mandato na câmara. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402Ementa.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar afasta Renan Calheiros da Presidência do Senado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331246&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 733.387. Agravante: Walter Correia de Brito Neto. Agravado: Democratas – DEM. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de dezembro de 2000. Disponível em: <

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3371858>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 608.122. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Rogério Freire Engenharia Ltda. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 19 de agosto de 2004. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8931352/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-608122-rj-2004-0114316-4/inteiro-teor-14098269>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 775. Requerente: Governador do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 03 de abril de 2014. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25101027/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-775-rs-stf/inteiro-teor-121545735?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. ADI 5.468/DF. Brasília, 30 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319997>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Lei complementar n. 78 de 30 de dezembro de 1993. Disciplina a fixação do número de deputados, nos termos do art. 45, § 1º, da Constituição Federal. Artigos. 1º, 2º e 3º. Brasília. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-complementares/lei-complementar-nb0-78-de-30-de-dezembro-de-1993>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 510. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 01/02/1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752262/inquerito-inq-510-df?ref=serp>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n° 1.400. Autor: Max Freitas Mauro. Investigado: Gerson Camata. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 4 de dezembro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 937. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília, 03 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar 4.327 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Publicado acórdão, DJE 27/10/2017. Primeira Turma. p. 4-5.

BRITO, Orlange Maria. Imunidade parlamentar no brasil antes, e depois da emenda constitucional nº 35, de 2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/141291>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CALIMAN, Auro Augusto. Mandato parlamentar aquisição e perda antecipada. São Paulo: Atlas, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. Revista de informação legislativa. v. 51. n. 202. 2014. p. 159-179. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/503043>. Acesso em: 19 maio 2018.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas De. Imunidades parlamentares e abusos de direitos uma análise a jurisprudência do supremo tribunal federal. Revista de informação legislativa. v. 49. n. 195. 2012. p. 7-24. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: 15 maio 2018.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. Onze Supremos: o supremo em 2016. Belo Horizonte, 2017. p. 111.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/1728/1122>. Acesso em: 26 maio 2018.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a constituição federal de 1988. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>. Acesso em: 19 maio 2018.

IAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas De. Imunidades parlamentares e abusos de direitos uma análise a jurisprudência do supremo tribunal federal. Revista de informação legislativa. v. 49. n. 195. 2012. p. 7-24. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496594>. Acesso em: 15 maio 2018.

LEX CADIER, Alex. O papel do judiciário nas sociedades contemporâneas: uma análise do protagonismo judicial e sua adequação social à luz da constituição brasileira. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=19f3ca179d09e851>. Acesso em: 22 ago. 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Freios e contrapesos. Folha de S. Paulo. São Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/05/ricardo-lewandowski-freios-e-contrapesos.shtml>. Acesso em: 24 maio 2018.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. Revista Brasileira de Direito. Passo Fundo. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 28 maio 2018.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes de doutrina liberal a princípio constitucional. Revista de informação legislativa. v. 45. n. 178. 2008. p. 195-205. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176530>. Acesso em: 18 maio 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA. Tiago Correia Schubach de. Novo olhar sobre as imunidades parlamentares no combate às impunidades. 2008. Disponível em: <http://fbb.tecnologia.ws/media/Publica%C3%A7%C3%B5es/Domus/6%20TIAGO%20ok%20novo%20olhar%2014%20out.doc.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 4 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 441.

PEDRA, A. S. et al. Separação de poderes: aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário. Salvador: Juspodivm, 2018.

SALDANHA, Leonardo Tricot; WEIMER, Sarah Francieli Mello. O protagonismo judiciário e o afastamento de Eduardo Cunha de suas funções parlamentares pelo STF. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2016. Montevidéu. Disponivel em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/hs2y306m/xWos8pK18YjN75Df.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

RIBEIRO, Roberto da Silva. O processo de indicação dos ministros do supremo tribunal federal: uma análise crítica. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2015/05/11/estudo-o-processo-de-indicacao-dos-ministros-do-stf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos ministros do supremo tribunal federal. Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa. 2006. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1596>. Acesso em: 20 maio 2018.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VALVERDE, Thiago Pellegrini; ROSSETTI, Adriana. Imunidades e limites dos parlamentares. Caderno de iniciação científica. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/CIC/article/view/419>. Acesso em: 15 maio 2018

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL DA PRÁTICA DE RELAÇÕES GOVERNAMENTAIS (*LOBBY*) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Luciana Maia Lemgruber

RESUMO

Lobby é a defesa de interesses perante o Poder Público. É uma atividade que, ademais de poder ser desempenhada por qualquer pessoa (especialmente por qualquer cidadão), configura-se como o objetivo final da atuação do profissional de relações governamentais que, além das ações de engajamento político em si, monitora o cenário político, cria estratégias e mantém relacionamentos constantes com diversos órgãos. O presente trabalho consiste na análise acadêmica sobre a possibilidade da regulamentação da profissão de relações governamentais, tendo como base a legislação vigente, bem como a apreciação da doutrina jurídica disponível, projetos de lei sobre *lobby* e julgados do Supremo Tribunal Federal. O *lobby* é consequência da democracia direta como direito fundamental de quarta geração e como parte integrante e indissociável do Estado Democrático de Direito. A democracia deve, então, ser praticada em sua totalidade para que se possa dizer real e completo o Estado de Direito. São os direitos de quarta geração que garantem a democracia direta e o acesso da população à informação isenta, garantindo dessa maneira a legítima globalização política. Avaliada também como uma garantia institucional, a existência da democracia assegura a aplicabilidade de todos os direitos fundamentais dentro de um ambiente juridicamente seguro. A democracia é também um princípio fundamental, basilar para a própria elaboração normativa. Assim, é possível compreender que todas as manifestações democráticas devem estar plenamente incluídas nos conceitos destacados, sob pena de não mais termos a segurança constitucional garantida pela existência do Estado Democrático de Direito. Deste modo, a restrição a qualquer ato constituinte da democracia consiste na restrição à própria democracia, o que seria inconstitucional. Foram analisadas as principais proposições legislativas sobre o tema e o caso paradigma do Supremo

Tribunal Federal sobre a regulamentação da profissão de jornalista, tida como inconstitucional pela Corte Suprema por restringir o direito fundamental da liberdade de expressão. Assim, os estudos aqui realizados concluem que a regulamentação do *lobby* é inconstitucional, por restringir o acesso da população como um todo ao seu direito de defender interesses perante os Poderes Legislativo e Executivo.

Palavras-chave: *Lobby*. Direitos fundamentais. Democracia. Relações governamentais.

INTRODUÇÃO

Lobby é uma palavra de origem inglesa. Sua tradução literal para o português é "salão", ou o cômodo de entrada dos hotéis. A palavra "*lobby*" surgiu nos Estados Unidos, quando advogados de Washington começaram a defender interesses de seus clientes. Os advogados ficavam no "*lobby*" de hotéis da capital em que os congressistas se hospedavam, e os aguardavam ali para negociar temas de interesse de seus clientes.

O *lobby* traduz uma representação política de interesses legítimos em nome e em benefício de uma empresa, categoria, setor ou ideologia. Apesar de todo um rebuscamento que se coloca em cima do *lobby*, esta prática é, na verdade, algo natural que ocorre no dia-a-dia de todos nós, sempre que argumentamos com o objetivo de modificar decisões de terceiros.

Este trabalho tem como questionamento central a necessidade e constitucionalidade da regulamentação do *lobby* como prática profissional com regras específicas, que delimitem a sua abrangência.

Para este estudo serão analisados os conceitos técnicos e o histórico relativos à profissão de relações governamentais. Serão utilizadas também fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais, examinadas com base nas delimitações do texto normativo da Constituição Federal de 1988.

No capítulo primeiro será delineado o campo de abrangência do *lobby*. Os conceitos importantes para o estudo e o histórico da sua prática informal ou profissional, com enfoque no caso brasileiro.

No segundo capítulo será levantado todo o arcabouço constitucional, normativo e doutrinário que envolve o *lobby*, dentro da democracia brasileira.

No capítulo final serão conectados os conceitos iniciais com os constitucionais para que se possa analisar a questão central aqui enfocada, ou seja, será avaliado o *lobby* como atividade profissional e sua viabilidade constitucional, dentro do sistema normativo vigente hoje no Brasil. Serão também analisados os projetos de lei sobre o assunto e julgados pertinentes.

1 RELAÇÕES GOVERNAMENTAIS E *LOBBY*

Historicamente falando, não é possível desvincular a existência de um poder político à prática do *lobby*. Em todas as sociedades há uma pequena parcela detentora do poder e grande parte que objetiva intervir a fim de modificar a base jurídico-legislativa em busca de seus próprios interesses. Dessa maneira, são formadas associações e grupos de pressão para representação de ideias, interesses e pretensões.

Antes de entrar nos ditames constitucionais que garantem a defesa de interesses, faz-se necessário entender o que é, de fato, o *lobby*, o que é a prática profissional de relações governamentais e seus aspectos históricos relevantes.

Iniciando pelo o conceito de *"lobby"*, há divergência entre os estudiosos da área. Segundo uma corrente, *lobby* é a ação de influenciar o tomador de decisão na esfera do poder público; é a atuação persuasora sobre o Poder.[1] Já para uma outra corrente, representada por Gilberto Galan, não há a necessidade de se identificar o aspecto da persuasão para que seja considerada uma ação de *lobby*. Para este autor,

[1] LODI, João Bosco. São Paulo: Livraria Pioneira, 1986.

lobby seria qualquer forma , mesmo que usual e cotidiana, de defesa de interesses. Para o autor, qualquer um poderia fazer *lobby*.[2]

Relações governamentais é o nome dado à profissão que tem como finalidade principal o *lobby*. São todos os tipos de relações entre o setor privado e o público, que têm como objetivo final a defesa de interesses em caráter permanente. Destaque-se, neste ponto, que dentro do espectro do profissional de relações governamentais há outras atividades que mantém o objetivo de persuadir o Poder Público: monitoramento dos atores de interesse, manutenção de relacionamentos, criação de estratégias, identificação de janelas de oportunidades e a ação em si.[3]

Para Galan, relações governamentais é "o conjunto de objetivos, estratégias e ações para manter um diálogo contínuo, organizado, profissional, legal, transparente, ético e objetivo com o governo".[4]

Outro importante conceito é retirado do livro "Relações Governamentais: Interagindo democraticamente no processo decisório brasileiro", que em sua introdução, conceitua o trabalho de relações governamentais da seguinte forma:

> "O trabalho empreendido nas Relações Governamentais consiste na ação estratégica, inteligente e qualificada promovida por instituições públicas ou privadas, buscando interagir técnica e institucionalmente com os poderes constituídos, contribuindo efetivamente para o aprimoramento do processo legislativo ou da tomada de decisões executivas. Neste sentido, antecipa cenários, produz estudos comparados, indica caminhos políticos alternativos, minimiza impactos e utiliza-se do diálogo e das ferramentas de comunicação para ter seus pleitos considerados".[5]

---

[2] GALAN, Gilberto. Relações **Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer**. São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 27.
[3] GALAN, Gilberto. Relações **Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer.** São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 25.
[4] GALAN, Gilberto. Relações **Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer.** São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 25.
[5] MOTA, Thiago de Oliera. VIEIRA, Gustavo Augusto de Oliveira. OLIVEIRA, Renato Lima de. CARVALHO, Grégory. LIMA, Valmir. **Relações Governamentais: Interagindo democraticamente no processo decisório brasileiro.** Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2013.

Assim, conclui-se a partir dos conceitos analisados, que as relações governamentais são as interações entre instituições públicas e privadas, visando contribuições técnicas aos processos decisórios, nos Poderes Legislativo e Executivo, ou a defesa de interesses, tendo como um dos fatores a durabilidade das relações construídas entre as instituições e os atores da política. As relações governamentais não atuam em uma defesa específica de interesses, mas sim em todo o relacionamento entre o seu representado e os órgãos públicos. É por meio das relações governamentais que o ente é ouvido pelos Poderes Públicos, ou que simplesmente a empresa, ou associação, é conhecida frente aos órgãos da Administração Pública.[6]

Mesmo para aqueles autores que entendem o *lobby* como uma prática cotidiana, caracterizada como a simples tentativa de convencimento alheio, a profissionalização da prática surge como uma necessidade de tornar as decisões políticas mais técnicas quanto possível.

Não é possível, portanto, como será demonstrado no decorrer deste trabalho, que exista qualquer governo democrático sem a presença do *lobby*. Se há poder, há grupos interessados em obter vantagens e, por consequência, haverá *lobby*.[7]

Por Políticas Públicas, Gilberto Galan entende "o conjunto de programas, prioridades, objetivos e estratégias nos níveis federal, estadual e municipal, visando o bem coletivo, o interesse público".[8] A população civil deveria ser parte fundamental da implementação das Políticas Públicas, por meio de várias maneiras de participação popular.

A criação e alteração de políticas públicas é grande parte da atuação do profissional de Relações governamentais. A participação de representante da

[6] GALAN, Gilberto. Relações Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer. São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 25.
7 NASSAR, Paulo em GALAN, Gilberto. Relações Governamentais & Lobby – aprendendo a fazer. São Paulo. Aberje editorial, 2012. Página 7. Apresentação.
[8] GALAN, Gilberto. Relações **Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer.** São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 20.

sociedade civil e de representantes da população torna as políticas mais justas, igualitárias e transparentes.[9]

Grupos de interesse, por sua vez, são os grupos que se relacionam por possuírem interesses em comum. Podem estar ligados formal ou informalmente, mas sempre têm o objetivo de defender, proteger ou ampliar o interesse comum entre seus membros. Grupos de interesse sempre existiram e sempre existirão, visto poderem ser formados simplesmente pela afinidade entre membros da sociedade civil.[10]

Grupos de pressão são todos os grupos que, representando parte da população, vão ao Poder Público requerer seus direitos e demonstrar seus interesses, de forma temporária e, normalmente, sem uma relação profissional. Podem ser grupos religiosos, ativistas ou qualquer cidadão que deseje ser ouvido. Os grupos de pressão poderiam ser definidos como Grupos de Interesse com atividade real e organizada perante os Poderes.[11]

Um bom exemplo para ilustrar melhor o conceito é o seguinte: várias pessoas, religiosas, têm um pensamento em comum por serem contra a legalização da prática do aborto em qualquer idade gestacional. Elas têm ideais semelhantes e, por isso, se reúnem formando um grupo de interesse. A partir do momento em que o grupo de religiosos em análise se organizar para pleitear seus ideais frente ao Poder Público, passará a ser um grupo de pressão. Este grupo poderá promover debates nas Casas Legislativas, consultas e audiências públicas com os parlamentares responsáveis pelos projetos de lei e todas as formas legais de defesa de interesses.

O "*lobby"* acabou por tomar, no Brasil, uma conotação negativa, sendo frequentemente vinculado às práticas de corrupção e tráfico de influências. Muitas

[9] GALAN, Gilberto. Relações **Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer.** São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 23.
[10] GALAN, Gilberto. Relações **Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer.** São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 30.
[11] GALAN, Gilberto. Relações **Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer.** São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 31.

vezes o próprio noticiário utiliza-se da palavra *"lobby"* como sinônimo de tráfico de influências. "Fazer *lobby"* é visto como um crime, pois seria utilizar-se do poder (em sentido estrito ou amplo) para obtenção de vantagem.

Há, na visão popular, um erro, pois nada tem o *lobby* a ver com o crime de tráfico de influências, podendo o ilícito ser praticado por lobista tanto quanto por qualquer um da sociedade. Deste modo, há que se diferenciar o desempenho profissional das relações governamentais da prática ilícita de crimes. Simples comparação pode ser feita com qualquer outra profissão: o advogado necessariamente irá utilizar-se de meios ilícitos como a fabricação de provas falsas ou a compra de sentença judicial, ou esta é uma prática ilegal completamente alheia à profissão em si? A fabricação de prova falsa e a corrupção do Judiciário podem ocorrer por meio de advogados ou mesmo das partes envolvidas e interessadas no processo. Não se pode vincular os crimes à profissão.[12]

Por fim, e como consequência do já explorado, uma grande preocupação de todos os autores da área é a de reafirmar a inexistência do "*lobby* bom*"* ou *"lobby* ruim*"*. Segundo Galan, "o que existe é *lobby* e, do outro lado, corrupção e tráfico de influência. São matérias bastante distintas".[13]

Cabe, também, o destaque de que as decisões políticas devem sempre ser tomadas visando o bem social, e não interesses individuais. No entanto, tal dever é atribuído à função dos próprios políticos, legitimamente investidos de poder por meio de processo eleitoral. Cada profissional defende seus próprios interesses, acreditando serem os mais legítimos; o representante governamental deve, portanto, analisar cada interesse e cada argumento e decidir de maneira limpa, transparente e coerente.

Os conceitos brevemente apresentados nas páginas iniciais deste trabalho são muito comumente confundidos e utilizados em assuntos correlatos, por isso a

[12] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz**. São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 71.
[13] GALAN, Gilberto. Relações **Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer.** São Paulo: Aberje Editorial, 2012. p. 25.

importância de suas identificações antes de nos aprofundarmos na temática aqui sugerida.

1.1 A História das Relações Governamentais

Existem duas principais teorias que explicam a origem semântica do termo "*lobby"*, a inglesa e a norte-americana. Ambas podem ser aceitas, ainda que ocupem tempo e espaço diferentes.

No contexto inglês, a história da gênese da palavra pode explicar outros tipos de associações, por vezes com conotações distintas, relacionados com outras palavras. Adepto dessa teoria, Farhat assim explica:

> "Do ponto de vista histórico, com o sentido da postulação de interesses, a palavra refere-se – na Inglaterra, de onde seu uso se generalizou – ao *lobby* da Câmara dos Comuns. Nele postavam-se os que tinham algo a pleitear dos membros do Parlamento a fim de abordá-los em sua passagem para participar das sessões do plenário".[14]

Ainda segundo a teoria inglesa, o termo *lobby* ultrapassou o sentido denotativo do vocábulo original, ao ser utilizada a interpretação política que o termo adquiriu: "Em termos gerais, portanto, *lobby* passou a significar a ação de defesa de interesses junto a membros do poder público que podem tomar decisões".[15]

Assim, mediante um processo de associação de ideias, a expressão *lobby*, no sentido político, deixou de designar um lugar e passou a significar a atividade presente nos dias de hoje.

O caso norte-americano é o mais conhecido no mundo, no que diz respeito ao *lobby* como atividade profissional lícita.

A melhor maneira de expor o assunto encontra-se nas palavras de Farhat, pois além da origem inglesa cita também a adoção norte-americana do vocábulo:

---

[14] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz**. São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 50.

[15] MANCUSO, Wagner Pralon. GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby: Instrumento democrático de representação de interesse? **ORGANICOM: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas.** São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011. p. 120.

> "Nos Estados Unidos, a palavra foi adotada com o mesmo sentido, mas a referência era o vestíbulo do hotel onde se hospedavam os presidentes eleitos antes de tomar posse e passar a morar na Casa Branca. Ali ficavam os postulantes à espera da oportunidade de apresentar seus pleitos aos futuros ministros, assessores e outros altos funcionários da nova administração. Por ali passavam também membros da Câmara dos Representantes, ou do Senado, em visita ao futuro presidente, os quais podiam, por sua vez, serem portadores ou apoiadores do pretendido pelos solicitantes".[16]

Interessante notar a similaridade das duas explicações quanto à forma e à sua função, de certa maneira até hoje presentes.

Como pontuado, o *lobby* existe desde que o poder existe no mundo; ou seja, desde todo o sempre da existência civilizatória humana. Em todos os tempos existiram pessoas que defendiam interesses, tentavam atingir o poder e buscavam normas mais benéficas para si, com viés partidário ou não. A verdade é que chegar ao poder e defender seu ponto de vista é natural.

Saïd Farhat fala sobre os grandes eventos da história da humanidade da seguinte forma:

> "Todos tiveram, entre seus promotores, numerosos e conhecidos líderes. Em todos eles, registraram-se ações concertadas e manifestações públicas, ao lado de tentativas individuais e coletivas de convencimento daquelas pessoas as quais cabia tomar as decisões políticas. Fizeram-se eventos e *happenings*; comícios e reuniões privadas; proselitismo ruidoso e ao pé do ouvido; usaram-se publicações, propaganda e panfletos; promoção da "venda" das ideias; por todos os meios de comunicação, formais e informais, de cada época. Em muitos casos, as articulações ocorreram em ambiente de conspiração, mas sempre os partidários e seus seguidores – ostensivos ou silenciosos – procuravam, ao menos formalmente, agir e manter-se dentro da lei vigente".[17]

Assim, conforme o entendimento do autor, é observada a existência do *lobby* mesmo que de maneira discreta em todos os momentos da sociedade, tendo em vista a simples existência do Poder.

[16] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 50.
[17] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 438.

1.1.1 O Lobby No Brasil Império

No Brasil, temos casos de *lobby* desde antes do Império. Um interessante caso ocorreu quando o Brasil abriu os portos às nações amigas, excluindo a França de suas relações e incluindo sua inimiga, a Inglaterra. A família real portuguesa acabara de atravessar o oceano fugindo das tropas napoleônicas, sendo de interesse a jogada política realizada, e um dos casos de maior repercussão econômica até os dias atuais.[18]

Mas até mesmo antes da abertura dos portos o Brasil já tinha suas decisões afetadas pelos *lobbies* da época. A Inconfidência Mineira, por exemplo, além de seu marco histórico devido à revolucionária conquista libertária, deve ser lembrada como uma luta em busca da liberdade econômica mineira.

O real quinto do ouro, instituído como um percentil cobrado em cima do valor do ouro, foi uma grata conquista para a economia de Minas Gerais, obtida através da luta de representantes dos donos de minérios. O quinto do ouro foi a primeira versão, embora ainda precária, do tão conhecido ICMS. Segundo o geólogo Friedrich Renger, "esse imposto [o quinto do ouro] representa a introdução dos 'direitos de entrada', que sobrevivem até os dias atuais sob a forma do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).[19]

O primeiro caso de *lobby* formal, com provas documentais de sua existência, em favor de sociedades empresárias, no Brasil, ocorreu no governo de D. Pedro I, quando o sogro da amante do imperador escreveu uma carta a ela, em 16 de janeiro de 1827, pedindo ajuda para vender aos ingleses suas lavouras de minérios, prometendo uma contribuição equivalente à metade do valor de venda, que seria, por sua vez, superfaturado.[20]

---

[18] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 432.
[19] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 432.
[20] FIGUEIREDO, Ney de Lima. O lobby no Brasil: uma trajetória histórica. **ORGANICOM: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas.** São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011. p. 183.

Outro importante influenciador de decisões durante o governo imperial foi a maçonaria. Como D. Pedro I era grão-mestre maçom, muitas decisões do período foram vinculadas a outros membros e por interesses da própria instituição. Um dos homens mais ricos à época do Brasil Império, Coronel Simplício Dias da Silva, era dono de uma loja maçônica, e conta a história que tal coronel deu a D. Pedro um cacho de bananas em tamanho real, todo em ouro maciço, cravejado com pedras de diamante.[21]

O fim do monopólio comercial português sobre o Brasil foi exemplo de excelente *lobby* realizado pelo Visconde de Cairu. Cairu poderia ser considerado o lobista dos interesses dos comerciantes da época, e soube aproveitar uma situação para obter o resultado desejado.

A Corte encontrava-se em momento de grande satisfação por chegar a sua própria terra. Cairu tinha o desejo de beneficiar uma classe específica (comerciantes) e de tornar Portugal importante na economia das Américas. Unindo esses fatores, Visconde de Cairu nada mais fez que defender interesses legítimos (ao menos à época) a fim de obter alterações normativas.[22]

O "Dia do Fico", marcou a história brasileira como o dia em que D. Pedro I recusou-se a voltar para Portugal, atendendo ao clamor da população local, manifestado através de petição pública com mais de oito mil assinaturas, entregue ao monarca por intermédio de José Clemente, acompanhado de comissão de políticos. Tal comissão poderia ser considerada, sem ressalvas, um grupo de pressão.[23]

Notável lobista dos tempos de império foi Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá. Grande empresário de seu tempo, Mauá ficou conhecido por possuir estratégias quanto ao fortalecimento da indústria e, por consequência, de seus próprios negócios. Conseguiu convencer D. Pedro II a elevar as taxas sobre produtos

[21] FIGUEIREDO, Ney de Lima. O lobby no Brasil: uma trajetória histórica. **ORGANICOM: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas**. São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011. p. 183.
[22] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 432.
[23] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 432.

importados, a fim de proteger a indústria nacional e, claro, aumentar seus rendimentos. Sobre a atuação do Barão de Mauá, Ney de Lima Figueiredo diz que:

> "Estes [os negócios do barão] atingiram proporções nunca vistas à época e até hoje quase impossíveis de alcançar. Conseguiu convencer o governo a elevar a taxação de produtos importados, sob o pretexto de curar a doença crônica do déficit público, proteger capitais nacionais já investidos no país e animar novos investidores a procurar o mesmo destino. Mauá detectou de perto os primeiros momentos da globalização do comércio e, ao mesmo tempo, as doutrinas de proteção alfandegárias para países de indústria emergente, que circulavam na corte inglesa vindas da Alemanha, à época ensaiando os primeiros passos no rumo da sua revolução industrial".[24]

As representações populares começam, então, a ter mais força e a atuar com maior profissionalismo. No final dos anos 1860, as indústrias em crescimento começaram a brigar por espaço com aqueles ramos que já estavam em alta. A luta dos empresários foi tão grande, que em 1880 o Brasil ficou marcado por grandes mudanças, a começar pela região sudeste, até então vinculada apenas ao plantio do café. Grupos de empresários atuaram pressionando o Poder Público, a cidade do Rio de Janeiro dinamizou-se, expandindo a ligação ferroviária com o interior do estado, aumentando os investimentos em obras públicas e a demanda por máquinas do setor agrícola. O ramo metalúrgico ganhou muitos incentivos, acrescendo o número de trabalhadores do setor. O *lobby* das grandes indústrias acelerou a economia brasileira25.

1.1.2 Os Lobistas Do Abolicionismo

Um dos mais importantes e longos *lobbies* do Império foi o que deu fim ao movimento escravocrata oficial no Brasil, um processo que durou quase 60 anos e

[24] FIGUEIREDO, Ney de Lima. O lobby no Brasil: uma trajetória histórica. **ORGANICOM: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas.** São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011. p. 183.

[25] FIGUEIREDO, Ney de Lima. O lobby no Brasil: uma trajetória histórica. **ORGANICOM: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas.** São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011. p. 185.

foi liderado por grandes ativistas, que representavam os interesses sociais frente ao Poder Público. Ou seja, lobistas.

O tráfico de negros era uma atividade extremamente rentável no Brasil Império. Estima-se que cerca de 5 milhões de negros tenham sido trazidos da África para aqui serem escravizados. Era uma mão de obra muitas vezes desqualificada, mas o que se compensava pelo baixíssimo custo. Daí a grande dificuldade em se concretizar o fim da prática.[26]

O grande início do processo abolicionista deu-se em 1830, quando a Inglaterra condicionou o reconhecimento da independência do Brasil ao fim da escravidão. Em resposta à exigência inglesa, em 1831, foi promulgada uma lei "para inglês ver", como ficou conhecida, por nunca ter sido, de fato, aplicada.[27]

Em 1850, Eusébio de Queiroz propôs uma lei, conhecida por seu próprio nome, que colocava fim ao tráfico de escravos para o Brasil. Ainda que singelo, foi o primeiro passo rumo à abolição.

Em 1860 o tema ganhou maior destaque, as questões sociais foram evidenciadas e vinculadas negativamente. Em nova tentativa de minimizar os efeitos sociais e, mais uma vez, usando a mão-de-obra negra, em 1866, o imperador D. Pedro II "libertou" vários negros para que se alistassem no exército, defendendo o Brasil na Guerra do Paraguai.[28]

Em 1871 foi promulgada a "Lei do Ventre Livre", que libertava os nascidos de mães negras de serem escravizados. Em 1879, Joaquim Nabuco, um dos líderes do movimento abolicionista, leva a temática à Câmara, novamente. Apesar da tentativa de reaquecer o debate, não obtivera grande avanço nesta ocasião. Nabuco pode ser considerado um dos principais nomes entre os grandes lobistas do fim da escravidão.

[26] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 439.
[27] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 439.
[28] FARHAT, Saïd. Lobby. **O que é: como se faz.** São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 440.

Em 1885 é aprovada nova lei no rumo do fim da escravidão. Passa, a partir daí, a ser livre o escravo após completar 65 anos. O avanço é bom, mas esbarrava na precariedade dos registros civis.

Em 1888 deu-se a vitória do *lobby* abolicionista com a promulgação da "Lei Áurea", lei que, com apenas um artigo, declara simplesmente extinta a escravidão. A promulgação da lei, ao contrário da forma como foi vendida, não era um avanço moral da sociedade da época, mas sim mais um jogo de interesses. Aderiram ao movimento abolicionista fazendeiros que verificaram interesses prejudicados, e aqueles favoráveis à queda do Império e estabelecimento da República.

Nabuco finaliza o prefácio de sua obra abolicionista com os seguintes dizeres:

> "Quanto a mim, julgar-me-ei mais do que recompensado, se as sementes de liberdade, direito e justiça, que estas páginas contêm, derem uma boa colheita no solo ainda virgem da nova geração; e se este livro concorrer, unindo em uma só legião os abolicionistas brasileiros, para apressar, ainda que seja de uma hora, o dia em vejamos a independência completada pela abolição, e o Brasil elevado à dignidade de país livre, como o foi em 1822 à de nação soberana, perante a América e o mundo".[29]

Ocorreram, portanto, durante todo o período abolicionista, edições normativas com o objetivo final da construção de um perfil jurídico diferente do então presente. A esta movimentação diante do Poder Público em nome de interesses privados entende-se por *lobby*. Além do mais, cabe aqui o destaque de que não há nenhuma referência quanto à juízos de valores quando se faz *lobby*. Ou seja, pode haver (como constantemente há) grupos de pressão com interesse em legislações que beneficiem categorias marginalizadas e minorias, como os negros africanos durante a escravidão.

1.1.3 As relações governamentais no mundo democrático

[29] NABUCO, Joaquim. O abolicionismo *apud* Grandes nomes do pensamento brasileiro da Folha de São Paulo. São Paulo: Publifolha. 2000. p. 48.

O mundo democrático nos permite compreender o *lobby* como parte integrante da formação do poder. Hoje, não há razão justificável para um profissional de relações governamentais se envergonhar de seu labor.[30]

Podemos, inclusive, ir além. O *lobby* nada mais é que o convencimento de um ponto de vista, visando o Poder. Para Farhat, não há um único político que não necessite ser, também, lobista.

> "A prática da democracia é a síntese do prevalecimento da opinião coletiva sobre a vontade individual. A participação da sociedade na decisão do que lhe diga respeito é a forma concreta da realização da democracia, em termos do 'respeito devido à opinião pública'. Neste sentido, todos os políticos são lobistas. Todos querem vender algo ao público".[31]

Portanto, sobre tal aspecto e segundo o entendimento de Saïd Farhat, entender-se-ia que os presidentes da república são, em menor ou maior grau, lobistas.

Fato é que os políticos não conseguirão, em tempo algum, o nível de aprofundamento técnico que as matérias diversas necessitam. Por isso, têm assessoria para todos os temas. O papel principal do presidente é, então, vender o seu peixe para a população, para os parlamentares, para os ministros, para o cenário externo e, até mesmo, para os adversários.[32]

Alguns saem-se tão bem, que vendem uma ideia vazia como se fosse a solução dos problemas do povo. Outros, lobistas inexperientes que são, acabam por não conseguir governar, e na pior das hipóteses, podem até ser tirados do poder. Farhat atribui eventos históricos e politicamente importantes como *impeachments*, em parte, ao fraco *lobby* exercido pelos envolvidos.[33]

[30] FARHAT, Saïd. Lobby. O que é: como se faz. São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 463.
[31] FARHAT, Saïd. Lobby. O que é: como se faz. São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 463.
[32] FARHAT, Saïd. Lobby. O que é: como se faz. São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 464.
[33] FARHAT, Saïd. Lobby. O que é: como se faz. São Paulo: Aberje Editorial, 2007. p. 463.

Em outras palavras, quando entendemos o *lobby* como uma ação específica, todos aqueles que defendem os interesses de um grupo no intuito de influenciar a tomada de decisão, estão fazendo naquele instante, *lobby*.

O avanço político e legislativo auxilia no posicionamento das relações governamentais, com um espaço cada vez maior e mais respeitado na sociedade. Leis, como a anticorrupção, são de extrema importância para que o trabalho do lobista seja cada vez mais bem visto.[34]

Até mesmo a forma de atuação dos lobistas de grandes empresas precisou mudar. Antigamente, o profissional de relações governamentais tinha caráter pessoal, era o "amigo do rei". O tráfico de influência era o resultado de uma sociedade fechada.

A abertura política estatal, o fim do período militar e a evolução legislativa, promoveram uma pluralidade representada, inclusive, pelos partidos de oposição, pelo movimento sindical, e pela presença massiva da população dentro das Casas Legislativas. Neste contexto, o perfil do lobista mudou. Segundo João Bosco Lodi, "esse policentrismo exige um novo tipo de *lobbyst*: mais profissional, apartidário, relacionado com a situação e a oposição". (LODI, João Bosco. 1986). O autor destaca o período militar, em que as empresas contratavam para fazer seus *lobbies*, militares.

Vale pontuar também que, na era democrática, a mídia exerce papel de extrema importância dentro de todo o processo decisório.

> "Ao denunciar escândalos políticos, a mídia constitui-se em um importante instrumento de controle, que fomenta o combate à corrupção no país. Contudo, ao praticamente identificar o lobby com práticas ilícitas, a mídia contribuiu para o predomínio, entre nós, de uma visão negativa da atividade. Nas denúncias da mídia, os lobistas muitas vezes são apresentados como indivíduos que buscam vantagens

[34] MANCUSO, Wagner Pralon. GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby: Instrumento democrático de representação de interesse? **ORGANICOM: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas.** São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011. p. 121.

> indevidas diante do poder público e para isso recorrem a ameaças ou à oferta de recompensas ilegais. A figura arquetípica do lobista passou a ser a do indivíduo que atua de forma obscura e dissimulada, procurando acesso privilegiado aos tomadores de decisão, sempre disposto a entrar em negociatas com agentes públicos capazes de ajudá-lo na obtenção de seus objetivos."[35]

O próprio conceito de democracia envolve o *lobby* como instrumento fundamental. Entraremos mais à frente em maiores detalhes sobre o funcionamento da democracia e o importante papel do profissional de relações governamentais neste cenário.

2 A SEARA CONSTITUCIONAL

A partir deste ponto será desbravada a seara constitucional, que garante o direito à participação popular direta por meio do exercício profissional de relações governamentais.

Considerado um direito fundamental de quarta geração, bem como parte essencial do chamado Estado Democrático de Direito, a democracia direta merece todo um cuidado, inclusive por ser o grande ápice do Estado Social. É o que se passa a fundamentar.

2.1 Direitos Fundamentais

Dentro do conjunto normativo constitucional, alguns direitos são chamados fundamentais, por constituírem a base do ordenamento jurídico. Estes direitos dão origem aos demais, e são os primeiros a serem levados em consideração pelo operador do Direito. Podem ser fundamentais por representarem valores considerados importantes, ou por orientarem a compreensão do conjunto de normas.

De maneira bastante didática, Walter Claudius Rothenburg, explica o conteúdo dos direitos fundamentais:

[35] MANCUSO, Wagner Pralon. GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby: Instrumento democrático de representação de interesse? **ORGANICOM:** revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas. São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011. p. 121.

> "A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo dos direitos fundamentais (o que é dito: a referência aos valores essenciais do ser humano em sociedade e a preocupação com a promoção da dignidade), e revela-se também pela qualidade normativa ("onde" e "como" isso é dito: expressão no ordenamento jurídico como normas da mais elevada estatura: na Constituição ou em norma fundamental de direito internacional). Concorrem, portanto, ambos os critérios (material e formal) para definir a fundamentalidade de um direito."[36]

A fim de determinar como direitos fundamentais tanto aqueles em sentido formal quanto em sentido material, o português Jorge Miranda corrobora com o pensamento anteriormente colacionado, elucidando o tema da seguinte maneira:

> "Os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material".[37]

Ainda no sentido de construir um conceito satisfatório para os direitos fundamentais, Nagib Salib Filho, de maneira bastante concreta, assim os explica:

> "Nos direitos fundamentais estão as prestações de serviços essenciais à existência e ao desenvolvimento da pessoa, devemos estender o conceito para notar que a declaração de direitos, além de constituir uma tentativa de limitação do Poder, constitui também um rol de promessas de prestação de serviços e bens essenciais à pessoa."[38]

Por fim, de forma mais abstrata e ideológica, Bobbio apresenta os direitos fundamentais da seguinte forma:

> "A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado-cidadão ou soberano-súditos; relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade." [39]

---

[36] ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Método, 2014.
[37] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra, 1998, p. 07.
[38] SILAB FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 297.
[39] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Juridico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

Formais ou materiais, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, elenca uma série de direitos fundamentais, em um rol explícito, em normas implícitas ou ao longo do texto de forma difusa.

Ou seja, por mais variações que possamos encontrar entre os vários conceitos apresentados, é pacífico que os direitos fundamentais constituem aqueles básicos, inerentes à própria condição humana e, por isso, com uma série de características especiais que os diferem dos demais direitos.

Por serem indispensáveis à existência das pessoas, os direitos fundamentais possuem algumas características intrínsecas, como a inalienabilidade, por serem intransferíveis e inegociáveis; a imprescritibilidade, por não deixarem de ser exigíveis em razão do não uso; a irrenunciabilidade, caracterizada pela impossibilidade em se abrir mão da sua existência; a universalidade, devido à necessidade de serem respeitados e reconhecidos no mundo todo; e, por fim, a limitabilidade, caracterizada por não serem direitos absolutos, sendo limitáveis sempre que colidirem entre si.[40]

Passa-se, portanto, a partir daqui, a formar uma melhor compreensão sobre os direitos fundamentais em si, sua origem, classificações e aplicações diretas no direito de participação popular no processo legislativo.

2.1.1 Origem Dos Direitos Fundamentais

A partir dos entendimentos analisados no tópico anterior é possível concluir que os direitos fundamentais são uma prestação política e jurídica que visa o equilíbrio social, nivelando possíveis desigualdades. Assim, diante de um fator de diferenciação dentro da população, começam a surgir normas ou ideais que garantam a igualdade a todos, além da liberdade, da autonomia individual e da limitação da

[40] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

atuação do poder público. O poder surge de forma a fazer valer a necessidade de determinado grupo, tornando-se, então, político.[41]

> "Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos (fundamentais) caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários".[42]

Os direitos fundamentais manifestaram-se de maneira relevante e formal pela primeira vez através de declarações redigidas no ápice das revoluções políticas do fim do século XVIII, precisamente a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789.[43]

Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais surgiram de necessidades de alguns grupos em detrimento de outros e que foram, primeiramente, ideais, para então tornarem-se direitos positivados nos ordenamentos jurídicos. Apresentam notadamente uma construção história, em conjunto com a filosofia e a religião.

Iniciando este estudo pela antiguidade greco-romana, as fontes históricas disponíveis atualmente não confirmam a existência de direitos fundamentais em sua essência, ou seja, válidos para todos. A sociedade baseava-se no trabalho escravo, e apenas parcela da população tinha direitos.[44]

Todavia, foi por base no pensamento filosófico e religioso, em grande parte produzido na própria Grécia antiga, que surgiu a ideia de que o ser humano, por si só, é titular de direitos naturais e inalienáveis. Dessa forma, os valores de dignidade da pessoa humana encontram raízes na filosofia clássica greco-romana. Ainda na

[41] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 152.
[42] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 151.
[43] VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos Direitos Fundamentais: Evolução Históricopositiva, regras princípios. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ.** Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015.
[44] CARAVELLI, Urbano. SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2011.

concepção grega, em conjunto com ideais cristãos, encontra-se a ideia de unidade da humanidade e da igualdade e dignidade de todos os homens.[45]

Os direitos fundamentais enquanto normas ou como direitos inalienáveis e alcançáveis por todos, certamente não surgiram na Grécia antiga, mas existiram ali muitos pensamentos que iniciaram o debate em torno da temática.

Ainda com a filosofia dando sentido ideário aos direitos fundamentais, Sócrates e Platão afirmavam que apenas uma ordem política vinculada aos parâmetros éticos seria aceitável. Por esta razão, Platão considerava obrigatórias apenas as leis que eram baseadas na razão.

Já Aristóteles defendia a existência da escravidão em seus pensamentos. Todavia, entendia que valores como a vida e a propriedade individual deveriam ser respeitados de maneira igualitária e amparados pelo Estado.

Já partindo para os pensamentos antropológicos e éticos dos estoicos, todas as pessoas são seres dotados de razão e iguais, os quais devem ter a mesma possibilidade do exercício da liberdade reconhecida. Este pensamento equipara-se, em grande parte, ao ideal moderno de direitos fundamentais. [46]

Outros pensamentos que agregam à construção do ideário formador da dignidade da pessoa humana, são as afirmativas cristãs, que tendem, a partir da ideia do homem como imagem e semelhança de Deus, à ideia de igualdade entre todos.

Neste sentido, de grande importância é o pensamento de São Tomás de Aquino, que considerado, além de um religioso, um grande estudioso do direito à sua época, disseminava a ideia de haverem duas ordens jurídicas distintas, sendo elas formadas pelo direito natural, como a expressão da racionalidade humana, e pelo

[45] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2012. p. 37-38.

[46] CARAVELLI, Urbano. SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2011.

direito positivo, baseado na desobediência dos homens ao direito natural. O religioso deu em sua obra grande ênfase, também, ao valor da dignidade humana.[47]

Cabe salientar que Tomás de Aquino não entendia que tais direitos seriam inerentes a todos, visto que não caberiam aos escravos. Além disso, o pensador não direcionava seus dizeres à pessoa, mas sim à coletividade.

Foi, todavia, no ápice da idade média que surgiram os antecedentes mais diretos dos direitos naturais inalienáveis, com as normas que restringiam o poder do monarca, a partir das chamadas Leis Fundamentais do Reino e outros pactos garantidores de direitos.[48]

Mas os avanços obtidos no período não passam de meramente formais, e não atingiram o acesso real da população ao seu direito natural. Os representantes de Deus ocupavam os altos cargos e justificavam grandes atrasos ideológicos nos atributos divinos, atribuindo ao período um caráter meramente pré-figurativo, com simples limitações do poder da autoridade mandamental ou direitos concedidos apenas à determinadas castas.[49]

Ao longo dos séculos, os ideais de igualdade foram sedo refinados. Nos séculos XVII e XVIII, a ideia da doutrina jusnaturalista deu origem a um processo de laicização do direito natural. Neste período, alguns teóricos como Vitoria y Las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázques inauguraram pensamentos em que os direitos naturais seriam reconhecidos aos indivíduos e tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana.[50]

---

[47] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37-38.

[48] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivado.** 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 153.

[49] CARAVELLI, Urbano. SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2011.

[50] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 40.

No século XVII, tomou forma a ideia de que os direitos naturais inalienáveis deveriam estar acima de quaisquer autoridades. Neste período, em vários países da Europa, foram reivindicados direitos como a autodeterminação do homem, a tolerância religiosa e a liberdade de manifestação oral e de imprensa.[51]

Foi, no entanto, apenas no século XVIII que os estudos começaram a envolver as ideias de direito fundamentais. Alguns grandes pensadores, como Rousseau, na França, Tomas Paine, na América, e Kant, na Alemanha iniciaram o processo de elaboração da teoria dos direitos naturais do indivíduo.[52]

Os movimentos burgueses e a revolução protestante deram voz também a alguns direitos importantes, como a liberdade religiosa, conduziram à ideia do direito laico e à elaboração da teoria do individualismo liberal burguês, no século XVIII.

Com os ideais de igualdade e de direitos mínimos inerentes a qualquer ser humano, os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo começaram a incluir, em seu escopo, algumas normas positivadas, que faziam valer tais teorias. O grande avanço global iniciou com a vigência das leis inglesas *Petition of Rights, Habeas Corpus Act, Bill of Rights* e o *Estabishment Act.*

As leis inglesas assumiram-se como direitos naturais de todos os seus cidadãos, "como enunciações gerais de direito costumeiro, resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do parlamento perante a Coroa Inglesa".

[51] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 40.
[52] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 40.

Destaque-se, neste ponto, que as citadas normatizações inglesas significaram a evolução de liberdades e privilégios estamentais e corporativos, dando origem a liberdades genéricas no plano do direito público.[53]

No Brasil, os direitos fundamentais demoraram um pouco mais para aparecerem, tanto no campo teórico, quanto prático. Foi apenas após a segunda guerra mundial e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que o ordenamento jurídico inaugurou a fase dos Direitos Fundamentais e Humanos.[54]

A Constituição Federal de 1988 enuncia, pela a primeira vez, de maneira objetiva, direitos inerentes à condição humana em si e ao exercício da cidadania e ficou, por isso, conhecida com a "Constituição Cidadã". Foi apenas em 1988 que os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos juridicamente.

2.1.2 A Classificação dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, assim como todo o ordenamento jurídico, vão se modificando à medida que a sociedade evolui e tem novas necessidades. O que hoje é considerado necessário para o mínimo de dignidade, provavelmente já foi supérfluo em algum momento da história. É a partir dessa evolução natural dos direitos que se criou a teoria das gerações dos direitos humanos.[55]

São considerados direitos da primeira geração ou direitos de liberdade, os direitos civis e políticos inerentes ao ser humano e oponíveis ao Estado, considerado à época um grande opressor das liberdades individuais. Surgiram nos séculos XVII e XVIII e foram os primeiros reconhecidos pelos textos constitucionais. São os

[53] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 40.
[54] MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
[55] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 505.

direitos tidos como negativos, devido à obrigatoriedade de não atuação do Estado em sua interferência.[56]

Os direitos da segunda geração basearam-se no lema francês de igualdade e surgiram após a 2ª Guerra Mundial. São os direitos econômicos, sociais e culturais, que devem ser prestados pelo Estado. Abrangem o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical, entre outros. Devido à necessidade de atuação estatal, são chamados de direitos positivos.[57]

Por fim, os direitos da terceira geração são aqueles que tiveram origem nos lemas de fraternidade e solidariedade. São considerados direitos coletivos por excelência, pois estão voltados à humanidade como um todo. São exemplos o direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio-ambiente, entre outros.[58]

Essas são as classificações mais comuns, mas para este trabalho, importante se faz a continuação do estudo quanto às classificações existentes dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Paulo Bonavides traz em sua obra mais duas gerações reconhecidas, aclaradas na sequência.

A quarta geração de direitos fundamentais corresponde ao resultado da globalização política traduzida legalmente. É a institucionalização do Estado Social. Enquadram-se aqui o direito à informação, ao pluralismo e à democracia direta. Segundo Bonavides:

> "São os direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência".[59]

[56] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva e IDP, 2007. p. 224.
[57] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva e IDP, 2007. p. 224.
[58] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.
[59] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 586.

São os direitos de quarta geração que garantem a democracia, o acesso da população à informação isenta, frutos da globalização política. Compreendem, portanto, o "futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos",[60] garantindo apenas dessa maneira a legítima globalização política.[61]

A quarta geração dos direitos fundamentais surge, assim, como um modo de universalização dos direitos já conhecidos da população. É, para além dos próprios direitos garantidos, uma maneira em que o plano constitucional conferiu humanização e legitimidade ao ordenamento jurídico.[62]

Surge, neste espectro, a necessidade da democracia direta como exercício pleno da própria democracia e, portanto, dos direitos fundamentais. Citando, novamente, Paulo Bonavides:

> "A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjutores da democracia; esta, porém enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual".[63]

Ou seja, o jurista abre à quarta geração de direitos fundamentais a responsabilidade pelo ápice do exercício da dignidade individual, havendo que necessariamente cada indivíduo ter dentro da sua sociedade a possibilidade de obter informações isentas e participar diretamente da construção política. É nesta seara

[60] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 586.
[61] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 587.
[62] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 587.
[63] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 590.

que se instala a garantia de se fazer parte do processo político, por meio da defesa de interesses legítimos.

Já a quinta geração de direitos fundamentais surge como uma necessidade mundial de busca pela paz. O primeiro documento a contemplar o direito foi a Declaração das Nações Unidas, citado por Bonavidas da seguinte maneira:

> "A Assembléia Geral da ONU decreta que 'toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz, ao mesmo passo que propugna o respeito a esse direito no interesse de toda a humanidade. ' O direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas."[64]

O direito à paz é, portanto, "condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas[65]", o que justifica a classificação do direito como minimamente necessário para a condição humana.[66]

Quanto à terminologia utilizada, que classifica os direitos fundamentais em gerações, o aspecto cronológico implícito à semântica da palavra indica uma sucessão histórica de direitos, dando o entendimento que um direito surge com suas características, findo este, surge outro, e assim sucessivamente. É por este conceito que há atualmente um desentendimento doutrinário, seguido majoritariamente pela ideia de que não há necessidade de se cunhar novo termo apenas para dirimir este percalço.[67]

Para Paulo Bonavides:

> "Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem

[64] BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. p. 83
[65] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 595.
[66] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 595.
[67] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 585.

> lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações anteriores, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, (...)os da segunda, (...) e os da terceira, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro passo largo"[68].

Ou seja, o autor, acompanhado por parte dominante da doutrina, entende que o conceito não é adequado, mas que os prejuízos advindos de uma mudança terminológica a esta altura seriam maiores que as vantagens assim obtidas.

Defende, por outro lado, o uso do termo tecnicamente mais apropriado, o jurista Marcos Sampaio, que assim postula:

> "Isso porque elas – as terminologias – associam-se muito mais às classificações teóricas que se apoiaram nas múltiplas gerações dos direitos fundamentais, ligando as expressões individuais as dimensões históricas da luta pela liberdade, e as demais as dimensões de igualdade ou de fraternidade, deixando de observar que todos os direitos fundamentais (sejam eles de liberdade, sociais ou qualquer outro) possuem tanto dimensões positivas quanto negativas".[69]

De igual modo, André Ramos Tavares fala em 'dimensão' dos direitos dos homens, reprovando o termo 'geração':

> "É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de 'gerações', contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração substitui, naturalmente, a outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as 'gerações' ou 'dimensões' dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo 'dimensão".[70]

Utilizar uma classificação tradicional de direitos fundamentais divididos por gerações, pode negar (ainda que apenas do ponto de vista semântico) que os direitos

[68] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 586.
[69] SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.
[70] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 358.

sociais tenham aspectos positivos e negativos, além da própria prestação estatal visando a obtenção do direito em si.

Assim, faz sentido que os direitos fundamentais se dividam em dimensões, garantindo a cada uma delas, o aspecto total, com uma parte predominante, mas sem negar as demais. Em outras palavras, todos os direitos fundamentais possuem aspectos multifacetários, com ênfase na própria dimensão em que se classifica.

Os direitos fundamentais, portanto, não englobam apenas o conteúdo proibitivo ou impositivo estatal sobre liberdades individuais, mas também um postulado de proteção necessária e mínima, que engloba o indivíduo dentro da sociedade como um todo. Gilmar Mendes preceitua essa conceituação em sua obra doutrinária:

> "Sabe-se que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)".[71]

Ou seja, para Mendes o Estado tem o dever de proteger o cidadão de forma integral, garantindo-lhe o acesso ao seu direito positivo, cabendo-lhe livremente este exercício, ao direito negativo, sendo proibido ao Estado certas intervenções em sua vida privada e, por fim, garantindo-lhe a proteção do ente público para ações individuais e coletivas. São estes os chamados direitos fundamentais sociais.

A participação popular na política e a democracia direta são os grandes elementos de fechamento da construção do Estado Social. É também a democracia direta considerada o grande objetivo, a evolução dos direitos fundamentais individuais, civis, sociais e políticos. É, portanto, inseparável do ser social a possibilidade, garantida pelo Estado, de participação direta na política e na sua própria construção.

[71] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 464.

Prevista na Constituição Federal, por meio do caput do artigo 14, a democracia não é apenas um direito inferido, mas sim um direito fundamental positivado, sem abrir espaço para interpretações distintas. Assim, como direito fundamental deve ser o tratamento dado ao instituto da democracia.

Neste sentido já entendeu o Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 839-MC, que julgava a necessidade da participação partidária no processo democrático direto plebiscitário. Nessa ocasião, o então Ministro Néri da Silveira, relator da ação, assim destacou:

> "A Constituição da República pensadamente incluiu os capítulos referentes aos 'direitos políticos' e aos 'partidos políticos' (Capítulo IV e V) no Título II respeitante aos 'Direitos e Garantias Fundamentais", o que incute na existência e na organização constitucional dos direitos e dos partidos políticos a natureza de 'cláusula pétrea', ou seja, a teor do art. 60, § 4º, o 'status' de disposição supra constitucional, inalterável até mesmo pela ação do Poder Constituinte derivado, habilitado para votar e promulgar emendas à Constituição."[72]

Assim, o tratamento inerente aos direitos fundamentais de forma geral deve ser atribuído ao direito à democracia, garantindo à população tanto a representação por meio dos políticos escolhidos pelo processo partidário-eleitoral quanto a atuação política direta, através de ferramentas como os plebiscitos, os referendos, as ações populares e a defesa de interesses coletivos ou setoriais.

Ainda no que tange aos direitos fundamentais, vale destacar o instituto previsto no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, que garante "o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão73". A própria norma constitucional antecipa a possibilidade de o legislador derivado criar norma que restrinja o direito. Ocorre que

72 Supremo Tribunal Federal. ADI 839 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/1993, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00101. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+839%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+839%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ar7pupv>. Acesso em: 01 out. 2018.

73 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

a doutrina e a jurisprudência já entenderam que este direito deve ser restrito apenas em casos muito específicos, em que a ausência do conhecimento técnico cause risco à população, como é o caso dos cursos superiores da área da saúde. O debate sobre este artigo constitucional será tema do próximo capítulo deste trabalho.

2.1.3 O Estado Democrático de Direito como Garantia Institucional

Apesar de a demonstração da democracia direta como direito fundamental ser, por si só, suficiente para consagrar a sua garantia estatal, não há de se parar aí o desenvolvimento teórico sobre o tema.

Podemos considerar também a defesa de interesses como parte inerente ao próprio Estado Democrático de Direito e, portanto, uma garantia institucional e um princípio constitucional. É o que se passa a demonstrar.

As garantias institucionais são enunciadas por parte da doutrina, que acompanha Rui Barbosa, como normas que permitem o exercício completo dos direitos fundamentais. Para Alexandre de Moraes:

> "A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito".[74]

As garantias institucionais surgem no ordenamento jurídico como um mecanismo necessário para fazer valer os direitos tidos como essenciais para o mínimo existencial. Todavia, vale destacar que, apesar da substancial diferença havida entre os conceitos, ambos possuem a garantia do Estado.

2.3 Democracia e Estado de Direito

[74] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

A atual Constituição Brasileira inova ao incorporar o conceito de Estado Democrático de Direito. O texto normativo inclui a democracia como garantidora de uma transformação da própria sociedade, não apenas como um apanhado conceitual, mas garantindo-lhe um conteúdo próprio, onde encontram-se as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social.

O termo cunhado carrega, para além do que sua semântica traz, todo um apanhado ideológico que o insere como um garantidor da igualdade, realizando, por meio dele próprio mudanças comunitárias e políticas.[75]

Apesar do termo, o Estado de Direito não é um Estado, nem ao menos uma forma de governo, mas sim um *status quo* institucional. É a base que gera segurança à população.[76]

O título adotado pela Constituição da República é a expressão de vontade do legislador de garantir meios efetivos para regular e regulamentar o exercício democrático do poder, quer seja como instrumento do Estado (instituições públicas ou governo institucional), quer seja como poder popular (democrático e vinculado ao Estado de Direito).[77]

Assim, o Estado Democrático de Direito deve ser identificado como uma garantia institucional, capaz de possibilitar a realização fática dos direitos constitucionais. Pode-se inferir, deste modo, que sem a institucionalização da democracia não seria possível a aplicação dos direitos fundamentais, civis, políticos e coletivos, essenciais à própria natureza humana.

Sobre a importância do Estado de Direito, Paulo Bonavides destaca que é este instituto o responsável pela manutenção da estabilidade política:

---

[75] STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Estado Democrático de Direito In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 113.

[76] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 327.

[77] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

> "O Estado de Direito é como a democracia, a liberdade e às vezes o próprio Direito: certas pessoas só os reconhecem e estimam depois de violados ou conculcados, ou seja, durante a repressão, a ditadura ou o terror. Fora daí parecem existir tão-somente no léxico dos idealistas, nos lábios dos sonhadores, na retórica dos demagogos".[78]

A Democracia aliada ao Estado de Direito gera à comunidade de forma geral a sensação de estabilidade, de garantia da ordem e de segurança. O conceito, por mais abstrato que possa parecer, surge de maneira intuitiva e claramente perceptível, mesmo aos olhos mais leigos. [79]

A Constituição de 1988 já começa o seu texto apresentando suas bases principiológicas: o Brasil passa a ser, por regra, um Estado Democrático de Direito, o que gera uma série de consequências práticas para a aplicação das normas constitucionais e para a própria positivação normativa. Cabe o destaque do artigo 1º da nossa Carta, que assim enuncia:

> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".[80]

O conceito semântico do termo "democracia" vai bem ao encontro do artigo 1º da Constituição da República de 1988. Formada pelo radical grego "demo" (povo) e pelo sufixo "kratia" (poder), democracia significa "poder do povo". A afirmação de que "todo o poder emana do povo" carrega a exigência da organização do Estado segundo os princípios democráticos, atribuindo ao próprio povo a função de construção política do Poder.

---

[78]BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 327.
[79]BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 327.
[80] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

Aristóteles, em seu livro A Política, define democracia como uma forma de governo. Para o pensador, democracia seria a soberania do povo, em que apenas seriam considerados de fato cidadãos aqueles que exercessem seu poder dentro deste contexto.

Nascida em Atenas, e defendida primeiramente por Platão e Aristóteles, a democracia iniciou de maneira bastante rudimentar, em que o povo era completamente soberano e a exercia de maneira direta. Todavia, no modelo ateniense, não era para todos os cidadãos. Estima-se que somente algo em torno de dez por cento da população desfrutava dos direitos democráticos.

Apesar de soar radical o seu conceito, é Aristóteles que abre caminho para os aperfeiçoamentos filosóficos do conceito democrático, para a criação do princípio e para a própria base de diversos regimes democráticos atuais. A soberania do povo, explícita em nossa Constituição, é a base para toda a forma de governo que daí deriva.

Com o advento da teoria marxista, a democracia acabou perdendo prestígio, ao ser encarada como forma de governo burguesa, e levada a apenas uma ideologia. Marx, da mesma forma como feito anteriormente por Napoleão, acabou entregando ao termo uma visão pejorativa81.

Diante da dificuldade em se conceituar a democracia, Bonavides passeia por vários pensadores:

> "Pareto, ao pedir a significação exata do termo ‘democracia’, acaba por reconhecer que é ainda mais indeterminada que o termo completamente indeterminado ‘religião’ enquanto Bryce, dando-lhe a mais larga e indecisa amplitude, chega a defini-lo, de modo um tanto vago, como a forma de governo na qual ‘o povo impõe sua vontade de todas as questões importantes’. Foi isso o que Kelsen pôs de manifesto numa de suas obras fundamentais, em cujo preâmbulo fez ponderada advertência sobre os desacordos pertinentes a esse conceito. Para Kelsen, a democracia é sobretudo um caminho: o da progressão para a liberdade.

[81] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 325.

> Variam pois de maneira considerável as posições doutrinárias acerca do que legitimamente se há de entender por democracia. Afigura-se-nos porém que substancial parte dessas dúvidas se dissipariam, se atentássemos na profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo e pelo povo; 'governo que jamais perecerá sobre a face da Terra".[82]

Ainda transitando entre os clássicos políticos, Rousseau conceitua como democracia apenas o que seria a sua aplicação direta, e não a democracia como forma de governo, incluindo suas variadas modalidades (liberal, social, direta e indireta).[83]

A impossibilidade prática, na democracia indireta, de utilização dos processos da democracia direta, bem como as limitações inerentes aos institutos de democracia semidireta, tornou-se inevitável o recurso à democracia representativa. Este é o regime mais comum de governo nos Estados modernos.

Assim, não obstante à dificuldade que é conceituar o termo, é plenamente possível e intuitiva a sua significação. A democracia é, portanto, a forma de governo que mantém o povo no seu centro, permitindo-lhe acesso ao Poder e garantindo-lhe a participação nas decisões, de maneira direta ou indireta.

De maneira bastante simbólica, Bonavides destaca o papel social da democracia e do Estado de Direito:

> "Em suma, democracia e Estado de Direito, sem embargo das escamoteações teóricas habituais, representam duas noções que o povo, melhor do que os juristas e os filósofos, sabe sentir e compreender, embora não possa explica-las com a limpidez da razão nem com a solidez das teorizações compactas".[84]

Assim, para além de uma questão puramente filosófica, é necessário que o povo realmente sinta-se soberano em relação à função política. Deste modo, a

[82] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 1999. p. 267.
[83] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
[84] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 1999. p. 267.

participação popular direta é necessária para que tenhamos a configuração do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

2.4 O Princípio Democrático

O Constituinte de 1988, ao definir um título específico para os "Princípios Fundamentais" se certificou de que uma nova ordem jurídica, iniciada naquele momento, teria bases suficientemente sólidas. E, ao incluir o Estado Democrático de Direito e o conceito de democracia como partes integrantes do título, o constituinte se certificou de que, mais do que norma, a democracia seria a base para a positivação de futuras normas e para a aplicação do conjunto legal.

Os princípios são, portanto, regras para a aplicação das próprias regras. São métodos utilizados pelo legislador para garantir a atenção das normas positivadas e de suas derivações. A partir de um princípio, mesmo que uma determinada ação não esteja explicitamente legislada, é possível que seja considerada parte do ordenamento.[85]

Desta forma, podemos nos apoiar no entendimento de Canotilho, que afirma ser o princípio democrático "um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e organizativo-procedimentais".

É com base no princípio democrático que a Constituição brasileira cria normas práticas de funcionamento do Estado, bem como insere o aspecto cidadão em seu contexto.

Ainda segundo Canotilho, "A Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se decidiu por uma teoria em abstrato. Procurou uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica".

Ao inserir no texto constitucional a democracia como princípio normativo, o constituinte atribuiu legitimidade ao Poder e, consequentemente, aos processos e

[85] NASCIMENTO, Tubinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 79.

normas. O princípio democrático é uma forma, então, de racionalização do processo político e de legitimação do poder.

Muito além de apenas um aspecto ideológico, a positivação da democracia como um princípio constitucional torna-se o impulso dirigente da sociedade, atribuindo objetivos a serem realizados através dela.[86]

2.5 A Democracia Direta

A democracia é, conforme demonstrado, um direito fundamental de quarta geração, uma garantia institucional basilar à aplicação dos demais princípios fundamentais e um princípio normativo constitucional. É, portanto, um conceito de enorme importância, não só para estudos jurídicos mas, principalmente, para a construção da sociedade e para o próprio exercício da cidadania.

Assim, para a completa compreensão da democracia dentro do sistema normativo brasileiro, faz-se de estrema relevância a diferenciação entre as suas duas formas de disposição: a democracia representativa e a democracia direta.

A democracia representativa é expressamente prevista na Constituição Federal Brasileira, destacadamente a partir do conjunto normativo do seu artigo 14, e é de compreensão bastante simples: são os direitos políticos, de votar e ser votado, de constituir partido político e de contribuir para a política por meio de representantes escolhidos.[87]

José Afonso da Silva destaca em sua obra a participação popular por meio do voto e, por consequência, a importância dos partidos políticos dentro do sistema eleitoral e da democracia representativa. Para o autor:

> "Em nosso direito positivo, os partidos destinam-se a assegurar a autenticidade do sistema representativo. Eles são,

[86] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 288.

[87] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

> assim, canais por onde se realiza a representação política do povo. O sistema eleitoral forma com o sistema partidário, os dois mecanismos de expressão da vontade popular na escolha dos governantes. A circunstância de ambos se viltarem para um mesmo objetivo imediato – organização da vontade popular – revela a influência mútua entre eles, a ponto de a doutrina definir condicionamentos específicos do sistema eleitoral sobre o de partidos."[88]

Deste modo, os partidos políticos são um ponto focal da democracia participativa, por meio dos quais a população pode demonstrar sua vontade e cumprir o disposto na Constituição Federal, artigo 14: o sufrágio universal pelo voto direto e secreto.

Já a democracia direta constitui um conceito um pouco mais rebuscado e complexo, por não ser necessariamente visualizado no dia-a-dia da democracia nacional. O artigo 14 da Constituição, no mesmo contexto da referência já acima destacada para a democracia representativa, continua descrevendo atos da democracia com a citação do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Este são, sem dúvidas, exemplos de manifestações populares políticas e diretas. Ocorre que outras formas há de se exercer tal conceito.

Segundo Bonavides a democracia direta é "uma democracia concebida também substantivamente, valorativamente, erigida em princípio cardeal inspirador de toda a organização participativa da cidadania, com liberdade, consenso e pluralismo".[89]

A democracia sem sua plenitude, ou seja, praticada apenas indiretamente, corre o risco de cair em uma representação de fachada e não cumprir o seu papel perante à sociedade. É, então, necessário que a população participe diretamente do processo político como um todo.

Em um sentido tradicional, o conceito de democracia direta envolveria recursos como o sufrágio plebiscitário e o referendo. Ambos os institutos são

[88] SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 350-351
[89] BONAVIDES. Paulo. **Teoria do Estado.** 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 477.

extremamente importantes, mas não seria viável construir uma democracia participativa apenas com estes meios.

Isto posto, não há mais que se falar em um conceito restritivo de democracia direta, mas sim na participação popular em todas as etapas do processo político, inclusive no próprio processo decisório. Inúmeras maneiras de participação, portanto, podem ser elaboradas: audiências públicas, fórum de debates e a própria defesa direta de interesses, mediante associações e grupos de pressão. Assim, Bonavides destaca:

> "O importante e essencial, absolutamente indispensável para definir hoje a identidade da democracia direta, é que o povo tenha ao seu imediato dispor, para o desempenho de uma desembaraçada e efetiva participação, os instrumentos de controle da mesma. Sem isso a participação será sempre ilusória".[90]

São, portanto, estes mecanismos que permitem ao povo a sua presença de maneira legítima, nas Casas legislativas. Este fator é imprescindível para que a população possa, verdadeiramente, considerar-se reconhecida politicamente e parte de uma democracia real.

Seria, todavia, impensável que toda a população se fizesse representada, pessoal e fisicamente, perante o Poder Público. Desta forma, é de suma importância que os grupos tenham associações representativas e intermediadores que defendam seus interesses de maneira direta.[91]

Em pleno século XXI, a participação ativa da população na política não pode mais ser considerada um entrave. A informática e as mídias sociais em muito colaboram neste sentido, apresentando medidas extremamente possíveis de democracia direta.

[90] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 527.
[91] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 527.

Por fim, não há que se falar na exclusão da democracia representativa, mas sim na participação popular perante seus representantes. Esta é a maneira completa de se exercer a democracia.[92]

3 A REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA PROFISSIONAL DE RELAÇÕES GOVERNAMENTAIS (*LOBBY*) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir de agora, todo o conhecimento teórico levantado será analisado frente à problemática principal do trabalho: a (in)constitucionalidade da regulamentação profissional do *lobby*.

Serão, portanto, avaliados os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e julgados pertinentes sobre o tema. Passaremos, então, a estudar, de fato, como deve a prática de relações governamentais ser recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A Legitimidade da Participação Popular por meio do *Lobby*

A partir do estudo realizado no transcorrer de todo o capítulo 2, destacam-se alguns pontos específicos para serem avaliados no contexto prático.

A democracia, o acesso à informação e a participação popular direta são direitos fundamentais de quarta geração, resultados da globalização política traduzida legalmente, assim determinados pelo jurista Paulo Bonavides.

O Estado Democrático de Direito, positivado no artigo 1º da Constituição Federal, é uma garantia institucional responsável pela aplicação dos demais preceitos fundamentais, inerentes à própria condição humana.

O princípio democrático é basilar para a construção de todo o conjunto normativo-constitucional, bem como para a sua aplicação e para a atuação jurídica além dos limites positivados.

[92] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 529.

Para que a sociedade consiga usufruir de forma plena do seu direito natural pela democracia, necessário se faz a presença da democracia direta como norma universal.

Diante, portanto, de todos os aspectos abordados, é conclusivo que a atuação por meio do *lobby*, bem como quaisquer outras formas de atuação popular frente ao poder público, é necessária para a conceituação plena de democracia e para a caracterização correta do Estado Democrático de Direito.

É, pois, dever do Estado proporcionar aos seus cidadãos o amparo adequado, para que seja possível a aplicação da democracia, não apenas no campo teórico, mas na realidade fática.

Não se pode falar, todavia, em Estado Democrático de Direito sem que a democracia direta seja contemplada e acessível a todos, sem nenhuma distinção. Além de um princípio regente do ordenamento jurídico, a democracia encontra-se devidamente positivada como direito fundamental na Carta Constitucional, por meio dos caputs dos artigos 1º e 14.

Como determina a Constituição ao normatizar que "todo o poder emana do povo", faz-se imprescindível que qualquer cidadão tenha a garantia estatal da liberdade real, para assim agir como parte integrante e decisória da máquina pública.

Assim, diante de todos os pontos abordados, a restrição do acesso ao poder público é, invariavelmente, inconstitucional.

A regulamentação do *lobby* como uma atividade restrita à determinados profissionais acaba por fazer com que parte da população interessada nas decisões públicas apenas o faça mediante contratação de profissional adequado, o que certamente acabaria por restringir o acesso destas pessoas à instancia decisória. Assim, é importante que qualquer pessoa interessada consiga de forma livre e desimpedida, ir ao poder público, apresentar suas razões, sugestões e críticas.

Destaque-se, todavia, que tal amplitude não seria capaz de limitar a atuação profissional daqueles que já o fazem, visto estarem devidamente garantidos pelo artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, que determina ser "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Ademais, o próprio Ministério do Trabalho já reconheceu o profissional de relações governamentais e institucionais, garantindo o acesso aos direitos trabalhistas daqueles que têm como ofício a defesa de interesse perante os poderes legislativo e executivo.[93]

A inconstitucionalidade da sua regulamentação não pode se confundir com a plena constitucionalidade da sua prática. Assim, meios como o reconhecimento perante o Ministério do Trabalho e ações, inclusive administrativas, que facilitem a prática dos especialistas são muito positivas e, de certo modo, dão maior garantia aos profissionais de relações governamentais.

Por fim, a participação política direta é um direito inalienável, sem o qual não é possível que se alcance o verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito.

3.2 A Ineficácia da Inovação Legislativa

O arcabouço legislativo hoje disponível possui garantias de controle cível, criminal e administrativo de práticas de entes privados, quando em relacionamento com o governo. Desta forma, o enquadramento do profissional de relações governamentais, tanto quanto qualquer outro cidadão, garante o trabalho transparente, lícito e equilibrado.

Merecem destaque alguns crimes já previstos no ordenamento jurídico, todos positivados no Código Penal, e que regulam as atividades tanto do particular em contato com o governo, quanto do representante governamental em contato com

[93] MINISTÉRIO DO TRABALHO. Classificação Brasileira de Ocupações. 1423-45 - Profissional de relações institucionais e governamentais. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite>. Acesso em: 12 set. 2018.

entes privados. Corrupção passiva e ativa (artigos 317 e 333, do Código Penal), a advocacia administrativa (artigo 321, do Código Penal), o crime de violação de sigilo funcional (artigo 325, do Código Penal), e o tráfico de influência (artigo 332, do Código Penal).[94]

Além dos crimes previstos no Código Penal, é de grande importância a citação das Leis de Acesso à Informação e Anticorrupção. Aquela procedimentaliza a obtenção de informações públicas, criando direitos e deveres à Administração, e esta responsabiliza, administrativa e civilmente, pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.[95]

Todas as normas supracitadas colaboram com a boa prática do relacionamento entre entes privados e públicos, garantindo aspectos de licitude às ações desempenhadas por todos os que o façam, não apenas lobistas. Desta forma, as leis vigentes já cumprem o papel de defesa das instituições e da população.

De outro modo, a produção legislativa não necessariamente estará relacionada com a eficiência estatal. Pelo contrário, para alguns autores, a duplicidade ou excesso legislativo tendem a gerar uma ineficiência. Para Felippe Augusto Rosa:

> "Tem sido acentuado que os países menos desenvolvidos são ricos em produção legislativa. Produziriam em leis o que não produziriam em bens de consumo. A observação nada tem de surpreendente. São eles os que sofrem mais fortemente o choque provocado entre seu atrasado estágio de desenvolvimento econômico e social, e as influências sócio-culturais da coexistência com sociedades superdesenvolvidas, num mundo em que as comunicações e, portanto, a consciência dessas diferenças são fáceis, amplas e rápidas."[96]

[94] BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

[95] BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

[96] ROSA. Felippe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito: o Fenômeno Jurídico como Fato Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 158.

Para esta corrente, portanto, o ideal é que a sociedade aperfeiçoe a aplicação das normas já existentes, com a formulação de políticas públicas, e não que insista em inovações.

Deste modo, cabe a segurança de que, já havendo recursos jurídicos punitivos, não há necessidade de que se crie uma nova norma criminalizando práticas específicas.

Ainda do ponto de vista trabalhista, também não justifica a institucionalização profissional por meio de norma regulamentadora, uma vez que a prática já se encontra assegurada como ocupação devidamente registrada pelo Ministério da Saúde.

As leis vigentes já são, portanto, eficientes para a obtenção dos resultados finais pretendidos: a garantia de dignidade à classe trabalhadora, que tem por ocupação a defesa de interesses com objetivo de influenciar a tomada de decisões e a penalização de quem o faça fora dos limites éticos.

3.3 Proposições Legislativas em Tramitação

O debate sobre a regulamentação do *lobby* é tema antigo e recorrente no Congresso Nacional. Há aproximadamente quarenta anos a primeira proposição legislativa foi apresentada na Câmara dos Deputados, por iniciativa do então deputado José Roberto Faria Lima. De lá para cá, cerca de trinta projetos sobre o tema foram apresentados.

Ao realizar uma busca rápida nos sítios eletrônicos das Casas Legislativas, com o termo '*lobby*', são obtidos 38 resultados de busca na página da Câmara dos Deputado e 8 na página do Senado Federal. Apesar de não representar uma alta incidência, o tema vem sempre aparecendo nas pautas.

Refinada a busca e mapeadas as proposições que versam exatamente sobre o *lobby* como atividade profissional lícita há, atualmente no Congresso Nacional, em tramitação, cinco proposições legislativas. Algumas delas tratam especificamente da

regulamentação da profissão, enquanto que outras apenas criam regras específicas para ações pontuais, que são parte da atuação do profissional de relações governamentais. A seguir, seguem os projetos sumulados para, logo após, serem analisados.

1 - PL 6132/1990
Casa iniciadora: Senado Federal
Autor: Senador Marco Maciel
Ementa: Dispõe sobre o registro de pessoas físicas ou jurídicas junto as casas do Congresso Nacional, para os fins que especifica, e dá outras providências. Explicação da ementa: Regulamentando o exercício de grupo de pressão ou lobby.
Situação: Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN) - desde 13/03/2003
2 - PL 1961/2015
Casa iniciadora: Câmara dos Deputados
Autor: Deputado Rogério Rosso (PSD/DF)
Ementa: Disciplina a atividade e atuação de pessoas e grupos de pressão ou interesse no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, e dá outras providências.
Situação: Apensado ao PL 1202/2007
3 - PL 1202/2007
Casa iniciadora: Câmara dos Deputados
Autor: Deputado Carlos Zarattini (PT/SP)
Ementa: Disciplina a atividade de "lobby" e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e dá outras providências.
Situação: Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN) desde abril/2018
5 - PLS 336/2015
Casa iniciadora: Senado Federal

Ementa: Disciplina a atividade de lobby ou de representação de interesses no âmbito dos órgãos e entidades dos Poderes da União, e dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e dá outras providências.
Autor: Senador Walter Pinheiro (PT/BA)
Situação: Matéria com a relatoria na CCJC desde março/2018

Compreendendo a defesa de interesses de entes privados perante o poder público como a manifestação de um direito fundamental, bem como a concretização de uma garantia institucional, conforme demonstrado a partir dos estudos contidos nas páginas do segundo capítulo deste trabalho, a prática, profissional ou não, deve ser livre a quem o quiser fazer.

As proposições que apenas criam procedimentos para ações pontuais, como o cadastramento dos profissionais de relações governamentais nos órgãos em que estes atuam, não restringem a atuação do profissional e nem tampouco criam uma reserva de mercado para que as ações sejam praticadas somente de maneira profissional. Há apenas uma facilitação do trabalho dos profissionais, por estarem sempre em contato com os mesmos órgãos. Não iremos, portanto, nos apegar a estes casos.

Deste modo, não há vícios constitucionais que justifiquem o controle de constitucionalidade visando a não promulgação de leis neste sentido.

Já os Projetos que regulamentam o trabalho do profissional são inconstitucionais, por determinarem quem são os profissionais aptos a exercerem o *lobby* e quais não são, delimitando, desta maneira, o acesso da população não especialista ao seu direito fundamental de participação política. Vamos, então, analisar melhor estes casos, à luz de tudo o que já foi levantado aqui neste trabalho.

No início da década de 90, o senador Marco Maciel apresentou proposta que regulamentava a classe profissional. O projeto, que teve bastante força à época, após receber inúmeros apensados, encontra-se até hoje em tramitação e sem nenhuma expectativa de votação.

Outro projeto que ganhou muita força política foi o de autoria do deputado Carlos Zarattini (PT-SP), apresentado em 2007, atualmente tramitando com texto substitutivo elaborado por sua relatora, deputada Cristiane Brasil (PTB-RJ), por meio de uma emenda substitutiva.

Em 2015, o deputado federal Rogério Rosso (PSD-DF) reacendeu a chama, propondo novo projeto de lei sobre o tema. O projeto foi apensado ao do Deputado Zarattini e tramitam agora em conjunto.

O mais restritivo dos textos é o projeto de lei 1961/2015, que prevê a criação de Conselho Federal para a classe e proíbe profissionais não cadastrados de atuarem. O projeto indica também que todos os profissionais devem ser cadastrados perante os Órgãos que atuam e cria uma grande burocracia para o desempenho do profissional de relações governamentais.

O texto do deputado Carlos Zarattini, de 2007, também previa a criação de um órgão de classe. Todavia, a deputada Cristiane Brasil, em seu substitutivo, retirou este ponto. Apesar de ter sido considerado uma das grandes prioridades do Governo Federal, o projeto ainda não foi votado pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

O texto original tencionava a criação de um cadastro nacional de lobistas, em que os profissionais ou cidadãos que não estivessem incluídos estariam proibidos de exercer a defesa de interesses perante o poder público. Além disso, o texto previa um cadastro perante os Órgãos públicos, com um limite de dois representantes por entidade representada.

Além da rigidez, que acaba por provocar a burocratização do processo, o texto colocava algumas regras que já se encontram contempladas em nosso ordenamento. Segundo o projeto, reuniões e audiências de lobistas com autoridades devem constar nas agendas oficiais e o agente público que receber quaisquer vantagens para atender à reivindicação de alguma empresa ou algum setor econômico e corporativo deverá responder por crime de improbidade. Ambos os

casos já são positivados e puníveis, não havendo necessidade para a inovação legislativa.

De acordo com o substitutivo, não haveria a necessidade do cadastro nacional de lobistas, sendo suficiente o registro dos profissionais perante os órgãos de maior atuação e o porte de um crachá, para circular nestas áreas.

Deste modo, os dois projetos legislativos atualmente em tramitação possuem vícios de inconstitucionalidade, por limitarem a atuação privada dentro dos interesses públicos e, assim, restringirem o acesso da população a um direito fundamental.

Destaque-se que não seriam prejudicados apenas os interessados que não estivessem contemplados pelas regras de atuação, mas toda a sociedade. A inclusão de restrições à democracia direta é fator de ineficácia do Estado Democrático de Direito, que deixa de ter seu conteúdo completo contemplado e, por consequência, não mais funciona como uma garantia institucional para a aplicação dos demais direitos fundamentais

3.4 O Caso da Inconstitucionalidade da Regulamentação Profissional do Jornalismo Frente ao Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, em 2009, por meio do julgamento do RE 511.961[97], a regulamentação profissional do jornalismo, bem como a exigência de cadastro perante órgão de classe e a exigência de diploma para o registro dos profissionais pelo Ministério do Trabalho.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com pedido de tutela antecipada, em face da União, na qual defendeu a não recepção, pela Constituição de 1988 (artigo 5º, IX e XIII e artigo 220, caput e § 1º), do artigo

[97] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511961. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/06/2009. DJe-213. Divulgação 12/11/2009. Publicação 13/11/2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>. Acesso em: 10 set. 2018.

4°, inciso V, do Decreto-Lei n° 972, de 1969, que exige o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista.

De acordo com o Ministério Público, se o artigo 5°, inciso XIII, da Constituição remete à legislação infraconstitucional, o estabelecimento de condições para o exercício da liberdade de exercício profissional, por meio de restrições indevidas ou arrazoáveis pelo legislador, é inconstitucional.

O juízo de primeiro grau proferiu sentença para determinar que a União não mais exija, em todo o país, o diploma de curso superior de jornalismo para o registro no Ministério do Trabalho e para o exercício da profissão de jornalista, informando aos interessados a desnecessidade de apresentação de tal diploma, assim como não mais execute fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau universitário de jornalismo, e deixe de exarar os autos de infração correspondentes.

Os autos foram então remetidos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em razão do reexame necessário e dos recursos de apelação da União, da Federação Nacional dos Jornalistas - FENAJ, do Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à remessa oficial e aos recursos da União, da FENAJ e do Sindicato dos Jornalistas e reformou a sentença em acórdão, alegando o seguinte:

> "O Decreto-Lei n. 972/69, com suas sucessivas alterações e regulamentos, foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Inexistência de ofensa às garantias constitucionais de liberdade de trabalho, liberdade de expressão e manifestação de pensamento. Liberdade de informação garantida, bem como garantido o acesso à informação. Inexistência de ofensa ou incompatibilidade com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. "

Descontentes com o resultado, o Ministério Público Federal e o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP interpuseram recursos extraordinários com fundamento no artigo 102, inciso III, "a", da

Constituição, alegando violação ao artigo 5º, incisos IX e XIII, assim como ofensa ao artigo 220, da Constituição.

O Supremo, por maioria de votos, conheceu e deu provimento aos recursos extraordinários, declarando a não-recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei n° 972/1969, nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes.

A decisão vencedora alegou no mérito duas correntes justificadoras: a primeira enfatiza a dualidade entre o Decreto-Lei n°972/1969 e a Constituição de 1988, especificamente em relação às liberdades de profissão, de expressão e de informação protegidas pelos artigos 5º, IX e XIII, e 220. A segunda corrente questiona o referido decreto-lei em face do artigo 13 (liberdade de expressão) da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominado Pacto de San José da Costa Rica, que versa sobre liberdade de expressão e ao qual o Brasil aderiu em 1992, elevando a norma ao patamar constitucional.

Ambos os aspectos podem ser utilizados para fins comparativos com o caso do profissional de relações governamentais. Passaremos, a partir deste ponto, a analisar brevemente cada um dos argumentos.

O primeiro argumento do Supremo, relaciona-se ao direito fundamental do livre exercício profissional, explicitamente exigido pela Constituição Federal em seu rol do artigo 5º. Todavia, o cerne da questão está exatamente no ponto em que o legislador ordinário autoriza futuras restrições a este direito, com a regulamentação de profissões específicas. Nas palavras do relator:

> "A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5o, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/69, art. 153, § 23. O texto constitucional de 1891, apesar de não prever a lei restritiva que estabelecesse as condições de capacidade técnica ou as qualificações profissionais, não impedia a regulamentação das profissões com justificativa na proteção do bem e da segurança geral e individual.

> Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5o, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.[98]

Deste modo, avalia o relator, por base na doutrina constitucional, que as qualificações profissionais de que trata o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas àquelas profissões que oferecem risco de dano à coletividade ou prejuízos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias.

De forma equiparada, não há razão para incluir a prática de relações governamentais em tal diapasão, visto que o profissional, apesar de prestar serviço de extrema relevância social, assim como aquele prestado pelos jornalistas, não apresenta iminentes riscos à sociedade em sua atuação.

Imperioso faz-se destacar que o profissional que causa dano à sociedade por meio do serviço de relacionamento com o governo e defesa de interesses de grupos específicos, o faz devido à má qualidade do serviço prestado, que nenhuma relação tem com exigências legais de registros corporativos ou de diplomas acadêmicos específicos.

Ainda no que tange ao cadastro profissional perante órgãos profissionais, o entendimento do Supremo foi também pela inconstitucionalidade. Nas palavras do relator do acórdão:

> "Seguindo a linha de raciocínio até aqui desenvolvida, esses entendimentos, que bem apreendem o sentido normativo do

[98] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511961. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/06/2009. DJe-213. Divulgação 12/11/2009. Publicação 13/11/2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>. Acesso em: 10 set. 2018.

> art. 5º, inciso XIII, da Constituição, já demonstram a desproporcionalidade das medidas estatais que visam a restringir o livre exercício do jornalismo mediante a exigência de registro em órgão público condicionado à comprovação de formação em curso superior de jornalismo."[99]

O segundo ponto argumentativo do julgado diz respeito ao pleno exercício do direito fundamental da liberdade de expressão. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, seguido pelos demais magistrados, não seria constitucional a restrição deste direito fundamental. Para o Ministro:

> "Em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional."[100]

A democracia direta ou participativa é considerada direito fundamental de quarta geração, mesma classificação dada ao direito de liberdade de expressão. E é por meio desta classificação, já apresentada nas linhas do item 2.3, que não é viável a restrição do acesso da população a tal pleito. Este foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Indo além, assim como a liberdade de expressão e informação, a atuação política deve ser garantida de forma plena por quem desejar, como e quando desejar.

Entende-se, portanto, que o exemplo é extremamente pertinente para o caso debatido neste trabalho, principalmente por se tratar de demanda constitucional a respeito de regulamentação profissional.

Assim, compreende-se que o Supremo já entendeu que, mesmo que independente da importância atribuída a certa prática profissional, não há que se

[99] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511961. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/06/2009. DJe-213. Divulgação 12/11/2009. Publicação 13/11/2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>. Acesso em: 10 set. 2018.

[100] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511961. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/06/2009. DJe-213. Divulgação 12/11/2009. Publicação 13/11/2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>. Acesso em: 10 set. 2018.

falar em restrição ao mandamento constitucional sobre a liberdade de prática profissional, que deve ocorrer em casos específicos de necessidade.

Também entende o Supremo que a regulamentação de profissão que intua a prática de direito fundamental é inconstitucional, por restringir o acesso da própria população ao direito em análise. E que nenhuma relação há entre a não-regulamentação e a constatação da ocupação perante o Ministério do Trabalho.

Em debate durante a decisão sobre o tema no plenário do Tribunal, o Ministro Gilmar Mendes destacou que "na verdade, ao decidirmos este caso dos jornalistas, também estamos fixando balizas para as múltiplas leis e projetos de lei existentes que regulam indevidamente a profissão".[101]

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso dos jornalistas é de suma importância para o debate sobre outras regulamentações profissionais, principalmente aquelas que versem sobre a prática profissional de direito fundamental.

Os direitos fundamentais, conceitualmente, são disponíveis à toda a sociedade e, deste modo, devem ser observados igualmente a todos. Aqueles que o quiserem exercer de maneira profissional, devem fazer garantidos constitucionalmente pela liberdade profissional, normatizada por meio do artigo 5º, XIII, sem restrições normativas.

Diferenças há entre os casos analisados (jornalistas e profissionais de relações governamentais), principalmente no que diz respeito ao próprio direito fundamental basilar da profissão. Mas, fundamentalmente, podemos fazer a comparação entre ambas.

[101]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511961. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/06/2009. DJe-213. Divulgação 12/11/2009. Publicação 13/11/2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>. Acesso em: 10 set. 2018.

Deste modo, segundo o precedente do Supremo Tribunal Federal, a profissão de relações governamentais não poderia sofrer regulamentação, sob pena de ferir a Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Conforme proposto inicialmente, foram levantadas as normas vigentes, a doutrina e os julgados em torno do tema central aqui proposto à nossa análise: a constitucionalidade da regulamentação da prática profissional de relações governamentais, enquanto forma de exercício do *lobby*, em face do princípio democrático e dos direitos fundamentais a ele relacionados.

Deste modo, foram estudados os conceitos de democracia, Estado Democrático de Direito, princípio democrático e democracia como direito fundamental e como garantia institucional. É conclusivo, portanto, que qualquer ação que restrinja a oportunidade de exercício das formas legítimas da democracia direta restringiria, por consequência, a própria democracia.

O presente estudo conclui, portanto, que a democracia é um direito fundamental de quarta geração, referenciado por Paulo Bonavides em sua obra como a geração de direitos fundamentais que fecha o conceito de Estado Social. Segundo os diversos autores neste trabalho analisados, a democracia em sua plenitude deve ser atingível por todos e deve compreender tanto a democracia representativa, por meio do sufrágio universal e pelos direitos políticos de votar e de ser votado, como também a democracia direta, onde se inserem as participações sociais ativas na política, inclusive por meio da defesa de interesses individuais.

É a democracia também um princípio fundamental e por sê-lo é base para a construção normativa e para a aplicação das leis em um efetivo Estado Constitucional de Direito.

Inclui-se também no conceito de democracia a ideia de garantia institucional, sendo portanto um mecanismo constitucional para a aplicação dos direitos fundamentais.

Conceitualmente, compreendemos o *lobby* como a principal finalidade da prática do profissional de relações governamentais, assim como uma peça fundamental para a aplicação da democracia em sua plenitude. Deste modo, é possível inferir que a regulamentação restritiva da profissão seria uma restrição ao próprio direito fundamental à democracia.

Unindo, portanto, as construções acadêmicas em torno da democracia direta como participação popular, é conclusivo que qualquer forma de restrição a este direito, sem que haja razões suficientes para tanto, deve ser tida como inconstitucional.

O presente trabalho conclui, portanto, que a regulamentação profissional das relações governamentais é inconstitucional e que o direito de representação por meio do *lobby* deve ser assegurado de maneira livre a quem o quiser desempenhar, sem que haja a necessidade de profissionalização.

Vivemos um tempo em que a corrupção tem sido pauta de muitos debates e por consequência, defender interesses pessoais ou setoriais perante o poder público tem tido cada dia um apelo maior. Muitas vezes o que vimos é a sobreposição dos interesses pessoais sobre os públicos, pelos próprios políticos eleitos e o envolvimento de lobistas em ações ilícitas.

Infelizmente uma regulamentação profissional não seria um caminho resolutivo. Apenas o cumprimento da legislação já vigente poderia dar fim aos escândalos e à própria corrupção do poder público.

Provavelmente este será um tema debatido constantemente pelas Casas Legislativas, como vem sendo há quase 30 anos. A briga pelo poder é sempre instigante e os interesses políticos em uma legislação regulamentadora podem ser

inúmeros, inclusive a própria reserva de mercado para uma ou algumas classes específicas.

A atividade do *lobby* é inerente à sociedade democrática (e muitas vezes às ditaduras), e continuará acontecendo enquanto houver Poder e interesses. Ou seja, sempre. Assim, faz-se necessário que as leis protejam a população de abusos cometidos pelos profissionais, mas sem que haja restrições às atuações realizadas por grupos de pressão muitas vezes sem a profissionalização pretendida com uma regulamentação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Juridico. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BONAVIDES. Paulo. Teoria do Estado. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARAVELLI, Urbano. SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2011.

FARHAT, Saïd. Lobby. O que é: como se faz. São Paulo: Aberje Editorial, 2007.

FIGUEIREDO, Ney de Lima. O lobby no Brasil: uma trajetória histórica. ORGANICOM: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas. São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011.

FILHO, Nagib Silab. Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Forense, 2009.

GALAN, Gilberto. Relações Governamentais & Lobby: aprendendo a fazer. São Paulo: Aberje Editorial, 2012.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUNIOR, Dicesar Beches Vieira. Teoria dos Direitos Fundamentais: Evolução Históricopositiva, regras princípios. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ. Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015.

LODI, João Bosco. São Paulo: Livraria Pioneira, 1986.

MANCUSO, Wagner Pralon. GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby: Instrumento democrático de representação de interesse? ORGANICOM: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas. São Paulo, ano 8, n. 14. Abr/ 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva e IDP, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra, 1998.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Classificação Brasileira de Ocupações. 1423-45 - Profissional de relações institucionais e governamentais. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite>. Acesso em: 12 set. 2018.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTA, Thiago de Oliera. VIEIRA, Gustavo Augusto de Oliveira. OLIVEIRA, Renato Lima de. CARVALHO, Grégory. LIMA, Valmir. Relações Governamentais: Interagindo democraticamente no processo decisório brasileiro. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2013.

NABUCO, Joaquim. O abolicionismo apud Grandes nomes do pensamento brasileiro da Folha de São Paulo. São Paulo: Publifolha. 2000.

NASCIMENTO, Tubinambá Miguel Castro do. Comentários à Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NASSAR, Paulo em GALAN, Gilberto. Relações Governamentais & Lobby – aprendendo a fazer. São Paulo. Aberje editorial, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. São Paulo: Método, 2014.

ROSA. Felippe Augusto de Miranda. Sociologia do Direito: o Fenômeno Jurídico como Fato Social. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

SAMPAIO, Marcos. O conteúdo essencial dos direitos sociais. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 11. ed. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2012. p. 37-38.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivado. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Estado Democrático de Direito In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 839 MC, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator (a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/1993, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00101. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+839%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+839%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ar7pupv>. Acesso em: 01 out. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 511961. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17/06/2009. DJe-213.

Divulgação 12/11/2009. Publicação 13/11/2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>. Acesso em: 10 set. 2018.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL: UMA ABORDAGEM QUANTO À POSSIBILIDADE DO USO DA METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) NO DIAGNÓSTICO DO INSTITUTO

Luísa Barros Reis Alves

RESUMO

O presente trabalho buscou determinar como a aplicação da Análise Econômica do Direito (AED) auxiliaria na compreensão dos problemas enfrentados na efetivação da tutela ambiental por meio do instituto da responsabilidade civil por dano ambiental. Para atingir tal objetivo, realizou uma pesquisa doutrinária em relação à efetivação da tutela do meio ambiente frente ao instituto da responsabilidade civil por dano ambiental, com o intuito de identificar os possíveis pontos de tensão em relação à sua aplicação. Contextualizou o tema frente ao desenvolvimento histórico da tutela dos bens ambientais – como ele ocorre frente à questão internacional e nacional, assim como a sua conexão com a questão econômica. Passou então para o desenvolvimento da tutela por ocorrência de ato lesivo ao meio ambiente, com breve contextualização frente aos diferentes institutos. Problematizou a questão da caracterização do dano quanto às dificuldades inerentes em sua quantificação – devido tanto às ferramentas à disposição do judiciário quanto à dificuldade de aferir sua dimensão total – e realizou um estudo das principais características do instituto, segundo a doutrina e mediante levantamento das características desenvolvidas frente à jurisprudência. Argumentou, por fim, a necessidade da utilização de uma metodologia interdisciplinar para a aferição empírica da efetividade desse instituto, momento em que se apresentou a AED como a metodologia ideal para pesquisas desse cunho e concluiu que uma análise empírica completa quanto à efetividade do instituto só poderia ser realizada mediante a utilização da AED Positiva. O trabalho possui grande relevância ao esclarecer como a utilização adequada da AED frente questões de direito ambiental deve proceder, posto que há grande confusão doutrinária em relação ao tema. A proposta de análise que o trabalho desenvolveu pode ser utilizada posteriormente – em sua íntegra ou, caso necessário, mediante a adaptação dos preceitos apresentados – por

ambientalistas interessados em obter um diagnóstico da situação real do objeto de estudo em suas pesquisas.

Palavras-chave: Tutela do meio ambiente. Direito ambiental. Dano ambiental. Responsabilidade civil por dano ambiental. Análise Econômica do Direito (AED).

INTRODUÇÃO

O debate sobre a necessidade de proteção ao meio ambiente é recente, tendo início apenas no século passado, após a segunda guerra mundial.[1]

No cenário brasileiro, país que detém cerca de 12% de todo o recurso natural mundial,[2] cujo direito fortemente se influencia pelo direito romano e, por tanto, possui historicamente uma tutela dos direitos individuais mais enfática do que aquela provida aos direitos difusos,[3] é apenas com o surgimento dos movimentos ecológicos na década de 60 que se desperta o interesse do legislativo em se manifestar sobre essa tutela,[4] sendo o tema desenvolvido esparsamente ao longo das décadas e se firmando apenas na década de 80 com a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), inserindo o conceito de meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro[5] e estabelecendo os princípios gerais de sua tutela,[6] se consolidando totalmente em 1988 com a promulgação da Constituição.

Mas diante de toda a evolução legislativa evidenciada nessas décadas, das legislações iniciais, que previam sanções, mas ainda não contemplavam possibilidade de reparação civil ou administrativa em face à lesão de forma

[1] SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 16.
[2] CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro: um exercício de direito comparado. **Revista do TCU**, Brasília, n. 112, p. 59-70, 2008. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/21>. Acesso em: 23 set. 2018. p. 60.
[3] SOUZA, op. cit., p. 15.
[4] Ibidem, p. 16.
[5] Ibidem, p. 19.
[6] Ibidem, p. 18.

adequada[7] até o complexo sistema que hoje existe, surge a questão quanto à eficácia dessas normas na proteção do bem que elas almejam tutelar.

O quadro ambiental tem se agravado de forma alarmante, fornecendo fortes indícios de que os instrumentos da tutela jurídica desse bem não têm sido capazes de efetivar a sua proteção.[8] Frente a tal contexto, há uma necessidade urgente de realização de uma pesquisa empírica acerca do assunto.

No Capítulo 2, o trabalho, em um primeiro momento, contextualiza historicamente o tema do meio ambiente, demonstrando a evolução de sua tutela jurídica em âmbito internacional e nacional, posto que ambas as pautas constantemente dialogam entre si; num segundo momento, o trabalho aprofunda a questão jurídica nacional, destacando a íntima relação entre Direito Ambiental e Economia.

O Capítulo 3 começa apresentando o sistema de tutela do meio ambiente no ordenamento jurídico nacional, passando a explorar temas relevantes ao recorte pretendido, de modo a estabelecer os marcos teóricos utilizados; primeiramente conceitua dano ambiental e introduz o tema principal mediante uma breve contextualização quanto às formas de tutela frente sua ocorrência, para então direcionar o enfoque sobre a responsabilidade civil por dano ambiental e as questões que problematizam a efetivação do instituto.

O Capítulo 4 pretende demonstrar a necessidade da realização de uma análise interdisciplinar quanto à questão supracitada devido à tensão inerente existente entre Economia e o Direito Ambiental, que advém da dependência obrigatória da humanidade para com diversos serviços e bens naturais que possuam imenso valor econômico,[9] apresentando o instrumento da Análise Econômica do Direito (AED), uma metodologia apta a diagnosticar o sistema brasileiro de proteção ao meio

[7] Ibidem, p. 16-7.
[8] NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 331.
[9] NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 339.

ambiente na esfera cível em relação à questão de sua efetividade, e respondendo à questão de como a utilização de uma AED Positiva auxiliaria na compreensão do instituto de responsabilidade civil por dano ambiental.

1 HISTÓRICO DA TUTELA AMBIENTAL

Na modernidade, período caracterizado desde a publicação da obra de Descartes até a primeira metade do século XX, o tratamento das sociedades quanto ao meio ambiente é caracterizado pelo seu significado instrumental, onde a natureza é tratada como objeto cuja finalidade se define pela sua infinita capacidade de proporcionar a realização das atividades de desenvolvimento humano.[10]

É possível detectar sinais da emergente preocupação com a degradação do meio ambiente a partir do final da década de 50, frente ao subtexto das demonstrações antibombas nucleares ocorridas na Inglaterra, que denotam o início da mudança global das sociedades ocidentais quanto ao paradigma do tratamento dos recursos naturais como infindáveis.[11]

É na década de 60, no entanto, que o fenômeno da degradação ambiental se consolida como um problema social, devido a diversos eventos que abalaram a confiança em um modelo de desenvolvimento cujo alicerce se baseia na hipótese de um crescimento econômico ilimitado da sociedade industrial, desde o aumento do desemprego e da inflação, à crise energética da época, eventos que demonstraram o perigo do risco ecológico à vida humana.[12]

É nessa década, no Brasil, que se começa a desenvolver o conceito legal de meio ambiente, devido a esse entendimento emergente de que sua proteção e, por consequência, sua tutela jurídica, seriam algo necessário,[13] bem como frente a toda

[10] BARACHO JÚNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 172-3.
[11] Ibidem, p. 174.
[12] Ibidem, p. 174-5.
[13] SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 16.

influência dos acontecimentos e pressões internacionais, que levaram à esparsa e fragmentada legislação originada nos anos 60 a um sistema mais integrado e compreensivo de defesa do meio ambiente.

O fim da década de 60 se caracteriza por movimentos em massa de manifestações e protestos pelo meio ambiente,[14] culminando em 1972 na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, o que originou a Declaração de Estocolmo, que pode ser considerada o marco institucional inicial desse processo que se iniciou no final da década de 50 e ganhou força durante os anos 60,[15] sendo vista por muitos autores como o ponto de partida do movimento ecológico[16] e da "generalização da consciência ecológica",[17] que afetou tanto a sociedade quanto os entes estatais, que passam a adotar medidas para a promoção e proteção do meio ambiente.[18]

As principais influências de Estocolmo no tocante à dinâmica internacional ocorrem frente a três perspectivas: a criação de órgãos especializados no âmbito nacional dos países signatários, no âmbito diplomático mediante a abertura de um canal de comunicação em relação ao tema, como evidenciado pelas diversas conferências que ocorreram posteriormente e, finalmente, no jurídico, através da consolidação de princípios e tratados ambientais adotados.[19]

A Declaração referida também merece destaque por determinar dois princípios de suma importância para o Direito Ambiental Internacional, que estabelecem uma restrição à soberania dos Estados quanto à exploração de seus

[14] BARACHO JÚNIOR, op. cit., p 177.
[15] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. XV.
[16] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. Rio de Janeiro: THEX, 2002. p. 27.
[17] SILVA, Vasco Pereira da. Verde direito: o direito fundamental ao meio ambiente. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). Direito ambiental comparado. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 19 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 331. p. 338.
[18] NIENCHESKI, op. cit., p. 339.
[19] SILVA, Solange Teles da. **O direito ambiental internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 30-1.

recursos naturais, posto que esta não deve causar danos além dos limites de sua jurisdição, assim como um dever de indenização quando tal extrapolação ocorra.[20]

Segue a redação dos Princípios 21 e 22, que evidenciam o acima alegado:

> Princípio 21
>
> Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.
>
> Princípio 22
>
> Os Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob o controle de tais Estados causem às zonas fora de sua jurisdição.[21]

Constituía-se, nesse tema, um ponto controvertido entre os países em desenvolvimento e os desenvolvidos, sendo que o Brasil se posicionava a favor da tese desenvolvimentista.[22]

Havia descontento por parte dos países em desenvolvimento frente a tais imposições, visto que, no geral, havia uma forte influência na Declaração da perspectiva dos países industrializados, marginalizando os interesses e problemas próprios de uma economia que ainda se desenvolvia.[23]

---

[20] BAPTISTA, Zulmira M de Castro. **O direito ambiental internacional**: política e consequências. São Paulo: Pillares, 2005. p. 43.

[21] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 16 de junho de 1972**. Disponível em: <https://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

[22] BARACHO JÚNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 177.

[23] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. Rio de Janeiro: THEX, 2002. p. 29.

Isso, no entanto, não impediu o Brasil de se candidatar a sediar a Conferência de 1992, motivado em demonstrar por vias diplomáticas a importância de preocupações ambientais para o país, que ficou conhecida como RIO-92 ou ECO/92,[24] tema que será retomado a diante.

Quanto ao período entre a realização da Conferência de Estocolmo em 1972 e da Conferência de Rio em 1992, ele foi marcado pela adoção de várias convenções multilaterais e o acontecimento de diversas catástrofes ambientais,[25] o que apontava dois fatos importantes: primeiro, apesar das divergências entre as teses dos países do Sul e do Norte, ambos consideravam a proteção do meio ambiente como fundamental e, segundo, as medidas até então adotadas não estavam sendo efetivas.

Essa falta de efetividade foi, indubitavelmente, uma das razões para a evolução das normas ambientais de forma a aumentar e fortalecer os mecanismos de controle para sua aplicação, tornando-as mais cogentes.[26]

No cenário nacional, é na década de 80 que o tema realmente começa a ser desenvolvido, [27] quando o conceito de meio ambiente atual é introduzido ao ordenamento brasileiro através da Lei nº 6.938/81 – conhecida também como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) –, sendo que este abarca qualquer tipo de vida, seja esta humana, animal ou vegetal, tendo seu conceito jurídico sido desenvolvido da forma mais ampla possível.

Atualmente no ordenamento brasileiro, a definição legal de meio ambiente pode se destrinchar em quatro facetas: natural – Lei nº 6.938/81, PNMA –, artificial – Lei nº 10.257/2001, Estatuto das Cidades –, cultural – Constituição Federal, art. 216, e Lei de Ação Civil Pública, 7.347/85 – e do trabalho – CLT e Códigos

[24] SILVA, Solange Teles da. **O direito ambiental internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 33-5.
[25] Ibidem, p. 31.
[26] VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 81.
[27] Ibidem, p. 22.

Sanitários. Tal distinção implica em tutelas por regimes jurídicos diversos, com normas protecionistas com suas características próprias.

Portanto, pode-se afirmar que o conceito legal de meio ambiente é plurissignificativo, visto que, para expandir seu conteúdo, ele se alinhou a diferentes plataformas conceituais.

O conceito que o presente trabalho utilizará é o de meio ambiente natural, ou de meio ambiente em sentido estrito, estabelecido no artigo 3° da Lei nº 6.938/81, que engloba a vegetação, os microrganismos, a fauna, o solo, a atmosfera, e todos os fenômenos naturais que possam ocorrer em seus limites, se referindo ao conjunto de elementos ecológicos que funcionam como um sistema.[28]

O artigo, em sua totalidade, determina:

> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;
>
> II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
>
> III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
>
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
>
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
>
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
>
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;
>
> IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

[28] SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21-3.

> V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.[29]

O dispositivo legal referido, além de apresentar o conceito legal de meio ambiente – inciso I: conjunto de condições que rege a vida em todas as suas formas –, determina em sua grafia quais são os recursos ambientais à qual a lei se refere – inciso V: a atmosfera, as águas – interiores, superficiais e subterrâneas – os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora –, o que, em conjunto com as delimitações estabelecidas nos incisos II e III – degradação da qualidade ambiental e poluição, respectivamente – serão conceitos de suma importância para o presente trabalho, os quais serão desenvolvidos mais a fundo posteriormente.

Em relação à tutela ambiental constitucional, um tema que merece ser mencionado é em relação aos efeitos da conexão do conceito de meio ambiente à pauta constitucional, visto que não só a proteção do meio ambiente passa a desempenhar um papel central que orienta a interpretação do ordenamento jurídico, mas, também, seu enquadramento como um direito fundamental indispensável à qualidade de vida e, portanto, a garantia constitucional do direito à vida,[30] proporciona o avanço hermenêutico do tema, estabilizando sua influência no ordenamento jurídico nacional, visto que o direito a um meio ambiente saudável, por se consubstanciar em cláusula pétrea da Constituição de 1988, não é passível de alteração que o enfraqueça ou suprima.[31]

A Constituição Federal de 1988 estabelece como um direito fundamental o direito a um meio ambiente sadio, expresso no artigo 225, do qual se transcreveu a seguir os dispositivos que detêm relevância frente ao tema deste trabalho:

---

[29] BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 3 set. 2017.
[30] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 73.
[31] RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental**: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 148.

> Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> §1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
>
> VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
>
> **§3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.** (Grifo nosso)[32]

Em relação à norma constitucional transcrita acima, o parágrafo terceiro foi destacado em razão das implicações de sua interação com o artigo terceiro da PNMA.

Esse é o embasamento constitucional para a tutela tríplice do meio ambiente, pois estabelece que haja penalização via sanções nas esferas penal, administrativa e civil para todos aqueles que lesarem o meio ambiente, sendo que o artigo terceiro do PNMA complementa o artigo 225 da Constituição, na medida em que fornece os conceitos necessários para sua interpretação de forma mais concreta.

A análise da norma constitucional transcrita acima demonstra que, ao reconhecer como fundamental o direito ambiental, surge um dever do intérprete e

[32] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

operador do direito em aplicar de forma enfática os princípios que o regem, de forma a validar a norma constitucional.[33]

Princípios, segundo Alexy, são mandamentos de otimização, ou seja, regras principiológicas estabelecem que algo seja feito na maior medida possível permitida pelas possibilidades fáticas e jurídicas, de modo que a proteção ao meio ambiente estabelecida constitucionalmente deve ser utilizada como uma cláusula geral que irá orientar a interpretação do ordenamento jurídico, podendo ser incorporada com força normativa por alguma outra lei.[34]

O fato de princípios serem aplicados mediante a ponderação se torna particularmente importante quando se constata um aparente conflito entre duas normas principiológicas hierarquicamente iguais cujos valores aparentemente se opõem, como é o caso do princípio de proteção a um meio ambiente sadio e o princípio de desenvolvimento nacional, artigo 3º da Carta Magna.

Em um primeiro olhar, parece que seria incompatível a conciliação entre um mandamento constitucional de desenvolvimento econômico e um de preservação do meio ambiente; muitas vezes, o desenvolvimento econômico só é possível por meio de utilização dos recursos providos pelo meio ambiente, e a utilização destes não ensejaria sua degradação?

Os princípios que regem a tutela do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro são, basicamente, instituídos pelo artigo 225 da Constituição Federal, acima transcrito, e pelo artigo 2° da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente:

> Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a **preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico**, aos

[33] RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental**: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 148-9.

[34] ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9-30, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041/6835>. Acesso em: 5 set. 2017. p. 25.

> interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:
>
> I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
>
> II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
>
> Ill - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
>
> IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
>
> V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
>
> VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;
>
> VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
>
> VIII - recuperação de áreas degradadas; (Regulamento)
>
> IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;
>
> X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente. (Grifo nosso)[35]

Associando a necessidade de um meio ambiente sadio à necessidade da sociedade de continuar a se desenvolver no plano econômico, o conceito de meio ambiente se atrela ao conceito de desenvolvimento, a partir de onde se cria a ideia de desenvolvimento sustentável, expresso no artigo supracitado e na Constituição brasileira, em seu artigo 170, que reforça essa conciliação ao determinar como um princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente.[36]

Esse, aliás, era o grande ponto de contenção entre os países industrializados e os em desenvolvimento, que surgiu em Estocolmo e perdurou por longos anos, posto que estes, inclusive o Brasil – que se posicionavam de forma a defender a

[35] BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 3 set. 2017.

[36] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

necessidade de uma amenização das restrições ambientais sobre as quais os tratados eram feitos e, frente à ótica de que a Conferência fazia parte de uma tática de divergir programas de desenvolvimento para o segundo plano –, possuíam uma posição antagônica.[37]

E é desse histórico de tensões – frente à suposição de que o meio ambiente e desenvolvimento econômico são conceitos antagônicos – e eventuais conciliações – como ocorre na ECO/92, onde o tema do desenvolvimento sustentável figurou como principal assunto da Conferência, embora sua primeira aparência no cenário internacional tenha ocorrido 1987 em uma assembleia da ONU, no que ficou conhecido como o Relatório Brundtland – que o entendimento de que esses conceitos podem coexistir culmina em um dispositivo da ordem econômica que se condiciona a um princípio de defesa do meio ambiente.

Importante notar que o conceito de desenvolvimento sustentável estabelecido pelo relatório supracitado perdura até hoje, sendo definido como "o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade de gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades".[38]

No próprio capítulo que rege os princípios gerais da atividade econômica na Constituição, o artigo 170, inciso VI, pode-se notar que se busca estabelecer uma conciliação entre a questão do desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente quando a Constituição condiciona que a ordem econômica deve respeitar a defesa do meio ambiente.[39]

[37] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. Rio de Janeiro: THEX, 2002. p. 29.

[38] ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report on the World Commission on Environment and Development**: Our Common Future, 4 de agosto de 1987. Disponível em: <https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018. p. 54.

[39] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

Essa conciliação é reforçada, também, pelo artigo 4° da Lei nº 6.938, que determina: "A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;".[40]

Ocorre, portanto, que o desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente não implicam em mantê-lo estático e imutável; assim, o princípio da manutenção de um meio ambiente saudável implica não na manutenção de uma preservação estática criogênica, que seria impossível, mas sim na reparação, na maior medida possível, do dano por ele sofrido – a questão que figura neste cenário, assim, concerne uma tomada de decisão política[41] quanto ao que configura uma degradação ambiental aceitável para atingir a meta econômica visada.[42]

O artigo 4° da lei da PNMA preza por esta manutenção, determinando que ela se realize mediante a preservação e restauração do meio ambiente frente critérios e padrões da qualidade ambiental:

> Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
>
> III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;
>
> VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;[43]

Insere-se aqui, em conjunto com o artigo 225, parágrafo 1°, inciso IV da Carta Magna, uma ideia de custo ambiental – o desenvolvimento sustentável só se torna possível mediante uma análise de custo-benefício do projeto que visa o

[40] BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 3 set. 2017.
[41] NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 331.
[42] DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 116-7 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 340.
[43] BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 3 set. 2017.

desenvolvimento econômico em relação aos impactos ambientais, sejam estes positivos ou negativos, que do projeto advirão.

Essas ideias – custo ambiental, e a realização de decisões políticas mediante uma análise de custo-benefício – se unem à ideia de "capital natural"[44] de modo que essa sustentabilidade é atingida mediante um entendimento econômico dos recursos naturais. Fazendo uso de uma analogia, pode-se dizer que, enquanto a busca por soluções realizada no âmbito jurídico se caracteriza por um critério condicionante de justiça, no âmbito econômico o elemento caracterizante é a eficiência; nesta medida, o conceito de desenvolvimento sustentável e, portanto, o próprio modo como a tutela ambiental é exercida, passa a ser caracterizado, também, por essa mesma preocupação econômica com a eficiência.

Essa questão fica clara mediante uma análise do artigo constitucional supracitado e a seguir transcrito, principalmente quando interpretado em conjunto com o inciso VI do artigo 2º da PNMA, que estabelece como um de seus princípios o incentivo ao desenvolvimento de tecnologias orientadas para o uso racional dos recursos ambientais:

> Art. 170. **A ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna,** conforme os ditames da justiça social, **observados os seguintes princípios:**
>
> VI - defesa do meio ambiente, **inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;** (Grifo nosso).45

Nesse contexto se insere a ferramenta atual que busca conciliar uma forma de empreender com a proteção dos ecossistemas,[46] o Estudo de Impacto Ambiental

[44] CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro: um exercício de direito comparado. **Revista do TCU**, Brasília, n. 112, p. 59-70, 2008. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/21>. Acesso em: 23 set. 2018. p. 60.

[45] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

[46] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 612.

(EIA), que busca incentivar os agentes poluidores a racionalizar seu processo de produção de modo a torná-lo menos oneroso aos recursos naturais, pois tais medidas possuem reflexos econômicos positivos devido ao tratamento diferenciado supracitado. A metodologia, que vem sido desenvolvida desde a década de 1950, é definida por Antunes como:

> [...] uma das diferentes modalidades de estudos utilizadas para o exame dos diferentes custos de um projeto, estando voltada para os chamados custos ambientais, os quais são caracterizados pelos impactos positivos e negativos advindos da implantação do empreendimento. [...] são uma evolução das análises do tipo custo/benefício, cujos objetivos básicos podem ser resumidos como uma análise custo/benefício do projeto, tomando-se como parâmetro a repercussão sobre o meio ambiente.[47]

Um ponto de importância advindo do estudo do EIA para o direito ambiental é a capacidade de determinar os efeitos desfavoráveis sobre a biota, ou seja, os efeitos desfavoráveis às condições de vida animal e vegetal na região considerada[48], que são capazes de configurar juridicamente o dano ambiental de modo a viabilizar a atribuição de responsabilidade pelo fato ocorrido.

Importante frisar que uma análise do custo-benefício positiva, ou seja, um EIA cujo resultado seja favorável à procedência do projeto, não necessariamente implica na inexistência de impactos negativos gerados no meio ambiente em *stricto sensu*, mas a mera determinação que os impactos negativos previstos sejam aceitáveis; implica, então, em uma espécie de dano programado, assim como uma valoração subjetiva sobe a questão, posto que o que determina se o dano é aceitável ou não é uma escolha política que prioriza os benefícios socioeconômicos esperados frente o impacto calculado.[49]

Consoante, no artigo 4° da Lei do PNMA:

> Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

[47] Ibidem, p. 609.
[48] Ibidem, p. 616.
[49] SÁNCHES, Luis Enrique. Danos e passivo ambiental. In: ALVES, Alaôr Caffé; PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. São Paulo: Manole, 2005. p. 267.

> VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.[50]

Surge, então, a concepção de poluidor-pagador no direito ambiental, cuja aplicação não se restringe apenas aos danos calculados pelo EIA, que constituem uma análise prévia da poluição que resultará de uma determinada atividade e culminam na contribuição pelo uso dos recursos, mas se alastra para todo tipo de dano que seja causado ao meio ambiente, inclusive os inesperados.

Um aspecto interessante de se destacar é que, embora a norma supracitada tenha sido o ponto de origem do princípio no direito ambiental, ele é desenvolvido inicialmente no âmbito da economia.51

Sua origem econômica é bem marcante frente a sua atuação "como um mecanismo [...] para a alocação de custos"[52] que determina "que a coletividade como um todo não deve arcar com o custo de quem causa a deterioração aos recursos naturais, atribuindo ônus especificamente aos poluidores";[53] a questão será retomada no Capítulo 3.

O conceito normativo de impacto ambiental é estabelecido pela Resolução nº 1/86, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 1º, que determina:

> Artigo 1° - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:
>
> I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> II – as atividades sociais e econômicas;

[50] BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 3 set. 2017.

[51] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 211.

[52] MAMLYUK, Boris N. Analysing the polluter pays principle through law and economics. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1679245&download=yes>. p. 51 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 347.

[53] NIENCHESKI, op. cit., p. 346.

III – a biota;

IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V – a qualidade dos recursos ambientais.[54]

Esse conceito foi avançado e ampliado em 1997 com a Resolução n° 237, que estabelece o conceito de impacto regional, o que permitiu avanços no tema de licenciamento de atividades poluidoras com características próprias.[55]

Como anteriormente mencionado, o conceito de meio ambiente é plurissignificativo, sendo que seu conceito legal se pauta em quatro facetas – a natural, artificial, cultural e do trabalho. Dessa forma, o que pode pesar para uma conclusão positiva do EIA não necessariamente será uma negatividade baixa em relação à biota, mas sim uma positividade alta em relação aos outros aspectos; se busca, aqui, atingir o Ótimo de Pareto, onde não se é possível afetar positivamente um resultado almejado sem que um outro seja prejudicado;[56] Cristiani Derani esclarece que, quanto a questões ambientais: "o ótimo de Pareto não significa zero de poluição [...]. É mais uma relação de custo-benefício, onde o custo da limpeza não pode ser superior ao custo da perda marginal de bem estar."[57]

Frente ao panorama delineado de um meio ambiente juridicamente tutelado surge a questão se, de fato, as a imposições previstas geram uma sanção efetiva contra a degradação do meio ambiente.

Como previamente estabelecido, um retorno ao *status quo* é impossível, mas as reparações efetuadas são suficientes para gerar um novo equilíbrio em um meio ambiente sadio? O dano ambiental é irreversível, sendo possível restaurar, apenas, a

[54] BRASIL. **Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama//res/res86/res0186.html> Acesso em: 3 nov. 2017.
[55] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 674.
[56] PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. p. 35.
[57] DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 116-7 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 340.

percepção sensorial sobre o ecossistema, mas o novo equilíbrio atingido é impossível de ser o mesmo existente anterior à lesão.[58]

O presente trabalho não tem o intuito de responder a essas questões de forma empírica e contundente; a realização de tal proposta quanto às duas questões aqui postuladas fugiria do escopo de um trabalho de conclusão de curso em nível de graduação.

O que se propõem, portanto, é a problematização da questão, de forma a possibilitar que se aponte modos racionais para que tais estudos sejam desenvolvidos em relação à esfera de responsabilização civil, instituto aplicado em caso de lesão ao meio ambiente por dano ambiental não programado.

2 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Buscou-se anteriormente no presente trabalho esclarecer o conceito jurídico de meio ambiente, sua evolução tanto na comunidade internacional como no Brasil, principalmente devido à influência e dependência mútua que o avanço do tema nacional demonstra perante a questão, de forma que não se é possível tratar de seu desenvolvimento num âmbito nacional sem que as influências internacionais, e vice-versa, sejam mencionadas.

Buscou também estabelecer e demonstrar a ligação entre economia e meio ambiente, que ultrapassa meramente a esfera do material – em especial entre a tensão inerente frente à finitude dos recursos naturais e a necessidade de usá-los para se alcançar ou manter o desenvolvimento econômico dos Estados – até os desdobramentos jurídicos para o Direito Ambiental, como o princípio do poluidor-pagador.

O RIO-92 – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) –, em sua Declaração final, determina que:

[58] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 174.

> Princípio 17. A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente e que dependam de uma decisão da autoridade nacional competente.[59]

Tal princípio, como demonstrado anteriormente, se desdobra de duas maneiras lógicas em relação ao dano causado no meio ambiente pela ação humana: da prevenção pelo dano futuro e da compensação pelo dano não programado.

Explanando brevemente sobre a ferramenta do EIA – exemplo de medida que lida com o dano quando este é tido como "aceitável" e de suma importância como uma das faces do princípio do poluidor-pagador em âmbito jurídico –, abordou-se de forma preliminar o tema da análise de custo-benefício mediante utilização do Teorema de Pareto para a tomada de decisão que determina que tipo de lesão ao meio ambiente será caracterizada frente a concepção de "dano programado"[60], de modo que sua configuração não enseje aplicação de normas com caráter sancionatório devido à responsabilização dos agentes.

São desdobramentos do princípio do poluidor-pagador quanto à prevenção da degradação ambiental, operando frente à questão da necessidade de interiorização das externalidades negativas advindas do desenvolvimento econômico por aqueles que deste se beneficiam, obtendo seu caráter preventivo mediante "incentivos que influenciam determinado comportamento dos agentes econômicos".[61]

Mediante a realização de tais considerações, o tema do EIA não será mais aprofundado, posto que não figura como objeto de estudo do presente trabalho, mas seu caráter de prevenção frente à atividade que gere degradação ambiental se

---

[59] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, 3 a 14 de junho de 1992**. Disponível em: <https://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1992_Declaracao_Rio.pdf> . Acesso em: 3 nov. 2017.

[60] SÁNCHES, Luis Enrique. Danos e passivo ambiental. In: ALVES, Alaôr Caffé; PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. São Paulo: Manole, 2005. p. 266.

[61] ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 apud PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. p. 34.

encontra muito interligado com a função preventiva do instituto estudado, de modo que seja necessário um entendimento mínimo seu para que se possa aprofundar o objeto de estudo do presente trabalho.

Traça-se, assim a necessidade de se estabelecer a) quais são os sistemas jurídicos existentes para a tutela ambiental em se tratar de dano não programado e b) o que e como se define esse dano causado ao meio ambiente – questão que traz outra problemática frente à própria natureza do meio ambiente e seus ecossistemas –, que será abordada na Seção 1 do presente Capítulo; após tais questões preliminares, se torna possível realizar o recorte final em relação ao instituto que será analisado por este trabalho: a responsabilidade civil por dano ambiental.

A tutela do meio ambiente é de suma importância não só para a manutenção da nossa qualidade de vida, mas para a própria sobrevivência humana. A Carta Magna de 1988 reconhece a necessidade de sua proteção ao determinar ser um direito fundamental à condição humana a existência e preservação de um meio ambiente sadio.62

No Brasil, essa proteção constitucional, somada à ideia de o meio ambiente ser um bem de interesse público, culminaram em uma tutela que pode ser juridicamente evidenciada nas esferas do direito administrativo, civil e penal, estabelecendo um sistema de proteção abrangente do meio ambiente que, como um bem "res communes omnium" 63, possui essa tríplice responsabilização,64 visto que a sua preservação se torna a base na qual a política social e econômica se assentam.65

A publicação de Sérgio Ferraz em 1977, "Responsabilidade Civil por Dano Ecológico" na Revista de Direito Público forma uma importante referência

[62] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 177.
[63] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 152.
[64] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 324.
[65] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 177.

doutrinária no avanço do tema, visto que é a partir do desenvolvimento de três ideias nele apresentadas que se começa a estabelecer pontos de flexibilização importantes para o avanço do tema, em especial em relação ao direito de propriedade.66

Ferraz defende em seu texto uma reforma no instituto de desapropriação e da instrumentalização jurídica que regra o funcionamento das indústrias, mas a ideia que merece destaque no momento é a de que a tutela ambiental se desse por meio da positivação de um direito público.67

O ordenamento jurídico brasileiro passou por grandes evoluções em relação não só às leis materiais que tutelam esse tema, mas também em relação aos seus mecanismos de efetivação desde que o tema começou a ser discutido no século passado.68

Por se tratar de um bem jurídico cuja fruição é da sociedade, também o exercício do dever de proteção pertence a toda coletividade;69 após três décadas do estabelecimento do direito fundamental a um meio ambiente sadio, faz-se prudente uma análise quanto à sua efetiva tutela, principalmente frente aos inúmeros desastres ambientais ocorridos no período pós-ECO/92, desde o vazamento de óleo na Baía de Guanabara e em Araucária, ambos em 2000, o vazamento da barragem de Cataguases em 2003, o rompimento da barragem em Miraí, MG em 2007 e o mais recente e famoso rompimento de barragem, em Mariana, MG, todos os quais são apenas os exemplos de desastres nacionais que tiveram mais cobertura midiática, sem mencionar os que ocorreram no âmbito internacional.

O EIA é o instrumento capaz de avaliar o impacto negativo dos danos programados – mas e o impacto ambiental quando as condições inesperadamente levam a um desastre como os citados? Como mencionado anteriormente, normas

[66] BARACHO JÚNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 316-7.
[67] Ibidem, p. 318.
[68] SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 16.
[69] ANTUNES, op.cit., p. 152.

ambientais têm tornado cada vez mais cogentes, mas desastres catastróficos continuam ocorrendo, degradando o meio ambiente de forma irrecuperável.

As dimensões dos danos decorrentes desses desastres são imensas, devastadoras e imprevisíveis com os instrumentos atuais; mesmo que a determinação do prejuízo econômico frente à lesão ocorrida fosse possível, a reparação completa do dano não é satisfeita integralmente mediante a mera indenização da quantia averiguada; resta, em tais casos, determinar os agentes responsáveis e puni-los, respeitando a finalidade de que as sanções estabelecidas se propõem de efetuar, como será desenvolvido em Capítulo específico; para o desenvolvimento do presente trabalho, destaca como objeto de estudo apenas o aspecto da tríplice concernente à responsabilização por dano ambiental frente à esfera de responsabilidade cível.

2.1 Considerações prévias: o conceito jurídico de dano ambiental

Antes de prosseguir, faz-se necessário estabelecer e conceituar dano ambiental, visto que ele é o pressuposto básico para a configuração da responsabilidade ambiental.

Primeiramente, há que se delimitar que o objeto de estudo é o dano ambiental não programado, ou seja, aquele que ocorre sem autorização prévia, independentemente de ser ou não voluntário;[70] elimina-se, assim, desenvolvimento de um estudo mais aprofundado em relação à questão do EIA, que lida com o dano ambiental programado.

A tutela do meio ambiente como um bem jurídico, principalmente frente à sua natureza de um bem coletivo, gera uma grande problemática, sobretudo em relação ao seu ressarcimento.[71]

[70] SÁNCHES, Luis Enrique. Danos e passivo ambiental. In: ALVES, Alaôr Caffé; PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. São Paulo: Manole, 2005. p. 266.

[71] ANTUNES, Luís Felipe Colaço. Triângulações para a individualização de novas situações jurídicas. In: _____. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**. 1998. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998. cap. 1, p. 31-106. p. 58.

Dano pode ser definido como a variação negativa capaz de ser mensurada de forma a possibilitar sua restituição;[72] esta lesão do bem jurídico tutelado, que tenha sofrido qualquer tipo de alteração danosa, ocorre de modo que, para a mensuração desta, não basta determinar as suas consequências econômicas, mas também todas as consequências que dele advenham,[73] posto que o que se tutela é a qualidade do meio ambiente como um todo e não os seus elementos constitutivos.[74]

Portanto, determinar se o dano é capaz de ser ressarcido, especialmente em se tratando de dano ambiental, apresenta uma série de dificuldades que serão retomadas a seguir na Seção, posto que antes o conceito de restituição e dano nesse contexto necessitam ser esclarecidos.

Primeiro, deve-se esclarecer que a afirmação quanto ao dano ser restituível não implica na capacidade do objeto de ser reparado quando se toma por critério de reparação um retorno ao *status quo* inicial; bens ambientais são insubstituíveis, pois desempenham função única no equilíbrio do meio ambiente,[75] cujo objeto da tutela jurídica é a qualidade ambiental perante sua totalidade, como mencionado previamente; isso torna o *quantum* indenizatório desse ressarcimento uma tarefa complexa cuja questão será retomada mais adiante no presente trabalho.

Segundo, em relação ao dano que se almeja ressarcir, este pode se manifestar mediante duas esferas distintas, sendo que ambas se caracterizam como dano ambiental, de modo que se torna necessário esclarecer a que tipo de dano está se

[72] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 523.
[73] ANTUNES, Luís Felipe Colaço. op. cit., p. 59-60.
[74] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 85.
[75] COULON Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 176 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 352.

referindo: aquele comum à coletividade, que afeta o patrimônio ambiental, ou o que se reflete em um indivíduo dessa coletividade que tem seus bens afetados.[76]

Para fins do presente trabalho, salvo menção em sentido contrário, se refere à primeira concepção quando se menciona o termo.

Especificamente em relação ao dano ambiental, Antunes postula que ele pode ser caracterizado por poluição causadora de alterações adversas no meio ambiente,[77] e que o entendimento da doutrina e de jurisprudência é firmado no sentido de que o dano será ressarcível apenas se ele demonstrar ser certo, possuir atualidade e subsistência – três requisitos sem os quais não há configuração de dano,[78] sendo que Baptista apresenta um conceito mais amplo, incluindo toda atividade humana que gere efeito danoso, seja este de natureza poluidora ou de espoliação.[79]

Segundo Annelise, seria incabível exigir o enquadramento do dano ambiental para que este seja ressarcível nos preceitos tradicionais de responsabilização;[80] assim, afirma ser entendimento da doutrina o critério quanto à relevância do dano, de modo que ocorra ruptura do equilíbrio ecológico, que pode ser definida pela gravidade da alteração, por sua anormalidade e periodicidade:

> [...] a anormalidade se verifica quando há uma modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais de tal grandeza que estes percam, parcial ou totalmente, sua propriedade ao uso. Esta anormalidade está intimamente ligada à gravidade do dano, ou seja, uma decorre da outra, já que o prejuízo verificado deve ser grave e, por ser grave, é anormal[...] A gravidade consiste na transposição daquele limite máximo de absorção de agressões que possuem os seres humanos e os elementos naturais [...] Além disso, deve se

[76] ALSINA, Jorge Bustamante. Derecho ambiental: fundamente ación y normativa. Argentina: Abeledo-Perrot, 1995. p. 45 apud STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 117.
[77] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 181.
[78] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 151.
[79] BAPTISTA, Zulmira M de Castro. **O direito ambiental internacional**: política e consequências. São Paulo: Pillares, 2005. p. 309.
[80] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 127.

> periódico, não bastando a eventual emissão poluidora. Mas essa periodicidade não é aquela noção que normalmente possuímos, de que deve ser verificado durante algum lapso temporal, Aqui, ela consiste, precisamente, na necessidade de que haja tempo suficiente para a produção de um dano substancial grave, não se verificando, por exemplo, no caso de odores momentâneos.[81]

Se faz mister, neste momento, recorrer à disciplina da ecologia para auxiliar no entendimento da "consequência grave" que configuraria tal dano.

A premissa da ecologia se baseia em cinco concepções base: as espécies se integram de forma dinâmica, o ecossistema possui uma capacidade para se autorregular e autorregenerar, capacidade funcional-ecológica e de uso humano dos recursos naturais.[82]

A primeira premissa refere-se ao fato de que tudo na natureza se integra, constituindo sistemas complexos dependentes de equilíbrios também complexos e dinâmicos; a capacidade de autorregulação concerne à manutenção desse equilíbrio dinâmico de forma automática, enquanto a autorregeneração refere à tendência de tais sistemas em adquirirem um estado homeostático quando alterados; o foco da capacidade funcional-ecológica é a função que os bens naturais exercem em seu ecossistema e, por fim, a capacidade de uso humano se refere à utilidade que os seres humanos podem retirar desses bens.[83]

> [...] a principal função do conceito de ecossistema é, precisamente, a de realçar, por um lado, as relações causais e de interdependência entre os seus componentes [...] e, por outro lado, entre os vários ecossistemas. Note-se que esta interdependência não é circular ou linear, mas antes múltipla: os elementos do sistema têm várias ligações recíprocas [...] Desse modo, os sistemas ecológicos são sistemas abertos, semelhantes à zonas autônomas de uma complexa teia global: a biosfera. Em consequência, uma perturbação num elemento pode afetar qualquer outro componente do sistema em que está

[81] LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 700, p. 07-26, fev. 1994 apud STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 130-1.
[82] STEIGLEDER, op. cit., p. 19.
[83] Ibidem, p. 20-1.

> integrado, e a desestabilização de um ecossistema pode gerar instabilidade nos sistemas vivos a ele relacionados.[84]

Essa estabilidade dinâmica, essas ligações recíprocas com incontáveis conexões entre todos os sistemas vivos relacionados nesse ecossistema apresentam, no entanto, uma grande dificuldade em se dimensionar e auferir a realidade fática quando houve dano causado – de determinar a sua verdadeira amplitude e reflexos.

Auferir a real dimensão das consequências é quase impossível no momento em que o dano ocorre, pois muitos serão os desdobramentos causados a partir do fato inicial; o dano dificilmente possuirá apenas uma esfera de reflexo no meio ambiente e as suas implicações ecológicas podem facilmente atingir dimensões continentais ou até planetárias, principalmente frente ao fato de o Brasil deter uma porcentagem tão grande do capital natural global. [85]

Essa incapacidade de especificamente determinar a magnitude do dano, ou de que ações específicas seus reflexos advêm, gera uma série de problemas em relação à aplicação de responsabilização na esfera civil, assunto que será aprofundado na Seção seguinte, visto que enseja grande complicação no estabelecimento dos critérios necessários para a configuração jurídica do instituto do dano ambiental.

Consequentemente, existe uma estarrecedora desigualdade entre o número de ações e o de condenações, sendo que essa diferença só se agrava ainda mais devido, também, ao próprio sistema, que carece tanto de celeridade quanto de perícias tecnicamente satisfatórias.[86]

2.2 Responsabilidade civil por dano ambiental

---

[84] SENDIM, José de Sousa Cunhal. Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998 apud STEIGLEDER, op. cit., p. 20.

[85] CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro: um exercício de direito comparado. **Revista do TCU**, Brasília, n. 112, p. 59-70, 2008. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/21>. Acesso em: 23 set. 2018. p. 60.

[86] RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental**: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 150.

Tendo determinado o conceito e as peculiaridades quanto à configuração de dano ambiental – pressuposto intrínseco para a atribuição de responsabilidade civil – na Seção 1, prossegue-se com a análise do instituto em questão; frente às particularidades inerentes às questões ambientais, observa-se a mesma necessidade de se abordar o tema de forma diversa da interpretação tradicional existente no conceito de dano ambiental; segundo Silva, "A concepção privatista do direito de propriedade constituía forte barreira à atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente."[87]

Como anteriormente mencionado, diversos doutrinadores brasileiros consideram Sérgio Ferraz e seu texto de 1977 como pioneiros em relação ao tema de responsabilidade civil por dano ambiental;[88] as ideias apontadas nessa ocasião são de suma importância para a flexibilização dos atributos do direito de propriedade, cujo reflexo que se destaca no momento é o fato de que o instituto de responsabilidade civil por dano ambiental se configura mediante responsabilidade objetiva ao invés do modelo subjetivo tradicional de culpa, o que só se torna possível frente à conjunção dessa flexibilização com a ideia de que a proteção do meio ambiente é um interesse público.[89]

O artigo 14, § 1º do PNMA é o responsável por estabelecer o instituto no ordenamento jurídico brasileiro:

> Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
>
> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O

[87] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 38.
[88] BARACHO JÚNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 316.
[89] Ibidem, p. 319.

> Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifo nosso)[90]

Como demonstra o próprio texto da Lei, para a configuração da responsabilidade objetiva não se faz necessário configuração do elemento da culpa; sua caracterização requer apenas os elementos de dano, fato e nexo de causalidade, posto que é uma modalidade de responsabilidade legal.[91]

Steigleder argumenta que o artigo supracitado encontra fundamento axiológico no artigo 225 do texto constitucional, de modo que "a responsabilidade civil pelo dano ambiental possui uma função social que ultrapassa as finalidades punitiva, preventiva e reparatória".[92]

Segundo Silva, a adoção da modalidade objetiva gera cinco consequências principais:

> a) irrelevância da intenção danosa (basta um simples prejuízo); b) irrelevância da mensuração do subjetivismo (o importante é que, no nexo de causalidade, alguém tenha participado [...]; c) inversão do ônus da prova; d) irrelevância da licitude da atividade; e) atenuação do relevo do nexo causal.[93]

Assim, enquanto o modelo da responsabilidade civil tradicional tem seu foco na reparação dos danos,[94] sendo as funções de punição e prevenção tidas como secundárias,[95] a tutela do meio ambiente tem como objetivo conservar os bens ecológicos protegidos, de modo que enquanto o instituto tradicional se dedica a "reconstituir um *status quo* moral por forma a repor a igualdade (formal) entre

[90] BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.
[91] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 126.
[92] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 177.
[93] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 338.
[94] STEIGLEDER, op. cit., p. 178.
[95] COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. Coimbra: Almedina, 1994. p. 434-435 apud STEIGLEDER, op. cit., p. 178.

lesante e lesado," [96] mas sim, frente danos ambientais o instituto adquire configuração própria, visto que orientado por normas de ordem pública e com finalidade de "garantir a prevalência do interesse público ambiental (protegido de forma específica) face a outros interesses que lhe são contrapostos".[97]

Antunes aponta que a questão da inversão do ônus da prova ocorre mediante um julgado – REsp 1060753/SP – onde a Relatora determina pressupor tal inversão o princípio da precaução;[98] Steigleder entende que estes princípios sejam uma espécie de responsabilização civil *ex ante*;[99] tratam, portanto, de questões de dano ambiental programado – dispondo de instrumentos como o termo de ajustamento de conduta, licenciamento e o EIA – que refletem consequências interessantes no instituto da responsabilidade civil decorrida de lesão ambiental, posto que destrói possíveis barreiras que poderiam ser utilizadas como forma de defesa pelos agentes poluentes.

O julgado acima é um dos muitos que indicam como a jurisprudência nacional adota uma postura rígida perante os agentes responsáveis por dano ambiental, no sentido de que a legislação é aplicada pelos operadores do direito em sua maior medida possível.

Seguindo essa linha, um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2010 afasta a possibilidade de se utilizar argumentação de defesa frente à incapacidade econômica – Apelação Cível 1.0024.05.734153-9/001 –, entendimento que corrobora a posição de Édis Milaré de que "a eventual aniquilação da capacidade econômica do agente não contradiz o princípio da reparação integral, pois este assumiu o risco de sua atividade e todos os ônus inerentes a esta". Outro julgado importante é o Ação Civil Pública 98.03.067546-0/SP, que estabelece que o

[96] SENDIM, José Sousa Cunhal. Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 167 apud STEIGLEDER, op. cit., p. 179.
[97] SENDIM, op. cit., p. 167 apud STEIGLEDER, op. cit., p. 179.
[98] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 510
[99] STEIGLEDER, op. cit., p. 188.

princípio da bagatela não é aplicável, afirmando também que a degradação prévia do local não pode ser utilizada para afastar a culpa do agente que causou dano; o tribunal também entende que o princípio da razoabilidade deve ser aplicado de modo a coibir e desestimular infração de normas ambientais.[100]

Desse modo, além das peculiaridades apresentadas até agora, a mencionar o fato de a responsabilidade ter clara reestruturação de prioridades em relação a seus objetivos tradicionais, outra característica singular do instituto é a ideia consagrada por grande parte dos doutrinadores brasileiros quanto ao seu caráter solidário, calcado na teoria do risco integral.[101]

O caráter solidário é estabelecido pelo artigo 3º da PNMA, inciso IV cuja redação determina: "Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por [...] poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".[102]

Antunes aponta o Recurso Especial 442586/SP como um dos marcos que reconhece a existência da aplicação da teoria do risco integral nesse tema,[103] mas vale a pena frisar que além do julgado apontado pelo autor, o tema foi objeto de julgamento por tema repetitivo frente o REsp 1374284/MG em 2014, firmando:

> [...] a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; (Grifo nosso).[104]

---

[100] MILARÉ, Édis. *Direito do* ambiente. 2. ed. São Paulo. Ed. RT, 2001. p. 426 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 353.

[101] BARACHO JUNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 321.

[102] BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

[103] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 495.

[104] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial. **REsp 1374284/MG**. Segunda Seção. Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases LTDA. Recorrida: Emilia Mary Melato Gomes. Relator:

Dessa forma, o nexo se torna um elemento objetivo, visto que a atribuição de responsabilização depende apenas da imputação do dano à atitude do agente,[105] bastando a apuração do vínculo entre o dano ambiental e um fato qualquer.[106]

É de interesse notar, também, que o Superior Tribunal de Justiça entende que o nexo de causalidade pode ser descartado em certas hipóteses, como evidenciado na ementa a seguir:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA – ARTS. 3º, INC. IV, E 14, § 1º, DA LEI 6.398⁄1981 – IRRETROATIVIDADE DA LEI – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 282⁄STF – PRESCRIÇÃO – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO: SÚMULA 284⁄STF – INADMISSIBILIDADE.
>
> 1. A responsabilidade por danos ambientais é objetiva e, como tal, não exige a comprovação de culpa, bastando a constatação do dano e do nexo de causalidade.
>
> 2. **Excetuam-se à regra, dispensando a prova do nexo de causalidade, a responsabilidade de adquirente de imóvel já danificado porque, independentemente de ter sido ele ou o dono anterior o real causador dos estragos, imputa-se ao novo proprietário a responsabilidade pelos danos.** Precedentes do STJ.
>
> 3. A solidariedade nessa hipótese decorre da dicção dos arts. 3º, inc. IV, e 14, § 1º, da Lei 6.398⁄1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).
>
> 4. Se possível identificar o real causador do desastre ambiental, a ele cabe a responsabilidade de reparar o dano, ainda que solidariamente com o atual proprietário do imóvel danificado.
>
> 5. Comprovado que a empresa Furnas foi responsável pelo ato lesivo ao meio ambiente a ela cabe a reparação, apesar de o imóvel já ser de propriedade de outra pessoa jurídica.

Ministro Luis Felipe Salomão. Minas Gerais, 27 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1374284>. Acesso em: 19 set. 2018

[105] PERALES, Carlos de Miguel. La responsabilidade civil por daños al medio ambiente, 2. ed. Madrid: Civitas, 1997 apud STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 196.

[106] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999 apud STEIGLEDER, op. cit., p. 198.

> 6. É inadmissível discutir em recurso especial questão não decidida pelo Tribunal de origem, pela ausência de prequestionamento.
>
> 7. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal.
>
> 8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (Grifo nosso).[107]

Resumindo, pode-se descrever a responsabilidade civil por dano ambiental no Brasil como um instituto único, com características próprias que o diferenciam do tradicional, dentre elas o fato de possuir natureza de direito tanto público quanto privado, o que culmina numa solidariedade entre os agentes imediatos e mediatos causadores da degradação ambiental frente à própria natureza do bem tutelado, que também gera uma priorização dos elementos de punição e prevenção sobre o de reparação e cuja imputação ocorre de forma objetiva, mediante adoção da teoria do risco integral, sendo possível que o nexo de causalidade seja dispensado em certos casos.

Como muito bem aponta Yost, "um princípio geral aplicável à reparação de danos ecológicos" pode ser apontado para a formulação de procedimentos e normas quanto à responsabilidade civil por dano ambiental, qual seja a priorização da prevenção sobre a reparação, de modo que haja cada vez menos necessidade de utilização dos mecanismos deste, posto que: "a recuperação, além de ser sempre mais onerosa do que a prevenção, não ocorre com a frequência e celeridade ideais, acarretando prejuízos irreversíveis para a sociedade.",[108] enquanto para Pozzo apud

[107] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1.056.540 - GO (2008/0102625-1)**. Recorrente: FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S/A. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801026251&dt_publicacao=14/09/2009>. Acesso em: 17 set. 2018.

[108] YOST, Nicholas C. "Ecological damage and contaminated sites in the U.S.A.". Palestra proferida no painel "O dano ambiental e sua reparação", durante o Seminário Internacional de Direito Ambiental, realizado no Rio de Janeiro, de 28 a 31 de outubro de 1991. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL – Anais... Coordenação de Fernando Cavalcanti Walcacer. – Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura – Exped, 1992 apud SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 188-9.

Baracho, a redução do custo, tanto do incidente lesivo ao meio ambiente – seja devido à alteração da gravidade destes ou quanto à redução de acontecimentos –, quanto da prevenção são funções essenciais do instituto de responsabilidade civil;[109]

O caso brasileiro, assim, passa a representar uma das duas principais tendências, cujo representante clássico é o EUA, quanto à elaboração legislativa relativa à escolha do regime de responsabilização em relação à tutela do meio ambiente, onde se adotava a teoria clássica da culpa como regra geral, mas, em relação ao tema de responsabilidade por dano ecológico, possui regime próprio que dispensa a culpa como elemento necessário para a criação da obrigação de reparar.[110]

Pode-se, portanto, apontar que a maior área de tensão quanto à efetivação da tutela identificada se encontra: a) na dificuldade de caracterização do dano ambiental, como representado pelo conflito entre o que Antunes cita como entendimento jurisprudencial[111] e o que Steigleder aponta como o entendimento doutrinário necessário[112], situação agravada pela falta de "perícia satisfatória"[113]; b) a identificação do prejuízo ambiental, tanto em sua totalidade, quanto em traduzi-lo em um *quantum*, devido à ausência de uma metodologia para a quantificação dos danos ambientais;[114] e, por fim, um ponto identificado por Peixoto frente uma análise de caso concreto onde a quantia total paga pela empresa pela lesão causada

[109] POZZO, Bárbara. Dano ambientale ed imputazione dela responsabilità. Milano: Giuffrè, 1996, p. 162 apud BARACHO JÚNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 313.

[110] SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 162-3.

[111] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 151.

[112] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 127.

[113] RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental**: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 150.

[114] CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro: um exercício de direito comparado. **Revista do TCU**, Brasília, n. 112, p. 59-70, 2008. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/21>. Acesso em: 23 set. 2018. p. 62.

ao meio ambiente não representava 2% do valor total de seu lucro líquido anual,[115]
c) a capacidade da sanção em atuar de modo a coibir o comportamento dos agentes que leva à ocorrência do dano.

Destaca-se que, embora alguns dos autores utilizados neste trabalho apontem a imputação do nexo como outro fator problemático, devido à tese firmada no julgamento do tema 707 supracitado, em 2014, que denota uma mudança frente às situações que os autores analisaram, posto que seus livros foram publicados anteriores à tal data, considera-se necessária uma investigação mais aprofundada para que o nexo de causalidade seja inserido mediante os problemas aqui expostos.

3 ANÁLISE DO INSTITUTO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

Como demonstrado nos Capítulos anteriores, existe uma ligação intrínseca entre o meio ambiente como um bem jurídico tutelado e a economia, desde os primeiros momentos da criação de um direito ambiental que começa a ser pensado a partir da generalização da consciência ecológica, onde se começa a notar a escassez dos recursos naturais, sua finitude, passando pelas tensões detectadas e trazidas à mesa de discussão por países em desenvolvimento, que necessitavam encontrar maneiras de conciliar a necessidade de crescer economicamente ao mesmo tempo em que se preservava como prioridade a tutela desse bem; tais questões são exploradas no Capitulo 1, onde se delineia o desenvolvimento do conceito jurídico de meio ambiente, demonstrando como a influência internacional dialoga e propulsiona o tema em âmbito nacional.

Buscou-se também demonstrar o diálogo entre Direito Ambiental e Economia, uma questão de tensão entre dois pólos que passa a existir a partir do estabelecimento do novo paradigma, abordando o tema do conflito entre

[115] PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. p. 42.

desenvolvimento econômico e protecionismo ambiental, cuja conciliação ocorre mediante avanço na pauta constitucional, e introduzindo conceitos como poluidor-pagador em relação à sua inserção na seara jurisdicional; essas questões se unem ao tema desenvolvido pelo Capítulo 3 em suas Seções, onde primeiramente se introduzem os conceitos chave – como o de dano ambiental, programado e não programado – e se começa a delimitar o tema de estudo a partir deles, excluindo a questão do EIA e, após breve explicação da tríplice proteção, a exclusão, também, da tutela penal e administrativa. Passa-se, assim, a desenvolver o tema da responsabilidade civil frente dano ambiental brasileiro – como funciona, suas particularidades, o que as orienta – na Seção 2 do Capítulo 3.

Todas essas questões supracitadas são necessárias para o desenvolvimento do Capítulo 4 – a Seção 1 apresenta a metodologia da AED, devidamente contextualizando-a e mostrando como e onde um método de análise transdisciplinar pode se inserir na epistemologia jurídica de modo a responder, empiricamente, se existe uma tutela efetiva do meio ambiente nos casos em que o sistema de proteção é aplicado.

Devido ao escopo e extensão necessários para efetivar uma proposta de pesquisa empírica da questão, por razões práticas, se limitou a desenvolver como a sua abordagem seria desenvolvida a partir do uso da metodologia da AED Positivista – o que se faz na Seção 3 do presente Capítulo – em relação às funções de prevenção, punição e reparação – aqui entendido como a função de compensação –, respectivamente, do instituto de reparação civil por lesão ao meio ambiente.

3.1AED como método empírico para uma avaliação do sistema de responsabilização civil por dano ambiental

Para que seja possível adentrar no tema proposto nesta Seção, faz-se necessário o desenvolvimento de uma breve introdução à Análise Econômica do Direito, apontando suas possíveis premissas de atuação, de modo a possibilitar que, então, se prossiga quanto à argumentação para sua utilização na análise de questões

referentes à responsabilização civil em face de dano ambiental não programado lesivo à qualidade ambiental.

Perdurou, por muito tempo, um entendimento de que, frente às características e institutos, antagônicos entre si, da Economia e do Direito, uma análise interdisciplinar seria impossível; no entanto, alguns economistas e operadores do direito constataram haver tangência quanto ao objeto de estudo dessas disciplinas, de modo que se começaram a desenvolver as teorias e técnicas que atualmente compõem a AED.116

Para Ivo Gico, a AED (Análise Econômica do Direito) – também denominada E&L (Economics and Law) – pode ser definida como:

> [...] o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas conseqüências.[117]

Em relação ao movimento atual de utilização de conceitos e instrumentos econômicos em questões jurídicas, sua origem pode ser atribuída à década de 60, embora a questão tenha sido abordada em momentos anteriores.[118]

Ocorre que, após as duas grandes guerras do século XX, o mundo estava passando por uma mudança de paradigma em vários âmbitos, inclusive no jurídico: enquanto os países de tradição europeia-continental, e o Brasil, influenciados pelos acontecimentos no regime nazista e sua aparente legalidade, se aproximaram da filosofia como base ao novo modelo – o neo-constitucionalismo –, no realismo jurídico norte-americano a resposta ao antigo regime foi uma tentativa de

---

116 PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set/dez 2013. p. 33.

117 GICO JÚNIOR, Ivo Texeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 18., 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: 2009. p. 916-943. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 917.

118 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

convergência com as ciências que pudessem aproximar o direito à realidade social. Por consequente, embora o paradigma jurídico brasileiro tenha, de certa forma, se aproximado efetivamente de uma preocupação com valores, ele carece de uma atenção ao que seriam as efetivas consequências de suas normas jurídicas:119

> Em outras palavras, ainda que tenha havido algum sucesso em reaproximar o direito da moral e da ética, para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico e **para que os** supostos **critérios de justiça sejam operacionalizáveis, é necessário que antes sejamos capazes de responder à simples pergunta: a norma X é capaz de alcançar o resultado social desejado Y dentro de nosso arcabouço institucional?** Enfim, **precisamos** não apenas de justificativas teóricas para a aferição da adequação abstrata entre meios e fins, mas também **de teorias superiores à mera intuição que nos auxiliem em juízos de diagnóstico e prognose** e que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis conseqüências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. (Grifo nosso)[120]

É nesse vácuo epistemológico que a proposta de uma Análise Econômica do Direito se insere, com o intuito de complementar, e não substituir, a ótica sobre a qual se estuda o Direito; antes de adentrar as questões especificas ao trabalho, no entanto, é necessário esclarecer e especificar certos pontos em relação à AED.

O primeiro pensador que começou a desenvolver o movimento da AED na década de 60 foi Robert Cooter, mas como os fundamentos apresentados por sua teoria dialogam com a que Pigou desenvolve nos anos 20, o trabalho se propõe a começar por ele, explicando como os pensadores e suas teorias dialogam entre si até atingirem a metodologia atual da disciplina. Portanto, o que segue é um resumo dos pontos importantes, para este trabalho, das teorias desenvolvidas pelos autores.

---

[119] GICO JÚNIOR, Ivo Texeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 18., 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: 2009. p. 916-943. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 921.

[120] Ibidem, p. 923.

Segundo Niencheski, na época de Pigou a poluição advinda da atividade empresarial era entendida como uma espécie "de custos sociais causados pela ineficiência do sistema de mercado";[121] o economista, ao estudar essas externalidades negativas, constatou que elas geram um fenômeno, que se denominou de "custos marginais sociais", onde, se não se atribui um preço a esses custos e os imputa aos seus causadores, ocorre a "privatização dos lucros e socialização de perdas", posto que o grupo que desempenha o processo produtivo se beneficia a custo da sociedade, que é forçada a internalizar as externalidades negativas advindas do processo de produção.[122]

Ele propõe como solução que fosse realizada uma forte intervenção Estatal, de modo a atribuir um valor a essas externalidades que seria absorvido pelas empresas mediante uma política de tarifação e impostos, assim como uma política de subsídios para atividades que a proposta acima não absorvesse.[123]

Coase critica Pigou, pois entende não ser um problema no sistema de mercado que cause tais externalidades, mas sim a falta de direitos de propriedade bem definidos, de modo que a solução proposta é a ampliação do mercado, com a definição desses direitos;[124] assim, o autor cria um teorema que seria aplicado às situações hipotéticas onde houvesse possibilidade de negociação livre entre os agentes e o custo de transação fosse zero, com a intervenção estatal ocorrendo apenas quando esse custo fosse muito alto, em última hipótese e devendo se orientar

[121] NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 336.
[122] PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. p. 36.
[123] Ibidem, p. 37.
[124] COASE, Ronald.H. The problem of social cost. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. v. 3, issue 1, University of Chicago, 2008. p. 23 apud NIENCHESKI, op. cit., p. 336.

com intuito de evitar o prejuízo mais oneroso como uma forma de maximização de riquezas, não se pautando na punição do agente poluidor.[125]

Sendim apud Steigleder resume os pensamentos do autor e as críticas a ele feitas, apontando questões de interesse para o tema do Direito Ambiental:

> [...] preceitua a criação de um sistema completo de direitos de propriedade sobre o ambiente, partindo da premissa de que o mercado teria condições de se autorregular [...] se as diversas utilizações do ambiente fossem transferíveis num mercado livre, o qual poderia [...] realizar a melhor avaliação possível dos bens ambientais, criando recursos que potencializam as suas utilidades e depreciando as externalidades negativas. Esta solução é criticada [...] porque reforça os mecanismos de exclusão social e impede que vítimas de poluição negociem em pé de igualdade com os poluidores [...].[126]

Em relação à contribuição de Calabresi, esta ocorre mediante a atribuição de uma dimensão ética frente o assunto ao argumentar que os danos, e os custos, advindos de atividade poluidora, mesmo quando não é possível determinar a real dimensão deste e todos os seus causadores, e mesmo quando a distribuição de custos seria mais eficiente se realizada de outra maneira, devem ser suportados por aqueles que lhe deram causa.[127]

Segundo Niencheski, o autor afirma que o problema necessitava de fundamentação em postulados éticos e econômicos devido à própria lógica que opera na atitude desses agentes:

> [...] partindo da premissa de que os empreendedores devem suportar os custos que suas atividades dão causa [...] os

[125] PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. p. 39.

[126] COASE, R. H. The problem of social cost, Journal of Law and Economics, v.3, p. 1 e segs., 1960 apud SENDIM, José de Sousa Cunhal. Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998 apud STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 79.

[127] CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. The Yale Law Journal. v. 70. n. 4. Mar. 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papaers/1979> apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 337.

> agentes econômicos sempre iriam procurar de alguma forma repartir tais perdas econômicas, internalizando tais custos no produto final aos consumidores.[128]

O autor, portanto, dialoga com os autores citados ao abordar criticamente as questões de intervenção estatal como modo de absorção das externalidades negativas levantada por Pigou e o objetivo de Coase em que estas, quando feitas necessárias, seja de maximização de riquezas, pois entende que é eticamente necessário que os causadores dessas externalidades arquem com seu custo, mas que a atribuição de impostos à esses causadores, que são agentes econômicos, apenas levaria a uma redistribuição desse custo aos consumidores.

Por fim, um panorama histórico da evolução da teoria da E&L não pode deixar de citar a contribuição de Posner, que demonstra que institutos do direito são passíveis de serem explicados mediante o critério racional da eficiência econômica.[129]

Posner analisou o papel do Direito como um maximizador da riqueza social mediante a estrutura de incentivos que ele oferece, posto que economicamente, o Direito "forma um sistema coerente que induz as pessoas a se comportarem eficientemente".[130]

Tendo realizado as considerações históricas necessárias para se contextualizar o desenvolvimento da AED e a razão pela qual esse tipo de pesquisa se faz necessária, assim como traçado um panorama da evolução do pensamento de seus fundadores, procede-se agora para a caracterização atual em relação à suas suposições e formas.

---

[128] NIENCHESKI, op. cit., p. 337.

[129] CALIENDO, Paulo. Direito tributário e a análise econômica do direito: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009 p. 47 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 337.

[130] POSNER, Richard. Economic analysis of law. 7. ed. New York: Aspen Publisher, 2007. p. 249-50 apud NIENCHESKI, op. cit., p. 338.

A utilização da AED pode ter os mais variados propósitos, dentre eles a compreensão, explicação e previsão do resultado do ordenamento jurídico. Para realização de tal objetivo, a AED utiliza três peças teóricas básicas: "(i) a distinção entre análise positiva e normativa; (ii) a explicação por meio de modelos e (iii) o individualismo metodológico e a Teoria da Escolha Racional."[131]

De forma resumida, uma análise positiva tem como objeto o estudo do campo do "ser", enquanto a normativa analisa a questão do "dever ser"; entende-se como pertencente ao campo do "ser" a realização de uma análise frente às coisas como elas são, de forma a viabilizar o diagnóstico de uma dada situação ou fenômeno, enquanto o objeto do campo do "dever ser" é uma pesquisa de eficiência, a criação de um prognóstico de como melhor atingir um determinado objetivo segundo critérios previamente estipulados – assim, pode-se afirmar que o primeiro representa um critério de verdade, enquanto o segundo implica a existência de um critério de valor.[132]

Como as outras peças não serão utilizadas neste trabalho, não se aprofundará a questão além de sua mera menção.

Delineiam-se, assim, as diferenças necessárias para se compreender a análise que o projeto propõe que seja feita, sendo esta uma pesquisa quanto à efetivação da tutela ambiental frente ao seu objeto, ou seja, se as sanções estabelecidas atendem ao seu caráter proposto de punição, prevenção e compensação, posto que estas são as funções inerentes ao instituto analisado, e um levantamento sistemático e empírico para averiguação das outras questões supracitadas.

---

[131] GICO JÚNIOR, Ivo Texeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 18., 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: 2009. p. 916-943. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 926.

[132] GICO JÚNIOR, Ivo Texeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 18., 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: 2009. p. 916-943. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 926-8.

Necessário destacar que, quanto ao critério compensatório, frente à impossibilidade de reparação no sentido de restauração das condições anteriores ao dano, é necessário enquadrar a discussão de acordo com as construções jurídicas de como ele deve ser efetivado. Portanto, o que se propõe é o enquadramento de como uma análise positiva do instituto seria realizada quanto às suas funções principais, posto que tal análise é pressuposto básico para realização de qualquer tipo de análise de prognose ou de eficiência do sistema, somado a um levantamento empírico das demais questões.

3.2 A AED Positiva e a proposta do trabalho: a efetivação das funções fundamentais do instituto

A seguinte Seção busca demonstrar como a aplicação da Análise Econômica do Direito Positiva seria benéfica para a compreensão do instituto de responsabilidade civil em matéria ambiental quanto à sua efetividade; importante salientar novamente que a questão proposta não é avaliar a eficiência do instituto, ou seja, se ele é aplicado da melhor forma possível, o que caracterizaria uma análise normativa, porque tal medida tem sua função otimizada se previamente se realiza uma análise de diagnóstico que determine quais são os reais problemas do objeto em análise, mas sim determinar se as normas estão sendo aplicadas de modo que sua estrutura de incentivos altere o comportamento dos agentes causadores da degradação ambiental, ou seja, se elas possuem um nível de efetividade mínimo que comprove sua efetivação.

Frente ao meio que se utiliza para a realização dos objetivos almejados, se torna necessário esclarecer e conceituar certos elementos da teoria econômica pela AED utilizados e como eles se manifestam perante o tema em questão – atividade que será realizada na Subseção 1 – para, em seguida, abordar a questão de seu uso num contexto de aferição interdisciplinar quanto à sua efetivação, que será desenvolvido na Subseção 2. A Subseção 3 tem por objetivo esclarecer a questão das

análises de diagnóstico e prognose, bem como a razão pela qual se entende que esta depende da primeira.

3.2.1 A AED Positiva e sua manifestação perante o tema

Primeiramente, quanto ao conceito de externalidade negativa, estas são uma espécie de falha de mercado,[133] que pode ser caracterizada quando o interesse de um agente sobre o consumo ou a produção de um bem afeta de forma direta e negativa a outro agente;[134] quando esse efeito negativo atinge um grande número de indivíduos, configura-se uma externalidade negativa pública.[135]

Custo de barganha, ou custo de transação, são os custos inerentes da efetivação de uma negociação;[136] enquanto é possível negociar frente uma falha de mercado que gere uma externalidade negativa, o custo de transação quando a externalidade é pública é muito elevado, pois envolve um número de pessoas muito grande, o que dificulta ou impossibilita a cooperação das partes afetadas. Cooter afirma que em tais casos a solução jurídica mais apropriada é a fixação de uma indenização.[137] Necessário destacar que, tanto a negociação, quanto a indenização, são medidas que visam que os agentes causadores desse tipo de falha de mercado internalizem os danos que estão afetando negativamente terceiros; em termos

[133] NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 334.
[134] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 214.
[135] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 182.
[136] MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. São Paulo: Cengage Learning, 2009 apud PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. p. 39.
[137] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 183.

específicos de Direito Ambiental, essa internalização se manifesta mediante o princípio do poluidor-pagador.[138]

A maximização de utilidade, ou maximização racional, diz respeito às escolhas feitas pelos agentes econômicos[139] de modo a possibilitar a obtenção de maiores benefícios frente os menores custos.[140]

Passando para a questão de como a questão jurídica se enquadra perante os fundamentos econômicos supracitados, considera-se dano ambiental como uma externalidade negativa pública.[141] Em relação ao tipo de dano que é objeto do presente trabalho – dano ambiental não programado – e frente ao instituto delimitado, tanto para Economia quanto para o Direito, o modo de internalização dessa externalidade é efetuado por meio de indenizações.

É interessante notar que, seguindo o entendimento de Steigleder de que a utilização de EIA atuaria como uma espécie de responsabilidade civil por dano futuro,[142] pode-se determinar haver um ponto de tangência entre a função preventiva do instituto em questão e o objetivo da aplicação do EIA em atividades que sejam efetivamente ou potencialmente poluentes.

Segundo Pozzo, a redução da gravidade e quantidade de lesões causadas ao meio ambiente é a "função essencial do instituto da responsabilidade civil";[143] esse objetivo é realizado mediante três funções tradicionais do instituto – a prevenção –

---

[138] NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 347.

[139] PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. p. 34.

[140] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "direito e economia"? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia. 2. Ed. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2008. p. 54 apud NIENCHESKI, op. cit., p. 334.

[141] COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit., p. 183.

[142] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 188.

[143] POZZO, Bárbara. Dano ambientale ed imputazione dela responsabilità. Milano: Giuffrè, 1996, p. 162 apud BARACHO JÚNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 313.

mencionada acima –, punição e reparação, cujas particularidades serão abordadas na Subseção a seguir.

Assim, uma análise positivista que possibilite um diagnóstico do sistema implica em uma investigação quanto à capacidade, ou incapacidade, da estrutura de incentivos do instituto em influenciar as ações dos agentes poluidores.

O instituto em questão é uma modalidade de responsabilidade civil objetiva; segundo Cooter, a estrutura de incentivo nesse tipo de instituto opera de forma a obrigar que o agente econômico considere, para fins maximização, o custo da obediência – ou não – dos deveres de precaução,[144] posto que, segundo o ordenamento jurídico, ele necessariamente terá que internalizar os custos advindos da alteração ambiental causados pelo desenvolvimento de sua atividade, independente destes serem programados ou não, o que atua como incentivo para que se produza tecnologias que causem menos impacto ambiental e a adoção de atitudes para evitar a ocorrência dos danos ambientais.[145]

Resta apenas, então, determinar quem são esses agentes e sob que critério de racionalidade eles operam, ou seja, como eles racionalmente maximizam sua utilidade.

Agentes poluidores costumam ser agentes engajados no desenvolvimento de uma determinada atividade econômica; são, em grande parte, empresas ou organizações que operem mediante lógica semelhante. Tais agentes obtém sua maximização de utilidade frente obtenção de lucro, que pode ser obtido mediante a eficiente alocação de recursos;[146] suas decisões são, portanto, fortemente

[144] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 343.

[145] ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Towards green growth. 2011. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/37/34/48224539.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012. p. 4 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 344.

[146] PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. p. 34.

influenciadas por análises de custo-benefício, cujo critério valorativo é a maximização de seu lucro.

Os modelos propostos a seguir, portanto, não contemplam agentes que operem frente a critério diverso.

3.2.2 As funções fundamentais do instituto: prevenção, punição e compensação

Retomando o que foi abordado anteriormente, o princípio do poluidor-pagador cria uma estrutura de incentivos que influencia os atores a adotar medidas preventivas que têm reflexos frente dois tipos de dano ambiental: o programado – que é objeto de valorações políticas frente ao que caracteriza o dano como "aceitável" mediante o benefício que se espera da atividade econômica desenvolvida – e o não-programado, modalidade da qual o instituto da reparação civil por dano ambiental advém.

Segue, pois, que investigar a efetividade do instituto em questão frente à sua esfera de prevenção requer a realização de um diagnóstico quanto à capacidade de sua estrutura de incentivos em alterar o comportamento dos agentes poluidores, ou seja, se a indenização fixada atua no processo de maximização racional desses agentes de modo que a adoção de medidas preventivas enseje um lucro maior, o que implica em uma análise de custo-benefício frente ao pagamento do *quantum* indenizatório ou dos custos relacionados à adoção de medidas preventivas.

Desse modo, a efetividade do instituto frente ao seu aspecto de prevenção fica condicionada ao custo dessas medidas serem menores que o *quantum* indenizatório, ou seja, que o judiciário estabeleça uma indenização mais onerosa que a adoção de atitudes preventivas teria sido.

Quanto à punição, entende-se que um critério mínimo a partir do qual se pode considerar que o instituto exerce uma função punitiva se estabelece mediante a constatação dos mesmos critérios apresentados que condicionam sua função

preventiva; essa é uma questão aceita, inclusive, quando se trata apenas do instituto tradicional, como bem ilustra a frase de Júlio Gomes: "dizemos preventiva-punitiva porque, no fundo, prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha, expressões de um único princípio."[147]

A questão, quando analisada frente à estrutura de incentivos em uma análise diagnóstica, só se reforça: isso porque a consequência de uma indenização mais custosa frente aos gastos que se teria se as medidas adequadas tivessem sido adotadas atua como uma restrição à atuação desse agente, ou seja, ele fica impedido de atuar de forma a maximizar seus lucros. Ao mesmo tempo, se uma dada estrutura de incentivos não é capaz de atuar de forma a punir um determinado tipo de comportamento indesejado, ela consequentemente não é capaz de reprimi-lo em agentes econômicos, cujo objetivo é o lucro.

A questão frente uma análise prognóstica, no entanto, não é mais a mesma; como o objetivo desse tipo de análise é a eficiência, o que a caracteriza perante uma função punitiva e outra preventiva são fatores distintos, tema que será explanado na próxima Subseção.

Por fim, quanto à determinação da efetivação da função de reparação do instituto em matéria ambiental, essa talvez seja a mais complexa de se determinar, mesmo assumindo que a reparação à que o instituto almeja não se consubstancia na restauração do dano sofrido pelo meio ambiente, mas sim pelo pagamento do quantum indenizatório; a quantificação dessa indenização, segundo Constanza, deve ocorrer mediante as alterações dos custos associados à realização de atividades humanas benéficas.[148]

---

[147] GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?, Revista de Direito e Economia, Coimbra, ano 15, 1989, p. 106 apud AMORIM, Luís Miguel Caldas Ribeiro Silva. **A função punitiva da responsabilidade civil**. 2014. 51 f. Dissertação (Mestrado) – Ciências Jurídico Forenses, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34853/1/A%20Funcao%20Punitiva%20da%20Responsabilidade%20Civil.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018. p. 12.

[148] CONSTANZA, R. et. al. The value of the world's ecosystem services and natural capital. Nature Publishing Group. v. 387, p. 255, 1997. Disponível em:

Haveria constatação de eficiência quanto à reparação, portanto, mediante constatação de correspondência entre o *quantum* indenizatório fixado e a perda econômica sofrida devido à degradação ambiental.

O judiciário, no entanto, não possui uma metodologia para realização dessa quantificação, o que dificulta a responsabilização do agente e gera disparidade em relação a como a indenização é aferida.[149]

Segundo Carvalho, é possível desenvolver-se um processo simplificado que permita a identificação de quais são as principais lesões ambientais frente a um determinado tipo de dano de modo a possibilitar a determinação do quanto dessa lesão seria passível de compensação:[150]

> Ou seja, sob esse ponto de vista o foco seria identificar quais os componentes de um evento de dano ao meio ambiente que, sob o fundamento da lei vigente, nos ajudariam a construir padrões de determinação de danos ambientais e criar critérios para serem aplicados em processos de reparação e compensação.[151]

Isso implicaria na adoção de uma fórmula matemática simplificada que levasse em conta fatores como as alterações dos custos associados à realização de atividades humanas benéficas que Constanza ressalta, mas, também – na mesma proporção dos recursos degradados – o referente à aquisição de bens similares e o custo da sua restauração.

3.2.3 A necessidade de diferenciação técnica de uma análise sobre questão jurídica quanto à eficiência versus à efetividade

<www.uvm.edu/giee/publications/Nature_Paper.pdf>. Acesso em: 6 out. 2012 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 340.

149 CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro: um exercício de direito comparado. **Revista do TCU**, Brasília, n. 112, p. 59-70, 2008. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/21>. Acesso em: 23 set. 2018. p. 62.

150 Ibidem, p. 63.

151 Ibidem, p. 63.

Como abordado anteriormente, existe uma diferenciação muito clara na AED quanto à abordagem de uma questão no plano do "ser" – análise diagnóstica do que "é" e existe no plano dos fatos – do plano do "dever ser" – análise prognóstica do ponto máximo de eficiência que um dado fenômeno possa atingir, onde o que determina esse ponto parte de um elemento valorativo.[152]

Existe uma questão problemática em relação à hermenêutica jurídica de confusão entre a utilização do termo "efetividade" como "eficiente". Tal atitude oculta um juízo de valor – denomina-se algo como efetivo porque ele atende a um critério de valoração, quando isso, na verdade, o tornaria eficiente perante esse critério; "efetividade", "efetivação" e "eficácia" são palavras sinônimas que denotam a existência de algo, não o seu valor, que é operado mediante uma análise de eficiência, e essa confusão dificulta a compreensão da real situação.

Por exemplo, em relação ao tema abordado neste trabalho, a efetividade do instituto frente à função de punição e prevenção se condiciona à capacidade deste em exercer influência perante os agentes econômicos por meio de sua estrutura de incentivos; para tal análise, a medida, o nível de influência não é relevante para a questão.

Já em uma análise de prognose, o que interessa é o ponto máximo de equilíbrio capaz de se alcançar frente aos dois valores que operam o sistema (tutela ambiental *versus* desenvolvimento econômico) e como alcançá-lo: a pretensão do diagnóstico deve operar sobre os parâmetros mínimos para a existência de um determinado fenômeno, enquanto o que condiciona a análise normativa é o seu ponto máximo de otimização; a confusão entre os dois gera uma compreensão errônea da real situação.

---

[152] GICO JÚNIOR, Ivo Texeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 18., 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: 2009. p. 916-943. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 926.

Tomando como exemplo a questão da função punitiva, encontrar esse ponto máximo é uma tarefa mais árdua que um primeiro olhar indica: apesar da existência de entendimento jurisprudencial de que a falência não afasta a sua aplicação, isso não significa dizer que este seja um resultado desejado; se o agente poluidor vai à falência, não só a indenização deixa de ser satisfeita, como também as medidas reparatórias que esse agente arcaria para sanar ou amenizar o prejuízo ambiental, portanto esse ponto máximo, embora não condicionado a tal pressuposto, não deve adotá-lo como desejável;[153] já para a questão da prevenção, sendo a estrutura de incentivos eficaz, a adoção de qualquer outro ponto além do mínimo para o seu funcionamento não refletiria em uma mudança de atitude por parte do agente: como o custo que ele arca para efetivar seu dever de prevenção não muda, a partir do momento que a análise de custo-benefício indica que o menor prejuízo seja acatar ao dever essa será sua atitude – retomando a questão do EIA como um instituto de responsabilidade civil por dano futuro e a sua identidade de função em relação à questão da prevenção desse aspecto do instituto estudado, existe a possibilidade de uma análise de prognose não ser possível sem que se analisem, também, os tipos de incentivos criados para atuação frente os danos programados.

Uma análise prognóstica, assim, teria que averiguar as potenciais consequências de ambas as suposições para então, mediante um valor prévio estabelecido, valorar qual medida é a "melhor".

Assim, uma análise de cunho prognóstico não poderia ser realizada mediante os parâmetros aqui propostos, pois suas questões detêm uma complexidade muito maior do que a necessária para a constatação de um fato.

Outra questão, que foi mencionada anteriormente, é o fato de que, sem uma noção realista da situação, o desenvolvimento de uma análise desse cunho se torna muito mais difícil e passível de erros; por exemplo, o instituto de responsabilidade civil por dano ambiental estadunidense: existe grande semelhança entre ele e o

[153] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 371.

brasileiro – ambos são imputados de forma objetiva, solidária e mediante elementos de causalidade atenuados, além do fato de não ser necessário para essa imputação que haja ocorrido ofensa a algum dispositivo normativo, bastando a constatação do fato do dano;[154] admite retroação quanto a danos anteriores e hipótese de excludentes de responsabilidade, sendo estes: a) declaração de estado de sítio, b) força maior e c) culpa de terceiro, desde que não haja vinculação contratual entre ambos e o responsável indiciado possa demonstrar haver tomado as medidas preventivas necessárias, de modo que não houve negligência em sua conduta;[155] como indica Sampaio, há também uma diferença em relação ao funcionamento do instituto em se tratar de obtenção de reparação quando o dano ambiental afeta patrimônio de particulares, posto que o pleito destes à indenização deve ocorrer frente à responsabilidade civil tradicional.[156]

No entanto, apesar de apresentar apenas poucos fatores que possam ter efeitos negativos na abrangência da tutela ambiental, os Estados Unidos é um dos maiores poluidores por emissão de gás carbono no mundo.[157]

Se o pesquisador iniciasse uma análise normativa perante essas normas sem antes realizar um diagnóstico da questão, pode ser que as soluções encontradas não reflitam uma capacidade para melhora tanto quanto esperado: o "problema", afinal de contas, pode não estar nas leis divergentes, mas sim na questão política sobre o que constitui uma degradação ambiental aceitável perante o desenvolvimento econômico esperado – ou seja, o que o governo classifica como dano programado.

---

154 BARACHO JUNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 316.

155 Ibidem, p. 309-10.

156 YOST, Nicholas C. "Ecological damage and contaminated sites in the U.S.A.". Palestra proferida no painel "O dano ambiental e sua reparação", durante o Seminário Internacional de Direito Ambiental, realizado no Rio de Janeiro, de 28 a 31 de outubro de 1991. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL – Anais... Coordenação de Fernando Cavalcanti Walcacer. – Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura – Exped, 1992 apud SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 188.

157 NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 351.

Por essas razões, o trabalho entende que a realização de uma análise diagnóstica por meio da metodologia da AED Positiva é uma questão preliminar que deve ser abordada antes de qualquer outra, de modo que seja possível obter um melhor entendimento da realidade.

O estudo que o presente trabalho realizou sobre o instituto brasileiro aponta que as áreas de maior problemática quanto à sua efetivação dizem respeito à dificuldade de se caracterizar o dano para configuração da responsabilidade, uma falta de metodologia para a quantificação do dano[158] e um possível problema na atuação da estrutura de incentivos devido ao baixo valor estabelecido nas indenizações,[159] sendo possível, também, que embora tenha ocorrido uma mudança de entendimento jurisprudencial que caracteriza uma flexibilização em relação ao tema do nexo de causalidade, este ainda seja um ponto problemático para a caracterização do instituto.

Portanto, a realização de um diagnóstico do sistema necessitaria da realização de uma análise positiva frente a dois tipos de casos – quantitativamente, quando algo obsta a configuração do instituto: a) averiguação da medida em que a dificuldade de caracterização do dano ambiental impede que dos casos que vão a juízo de configurarem a responsabilidade civil por dano ambiental; b) uma análise nos mesmos termos em relação ao nexo de causalidade, efetivando uma comparação se houve, ou não, diminuição proporcional dos casos que, devido a esse critério, não tiveram seus agentes civilmente responsabilizados; e, frente aos casos onde o instituto é configurado, c) uma análise quanto à eficácia de suas funções como uma estrutura de incentivos frente aos agentes poluidores nos moldes delineados anteriormente.

---

[158] CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro: um exercício de direito comparado. **Revista do TCU**, Brasília, n. 112, p. 59-70, 2008. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/21>. Acesso em: 23 set. 2018. p. 62.

[159] PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set. /dez. 2013. p. 42.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após trinta anos de normatização do direito fundamental a um meio ambiente sadio, faz-se extremamente relevante e necessário questionar se houve a efetivação concreta de sua tutela; durante esses trinta anos, o que se evidencia é um grande avanço no discurso jurídico e nos mecanismos processuais necessários para sua efetivação, mas a realidade demonstra que essa tutela não tem sido capaz de prevenir a ocorrência de lesões gravosas ao meio ambiente.

A epistemologia jurídica, no entanto, carece de mecanismos capazes de diagnosticar a questão empiricamente; é nessa lacuna epistemológica que a Análise Econômica do Direito pode fornecer o instrumental adequado para se constatar tais questões.

O conceito de poluidor-pagador é um dos principais princípios que condicionam essa tutela, sendo que ele possui duas esferas de atuação frente ao dano ambiental: aquela que lida com o dano ambiental programado e o não programado; o fator que determina essa diferença é se a análise política de custo-benefício[160] em relação ao custo da limpeza e do bem-estar marginal frente o benefício econômico que se espera é positiva ou negativa.[161]

Seu desdobramento econômico é a necessidade dos agentes causadores de poluição de absorverem o dano que eles causam a outros, o que pode se dar por meio de licenciamentos e o EIA, no primeiro caso, ou pelo pagamento de indenização frente responsabilização cível desses agentes no segundo.

Como o que mais evidencia que a questão da tutela ambiental, mesmo frente a todos seus avanços, ainda encontra problemas para sua efetivação é o fato de

[160] SÁNCHES, Luis Enrique. Danos e passivo ambiental. In: ALVES, Alaôr Caffé; PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. São Paulo: Manole, 2005. p. 266-7.

[161] DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 116-7 apud NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014. p. 340.

acidentes catastróficos continuarem ocorrendo, decidiu-se que o objeto do tema seria a responsabilidade civil por dano ambiental frente danos não programados.

O estudo do tema demonstrou que o maior problema em relação à questão é o dano ambiental – tanto a dificuldade de configurá-lo juridicamente quanto a de atribuir seu *quantum* indenizatório.

Configura-se, por tanto, a necessidade de realização de pesquisa empírica em relação a duas questões para que se possa auferir a efetividade do sistema de tutela em destaque: quantitativamente, o quanto das ações ajuizadas não são capazes de configurar a responsabilidade civil devido a problemas tangentes à questão da qualificação do dano ambiental; também, uma análise diagnóstica, utilizando a AED Positiva, para se determinar se as funções da responsabilidade civil estão sendo efetivadas mediante o *quantum* estabelecido pelas indenizações; a primeira pesquisa deve apontar uma porcentagem que demonstre a medida que uma falta de metodologia tem impedido que o instituto se efetive, enquanto a segunda demonstraria se, nos casos onde ele é aplicado, ele é capaz de atingir suas funções.

Um outro possível ponto apontado pelos doutrinadores foi a dificuldade de configuração do nexo de causalidade; como houve mudança jurisprudencial quanto ao assunto desde a publicação das obras utilizadas, seria necessária uma pesquisa quantitativa frente à porcentagem de casos onde a responsabilização civil era obstada devido ao elemento em questão, tanto anterior à mudança quanto posteriormente, de modo que a comparação das duas porcentagens possibilite averiguar se houve ou não mudança efetiva devido ao novo entendimento jurisprudencial.

A realização de tal pesquisa, no entanto, não tem espaço num contexto de graduação, de modo que o presente trabalho se limita a enquadrar como uma pesquisa interdisciplinar em relação ao assunto deveria proceder e demonstrar sua necessidade.

Mesmo frente à inegável relação entre Direito Ambiental e Economia, um número limitado de ambientalistas aborda o tema da utilização da AED em contexto

ambiental; menos ainda são aqueles que o fazem a partir de uma posição favorável; dos poucos que restam, apenas alguns o fazem de forma prática.

Agravando a situação, há, ainda, os autores que superficialmente estudam a metodologia da AED e, sem um bom entendimento, se posicionam contra sua utilização em questões ambientais.

O estudo do direito sob a ótica de sua atuação como uma estrutura de incentivos não implica no abandono do discurso e da lógica jurídica, mas a mera adição de outra dimensão epistemológica, uma que capacita seu operador de obter uma visão mais próxima da realidade de um dado fenômeno jurídico.

O ser humano vive mediante uma dependência necessária para com o meio ambiente; há uma constante tensão entre recursos ambientais e o desenvolvimento de atividades econômicas, ambos necessários para a obtenção de qualidade de vida.

A manutenção do ponto de equilíbrio desses dois polos só é possível se a sua tutela é feita mediante institutos cuja estrutura de incentivos são capazes de efetivar a proteção desse bem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9-30, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041/6835>. Acesso em: 5 set. 2017.

AMORIM, Luís Miguel Caldas Ribeiro Silva. **A função punitiva da responsabilidade civil**. 2014. 51 f. Dissertação (Mestrado) – Ciências Jurídico Forenses, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34853/1/A%20Funcao%20Punitiva%20da%20Responsabilidade%20Civil.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018. p. 12.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. Triângulações para a individualização de novas situações jurídicas. In: _____. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**. 1998. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998. cap. 1, p. 31-106.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report on the World Commission on Environment and Development:** Our Common Future, 4 de agosto de 1987. Disponível em: <https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf >. Acesso em: 20 set. 2018.

BAPTISTA, Zulmira M de Castro. **O direito ambiental internacional**: política e consequências. São Paulo: Pillares, 2005.

BARACHO JÚNIOR, José. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 3 set. 2017.

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986**. Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama//res/res86/res0186.html> Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1.056.540 - GO (2008/0102625-1)**. Recorrente: FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S/A. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801026251&dt_publicacao=14/09/2009>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial. **REsp 1374284/MG**. Segunda Seção. Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases LTDA. Recorrida: Emilia Mary Melato Gomes. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Minas Gerais,

27 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1374284>. Acesso em: 19 set. 2018.

CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro: um exercício de direito comparado. **Revista do TCU**, Brasília, n. 112, p. 59-70, 2008. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/21>. Acesso em: 23 set. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GICO JÚNIOR, Ivo Texeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. In: C CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 18., 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: 2009. p. 916-943. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da análise econômica do direito para o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 329-357, jan./mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 16 de junho de 1972**. Disponível em: < https://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, 3 a 14 de junho de 1992**. Disponível em: <https://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1992_Declaracao_Rio.pdf >. Acesso em: 3 nov. 2017.

PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013.

RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental**: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. Rio de Janeiro: THEX, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, Solange Teles da. **O direito ambiental internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SÁNCHES, Luis Enrique. Danos e passivo ambiental. In: ALVES, Alaôr Caffé; PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. São Paulo: Manole, 2005.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

DIREITO AO ESQUECIMENTO: A EFETIVIDADE (OU NÃO) DA TUTELA À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Marcelo Massambani

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo verificar até que ponto o ordenamento pátrio é efetivo na tutela da intimidade e vida privada, mais especificamente na aplicação do direito ao esquecimento frente aos novos desafios da moderna sociedade da informação. Para tanto foi analisado o desenvolvimento dos direitos fundamentais em seu contexto histórico, e especificamente os dois direitos em conflito na aplicação do direito ao esquecimento, ou seja, o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade e vida privada. Também foi analisada a evolução do direito ao esquecimento, inicialmente como instituto de direito penal passando para direito fundamental de cunho civil-constitucional quando inserido dentro dos novos desafios do desenvolvimento de novos padrões sociais surgidos a partir do hiperinformacionismo digital. Em seguida foi analisado o desenvolvimento do direito ao esquecimento na legislação estrangeira e na legislação pátria e efetuada uma análise da eficiência da legislação existente e do posicionamento dos Tribunais quando instigados a se pronunciar sobre a aplicação do Direito ao Esquecimento no caso em concreto.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito fundamentais. Sociedade da informação. Lei do Marco Civil da Internet. Constituição Federal.

INTRODUÇÃO

No primeiro dia de janeiro de 1983, o TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) foi adotado como o protocolo padrão de comunicação na ARPANET. Os especialistas da área de Tecnologia da informação consideram essa a data de criação do que hoje conhecemos como a Internet. É pouco provável que, à

época do acontecimento, existisse a consciência do impacto que esse momento teria para o mundo. Passados 35 anos dessa data histórica, a Internet é onipresente nas vidas das pessoas, tendo passado a definir, de várias formas, o modo como a sociedade se organiza.

Mais do que uma tecnologia de informação, a Internet criou todo um novo estilo de organização social, alterando profundamente o modo como as interações entre as pessoas, tanto físicas como jurídicas, acontecem. Novos modos de comunicação e divulgação de informações, como as redes sociais e os aplicativos de comunicação instantânea, acrescentaram uma complexidade nos relacionamentos sociais que nunca antes houve na história da humanidade. A informação passou a transitar em uma velocidade sem precedentes, rompendo barreiras físicas a uma tal velocidade que impõem um gigantesco desafio para os Estados-Nações. Estes, passaram a ser pressionados a adaptar seus ordenamentos jurídicos para, ao mesmo tempo em que garantem a livre transmissão de dados, o pilar básico sobre o qual se assenta a ideia da Internet, também efetuem a tutela dos diretos fundamentais, adquiridos por um alto custo na evolução da sociedade humana.

O objetivo deste trabalho é demonstrar a evolução do direito ao esquecimento, sua construção no ordenamento jurídico pátrio, a forma como essa construção é afetada pela ascensão da moderna Sociedade da Informação e em qual medida o ordenamento pátrio está preparado para a efetuar a sua tutela. Para tanto, será estudada a evolução dos direitos fundamentais no mundo e, especificamente, no Brasil. Esse estudo estará, necessariamente, centrado nos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade e vida privada, por serem os que, costumeiramente, se chocam na aplicação do direito ao esquecimento, objeto deste trabalho. Na sequência, estudaremos a ascensão da moderna Sociedade da Informação, com a criação da Internet e dos aplicativos que criaram novas formas de interação social, com o consequente impacto para o ordenamento jurídico.

Finalmente, analisaremos a forma como o direito ao esquecimento, originalmente um instituto do direito penal, acabou se tornando o centro da discórdia

na Sociedade da Informação. Veremos como se deu o desenvolvimento desse direito fundamental nos ordenamentos estrangeiros, e como se dá a sua tutela fora de nosso país. Em seguida analisaremos a construção do direito ao esquecimento dentro do ordenamento brasileiro, as decisões judiciais que criaram os paradigmas de aplicação e os dispositivos normativos que dizem respeito ao instituto. Finalmente, analisaremos em que medida a tutela ao direito ao esquecimento é efetiva no Brasil.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são uma construção que contínua de institutos jurídicos considerados como garantias básicas que foram, no decorrer da história humana, sendo acrescentadas ao arcabouço protetivo do ser humano.

1.1 Conceitos gerais

O primado da Constituição como instrumento máximo de estruturação do Estado e de suas relações com a sociedade que o legitima caminha paralelamente ao desenvolvimento dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que se elege um documento político que dará orientação e validade a todo um ordenamento jurídico, se verifica que essa força vinculante e organizativa é fundamental para garantir proteção ao arcabouço normativo. Esse arcabouço tem por função o estabelecimento de normas assecuratórias mínimas de proteção do cidadão perante o Estado, dando a elas eficácia e força executória. Misturam-se, então, o desenvolvimento de um documento que se demonstra, nas palavras de Mendes e Branco (2014, p. 135) “[...] norma suprema do ordenamento jurídico [...]” com a ideia de que certos valores constantes desse documento devem “[...] estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima [...]”. (MENDES; BRANCO, 2014).

1.1.1 Evolução histórica

A busca por elementos que indiquem que a construção da ideia de um grupo de direitos fundamentais do homem começou na antiguidade clássica demonstra ser infrutífera. As culturas grega e romana tinham for base social a absorção do ser humano em uma entidade coletiva em que não era estimulada a manifestação de nenhum tipo de individualidade (CARVALHO, 2008, p. 670). O conceito de indivíduos que deveriam se adequar a um tipo específico de atividade a ser controlada pelo Estado, assim como a naturalidade com que se encarava o conceito de escravização de um homem pelo outro atestam que a sociedade da época estava longe de intuir a existência de direitos que fosse comuns a todos os homens e que deveriam ser protegidos em mais alto grau (CANOTILHO, 2003, p. 381). Contudo, se observa o embrião da ideia de direitos a serem compartilhados por todos os homens indistintamente nascendo na antiguidade clássica ao se analisar as ideias de igualdade natural e humanidade dos sofistas gregos e as ideias de universalização dos direitos do homem dos estoicos romanos. (CANOTILHO, 2003).

O cristianismo é considerado o responsável pelo estabelecimento do marco inicial do desenvolvimento dos direitos fundamentais (CARVALHO, 2008, p. 671). O conceito da existência de um direito natural, que a todos os poderes terrenos submete, iniciou um processo de limitação dos poderes dos governantes, e que culminou em um processo de secularização do direito natural que foi o próximo passo lógico a levar a criação de um arcabouço de direitos desvinculados de características transcendentais e esotéricas (CANOTILHO, 2003, p. 382). Essa construção intelectual de um conjunto de normas de aplicação a todos os homens continuou na Inglaterra medieval com concessões pragmáticas de direitos que limitavam o soberano em sua atuação contra seus vassalos. Vem dessa época a edição de diversas cartas de compromisso que estabeleciam limitações nas relações entre o soberano e grupos mais ou menos privilegiados de pessoas, como a *Magna Charta Libertatum* de 1215, *Petition of Righ*ts de 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 (CARVALHO, 2008).

A universalização dos direitos fundamentais começou a ser construída durante o período da Revolução Francesa com o desenvolvimento das teorias contratualistas, a partir das quais se criou a ideia de que existia um grupo de leis, derivada da natureza humana, que se sobrepunha até mesmo à existência do Estado (MENDES, BRANCO, 2014, p. 136). Esse desenvolvimento levou à edição, em 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde se declara em um documento político a separação dos poderes como base de constituição de uma sociedade e também a visão de direitos fundamentais do homem universais e permanentes (CARVALHO, 2008, p. 671). Foi uma declaração gigantesca, com um impacto de proporções nunca antes experimentadas, definindo os direitos do homem como sendo "[...] direito naturais, inalienáveis e sagrados, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão" (BONAVIDES, 2014, p. 576). Essa Declaração influenciou as edições de diversas cartas de declarações de direitos confeccionadas nas Estados Unidos, acabando por se incorporar de forma definitiva na Constituição Americana de 1787 através da edição de suas primeiras dez emendas, efetuada em 1791. (CARVALHO, 2008, p. 671). Um século e meio depois, em 1948, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ainda influenciou a Assembleia Geral das Nações Unidas quando da edição de sua Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento de orientação política que inspirou diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). (CHIMENTI; et. al., 2004).

1.1.1.1 Gerações de direitos

A doutrina costuma classificar, para fins didáticos, os direitos humanos em gerações, apesar de parte dessa doutrina considerar isso um erro, uma vez que induz à ideia de que existe uma sucessão de categorias, com as últimas substituindo as anteriores, o que não é o caso (MIRANDA, 2002, P. 24). A primeira geração desses direitos se fundamenta na liberdade, civil e política, consideradas liberdades públicas

negativas limitantes do poder do Estado (CHIMENTI; et. al., 2004). Esses primeiros direitos fundamentais são aqueles originalmente tratados durante as revoluções americana e francesa, direitos esses que criaram para o Estado a obrigação de não interferir em uma esfera determinada de autoafirmação do indivíduo. Oriundos de um Estado liberal em formação e autoafirmação, eram direitos que consideravam o homem de forma individual, sem considerar nenhum tipo de desigualdade social em sua formulação. Liberdade de consciência, de reunião, inviolabilidade de domicílio são alguns dos direitos que se firmaram como direitos de primeira geração, o que demonstra o forte caráter patrimonialista do pensamento que os originou. (MENDES; BRANCO, 2014).

A partir do fim da Primeira Guerra Mundial (1914- 1918) se viu o início do desenvolvimento de um novo grupo de direitos fundamentais, os chamados direitos de segunda geração. Enquanto os de primeira geração assentavam sua condição de existência na liberdade, os seguintes se originavam de um desejo por igualdade (CHIMENTI; et. al., 2004, p. 46). A construção desse novo grupo de direitos se originou justamente do desenvolvimento dos direitos de primeira geração, firmados em um desejo de proteção patrimonialista mas sem levar em consideração as desigualdades sociais que o Estado Liberal desenvolvia. Esse Estado liberal não respondia de forma adequada aos anseios por justiça social, por uma efetiva distribuição dos resultados econômicos obtidos com o rápido processo de industrialização que se desenvolvia na economia (MENDES; BRANCO, 2014, p. 137). Passa-se a exigir do Estado não mais uma postura passiva de abstenção de influência na esfera pessoal do cidadão e sim uma postura ativa que pudesse assegurar os direitos sociais de moradia, alimentação, segurança social, trabalho, lazer. O que se busca é uma efetiva igualdade material para complementar a igualdade formal conquistada com a geração anterior de direitos (CARVALHO, 2008, p. 672). O que se estabelece a partir do desenvolvimento dessa segunda geração de direitos é um profundo intervencionismo do Estado na vida econômica, buscando a efetivação da justiça social. São comumente chamados de direitos

sociais, não por qualquer caráter de aplicação coletiva mas sim por expressarem uma necessidade da sociedade por igualdade real (MENDES; BRANCO, 2014, p. 137). É o nascimento do Estado social, contraponto ao Estado liberal, que, passando por um período inicial de fortes questionamentos quanto à efetividade de sua aplicação, viu se tornar em um grupo de direitos com justificação e aplicabilidade dos direitos de primeira geração (BONAVIDES, 2014, p. 579).

Uma terceira geração se desenvolveu em torno do conceito de existência de um grupo de direitos relacionados à solidariedade. Seriam esses o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, sendo direitos inerentes ao contingente humano de forma coletiva, o que os diferenciaria dos dois anteriores que tem um caráter eminentemente individualista (CARVALHO, 2008, p. 672). Dizem respeito à proteção de direitos inerentes ao corpo social do gênero humano, considerado coletivamente, buscando a proteção do patrimônio comum a todos e que garante o desenvolvimento equilibrado desse corpo social (CHIMENTI; et. al., 2004, p. 47). A origem da construção dessa nova geração de direitos se relaciona à crescente consciência da desigualdade entre povos de diferentes nações, e busca incentivar os Estados a levar em consideração os interesses de outros Estados quando forem tomar decisões que possam afetar as condições econômicas ou ecológicas que ultrapassarem a barreira de suas fronteiras. (BONAVIDES, 2014, p. 585).

Alguns autores declaram a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, relacionada aos direitos das minorias, e até mesmo uma quinta geração, relacionadas ao cuidado e compaixão com todas as formas de vida existentes no planeta (CARVALHO, 2014, P. 673). Enquanto alguns autores apontam para um processo interminável de descobrimento e detalhamento de novos direitos que se comporiam em novas gerações (BONAVIDES, 2014, p. 584), outros alertam para o fato de que pode acontecer de se considerar como novos direitos alguns que já existiam mas precisaram se adaptar às novas condições e exigências do momento (MENDES; BRANCO, 2014, p. 138).

1.1.2 Características dos direitos fundamentais

É trabalho complexo indicar características definidoras dos direitos fundamentais. Contudo, é possível, ainda que trabalhoso, apontar determinadas características que, de forma frequente, são associadas a eles. Costumeiramente se associa aos direitos fundamentais a característica de serem universais. Essa universalidade pode ser a totalidade do gênero humano ou uma parcela suficientemente grande desse gênero que tenha merecido do constituinte originário a definição de um direito específico objetivando sua proteção frente a um problema determinado. Também se associa aos direitos fundamentais a característica de serem absolutos, no sentido de que nenhum tipo de poder poderia limitá-los em sua abrangência e aplicação. Essa é uma característica que tem que ser analisada com prudência, uma vez que a moderna doutrina considera possível a limitação de um direito fundamental, visando proteger liberdades fundamentais de outras pessoas que estejam em choque ou mesmo a segurança, a ordem e a moral dentro do corpo social. (MENDES; BRANCO, 2014).

Outra característica que se associa aos direitos fundamentais é a historicidade, relacionada à condição de evolução histórica desses direitos. É certo que os direitos fundamentais são fruto de uma evolução natural, oriunda de uma resposta à ameaças à liberdade do indivíduo que levam à necessidade do desenvolvimento de novas garantias objetivando limitação aos poderes que executam a coação. É baseado nessa característica que se entende o nascimento e a morte de determinados direitos fundamentais e ainda a evolução de outros de forma a se adaptar às necessidades de uma sociedade em constante evolução. (MENDES; BRANCO, 2014).

A inalienabilidade dos direitos fundamentais é uma restrição que se impõe ao titular do direito, impedindo-o de tomar medidas que tornem o exercício desse direito impossível a si mesmo. Determinados autores consideram que pelo fato de o homem não poder escolher abrir mão de sua dignidade, a não efetivação de determinado direito não pode se fundamentar em mero consentimento do seu titular.

Nessa linha, seriam indisponíveis os direitos diretamente relacionados à manutenção da dignidade do homem enquanto homem, como o direito à vida, à saúde, à integridade física. Contudo, mesmo esses direitos ditos inalienáveis/indisponíveis poderiam ceder lugar temporariamente quando confrontados com outros direitos contra os quais estejam em conflito, o que demonstra que não se trata de uma característica absoluta de nenhuma forma. (MENDES; BRANCO, 2014).

Outra característica dos direitos fundamentais é o fato de estarem expressamente previstos dentro de um documento estruturante de determinado Estado. Diferentemente dos direitos humanos, que se baseiam em uma existência jusnaturalista que estaria acima da necessidade de positivação, os direitos fundamentais têm previsão de existência e aplicação expressa dentro de um texto constitucional. Essa condição de existência impõe à obrigatoriedade de obediência ao disposto no texto constitucional sobre os direitos fundamentais que se estende a todos os ramos do ordenamento que derivam do cume da pirâmide, vinculando inclusive o poder de reforma da constituição. (MENDES; BRANCO, 2014).

Com relação dos direitos fundamentais se considera que vinculam todos os poderes públicos instituídos, devendo por estes ser observados e seguidos. Quando da atuação do poder legislativo este pode ser ver constrangido a atuar dentro de limites determinados, de forma a não contrariar determinado direito previsto constitucionalmente. Ainda, pode o legislador se ver obrigado a legislar em certo sentido pois determinado direito necessidade de legislação infraconstitucional para que possa ser efetivado. Quando da atuação do poder executivo este pode ver anulados atos que infrinjam esses direitos, assim como também pode se ver limitado na execução e aplicação de determinados dispositivos legais, uma vez que estes poderiam atingir o núcleo essencial do direito. Finalmente, quando da atuação do poder judiciário, deve este atuar no sentido de conceder máxima efetividade a esses direitos e também trabalhar no sentido de não aceitar a aplicação de preceitos que possam limitá-los ou impossibilitar seu exercício de qualquer forma. (MENDES; BRANCO, 2014).

Uma última característica que se aponta estar frequentemente presente quando se trata de direitos fundamentais é sua aplicabilidade imediata. Essa característica é extraída diretamente do que consta no Art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988[1] e tem como base o desejo do constituinte originário de criar os meios de aplicar os direitos fundamentais sem a necessidade de intervenção de qualquer esfera normativa inferior à constituição. Essa previsão se fundamenta na ideia de que os direitos fundamentais são:

> [...] obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 154-155).

Na forma da previsão anterior, a lei deve se movimentar para dar validade e cumprimento às disposições relativas à direitos fundamentais constantes da constituição, assim como os magistrados, na sua atuação jurisdicional, devem aplicar a lei levando em consideração a aplicação ponderada e prática das previsões constitucionais. Contudo, alguns dispositivos com previsão constitucional e que constam como direitos fundamentais não tem auto aplicabilidade, uma vez que foram incluídos no texto constitucional de forma tal que aparentam depender de forma determinada para sua aplicação. (MENDES; BRANCO, 2014).

Parte da doutrina considera que efetivamente a previsão do Art. 5º, §1º da CF/88 não teria a capacidade de criar automaticamente os meios para a aplicação direta de todos os direitos fundamentais. Essa aparente limitação da aplicação de determinados direitos fundamentais aconteceria em duas situações: quando existe previsão expressa na Constituição da necessidade de regulamentação infraconstitucional para que o direito se efetive; e quando a previsão do direito no texto constitucional não reunir os elementos mínimos necessários para sua auto implementação. (SARLET, 2012, p. 264).

[1] Constituição Federal de 1988, Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No sentido contrário, existem doutrinadores que consideram que as normas definidoras de direitos fundamentais têm sim aplicação imediata, isso por duas razões: primeiro, pela previsão expressa do art. 5º, §1º da CF/88, e; segundo, pelo fato de a Constituição trazer em seu bojo instrumentos processuais, como o mandado de injunção[2] e a ação direta de inconstitucionalidade[3], que permitiram o exercício direto e imediato mesmo de direitos que possuem previsão expressa de regulação infraconstitucional ou que não possuam os elementos necessários para sua auto implementação. Para os defensores dessa linha doutrinária, mesmo que, no caso em concreto, não se aplicasse os institutos descritos acima, mesmo assim, por conta da previsão do art. 5º, §1º da CF/88, as esferas administrativa e judiciária estariam aptas a aplicar imediatamente os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer forma específica. (SARLET, 2012, p. 265).

Para aqueles doutrinadores que defendem a existência de normas de direitos fundamentais que carecem de aplicação direta e imediata, a existência dos institutos processuais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade apenas demonstraria a realidade de que existem normas de direitos fundamentais que não podem ser aplicadas diretamente. Na visão desta linha doutrinária a mera existência desses institutos demonstra que o constituinte original efetivamente criou dispositivos de direitos fundamentais com aplicação restrita, tanto que criou meios para que pudessem se efetivar no caso de ocorrer um vácuo legislativo na definição da regulação infraconstitucional que permitiria o exercício desses determinados direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 264).

---

[2] Art. 5º [...]
[...]
LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
[...]

[3] Art. 103 [...]
[...]
§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.
[...]

Discussões doutrinárias à parte, fica claro que algumas normas de direitos fundamentais dependerão de outros meios para sua implementação, uma vez que não reúnem os elementos mínimos necessários que garantam sua aplicação imediata, sem necessidade de intervenção do legislador infraconstitucional. (MENDES; BRANCO, 2014). A posição que parece ser a mais equilibrada seria considerar o texto do art. 5º, §1º da CF/88 como um dispositivo principiológico, com uma intenção de otimização que transferiria às esferas administrativa e judiciária a obrigação de agir no sentido de aproximar ao máximo a efetiva aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais do que está previsto no texto da Constituição. (SARLET, 2012, p. 270).

1.1.3 Funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais previstos no texto da Constituição criam um inter-relacionamento intenso e variável entre o indivíduo, detentor do direito, e o Estado, entidade que tem a função de prover o direito ou se abster de intervenção. Cada direito fundamental possui particularidades que fazem com que essa interação entre indivíduo e Estado varie. Como cada um desses direitos carrega peculiaridades em sua aplicação que o tornam único, algum esforço deve ser feito para, de alguma forma, agrupar esses direitos de forma que seja possível extrair desses agrupamentos alguma indicação de quais seriam as funções dos ditos direitos fundamentais dentro do ordenamento constitucional. Uma das principais tentativas de ordenar e extrair informação das previsões de direitos fundamentais foi efetuada por Georg Jellinek (1851-1911) com sua Teoria dos Quatro Status. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Para Jellinek, o inter-relacionamento entre o indivíduo e o Estado deve ser pensado em termos de duas esferas, uma representando o indivíduo e outra representando o Estado, esferas estas que estão em constante interação. Essas interações colocariam o indivíduo em um de quatro status em relação ao Estado: o *status* passivo, em que o indivíduo se acha em condição de subordinação aos poderes estatais, tendo para com este último deveres; o *status* negativo, que garante ao

indivíduo alguma amplitude de decisão em relação ao Estado, que não pode interferir nas decisões do indivíduo por estarem essas decisões dentro do escopo da liberdade individual; o *status* positivo, ou *status civitatis*, onde o indivíduo se encontra em uma posição de exigir do Estado determinadas prestações; e, o *status* ativo, onde as decisões do indivíduo interferem nas ações do Estado. (MENDES; et. al., 2002).

O status negativo está relacionado a uma função dos direitos fundamentais de defesa da pessoa humana e de sua dignidade frente aos poderes instituídos do Estado. Essa função impõe uma obrigação ao Estado de se omitir de infringir as garantias previstas pelo direito, ao mesmo tempo que permite ao indivíduo que vê seu direito constrangido atuar de forma positiva ou negativa, exigindo o cumprimento de determinado direito ou a cessação do constrangimento desse mesmo direito (CANOTILHO, 2003, p. 407). Se associa esse status negativo a um direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, direito esse que garantiria que determinadas ações tomadas não poderiam ser controladas ou disciplinadas pelo Estado, uma vez que estas ações estão dentro da esfera de decisão individual do indivíduo, não criando relações jurídicas que possam interessar ser tuteladas pelo Estado (ALEXY, 2012, p. 258-259). De outra forma, também pode se entender esse status mais do que um dever impingido ao Estado, mas também um direito de o indivíduo exigir do Estado que cumpra esse dever. Cria para o indivíduo um direito de resistir à interferência do Estado dentro do que é considera sua esfera pessoal de decisão, resistir às arbitrariedades que o Estado, detentor de um poder desproporcional em relação ao indivíduo, pode eventualmente cometer. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

O *status* positivo, ou *status civitatis*, seria aquele que permitira ao indivíduo utilizar de meios para garantir do Estado uma prestação positiva, criando para o Estado uma obrigação de prestar determinada ação em prol do indivíduo (ALEXY, 2012, p. 263). Estaria esse *status* relacionado a uma obrigatoriedade do Estado de garantir determinados direitos e um direito do indivíduo de exigir que o Estado garanta esse exercício. Diz respeito a determinadas prestações que são devidas ao

indivíduo por constarem em previsão constitucional expressa, e que devem ser prestadas pelo Estado na hipótese de o indivíduo não poder provê-las per si. Também pode se entender dentro desse *status* uma obrigação de proteção do indivíduo diante de outros indivíduos, uma atuação coercitiva do Estado para evitar agressão a direitos fundamentais de um indivíduo por outro no caso deste indivíduo não possuir condições de prover por sua conta essas necessidades, pode compelir o Estado a provê-las para si. Ainda, teria o Estado a obrigação de criar as condições para garantir que todos os indivíduos seriam tratados em condições de igualdade (CANOTILHO, 2003. P. 408-409). Pode se dizer que seriam direitos de prestação jurisdicional ou prestação material: os primeiros destinados a garantir que o Estado possa interferir para garantir ao indivíduo tratamento justo e igualitário frente a outros indivíduos; e o segundo para garantir ao indivíduo a realização de determinadas necessidades, relacionadas aos direitos sociais (MENDES, et. al., 2002, p. 142-150). Contrariamente ao status negativo, o status positivo cria para o Estado uma obrigação de interferir na esfera pessoal de uns indivíduos de forma a garantir a segurança da esfera pessoal de outros. (DIMOULIS, MARTINS, 2014).

O *status* ativo está relacionado a um direito de participação do indivíduo na formação da vontade do Estado (ALEXY, 2012, p. 268). Esse direito de participação possuiria características mistas entre os direitos de defesa e os direitos de prestação, e segundo as visões de parte significativa da doutrina, não constituiriam uma categoria independente de direitos fundamentais (MENDES.; et. al., 2002, p. 151). Isso porque quando o indivíduo interfere dentro da esfera estatal, alterando a formação de sua vontade, também altera o relacionamento do Estado com outros indivíduos. Dessa forma, a vontade desse indivíduo acaba por afetar a forma como o Estado se relaciona com outros indivíduos, tanto negativamente quanto positivamente. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Inúmeras são as críticas a essa forma de estruturação dos direitos fundamentais desenvolvida por Jellinek, basicamente fundadas sobre um posicionamento analítico desses direitos que não levaria em consideração um

indivíduo real, mas sim uma versão idealizada e formalizada de relacionamento entre o indivíduo e o Estado. Contudo, tem esse posicionamento de Jellinek uma função de sistematizar um tema complexo, servindo de base para ponderações e discussões que tenham o condão de aprofundar as discussões em torno do assunto. (ALEXY, 2012).

1.1.4 Limitações aos direitos fundamentais

A aplicabilidade de um direito fundamental está relacionada a amplitude de proteção que esse direito proporciona ao seu titular. A definição do núcleo de proteção do direito, ou seja, qual o objeto de proteção, é essencial para se verificar até que grau vai a autonomia de proteção do direito, e a partir de qual ponto esse direito pode sofrer limitações. De forma geral, se considera que quanto mais ampla a definição do direito, ou seja, quanto mais amplo o núcleo de proteção definido pelo constituinte originário, maior a possibilidade de ocorrer um conflito entre Estado e indivíduo por conta desse direito. Da mesma forma e em sentido contrário, quanto mais restrito o objeto, menor a possibilidade de esse conflito acontecer. (MENDES; BRANCO, 2014). A dimensão da proteção do direito fundamental é primordial para que se possa determinar qual o limite mínimo de intervenção do Estado, abaixo do qual a intervenção não seria uma agressão ao direito fundamental, mas mero dissabor provocado pelo Estado no regular exercício de suas funções. Assim:

> [...] devemos admitir a existência de um limite mínimo de intensidade da intervenção. Se esse limite não for atingido, não há intervenção juridicamente relevante. É tarefa da doutrina e da jurisprudência elaborar esse limite que depende de fatores relacionados com a situação fática em determinada sociedade e momento, indicando o que deve ser considerado como simples inconveniente. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 147).

Como se vê, é de extrema importância que se entenda do que trata e quais as dimensões do núcleo de proteção de determinado direito, de forma a entender sua abrangência. Não se trata de procedimento simples, envolvendo, diversas vezes, a análise do direito em estudo em conjunto com outros direitos, ou seja, depende de

uma análise sistemática de diversos dispositivos constitucionais. Contudo, de forma mais analítica, se pode dizer que a análise do âmbito de proteção de determinado dispositivo constitucional que se revele um direito fundamental se sedimenta em torno da identificação de quais bens jurídicos são protegidos e a amplitude da sua proteção, além da verificação de quais são as limitações ao exercício desse direito previstas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 193-194). De forma geral, a intervenção do Estado não será bem vinda quando se tratar de direitos de defesa, sendo esperada para os direitos de prestação. Contudo, poderá o Estado intervir no exercício de direitos fundamentais em situações específicas e para objetivos específicos. Segundo Dimoulis e Martins (2014, p. 149-151) são quatro os casos em que o Estado poderá intervir de forma justificada no exercício de um direito fundamental: se o comportamento do indivíduo se situar fora do núcleo de proteção determinado no texto constitucional ou se, situando-se o comportamento dentro da esfera do núcleo essencial de proteção, a pessoa que o comete não seja titular natural do direito; se existir a previsão no texto constitucional, ao tratar da definição do direito, de que existe reserva legal para o exercício do dito direito; se a atuação do Estado estiver dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, e; se acontecer colisão entre direitos fundamentais de indivíduos ou se o direito fundamental de um indivíduo se chocar contra um princípio de interesse geral.

Quanto à intervenção baseada em reserva legal expressa, se trata, *in casu*, do que se denomina na doutrina de limitações genéricas, aquelas que são estabelecidas em abstrato por norma geral, sem a necessidade da existência de um conflito entre indivíduos que tenham a intenção do exercício de direitos fundamentais antagônicos. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Essas limitações ao exercício de determinados direitos fundamentais estão espalhadas pelo texto constitucional, estabelecendo limitações legais ao exercício do direito. Efetivamente se trata de parâmetros estabelecidos em legislação

infraconstitucional e que limitam o exercício de determinado direito[4] (MENDES; BRANCO, 2014, P. 194). Se trata do efetivo exercício do legislador que buscou estabelecer dentro da previsão constitucional do direito que determinada relação fática tinha interesse a ponto de necessitar ser regulamentada. E ainda, que tratamento o legislador considerou como sendo o adequado para essa situação fática. Dessa forma, se estabelece os limites da proteção constitucional, com a determinação de situações onde essa proteção não será garantida. Dessa forma, existe uma limitação do exercício de determinados direitos fundamentais previstos constitucionalmente, sendo que esses direitos "apresentam possibilidades de cerceamento de condutas e situações que fazem parte da área de proteção do direito fundamental". (DIMOULIS; MARTINS, p. 135-136).

Alguns direitos dependem expressamente de normatização infraconstitucional para que possam ter garantido o seu exercício, ou então dependem dessa construção normativa para alcançar certa densidade na sua aplicação. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 194). Isso acontece porque a previsão constitucional do direito traz uma construção genérica ou abstrata, o que, associada à natural baixa densidade normativa desse tipo de previsão, leva à necessidade de confecção de legislação complementar para o exercício do direito (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 152). A esses dispositivos costuma se atribuir a definição de direitos com âmbito de proteção

[4] Como exemplos dessa previsão de limitação infraconstitucional temos:
Art. 5º [...]
[...]
VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
[...]
XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
[...]
XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
[...]
LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;
[...]

estritamente normativo[5]. A doutrina trata esse tipo de direitos como direitos que dependem de concretização, ou ainda, como direitos que dependem de conformação/regulação. Portanto, para esse tipo de direito, além do dever criado para o legislador de preservar o direito, surge outro, ou seja, o direito de legislar para que o direito possa ser alcançado na sua plenitude (MENDES; BRANCO, 2014, p. 195-197). Essa legislação complementar ao texto constitucional, nas palavras de Dimoulis e Martins (2014, p. 153) "[...] dá forma, concretiza e configura a área de proteção de direitos fundamentais definidos de maneira parcimoniosa pelo texto constitucional".

1.1.4.1 Restrições aos direitos fundamentais

Buscando analisar a realização dos direitos fundamentais a doutrina brasileira se alinha com a dogmática alemã ao entender o estudo como sendo a apreciação de três aspectos dos direitos fundamentais. O primeiro deles tem relação com o âmbito de proteção, que detalha o conteúdo e o alcance da previsão de proteção constitucional. O segundo, diz respeito aos limites que essa proteção pode sofrer, tanto diretamente dentro do texto constitucional quanto indiretamente, através de legislação infraconstitucional. E o terceiro, os limites que as próprias limitações ao direito fundamental podem sofrer, de forma a não tornar inepta a sua previsão (SARLET, 2012, p. 395). Como visto anteriormente, os direitos fundamentais podem ter aplicação direta e imediata quando reunirem dentro da sua previsão

[5] Como exemplos dessas previsões normativas temos:
Art. 5º [...]
[...]
XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;
XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
[...]

constitucional as condições mínimas de auto executoriedade. Contudo, a norma de direito fundamental pode sofrer restrições na sua execução, por uma de duas razões: ou porque possui previsão expressa de limitação no próprio texto constitucional, ao que a doutrina dá o nome de restrição direta; ou porque possui uma previsão em seu texto constitucional que remete à legislação infraconstitucional, o que a doutrina, por sua vez, chama de restrição indireta. Essa última pode acontecer por conta de uma limitação legal, que estabelece limites para o exercício do direito, ou por conta de uma necessidade de legislação infraconstitucional que estabeleça critérios para a execução do direito. (MENDES; BRANCO, 2014).

Ainda, a doutrina busca compreender o fenômeno da restrição à direitos fundamentais analisando a possibilidade lógica de se restringir algo que não deveria sofrer restrições. Dessa forma, ao analisar direito fundamental e restrição ao direito fundamental, a doutrina identifica duas teorias: a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais e a teoria externa aos direitos fundamentais. A primeira, considera que não existem duas categorias independentes quando se trata de direitos e restrições, sendo ambas componentes do conteúdo de determinada norma constitucional (MENDES; BRANCO, 2014, p. 198). Nas palavras de Sarlet (2012, p.397) "[...] um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já "nasce" com seus limites". Ou seja, o direito fundamental já nasce com seus limites definidos internamente, sendo desnecessária a discussão, para os defensores dessa linha de pensamento, a respeito das restrições.

A segunda, a teoria externa, considera que direito fundamental e restrições ao direito fundamental são duas categorias distintas, não existindo uma relação necessária entre as duas, mas sim a aplicação nos casos específicos em que se necessite adequar o entendimento de determinado direito frente a outro (MENDES, BRANCO, 2014, p. 198). A posição dos defensores dessa teoria é de que o direito possui um caráter inicial, antes da sua limitação, e outro, que surge após a aplicação das restrições previstas no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional.

Novamente, nas palavras de Sarlet (2012, p. 398) "[...] existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado". Também, como a teoria considera coisas distintas o direito *prima facie* (antes de sua restrição) e a restrição em si, cabe dentro de sua previsão a existência de direitos sem nenhum tipo de limitação, o que, de certa forma, é uma dificuldade da teoria interna. Além disso, a teoria interna, ao permitir um certo grau de reconstrução cognitiva do direito, quando defrontado com uma restrição, se adequa melhor à solução de choques entre princípios constitucionais.

Dessa forma a doutrina considera que existem restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais, com alguns doutrinadores considerando que as restrições impostas por choques entre princípios constitucionais seria uma terceira forma de restrição (SARLET, 2012, p. 400-401). A análise das normas que possuem restrições diretamente constitucionais do ponto de vista da teoria interna das restrições trabalha com a ideia de que a restrição faz parte do conteúdo definidor da norma, o que a tornaria uma restrição de plenos efeitos. Isso resultaria em que a cláusula estabelecida estaria totalmente protegida de alterações no seu conteúdo, mesmo quanto à retirada de restrições ao exercício do direito, uma vez que a dita restrição dá forma ao direito. Contudo, se a análise desse tipo de norma acontece segundo a ótica da teoria externa o que se tem é uma restrição ao texto constitucional que estabelece um direito. Sendo, assim, a restrição uma entidade independente, não estaria sujeita às mesmas restrições de alteração que cabem para o direito em si, o que permitira, em tese, suprimir essa restrição, ampliando a esfera do direito. (ALEXY, 2012).

As restrições indiretamente constitucionais são autorizações que o texto constitucional traz, quando da previsão do direito fundamental, para que o legislador infraconstitucional edite normas que restrinjam a amplitude do direito. É o que a doutrina chama de "reserva legal", sendo dividida em reserva legal simples e reserva legal qualificada. A reserva legal simples atribui uma amplitude maior de liberdade para que o legislador crie limites ao direito, enquanto que a reserva legal qualificada

parte do princípio do estabelecimento de pressupostos que devem ser observados pelo legislador ao criar a legislação que irá limitar o dito direito (SARLET, 2012, p. 401-402). Esse entendimento se reflete nas palavras de Mendes e Branco (2014, p. 203), ao tratar da reserva legal simples e da reserva legal qualificada:

> No primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou o atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição.

Ao analisar as restrições indiretamente constitucionais a doutrina traz a importância de se analisar a delimitação dessas restrições. Além de se analisar a forma de criação da legislação limitadora do direito fundamental deve também se analisar o que ALEXY (2012, p. 292) chama de "sopesamento". Na visão do mestre alemão, ao definir a legislação infraconstitucional deve se observar, além do fato de esta legislação ser pouco submissa ao direito definido na carta constitucional, também a hipótese da mesma ser muito submissa. Esse último é o caso exato do que se prevê na teoria interpretativa das reservas, que determina que a legislação infraconstitucional somente detalha restrições que já existem dentro do texto constitucional. Isto acontecendo haveria um esvaziamento das restrições indiretamente constitucionais, uma vez que estas estariam obrigatoriamente submissas às restrições diretamente constitucionais.

Contudo, se assim fosse então se deixaria a descoberto a explicação de determinadas restrições que aparecem no texto constitucional cuja determinação de efetuar ou não a edição de norma infraconstitucional limitadora consta como uma discricionariedade do legislador. Assim se dá com a previsão constitucional da liberdade do exercício profissional[6], desde que limitada às restrições que a lei, caso exista, possa impor. Dessa forma, se verifica que as normas que possuem restrições

[6] Art. 5º [...]
[...]
XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
[...]

indiretamente constitucionais também deixam ao critério do legislador infraconstitucional uma capacidade constitutiva de imposição destas restrições. Se o legislador se quedar silente, não editando nenhum tipo de norma, apesar de a restrição existir como previsão, não se efetivará, o que contraria a teoria interpretativa das reservas. Seria então, o que a doutrina entende como uma restrição real ao direito e não meramente uma expressão interpretativa de restrição a ser efetuada pelo legislador. (ALEXY, 2012).

1.1.4.2 Os limites dos limites

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais previstos no texto constitucional podem sofrer restrições diretamente do texto constitucional ou indiretamente, por remeter o texto constitucional à limitações legais do exercício do direito ou à necessidade de legislação infraconstitucional para a efetividade do seu exercício. Contudo, apesar de existirem restrições aos direitos, alguma forma de limitação deve acontecer, de forma a assegurar que as garantias previstas constitucionalmente não se tornem inócuas. A essas limitações a doutrina, de uma forma mais ou menos generalizada, dá o nome de limites dos limites, ou seja, a proibição da limitação de um direito fundamental além do necessário (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 167). Segundo a doutrina e a jurisprudência constitucionais brasileiras, alinhadas à doutrina e jurisprudência alemãs, para que uma limitação a um direito fundamental seja considerada justificável ela deve se adequar formal e materialmente à Constituição. É um tipo de controle de constitucionalidade da restrição que, nas palavras de Sarlet (2012, p. 404):

> [...] implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade [...].

Apesar de aderente à doutrina alemã, ao considerar que a análise dos limites das restrições à direitos fundamentais engloba tanto a questão da

razoabilidade/proporcionalidade, existe debate na doutrina brasileira a respeito da proteção ao núcleo essencial. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

1.1.4.2.1 O núcleo essencial

Não existe em nossa constituição uma disposição expressa que preveja a proteção do núcleo essencial do direito fundamental como existe na Constituição alemã (art. 19, 2)[7], na portuguesa (art. 18, nº 3)[8] e na espanhola (art. 53, n. 1)[9]. Apesar disso, a doutrina brasileira adota, de uma forma ou de outra, a ideia da proteção ao núcleo essencial, apesar de serem acirradas as discussões em torno do tema. (SARLET, 2012).

Ao tratar da proteção do núcleo essencial do direito fundamental, tendo como pano de fundo a forma como se apresenta na Constituição portuguesa de 1976, Canotilho (2003, p. 458- 461) considera que ao avaliar o que seria o núcleo essencial devem ser observados três aspectos: qual seria o objeto de proteção, que é estudado segundo os pontos de vista das teorias objetiva e subjetiva; qual seria o valor da

---

[7] Lei Fundamental alemã de 1949. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 07 mar. 2018.
art. 19 [...]
[...]
(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.
[...]

[8] Constituição portuguesa. Disponível em <https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>. Acesso em 07 mar. 2018.
Art. 18º
[...]
3. As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

[9] Constitución española. Disponível em <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em 07 mar. 2018.
Art. 53
1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).
[...]

proteção, analisado segundo os pontos de vista das teorias absoluta e relativa; e qual seria a melhor forma de enquadrar a análise dentro da específica previsão constitucional.

Sob a análise do objeto da proteção, se verifica que a teoria objetiva considera que a proteção ao conteúdo do direito fundamental se dá em caráter objetivo, levando em consideração a previsão em abstrato do direito como se apresenta no texto constitucional, e não levando em consideração a aplicação do direito para o caso real, aplicação em concreto. Já a teoria subjetiva considera o direito dentro do âmbito de aplicação do mesmo à situação em concreto, de forma que a pessoa que busca sua realização não seja privada, por uma limitação, da totalidade da garantia prevista constitucionalmente. (CANOTILHO, 2003).

Sob a análise do valor da proteção, quando se trata da teoria absoluta se considera que existe dentro do direito fundamental um núcleo que tem unidade substancial autônoma, não podendo ser, em hipótese alguma, limitado. Para os adeptos dessa teoria, haveria dentro da formatação constitucional do direito um espaço que permitira a limitação e outro que estaria imune a qualquer tipo de limitação. Já na teoria relativa se considera que o núcleo essencial insuscetível de alteração seria definido após a aplicação de técnicas de ponderação, de forma a definir quais aspectos da previsão constitucional do direito seriam insuscetíveis de limitação (MENDES; BRANCO, 2014, p.213). Segundo essa teoria, o núcleo essencial do direito fundamental seria aquilo que restasse após a aplicação da técnica da ponderação, de tal forma que se após o a aplicação da ponderação nada restasse do direito isso não violaria as disposições de proteção ao conteúdo essencial do direito. Contudo, quanto maior for a intensidade da aplicação da ponderação sobre um direito, mais resistente se tornaria o núcleo restante do mesmo, o que acabaria, em certa medida, a se aproximar da visão da teoria absoluta, de que nenhuma limitação mais seria possível. (ALEXY, 2012).

Apesar de todas as teorias acima serem amplamente discutidas na doutrina brasileira, a falta de previsão expressa da proteção do núcleo essencial na nossa

Constituição leva à constatação de que essa garantia se firmaria, em nosso ordenamento, na visão garantística geral prevista pelo constituinte originário. O mais próximo de uma cláusula de proteção de núcleo essencial que se pode retirar de nossa Constituição é a previsão do art. 60, §4º, IV da CF/88, que veda ao legislador infraconstitucional a possibilidade de propor emenda à Constituição visando abolir direitos fundamentais[10]. (MENDES; BRANCO, 2014).

1.1.4.2.2 A proporcionalidade e a razoabilidade

As decisões judiciais estão intrinsecamente ligadas à ideia de atos cuja execução é orientada de forma proporcional e razoável, buscando a justiça e equidade na aplicação da lei. (SARLET, 2012, p. 404-405). Assim como na aplicação da lei, também em sua confecção deve se buscar orientar-se dentro dos limites previstos constitucionalmente. A avaliação sobre os limites de determinado ato, de forma a verificar se existiu excesso do poder legislativo que venha a afrontar direito fundamental, vem a ser efetiva censura judicial ao poder de legislar. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 224). Essa limitação do ato observaria a intensidade da intervenção, orientada em uma escala que consideraria a intervenção válida até certa medida. Além de um certo ponto, a intervenção se demonstra exagerada, o que torna o ato eivado de inconstitucionalidade. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 181). Diferentemente da Constituição portuguesa que abarca o Princípio da Proporcionalidade de forma expressa no seu art. 18º, 2[11], em nossa carta constitucional não existe previsão expressa a respeito da aplicação da razoabilidade

[10] Art. 60 [...]
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...]
IV - os direitos e garantias individuais.
[...]

[11] Art. 18º
[...]
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressa- mente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
[...]

na atuação legislativa, visando corrigir excessos. Contudo, sucessivas manifestações da Corte Constitucional levam a considerar que doutrina e jurisprudência consideram a mesma como um princípio geral do direito. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 225). E, segundo a doutrina, apesar de não existirem expressamente na Carta Constitucional, a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser intuídas de dispositivos constitucionais. Assim:

> [...] de acordo com a vertente germânica, o ponto de referência é o Princípio do Estado de Direito (art. 1º, CF), notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos. Já para quem segue a orientação do direito norte-americano, a proporcionalidade guarda relação com o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, no que assegura um devido processo legal substantivo. (SARLET, 2012, p. 405).

Contudo, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade ultrapassa a esfera do controle do excesso dos atos legislativos. A sua atuação também acontece nos excessos dos atos estatais, restringindo direitos fundamentais por interesses inerentes à administração da máquina estatal ou por conta de excesso na atuação visando garantir direitos fundamentais de indivíduos diversos que se encontrem em rota de colisão. E, mais além, também se verifica na doutrina e jurisprudência a concordância sobre os ditos princípios serem aplicáveis para corrigir uma falha de atuação, o que se convenciona chamar de proibição de insuficiência. Assim, considera-se na doutrina que os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade possuem uma característica dupla, atuando:

> [...] simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. (SARLET, 2012, p. 406).

A doutrina divide o princípio da proporcionalidade em três elementos (também chamados de subcritérios ou subprincípios constitutivos por parte da doutrina: a adequação ou conformidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (SARLET, 2012, p. 406-407). Essa divisão analisa a

proporcionalidade como um processo que tem: "sucessivamente, natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito, caracterizado por um afunilamento progressivo" (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 182).

O subprincípio da adequação analisa se o ato restritivo ao direito fundamental poderá alcançar o objetivo desejado e também se é adequado e necessário (MENDES; BRANCO, 2014, p. 227). O que se busca é um ato que, visando determinado objetivo, se fundamente em contestações práticas que demonstrem que pode atingir o fim desejado sem exceder a limitação a ser imposta. Em outras palavras:

> Adequando será um meio se houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 203).

O subprincípio da necessidade analisa de o objetivo pretendido pode ser alcançado por outro meio que se demonstre menos oneroso do que aquele que está restringindo o direito fundamental. Essa análise se demonstra mais relevante do que a análise da adequação, uma vez que, determinado esteja que o ato é necessário, se torna irrelevante a avaliação quanto à adequação do mesmo (MENDES; BRANCO, 2014, p. 227). A alta relevância da necessidade, sendo o fator preponderante que irá definir a aplicação ou não de determinada medida, deve levar em consideração, ao avaliar a necessidade do meio a ser empregado ou de meio alternativo, duas condições:

> a) O meio alternativo dever ser menos gravoso para o titular do direito que sofre a limitação de seu direito fundamental. Isso permite descartar os meios igualmente ou mais gravosos que são adequados (*requisito da menor gravidade*).
>
> b) O meio alternativo deve ter eficácia semelhante ao meio escolhido pela autoridade estatal, que passou pelo crivo da adequação, permitindo alcançar o estado de coisas no qual o propósito possa ser considerado realizado. Dito de outra maneira, o meio alternativo menos gravoso deve ser adequado da mesma forma que o meio mais gravoso escolhido pela

> autoridade e também tão adequado quanto os eventuais outros meios menos gravosos que o escolhido pela autoridade estatal (*requisito da igual adequação*). (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 211).

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito está relacionado, em certa medida, à razoabilidade. Sua avaliação leva em consideração o impacto que o ato terá para o atingido pelo mesmo. No caso em concreto, mesmo o ato que seja necessário e adequado pode ser revelar desnecessariamente irrazoável quando aplicado ao atingido. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 227). Assim como se aplica essa tripartição da proporcionalidade na análise dos excessos cometidos contra o direito fundamental, também se pode aplicar na deficiência da aplicação. Assim, deve se observar se o ato que se deseja compelir a ser efetuado é adequado para atingir o objetivo e se sua aplicação é o melhor meio para atingir o fim sem agredir interesses coletivos. Finalmente, deve ser verificado se o atingimento do fim que se deseja através do ato, adequado e necessário, não irá se demonstrar excessivamente oneroso quando confrontado com as necessidades de outros detentores de direitos. (SARLET, 2012).

Cabe uma análise sobre uma eventual fungibilidade entre proporcionalidade e razoabilidade. A recepção do princípio da proporcionalidade no ordenamento brasileiro se deu a partir da construção desse conceito no ordenamento português. Contudo, essa construção aconteceu a partir de tradições jurídicas distintas. A tradição continental europeia orientou o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade a partir do princípio do Estado de direito, com orientação do *civil law*. De forma paralela, na Inglaterra, o *common law* construiu a proporcionalidade mais como um objetivo de razoabilidade. Essa construção sincrética a partir de tradições jurídicas distintas trouxe ao Brasil, quando da recepção dessa teoria, dificuldades de ordem prática. A aplicação do princípio da proporcionalidade muitas vezes se demonstra mais um exercício de razoabilidade do que um método ordenado de solução de conflitos entre direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 184). Contudo, e para fins práticos de aplicação quando for necessário avaliar situações em que direitos fundamentais colidentes de apresentam, se verifica que,

independentemente das discussões doutrinárias, ambos os princípios devem se encontrar quando da utilização do método da ponderação, detalhado por Robert Alexy, e que será tratado a frente. (SARLET, 2012).

1.1.4.2.3 A colisão

Quando o titular de um direito fundamental, ao exercer esse direito, interfere no âmbito de proteção de outro direito fundamental se diz que ocorreu colisão de direitos fundamentais. Esse conflito pode se dar: "[...] entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos" (MENDES; BRANCO, 2014, p. 236). Além disso, se fala em colisão de direitos em sentido amplo, que se dá entre outros princípios que tenham como objetivo a proteção de interesses da coletividade, e em colisão de direitos em sentido estrito, que se dá entre direitos fundamentais. Essa última pode se dar entre direitos fundamentais diversos ou entre direitos fundamentais idênticos, sendo este último composto por quatro tipos básicos de colisão:

> a) Colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa [...].
>
> b) Colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção [...]
>
> c) Colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito [...]
>
> d) Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático [...]. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 237).

A colisão entre direitos fundamentais idênticos é assunto espinhoso em se tratando de desenvolvimento de uma sistemática para seu tratamento. Para que se possa privilegiar determinado direito em detrimento de outro sem que se faça uma análise minuciosa do caso em questão seria necessário estabelecer uma hierarquia rigorosa que colocasse determinados direitos em posição de supremacia em relação a outros. Parte da doutrina considera plausível que, em situações extremamente excepcionais, se possa estabelecer que um princípio constitucional tem prevalência

sobre outros. Seria o caso do princípio da dignidade humana e do direito à vida, a partir dos quais derivam diversos outros direitos. Ora, na visão dessa parcela da doutrina, seria aceitável se considerar que ocorresse uma hierarquia entre direitos originários e direitos derivados (MENDES; BRANCO, 2014, p. 238. Contudo, essa ideia encontra resistência em outra parcela da doutrina, que considera que qualquer tentativa de hierarquização dos direitos fundamentais esbarraria na falta de critério para se definir uma prevalência entre direitos. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Outra forma de análise da questão seria considerar que direitos fundamentais que possuem reserva legal simples ou qualificada estariam em desvantagem em uma pretensa hierarquia em relação àqueles que não possuem nenhum tipo de reserva legal. Contudo, esse tipo de raciocínio atribui aos direitos com reserva legal um juízo de desvalor que não é o objetivo do constituinte ao instituir a reserva. Na verdade, o estabelecimento de reserva para determinado direito não estaria ligado a um relacionamento de desigualdade do mesmo em relação a outros, mas sim ao seu potencial de geração de conflito quando de ser exercício. (MENDES; BRANCO, 2014).

1.1.4.2.3.1 A teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy

Em verdade, a questão é saber se direitos fundamentais que não possuem previsão de reserva legal expressa poderiam ter restrição *a priori*. Isso estabeleceria que um direito fundamental, criado para ser irrestrito, teria a possibilidade de limitação em abstrato. Ora, a doutrina, em um esforço de tratar a questão de forma sistematizada, considera que a limitação a determinado direito fundamental em relação a outro deve observar a análise do caso em concreto. Seria o que Robert Alexy chama de uma ponderação de princípios, efetuada de forma a estabelecer uma prevalência temporária e pontual de um direito frente a outro. Essa ponderação:

> [...] realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção.

> No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 240-241).

A atribuição de uma escala hierarquizada, que definiria a precedência entre os princípios constitucionais, de forma a lidar com a sua colisão, poderia ser tratada pela mera atribuição de valores numéricos de pesos diferentes a cada princípio. Isso levaria a uma análise em abstrato que justificaria qualquer medida para garantir o exercício do direito precedente, o que criaria uma "tirania dos valores" (SCHMITT apud ALEXY, 2012, p. 160). Ainda, na visão do mestre alemão, para corrigir essa sistemática de atribuição de valores numéricos que representariam a importância de um dado princípio frente a outro, seria possível atribuir um outro valor numérico que representaria a intensidade de aplicação do dito direito. Através de operações matemáticas seria possível aferir a precedência de um direito em relação ao outro. Contudo, toda essa sistemática de cálculos ainda estaria sujeita à questão da atribuição de valores em abstrato, que definiriam uma hierarquia em que um determinado direito fundamental teria precedência sempre sobre outro.

Ao contrário da atribuição de valores em abstrato para os direitos, o que criaria uma ordenação estática com todos os problemas apresentados anteriormente, também é possível efetuar uma ordenação flexível dos direitos, que podem ser feitas: "(1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências" (ALEXY, 2012, p. 163). Esses dois métodos de criação de uma hierarquia flexível de direitos estão ligados à ideia de sopesamento, que é a avaliação em concreto de um choque entre princípios feita a partir de enunciados de preferências condicionadas que podem ser assentados em diversos fundamentos, assim sendo: "à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas" (ALEXY, 2012, p. 166). Essa avaliação deve seguir o que Alexy (2012, p. 167) chama de lei do sopesamento, segundo a qual "[...] a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro". A aplicação dessa "lei" leva à conclusão de que qualquer peso que seja atribuído a

princípios terá uma atribuição temporária e específica de um caso em concreto, sem refletir um juízo de valor em abstrato da importância de determinado princípio em relação a outro.

Parte da doutrina pátria considera que a ponderação, ou sopesamento, não é uma solução válida para se resolver colisões de direitos fundamentais. Argumentam que a decisão tomada sempre será subjetiva, independentemente de quanto se dispenda de tempo na criação de critérios objetivos para balizar essa decisão. Outra argumentação dos críticos da teoria da ponderação é que a decisão sobre intervir ou não no exercício de determinado direito é de cunho legislativo e nunca judiciário. Essa linha doutrinária afirma que:

> [...] a proporcionalidade stricto sensu na acepção principiológica não só carece de "critérios seguros que possam afastar a discricionariedade de seu aplicador", mas também é uma construção irracional, dada a impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior "peso" ou importância no caso concreto. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 222-223).

A despeito desse posicionamento de parte da doutrina, a orientação doutrinária majoritária é no sentido de utilizar a teoria da ponderação para o tratamento dos casos de colisões entre direitos. Essa orientação doutrinária majoritária vai ao encontro do entendimento de nossos tribunais, sendo inúmeros os casos em que técnicas de ponderação de princípios foram utilizados na resolução de colisões dentro do Supremo Tribunal Federal. (MENDES; BRANCO, 2014).

1.2 Direito à liberdade de expressão

A comunicação está no cerne do desenvolvimento do ser humano enquanto ser social. É da natureza do ser humano a troca constante de informações, sendo componente essencial da construção da sociedade. Dessa forma, quando o constituinte originário elencou os direitos fundamentais a serem protegidos dentro do texto constitucional, foi natural que a liberdade de expressão estivesse dentro desse rol. O direito à liberdade de expressão está solidamente assentado na

Constituição Federal em diversos dispositivos, tomando como exemplo as disposições do art. 5º, IV E XIV[12]. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 264). Parte da doutrina trata o inciso IV do art. 5º da CF/88 como uma cláusula geral relativa à liberdade de expressão, guardando relação com uma série de outros dispositivos espalhados pelo texto constitucional e que formam a estrutura de proteção do direito, além de limitar, dentro de parâmetros constitucionais, o seu exercício. Esses dispositivos tratam da liberdade da pessoa humana, em sua manifestação enquanto sujeito com direito à expressar-se e também da liberdade no âmbito da comunicação social, como instrumento do controle do Estado visando a garantia do Estado democrático. (SARLET; et al., 2016).

A liberdade de expressão já existia no ordenamento brasileiro, com um grau maior ou menor de proteção dependendo do contexto político-social, no art. 179, IV da Constituição de 1824, no art. 72, §12 da Constituição de 1891, no art. 113, n. 9 da Constituição de 1934, no art. 122, n. 14 da Constituição de 1937, no art. 141, §5º da Constituição de 1946 e no art. 150, §8º da Constituição de 1967, tornado o art. 153, §8º pela Emenda Constitucional 1/1969. (SARLET; et al., 2016).

1.2.1 Conteúdo

A liberdade de expressão é um direito de defesa, que busca estabelecer os limites da atuação do poder coercitivo do Estado. Seu objetivo último é garantir que todo tipo de manifestação esteja protegido da interferência prévia do Estado em seu conteúdo, de forma que este conteúdo chegue ao destinatário da mensagem livre de edições efetuadas de forma arbitrária, conforme disposto no art. 220, §2º da CF/88[13].

[12] Art. 5º [...]
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
[...]
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
[...]

[13] Art. 220 [...]
§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

(MENDES; BRANCO, 2014, p. 264). Por se compor de um direito complexo, a doutrina costuma dividir, para efeitos didáticos, o direito à liberdade de expressão, sendo:

> (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de "imprensa"); (e) liberdade de expressão religiosa. (SARLET; et al., 2016, p. 495).

Como dito anteriormente, se trata de pressuposto do Estado democrático que todos possam expressar livremente suas ideias, opiniões, convicções e julgamentos sobre qualquer assunto ou qualquer pessoa (MENDES; BRANCO, 2014. P. 264). A proteção constitucional para garantir a efetividade do direito deve abarcar, portanto, tanto os fatos quanto as liberdades espirituais, incluindo expressões não verbais, se materializando na proteção a todo juízo de valor efetuado pelo indivíduo a respeito de ideias e opiniões emitidos por terceiros (SARLET; et al., 2016, p. 498). Contudo, apesar desse pressuposto, é um direito que possui uma série de limitações ao seu exercício dentro do próprio texto constitucional, algumas diretamente constitucionais como a previsão da vedação ao anonimato do inciso IV, o sigilo da fonte da informação do inciso XIV, ambos do art. 5º, e outras indiretamente constitucionais, como os incisos I e II, do §3º do art. 220[14]. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 265). Outra limitação ao direito à liberdade de expressão se relaciona ao dever de verdade, que trata da negativa de fatos históricos e também dos delitos de opinião, onde a liberdade de expressão pode ferir de morte garantias constitucionais. (SARLET; et al., 2016)

[...]

[14] Art. 220 [...]

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

[...]

O alcance dessa liberdade ultrapassa a manifestação de ideias e opiniões, englobando também o direito de não se manifestar. Como se vê, o estabelecimento de uma obrigação negativa para o Estado, de não intervir na expressão do pensamento e ideias, não cria para o titular do direito uma obrigação de nenhum tipo, podendo se abster de qualquer manifestação. Esse direito de não manifestação, juntamente com o direito de manifestação, também configura a proteção que é dada ao indivíduo quanto à liberdade de expressão. (MENDES; BRANCO, 2014).

1.2.2 Sujeitos

O sujeito passivo típico do direito à liberdade de expressão é o Estado, uma vez que, como visto anteriormente, se trata de uma previsão constitucional que visa impedir o exercício arbitrário de censura por parte do Estado contra a manifestação de pensamento de particulares. Apesar de não ser típica a imposição da liberdade de expressão entre particulares, podem existir situações em que isso seja possível. (MENDES; BRANCO, 2014).

Com relação ao relacionamento entre o jornalista e a empresa de comunicação à qual se veja vinculado, a doutrina entende não ser possível a imposição de liberdade de expressão forçando o meio de comunicação a publicar matéria que não seja do interesse da empresa. Contudo, na mesma linha, o jornalista não pode ser obrigado a participar da veiculação de matéria que contradiga suas convicções pessoais, o que autorizaria a rescisão de seu vínculo com a empresa de comunicação. (MENDES; BRANCO, 2014).

1.2.3 Limites

Conforme dito anteriormente, ao mesmo tempo em que a Constituição abriga e ampara a liberdade de expressão, garantindo que não deverá ser alvo de nenhuma lei que tenha o objetivo de embaraçar esse direito, também traz diversas previsões de

restrições diretamente e indiretamente constitucionais. Uma série de interferências legislativas possui previsão no texto constitucional, sendo:

> [...] para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação. Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, §4º). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão o "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família", confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, §3º, II). (MENDES; BRANCO, 2014, p. 270).

Parte significativa da doutrina considera que o direito à liberdade de expressão teria uma posição preferencial quando defrontado com outros direitos, por ser um dos fundamentos do Estado democrático. Contudo, não se deve entender essa posição preferencial com uma hierarquização prévia da liberdade de expressão, colocando-a em posição de prevalência em relação a outros direitos fundamentais. Outrossim, a colisão entre este direito e os demais deve seguir os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme visto anteriormente. (SARLET; et al., 2016).

Diferentemente de outras cartas constitucionais, como a alemã no seu art. 5º (2)[15], a Constituição Federal não traz nenhuma cláusula que restrinja a liberdade de expressão visando a proteção de crianças e adolescentes. Contudo, a carta constitucional autorizou o poder público a efetuar a classificação da programação a ser exibida nos meios de comunicação por faixa etária e tipo de apresentação. Isso demonstra um interesse do constituinte originário de proteger personalidades em formação, mesmo que para isso tivesse que restringir, de certa forma, a liberdade de expressão. Contudo, não se trata de uma restrição *stricto sensu*, uma vez que é vedada a censura à programação, sendo apenas autorizada a veiculação de

[15] Art. 5º [...]
(2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.
[...]

informação relativa à sua classificação etária. (MENDES; BRANCO, 2014). Toda e qualquer disposição criando embaraço prévio à manifestação da liberdade de expressão estará eivada de inconstitucionalidade, conforme se depreende do julgamento da ADIn 2.404/2001, que teve como relator o Ministro Dias Toffoli, cujo julgamento estabeleceu a inconstitucionalidade do art. 254 da lei nº 8.069/90 que estabelecia punição para transmissão de espetáculo fora do horário estabelecido na classificação de programação. (SARLET; et al., 2016).

Na mesma linha anterior, seria possível edição de leis restringindo a liberdade de expressão, mesmo sem previsão constitucional expressa para isso, desde que o objetivo da lei fosse proteger bem específico e fossem guardados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade na sua confecção. Edição de lei que possuam um caráter apenas neutra, sem uma intenção nítida de proteção a um determinado bem ou valor, podem esconder em si a intenção de mera censura, o que as eivaria de caráter inconstitucional. (MENDES; BRANCO, 2014). O posicionamento do STF é controverso a respeito. Quando do julgamento da ADPF 130 o entendimento era que nenhum tipo de restrição, que não fossem as que já estão presentes no texto constitucional, poderiam restringir à liberdade de expressão. Contudo, quando do julgamento do RE 511.961/SP ficou estabelecido que é possível a restrição à liberdade de expressão frente à outros direitos fundamentais, desde que seguindo rigorosos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. (SARLET; et al., 2016).

A doutrina constitucional norte-americana estabeleceu, e foi seguida pelas doutrinas de diversos outros países, uma série de restrições à liberdade de expressão que avaliam a intenção e o contexto de emissão de determinadas palavras ou conteúdos. Seriam incompatíveis com a liberdade de expressão a divulgação de palavras, expressões ou discursos que tivessem somente o objetivo de gerar quebra da ordem, ou que tivessem a intenção clara nesse sentido, mesmo que não conseguindo consumar o objetivo pretendido. Também considera que palavras belicosas, emitidas em um contexto que não permita a contradita de tais palavras, seriam incompatíveis com a garantia constitucional. Se insere nesse último

raciocínio, amparada pela jurisprudência do STF, a propagação do discurso de ódio e as ideias que propugnam ideias racistas. (MENDES; BRANCO, 2014).

1.3 Direito à intimidade e vida privada

O direito à intimidade e à vida privada tem previsão no art. 5º, X da CF/88, constituindo limitação diretamente constitucional à liberdade de expressão, conforme previsão do art. 220, §1º. (MENDES; BRANCO, 2014). Apesar de se relacionar com outros direitos fundamentais, sendo um dos de maior relevância para a proteção da dignidade e da personalidade, somente no texto da Constituição Federal de 1988 foi que esse direito encontrou previsão expressa. (SARLET; et al., 2016). Existe uma discussão doutrinária a respeito dos limites do direito fundamental de proteção à privacidade e se esse direito seria distinto do direito de proteção à intimidade. Quando elencados na Constituição Federal, ao lado de outros direitos da personalidade como a honra e a imagem, intimidade e vida privada recebem termos distintos, como se tivesse sido a intenção do constituinte definir dois direitos distintos a serem protegidos. Em verdade o que parece ocorrer é que, por terem esses direitos recebido assentamento constitucional pela primeira vez na Carta Magna de 1988, optou o constituinte por agir com prudência e elencar expressamente ambos para que não restassem dúvidas a respeito da extensão da tutela. De outra forma, discutir os limites de aplicação de um ou de outro dos direitos citados seria desviar a atenção da questão principal, ou seja, a tutela desses direitos. Dessa forma, o posicionamento majoritário da doutrina é considerar que o direito à privacidade engloba também o direito à intimidade, por ser aquele mais amplo e genérico do que esse. (NASCIMENTO, 2017).

1.3.1 Conteúdo

A intimidade pode ser considerada como sendo um componente interno da privacidade, estando em uma esfera interna a este último. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 281). Essa é a linha da doutrina constitucional alemã, que, baseada na teoria

das esferas, entende que existem três esferas de proteção da vida privada enquanto direito com garantia constitucional. A primeira delas seria uma esfera íntima, onde residiria o núcleo essencial do direito, que não poderia ser objeto de ponderação. A segunda, englobando a primeira, seria uma esfera mais ampla onde residiriam os aspectos da vida privada do indivíduo, como a convivência familiar por exemplo, e que poderia ser objeto de ponderação frente a colisões com outros direitos fundamentais. Englobando essa segunda esfera existiria uma terceira que seria a esfera social, onde existiria a proteção à imagem e à palavra mas não mais a intimidade e vida privada. (SARLET, 2016).

O direito à privacidade seria um poder que é dado ao indivíduo de constranger outros indivíduos a respeitar uma esfera íntima mínima de decisões e informações que são consideradas fundamentais para o desenvolvimento da personalidade (MENDES; BRANCO, 2014, p. 281). Diferentemente da doutrina constitucional norte-americana, onde o direito à vida privada assumiu proporções de cláusula geral, na doutrina constitucional brasileira o direito à vida privada assume uma posição de direito de personalidade subordinado à uma suposta cláusula geral, sendo esta o princípio da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2016).

Questão fundamental sobre o direito à vida privada é a que está centrada na limitação de acesso a informações pessoais por terceiros. Segundo Prossser (apud MENDES; BRANCO, 2014, p. 282) existiriam quatro maneiras de invadir a privacidade alheia:

> 1) intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo, 2) exposição pública de fatos privados, 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (false light), que ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável, 4) apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais.

Em essência, seria o direito à privacidade um direito de o indivíduo se por fora do foco de interesse de terceiros, mantendo assuntos de sua esfera pessoal de interesse fora da observação do público. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 283). De outra forma, pode ser dito que:

> [...] o direito à privacidade consiste num direito a ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão [...]. (SARLET, 2016, p. 448).

Dessa forma, se trata de um direito fundamental subjetivo e objetivo ao mesmo tempo. Subjetivo enquanto garante ao indivíduo o direito de não intervenção pelo Estado e por outros indivíduos da sua esfera mais pessoal, sendo assim um direito de autodeterminação. Objetivo enquanto cria para o Estado a obrigação de criar as condições para o efetivo exercício desse direito. (SARLET, 2016).

1.3.2 Sujeitos

A proteção à vida privada é um direito que a doutrina diz ter eficácia horizontal, repelindo qualquer ação estatal no sentido de atingi-lo como também as ações de particulares. Assim como as pessoas físicas também as pessoas jurídicas podem ser titulares do direito. Assim como no caso da liberdade de expressão, não se trata de uma garantia absoluta. Além das hipóteses constitucionalmente estabelecidas, como a quebra do sigilo de comunicações telefônicas, outras situações podem ensejar a quebra da garantia, desde que aplicadas as técnicas de proporcionalidade e razoabilidade aplicadas às colisões de princípios. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 291-292).

1.3.3 Limites

A proteção à intimidade e vida privada é um tipo de direito fundamental que consta na Constituição sem nenhum tipo de cláusula de reserva legal. Assim, quaisquer limitações ao seu exercício deverão ser analisadas, levando em consideração o caso concreto, quando ocorrer colisão com outro direito fundamental do mesmo tipo (SARLET, 2016, p. 450). A doutrina considera que a proteção dada à intimidade de determinada pessoa depende de como a pessoa se conduz na sua vida

cotidiana. Mais aplicável seria a flexibilização da proteção no caso de pessoa que cultiva uma imagem pública, ou que torna pública informações pessoais de livre vontade. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 283).

Existe uma tendência a considerar que quando se trata de pessoa com vida eminentemente pública haveria uma justificativa de flexibilização da proteção da vida privada, uma vez que restaria à coletividade um interesse público no comportamento daquele indivíduo. Contudo, deve ser definida a linha que separa o interesse público do interesse do público. A justificativa para se divulgar uma notícia com base no dito interesse público deve estar assentada em razões de proteção da saúde ou ordem pública e não em um interesse mórbido do público por atrações bizarras e informações sensacionalistas. E, desaparecendo a notoriedade pública da pessoa objeto da notícia, deve ser respeitado o seu eventual retiro ao anonimato. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 285-286).

Parca é a proteção constitucional quando se trata especificamente dos dados pessoais transitando em ambientes informatizados. Apesar da garantia do art. 5º, XII, a verdade é que a carta constitucional não ampara a livre disposição dos dados pessoais, o que faz com que esses dados não sejam totalmente amparados pela proteção constitucional plena. A definição de um direito à autodeterminação dos dados pessoais abrange várias facetas, como:

> (a) o direito ao acesso e conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados) públicos ou privados; (b) o direito ao não conhecimento, tratamento e utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado ou por terceiros, aqui incluído um direito de sigilo quanto aos dados pessoais; (c) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; (d) o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e da eventual utilização dos dados; (e) o direito à retificação e, a depender do caso, à exclusão de dados pessoais armazenados em bancos de dados. (SARLET, 2016, p. 473-474).

Esse amplo espectro de problemas potenciais relativos à extração, guarda e manipulação de dados pessoais no ambiente informatizado ganha amplitude e

problemática quando defrontada com a complexidade não regulamentada da Internet e da inserção do indivíduo na sociedade da informação. Com isso surge, na doutrina brasileira ainda de forma incipiente mas na doutrina estrangeira já bastante consolidada, uma nova forma de direito de personalidade relacionado ao direito à intimidade e vida privada. Se trata do direito ao esquecimento. (SARLET, 2016, p. 475).

2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO

A Sociedade da Informação é um conceito pré-digital que surgiu com a revolução francesa. Esse conceito foi modificado com o surgimento da Internet, o que gerou a necessidade de adaptação de institutos jurídicos para que possa ser efetuada a tutela a direitos fundamentais já consolidados.

2.1 A sociedade da informação

A delimitação inicial do que seria o conceito de sociedade da informação foi dada por Norbert Wierner, matemático a serviço do governo norte-americano que chegou à conclusão de que a quantidade de informação era fator fundamental para a determinação da solução de certos problemas militares. Porém, a expressão sociedade da informação foi utilizada pela primeira vez em 1980 em uma conferência internacional da Comunidade Econômica Europeia para tentar delimitar um novo conceito de sociedade com maior circulação de serviços e acesso à informação pelos Estados-membros. Alguns autores argumentam que o termo sociedade em rede seria mais adequado para designar o que realmente surgiu a partir da evolução dos novos meios de tecnologia da informação, ou seja, uma sociedade que se baseia em modelos de infraestruturas de redes sociais e mídias eletrônicas que organizam e expandem dinamicamente, em contraste com os modelos tradicionais de sociedade. (NASCIMENTO, 2017).

Nunca na história da humanidade se produziu tanta informação como nos tempos atuais, a ponto de alguns pesquisadores assumirem que a produção de informação é um fator que define a sociedade moderna. Por conta disso, é costumeiro se atribuir o termo sociedade da informação ao atual arranjo social de nossa época. Contudo, é trabalhoso encontrar um conceito/definição para o que seria uma sociedade da informação. Nas palavras de Gouveia (2004 apud ANTUNES, 2008, p. 2):

> A Sociedade da informação está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios electrónicos, como a rádio, a televisão, telefone e computadores, entre outros. Estas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, económicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação.

Existe divergência no uso do termo sociedade da informação como sendo equivalente ao termo sociedade do conhecimento. Para uns, pode se afirmar que são termos similares e intercambiáveis, uma vez que informação é um tipo de produção de conhecimento. (ANTUNES, 2008, p. 3). Contudo, para outros, é um erro se afirmar que os termos sociedade da informação e sociedade do conhecimento possam ser usados indiscriminadamente, uma vez que designariam conceitos distintos. Para os seguidores dessa linha de pensamento:

> A Sociedade do conhecimento contribui para que o indivíduo se realize na sua realidade vivencial. Compreende configurações éticas e culturais e dimensões políticas. A sociedade da informação, por outro lado, está limitada a um avanço de novas técnicas devotadas para guardar, recuperar e transferir a informação.
>
> Em nenhum momento a sociedade da informação pretendeu ser responsável pelo conhecimento gerado na sociedade. Foi sempre uma tecnoutopia e nunca uma utopia para um conhecimento social ampliado. A sociedade da informação, também, agrega as redes de informação, que são conformações com vigor dinâmico para uma ação de geração de conhecimento. (BARRETO, 2008, p.4).

Independentemente dessas discussões pode se dizer que a sociedade da informação está indissociavelmente ligada à forma como a sociedade moderna se organiza.

2.1.1 Evolução

Durante longo tempo a humanidade evoluiu sem ter a condição de transmitir de forma eficiente às gerações que se sucederam o conhecimento gerado. Esse conhecimento somente com muita dificuldade era transmitido, pois muitas vezes perecia com a pessoa que o tinha construído. Contudo, por volta do ano de 700 a.C. ocorreu um evento que, na magnitude de seu impacto sobre a humanidade, demoraria mais de 2000 anos para se repetir. Por volta dessa época, a civilização grega sistematizou o primeiro alfabeto, resultado de uma longa e lenta acumulação de conhecimento verbal e não-alfabético. Com o alfabeto o conhecimento pode ultrapassar a barreira pessoal do seu criador e aumentar a velocidade de acumulação. Contudo, essa acumulação ainda estava longe de poder criar um momento crítico que possibilitaria a criação de um grande volume de informação, suficientemente grande para gerar uma sociedade da informação. Essa acumulação se acentuou no século XV, quando um novo salto tecnológico foi dado em direção a uma sociedade da informação com a criação da imprensa por Johannes Gutenberg. (CASTELLS, 2013, p. 414-415).

A acumulação e geração de conhecimento continuou a acontecer, nem sempre de forma contínua, mas garantida por uma continuidade social que insistiu em preservar uma cultura de conhecimento. Contudo, ainda faltava uma certa familiaridade das massas com o conceito de informação. Faltava uma sensação de naturalidade na presença constante de tanta informação, algo que tornasse essa oferta gigantesca de dados uma coisa comum. A ferramenta para a criação dessa mentalidade social aconteceu por conta da construção de uma cultura de consumo de mídia massificada, centralizada na tecnologia da televisão e difundida de forma progressiva pelo globo nas três décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial. O

surgimento da TV mudou a forma de transmissão de mensagens, de perfil eminentemente tipográfico e orientado pela ordem fonética do alfabeto, para outro que se baseava muito mais em linguagens visuais para a transmissão de mensagens. (CASTELLS. 2013, p. 415-418).

A televisão foi encarada inicialmente como um meio de comunicação passivo, em que o conteúdo de mídia era gerado e fornecido à revelia da audiência. Contudo, rapidamente as geradoras de conteúdo e emissoras de TV notaram que alguns programas tinham mais retorno financeiro da audiência, na forma de anúncios publicitários veiculados nos intervalos da transmissão. Isso demonstrou que a televisão era um meio de comunicação de massa interativo, ainda que de forma indireta e primitiva, baseada na reação do mercado, o que levou as emissoras a balizarem seus conteúdos de mídia levando em conta o nível cognitivo mínimo da audiência que era público-alvo. Como resultado disso, a qualidade do conteúdo gerado caiu, o que empobreceu a televisão como meio de transmissão de informação. Contudo, na década de 1980 começaram a se difundir uma série de dispositivos tecnológicos que permitiram ampliar a audiência de mídia, enquanto retiravam dos canais tradicionais de televisão o quase monopólio do entretenimento e informação. Foi a época do surgimento do *walkman*, do videocassete, das estações de música temática, das filmadoras de vídeo. Esse movimento de ampliação dos canais de comunicação ganhou ímpeto na década de 1990 com o advento dos canais de transmissão de TV à cabo, o que gerou um aumento dos canais de TV disponíveis. Esse ambiente gerou um desejo latente por informação, traduzida inicialmente pelo conteúdo gerado por uma multiplicidade de mídias. Essa evolução da comunicação pela ampliação das mídias criou as condições para o surgimento da sociedade da informação, evento que repete a magnitude do impacto no mundo tal como aconteceu com a criação do alfabeto. (CASTELLS, 2013, p. 422-426).

2.1.2 A Internet

Por volta do ano de 1960 o mundo se divida em dois espectros políticos que disputavam a hegemonia mundial. Os Estados Unidos da América lideravam o bloco de países conhecido como primeiro mundo, enquanto que a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas liderava um outro bloco de países conhecido como segundo mundo. Se tratava, para todos os efeitos, de uma guerra mundial, mas que tinha como pano de fundo menos o uso de armas e mais o desenvolvimento de tecnologia. O objetivo era suplantar o oponente, tornar sua tecnologia suficientemente obsoleta para que o uso da força militar pudesse se impor. Com o objetivo de capitanear essa busca pela supremacia tecnológica, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou a ARPA (*Advanced Research Projects Agency*). Essa agência tinha como objetivo mobilizar os recursos existentes nas diversas universidades norte-americanas, de forma a conquistar a superioridade tecnológica sobre a União Soviética. Um dos projetos desenvolvidos por essa agência foi aquele que deu origem ao embrião da Internet, a Arpanet. (CASTELLS, 2015, p. 14).

À época da criação da Arpanet a comunicação global era dominada por redes telefônicas. Esse tipo de rede utiliza um tipo de comunicação baseada em comutação de circuitos, que estabelece uma conexão fim-a-fim entre dois pontos remotos. Essa conexão irá se manter pelo tempo total em que a comunicação existir. Se trata de um tipo de tecnologia de comunicação para um tipo de tráfego com constância em sua transmissão, a voz. Contudo, o tráfego de dados é bastante diferente do tráfego de voz, uma vez que tem uma característica de rajada. É esperado que uma das pontas da comunicação envie grandes quantidades de dados e, então, aguarde algum tipo de manifestação da ponta remota. Essas alternâncias entre períodos de alto tráfego seguidos por períodos de inatividade tornava o uso de redes de comunicação baseadas em comutação de circuitos extremamente ineficiente. Era necessário o desenvolvimento de um novo tipo de tecnologia de comunicação que se adequasse e essas novas características. O desenvolvimento dessa nova tecnologia, conhecida como comutação de pacotes, ocorreu de forma totalmente independente em três centros de pesquisa diferentes: no MIT, capitaneado por Leonard Kleinrock; no

Rand Institute, liderado por Paul Baran; e no *National Physical Laboratory*, conduzido por Donald Davies e Roger Scantlebury. Essa tecnologia toma grandes quantidades de dados e as fragmenta em unidades menores, que poderão ser manejadas no meio do caminho de forma a escolher aqueles que estiverem menos congestionados. Isso otimiza o uso dos recursos de comunicação, ao mesmo tempo em que torna a comunicação extremamente resiliente a falhas. (KUROSE; ROSS, 2010, p. 44).

Utilizando-se dessa tecnologia revolucionária, a ARPA, através de um de seus departamentos chamado de *Information Processing Techniques Office* (IPTO), buscou criar uma rede de comunicação descentralizada e flexível para interligar os diversos centros de pesquisa das universidades norte-americanas. O objetivo último dessa rede era ser suficientemente robusta para resistir na eventualidade de um ataque nuclear. Para conduzir o projeto da implantação dessa rede, conhecida como Arpanet, foi contratada uma empresa fundada por ex-professores do MIT (Bolt, Beraneck e Newman) a BBN. A implementação teve início em 1969 com a implantação de quatro nós de comutação de pacotes, interligando a Universidade de Utah, o *Stanford Research Institute*, e os campus de Los Angeles e Santa Barbara da Universidade da California. Em 1971 a Arpanet atingiu um total de 15 nós de comutação de pacotes, interligando diversas universidades com a utilização do protocolo de comunicação NCP (*Network Control Protocol*). Em 1972 ocorreu a primeira demonstração bem-sucedida dos serviços da rede. (CASTELLS, 2015, p. 15).

A experiência bem-sucedida da Arpanet levou à criação de diversas outras redes para interligar universidades, como a BITNET, a CSNET e a NSFNET. (KUROSE; ROSS, 2010, p. 48). Contudo, não havia um protocolo de comunicação padronizado, o que inviabilizava que essas redes pudessem se conectar. O desenvolvimento desse protocolo padronizado de comunicação começou a ocorrer em 1973 com a criação do *Transmission Control Protocol* (TCP), se consolidando em 1978 com a criação do *Internet Protocol* (IP), o que gerou o padrão que seria

adotado em toda a comunicação da Internet. (CASTELLS, 2015, p. 15). Em 1983 o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou a Milnet, para usos exclusivamente militares, transformando a ARPA-Internet em uma rede exclusivamente de pesquisa. No mesmo ano o protocolo TCP/IP foi adotado como protocolo padrão de comunicação para a Arpanet, substituindo o NCP. (KUROSE; ROSS, 2010, p. 48). A adoção do TCP/IP como protocolo de comunicação permitiu alta flexibilidade na conexão de novos dispositivos na rede, de forma que torna o funcionamento da Internet:

> [...] substancialmente mais poderoso do que o de uma tecnologia simples de rede, porque o enfoque permite que novas tecnologias sejam incorporadas ao mesmo tempo sem exigir a substituição das tecnologias antigas como um todo. (COMER, 2016, p. 7).

Contudo, interconectividade não significa interação, no sentido como conhecemos hoje. A realidade do início da Internet era de tentativa de trocar arquivos em formatos e mídias completamente diferentes, muitas vezes em linguagens diferentes, o que dificultava demais as interações dos usuários. A grande mudança aconteceu por conta do trabalho de Tim Berners-Lee, pesquisador que trabalhava no Laboratório Europeu para a Física de Partículas (CERN). Sem ter a efetiva consciência do impacto do seu trabalho, ele criou três tecnologias que mudariam a Internet, sendo: (a) HTML, ou *Hypertext Markup Language*, linguagem universal e livre para formatação de documentos em qualquer tipo de navegador; (b) URI, *Uniform Resource Identifier,* sistema de endereçamento único de páginas na Internet que dispensa o apontamento de endereços numéricos, e que atualmente é conhecida como URL (*Uniform Resource Locator*), e; (c) HTTP, *Hypertext Transfer Protocol*, protocolo de comunicação entre clientes e servidores. Em parceria com Robert Cailliau, Berners-Lee desenvolveu e lançou um navegador (ou *browser* do original em inglês), incorporando essas três novas tecnologias que estavam embarcadas em um software conhecido como WWW (World Wide Web). Esse software foi distribuído gratuitamente em um navegador baseado em linha de

comando, totalmente diferente dos modernos navegadores de internet. (KUROSE; ROSS, 2010, p. 48).

Essa distribuição alcançou diversos centros de pesquisa espalhados pelos Estados Unidos. Em um deles, o *National Center for Supercomputer Applications* (NCSA) foi desenvolvido o primeiro navegador com interface gráfica, o Mosaic. O desenvolvimento desse software foi efetuado por Marc Andreessen e Eric Bina em 1992 e, até abril de 1994 já haviam sido distribuídos milhões de cópias. Em 1994 os dois se uniram ao criador da Silicon Graphics, Jim Clark para criar a Netscape, dando origem ao Netscape Navigator, primeiro *browser* confiável. (CASTELLS, 2013, p. 88-89).

Passados trinta e cinco anos da data histórica do dia primeiro de janeiro de 1983, quando se deu a adoção compulsória do protocolo TCP/IP dentro da Arpanet, e que é considerado pelos especialistas da área como a data da criação do que conhecemos por Internet, pode ser visto o legado de sua criação. Uma rede que foi originalmente financiada com recursos militares e criada com os mesmos objetivos, acabou por escapar completamente a qualquer tipo de controle. Claro que o objetivo era exatamente esse, que a rede não pudesse ser controlada por nenhum ponto específico, de forma a prevenir uma tomada dos meios de comunicação em caso de guerra. Contudo, é de se imaginar que os alcances dessa intocabilidade da rede ultrapassaram em muito o desejo inicial dos seus criadores. (CASTELLS, 2013, p.44).

2.1.3 O ciberespaço

Na década de 1940 o físico Norbert Wiener cunhou a palavra cibernética. Partindo do original em grego, o prefixo cyber tinha originalmente o significado de controle, sendo, literalmente, “aquele que governa”, ou ainda, “aquele que conduz”. Dessa forma, cibernética seria a ciência do controle da interação entre os seres vivos e as máquinas. (KELLNER, 2001 apud MONTEIRO, 2007, p.3). Não é possível

afirmar com certeza, mas algo na mesma linha de raciocínio pode ter passado pela mente de William Gibson quando, em 1982 no conto *Burning Chrome* e posteriormente em 1984 no romance *Neuromancer*, cunhou o termo ciberespaço. (MONTEIRO, 2007, p.3). Uma indicação de que a ideia de controle pode ter se insinuado na mente de William Gibson pode ser intuída a partir de suas palavras no próprio livro ao definir o que seria o ciberespaço:

> Uma alucinação consensual vivenciada diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações, por crianças que estão aprendendo conceitos matemáticos... uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz alinhadas no não espaço da mente, aglomerados e constelações de dados. (GIBSON, 2008, p. 77).

Essa "alucinação consensual" de Gibson é um universo de redes digitais onde se trava uma batalha entre multinacionais que detêm controle sobre fortalezas digitais de informações, todas em busca da hegemonia global. Também é cenário de heróis que interagem fisicamente com a rede digital de interação e de uma superinteligência artificial que aspira o domínio do ambiente físico e virtual. Levy (1999, p. 92-93) define o ciberespaço como "[...] o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores". Para ele, existem características definidoras do ciberespaço, como o fato de ser um meio multimídia, interativo, hipertextual e com característica de atualização em tempo real. Contudo, a característica principal do ciberespaço seria que no seu ambiente a informação possui um caráter virtual.

Virtual, nesse caso, representaria um desprendimento de qualquer orientação física, podendo existir em qualquer lugar e a qualquer tempo. E, mesmo não podendo ser determinado o seu lugar de forma específica, a informação existe em si mesma. Dessa forma, no ciberespaço a informação está fisicamente sediada em algum lugar específico, estando, contudo, disponível para ser acessada de qualquer outro ponto onde um usuário da rede esteja conectado em sua estrutura. Também, a informação não pode ser acessada fisicamente pelo usuário, mas, de nenhuma forma se pode negar a sua existência. E mais, o uso interativo e simultâneo de acesso à rede

permite que diversos usuários atualizem uma base de dados comum no que pode ser considerado, para todos os efeitos, tempo real. Essa interatividade rompe as barreiras do espaço e do tempo, permitindo que o ser humano contorne as limitações dessas dimensões. (LEVY, 1999. p. 48-49).

Em última análise, o advento da sociedade da informação, tendo como base a infraestrutura global da Internet, criou os meios para que um novo tipo de arranjo cultural e social surgisse. O ciberespaço ultrapassa a barreira dos meios de acesso à rede mundial de computadores, para abranger também os seres humanos que acessam a rede, interagem com seus dados e uns com os outros e, dessa forma, alteram o próprio conteúdo das informações que são constantemente acessadas. Cria-se um novo tipo de cultura, a cibercultura, que se fundamenta no acesso livre, instantâneo, interativo e massivo de dados e informações. Resumindo:

> O ciberespaço [...] é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura (sic) material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo "cibercultura", especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço. (LEVY, 1999, p. 17).

2.1.4 As redes sociais

As redes sociais estão presentes desde sempre na sociedade humana, sendo o ser humano gregário por natureza, o que o leva a buscar interações com outros seres humanos de forma a montar redes de relacionamentos. (RIBEIRO, 2010, p. 22). Essa presença, que recua até os primórdios da raça humana como entidade organizada em sociedade, fez que com as redes sociais fossem estudadas desde a muito tempo, tendo sido analisadas sob a óptica da teoria dos grafos e gerado uma disciplina independente de estudo, a ciência das redes. O termo rede social aparece como intercambiável com o termo mídia social, e, dessa forma, pode ser dito que uma rede

social é uma construção social onde atores de diversos tipos interagem entre si. Dessa forma, o estudo dessa construção social não pode ser feito isolando apenas elementos individuais, devendo, obrigatoriamente, levar em consideração o todo das interações dos elementos da rede. (RECUERO, 2006, p.26). No contexto específico das redes sociais na Internet, o que muda radicalmente é o meio de interação, que passa a depender de uma ampla e sofisticada estrutura tecnológica, estrutura essa que permite que atores situados em posições extremas do globo interajam entre si. (RIBEIRO, 2010, p. 19).

As redes sociais digitais são constituídas de aplicativos, cada qual com características e objetivos particulares. Os atores podem utilizar esses aplicativos (Facebook, Twiter, Instagram, Whatsapp e Youtube, por exemplo) para efetuar uma grande quantidade de interações na rede. Essas interações podem se dar na forma de criação de conteúdo, como postar textos, fotos e vídeos, ou simplesmente consumir conteúdo gerado, interagindo ou não com esse conteúdo. (RIBEIRO, 2010, p. 20). Essa interação pode acontecer de forma síncrona ou assíncrona, dependendo do objetivo declarado do aplicativo sendo utilizado. As interações síncronas simulam uma interação em algo que poderia se chamar de tempo real. Dessa forma, nesse tipo de comunicação, os atores que participam podem esperar receber uma resposta muito rápida a uma postagem efetuada, sendo o caso dos aplicativos de comunicação instantânea. Claro que essa resposta pressupõe que a pessoa com quem se deseja entabular a conversação está conectada no aplicativo ao mesmo tempo em que aquele deseja falar. Já os aplicativos que se baseiam em interações assíncronas trabalham com o conceito de linha do tempo, em que a pessoa efetua a publicação do conteúdo e essa publicação permanece durante um longo intervalo de tempo disponível para interações, à disposição de todos que compartilham de uma mesma rede social. (RECUERO, 2006. p. 75).

O grande diferencial das redes sociais digitais é que possuem por natureza uma característica de interação mútua. Diferentemente da interação reativa, onde a interação com o conteúdo gerado não afeta esse conteúdo, na interação mútua o

usuário que acessa a informação acaba por alterar a informação de alguma forma. Isso pode se dar por acréscimos de informação ao conteúdo, ou simplesmente por reações básicas efetuadas sobre um conteúdo publicado, como um clique em um botão digital demonstrando apreciação pela publicação. (RECUERO, 2006, p. 74). Essa facilidade de interações ampliou as opções de pessoas disponíveis para relacionamento, o que também levou a um aumento dos assuntos que podem ser objeto de interação. Na prática, um indivíduo em uma rede social tem mais opções de pessoas para se relacionar, o que aumenta o rol de assuntos sobre os quais pode emitir opinião. (RIBEIRO, 2010, p. 22). Contudo, ao mesmo tempo em que aumentou a rede de relacionamentos disponíveis, entabular relacionamentos através de redes sociais digitais também criou uma característica de distanciamento entre as pessoas que se relacionam. A ausência de interação física cria uma sensação de anonimato, o que faz que com as relações sejam mais efémeras, uma vez que as consequências do rompimento desse tipo de relacionamento são muito menos traumáticas do que no relacionamento físico. (RECUERO, 2006, p. 76-77).

Outra consequência das interações dentro das redes sociais é a criação de comunidades, que no seu conceito tradicional seria o agrupamento de pessoas, reunidas em um determinado local, e que, partilhando determinados valores, criam um vínculo de união entre si. À primeira vista pode se confundir o conceito de sociedade e comunidade, contudo, são conceitos distintos e, aparentemente, antagônicos do ponto de vista sociológico. Uma sociedade pressupõe uma interação entre pessoas que necessitam renunciar a determinadas liberdades de forma a poder entabular uma convivência em comum. Ao contrário, uma comunidade se formaria em torno de pessoas que escolhem se reunir em torno de um objetivo em comum. Contudo, em se tratando de comunidades digitais se tem a consolidação de um movimento de desterritorialização das comunidades. A interação utilizando o ciberespaço ampliou o universo de pessoas que podem partilhar dos mesmos interesses, colocando pessoas que, em condições normais jamais interagiriam, em contato. (RECUERO, 2006, p. 102-103). Contudo, essa facilidade de

estabelecimento de conexões se baseia em laços fracos, que tem pouca capacidade de resistir a tensões. Se por um lado, e como dito anteriormente, isso permite que se aumente a quantidade de pessoas disponíveis para interação, com múltiplos interesses e características pessoais, por outro lado não cria relacionamentos robustos e com expectativa de serem duradouros. Como não se estabelecem laços fortes que permitam esses relacionamentos resistirem a tensões geradas por comentários infelizes ou mal colocados, esses laços fracos se rompem com muita facilidade, tornando as relações entre os indivíduos extremamente efêmeras. (CASTELLS, 2013, p. 445).

Como se vê, as redes sociais permitiram um número maior de interações entre pessoas, uma vez que uma infraestrutura tecnológica permite que indivíduos separados geograficamente possam compartilhar informações e montar redes de relacionamentos com pessoas com interesses comuns. Porém, essa facilidade de interação acentua problemas que sempre estiveram presentes nos relacionamentos não digitais. A forma rápida com que as informações são geradas, o que faz com que seu volume se acentue drasticamente, tornam extremamente difícil a verificação da veracidade das informações geradas. Dessa forma, uma quantidade grande de informações falsas pode chegar ao conhecimento de um número indeterminado de pessoas em um intervalo de tempo muito pequeno. (QUEIROGA; et al., 2016, p. 112).

Também, essa geração acentuada de conteúdo torna as informações que são acrescentadas à rede extremamente voláteis. Da forma como os aplicativos em que se baseiam as redes sociais são construídos, uma determinada postagem ficará rapidamente relegada ao passado na linha do tempo, o que faz com que se gere um distanciamento entre o originador do conteúdo e o conteúdo efetivamente gerado. Alguns usuários se sentem desprendidos de seus comentários e das consequências que possam advir dos mesmos, o que gera questões controvertidas. Polêmicas envolvendo comentários com cunho racista ou discriminatório são recorrentes, como

é o caso das postagens racistas envolvendo a atriz Taís Araújo em 2015 e a cantora Preta Gil em 2016. (QUEIROGA; et al., 2016, p. 115).

2.2 O direito ao esquecimento

A internet é uma incrível ferramenta de propagação do conhecimento e de estabelecimento e manutenção de relacionamentos interpessoais. Mas essa mesma capacidade de propagação de informações tem o potencial para causar extrema angústia e sofrimento nas pessoas. Isso se dá pelo fato de o ambiente da internet ser abstrato e difuso, o que faz com que as informações que são colocadas pelo usuário e por terceiros na internet tenham o potencial de se perpetuarem na rede. Dessa forma, fatos acontecidos no passado, e que não necessariamente refletem a realidade de uma pessoa na atualidade, acabam por definir de forma perene a sua personalidade, sob o ponto de vista dos usuários que tem acesso a essa informação. (PIMENTEL; CARDOSO, 2015).

A memória individual é construída a partir de um processo de acumulação de conhecimentos que se dá pelo aprendizado e pela troca de experiências entre os indivíduos. De certa forma, essa interação entre os indivíduos acaba por incorporar elementos de uma memória coletiva nos traços da memória individual da pessoa, contribuindo para essa construção. Assim, como o indivíduo se apodera de cotas de informação da memória coletiva para compor sua própria memória individual, é impossível para este indivíduo manter a memória de todos os fatos que o compõem e constroem como membro dessa sociedade de onde emerge essa memória coletiva. Da mesma forma, uma parte da memória do indivíduo é apropriada e mantida pela memória coletiva. Quando se trata de esquecer uma parcela dessa memória surge um novo desafio, que ultrapassa a barreira da memória individual. Esse novo desafio se trata de como garantir que também a memória coletiva da sociedade onde o indivíduo está inserido deixará de se lembrar do fato. (LEITE; RODRIGUES, 2016).

A evolução tecnológica, que deu origem a uma Sociedade da Informação, alterou substancialmente a capacidade da memória coletiva da sociedade. A

memória social tendia a proporcionar um esquecimento orgânico, natural de fatos acontecidos no passado. Portanto, antes da Sociedade da Informação e da fantástica capacidade de acumulação de dados e informações, a regra para fatos pretéritos era um eventual esquecimento. Essa regra tem se invertido após o advento das novas tecnologias da Sociedade da Informação, sendo que agora a regra é o não esquecimento (SCHREIBER, 2018, p. 65). Isso se dá porque o armazenamento de informações dentro de um sistema de informações possui uma quantidade maior de retenção do que quando comparado com um cérebro humano. Um paralelo entre essas duas estruturas de armazenamento de dados pode ser traçado entre a forma como funciona a memória do ser humano e a organização das memórias dentro de um computador:

> Comparativamente, a memória contida no nível BIOS seria nossa memória genética. Ao ligar o computador, os primeiros acessos realizados são às funcionalidades que dizem respeito às funções vitais da máquina, que em humanos equivaleria às funções vitais realizadas pelo corpo humano e que não são aprendidas por informações oferecidas pelo meio, mas que se fazem presentes desde o nascimento. Já a memória HD poderia ser comparada ao acúmulo de informações ao longo da vida pelo cérebro humano, enquanto a memória RAM equivaleria à memória de informações mais imediatas e atuais. Relativamente ao esquecimento, os três níveis se comportam de maneira diferente. Ao se desligar o computador, no nível BIOS, a memória permanece inalterada, aguardando ser solicitada quando novamente iniciado o sistema. No nível HD, as informações processadas ao longo de uma sessão de uso do computador permanecem armazenadas mesmo após o desligamento da máquina, podendo inclusive ser recuperadas em caso de perda de dados por programas desenvolvidos com essa finalidade. E, no nível RAM as informações são apagadas por ocasião do desligamento da máquina, motivo pelo qual é também conhecida como memória volátil. Em linhas gerais, a analogia que se realiza acerca da memória e esquecimento em humanos e máquinas encontra-se justamente nas memórias HD e RAM do computador, as quais são capazes de armazenar aquilo que se pode denominar de memória social. Ou seja, ainda que uma ordem judicial determine que um servidor de conteúdo retire determinadas informações de suas páginas ou sistemas de indexação, a cada nova conexão de um computador à rede essas mesmas informações estão potencialmente de novo à disposição. (LEITE; RODRIGUES, 2016, p.108).

É dentro do contexto dessa instantaneidade e perenidade das informações que são colocadas na internet que se situa a tutela ao direito ao esquecimento. Essa velocidade com que se propaga a informação, aliada ao caráter transnacional da difusão e ao custo econômico de se implementar mecanismos que possam garantir a tutela de informações indesejadas, dificulta sobremaneira a tutela do direito ao esquecimento na internet. Toda a infraestrutura sobre a qual se fundamenta a internet facilita a propagação de informações, de forma rápida e barata. A isso se alia a existência, cada vez mais comum, de dispositivos de armazenamento de dados digitais, portáteis e com alta capacidade, além de servidores específicos que fornecem armazenamento gratuito de dados, que dificultam ainda mais a implementação de mecanismos que garantam o direito ao esquecimento. Todos esses fatores transformaram a internet de um mero meio de comunicação em uma construção social onde se vê a formação de uma nova forma de organização social, conhecida, como cybercultura, que é caracterizada "[...] pelo excesso de transparência, pela volatilidade da informação e, ao mesmo tempo, por uma espécie de perpetuidade de conteúdos difundidos" (PIMENTEL; CARDOSO, 2015, p. 48). E ao mesmo tempo que essa nova forma de organização social garante facilidade para que se construam relacionamentos e se difunda a informação, também traz uma exposição de dados pessoais, incluídos de forma voluntária ou não na internet, que pode trazer consequências negativas perenes à vida da pessoa.

A partir de uma análise do direito ao esquecimento, pode ser proposto um conceito segundo o qual seria:

> [...] a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de caducidade, onde a informação, pelo decurso do tempo e por sua proximidade com os direitos fundamentais afetos à personalidade, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição da lei. (CHEHAB, 2015, p.88).

Contudo, parte da doutrina considera inadequado o uso do termo direito ao esquecimento, uma vez que apontaria para um direito subjetivo de apagar dados a respeito de eventos acontecidos no passado. Dessa forma, o exercício do direito ao

esquecimento afrontaria diretamente as garantias da liberdade de expressão previstas no texto constitucional. Então, mais adequado seria dizer que o direito ao esquecimento:

> [...] consiste simplesmente no direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes [...], de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual. (SCHREIBER, 2018, p. 71).

2.2.1 Noções gerais

Existe uma relação estreita do direito ao esquecimento com a privacidade, acontecendo a decomposição desta última em quatro partes: solidão, intimidade, anonimato e reserva. Detalhando de forma precisa o que seriam as violações ao direito à privacidade, que afrontariam o direito ao esquecimento tem-se:

> [...] (1) intromissão alheia ao direito à reclusão ou solidão, inclusive em assuntos privados (direito de estar só); (2) divulgação de fatos particulares embaraçosos da pessoa; (3) publicidade que põe a vítima sob uma "falsa luz" aos olhos do público e (4) apropriação do nome e da imagem da pessoa. (CHEHAB, 2015, p.90).

A garantia constitucional de proteção à dignidade humana traz, como consequência direta, o nascimento de direitos que se vinculam diretamente à personalidade do sujeito, podendo ser divididos em direitos de garantia à integridade física e direitos de garantia à integridade moral. A Constituição Federal brasileira garante a proteção desses direitos no inciso X do art. 5º, sendo essas garantias constitucionais reguladas infraconstitucionalmente no Código Civil, artigos 11 a 21. Essas garantias de proteção se abrem em um leque protetivo composto por cinco eixos: vida e integridade físico-psíquica; proteção do nome da pessoa física e jurídica; imagem, tanto a física *stricto sensu* como a autoimagem composta pelas qualificações da pessoa e pela visão que a sociedade tem dela; honra, englobando o sentimento que a pessoa tem por si mesma e também no âmbito de suas relações

sociais; e a intimidade, com a proteção da vida privada da pessoa natural. (SILVA, 2017).

A proteção dos direitos da personalidade pode acontecer lastreada em três teorias distintas. A partir da teoria monista a personalidade e sua defesa são consideradas uma unidade não passível de fracionamento, trazendo uma maior facilidade de tutelar direitos não previstos expressamente, mas dificultando o reconhecimento de relações jurídicas imprecisas, o que pode dificultar o enquadramento de uma determinada realidade. A teoria pluralista considera a existência de uma multiplicidade de direitos oriundos da personalidade, facilitando a tutela dos direitos que são explicitamente declarados, mas dificultando a tutela daqueles que não são declarados precisamente. A teoria mista declara a existência de um direito geral da personalidade ao mesmo tempo em considera a existência de múltiplos direitos subjetivos que compõem esse direito geral. Essa terceira teoria protege explicitamente os direitos de personalidade precisamente declarados, ao mesmo tempo em que tutela, sob a proteção de um direito geral de personalidade, aqueles que não tem previsão expressa. Segundo a doutrina, apesar de se tratar de uma teoria que protege melhor os direitos da personalidade, também apresenta questões relacionadas a delimitação do direito da personalidade como um direito subjetivo e, em caso positivo, se essa é a melhor forma de tutelar esses direitos. (SILVA, 2017).

2.2.2 Evolução histórica

Os princípios e valores sobre os quais as sociedades fundamentam sua construção sofrem uma evolução e uma transformação muito mais rápida e dinâmica quando submetidos à sociedade da informação. Com isso, os próprios direitos fundamentais, que são uma construção baseada nos princípios e valores desenvolvidos dentro de uma sociedade, acabam por se ver submetidos a condições de tensão, em um ambiente onde as informações transitam muito mais rapidamente. O impacto das transformações que a sociedade da informação traz afeta o

relacionamento público-privado, uma vez que a velocidade com que o poder público coleta dados pode ser monitorada pelos entes privados. Estes, ao mesmo tempo em que buscam a tutela contra os excessos de coleta de dados pessoais para proteger sua esfera privada, também buscam garantir o maior acesso possível às ações da esfera pública. (NASCIMENTO, 2017).

Ao traçar a linha histórica da evolução da privacidade se verifica que aconteceu uma renúncia a um desejo natural do ser humano de viver em isolamento, derivado de sua natureza intrinsecamente animal. Essa renúncia se impôs devido ao desejo do homem de viver em condições mais seguras, associando-se a outros homens com esse fim. A filosofia antiga não encontra relação entre a forma como gregos e romanos encaravam a privacidade e o conceito moderno desta, uma vez que o ser humano era um ser público e que exercia seus direitos de liberdade na atuação de sua vida pública. Essa falta de anseio pela privacidade permanece até o final da idade média, quando se observa um crescimento da individualidade associado à ascensão da classe burguesa, com a utilização da propriedade privada para firmar essa individualidade. A proteção aos direitos de propriedade unida ao surgimento de meios de comunicação de massa, este último sendo a origem da sociedade da informação, levou ao surgimento do que seria o embrião do moderno direito à privacidade amparado como garantia constitucional. Atualmente esse direito fundamental de garantia da proteção à privacidade ampliou sua abrangência, muito devido às alterações radicais que aconteceram na capacidade de armazenamento e propagação de informações que formam a base da moderna sociedade de informação. O citado direito ultrapassou a esfera de garantir a confidencialidade de dados pessoais, se ampliando para o direito de conhecer quem e como armazena essas informações, além também do direito de poder garantir que essas informações permaneçam verídicas e atuais. (NASCIMENTO, 2017).

Pode ser vista uma mudança na forma de tutela dos direitos da personalidade após a Segunda Guerra Mundial, resultado de uma insuficiência normativa nessa área. Dessa forma, as Constituições passaram a ser menos um instrumento político

de afirmação de um Estado-nação para se tornar o fundamento da construção de um Estado Social, que tivesse como orientação garantir as bases para o desenvolvimento da personalidade humana. Isso teve um impacto nos ordenamentos infraconstitucionais os quais tiveram que passar a tutelar um rol de relações subjetivas, tarefa para a qual não tinham sido criados. A construção da tutela da pessoa humana pode ser mapeada, segundo alguns doutrinadores, desde a antiguidade greco-romana, tendo tido forte influência do cristianismo e sido aperfeiçoada por Kant. Os principais avanços na área, no entanto, apareceram em 1919, quando da promulgação da Constituição de Weimar. Com essa carta constitucional a relação entre o público e o privado passou a ser reavaliada, o que trouxe repercussão para o Direito Civil, que passou a centrar sua atuação na proteção da dignidade da pessoa humana. Com isso, a partir de um ponto de vista da instituição dos direitos da personalidade como direito subjetivo da pessoa, o Direito Civil passou a considerar que a sua violação era motivo justo para indenização. Essa construção de um novo modelo de codificação civil esbarrou em uma discussão doutrinária entre os defensores da teoria monista, que considerava a personalidade como uma instituição única que deveria ser protegida de forma mais abstrata, e os defensores da teoria tipificadora, orientada na forma de pensar civilista de antes da Segunda Guerra, que buscava a instituição de uma racionalidade sistêmica no código. A solução em nosso ordenamento, quando da construção de nossa codificação civil, foi fundamentar a proteção dos direitos da personalidade na cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal. Essa mesma solução parece ter sido a escolha adotada quando da criação das constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha. (NASCIMENTO, 2017).

2.2.3 O desenvolvimento no direito europeu

Historicamente, a primeira aplicação do direito ao esquecimento foi feita em 1970 pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no chamado Caso Lebach. O referido caso tratava da morte, por parte de três homens, de quatro soldados que

vigiavam um depósito de munições. Um dos responsáveis pelas mortes foi condenado a uma pena de 6 anos de prisão e, quando se encontrava quase no final do cumprimento da pena, viu um canal de televisão alemão realizar um documentário sobre os fatos ocorridos, inclusive abordando questões relativas à vida íntima dos acusados. Infrutíferas tentativas de impedir a divulgação do documentário levaram o caso até a apreciação da corte constitucional, que decidiu que havia ocorrido violação a um direito de personalidade, uma vez que a forma como as informações foram divulgadas não tinha relevante interesse público. Nova decisão tutelando o direito ao esquecimento foi dada em 1986 pelo Tribunal Constitucional da Espanha em um caso envolvendo a divulgação de vídeos da agonia de um toureiro dentro da enfermaria de um hospital, entendendo a corte que a divulgação desses vídeos extrapolava o interesse público, sendo da esfera privada da pessoa e sua família. Apesar de tutelarem o direito ao esquecimento, as decisões acima não fizeram menção explícita a ele. Somente em 2013 o Tribunal de Justiça da União Europeia emitiu decisão, citando explicitamente o direito ao esquecimento, em uma ação em que a agência espanhola de proteção de dados buscava compelir a Google a retirar de sua ferramenta de busca na internet referências a Mario Costeja González. Este cidadão espanhol teve dados seus republicados em uma versão eletrônica de uma mídia escrita muitos anos após a publicação original, o que fez com que a corte europeia considerasse que a informação já estava ultrapassada, não mais se justificando sua preservação, e determinasse sua retirada da ferramenta de busca. (NASCIMENTO, 2017).

Em todos os casos ficou evidente que a aplicação do direito ao esquecimento não autorizava a pessoa a reescrever a sua história, mas sim questionar o modo e a finalidade da divulgação de determinada informação a seu respeito. Por óbvio, a tutela do direito ao esquecimento causa conflito entre os direitos protegidos por esse direito e outros direitos de personalidade e também frente ao direito à liberdade de informação. (SILVA, 2017).

O cenário de coleta desenfreada de dados pessoais levou a União Europeia a editar a Diretiva 58 que tratava da privacidade das comunicações eletrônicas, com a previsão do seu art. 6º da responsabilidade do provedor de serviço de comunicação de apagar os dados do usuário sendo o embrião de criação do direito ao esquecimento. Em 2009 foi editada a diretiva 136/EC alterando a diretiva 58 para incluir a previsão de consentimento expresso do indivíduo com relação ao armazenamento de seus dados, cabendo retratação da autorização a qualquer momento. (LIMA, 2014).

Com um histórico de proteção à vida privada desde a década de 1970, o direito italiano fundamenta essa proteção no art. 2º da Constituição italiana, decorrendo o princípio da proteção à inviolabilidade da personalidade do homem, ao mesmo tempo em que também tutela o direito à liberdade de expressão nos arts. 21 e 33 do mesmo diploma legal. Em 1996, ou seja, um ano após a edição original da Diretiva 46, a Itália editou a lei 675, com o objetivo de transpor para o direito italiano as determinações sobre proteção dos dados pessoais. A dita lei foi substituída pelo Decreto Legislativo n. 196 de 2003, ampliando a proteção dos dados pessoais para o contexto de comunicações eletrônicas em alinhamento à edição da diretiva 58 da União Europeia. (LIMA, 2014).

E em 2012 foi alterada a diretiva 46, editada originalmente em 1995, que trata de proteção aos dados pessoais, de forma a tutelar o direito ao esquecimento, dando ao mesmo uma definição vaga o bastante para que possa fazer frente à evolução tecnológica. Seu âmbito continua atual pois previu regras para o tratamento manual ou automatizado de dados pessoais, sendo que no seu art. 3º conseguiu prever a aplicação de proteção aos dados do que seriam as futuras redes sociais, das ferramentas de buscas e das diversas tecnologias de comunicação. No art. 9º aparece o essencial conflito entre a proteção de dados pessoais e a liberdade de expressão que está no cerne do direito ao esquecimento, com a previsão de ponderação entre os direitos observando o caso em concreto. No art. 12 consta a previsão do indivíduo que tem seus dados tratado de poder acessá-los, retificá-los ou bloqueá-los. Previsão

interessante consta nos arts. 28 a 31 que determinada que cada Estado-membro constitua uma ou mais autoridades garantidoras para tratar do cumprimento das regras de proteção aos dados pessoais, ideia engenhosa uma vez que prevê "[...] a desjudicialização de conflitos, na medida em que este órgão tem poderes para fazer cumprir a lei de proteção de dados pessoais, bem como intervir em processos judiciais [...]" (LIMA, 2014, p. 85). A escolha pela eleição de uma autoridade que atua apartada do sistema judiciário é interessante, uma vez que a proteção dos dados pessoais é:

> [...] um tema de muita complexidade, ainda mais quando aliado às novas tecnologias, por isso, talvez o Judiciário não seja a melhor instância para a apreciação de conflitos decorrentes de violação da proteção dos dados pessoais, quer em razão da especificidade da matéria, quer em razão da sua urgência para dar uma solução. Isto porque uma atuação demorada no controle de uma informação de determinada pessoa que circula na internet pode ser irremediável. (LIMA, 2014, p.85).

A partir da Diretiva 46 da União Europeia a Itália construiu a lei 675/1996, reestruturando a tutela à vida privada para prevenir interferências ilícitas na vida e intimidade, e dando regramento ao tratamento de dados pessoais com a limitação do tratamento de informações da pessoa. Com isso a legislação italiana ajudou na construção de uma transição na forma de tratar a privacidade da pessoa, com o direito a viver reservadamente e sem interferências indevidas evoluindo para o controle das próprias informações. (LIMA, 2014).

A Diretiva 58 da União Europeia foi aprovada em 2002 para regular a proteção às comunicações pessoais e da vida privada no contexto de comunicações eletrônicas seja qual for a tecnologia adotada, revogando a Diretiva 66 de 1997 que tratava da mesma proteção por este restringir seu escopo ao contexto do setor de telecomunicações. É uma diretiva muito atual pois abrange os atuais meios de comunicação móveis e o armazenamento em nuvem que tem grande capacidade de armazenamento de dados com baixo custo. Seu objetivo principal era o de reduzir o tratamento de dados pessoais e garantir mecanismos de anonimato para o usuário

dos serviços de comunicação eletrônica com a equiparação desse tipo de comunicação às comunicações postais ou telefônicas. A diretiva traz em seu bojo diversas menções ao direito do usuário de excluir dados pessoais e condena expressamente a utilização de aplicativos ou outros meios empregados para se coletar dados pessoais dos computadores dos usuários, sendo aberta exceção para recursos que guardem informações de forma a facilitar a navegação do usuário, desde que autorizado. (LIMA, 2015).

A transposição da diretiva 58 para o direito italiano se deu através do Decreto Legislativo n. 196, editado em 30 de junho de 2003, decreto este que revogou a lei 675/96 ao reunir os dispositivos da lei aos novos dispositivos oriundos da diretiva 58, "criando um verdadeiro microssistema legislativo no Direito Italiano sobre a proteção dos dados pessoais e a privacidade" (LIMA, 2014, p. 88). A lei trata a proteção dos dados pessoais e a garantia da privacidade como fundamentos para a dignidade do interessado, sendo, portanto, direitos fundamentais oponíveis *erga omnes*. No entanto, não trata a lei de direito absolutos, tendo previsões de exceções no caso de segurança nacional e investigação criminal, e ainda a previsão do uso de técnicas de ponderação no caso de conflitos entre os direitos fundamentais previstos na lei e outros existentes na lei, observando o caso em concreto.

Em 2006 a União Europeia editou a Diretiva 136, alterando diversas diretivas, inclusive a Diretiva 58. A referida Diretiva foi alterada em diversos pontos, entre outros:

> [...] - elevar o grau de harmonização das regras dos Estados-Membros quanto à proteção de dados pessoais e ao direito à privacidade, já garantidos pela Dir. 2002/58/CE, independentemente da tecnologia adotada (em especial, os dispositivos de identificação ou localização por radiofrequência – RFID devem respeitar estes direitos fundamentais); - impões, aos provedores de acesso à Internet e aplicativos de Internet, a obrigação de adotar medidas para evitar que sejam instalados spyware nas máquinas dos usuários de maneira inadvertida; [...]. (LIMA, 2014, p.90).

A Diretiva 136 da União Europeia foi transposta para o direito italiano pelo decreto 69/2012, que alterou o art. 122 do Decreto Legislativo n. 196. Além dos pontos anteriores também alterou o tratamento dado ao armazenamento de informações do usuário para facilidade de navegação, como previsto na Diretiva 136 além das alterações anteriormente citadas. A uso da tecnologia chamada de cookies foi condicionado, além do já previsto consentimento do usuário, à finalidade da proposta de uso. (LIMA, 2014).

No dia 27 de abril de 2016 o Parlamento Europeu emitiu o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (GPDR), entrando em vigor no dia 25 de maio de 2018. Numerado como 2016/679/CE, o novo regulamento revoga expressamente a diretiva 95/46/CE, antigo regulamento geral de proteção de dados. Se trata de um documento extenso, que detalha ricamente as situações em que dados pessoais podem ser manipulados e a forma como isso deve acontecer. Avaliações preliminares de especialistas ainda tem dificuldade para determinar a amplitude do impacto no mundo, uma vez que o regulamento possui âmbito de aplicação territorial que ultrapassa as barreiras geográficas da União Europeia. O artigo 17 do regulamento detalha as situações em que o titular das informações tem o direito de solicitar a sua retirada, o que é chamado de “direito ao apagamento de dados”. Por sua relevância para o presente trabalho segue sua transcrição:

> 1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:
>
> a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
>
> b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
>
> c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 2;

d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n.o 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.o 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

3. Os n.os 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:

a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;

b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado- -Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;

c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.o, n.o 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.o, n.o 3;

d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.o, n.o 1, na medida em que o direito referido no n.o 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou

e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Conforme se verifica, além de declarar as situações em que é possível ao titular retirar registros de ambientes de tratamento informatizado, também são detalhadas as exceções, onde os interesses de ordem pública sobressaem sobre os interesses do particular. O longo histórico de desenvolvimento do direito ao

esquecimento no direito europeu permitiu criar critérios claros para aplicação desse direito da personalidade no caso em concreto frente à sociedade da informação.

2.2.4 A construção no ordenamento brasileiro

A primeira menção ao direito ao esquecimento aparece na expressão "direito de ser deixado sozinho" (1890 apud LIMA, 2014, p. 92, tradução nossa), em um artigo que tratava de privacidade. O desenvolvimento desse direito de personalidade foi maior no direito penal, garantindo "[...] ao condenado o direito de se desvincular da memória do ato criminoso que praticara a fim de que seja efetivamente possível sua ressocialização" (LIMA, 2014, p. 92). No ordenamento jurídico brasileiro essa previsão tem fundamentação constitucional na proibição de pena de caráter perpétuo prevista no art. 5º, III e XLVII da Constituição Federal brasileira, e também tem previsões no art. 202 da Lei de Execuções Penais, no art. 93 do Código Penal e no art. 748 do Código de Processo Penal. Originalmente se tratava de uma opção do individuo por selecionar alguns fatos da sua vida para serem lembrados enquanto seleciona outros para serem esquecidos, havendo uma ligação histórica do direito ao esquecimento com os crimes contra a honra. Atualmente, com as legislações que tratam do controle do tráfego de dados, como a Diretiva 58 da União Europeia e o *Codice della Privacy* da legislação italiana, se fala de um fator temporal que delimita a utilidade da informação, criando um direito subjetivo do indivíduo de poder excluir suas informações desde que observado o binômio transcurso de lapso temporal determinado e perda de utilidade da informação.

Nosso ordenamento possui uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, que tutela a dignidade da pessoa humana. A existência dessa cláusula geral se consolida com a previsão do §2º do art. 5º da Constituição Federal que declara expressamente que os direitos e garantias previstos no referido artigo não são um rol taxativo, e na edição do Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, que trata dos direitos da personalidade no Código Civil. Especificamente o direito ao

esquecimento, ao tutelar direitos que possuem previsão expressa dentro do rol não exaustivo de direitos da personalidade, se fundamenta na cláusula geral de proteção desses direitos, merecendo a defesa como garantia constitucional. A partir desse alicerce constitucional o Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado 531, incluindo o direito ao esquecimento como uma das formas de proteção da dignidade da pessoa humana. O enunciado reconhece o impacto que as novas tecnologias de informação podem causar, alertando, porém, que o direito ao esquecimento não é uma licença que se concede à pessoa para que possa reescrever o seu passado, mas sim questionar o modo e a finalidade com que são utilizadas informações referentes a ela. A Constituição Federal parece tender a proteger a pessoa humana frente a choques entre liberdade de expressão e os direitos de personalidade que protegem a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, mas a aplicação dessa restrição à liberdade de expressão deve sempre observar o caso em concreto. (SILVA, 2017).

Existe uma resistência na doutrina em reconhecer a necessidade de se construir novos paradigmas jurídicos que estejam alinhados com as necessidades da tutela ao direito à privacidade na internet. Durante muito tempo os doutrinadores defenderam a posição de que mais importante seria construir um conhecimento sólido dos princípios do direito, de forma a poder utilizá-los de forma mais acertada quando fosse necessário analisar novas situações que se impusessem pelas alterações sociais trazidas pela evolução tecnológica. Contudo, existe uma tendência doutrinária de considerar a necessidade da construção de novos modelos de princípios, modelos esses que permitam tutelar tanto os ambientes reais como os virtuais. Os defensores dessa ampliação do raio de abrangência da tutela jurisdicional para além do mundo real defendem um direito ao esquecimento como uma forma de garantir a tutela do direito à privacidade na internet. Esse direito ao esquecimento seria lastreado em um conjunto de direitos de base que garantiriam a efetividade da privacidade e dos dados pessoais no ambiente da internet, sendo esses direitos “[...] o direito de navegar com privacidade na internet; o de monitorar quem

monitora; o de apagar dados pessoais; e o de proteger a identidade on-line" (BERNAL, 2014 apud NASCIMENTO, 2017, p. 279). Os dois primeiros direitos dizem respeito a uma expectativa de se navegar por páginas na internet com relativo grau de privacidade, sabendo com relativo grau de confiança até que ponto se está sendo monitorado e quais as razões dessa monitoração. O terceiro direito se relaciona diretamente ao direito ao esquecimento, que costuma ser associado à expressão *right to be alone*, apesar de que o direito ao esquecimento seria muito mais do que uma proteção da vida privada, por garantir ao titular de dados divulgados na internet a possibilidade de apagar esses dados da internet. Dessa forma, o termo mais correto segundo Paul Bernal (2014 apud NASCIMENTO, 2017, p. 279) seria empregar a expressão *right to be forgotten*. O quarto direito se relaciona intimamente ao terceiro, uma vez que a possibilidade de se excluir dados que constam na internet está diretamente relacionada com a capacidade de proteger a identidade que se usa na internet. Com relação a esse direito, a principal questão que vem à tona é sobre se a internet tem caráter público ou privado. Uma corrente doutrinária tende a tratar a internet como um ambiente eminentemente público, enquanto que outra corrente tende a considerar que existem na internet partes públicas e privadas. Para essa segunda corrente, o principal aspecto a ser observado é como tutelar direitos em cada uma dessas partes. Nesse caso, a tutela da privacidade passa da esfera do privado para a esfera do pessoal, surgindo a possibilidade de a pessoa controlar ativamente a circulação, ou não, de determinada informação na internet. Dessa forma, em alguns estudos se fala de um novo direito da personalidade, tipicamente associado a capacidade de controle dos dados que trafegam na internet, que, segundo Iuri Bolesina (2015 apud NASCIMENTO, 2017, p. 282), seria o direito expor voluntariamente informações da sua intimidade a terceiros, gozando ativamente dessa. Essa informação deixaria de ser íntima, não se tornando, contudo, pública, se colocando em uma zona intermediária entre o público e o privado na internet.

2.2.4.1 O Recurso Especial nº 1.334.097/RJ – "A chacina da Candelária"

Os limites do direito ao esquecimento e sua aplicação prática começaram a ser estabelecidos a partir do julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 1.334.097/ RJ, que ganhou notoriedade como o caso da Chacina da Candelária. Em verdade é um caso de ampla repercussão, tanto nacional quanto internacional, em que agentes do Estado assassinaram várias pessoas, em atividade típica de extermínio. Dentre as várias pessoas que foram indiciadas e sofreram processo criminal, um deles, em sendo Jurandir Gomes de França, foi julgado inocente por unanimidade pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Juri por negativa de autoria. Anos depois, a Rede Globo, emissora de TV de amplitude nacional, tornou a veicular informações sobre o caso em um programa intitulado "Linha Direta", citando diretamente o nome de Jurandir, apesar de o mesmo ter se recusado a prestar quaisquer informações.

Sentindo que seu direito ao esquecimento tinha sido violado Jurandir promoveu ação cível de reparação na justiça civil do Rio de Janeiro. Em primeira instância o juízo entendeu por dar maior relevância ao direito à liberdade de expressão, justificando ser o fato de extrema relevância pública. Em grau recursal, a sentença foi reformada sobre o fundamento de que ocorreu abuso ao direito à liberdade de expressão, uma vez que seria possível veicular a mesma notícia sem a necessidade de citar diretamente o nome de Jurandir, que, recordando, tinha sido inocentado no processo criminal resultante original.

O Ministro-Relator Luis Felipe Salomão em seu voto, fez questão de enfatizar que a avaliação a ser feita sobre a aplicação do direito ao esquecimento se restringiria:

> [...] especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet , que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e

> circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

Ainda dentro de seu voto, delimitando o alcance da decisão que iria ser tomada, o Ministro-Relator fez questão de apresentar as razões pelas quais considerava necessário restringir a decisão para a divulgação de informações na mídia televisiva. Segundo ele a Internet é um ambiente: "[...] que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberespaço". Ainda efetuando a delimitação, o Ministro-Relator fez questão de enfatizar a relevância da aplicação do direito ao esquecimento nas informações que circulam pela Internet definindo como:

> [...] atual e relevante o debate acerca do chamado direito ao esquecimento, seja no Brasil, seja nos discursos estrangeiros, debate que, no caso em exame, é simplificado por não se tratar de informações publicadas na internet, cujo domínio do tráfego é evidentemente mais complicado e reclama mesmo uma solução - legislativa ou judicial – específica.

Julgando o caso especificamente, sob o ponto de vista da difusão de informações em mídia televisiva, o Ministro-Relator efetuou um juízo de ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, situando aquele como pilar do estado democrático de direito e este como derivado diretamente do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. Afastando a alegação de que a proteção da intimidade configuraria a censura, vedada constitucionalmente, analisou o Ministro Felipe Salomão o interesse da mídia televisiva na divulgação do conteúdo em questão. Fez questão de enfatizar que, apesar de ser um pilar do estado democrático através da liberdade de expressão, a mídia televisiva, principalmente quanto ao jornalismo criminal, não estava isenta de interesses ambíguos, que muitas vezes demonstravam ser uma "[...] exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões [...]".

Analisando a questão da historicidade do caso o Ministro Salomão relativizou a alegação de que fatos históricos seriam sempre objeto de interesse público, uma vez que:

> [...] a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.

Continuando sua análise do caso, o Ministro-Relator analisou o cabimento do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, considerando o mesmo perfeitamente adequado à nossa realidade jurídica, enxergando o direito como um "direito à esperança", esperança de um futuro em que a pessoa que cometeu um ilícito pode vislumbrar um futuro. Diante de todas essas ponderações, necessariamente simplificadas aqui, o Ministro julgou manter o acórdão do Tribunal, concedendo a indenização requerida, tendo votado com o Relator a Ministra Maria Isabel Gallotti e os Ministros Marco Buzzi e Antonio Carlos Ferreira.

2.2.4.2 O Recurso Especial nº 1.335.153/RJ – "O caso Aida Cury"

Novamente os limites do direito ao esquecimento foram questionados quando o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, que tratava de caso de grande notoriedade acontecido na metade do século XX e passou a ser conhecido como Caso Aida Cury. O caso tratava de um homicídio em que a vítima também tinha sido abusada sexualmente, e que, à época, tinha gerado um grande interesse por parte da mídia e do público. Anos depois, uma emissora de TV de amplitude nacional divulgou novamente as informações relativas ao crime, citando diretamente o nome da vítima, o que foi contrário ao interesse e aos desejos dos familiares da mesma. Inconformados, os familiares moveram ação contra a emissora de TV, ação essa que foi considerada improcedente em primeira instância e também em grau recursal. O posicionamento do Tribunal foi de que no caso em questão existia interesse público na divulgação das informações, não constituindo excesso sua exibição por parte da emissora.

Novamente como relator, o Ministro Luis Felipe Salomão enfrentou a questão sobre a colisão entre princípios constitucionais a partir de exegese efetuada nos

artigos do Código Civil que tratam das questões principiológicas da proteção à intimidade e da liberdade de expressão no ordenamento infraconstitucional. Novamente o Ministro-Relator questão de delimitar o assunto em questão, limitando a análise a ser efetuada apenas aos conteúdos divulgados na mídia televisiva. Praticamente transcrevendo suas palavras contidas no acórdão que tratou do caso da Chacina da Candelária, o ministro fez questão de enfatizar que o direito ao esquecimento, quando aplicado ao contexto de divulgação de informações na Internet, era de complexidade muito maior, merecendo uma profunda discussão jurisprudencial e tratamento legislativo específico.

Tecendo pertinentes comentários a respeito da privatização da intimidade e da liberdade de expressão, o Ministro analisou ambos os princípios confrontando suas previsões de proteção constitucional com os diversos dispositivos infraconstitucionais que dispunham a respeito do assunto. Sua análise concluiu que não existia uma confrontação antagônica entre o direito de proteção à intimidade e vida privada e a liberdade de expressão, ou seja, a proteção à intimidade não configurava atitude que se enquadrasse na vedação constitucional à censura. Também, analisando a questão da historicidade das informações, ponderou sobre a necessidade de informar sobre acontecimentos relevantes do passado, visando uma reflexão da sociedade, e o direito humano de não ver seus erros permanentemente usados para uma punição, que para todos os efeitos assume um caráter de perpetuidade.

Continuando a sua análise o Ministro Luis Felipe Salomão efetua um estudo comparado do direito ao esquecimento, buscando em sua aplicação na legislação estrangeira os fundamentos que validam sua aplicação no ordenamento brasileiro. Partindo da reabilitação prevista no processo penal, o Ministro conclui que não se pode "[...] permitir a eternização da informação". Contudo, mesmo reconhecendo um direito ao esquecimento, o Ministro não acolheu o pedido de reconhecer o dito direito no caso em concreto do REsp, uma vez que o caso apresentava historicidade comprovada e ampla repercussão. Também, considerou o Ministro-Relator que, por

ter ocorrido a mais de meio século no passado, a divulgação das informações do crime não tinha mais a capacidade de gerar abalo moral nos familiares da vítima. Dessa forma, a emissora de TV não teria ultrapassado os limites da divulgação da notícia por relevante interesse público. Ainda, o Ministro Salomão considerou que o caso em questão estava indissociavelmente ligado ao nome da vítima, sendo impossível, do ponto de vista histórico, separar a ocorrência do nome pelo qual ficou conhecida.

Contudo, diversamente do ocorrido no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, o voto do Ministro-Relator teve divergência aberta pela Ministra Maria Isabel Gallotti. Argumentou a Ministra que a divulgação da informação foi efetuada contrariamente ao desejo dos legitimados legais da guarda da imagem da vítima, e com o fim comercial nítido, uma vez que uma emissora de TV comercial nada faz sem um fundo de interesse comercial. Também, a Ministra argumentou que não se tratava de assunto de relevante interesse público, uma vez que tratava de incidente envolvendo pessoas comuns, que já tinham suas situações jurídicas consumadas desde a muito tempo. Também, em sua argumentação, a Ministra considerou que o fato de o crime ter sido objeto de ampla divulgação à época não justificava que voltasse a ter suas informações veiculadas, o que, necessariamente, trazia de volta o sofrimento e aflição aos familiares da vítima. Sem citar diretamente em nenhum momento o direito ao esquecimento a Ministra acolheu a linha de raciocínio que o justificava, dando provimento ao recurso dos familiares da vítima.

O Ministro Marco Buzzi seguiu a divergência, em linhas muito semelhantes as adotadas pela Ministra Gallotti. Contudo os Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira seguiram o voto do Ministro-Relator, o que levou à emissão de acórdão negando o provimento ao Recurso Especial.

2.2.4.2.1 O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 833.248/RJ

Inconformados com a decisão do Superior Tribunal de Justiça os familiares da vítima Aida Cury interpuseram Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, alegando, entre outras, a linha de raciocínio de afronta ao princípio constitucional da proteção à vida privada e a repercussão geral da questão. Distribuído o Recurso, foi designado o Ministro Dias Toffoli como relator, que se pronunciou pela repercussão geral da questão nos seguintes termos:

> Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada.
>
> Assim, a definição por este Supremo Tribunal das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social.

O dito Recurso Extraordinário aguarda julgamento, tendo ocorrido, no dia 12 de junho de 2017, audiência pública para avaliar os impactos da aplicação do direito ao esquecimento no âmbito do direito civil. Na dita audiência se discutiu, principalmente, os limites à aplicação do direito ao esquecimento, sendo, "o interesse público, o direito e a liberdade de informação, o direito à memória e a vedação da censura e a liberdade de expressão". (CUEVA, 2018, p.95).

2.2.4.3 O Marco Civil da Internet

A personalidade digital ganha cada vez mais importância na sociedade da informação moderna, ao ponto de já existirem empresas especializadas em cuidar da personalidade digital, excluindo da rede referências. É evidente que, quando mídias de massa divulgam informações relacionadas à esfera privada das pessoas acabam por afetar a personalidade digital, ensejando a aplicação da proteção dos direitos da personalidade, consubstanciada no direito ao esquecimento. A problemática está centrada no fato de que, ao surgir o conflito entre o direito à liberdade de expressão e

os direitos da personalidade, não se pode falar de contenção infraconstitucional a nenhum deles, pois se trata de direitos constitucionais fundamentais. Devido a essa limitação no tratamento de princípios, a Lei do Marco Civil da Internet erigiu ambos os direitos à categoria de princípios, sem estabelecer a preponderância de um sobre o outro. Dessa forma, a solução para eventuais conflitos entre os princípios elencados passa, obrigatoriamente, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, técnica de ponderação aplicada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que acontece o conflito. Como o direito ao esquecimento é uma das expressões do direito à privacidade, amparado pela cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, acaba por ser, também, um direito fundamental, ainda que não de forma direta, mas sim derivada. (PIMENTEL; CARDOSO, 2015).

Mesmo antes da edição da Lei do Marco Civil da Internet a jurisprudência brasileira já tratava do direito ao esquecimento. Porém, a tutela legal era clara apenas nos casos em que as informações constantes configuravam um ilícito penal ou civil. No caso de informações verdadeiras, a jurisprudência não considerava o direito ao esquecimento como absoluto, havendo situações em que o interesse público prevalecia. Contudo, no âmbito da internet, a retirada de informações não é apenas um caso de tutela a uma ação ilícita penal ou civilmente, mas sim um direito personalíssimo que a pessoa tem de retirar de circulação na rede dados que se referem a ela. A partir da visão de um direito personalíssimo, o artigo sétimo da Lei do Marco Civil da Internet determina, no seu inciso X, que é direito do usuário da internet a retirada de dados constantes em bancos de dados de servidores da internet, uma vez que a relação entre as partes tenha se encerrado. Quando analisada em contraste com a legislação europeia que trata do assunto, a lei brasileira de regulação da internet é mais ampla, determinando um direito potestativo do usuário em retirar suas informações dos bancos de dados do servidor, enquanto que a legislação europeia garante um juízo de conveniência e oportunidade para essa ação por parte dos servidores. A única limitação que o diploma legal brasileiro faz a esse direito potestativo do usuário da internet é com relação à guarda pelos provedores de

informações com determinação de guarda legal. Ainda assim, essa guarda deve obedecer à garantia de privacidade dos dados, sendo que no artigo 23 da Lei do Marco Civil da Internet existe previsão expressa de tutela jurisdicional para garantir essa privacidade. (PIMENTEL E CARDOSO, 2015).

A Lei do Marco Civil da Internet responsabiliza pelo conteúdo propagado na internet apenas os provedores de aplicações. Essa responsabilização acontece após ter sido descumprida ordem judicial para retirada de dados, nos termos do artigo 19, caput e parágrafo primeiro, da referida lei, devendo ainda ser limitada à capacidade técnico-operacional do servidor de cumprir a ordem. A retirada dos conteúdos deve se dar de tal forma que os usuários que tiveram o conteúdo retirado sejam informados, garantido assim o contraditório e ampla defesa. Porém, no caso de informações com conteúdo de nudez ou sexo, existe a possibilidade, nos termos do artigo 21 da lei, da utilização de notificação extrajudicial movida pelo usuário afetado contra o provedor de aplicações. Dessa forma, diferentemente do que acontece no caso de notificação judicial, onde o provedor só é responsabilizado no momento em que descumpre a ordem judicial, no caso do não cumprimento da notificação extrajudicial já pode acontecer a responsabilização do provedor. No caso de descumprimento da ordem judicial ou da notificação extrajudicial, os provedores de aplicação respondem solidariamente com o terceiro causador do dano pelos danos morais e matérias causados à pessoa. (PIMENTEL E CARDOSO, 2015).

2.2.4.4 O Recurso Especial nº 1.660.168/RJ

Em maio de 2018, já na vigência da Lei do Marco Civil da Internet, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça finalizou o julgamento de Recurso Especial, movido contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Se tratava de decisão que, por unanimidade dos votos dos membros do colegiado julgador, revertia a decisão do juízo de primeira instância em um caso envolvendo a desindexação de nome em ferramentas de busca da internet.

A ação inicial foi movida contra a GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA E e contra a YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA, e envolvia a indexação, dentro das respectivas ferramentas de busca das empresas retrocitadas, do nome de uma pessoa supostamente envolvida em uma fraude no XLI Concurso da Magistratura Fluminense. A dita inicial pedia que fosse declarada a obrigação das operadoras das ferramentas de busca de desindexar o nome da autora das notícias que envolviam a suposta fraude, pedindo ainda a antecipação da tutela para que os efeitos se fizessem de imediato. O juízo de primeiro grau concedeu a antecipação da tutela, contudo, no julgamento do mérito julgou improcedente o pedido da autora. Movida a apelação junto ao Tribunal, a totalidade dos membros da Quinta Câmara Cível entendeu por reverter a decisão do juízo *a quo*, determinando a retirada da indexação do nome da apelante nas notícias citadas.

As apeladas vencidas recorreram ao Superior Tribunal de Justiça alegando, materialmente: a) cerceamento de defesa, visto ser a informação de caráter e interesse públicos; b) a inutilidade da propositura da ação, uma vez que a retirada de palavras ou expressões de *sites* de busca seria ineficaz, uma vez que o conteúdo repudiado permaneceria nos sites de origem, e; c) que se tratava de obrigação impossível, uma vez que a jurisprudência da Corte apontaria no sentido da necessidade da indicação precisa do localizador (URL) a ser removido.

Em seu voto, a relatora Ministra Nancy Andrighi analisou a jurisprudência firmada anteriormente pela Corte, orientada, até aquele momento, no sentido de que não era possível atribuir aos responsáveis pelos sites de busca a obrigação de eliminar determinados termos ou expressões, por falta de fundamento legal e pelo risco de tornar esses *sites* censores de fato. (CUEVA, 2018, p. 90). Também, a Ministra-Relatora apontou que, no que tangia aos provedores de acesso à Internet, esses teriam a obrigação de efetuar a exclusão de dados que estivessem em seu poder, sem nenhum tipo de questionamento, não abrangendo informações que fossem disponibilizadas aos usuários do *site* de forma transversal, ou seja, por referência cruzada com outros *sites*. Ainda, segundo a Ministra, lastreada na

jurisprudência da Corte existente até aquele momento, os buscadores da Internet não poderiam responder pelas buscas efetuadas pelos seus usuários. Dessa forma, baseada nas digressões anteriores, a Ministra-Relatora votou por dar provimento ao recurso impetrado, não reconhecendo o direito ao esquecimento no caso em questão, votando com ela o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze abriu divergência no julgamento, apontando, inicialmente, que, ao contrário da afirmação da Relatora, existiria sim base legal para aplicar restrição ao tratamento de dados na legislação brasileira, baseando-se no texto dos §§1º, 2º e 3º do art. 11 da lei nº 12.965/2014. Essa base legal, nas palavras do Ministro, não seria uma autorização para que o provedor de serviços se tornasse um censor digital. Outrossim reservaria ao Judiciário a última palavra na apreciação de casos onde houvesse situações excepcionais, como em conteúdos essencialmente privados ou que tenham perdido o interesse público em razão do tempo de sua veiculação. Efetuando uma análise profunda, quase técnica, da forma como um buscador de referências na Internet trabalha, o Ministro apontou o fato de que, passada uma década do acontecimento, os buscadores ainda permaneciam trazendo o nome da autora da inicial associado à ocorrência pretérita, como se nenhum fato recente mais relevante tivesse ocorrido no interregno. Na visão do Ministro, a manutenção do nome da autora, por si só e desassociado de qualquer menção ao fato pretérito, ocasionaria que uma busca pelo dito nome levaria, por consequência, à notícia anteriormente associada ao mesmo, sendo necessária a atuação do Judiciário para limitar, nesse caso, a publicidade no buscador da Internet. Em sua visão, a retirada da indexação do nome, diretamente colocado no site de buscas, à notícia de fraude, não afetaria o direito à informação de quem buscasse notícias de fraude, uma vez que o nome da autora ainda constaria na informação original. Nessa linha, o Ministro votou para manter a tutela inibitória concedida pelo Tribunal, sendo seguindo em seu voto pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro.

Dessa forma, a decisão da Terceira Turma acabou por criar um precedente que diverge da jurisprudência consolidada da Corte no que tange à aplicação do direito ao esquecimento na Sociedade da Informação, tendo o acórdão proferido indicado a nova orientação nos seguintes termos (grifos nossos):

> 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes.
>
> 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.
>
> 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca.
>
> 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individuais do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido.
>
> 7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial.

2.3 A tutela do direito ao esquecimento no Brasil

Assim como os demais direitos de personalidade, o direito ao esquecimento pode, na sua aplicação, se chocar com outros direitos de personalidade. Devido a isso, sua aplicação deve observar o contexto, o caso em concreto em que se deseja a tutela, de forma a efetuar a devida ponderação entre os direitos conflitantes. Basicamente, quando se trata do contexto do tráfego e armazenamento de dados na internet, o que se observa é que se chocam o direito à privacidade e o direito publico ao conhecimento e acesso à informação, sendo o direito ao esquecimento o difícil equilíbrio entre a aplicação desses princípios na prática. Uma solução fácil para esse problema seria indexar os dados a respeito de uma pessoa com um metadado que apague a informação da rede decorrido certo tempo, ou que retire essa informação de mecanismos de busca, mesmo que a preserve nos bancos de dados originais. Porém, enquanto essa solução é bastante viável, significa, efetivamente, passar um cheque em branco para que a pessoa possa reescrever a sua história a revelia do contexto histórico e do interesse público. Dessa forma, a doutrina entende que a aplicação do direito ao esquecimento em detrimento de outros direitos de personalidade deve observar critérios de valoração e proporcionalidade que avaliem a finalidade e a utilidade da informação dentro de um contexto histórico. (LIMA, 2014).

2.3.1 Liberdade de expressão versus intimidade e vida privada

O primeiro campo de incidência do direito ao esquecimento é a história judicial da pessoa. Entre os fundamentos específicos que incluem o direito ao esquecimento no nosso ordenamento estão a Constituição Federal Brasileira (art. 5º, XLVII, “b”), o Código Penal (arts. 93 a 95), o Código de Processo Penal (art. 748) e a Resolução 121 do CNJ (arts. 4º, §§1º e 2º e art. 5º). Ao se efetuar a análise sobre o interesse jornalístico sobre determinadas matérias, levando em consideração o balanceamento entre o interesse público da matéria e o decurso do tempo, se vê que determinados fatos atraem, compreensivelmente, o interesse da coletividade. Porém, com o passar do tempo, e tendo o fato sido relegado ao esquecimento e o indivíduo que o cometeu cessado de atrair notoriedade, nasce o direito ao esquecimento.

Existem quatro exceções que afastariam o direito ao esquecimento no histórico judicial:

> [...] (a) quando os fatos estão relacionados com a História ou se trata de um tema de interesse histórico; (b) quando se refiram a fatos vinculados ao exercício de uma atividade pública. [...] (c) da pessoa condenada (ou de seus sucessores) em demonstrar sua inocência ou grave injustiça; (d) a busca da verdade de si mesmo ou de sua própria história. (CHEHAB, 2015, p.95).

O segundo campo de incidência do direito ao esquecimento é o de corrigir uma sombra do passado, de forma que erros cometidos ao longo da vida não sejam utilizados como mero objeto de diversão alheio, o que não fundamenta o direito à liberdade de expressão. Em relação a isso cabe a análise do interesse histórico em torno do caso, de forma a verificar se deve ser afastado o direito ao esquecimento. (CHEHAB, 2015).

O terceiro campo de incidência é o de garantir a tutela de dados pessoais sensíveis de pessoa, entidade ou coisa. Não é qualquer dado que mereceria essa tutela do direito ao esquecimento, mas seria um dado tal que:

> [...] se refira a uma questão extraordinariamente delicada, diretamente vinculada ao núcleo da personalidade e da dignidade da pessoa humana, [...] chamado de sensível em razão do maior potencial lesivo a outros direitos fundamentais, como a intimidade e a igualdade. (CHEHAB, 2015, p. 98).

O último campo de incidência do direito ao esquecimento trata da circulação de informações na internet, cujo problema se traduz em uma frase de Eric Schimidt, presidente da Google Inc., segundo a qual “não existe um botão de apagar na internet” (tradução nossa). Isso se dá pelo fato de a arquitetura da internet ter se baseado na possibilidade de vastas porções dos equipamentos que a sustentam terem sido destruídas em caso de guerra, o que fez com que os pesquisadores da agência de pesquisa que criou seu embrião, a ARPANET ou *Advanced Research Projects Agency Network*, planejassem para que fosse fácil a propagação das informações dentro do seu ambiente. Certas particularidades do funcionamento da internet dificultam o acesso ao direito ao esquecimento, entre outras o efeito eterno da

memória eletrônica, a eficiência das ferramentas de busca em listar certos dados e a dificuldade do exercício da vontade de excluir esses dados. (CHEHAB, 2015).

2.3.1.1 Um novo paradigma sobre os parâmetros de ponderação de princípios

Os critérios aplicados atualmente quando se efetua a ponderação entre os direitos à intimidade e vida privada de uma lado e liberdade de expressão do outro levam em consideração se o fato que se deseja limitar a propagação ou retirar de circulação foi cometido por pessoa pública, ou se foi cometido em local público, ou se estava relacionado a um crime cometido, ou ainda se se tratava de um evento que tenha ganho aspecto histórico. A doutrina considera que a análise desses critérios isoladamente não resolve o choque de conflitos. (SILVA, 2017).

Na visão de Martinez (2014 apud SILVA, 2017, p. 8-13) outros devem ser os critérios a serem adotados para se efetuar a ponderação quando do choque entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, de forma a dar sistematização a um direito que ainda não encontra amparo legal expresso em nosso ordenamento. O primeiro critério a ser observado para se efetuar a análise de se deve ou não ser aplicado o direito ao esquecimento é verificar se o fato já foi de domínio público em algum momento do passado, o que, no caso de a resposta ser negativa, levaria à aplicação do direito ao esquecimento. No caso de o fato já ter sido de domínio público no passado, o próximo critério a ser observado é a preservação do contexto original de divulgação do fato. Se a divulgação do fato não respeitar as informações originais, como o local, a data e as condições em que o dado foi obtido e divulgado originalmente deve ser aplicado o direito ao esquecimento. Caso contrário, sendo o dado que se pretende divulgar de domínio público desde sua origem e tendo sido preservado o contexto original de divulgação da informação, o próximo critério que se deve observar é se a divulgação dos dados que podem atingir direitos da personalidade é imprescindível para a divulgação. Caso o dado que se pretende divulgar já tenho sido de domínio público, o contexto original de divulgação tenha

sido respeitado e não seja possível dissociar os dados pessoais da divulgação da informação deve ser observada a utilidade da informação, sob o ponto de vista do interesse público. Se todos os critérios anteriores estiverem presentes, para que se possa afastar a aplicação do direito ao esquecimento ainda deve ser observada a atualidade da informação. É característica de qualquer informação que o passar do tempo diminua o interesse público sobre o seu conhecimento. Quanto maior o tempo decorrido a partir da divulgação da informação menor será o interesse social a seu respeito e a utilidade de sua divulgação. Como linha de base, se utilizaria o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil como balizador para determinar prazos a partir dos quais se consideraria que a informação de fato não criminoso perdeu a utilidade. No caso de fatos criminosos de menor reprovabilidade deveria ser observado o prazo prescricional do crime. Já no caso de fatos criminosos de grande repercussão seria difícil se estabelecer que a informação perdeu relevância.

2.3.2 A ineficácia da tutela inibitória

Analisando como se dá a fruição do direito da personalidade se verifica que, como em outros direitos inerentes à personalidade, se dá *in natura* ou como objeto de reparação. É característica intrínseca do direito ao esquecimento que seu exercício se dê *in natura*, uma vez que a não divulgação de fatos e dados é o que efetivamente interessa ao titular do direito. Decorre desse interesse uma série de condutas, em sua maioria de caráter omissivo, sendo a mais comum não divulgar um fato. Subsidiariamente, quando essas condutas oriundas do direito não são observadas, cabe ao titular o direito de regresso, podendo ainda ocorrer a retratação do transgressor do direito. Porém, segundo o autor, a transgressão ao direito ao esquecimento acaba convolando-se em danos materiais e morais sofridos pelo titular do direito. (CHEHAB, 2015).

O exercício forçado do direito ao esquecimento começa pela análise dos casos de colisão do direito fundamental ao esquecimento com os direitos fundamentais à liberdade de imprensa e do acesso à informação. Com relação à

primeira, segundo a análise da ADPF 130/DF e do REsp 1.388.994/SP, se consolida a ideia de que o direito à liberdade de imprensa tem precedência sobre o direito ao esquecimento por ser aquele um sobredireito, ainda que não absoluto e devendo ser observada a ponderação no caso em concreto entre os dois direitos fundamentais em choque. Com relação à segunda se observa que se trata de fundamento do estado democrático, sendo que se tratando especificamente de atividade de figura pública não justifica a aplicação do direito ao esquecimento. (CHEHAB, 2015).

Sob a ótica ainda do exercício forçado do direito ao esquecimento se observa a existência de ações que visam coibir uma ameaça ao direito ao esquecimento, de forma a impedir que aconteça a lesão e que se configurem danos que podem ser de reparação extremamente custosa ou impossível. O ponto central da questão aqui se concentra na dificuldade do titular do direito de compor elementos probatórios suficientes, e em tempo hábil, para fundamentar uma ação inibitória, de forma a provar um risco concreto e praticar os atos necessários à inibição da lesão antes que aconteça. Torna-se prioritária essa tutela inibitória frente à característica de rápida replicação das informações uma vez que tenham sido veiculadas. Com essa replicação acontecendo em progressão geométrica, devido aos sucessivos encadeamentos de replicações gerados pelas várias redes de contatos dos usuários, se torna virtualmente impossível prever os efeitos da propagação dessas informações. (CHEHAB, 2015).

Ainda com relação ao exercício forçado do direito ao esquecimento são analisadas as principais medidas judiciais utilizadas para tutelar o direito ao esquecimento no caso de sua lesão através de mídias (impressas e escritas), televisões e rádios, e internet. No caso de lesão do direito ao esquecimento através de mídias o usual é empregar restrições quanto a publicação de conteúdo ou quanto a circulação do veículo de mídia onde consta a informação que se deseja impedir de ser veiculada, mas deve se observar que esse tipo de medida, se não for empregada com cuidado, costuma ser entendida como censura prévia e atraindo atenção sobre o fato que se deseja ocultar, o que acaba por causar o efeito inverso do desejado. As

mesmas observações quanto a efeitos indesejados cabem com relação à proibição da divulgação de conteúdo em televisões e rádios. Mais custoso ainda seria coibir a divulgação de dados na internet. Se o caso fosse de restrição quanto à coleta e uso de dados se mostra muito difícil fiscalizar o cumprimento de ordens restritivas. Com relação à ordem de remoção do conteúdo, uma série de dificuldades práticas se apresenta, sendo:

> [...] a) não é possível identificar o autor do ilícito; b) não é possível localizar o autor do ilícito; c) não é possível submeter o autor do ilícito à jurisdição nacional; d) a gravidade do ilícito exige a concessão de tutela de urgência; e) o ato ilícito tem uma pluralidade muito grande de autores, inviabilizando tanto o ajuizamento de ações judiciais contra todos eles quanto o litisconsórcio passivo em um ou mais processos; f) o autor do ilícito oferece resistência ou se recusa a cumprir ordens judiciais, apesar da imposição dos meios coercitivos autorizados pelo sistema jurídico. (CHEHAB, 2015, p.111).

E, ainda que seja possível a tutela jurisdicional, pelo fato de as informações serem replicadas entre os usuários, o efeito da tutela se mostra inócuo. A efetividade do exercício da tutela pela exclusão de resultados em sites de buscas depende de o titular do direito indicar de forma o mais precisa possível o conteúdo ou expressão e o site de onde deve ser excluída, sob risco de se tornar uma medida ineficaz. Outra medida utilizada para a tutela do direito ao esquecimento seria o bloqueio de endereço e de site, através do bloqueio ao endereço ao endereço IP do site ou do bloqueio à sua resolução no serviço de DNS dos provedores, além do uso de filtro de localização geográfica, medidas que se mostram ineficazes no caso de o site conseguir alterar seu endereço IP sem mudar o seu domínio. Mais difícil ainda é o exercício da tutela do direito quando se trata de envio de mensagens através de dispositivos móveis, uma vez que os recursos usuais para o exercício dessa tutela se mostram ineficazes frente às dificuldades tecnológicas trazidas por esse tipo de equipamento. (CHEHAB, 2015).

2.3.3 O vácuo legislativo da proteção dos dados pessoais

Sempre tendo como pano de fundo o conflito entre o direito ao esquecimento e outros direitos de personalidade, se verifica que existe uma tendência de criação de projetos que buscam tornar mais objetiva a aplicação do direito de ser esquecido em nossa realidade. O projeto de lei 7841/14 trata da remoção obrigatória de links na internet que contenham dados cujo conteúdo ou idade da informação tenham tornado obsoleto. Os projetos de lei 215/2014, 1547/2015 e 1589/2015 tratam do aumento de pena para crimes contra a honra cometidos no contexto do tráfego de informações na internet. A propositura dos projetos de lei foi muito mal recebida pela mídia, que argumentou que a propositura dos diplomas legais buscava acabar com a liberdade de expressão na internet e calar as críticas feitas a políticos utilizando esse meio de propagação de informações. Ainda tramitando no Congresso Nacional, os projetos tiveram um parecer não favorável no Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional sob a justificativa de que o direito ao esquecimento não tem tradição histórica em nosso ordenamento e que a sua inserção poderia gerar os meios para que se pudesse abusar de seu uso, utilizando a previsão para fins políticos.

No ordenamento brasileiro o direito ao esquecimento é regulado no art. 7º, inciso X, da lei nº 12.965/2014, já existindo a sua tutela como direito da personalidade autônomo no art. 11 do Código Civil e no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), o Congresso Nacional aumentou o ritmo de análise do equivalente brasileiro ao regulamento europeu, o Projeto de Lei da Câmara nº 53/2018. No dia 03 de julho de 2018 o Senado Federal aprovou, para deliberação da matéria, e no dia 14 de agosto de 2018 o presidente Michel Temer sancionou o texto do PLC nº 53/2018. Com isso, o direito ao esquecimento passa a ter critérios muito mais definidos para a sua aplicação, em moldes semelhantes aos da União Europeia. Contudo, ainda que o texto tenha a previsão do direito ao esquecimento, sua principal inovação, a criação de uma agência de proteção de dados pessoais que iria fornecer uma instância administrativa para a resolução de

conflitos relativos à retirada de dados de ambientes informatizados, foi vetada, sob a alegação de vício de consentimento.

CONCLUSÃO

Como vimos, a sociedade passou por uma profunda transformação ao ser exposta às novas tecnologias disponibilizadas pela moderna Sociedade da Informação. As relações sociais foram alteradas profundamente pela nova dinâmica na transmissão de informações e pela perenidade dessas informações dentro dos ambientes informatizados. Direitos fundamentais que apresentam características de tutela antagônicas, como a liberdade de expressão e a intimidade e vida privada, tiveram um aumento na complexidade de seus choques, por conta da forma como as informações passaram a transitar e ser disponibilizadas na Internet.

Também vimos que o excesso de exposição propiciado pelas novas tecnologias de comunicação criou a necessidade de algum tipo de limitador dessa exposição, de forma a garantir ao indivíduo o mínimo de proteção de sua esfera privada. Por conta disso o direito ao esquecimento, originariamente instituto da esfera penal, ganhou nova dimensão como direito fundamental apto a garantir essa proteção.

Estudando o desenvolvimento do direito ao esquecimento nos ordenamentos estrangeiros verificamos que, em alguns países foi alcançado um grau de evolução que ainda não foi alcançado dentro de nosso país. Com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados se consolidou a construção do direito ao esquecimento com direito fundamental dentro, e em determinadas situações até mesmo fora, do território da União Europeia. Os impactos do dito Regulamento fora do território da União Europeia ainda serão estudados por um longo tempo, principalmente pelos países que não adotarem de forma célere legislações equivalentes que possam fazer frente aos novos desafios impostos pelo dito regulamento.

No Brasil, apesar da recente aprovação da Lei de Proteção de Dados Pessoais, na esteira da entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia, a construção do direito ao esquecimento como direito fundamental foi efetuada pela doutrina e pela jurisprudência. Vimos que em situações até certo ponto semelhantes é possível que a prestação jurisdicional seja prestada em sentidos diametralmente opostos, o que dificulta a aplicação do direito ao esquecimento como direito subjetivo, criando insegurança jurídica. Ainda, devido à deficiência na definição normativa da aplicação do direito ao esquecimento, verificamos que existem diversas dificuldades na tutela do direito ao esquecimento no Brasil, típicas de institutos jurídicos inadequados à nova realidade trazida pela moderna Sociedade da Informação.

Esperamos que, com o julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 833.248/RJ e com a recente aprovação da Lei de Proteção de Dados Pessoais sejam definidos critérios mais firmes para a aplicação do direito ao esquecimento, sempre resguardando a liberdade de expressão e o livre trânsito de informações pela internet, pilares da moderna Sociedade da Informação. Contudo, o veto presidencial à criação da agência que seria responsável, na esfera administrativa, de tratar das questões referentes à aplicação da Lei de Proteção de Dados, faz com que permaneçam sob responsabilidade jurisdicional a tutela ao direito ao esquecimento. Espera-se que as futuras decisões, amparadas por legislação infraconstitucional que trata do assunto, estabeleçam critérios mais claros para o tratamento de dados e apagamento de informações nos ambientes informatizados. Somente assim poderemos ter um avanço real na efetiva prestação da tutela do direito ao esquecimento dentro do território nacional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANTUNES, Ana. *Sociedade da Informação*. 2008. 20 f. Dissertação (Graduação). Licenciatura em Sociologia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008. Disponível em: <http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2008007.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BARRETO, Aldo de A. Uma quase história da ciência da informação. *DataGramaZero – Revista de Ciência da Informação*, v. 9, n. 2, p. 1-15, abr. 2008. Disponível em: <http://ridi.ibict.br/handle/123456789/162>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 29ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de processo penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Imperio do Brazil.* Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: 2018.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado federal, 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. *Projeto de lei da Câmara nº 53 de 2018.* Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como Chacina da Candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconsentida de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. *REsp 1334097/RJ*. Quarta turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334097+&b=ACOR&p=true&l=10&i=11>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Homicídio de repercussão nacional ocorrido no ano de 1958. Caso “Ainda Curi”. Veiculação, meio século depois do fato, do nome e imagem da vítima. Não consentimento dos familiares. Direito ao esquecimento. Acolhimento. Não aplicação no caso concreto. Reconhecimento da historicidade do fato pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de desvinculação do nome da vítima. Ademais, inexistência, no caso concreto, de dano moral indenizável. Violação ao direito de imagem. Súmula n. 403/STJ. Não incidência. *REsp 1335153/RJ*. Quarta turma. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de outubro de 2013. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Direito civil. Ação de obrigação de fazer. 1. Omissão, contradição ou obscuridade. Ausência. 2. Julgamento extra petita. Não configurado. 3. Provedor de aplicação de pesquisa na internet. Proteção a dados pessoais. Possibilidade jurídica do pedido. Desvinculação entre nome e resultado da pesquisa. Peculiaridade fáticas. Conciliação entre o direito individual e o direito coletivo à informação. 4. Multa diária aplicada. Valor inicial exorbitante. Revisão excepcional. 5. Recurso especial parcialmente provido. *REsp 1660168/RJ*. Terceira turma. Recorrente: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: D.P.N. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo. Ementa Direito constitucional. Veiculação de programa televisivo que aborda crime ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta por familiares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao esquecimento. Debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral. *ARE 833248 RG/RJ*. Tribunal pleno. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+833248%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EPRCR%2E+ADJ2+833248%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pcavoos>. Acesso em: 12 set. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição direito constitucional positivo.* 14ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede.* 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.* Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2015.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, a. 104, v. 962, p. 85-119, fev. 2015.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. ET AL. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2004.

COMER, Douglas E. *Redes de computadores e internet.* 6ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

CUEVA, Ricardo V. B. Evolução do direito ao esquecimento no judiciário. In: SALOMÃO, Luis Felipe. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência.* São Paulo: Atlas, 2018. p. 83-99 .

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

ENUNCIADO 274 aprovado na IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 12 set. 2017.

ENUNCIADO 531 aprovado na VII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>. Acesso em 12 set. 2017.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de Direitos:* a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2º ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

GIBSON, William. *Neuromancer.* 4ª ed. São Paulo: Aleph, 2008.

KUROSE, James L. ROSS, Keith W. *Redes de computadores e a Internet: uma abordagem top-dows.* 5ª ed. São Paulo: Addison Wesley, 2010.

LEITE, Flávia Piva Almeida. RODRIGUES, Monica Walter. Esquecimento e memória na sociedade da informação. *Revista Thesis Juris*, RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 5, n.1, p. 97-117, Jan./ Abr. 2016.

LEVY, Pierre. *Cibercultura.* São Paulo: Editora 34, 1999.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 103, n. 946, p. 77-109, ago. 2014.

MATTOZO, Vânia. SPECIALSKI, Elizabeth. O ciberespaço e as redes de computadores na construção de novo conhecimento. *Revista Brasileira de Informática na Educação.* Florianópolis, n. 6, p. 1-9, 2000. Disponível em:

<http://www.br-ie.org/pub/index.php/rbie/article/viewFile/2273/2035>. Acesso em: 28 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.* 1ª ed. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO, Silvana D. O ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. *DataGramaZero - Revista de Ciência da Informação*. v. 8, n. 3, jun. 2007. Disponível em: <http://www.brapci.inf.br/index.php/article/view/0000004482/5da6e04fed112be3f317b5ef916e48ea/>. Acesso em: 28 mar. 2018.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n.213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265>. Acesso em: 01 jun. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995.* Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Bruxelas, 1995. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>. Acesso em: 12 set. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002.* Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas. Bruxelas, 2002. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0058>. Acesso em: 12 set. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/136/CE, de 25 de novembro de 2009.* Altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrônicas, a Diretiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n. 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor. Bruxelas, 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32009L0136>. Acesso em: 12 set. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento 2016/679, de 27 de abril de 2016.* Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex% 3A32016R0679>. Acesso em: 12 set. 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire. CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p. 45-61, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376>. Acesso em: 06 ago. 2017.

QUEIROGA, Cíntia S. et al. *Uma breve reflexão sobre a formação das massas nas redes sociais e a busca por um novo ideal do eu*. Jornal de psicanálise, n. 49, p. 111-126, 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/jp/v49n91/v49n91a11.pdf>. Acesso em: 20/03/2018.

RECUERO, Raquel da C. *Comunidades em redes sociais na Internet:* proposta de tipologia baseada no Fotolog.com. 2006, 334 f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação: Comunicação e Informação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

RIBEIRO, Juliana F. *Redes sociais nas empresas.* 2010. 52 f. Dissertação (Graduação) – Bacharelado: Comunicação Social com habilitação em Publicidade e Propaganda, UniCEUB – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

ROSA, Raissa Viana. *A proteção do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 61 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais: Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. et al. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraivajur, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento. In: SALOMÃO, Luis Felipe. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência.* São Paulo: Atlas, 2018. p. 65-82.

SILVA, Bruno Batista da. Direito ao esquecimento: proteção dos direitos da personalidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 4943, jan. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55014>. Acesso em: 16 jan. 2017

O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DA REALIDADE DO DISTRITO FEDERAL

Michelle Balduino da Silva

RESUMO

O Estado estabelece regras que deverão ser executadas para fins de se obter um bom convívio social. Porém, ao infringi-las, o sujeito será julgado e, havendo indícios de periculosidade, submetido ao cumprimento da pena em forma de medida de segurança, de acordo com o Código Penal Brasileiro. Tal medida pretende tratar o agente portador de transtorno mental, considerado inimputável, para que este seja reinserido em sociedade. Destarte o Estado deve fornecer tratamento adequado aos inimputáveis que se encontram internados, visando a efetivação, dentre outros, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana. O artigo traz consigo uma exposição a respeito do tratamento fornecido na Ala de Tratamento Psiquiátrico do Distrito Federal, com o escopo de averiguar se a medida de segurança é um instrumento de efetivação da justiça criminal ou apenas um meio de estigmatização do portador de transtorno mental, pois mesmo que o acusado deva arcar com as devidas consequências pela prática de crimes, vale ressaltar que se trata de um ser humano e, em alguns casos, os indivíduos deverão cumprir com suas responsabilidades de forma alternativa, por não possuírem capacidade de discernimento.

Palavras-chave: Ala de tratamento psiquiátrico. Inimputáveis. Medida de segurança. Cumprimento da pena. Efetivação da Lei no DF.

INTRODUÇÃO

Os que cometem condutas delitivas e que se enquadram como agentes inimputáveis, ou semi-imputáveis, a depender do caso concreto, não podem vir a ser responsabilizados por seus atos, uma vez que sua capacidade de compreensão é reduzida. Logo, estes deverão ser tratados e não punidos, cabendo ao Estado fiscalizar o cumprimento da medida de segurança.

Pesquisas realizadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS)[1] apontam que tem se tornado crescente o número de indivíduos portadores de transtornos mentais no Brasil. Este crescimento exige do Estado medidas para que haja aumento nas estruturas de atendimento psiquiátrico, visando sempre melhorias aos pacientes.

Problemas como falta de estruturas, médicos psiquiátricos e remédios para tratamentos adequados, vêm sendo um retrocesso após o implemento da Lei Antimanicomial. A superlotação na Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP) é apenas resultado da falta de assistência do governo para aqueles que cumprem medida de segurança. Assim supõe-se que se o indivíduo não tem garantidos os seus direitos de ser tratado dignamente e de ser submetido a tratamento adequado, logo terá comprometido o seu retorno ao convívio social.

A fundamentação teórica do presente artigo fora de cunho dogmático, com análise dos atuais casos de tratamentos, concomitantemente com a jurisprudência que versa sobre o cumprimento da medida de segurança na Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP). Portanto, fez-se a revisão da literatura, utilizando o método qualitativo de pesquisa, que contribuiu para compreender melhor os fenômenos individuais e os processos organizacionais e políticos da sociedade.

Utilizou-se como banco de dados as seguintes fontes: repositório institucional acadêmico da Universidade de Brasília (UnB) e do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Google Acadêmico; JusBrasil; jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF); biblioteca eletrônica de periódicos científicos Scielo; doutrinas que versam sobre Direito Penal. Os descritores empregados para o refinamento da pesquisa foram “inimputável”, “medida de segurança”, “saúde mental” e “tratamento psiquiátrico”, combinados ou não entre si, limitando-se a artigos na língua portuguesa.

[1] A Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma agência especializada das Nações Unidas que tem como foco lidar com questões relativas à saúde global. Fundada em 1948. Segundo o artigo 1° da sua constituição, a OMS tem como propósito primordial garantir o nível mais elevado de saúde para todos os seres humanos. A OMS possui o entendimento de saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946)

O critério de inclusão aplicado foi a seleção de artigos publicados em periódicos nacionais, disponíveis na íntegra, com objetivo diretamente relacionado à proposta do estudo: melhorar a efetividade do tratamento dos inimputáveis que cumprem medida de segurança. No mesmo contexto, o artigo fora pautado sob uma abordagem crítica, com base nas doutrinas que dissertam sobre Direito Processual Penal Brasileiro, no que tange a aplicabilidade da sanção ao inimputável ou semi-imputável, relacionando os mesmos com a Lei de Execução Penal e Antimanicomial, que são de suma importância em se tratando dos direitos do internado.

O presente artigo tem como escopo mostrar questões como preconceito, falta de estrutura e cuidados para com os portadores de doenças mentais, sendo estes, apenas cidadãos comuns ou agentes inimputáveis, de modo a demonstrar a importância do tratamento adequado e da garantia dos direitos ao que cumpre medida de segurança para a ressocialização após o tratamento.

1 PERSPECTIVA DO PORTADOR DE DOENÇA MENTAL

Na antiguidade grega e romana os portadores de doenças mentais, considerados loucos, eram vistos como pessoas possuídas. O preconceito por parte da sociedade fazia com que os enfermos não fossem tratados, mas sim perseguidos e afastados dos demais. A loucura naquela época estava diretamente ligada aos demônios, feiticeiros, às bruxarias e demais questões que iam contra os princípios da igreja. (MILLANI, 2008)

O século XVII traz o crescimento das cidades, do poder político e da industrialização e a loucura, por sua vez, se estabelece como forma de exclusão. Neste cenário foram criados os ambientes para internação dos doentes mentais, sendo estes, espécies de cárceres que tinham como escopo afastar os bandidos, mendigos, os loucos, as prostitutas, e por fim, “limpar” a sociedade daquilo que se apresentava como desordem.

Michel Foucault[2], em seu livro História da Loucura cita um trecho da obra de Jean-Étienne Esquirol, um importante psiquiatra francês que relata a forma de tratamento da época:

> Vi-os nus, cobertos de trapos, tendo apenas um pouco de palha para abrigarem-se da fria umidade do chão sobre o qual se estendiam. Vi-os mal alimentados, sem ar para respirar, sem água para matar a sede e sem as coisas mais necessárias à vida. Vi-os entregues a verdadeiros carcereiros, abandonados a sua brutal vigilância. Vi-os em locais estreitos, sujos, infectos, sem ar, sem luz, fechados em antros onde se hesitaria em fechar os animais ferozes, e que o luxo dos governos mantém com grandes despesas nas capitais. (FOUCAULT, 1972, p. 56)

O autor relata também que não se tornava necessária a comprovação de que o individuo era portador de doença mental, pois apenas o fato de causar alguma desordem social já era motivo para encaminhá-lo às casas de internação. Vale ressaltar que nesse mesmo contexto, apenas um médico ficava responsável pelos pacientes e o tratamento era fornecido duas vezes na semana apenas para quem estava quase morrendo. (FOUCAULT, 1972)

Em 1656 foi fundado em Paris o Hospital Geral, local em que os excluídos eram mandados para que a sociedade ficasse em segurança. Este estava longe de ser um lugar destinado a tratamentos ou cuidados dos doentes mentais, pois a casa de internação tinha como objetivo maior, a punição, para proteger a cidade de suas possíveis revoltas. (MILLANI, 2008)

Com a ampliação das casas de internação em toda a França, no ano de 1676, tendo cada cidade seu próprio Hospital Geral, houve um marco que ficou conhecido como o período da Grande Internação. Nessa época os internos estavam obrigados a prestar serviços sem receber muito em troca e não obtinham cuidados através de especialistas, por estes temerem o contágio.

[2] Importante filósofo francês que ficou conhecido devido ao seu pensamento contrário à gestão prisional tradicional. Formado em filosofia e psicologia escreveu diversas obras que elucidavam a respeito da descriminalização da loucura e a forma precária em que o homem era submetido na prisão.

> O doente mental era sinônimo de animalidade devido sua forma alternativa de agir, com grande sensibilidade e fragilidade. Submetia-se ao sofrimento e estava sujeito às humilhações em público, além de ser, muitas vezes, utilizado como substituto de animais que transportavam cargas, como exemplo as bestas. (MILLANI, 2008)

De acordo com a Organização Mundial da saúde (OMS) não há um conceito exato sobre a saúde mental, contudo o Relatório Mundial da Saúde (2001)[3] apresenta uma nova concepção de saúde mental e explica porque esta é "tão importante a saúde física quanto para o bem-estar geral dos indivíduos, das famílias, das sociedades e das comunidades". Logo, a saúde mental versa sobre o bem estar do indivíduo. É o equilíbrio entre o mundo interior com as experiências externas do dia a dia.

Na contemporaneidade, o número de pessoas portadoras de doenças mentais tem se multiplicado. Este aumento pode decorrer da falta de controle emocional para lidar com as adversidades diárias, gerando tristeza profunda, desânimo e isolamento. Sintomas como crises de ansiedade, depressão, distúrbios, surtos impulsivos, são manifestações da ausência de uma mente saudável. Alguns sinais podem ser ainda mais severos como os delírios, que levam a pessoa a agir fora da realidade com a presença de pensamentos falsos, e as

[3] No âmbito das atividades desenvolvidas em 2001, que foi dedicado à discussão do tema Saúde Mental pela Organização Mundial da Saúde, apresenta-se esta edição em língua portuguesa do Relatório Mundial de Saúde 2001, que traz uma importante contribuição para o aprofundamento do nosso conhecimento neste campo relevante da Saúde Pública. Nesta edição, optou-se por publicar apenas o conteúdo específico referente à Saúde Mental, podendo o anexo estatístico geral ser consultado na página WEB da OMS, em http://www.who.int/whr/

alucinações, quando a pessoa escuta vozes e vê coisas que não existem. (VENÂNCIO, 2003)

A doença mental, portanto, mexe com o comportamento dos portadores de forma brusca e, sendo esta em grau avançado, faz com que em determinadas situações o indivíduo venha a ter crises resultando em prejuízo próprio e até mesmo aos que estão a sua volta. (VENÂNCIO, 2003)

2 LEGISLAÇÃO ENVOLVENDO A MATÉRIA

É notório que os portadores de doenças mentais são indivíduos frágeis que necessitam da assistência do governo, apoio da família e respeito da sociedade. Quando se trata da perda do controle emocional, esta deve ser analisada de forma mais cuidadosa, pois não há que se falar em punição, mas sim em tratamento.

De acordo com a Associação Brasileira de Saúde Mental (ABRASME), em se tratando da proteção para portadores de transtornos mentais, o Parlamento Italiano aprovou no dia 13 de Maio de 1978 a Lei 180 da Reforma Psiquiátrica, conhecida também como Lei Basaglia. Esta Lei adveio do Movimento Psiquiatria Democrática Italiana, que visava combater a forma com que lidavam com a loucura à época. Ao ser aprovada, reconhecendo assim a luta pelos direitos dos portadores de doenças mentais, a loucura passou a ser tratada de forma diferenciada, tendo como consequência a ampliação da saúde mental nos campos da solidariedade, do cuidado e da participação, além de melhorias nos tratamentos dos pacientes, respeitando os direitos humanos. Vale ressaltar que a mesma serviu de pivô para dar inicio a Reforma Psiquiátrica no Brasil.

Os principais pontos desta lei são a desocupação gradual dos hospitais psiquiátricos, a proibição da construção de novos hospitais psiquiátricos, planejamento de serviços que visam melhorias aos pacientes, proibição de atividades

no interior dos Hospitais Gerais que se assemelham aos dos manicômios, e reconhecimento do portador de doença mental como cidadão de direitos civis e sociais. (ROTELLI, 2001; BARROS, 1994)

Ao final da década de 70 houve o início da reforma psiquiátrica no Brasil. Esta se deu por conta das inúmeras internações involuntárias realizadas nas antigas clínicas e hospitais psiquiátricos. Além disso, questões como mudanças sociais e culturais também foram de grande relevância para a época, era preciso que a sociedade tomasse conhecimento da forma cruel com que eram tratados os pacientes internados. A partir desse período, surge então, um movimento de trabalhadores da saúde mental que visava melhores condições de tratamento e lutavam pelos direitos dos pacientes. (AMORIM, 2015)

Com base na análise dos abusos por parte da psiquiatria, em 17 de dezembro de 1991, fora aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Resolução Nº 46/119 que trata sobre a proteção dos portadores de transtornos mentais e melhorias no que tange a assistência à saúde mental. A Resolução comporta vinte e cinco princípios que visam a importância dos direitos humanos no âmbito da saúde mental. Já no primeiro princípio torna-se clara a intolerância à discriminação: "Não haverá discriminação sob pretexto de um transtorno mental. "Discriminação" significa qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha o efeito de anular ou dificultar o desfrute igualitário de direitos." (MAGNO, 2016)

Com o escopo de modificar a forma que eram tratados os portadores de doenças mentais, a reforma psiquiátrica veio com o objetivo de rever o sistema dos hospitais psiquiátricos, realizar movimentos sociais pelos direitos dos pacientes que se encontram internados e implementar novos locais para fornecimento de tratamentos. Os novos ambientes de tratamento seriam avessos aos hospitais psiquiátricos.

Em 1989, o Projeto de Lei Federal Nº 10.216, criado pelo então Deputado Paulo Delgado[4], dá entrada no Congresso Nacional, propondo a regulamentação dos direitos dos portadores de transtornos mentais e a extinção dos manicômios no Brasil. Tal projeto ensejou o início das lutas do movimento da Reforma Psiquiátrica no legislativo e, após 12 anos de tramitação e debates no Congresso Nacional, esta é sancionada no país.

Na década de 90, os movimentos sociais, inspirados pelo supracitado Projeto de Lei conseguem aprovar em vários estados brasileiros as primeiras leis que determinam a substituição progressiva dos leitos psiquiátricos por uma rede integrada de atenção à saúde mental. É a partir deste período que a política do Ministério da Saúde para a saúde mental, acompanhando as diretrizes em construção da Reforma Psiquiátrica, começa a ganhar contornos mais definidos.

Marcado pelo compromisso firmado pelo Brasil na assinatura da Declaração de Caracas[5] e pela realização da II Conferência Nacional de Saúde Mental[6] passam a entrar em vigor no país as primeiras normas federais que regulamentam a implantação de serviços de atenção diária, fundadas nas experiências dos primeiros Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Núcleo de Atenção Psicossocial (NAPS) e Hospitais-dia, além das primeiras normas para fiscalização e classificação dos hospitais psiquiátricos. (VENÂNCIO, 2003)

O advento da Lei Nº 10.216/2001 trouxe consigo novidades para o tratamento dos portadores de transtornos mentais, garantindo-lhes direitos sem que haja discriminação. A mesma garante o acompanhamento médico, além de tratamentos

[4] Sociólogo, Pós-Graduado em Ciência Política, Professor Universitário, Deputado Constituinte em 1988, exerceu mandatos federais até 2011. Consultor Independente de Empresas e Instituições nas Áreas de Política, Educação e Trabalho. Articulista regular do Jornal O Globo desde 2007. Colunista semanal dos jornais Correio Braziliense e Estado de Minas. Articulista regular do jornal O Estado de S. Paulo. Presidente do Núcleo de Sociologia e Política do Conselho de Economia, Sociologia e Política da Fecomercio São Paulo.

[5] Documento que marca as reformas na atenção à saúde mental nas Américas. Evento disparador do processo de reforma psiquiátrica brasileira. (AMARANTE, 2017, p. 96)

[6] Realizada em 1992, com a participação de representantes de usuários, trabalhadores e prestadores de serviço (donos de clínicas privadas conveniadas com o SUS), discutiu a reestruturação da atenção à saúde mental no Brasil, dentro dos princípios da municipalização e da cidadania dos doentes mentais.

adequados, proteção a qualquer tipo de abuso, sigilo nas questões pertinentes ao paciente e o respeito a doença de cada portador.

A Lei versa sobre algumas formas de internação: como a voluntária, quando o paciente possui pleno consentimento de que precisa do tratamento e se habilita a fazê-lo, a involuntária, que se dá à pedido de terceiros, e a compulsória, que advém da ordem do juiz perante tribunal após o laudo pericial alegar a insanidade mental. (FREITAS, 2016)

No que tange os detentores de doença mental com laudo pericial, que por ventura vierem a cometer atos ilícitos, estes serão julgados inimputáveis e terão tratamento diferenciado aos olhos do Código Penal Brasileiro. Ao cometerem delitos, a lei entende que estes terão a exclusão da punibilidade, apelando para outros métodos mais eficazes como a internação através da medida de segurança, visando o tratamento para reinseri-los em sociedade.

De acordo com a Constituição Federal, a saúde é um direito de todos os cidadãos, cabendo ao Estado o dever prestacional. Dessa forma se deu a criação de um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, cuja nomenclatura se dá por Sistema Único de Saúde (SUS) que visa garantir o acesso universal, integral e gratuito para todo país, sem discriminação, promovendo assim a saúde e a recuperação dos pacientes. Vale ressaltar que a gestão do SUS conta com a participação de três entes Federativos como a União, os Estados e os Municípios, e comporta as seguintes atividades:

> A rede que compõem o SUS é ampla e abrange tanto ações, como serviços de saúde. Ela engloba a atenção básica, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica. (BRASIL, 2018)

No ano de 2014, fora publicada a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), cujo

objetivo é de garantir o acesso das pessoas que cumprem penas privativas de liberdade no sistema prisional ao cuidado integral do SUS.

No mesmo contexto, foi instituído o serviço de acompanhamento e avaliação de medidas terapêuticas aplicáveis a pessoas portadoras de transtorno mental em conflito com a Lei, vinculado à PNAISP, atendendo aos preceitos da Lei Antimanicomial. Este serviço encontra-se previsto na Portaria Interministerial nº 94, de 1 de Abril de 2014, a qual preceitua, no âmbito do SUS, o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis a pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei.

Ressalte-se que, para que haja mudanças na forma de internação e tratamento, não é necessária somente a criação de uma lei que tutele seus direitos, mas sim, que haja aplicabilidade e efetividade da mesma. Faz-se necessária também, a quebra de tabus que foram construídos desde os primórdios, pela sociedade, a respeito do portador de transtorno mental. (AMORIM, 2015)

3 MEDIDA DE SEGURANÇA COMO SANÇÃO PENAL

A Medida de Segurança é uma forma de prevenção na qual o agente cumpre pena sob cuidados médicos, com uso de medicamentos e internação. Esta é uma espécie de sanção penal imposta pelo Estado cuja finalidade será totalmente preventiva, pois é uma forma de evitar que o autor do crime, ao apresentar periculosidade, cometa outros atos ilícitos. (CAPEZ, 2018)

Para que o acusado seja responsável pela prática do crime, será considerada a culpabilidade, um "juízo de reprovação", onde a conduta do mesmo será analisada de acordo com as normas estabelecidas pelo Estado. A culpabilidade é de fato um pressuposto relevante, uma vez que dará ensejo a imposição da pena. "A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal". (CAPEZ, 2018, p. 299)

O Código Penal Brasileiro segue uma teoria a respeito da culpabilidade, tendo os seguintes elementos como base: a) potencial consciência da ilicitude, esta ocorre após a prática do crime, onde será investigado se o autor sabia que a conduta praticada é de caráter delitivo, ou seja, se este teria conhecimento de que seus atos são infrações penais, pois com a existência dessa convicção não há o que falar em exclusão da punibilidade; b) exigibilidade da conduta diversa, que trata sobre a visão da sociedade a respeito do que é ou não crime. Tal entendimento é de suma importância, uma vez que colabora para com o Estado no juízo de reprovação da conduta do agente. Dessa forma, será analisado, aos olhos da sociedade, se o sujeito poderia ter agido de forma diferente; e c) imputabilidade, que é caracterizada pela consciência do agente no que tange o caráter ilícito, a capacidade de saber o que é certo ou errado, além do seu livre controle de ação.

A característica da imputabilidade é confirmada por Capez ao afirmar que: "O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está se realizando um ilícito penal". (CAPEZ, 2018, p. 307)

O Direito brasileiro prevê formas diversificadas para a aplicação de penas em resposta aos delitos. Os autores destes, para terem definida sua pena devem ser enquadrados em imputáveis, que possuem plena capacidade para discernir o que é certo e errado, semi-imputáveis, que possuem média capacidade comprometida, e os inimputáveis, que possuem capacidade de discernimento totalmente comprometida. Carvalho aborda em sua obra, de forma sucinta, as consequências resultantes dos crimes praticados pelos grupos supracitados:

> [...] neste cenário, o direito penal brasileiro trabalha com distintas respostas jurídicas aos autores de condutas consideradas ilícitas: primeira, aplicação de pena ao imputável; segunda, aplicação de pena reduzida ou de medida de segurança ao semi-imputável; terceira, aplicação de medida de segurança ao inimputável psíquico. (CARVALHO, 2015, p. 499-500)

> Pode-se entender que, na semi-imputabilidade, esta precisa ser constatada pelo juiz. Mesmo que o laudo aponte o comprometimento na saúde mental, ainda será investigado, no

> caso concreto, se é caso de Medida de Segurança ou aplicação de pena. Portanto, por não ter capacidade de entendimento totalmente comprometida, o semi-imputável será julgado pelos pressupostos da culpabilidade. O resultado determinará o que lhe é cabível, podendo este ser levado a cumprir pena de forma reduzida ou receber como sanção a medida de segurança para que seja tratado. (CAPEZ, 2018)
>
> No caso da inimputabilidade, a periculosidade é presumida. Basta o laudo psiquiátrico apontar o comprometimento na saúde mental do indivíduo para que a medida de segurança seja imposta. O inimputável não se exime da prática do crime, este não possui entendimento sobre seus atos, não tem convicção do que resultará suas condutas delitivas, e, devido a ausência de capacidade, aplica-se a ele Medida de Segurança, visando um tratamento para sua possível cura. Desta forma Nucci afirma:
>
> O inimputável é capaz de cometer um injusto penal, isto é, algo não permitido pelo ordenamento (fato típico e antijurídico), mas não merece ser socialmente reprovado, por ausência de capacidade de entendimento do ilícito ou de determinação de agir conforme esse entendimento. Cabe-lhe, ao invés da pena, típica sanção penal aplicável aos criminosos, a medida de segurança, espécie de sanção voltada à cura e ao tratamento. (NUCCI, 2009, p. 335)

Em se tratando de dúvida a respeito da sanidade mental do acusado, é necessário que este passe por perícia para que a ele seja dada a medida correta, como uma típica sanção penal ou a Medida de Segurança, dando início ao seu tratamento. Encontrando-se presentes os indícios de periculosidade, determinará o juiz a averiguação da sanidade mental do autor do crime. Este será designado a fazer exames estabelecidos pelo médico psiquiátrico, no qual será apontado o quão comprometido está seu estado mental.

No que tange o Código Penal Brasileiro há duas formas de Medida de Segurança, sendo estas, a internação psiquiátrica e o tratamento ambulatorial:

> Art. 96. As medidas de segurança são:
>
> I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
>
> II - sujeição a tratamento ambulatorial. (BRASIL, 1940)

A internação psiquiátrica remete ao paciente restrição de sua liberdade, pois o cumprimento será realizado em um hospital com tratamentos psiquiátricos. Já o tratamento ambulatorial não restringe a liberdade do paciente, uma vez que este se submete apenas a um acompanhamento médico-psiquiátrico, sendo facultativa sua internação.

Para estabelecer qual espécie de Medida de Segurança será aplicada, internação psiquiátrica ou tratamento ambulatorial, a legislação se baseia na pré-classificação da pena do crime: detenção ou reclusão. O crime praticado que for caracterizado como pena de reclusão, o agente será encaminhado ao cumprimento de Medida de Segurança com internação. Ao crime que for estabelecido pena de detenção, cabe ao agente cumpri-lo com tratamento ambulatorial. (CARVALHO, 2015)

Devido às contraposições do método determinado pelo Código Penal, o Supremo Tribunal Federal (STF) abre uma exceção àqueles que podem ser dispensados do regime de internação, podendo cumprir Medida de Segurança através de tratamento, mesmo que para o crime praticado seja aplicada a pena de reclusão:

> [...] o Supremo Tribunal Federal decidiu que em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação. (CARVALHO, 2015, p. 512)

Em se tratando da durabilidade da Medida de Segurança, quando aplicada, não possui prazo determinado para seu cumprimento, pois se encontra sujeita ao retorno que o paciente dará de acordo com o tratamento. Logo, torna-se inviável determinar o tempo de duração desta, visto que dependerá da cessação de periculosidade:

> Não por outro motivo o Código Penal brasileiro determina que a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (CARVALHO, 2015, p. 513)

Mesmo que não se estabeleça um tempo para que o acusado permaneça em tratamento, há prazo fixado para o cumprimento mínimo na Medida de Segurança. Este prazo mínimo serve como forma de controle, uma vez que ao se encerrar a periculosidade antes deste, o agente deverá permanecer sob o controle do regime penal.

No que tange o prazo máximo do cumprimento da Medida de Segurança, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posicionou a respeito, entendendo que o prazo será indeterminado, porém não superior a 30 anos, já que a própria Constituição Federal, no artigo 5º, XLVII, alínea b, veda a pena em caráter perpétuo, e o Código Penal, no artigo 75, dispõe que a pena não poderá ultrapassar o prazo de 30 anos. O STJ entendeu, no HC 84.219/SP, que mesmo não havendo cessado a periculosidade do agente, este não poderá permanecer sob custódia após 30 anos do cumprimento da Medida de Segurança, devendo assim receber tratamento no hospital psiquiátrico.

A Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP) é o local destinado para o cumprimento da Medida de Segurança no Distrito Federal. Inaugurada em 1999, no Presídio Feminino do Distrito Federal (PFDF), a ATP está localizada na cidade satélite do Gama e, devido a inexistência de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no estado, esta ficou responsável pelo tratamento dos internados que cumprem Medida de Segurança. (DINIZ, 2013)

A Medida de Segurança é uma forma justa para aqueles que não possuem capacidade de discernir seus atos, pois dá a eles a chance de um tratamento visando a possibilidade de cura. Deve-se ressaltar que os sujeitos encaminhados à Medida de Segurança, são aqueles cuja conduta fora influenciada pela insanidade mental, não tendo assim a percepção do real, daquilo que é certo ou errado, do que é considerado infração penal ou que aos olhos da sociedade é uma conduta delitiva.

4 CASOS NO DISTRITO FEDERAL

No Brasil, manicômio judiciário, recentemente chamado de hospital de custódia, é um estabelecimento para tratamento de psicopatia no qual os portadores

de doenças mentais, que praticaram algum crime, são internados visando tratamento. Conforme o dicionário jurídico, “o manicômio judiciário é um estabelecimento psicopático que recebe os agentes delinquentes incapazes, acometidos de doença mental, desenvolvimento incompleto ou com retardamento mental, isentos de imputação criminal e de penalidade devido a seu estado”. (MANICÔMIO, 2018)

Nos dias atuais ainda se tem discussões sobre o manicômio judiciário no que tange o uso de violência e exclusão que sofrem os inimputáveis. São frequentes as denúncias de maus tratos e violências praticadas que resultam em mortes de pacientes.

De acordo com a Repórter Verônica Lima para a Rádio Câmara, se tem a seguinte visão sobre os manicômios judiciários:

> O pior do hospital psiquiátrico com o pior da prisão. É assim que um relatório do Conselho Federal de Psicologia feito em parceira com a Ordem dos Advogados do Brasil define os manicômios judiciários brasileiros. Esse é um nome genérico para as instituições que recebem pessoas com transtornos mentais que tenham cometido infrações. São duas as principais: os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e as alas psiquiátricas das penitenciárias. (LIMA, 2016)

A fala da repórter remete a ideia de que estes estabelecimentos não trabalham com o real significado de tratamento, mas de punição, onde ainda se tem a ideia de que o inimputável deve ser punido ao invés de tratado, além de ser excluído da sociedade.

O Conselho Federal de Psicologia, juntamente com a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, elaboraram o livro intitulado “Inspeções aos manicômios”, que trata sobre relatos reais acerca dos locais destinados ao cumprimento de medida de segurança no Brasil.

A Ordem dos Advogados do Brasil relata na Publicação supracitada, que é notório o desrespeito aos direitos humanos nos manicômios judiciários brasileiros. Diferente dos tratamentos que deveriam ser fornecidos por esses locais, estes

acabam submetendo os doentes mentais a uma forma de prisão perpétua, pois ao adentrarem, dificilmente podem prever suas saídas. Para a OAB, um dos principais problemas encontrados é a falta de avaliação psicológica e psiquiátrica regular, além da ausência de reinserção dos doentes e a omissão do judiciário em autorizar os que cessam sua periculosidade.

De acordo com o disponibilizado no site do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), em 2012, se reuniram as 2ª e 3ª Promotorias de Justiça de Execuções Penais para analisar e estabelecer medidas que aproximem a execução da medida de segurança à Lei da Reforma Psiquiátrica. Cleonice Varalda e Helena Duarte, titulares das respectivas Promotorias de Justiça de Execuções Penais, foram solicitadas para darem seu parecer a respeito da falta de estrutura do sistema prisional do Distrito Federal para o cumprimento de medida segurança.

Aqueles que devem cumprir medida de segurança são encaminhados para a Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP), espaço anexo ao presídio feminino do DF, e sendo este o único estabelecimento destinado ao cumprimento de tal sanção alternativa, problemas como precariedade estrutural e superlotação estão presentes. A Promotora de Justiça Cleonice Varalda relata que "O que acontece hoje na ATP é que os pacientes ficam trancados o dia todo e isso contraria a lei. Queremos humanizar a internação dessas pessoas".

As declarações da Promotora Cleonice Varalda, em reunião divulgada no site do MPDFT, expõem sua visão a respeito da ATP:

> [...] a ATP é um espaço prisional adaptado, porém não possui nenhuma característica que ofereça assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais. Segundo ela, deveria existir, por exemplo, serviços médicos, psicológicos, ocupacionais, educacionais, de assistência social e de lazer suficientes para atender adequadamente todos os internos. Outra dificuldade encontrada é que o local não tem verba própria para o seu funcionamento. “Na prática, pode-se afirmar que a ATP foi um arranjo feito para acomodar os internos que cumprem a medida de segurança na modalidade de internação", afirma Cleonice. Além disso, são alojados no

> mesmo espaço pessoas portadoras de sofrimento mental, dependentes químicos e até psicopatas. (VARALDA, 2012)

A Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal (OAB/DF) divulga reportagem realizada em 2013, na qual relata visita feita pela Coordenadoria da Saúde da Comissão de Direitos Humanos da OAB/DF à Ala de Tratamento Psiquiátrico, mais conhecida como Colmeia, com o intuito de analisar o sistema do cumprimento de medida de segurança. De acordo com a reportagem, durante a visita, esta Coordenadoria se deparou com uma estrutura totalmente precária, vendo assim a urgência na transferência dos internos para um local adequado.

Regiane Presot, coordenadora da Comissão supracitada relatou a instauração de um Grupo de Trabalho para viabilizar a implantação, no Distrito Federal, de uma Ala de Tratamento Psiquiátrico de Excelência, visto que uma melhoria seria de grande importância aos internos já que estes necessitam de tratamento diferenciado:

> A medida de segurança desperta uma discussão de saúde pública e hoje estas pessoas estão dentro de um sistema prisional precário, o que acaba gerando uma situação degradante de violação de dignidade humana. O atual ambiente não promove uma melhoria no estado mental e no desenvolvimento humano dos internos. (PRESOT, 2013)

Ainda na reportagem, a Diretora da Colmeia afirma que esta é uma ala carente e que, uma forma de resolução para tais problemas, seria a criação de uma estrutura autônoma onde o objetivo principal fosse a saúde e não a segurança.

De acordo com a Diretora, a ATP tem capacidade para 101 internos do sexo masculino distribuídos em 10 celas com capacidade para acomodar 10 pessoas cada. Há também uma cela, recém-construída, adaptada para pessoa com deficiência e que atualmente está sendo utilizada para outro fim, ou seja, quando algum interno precisa ficar sozinho por alguma razão, tais como brigas ou eventuais “surtos”. Há de se destacar que não há um espaço específico construído para as mulheres, estas compartilham o espaço com as detidas no regime comum semiaberto.

Como visto no decorrer do texto, pode-se perceber que estes são problemas antigos que perduram até os dias atuais. Dessa forma, justifica-se a necessidade de

averiguar esses locais de cumprimento de medida de segurança e a preservação dos direitos do interno, pois o intuito do tratamento não é punir, mas sim de garantir a possibilidade de cura para torná-lo apto a conviver em sociedade.

5 MEDIDA DE SEGURANÇA: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL OU MODO DE ESTIGMATIZAÇÃO DO PORTADOR DE DOENÇA MENTAL?

Conforme relatórios, análises e visitas aos Hospitais de custódia e ATP citados no capítulo anterior, percebe-se que o tratamento é inadequado e, portanto, há uma nítida violação dos direitos humanos de indivíduos que deveriam estar sendo preparados para uma possível ressocialização.

Em se tratando da proteção aos direitos humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou no dia 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta prevê, no artigo V, que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, reza que o Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito e possui como fundamento a dignidade da pessoa humana. O artigo 3º, inciso IV, da mesma, prevê um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo este o de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", estendendo-se também as pessoas que cumprem medida de segurança.

No mesmo contexto, preceitua no artigo 5º, incisos III, X e XLIX, que ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante, além de condenar aquele que viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral causados, sendo aos presos assegurados o respeito a integridade física e moral.

A Lei nº 10.216/2001, Lei Antimanicomial, versa sobre os direitos dos portadores de doenças mentais, garantindo-lhes tratamento digno e com respeito, exames médicos que sanem todas as dúvidas pertinentes, proteção contra qualquer forma de abuso e exploração, entre outras formas de tutelas que se encontram previstas nos respectivos incisos do artigo 2º. No artigo 3º, a Lei deixa clara a responsabilidade do Estado para com a saúde mental:

> É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais. (LEI Nº 10.216/2001 - Art. 3º)

Conhecida como Lei de Execução penal (LEP), a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, também deixa claro que é dever do Estado prestar assistência ao internado, com o escopo de prevenir delitos e reinseri-lo em sociedade, fornecer alimentos, vestuário e instalações para higiene, além de lhe fornecer atendimento médico, conforme o previsto nos artigos 10º, 12º e 14º da LEP.

O que se depreende ao analisar a LEP, no que se refere à aplicabilidade das medidas de segurança aos inimputáveis por doença mental, é que no período da internação, será oferecido um bom acompanhamento psiquiátrico e medicações que favoreçam a recuperação. Diante disso, espera-se que sejam oferecidas instalações dignas e condizentes. No entanto, o que se vê é, muitas vezes, o inverso do que se espera.

Como citado anteriormente a visita feita pela Coordenadoria da Saúde da Comissão de Direitos Humanos da OAB/DF à Ala de Tratamento Psiquiátrico, Colmeia, em 2013 apontou fragilidades estruturais, bem como, várias irregularidades, o que na ocasião gerou a instauração de um Grupo de Trabalho para viabilizar a implantação, no Distrito Federal, de uma Ala de Tratamento Psiquiátrico de Excelência, visto que uma melhoria seria de grande importância aos internados já que estes necessitam de tratamento diferenciado.

Tal visita realizada na ATP encontrou déficit no atendimento dos internos, nos quesitos relacionados aos direitos humanos, falta de profissionais capacitados, ausência de produtos para higiene, carência de materiais para tratamentos, insuficiência de alimentos, dentre outros problemas. De acordo com relatos da então Diretora da Colmeia, trata-se de uma ala carente de investimentos e que, há uma necessidade urgente da criação de uma estrutura autônoma em que o objetivo principal seja a saúde e não a segurança.

É notório que a Medida de Segurança não vem se estabelecendo como um instrumento efetivo da justiça criminal, mas sim, como um meio de estigmatização para com os portadores de transtornos mentais, pois muito embora o Estado tenha se movimentado no intuito de humanizar o tratamento disponibilizado aos inimputáveis instituindo leis, políticas e portarias, a não execução e não aplicabilidade com eficácia destas traz consigo apenas punição e censura divergindo do ideal de tratamento.

O que ainda acontece nos dias atuais, é que os indivíduos ficam segregados da sociedade, em ambientes insalubres e sem tratamento adequado, o que não possibilita a cura ou a ressocialização, deixando assim, o indivíduo à mercê de uma possível internação sem data para término.

O presente artigo propôs discutir a aplicabilidade da lei no que tange a efetivação da mesma, visando a adequação das instituições com o escopo para um real tratamento aos inimputáveis por doença mental.

Os fatos até aqui apresentados demonstram que a eficácia no tratamento para o inimputável envolve não só a questão legal. É notório que muitas vezes o que ocorre é a inobservância da lei, esta faz com que o tratamento aconteça, muitas vezes, de forma degradante, indo de encontro com a ausência da preservação da dignidade da pessoa humana, tornando-se assim um problema de saúde pública. Entende-se que tal problema poderia ser resolvido com a efetividade na execução e fiscalização da legislação no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou, de acordo com as questões elucidadas e os objetivos aqui traçados, compreender a importância acerca do tratamento ao inimputável, no que tange a efetividade, a partir da análise da previsão legal em paralelo com a prática das Alas de Tratamento Psiquiátrico.

Ressaltou-se no decorrer do texto, a característica da internação em ATP, ao indivíduo tido como inimputável para cumprimento de medida de segurança. Ainda que não seja pena de caráter punitivo, de acordo com o Código Penal, não há data prevista para o término deste, perdurando até cessar a periculosidade do indivíduo, que deverá ser, em tese, tratado e avaliado periodicamente por médicos, com o intuito de viabilizar lhe a reinserção na sociedade.

Ocorre que, em concreto, conforme relatórios elaborados a partir de visitas realizadas a hospitais de custódia e ATP, estas instituições não oferecem o tratamento necessário e previsto em lei, visto que, os internos além de não receberem a assistência psiquiátrica para a reabilitação, permanecem segregados em celas, o que os torna irrecuperáveis.

Em suma, o Estado não tem cumprido com o que se propôs. Obviamente, que avanços no que diz respeito às leis, políticas e portarias vêm ocorrendo, no entanto, a execução e aplicabilidade, estão muito aquém do ideal para um Estado Democrático de Direito.

Pode-se, portanto, perceber que o descumprimento do previsto em lei faz com que os dias atuais remetam aos mesmos problemas de décadas passadas, que deveriam já ter sido extintos. Dessa forma, há que se proceder na constante averiguação e fiscalização dos Hospitais de custódia e ATP onde são cumpridas as medidas de segurança, a fim de garantir a preservação dos direitos do interno, com o tratamento adequado e abandono ao caráter punitivo, bem como, a análise comportamental realizada pelos que detêm competência para tal, como previsto na

portaria interministerial nº 94 de 2014, como forma de garantir uma possível cura para torná-lo apto a conviver em sociedade.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE MENTAL. **Os 35 anos (e a atualidade) da Lei Basaglia.** São Paulo: ABRASME, 2013. Disponível em: <http://www.abrasme.org.br/mensagem/view2?q=ODQ3MyUyQzY1JTJDMTJhZTg0Yjc3NjExYWYyZjk3MDY1NWY1ZWNmYTI5YzE=>. Acesso em 30 ago 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 07 out 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 16 ago 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.216 de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.saudicas.com.br/neurose>. Acesso em: 10 abr 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC 84219 SP**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/04/2004, Data de Publicação: DJ 03/05/2004 PP-00011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800654/habeas-corpus-hc-84219-sp-stf>. Acesso em: 1 Set 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Legislação em saúde no sistema prisional.** Brasília: MS, 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/publicacoes/legislacao_saude_sistema_prisional.pdf>. Acesso em 16 ago 2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Inspeções aos manicômios:** Relatório Brasil 2015. Brasília: CFP, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 2014. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 17 ago 2018.

AMARANTE, Paulo. **Teoria e crítica em saúde mental.** 2. ed. São Paulo: Zagodoni, 2017.

AMORIM, Ana Rosa Lima Loureiro de. A Lei Antimanicomial e a aplicação das Medidas de Segurança: uma análise histórica e detalhada sobre a Lei Antimanicomial e a aplicação das Medidas de Segurança. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://endireitados.jusbrasil.com.br/noticias/183758636/a-lei-antimanicomial-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca>. Acesso em: 16 out 2017.

BARROS, D. **Jardins de Abel: desconstrução do Manicômio de Trieste.** São Paulo: Lemos Editorial, 1994.

BRASIL. Ministério da Saúde. Direcção-Geral da Saúde. **Relatório mundial da saúde:** - Saúde mental: nova concepção, nova esperança. Brsília: MS, 2002. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_djmessage_po.pdf>. Acesso em 22 ago 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS).** Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 20 ago 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

CARVALHO, Salo de**. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil:** censo 2011. [recurso eletrônico]. Brasília: LetrasLivres: Editora Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.unbciencia.unb.org.br/images/sotories/trat_psico2011.pdf.>. Acesso em 10 abr 2018.

ESCOLA POLITÉCNICA DE SAÚDE JOAQUIM VENÂNCIO. **Textos de apoio em saúde mental**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. v. 1. Série trabalho e formação em saúde.

FOUCALT, Michel. **História da loucura.** São Paulo: Perspectiva, 1972. Coleção estudos dirigida por J. Guinsburg. Disponível em:

<http://www.uel.br/projetos/foucaultianos/pages/arquivos/Obras/HISTORIA%20DA%20LOUCURA.pdf>. Acesso em 23 mai 2018.

FREITAS, Hannah Yasmine Lima. A Lei Antimanicomial (Lei 10.216/2001) e as Medidas de Segurança. **Conteúdo Jurídico.** Brasília, 25 abr 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-antimanicomial-lei-102162001-e-as-medidas-de-seguranca,55730.html>. Acesso em 22 out 2017.

LIMA, Verônica. **Reforma psiquiátrica:** manicômios judiciários bloco 4. 27 jun 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/511568-REFORMA-PSIQUIATRICA-MANICOMIOS-JUDICIARIOS-BLOCO-4.html>. Acesso em: 18 out 2017.

MAGNO, Patrícia. **Princípios para a proteção das pessoas com doença mental e para o melhoramento dos cuidados de saúde mental:** adaptados pela resolução nº 46/119 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de Dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Princ%C3%ADpios-ONU-prote%C3%A7%C3%A3o-pessoas-transtorno-mental.pdf?x20748>. Acesso em: 2 set 2018.

MANICÔMIO Judiciário, 2017. Disponível em: <http://www.sitesa.com.br/juridico/dicionarios/dicionario.html>. Acesso em 18 out 2017.

MILLANI, Helena de Fátima Bernardes; VALENTE, Maria Luisa L. de Castro. **O caminho da loucura e a transformação da assistência aos portadores de sofrimento mental.** SMAD: Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool e Drogas, Ribeirão Preto, v. 4, n.2 Ed. Port, ago/2008. Versão On-line. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-69762008000200009>. Acesso em: 4 nov. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **MPDFT discute a execução da medida de segurança para atender a reforma psiquiátrica.** 30 abr 2012. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias-2012/4777-mpdft-discute-a-execucao-da-medida-de-seguranca-para-atender-a-reforma-psiquiatrica>. Acesso em: 23 nov. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL/DF. **Comissão de Direitos Humanos visita a ala de tratamento psiquiátrico na colmeia.** 9 mai 2013. Disponível em:

<http://www.oabdf.org.br/noticias/comissao-de-direitos-humanos-visita-ala-de-tratamento-psiquiatrico-na-colmeia/>. Acesso em 23 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A ONU e a saúde.** 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/saude/>. Acesso em 22 ago 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Guia de estudos**. 2014. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OMS-Guia-Online.pdf>. Acesso em 23 ago 2018.

ROTELLI, F.; LEONARDIS, O.; MAURI, D. Desinstitucionalização, uma outra via. In: NICÁCIO, F. (Org). **Desinstitucionalização.** São Paulo: Hucitec, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

USO DO BANHEIRO POR TRANSEXUAL: E AS DECISÕES PROFERIDAS NA ADI Nº 4275 E RE Nº 670.422 PELO STF

Michelle Inácio da Silva

RESUMO

O presente trabalho tratou acerca da utilização do banheiro por transexual. O objetivo foi analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 e as orientações discursivas deste para o uso de banheiro público por transexual. Verificou-se a normatização paulista de combate ao preconceito e discriminação à população LGBT. Também se discorreu sobre o julgamento do Recurso Extraordinário nº 670.422 e se houve reiteração do entendimento expressado anteriormente. Justificou-se o desenvolvimento desse assunto em razão dos óbices que as pessoas trans são obrigadas a enfrentar para obter o reconhecimento de determinado direito fundamental. Normalmente o legislador se mostrou omisso e, por esse motivo, a doutrina e a jurisprudência precisaram dirimir esta questão. Dessa maneira, buscou-se entender se o Estado está buscando facilitar os procedimentos de modificação de gênero pelos meios legais e se ainda está sendo estabelecido requisitos para conseguir obter esse direito, além de o transexual poder usar o banheiro público. Para a elaboração deste trabalho foi aplicado o método indutivo. E a coleta de dados foi obtida por meio de bibliografia, normatização e jurisprudência. Concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal proferiu, mediante entendimento expressado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 e no Recurso Extraordinário nº 670.422, que o transexual pode alterar o prenome e o gênero sem cirurgia de redesignação sexual, sem decisão judicial ou de laudos médicos. Isso tem influenciado o uso de banheiro público por transexual, em consonância com a nova posição da Corte Suprema.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará sobre o uso do banheiro por transexual. O objetivo é analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275 e as suas orientações discursivas para a utilização de banheiro público por transexual.

Também visa-se verificar a legislação paulista, que possui norma que busca combater o preconceito e discriminação à população LGBT. Por último, avaliar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 670.422 e se houve reiteração do entendimento expressado na ADI acima.

Justifica-se a abordagem desse tema em virtude das dificuldades que as pessoas trans sempre foram obrigadas a enfrentar para conseguir o reconhecimento de algum direito fundamental para poderem ser respeitadas.

Geralmente o legislador se mostrou omisso e não criou mecanismos para facilitar o acesso ao direito de usar o prenome conforme o gênero identificado. Ainda, há determinada controvérsia sobre o uso do banheiro.

Por esse motivo, a doutrina e a jurisprudência precisaram discorrer sobre essa questão, com base em direitos e garantias supranacionais e coadunando estes com a Constituição vigente, que se alicerça na dignidade da pessoa humana.

Hoje, entende-se que ninguém consegue ser plenamente feliz se não tiver atendido determinados direitos fundamentais, especialmente aqueles diretamente decorrentes da dignidade da pessoa humana. Neste caso, as pessoas trans buscam uma vida digna e discreta, ou seja, aparentar com o gênero identificado, usar o prenome correto, constituir família, trabalhar, usar o banheiro público adequado, etc.

Assim, buscar-se-á compreender se está havendo algum movimento do Estado, em especial do seu Poder Judiciário, para facilitar os procedimentos de alteração de gênero pelos meios legais e se está sendo exigido requisitos para conseguir obter esse direito. Além disso, será buscado entender se nessa toada o uso do banheiro público por transexual está sendo considerado no discurso constitucional de algum modo.

Para o desenvolvimento deste foi aplicado o método indutivo, que possui o escopo de chegar a uma conclusão a partir de determinadas observações, adicionando informações novas nas premissas verificadas anteriormente. A obtenção de dados foi obtida mediante bibliografia, legislação e jurisprudência constitucional.

O primeiro Capítulo do presente trabalho fará considerações acerca da identidade de gênero. Por essa razão, será imperioso abordar algumas classificações como: cisgênero e transgênero. Para completar serão apresentadas definições referentes à orientação sexual. Por consequência haverá alusão sobre o Direito à Autodeterminação de Gênero.

Já o Capítulo segundo versará acerca dos direitos fundamentais inerentes às pessoas trans, dos Princípios de Yogyakarta, consolidados na Indonésia em 2006. Como consequência serão aduzidos os desdobramentos da cirurgia de redesignação sexual e as suas derivações jurídicas. Encerrando essa parte do trabalho, demonstrar-se-á como se dava a modificação do registro civil antes do julgamento da ADI nº 4275 e o que a jurisprudência brasileira já vinha entendendo.

Por fim, o terceiro capítulo analisará o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 4275 e o que esta decisão legou em termos de argumentos e discursos para o meio jurídico. Também será apresentada a Lei Estadual nº 10.948/2001, de São Paulo, em razão da sua finalidade, qual seja, prevenir e punir atos de preconceito e discriminação contra a população LGBT.

Logicamente, serão demonstradas as consequências jurídicas decorrentes da ADI nº 4275 referente ao uso do banheiro público. E o julgamento do Recurso Extraordinário nº 670.422, ocorrido em agosto de 2018, que, na prática, reforçou o entendimento fixado em março desse ano. Ao final serão feitas as ponderações derradeiras do presente tema.

Portanto, por meio da leitura desse trabalho, buscar-se-á demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, mediante decisões proferidas na ADI nº 4275 e RE nº 670.422, reconheceu que a pessoa trans tem o direito em ser reconhecido por todos com o gênero e prenome que se identifica em registro público e se isso refletiu de algum modo na questão do uso do banheiro público.

2 IDENTIDADE DE GÊNERO

2.1 Considerações preliminares

A sociedade por muito tempo ficou dividida entre o binarismo: “masculino” e “feminino”. Entretanto, o ser humano, durante o seu desenvolvimento pode não se enquadrar no modelo imposto pela sociedade, pela família, pela religião, pela cultura, etc.

Jaqueline Gomes de Jesus (2012) afirma que, cada ser humano é único, mas que também possui características comuns a toda a humanidade. Estas identificam cada indivíduo e os torna diferentes uns dos outros. Alguns fatores que podem influenciar essas diferenças estão inclusa a região que se nasce e cresce, a cultura local, a classe social, se pratica ou não alguma religião, idade, habilidades físicas, entre outras que assinalam a diversidade humana.

É importante frisar que, comumente desde criança toda pessoa é ensinada a atuar e a ter uma determinada aparência, conforme o seu sexo biológico. Se ocorreu a ultrassonografia, esse foi determinado antes de nascer. Se não, foi no parto. Assim, todos crescem sendo educados que “homens são assim e mulheres são assado”, porque “é da sua natureza” (JESUS, 2012).

Todavia, embora isto tenha sido a praxe social e cultural nos séculos recentes, paulatinamente esta situação vem sendo modificada. Dessa maneira, será demonstrado que o ser humano vai muito além da biologia, pois a identificação de gênero dependerá de uma variedade de fatores que serão apresentados adiante.

2.2 Cisgênero

O termo cisgênero se refere a identificação do ser humano com o mesmo gênero que lhe foi dado no nascimento com base no sexo biológico, compreendendo as características corporais do indivíduo. Interessante frisar que este se divide em: a) sexo genético; b) sexo endócrino; c) e sexo morfológico (SZANIAWSKI, 1999).

O genético, subdivide-se em: a) sexo cromossômico; b) e sexo cromatínico. O primeiro é aquele resultante da união do óvulo portador de um cromossomo sexual

"X" com um espermatozoide possuidor de um cromossomo sexual que pode ser "X" ou "Y". Se a combinação for XX, o indivíduo que nascer será do sexo feminino, se for XY, será do sexo masculino (SZANIAWSKI, 1999).

Já o segundo, alude-se a determinadas características dos cromossomos femininos, geralmente ausentes nos cromossomos masculinos. Dessa maneira, para identificar se o indivíduo é cromossomicamente feminino, realiza-se determinado exame que reportará as características presentes apenas nos cromossomos XX (SZANIAWSKI, 1999).

O sexo endócrino é constituído pelo sexo gonadal e extragonadal. O primeiro é representado pelas glândulas sexuais, nesse caso, pelos testículos e pelos ovários. Em relação ao segundo, é constituído pelas glândulas tireoide e epífise, que possuem a função de estabelecer outros traços de feminilidade ou masculinidade ao indivíduo (SZANIAWSKI, 1999).

Por último, o sexo morfológico está vinculado com a aparência do ser humano ao nascer. Por exemplo, o homem geralmente tem caracteres primários da sexualidade: pênis, testículos e escroto. A mulher, por sua vez, possui vagina, útero, trompas e ovários. No campo extragenital, ainda há diferenças no timbre de voz, ausência ou presença de mamas, diferença de pilosidade, etc., que são características secundárias (SZANIAWSKI, 1999).

Entretanto, Jesus (2012) esclarece que, para a ciência biológica o que estabelece o sexo de uma pessoa é o tamanho das suas células reprodutivas (pequenas: espermatozoides, logo, macho; grandes: óvulos, logo, fêmea), e só. Mas que biologicamente, isso não determina o comportamento ou a identificação com o masculino ou feminino.

Assim, sexo é biológico, porém gênero é social, construído pelas diferentes facetas culturais. Ainda, o gênero vai além do sexo, ou seja, o que importa, na definição homem/mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a autopercepção e o modo como o ser humano se expressa socialmente. Por fim, se

adotados ou não determinados modelos e papéis de gênero, isso pode independer dos órgãos genitais, dos cromossomos ou dos níveis hormonais (JESUS, 2012). Dessa maneira, é possível notar que, após o nascimento ou ainda durante o pré-natal, o sexo/gênero do ser humano será definido inicialmente com fundamento no sexo biológico. Entretanto, com o desenvolvimento deste, a autopercepção pode variar, conforme a necessidade sentida por cada indivíduo.

2.3 Transgênero e transexual

A pessoa transgênero e transexual (ou simplesmente "trans") não se identifica com o gênero atribuído no nascimento (ou sexo biológico). Dessa maneira, há fatores que levam os seres humanos a se identificar como sendo pertencentes do gênero oposto.

A identificação deste fenômeno não é recente, já existindo estudos durante o século passado. Por exemplo, desde a década de 1980, Roberto Farina (1982) aduzia que o sexo psíquico abrange o sexo educacional ou de formação sexual, sendo entendido como aquele resultante das pressões conferidas ao indivíduo em seu estágio infantil.

Além disso, o papel do gênero pode ser notado pelas coisas que um indivíduo faz, fala ou sente e que, consequentemente, revela seu estado sexual. Destarte, a identidade de gênero é demonstrada desde quando a criança assevera ser menino ou menina (FARINA, 1982).

Na década de 1990, Matilde Josefina Sutter (1993) descrevia acerca do sexo psicológico, aduzindo ser este uma série de pressupostos que poderiam ser descritos como a reação psicológica do indivíduo perante determinados estímulos.

Desse modo, os trans são biologicamente definidos em um sexo, contudo se identificam com o gênero oposto. Segundo a autora acima, quando esta manifestação acontece precocemente, o transexual é chamado de primário, que não se identifica com a homossexualidade ou travestismo. Já os secundários são aqueles que se

manifestam tardiamente, revelando, muitas vezes, oscilações entre a bissexualidade e o travestismo (SUTTER, 1993).

O sexo civil, igualmente denominado como sexo jurídico ou sexo legal, versa sobre a determinação do gênero de um ser humano em virtude de sua vida civil, isto é, nas suas relações com o convívio social. De acordo com Sutter (1993), este é estabelecido no ato da lavratura do assento de nascimento, designando no registro civil se é masculino ou feminino.

Jesus (2012) alerta que, como as influências sociais não são completamente visíveis, parece que essas diferenças entre homens e mulheres são "naturais", inteiramente biológicas, quando, na realidade, boa parcela delas é influenciada pelo convívio social.

E que, dessa maneira, a sociedade geralmente disseminou a crença de que os órgãos genitais definiam se uma pessoa é homem ou mulher, o que demonstra que a construção dessa identificação não é um fato biológico, mas sim social (JESUS, 2012).

A autora destaca que, em relação ao gênero, todos os seres humanos podem ser classificados como "cisgênero" ou "não-cisgênero". O primeiro representa as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído ao nascer. Já o segundo são as pessoas que não se identificam com o gênero que lhes foi determinado, sendo conhecidos como transgênero ou trans (JESUS, 2012).

A autora ainda salienta que é interessante frisar que todos vivenciam, em diferentes situações e momentos, ao longo da vida e da história, inversões temporárias de papéis determinados para o gênero de cada um, o que demonstra que cada um possui mais ou menos características masculinas ou femininas, quando se fantasiam, interpretam papeis, entre outras situações. Como exemplo, na História, Maria Quitéria, heroína da Guerra da Independência, se vestiu de homem para poder lutar contra o domínio português (JESUS, 2012).

Diferente da crença comum atualmente adotada por algumas correntes científicas, compreende-se que a vivência de um gênero (social, cultural, etc.) discordante com o que se esperaria de alguém de um determinado sexo (biológico) é uma questão de identidade, e não um transtorno. Esta é a situação dos indivíduos denominados como travestis, e das transexuais, que são vistas, coletivamente, como parte do grupo que alguns designam como "transgênero", ou mais popularmente, "trans" (JESUS, 2012).

Portanto, é inegável que são ocasionadas várias consequências prejudiciais aos trans quando se veem impossibilitados de se apresentar socialmente com o gênero que se identificam. A repressão social certamente causa diversos tipos de vexames, humilhações públicas e consequentemente danos psicológicos.

2.4 Definições sobre orientação sexual

A orientação sexual se refere à inclinação do ser humano no sentido afetivo, amoroso e sexual, isto é, representa a atração sentida por algum gênero/sexo. Os estudiosos costumam criar classificações para buscar compreender melhor determinado fenômeno, teoria, comportamento, etc. Por esta razão, a seguir será tratado sobre a: a) heterossexualidade; b) homossexualidade; c) bissexualidade; d) assexualidade; e) e pansexualidade.

A heterossexualidade diz respeito a atração afetiva e sexual por pessoas do gênero/sexo oposto. Segundo Raíssa Schadeck (2015), é inegável que ainda vigora entendimento social que considera "normal" ser heterossexual, originando o que se denomina como sendo uma "sociedade heteronormativa", que concebe suas referências única e exclusivamente a partir da heterossexualidade, inclusive a normatização. Ou seja, todos que não seguem essa "normalidade" sofrem preconceito, violência e discriminações. Nesse grupo estão inclusos os gays, lésbicas, travestis, bissexuais e transexuais.

Já a homossexualidade alude sobre a atração afetiva e sexual por indivíduos do mesmo gênero/sexo. As lésbicas, dessa maneira, são mulheres que gostam de

mulheres, e os gays são representados por homens que gostam de homens. Destaca-se que esse último termo igualmente é aplicado às mulheres (SCHADECK, 2015).

Em relação a bissexualidade, esta é a atração afetiva e sexual por qualquer ser humano independente do gênero. Esse termo e seus derivados têm significados semelhantes, porém não idênticos, variando conforme o autor.

Para Oswaldo Martins Rodrigues Junior (2000), a bissexualidade é a fantasia ou atração sexual por seres humanos de ambos os sexos/gêneros e não apenas para relacionamentos vivenciados. Para um entendimento mais claro sobre fantasias sexuais, de acordo com Márcio Ruiz Schiavo (2004), são imagens mentais, devaneios ou sonhos em que os desejos sexuais e impulsos inconscientes tomam forma e são expressos de maneira simbólica. Todavia, Robert M. Goldenson e Kenneth N. Anderson (1989) apontaram em sentido mais amplo, para os autores a bissexualidade representa a atração sexual por ambos os sexos/gêneros, não se limitando somente em fantasias, mas também na prática, sentindo-se atração física, emocional e espiritual, com níveis distintos de interesse.

Ainda há a assexualidade, que se refere aos seres humanos que não sentem atração por gênero algum. E, por último, existe a pansexualidade, nesta atração afetiva ou sexual independe de gênero ou sexo (SCHADECK, 2015). Nesta última, a pessoa se relaciona com heterossexual, homossexual, travesti, transgênero, transexual, etc.

Assim, independente da identificação da pessoa com as mais variadas classificações apresentadas pelos estudiosos, o mais importante é que esta seja e viva da maneira como se identifica, isto é, para que o ser humano seja realizado consigo mesmo e feliz, é necessário que se apresente socialmente da maneira como se autopercebe, não importando o sexo biológico.

2.5 Direito à autodeterminação de gênero

Como demonstrado até aqui, a transexualidade nem sempre possuiu relevância jurídica da maneira como merece. De acordo com Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira (2003), há sempre uma tendência do Direito em manter estruturas de dominação e controle ao invés de proteger a inclusão.

Em relação a essa tendência, sempre houve uma nítida contradição entre os princípios da emancipação social que afluem para a igualdade, liberdade, cidadania, e os princípios da regulação ou gestão da desigualdade e exclusão, refletida na clara contradição das políticas públicas relacionadas com à autodeterminação de gênero que se de um lado a perfilham como direito fundamental, de outro a veem como um transtorno psíquico (OLIVEIRA, 2003).

A Lei Maior de 1988 elimina quase em sua integralidade a distinção entre os gêneros desde à época de sua vigência, porquanto é incompatível com o princípio da isonomia. Todavia, a questão envolvendo o transexual enquanto sujeito de direitos e garantias individuais não paira na equiparação entre os sexos estabelecida no inciso I, do artigo 5º, CRFB/1988, mas sim de uma probabilidade de autodeterminação do sexo e identidade de gênero, na qual a proibição inviabilizaria a eficácia das garantias impostas no *caput* do referido mandamento constitucional (OLIVEIRA, 2003).

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Cesar Leandro de Almeida Rabelo e Leonardo Macedo Poli asseveram que no Brasil ainda não existe uma lei que proteja o direito de adequação sexual e suas decorrências jurídicas, mas que a maioria da jurisprudência majoritária já se manifesta aderente a essa vontade.

Além disso, a esfera médica comprovou mediante vários estudos sobre esse fenômeno que a cirurgia de redesignação sexual possui caráter terapêutico para a pessoa que necessita readequar o seu sexo biológico ao psicológico (VIEGAS; RABELO; POLI, 2013).

Entretanto, após realizada essa readequação esta enfrenta muitos constrangimentos sociais e psicológicos para mudar o próprio nome e o seu sexo, já

que, o direito não seguiu as evoluções médicas e sociais. Desse modo, para a alteração de sua documentação, o trans enfrenta diversas dificuldades judiciais (VIEGAS; RABELO; POLI, 2013).

Desse modo, a liberdade sexual, na esfera da autodeterminação identitária ou no âmbito do exercício da sexualidade, se desrespeitada, estabelece verdadeiro bloqueio para uma vida digna. Porquanto, o que antes era uma questão particular e insolúvel do indivíduo, restando-lhe apenas se conformar com a impossibilidade de adequar o sexo fisiológico ao psíquico com as determinações legais, passou a ser um assunto do Estado (OLIVEIRA, 2003).

Stuart Hall (2014) alude que, as identidades são o produto da intersecção de vários fatores sobre o indivíduo, como também a história particular de cada um. Ainda, as identidades são constituídas pela interação entre o indivíduo e a sociedade, em um contexto no qual aquele é estruturado e modificado pelas interações com as outras culturas além da sua e por outras identidades que se encontram na sociedade.

De acordo com Roger Raupp Rios (2006), a possibilidade de consolidação da condição do transexual, englobando não apenas sua aparência, mas também a sua identificação civil, gerou reflexos aos profissionais do direito, demonstrando aparente conflito entre o resultado da adequação sexual com a denominada realidade jurídica cominada pelos registros públicos.

Segundo o autor acima, o transexual quer ser incluído no mundo das relações humanas e, igualmente no mundo das relações jurídicas, portando nome e gênero coesos com sua identidade sexual, alicerçado na dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito (RIOS, 2006).

Ingo Wolfgang Sarlet (2015) define a dignidade da pessoa humana como sendo a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, aludindo neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantam à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano,

como venham a lhe assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de permitir e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com demais elementos humanos.

Edna Raquel Hogemann e Marcelle Saraiva de Carvalho (2011) aludem que em relação aos transexuais, a ação jurídica e política desses grupos vem materializando o entendimento jurisprudencial de que a identidade sexual é um elemento preponderante do livre desenvolvimento da personalidade, e de algum modo reconhece a autonomia sexual, admitindo refletir sobre a adoção de novos paradigmas.

Destarte, imperioso salientar que a cirurgia de transgenitalização é somente um aspecto de um processo que objetiva proteger a dignidade supratranscrita, afinal, faz-se cogente assegurar não apenas a integridade física do transexual, mas também o direito a uma identidade pessoal, incluída a identidade de gênero (RIOS, 2006).

Portanto, assumir o compromisso de garantir a integridade psíquica, moral e física do transexual significa, indubitavelmente, assegurar o seu direito a identidade pessoal, o qual não se aparta da viabilidade da modificação do gênero no documento de identificação civil e a adoção de prenome condizente. Na prática, isso produz inclusão social e jurídica, pela via da dignidade. O capítulo a seguir versará sobre os direitos relacionados às pessoas trans.

3 DIREITOS INERENTES ÀS PESSOAS TRANS

3.1 Prolegômenos

Neste capítulo será demonstrado que as pessoas trans vem adquirindo gradativamente direitos, sobretudo por meio da jurisprudência que buscam proteger a orientação sexual e identidade de gênero. Entretanto, há movimentos em diversas partes do mundo que procuram consolidar igual entendimento, como exemplo os Princípios de Yogyakarta.

3.2 Princípios de Yogyakarta

Em relação ao momento de profundo reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos fundamentais, ressaltando a contínua procura pela felicidade e a realização pessoal do indivíduo, necessário destacar a conferência realizada entre os dias 6 e 9 de novembro de 2006, em Yogyakarta, Indonésia, organizada por uma coalizão de organismos internacionais coordenada pela Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos (CAYE, 2009).

Daniel Paulo Caye (2009) disserta que essa reunião contou com especialistas de 29 países e teve a finalidade de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais[1] acerca da aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos fundamentadas na orientação sexual e identidade de gênero, com escopo de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados referente a essa temática. Ao final, foi aprovada uma carta estabelecendo os denominados Princípios de Yogyakarta.

É inegável a densidade de direitos elencados na forma de princípios e o seu reconhecimento em âmbito brasileiro já restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme pode ser visto no julgado a seguir:

> Ementa: União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) – O afeto tem valor jurídico impregnado de Natureza Constitucional: A valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família – O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana – Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca pela felicidade – Princípios de Yogyakarta (2006): direito de

1 "A natureza jurídica dos 'Princípios de Yogyakarta' é não vinculante, compondo a soft law (direito em formação) que rege a matéria. Contudo, os 'Princípios' representam importante vetor de interpretação do direito à igualdade e combate à discriminação por orientação sexual" (RAMOS, 2018, p. 321).

qualquer pessoa de constituir família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero – Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil – O art. 226, §3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão – A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito – A proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional – O dever constitucional do Estado de impedir (e, até mesmo, de punir) "qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (CF, art. 5º, XLI) – A força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da Jurisdição Constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo – Recurso de Agravo improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade família. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art.

> 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. [...]. (BRASIL, 2011, *on-line*).

De acordo com a introdução aos Princípios de Yogyakarta, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são primordiais para a dignidade e humanidade de cada um, além de não servir de fundamento para a discriminação ou abuso (PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO, 2006).

Ainda, que muitos avanços já tenham sido conquistados para garantir que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas possuem direito. Hoje em dia, muitos países têm leis e constituições que asseguram os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por razão de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero (PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO, 2006). E asseveraram que:

> Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros. O sistema internacional deu passos significativos na direção da igualdade entre os gêneros e na proteção contra a violência na sociedade, comunidade e família. Além disso, importantes mecanismos

> de direitos humanos das Nações Unidas têm afirmado a obrigação dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficaz contra discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto, a resposta internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente (PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO, 2006, p. 7-8).

Interessante expor o teor do Princípio nº 3 da Carta de Yogyakarta que trata sobre o direito ao reconhecimento perante a lei. Nele está a orientação aos Estados para facilitar a identificação civil das pessoas trans e a não obrigatoriedade da cirurgia de mudança de sexo prévia para que isso aconteça:

> Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.
>
> Os Estados deverão:
>
> a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;
>
> b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;

> c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.
>
> d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;
>
> e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;
>
> f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero (PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO, 2006, p. 13-14).

Tauã Lima Verdan Rangel (2013) menciona que todo Estado deve se guiar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, afirma que um Estado que não reconheça e não assegure este instituto jurídico não tem uma Lei Maior genuína.

Completando, Rangel (2013) explana que os Princípios de Yogyakarta em um cenário nacional primam pela realização do indivíduo em suas plurais e complexas capacidades, representando verdadeiro marco de construção dos direitos humanos sexuais, reformulando e desdobrando direitos clássicos consagrados em estreito relacionamento com a contemporaneidade.

Portanto, os Princípios de Yogyakarta são determinações contemporâneas que visam proteger uma minoria que sofre todo tipo de humilhação e situações vexatórias em diversas partes do mundo, não importando se o país é desenvolvido ou subdesenvolvido, ou em qual continente esteja. Em relação ao Brasil, é nítido que essas determinações coadunam perfeitamente com o ordenamento jurídico brasileiro, pois a Lei Maior tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

3.3 A cirurgia de redesignação sexual

O Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 1.955, publicada no Diário Oficial da União (DOU), Seção I, p. 109-110, em 3 de setembro de 2010, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo. Essa norma estabelece os requisitos para o indivíduo que esteja apto a se submeter à cirurgia de redesignação sexual, pois a evolução desta área assegura aos transexuais a possibilidade de se submeterem a procedimentos com alto índice de sucesso, no que tange à aproximação do gênero pretendido. As especificações relacionadas com os procedimentos corretos estão nos artigos 3° e 4°, da Resolução n° 1.955/2010:

> Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
>
> 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
>
> 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
>
> 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
>
> 4) Ausência de outros transtornos mentais (Onde se lê "Ausência de outros transtornos mentais", leia-se "Ausência de transtornos mentais")
>
> Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:
>
> 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
>
> 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
>
> 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia (BRASIL, 2010, *on-line*).

É possível notar que a presente Resolução coaduna com a defesa da dignidade dos transexuais. Maria Helena Diniz (2008) assevera que a mudança do sexo masculino para o feminino está tão aperfeiçoada atualmente que pode até mesmo não acarretar qualquer tipo de suspeita no parceiro sexual.

Agora, a referida autora elucida que a alteração inversa, ou seja, do gênero feminino para o masculino, é mais problemática, porque é praticamente impossível construir um pênis funcional e a cirurgia é bem mais complexa (DINIZ, 2008).

Por muitos anos foi exigido esse tipo de procedimento cirúrgico prévio para autorizar a alteração do registro civil. Porém, era notável que havia uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, pois como ficavam os transgêneros que ainda não fizeram tal cirurgia ou que não fazem questão de fazê-la, mas se identificam e se apresentam socialmente com o gênero oposto ao sexo biológico? Destarte, antes de adentrar nesse questionamento, será apresentada essa questão antes do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275.

3.4 Alteração do registro civil antes da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275

Anteriormente a mentalidade relacionada ao transexual estava eivada de preconceitos sociais. Isso refletia diretamente na legislação pátria, que lhes ofertava ínfimos direitos e ainda os impedia de usar legalmente o nome e o gênero autopercebido. Em reflexo, o próprio Ministério Público na década de 1990 se colocava contra a alteração do registro civil, mesmo que a pessoa já tivesse passado pela cirurgia de transgenitalização.

No julgado a seguir, de 1995, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), foi aceita a troca de nome, desde que nos documentos constasse explicitamente que se tratava de um transexual e não de alguém do gênero feminino:

> REGISTRO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. NOME E SEXO. TRANSEXUALISMO. SENTENÇA ACOLHENDO O PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO NOME E SEXO, MAS DETERMINANDO SEGREDO DE JUSTIÇA E VEDANDO NO FORNECIMENTO DE CERTIDÕES REFERÊNCIA A SITUAÇÃO ANTERIOR. Recurso do ministério público se insurgindo contra a mudança de sexo, pretendendo que seja consignado como transexual feminino, e contra a não publicidade do registro. embora sendo

> transexual e tendo se submetido a operação para mudança de suas características sexuais, com a extirpação dos órgãos genitais masculinos e a implantação de uma vagina artificial, biológica e somaticamente continua sendo do sexo masculino. inviabilidade da alteração, sem que seja feita referência a situação anterior, ou para ser consignado como sendo transexual feminino, providencia que não encontra embasamento mesmo nas legislações mais evoluídas. solução alternativa para que, mediante averbação, seja anotado que o requerente modificou o seu prenome e passou a ser considerado como do sexo feminino em virtude de sua condição transexual, sem impedir que alguém possa tirar informações a respeito. publicidade do registro preservada. apelação provida em parte (RIO GRANDE DO SUL, 1995, on-line).

É possível notar que as expressões utilizadas para se referir ao caso eram extremamente impactantes e vexatórias, como: "extirpação dos órgãos genitais masculinos", "implantação de uma vagina artificial", etc. Interessante demonstrar que, até pouco tempo o TJRS ainda vinculava a alteração do nome com a prévia cirurgia de readequação sexual:

> REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO. ALTERAÇÃO DO NOME. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. A ALTERAÇÃO DO SEXO SOMENTE SERÁ POSSÍVEL APÓS A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. O fato da
>
> pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a mudança do nome, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. No entanto, é descabida a alteração do registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, isto é, que o autor seja do sexo feminino, quando inequivocamente ele é do sexo masculino, pois ostenta órgão genitais tipicamente masculinos. 5. A definição do sexo é ato médico e o registro civil de nascimento deve espelhar a verdade biológica, somente podendo ser corrigido quando se

> verifica erro. Recurso desprovido, por maioria (RIO GRANDE DO SUL, 2015, *on-line*).

Também já haviam aquelas em que a dignidade da pessoa humana era levada em consideração para conceder a alteração almejada, mas ainda havia clara exigência da cirurgia em questão. É possível perceber isso por meio da ementa proveniente do Tribunal de Justiça do Pará:

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - TRANSEXUALISMO - ALTERAÇÃO DO NOME E SEXO DO APELANTE EM REGISTRO CIVIL - JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PROVIMENTO. I - A apelação deve ser conhecida, pois tempestiva e de acordo com determinações legais; II - Apelante submeteu-se à intervenção cirúrgica para mudança de sexo e possui fenótipo feminino, além de condição psicológica de mulher; III - Princípio da dignidade da pessoa humana tem vertentes na questão da cidadania, da personalidade e da saúde (física e psíquica), possibilitando, com alicerce em jurisprudência majoritária, o provimento do pleito. IV - Em vistas da dignidade e da privacidade do apelante, não se deve fazer averbação da alteração; V - Decisão Unânime (PARÁ, 2009, *on-line*).

A seguir, decisão interessante decorreu do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em que na sentença o juiz determinou a necessidade de prévia cirurgia de ablação dos órgãos sexuais para poder haver concessão da retificação do assento civil. Contudo, no recurso de apelação, foi concedida a alteração em virtude somente da desconformidade entre sexo biológico e sexo psicológico identificada por perícia multidisciplinar, além dos constrangimentos e situações vexatórias por apresentar nome diferente do gênero demonstrado:

> AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE ASSENTO CIVIL. ALTERAÇÃO DO NOME POR CONTA DOS CONSTRANGIMENTOS SOFRIDOS EM RAZÃO DO TRANSEXUALISMO. Insurgência contra sentença de improcedência do pedido porque o autor não se submeteu à cirurgia de ablação dos órgãos sexuais masculinos. Desnecessidade. Desconformidade entre sexo biológico e sexo psicológico que pode ser demonstrada por perícia multidisciplinar. Constrangimentos e humilhações que justificam o pedido de alteração do prenome masculino para feminino. Exigência de prévia cirurgia para interromper

> situações vexatórias constitui violência. Dilação probatória determinada. Sentença anulada para esse fim. Recurso provido (SÃO PAULO, 2014, *on-line*).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também vinha aplicando o mesmo entendimento do Tribunal paulista, usando a dignidade da pessoa humana para afastar a necessidade de prévia cirurgia para poder modificar o nome e o gênero:

> RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença (MINAS GERAIS, 2014, *on-line*).

Já o Tribunal de Justiça da Bahia também seguia o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de mitigar o princípio da veracidade dos registros públicos, que estabelece que estes registros devem demonstrar a realidade fenomênica, afastando o entendimento que determinava que o nome fosse compatível com os órgãos sexuais existentes. Eis a Ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE NOME E SEXO. RECURSO CONTRA A SENTENÇA QUE INDEFERIU PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO SEXO. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PONDERAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO PROVIDO (BAHIA, 2017, *on-line*).

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) seguia caminho oposto, na mesma situação enfatizava o princípio da veracidade para

negar a alteração no assento civil e em virtude disso exigia a cirurgia de alteração sexual prévia para, em amparo legal, autorizar judicialmente tal modificação:

> CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL. CIRURGIA DE ALTERAÇÃO NÃO REALIZADA. REGISTRO PÚBLICO. PRINCIPIOS DA PUBLICIDADE E VERACIDADE. PONDERAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A alteração do prenome e do designativo de sexo no registro civil da pessoa transexual apresenta-se como meio de garantir o cumprimento e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade e da saúde. II - Somente o transexual que já se submeteu à intervenção cirúrgica para a mudança de sexo se encontra amparado legalmente para obter autorização judicial para a alteração do designativo de sexo no registro civil. III - Apelação Cível do Apelante L.A.C.S. conhecida e não provida (DISTRITO FEDERAL, 2017, *on-line*).

Portanto, o transexual brasileiro até o ano passado que buscava judicialmente a alteração do nome no registro civil esbarra em decisões discrepantes dependendo do Estado. Em relação ao TJDFT, o entendimento forense ainda era retrogrado e baseado em ideais que em nada se amparava na dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim, no capítulo a seguir, tratar-se-á acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 e do Recurso Extraordinário nº 670.422, ambos julgados em 2018.

4 ANÁLISE DOS JULGAMENTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4275 E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 670.422

4.1 Considerações iniciais

Destaca-se que, na história constitucional brasileira jamais uma Lei Maior proclamou de modo tão amplo e pormenorizado os direitos e garantias fundamentais como faz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Isto ocorre em razão de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito.

Sarlet (2015) faz distinção entre os direitos fundamentais e direitos humanos. Para o autor, o primeiro se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional de determinado Estado, enquanto o segundo alude aos direitos intrínsecos ao ser humano em patamar supranacional, independentemente de sua vinculação à determinada ordem constitucional, aspirando validade universal.

Assim, os direitos fundamentais podem ser representados pelo conjunto mínimo imprescindível para garantir uma vida ao ser humano fundamentada na liberdade e na dignidade para prevenir que passe por sofrimentos (SARLET, 2015).

Essas espécies de direitos surgiram em virtude da necessidade de limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades estabelecidas. Destarte, os direitos fundamentais buscam valorizar o respeito à dignidade da pessoa humana, assegurar a limitação de poder e permitir o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275

O STF encerrou o julgamento no dia 1º de março de 2018, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, em sessão plenária, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) para que o artigo 58, da Lei nº 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos, fosse interpretado segundo a Constituição de 1988, para possibilitar a modificação de prenome e gênero no registro civil por meio de averbação no registro original, independentemente de prévia cirurgia de transgenitalização.

Todos os ministros da Suprema Corte reconheceram o direito. A maioria entendeu que, para a modificação do nome e gênero não há necessidade de autorização judicial. Votaram nesse sentido os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente da Corte, Cármen Lúcia. Ficaram vencidos, nesse ponto, o ministro Marco Aurélio (relator), que achou necessário procedimento de jurisdição voluntária (em que não há litigio). Também

ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que exigiam autorização judicial para a modificação do assento civil. O ministro Dias Toffoli estava impedido (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018a).

Interessante trazer o voto do Decano da Corte Suprema, Celso de Mello, que em seus fundamentos, trouxe à baila determinações elencadas no documento internacional produzido na Indonésia, em 2006, que apresenta o rol dos Princípios de Yogyakarta:

> O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma – segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e interrelacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso.
>
> Violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua identidade de gênero traduzem situações que um Estado fundado em bases democráticas não pode tolerar nem admitir.
>
> O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênero, impregnado de natureza constitucional, e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> [...].
>
> É preciso conferir ao transgênero um verdadeiro estatuto de cidadania, pois ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de identidade de gênero.
>
> Isso significa que os transgêneros têm a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que exclua, que discrimine, que

> fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua identidade de gênero.
>
> Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades fundamentais, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos minoritários que integram a comunhão nacional (MELLO, 2018, p. 1-2).

O mesmo ainda frisou em seu voto que, na realidade, o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, por se tratar de direito fundamental, derivado da dignidade da pessoa humana, que integra o complexo mínimo dos direitos da personalidade, assinalando que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, conforme a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo dos assentamentos registrais, que poderão ser modificados para garantir o nome social do transgênero, independentemente da prévia realização do procedimento cirúrgico de mudança de sexo, mesmo porque não é a cirurgia que confere à pessoa a condição de transgênero e nem pode usar esse procedimento como requisito para o livre exercício, pelo transgênero, desse expressivo direito da personalidade (MELLO, 2018).

O Decano asseverou que, o postulado constitucional da busca da felicidade, que emana, implicitamente, do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, assume função de extrema importância no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em virtude de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cujo acontecimento possa comprometer, afetar ou, ainda, esterilizar direitos e franquias individuais (MELLO, 2018).

Foi enfatizado também que, a procura da felicidade igualmente foi positivada no plano normativo de outros países, por exemplo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do

Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo) (MELLO, 2018).

E finalizou dizendo que, o STF, no desempenho da jurisdição constitucional, tem manifestado, muitas vezes, decisões de natureza claramente contramajoritário, objetivando preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão (MELLO, 2018).

A Ministra Cármen Lúcia votou por último, em razão de ser a presidente da Corte Suprema, se manifestando que as minorias e grupos vulneráveis geralmente possuem apoio familiar em face das opressões sociais, mas a população LGBTI comumente tem, em casa, o primeiro lugar de opressão, representado por agressões e expulsões do lar, em virtude da orientação sexual não-heteroafetiva ou identidade de gênero transgênera. Aludiu que alicerçava o voto dela nos direitos fundamentais à dignidade, à igualdade material, à honra, à imagem, à intimidade e à liberdade, para julgar procedente o pedido, e tornar real a retificação do registro civil de pessoas transgênero, independente de cirurgia, de laudos clínicos e de ação judicial (IOTTI, 2018).

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 4275, permitiu às pessoas trans requerer a alteração do nome e gênero no registro civil sem a necessidade da cirurgia de transgenitalização, em conformidade com a dignidade da pessoa humana, bem como nos Princípios de Yogyakarta, em plena conformidade com ordenamento jurídico brasileiro vigente.

4.3 Decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 e o entendimento forense antecedente

Para demonstrar que a decisão da Corte Suprema além de unificar o entendimento, também seguiu uma tese que já vinha sendo alicerçada no ambiente

forense. De acordo com Jomar Martins (2017), os transexuais possuem direito a serem tratados socialmente conforme a sua identidade de gênero, inclusive no uso de banheiros públicos. Violar esse direito significa lesionar os princípios constitucionais da honra e da dignidade da pessoa humana, possibilitando o direito a indenização por dano moral.

Nesse sentido, em 19 de abril de 2017, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou integralmente a sentença que condenou em danos morais uma casa de diversões em razão de seus funcionários terem xingado um travesti por ter usado o banheiro das mulheres. Pelo constrangimento e humilhação, a indenização foi fixada em 8 mil reais (MARTINS, 2017).

Na inicial, a autora aludiu que assumiu sua transexualidade aos 18 anos de idade e passou a utilizar o nome Roberta. Em março de 2013, ela e amigos foram a uma festa, contudo já na entrada se viu forçada a comprar o ingresso masculino, que era mais caro. Posteriormente, a briga com os seguranças locais se deu quando saiu do banheiro feminino. Ela e os amigos foram encaminhados para um canto e xingados por eles, sendo, em seguida, expulsos. A parte ré, em sede de defesa, alegou que a casa compeliu Roberta a comprar o ingresso masculino em virtude de o documento de identificação apresentado ter o nome de batismo (MARTINS, 2017).

Na primeira instância, a ação indenizatória foi julgada plenamente procedente. Para o juiz Ivan Fernando de Medeiros Chaves, do 1º Juizado da 2ª Vara Cível da Comarca de São Leopoldo - RS, a narrativa da boate deixou claro que a autora teve sua honra lesionada e foi ofendida por ser transexual, o que violou sua dignidade. O magistrado aduziu acerca do voto do ministro Luís Roberto Barroso, do STF, ao se manifestar acerca da questão do tratamento aos transexuais no Recurso Extraordinário (RE) 845.779. Nesse caso, Barroso deixou nítido que, em respeito ao princípio constitucional da dignidade e ao princípio democrático, devem ser respeitados os direitos dos transexuais de ser tratados pelo modo como se apresentam. Inclusive podendo utilizar banheiros públicos (MARTINS, 2017).

Em seu voto o ministro aludiu que o padrão cultural heterossexual e cisgênero rotulou as orientações sexuais e identidades de gênero tornando-as "aberrações" ou "perversões" sociais a serem curadas ou condenadas. Os trans convivem continuamente sob a peja do preconceito e da estigmatização, sendo sempre analisados como inferiores, contribuindo para o perpetuamento do preconceito e de injustiças, dificultando o acesso aos serviços públicos de saúde, educação, segurança pública e sobretudo ao mercado laboral (MARTINS, 2017).

Ainda, em relação ao caso gaúcho, o magistrado reafirmou que o direito dos transexuais de serem tratados segundo sua identidade social, que está amparada no inciso III, do artigo 1º, da CRFB/1988, que define o princípio da dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2017).

Na sentença afirmou que este é um valor inerente ao ser humano, que correlaciona ao direito à igualdade, como igualmente por ser um direito fundamental à autonomia, equivalente ao "direito de ser como se é" e, também, alicerçado no Princípio Constitucional Democrático, referente à proteção das minorias (MARTINS, 2017).

No acórdão, os desembargadores unanimemente aduziram que a pessoa possui direito de frequentar o banheiro de acordo com sua opção de gênero, ainda mais, como no caso dos autos, quando a identificação da transgeneralidade é nítida. Além disso, quando tal direito é desrespeitado, está caracterizada a discriminação, não devendo e não podendo mais ser aceita (MARTINS, 2017).

O relator, desembargador Carlos Eduardo Richinitti, aduziu que a questão de gênero, está mostrando que a ciência já constatou não se tratar de uma opção, mas destino biológico. Apenas essa constatação demonstra o quanto as pessoas, enquanto sociedade, errava até hoje, impondo sofrimento, humilhação, exclusão e marginalidade àqueles que não se identificam com o gênero que lhes foi cominado ao nascimento (MARTINS, 2017).

Como pode ser visto no caso supratranscrito, a questão envolvendo o uso do banheiro público por transgêneros ainda se mostra muito problemática no Brasil. Tanto que gera alguns conflitos sociais que acabam indo parar no Poder Judiciário em busca de resolução. Como raciocínio lógico, a pessoa que se autopercebe como pertencente de um gênero irá buscar usar o sanitário correspondente.

4.4 A Lei Estadual nº 10.948/2001, de São Paulo

Para dirimir a questão envolvendo a utilização do banheiro público pela pessoa trans, algumas unidades federativas procuraram resolver tal situação criando leis estaduais com essa finalidade. Por exemplo, no estado de São Paulo já existe normatização estadual que visa punir toda manifestação atentatória ou discriminatória cometida contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero conforme determina o artigo 1º, da Lei nº 10.948, de 5 de novembro de 2001. O artigo 2º, da respectiva Norma, apresenta um rol de situações atentatórias e discriminatórias em face desse grupo de pessoas:

> Artigo 2.º - Consideram-se atos atentatórios e discriminatórios dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos homossexuais, bissexuais ou transgêneros, para os efeitos desta lei:
>
> I - praticar qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica;
>
> II - proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público;
>
> III - praticar atendimento selecionado que não esteja devidamente determinado em lei;
>
> IV - preterir, sobretaxar ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares;
>
> V - preterir, sobretaxar ou impedir a locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade;
>
> VI - praticar o empregador, ou seu preposto, atos de demissão direta ou indireta, em função da orientação sexual do empregado;

> VII - inibir ou proibir a admissão ou o acesso profissional em qualquer estabelecimento público ou privado em função da orientação sexual do profissional;
>
> VIII - proibir a livre expressão e manifestação de afetividade, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos (SÃO PAULO, 2001, *on-line*).

Já o artigo 3º determina que serão passíveis de punição o cidadão, inclusive aqueles que exercem função pública, civil ou militar. Além de toda organização social ou empresarial, com ou sem fins lucrativos, de natureza privada ou pública. O artigo 4º estabelece que a apuração será feita em processo administrativo, que terá início mediante: a) reclamação do ofendido; b) ato ou ofício de autoridade competente; c) e comunicado de organizações não-governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos (SÃO PAULO, 2001).

Assim, essa norma estadual continua altamente atual mesmo tendo sido criada no início dos anos 2000, pois vem produzindo efeitos até os dias mais recentes. Em 2017, foi regulamentada a utilização do banheiro nas escolas públicas estaduais segundo a identidade de gênero em que cada aluno se identifica.

Alexandre Parrode (2017) assevera que as unidades de ensino obrigatoriamente devem seguir essa norma estadual, que trata acerca da discriminação em virtude de orientação sexual e identidade de gênero. Além disso, a Escola Estadual Rodrigues Alves, no centro da capital paulista, é o principal modelo a ser seguido, pois todos os alunos já usavam o banheiro conforme o gênero que se reconheciam. E para reforçar, o respeito aos alunos trans era tema recorrente de discussões na escola, igualmente o respeito às diferenças.

Dessa maneira, essa iniciativa estadual demonstra que é possível também criar uma norma com alcance nacional, proveniente do Poder Legislativo Federal, para regular, preferencialmente, de forma pedagógica, como deve ocorrer esse tipo de uso pelas pessoas trans (se houver necessidade), como a sociedade deve se portar e como deve proceder o estabelecimento, elencando também as medidas ou punições cabíveis pelo embaraçamento.

4.5 Legado discursivo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275

A decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 já começou a produzir efeitos imediatos, tanto em consonância com o entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal como de modo contrário para impedir que tal deliberação seja seguida.

A primeira situação diz respeito a uma sentença proferida no início do mês de março de 2018, que condenou uma empresa situada no estado de Minas Gerais ao pagamento de indenização no valor de 15 mil reais para uma ex-funcionária transgênero, que foi continuamente impedida de utilizar os banheiros femininos no ambiente de trabalho. Essa decisão é proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que confirmou a decisão da 1ª Vara da Justiça do Trabalho, localizada em Formiga - MG, que considerou a colaboradora como vítima de discriminação por gênero e assédio moral (QUERINO, 2018).

Segundo o processo, a autora sofria, por parte dos colegas e encarregado, humilhações recorrentes em uma companhia de montagens industriais, que atuava na obra de uma siderúrgica, mediante contrato de prestação de serviços firmado pelas empresas. Na defesa, a parte ré alegou que proibiu o uso do sanitário por inexistir um “específico”, pois mesmo com retificação do nome civil em seu documento e também por apresentar características femininas, as outras funcionárias reclamavam da presença da autora (QUERINO, 2018).

Na sentença, o magistrado afirmou que as empresas não tomaram qualquer atitude para orientar os funcionários para dar o tratamento adequado à autora, para respeitar a identidade de gênero a qual faz parte, porquanto mesmo tendo o nome retificado judicialmente, se via obrigada a usar o nome de batismo no crachá (QUERINO, 2018).

Como se vê, o embaraço ou impedimento ao uso do banheiro público podem acarretar responsabilização civil, pois não é possível mais continuar admitindo

atitudes organizacionais ou sociais nesse sentido, que violam claramente a dignidade da pessoa.

Outra consequência observada, em matéria virtual divulgada no dia 7 de março de 2018, a Universidade Federal do Piauí (UFPI) implantou o seu primeiro banheiro unissex. Destaca-se que, a possibilidade de implantação dessa ideia já se mostrava presente em diversas instituições públicas do país, embora nenhuma tenha concretizado (VENTURA, 2018).

Entretanto, alguns alunos não concordaram com esse projeto. O estudante de Filosofia, José Ribas afirma, aduziu ser contra a existência dessa espécie de banheiro, pois, segundo ele, os banheiros da universidade possuem diversos riscos de violência e as mulheres reclamam muito disso e essa medida pode abrir margem para que pessoas com maledicência sexual possam agir. Ainda, asseverou que não poderia ser normalizada a disforia de gênero, que é um transtorno psicológico (VENTURA, 2018).

No mesmo sentido, a aluna Suelen Cristina, estudante de Pedagogia, não aprovou a criação do banheiro, sobretudo em razão da sua religião e disse recear pela segurança das mulheres que viessem a usá-lo. Por último, o aluno Joseph Oliveira, estudante de Comunicação Social, viu esse projeto de um modo mais imparcial, aduzindo que se este passou a existir é porque há demanda (VENTURA, 2018).

Outra consequência imediata foi a apresentação do Projeto de Lei (PL) nº 9.742, no dia 3 de março de 2018, pelo Deputado Federal Sóstenes Cavalcante, do DEM/RJ, para estabelecer como contravenção penal o uso em hospitais, enfermarias, asilos, sanitários públicos, escolas ou universidades, de espaços destinados para utilização exclusiva masculina ou feminina, por pessoas de sexo diverso, em desobediência às normas constituídas. Ao referido PL foi apensado o PL nº 577/2016 de autoria do Deputado Federal Professor Victório Galli (PSC/MT), que possui a igual finalidade. O artigo 1º, do PL nº 9.742/2018, objetiva incluir o artigo

42-A, no Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, mais conhecida como Lei das Contravenções Penais, com a seguinte determinação e imputação de pena:

> O Congresso Nacional decreta:
>
> Art. 1º O Decreto-Lei n° 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), passa a contar com o artigo 42-A, com a seguinte redação:
>
> "Art. 42-A Utilizar, em hospitais, enfermarias, asilos, sanitários públicos, escolas ou universidades, de espaços designados para uso exclusivo masculino ou feminino, por pessoas de sexo diverso, em desobediência às normas estabelecidas.
>
> Parágrafo 1°: a vedação não é aplicável aos que tenham se submetido a procedimento de redesignação sexual.
>
> Parágrafo 2°: também respondem pela contravenção, na medida das penas cominadas, aqueles que tendo o dever de controle e fiscalização desses espaços, permitirem sua utilização indevida.
>
> Pena - prisão simples, de seis meses a um ano, e multa." (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 1-2).

Interessante apresentar a justificativa do Projeto de Lei acima, pois nela está impregnada todo o preconceito ainda existente no meio social, que ainda continua tentando influenciar a legislação pátria, sem se ater a dignidade da pessoa humana. Eis as palavras do autor do PL:

> São inegáveis os prejuízos morais e psicológicos que tal situação pode causar; principalmente a crianças e jovens em formação, ou mulheres que venham ser obrigadas a utilizar esses espaços – muitas vezes em situações de fragilidade física e emocional, como é o caso do que se observa em hospitais, enfermarias e asilos, mas também em sanitários públicos, escolas e universidades – ao lado de um homem vestido de mulher, mas que mantém as características físicas e anatômicas do sexo de nascimento.
>
> [...].
>
> Ao se buscar impor determinados comportamentos que são partilhados apenas por uma pequena parcela da população a uma maioria que se conduz por princípios, normas e condutas diversas, ao invés de integração e respeito à diversidade, o que acaba se produzindo é mais intolerância, conflitos, discriminação e violência; uma vez que imposições dessa

> natureza, ao invés de pacificar as relações interpessoais, tendem a alimentar e ampliar conflitos.
>
> [...].
>
> Ao permitir que alguém sexo masculino ingresse e utilize um espaço feminino, quem poderá garantir a segurança das meninas, adolescentes ou mulheres que ali estiverem? Quem poderá garantir que algum menino, rapaz ou homem mal-intencionado não venha a utilizar-se do subterfúgio de alegadamente possuir orientação sexual diversa para ter acesso a tais lugares com a finalidade de praticar abusos sexuais? (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 3-4).

Portanto, as justificativas do Projeto de Lei nº 9.742/2018 além de generalizar, também se pauta em hipóteses vazias e extremamente abstratas, como a possibilidade de ocorrência de abusos sexuais ou que isso pode representar prejuízos morais e psicológicos para menores de idade.

Além disso, o preconceito é claramente identificável observando essa afirmação: "mulheres que venham ser obrigadas a utilizar esses espaços [...] ao lado de um homem vestido de mulher, mas que mantém as características físicas e anatômicas do sexo de nascimento".

Assim, a decisão proferida na ADI nº 4275 é um marco para o trans, que sempre se viu desamparado pelo Estado (legislativo e judiciário). Porém, a sociedade ainda precisa compreender que todo ser humano busca felicidade e impedir que isso ocorra fere-se a sua dignidade, atrapalhando a realização pessoal em todas as suas esferas.

4.6 Recurso Extraordinário nº 670.422: consolidação do entendimento da Corte Suprema brasileira

A decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 no primeiro trimestre de 2018 continua reverberando no meio jurídico, nesse caso, em outro processo presente no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário (RE) nº 670.422, reafirmou o mesmo entendimento.

No dia 15 de agosto de 2018, o Plenário da Corte Suprema deu provimento ao RE, com repercussão geral reconhecida em 2014, para autorizar a modificação do registro civil de pessoa transgênero, diretamente pela esfera administrativa, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018b).

O relator do recurso extraordinário, ministro Dias Toffoli, explanou que fez mudanças em seu voto, proferido em 22 de novembro de 2017, para adequá-lo à posição consolidada pelo STF na ADI nº 4275 em março de 2018. No voto original, ele tinha limitado a análise da mudança no registro de determinado grupo de transgêneros e também previa a exigência de ordem judicial para a alteração. Destaca-se que os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes mantiveram a exigência de atuação judicial, os demais seguiram integralmente o voto reajustado do relator (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018b).

O entendimento apresentado pelo ministro Dias Tofolli, para fim de repercussão geral, foi aprovado pelo Plenário com os seguintes termos: a) o transgênero possui direito fundamental subjetivo à mudança de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, exigindo-se apenas a manifestação de vontade da pessoa, que poderá ser exercida tanto via judicial como diretamente pelo meio administrativo; b) essa modificação precisa ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão da expressão “transgênero”; c) nas certidões do registro não constará observação acerca da origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; d) e se efetuado o procedimento pelo meio judicial, competirá ao juiz determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a mudança dos demais registros nos órgãos públicos ou privados relacionados, os quais deverão preservar o sigilo acerca da origem dos atos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018b).

Assim, nota-se que a Suprema Corte brasileira já tem plenamente assentada a tese de que a pessoa trans não precisa realizar a cirurgia de redesignação sexual ou

de ordem judicial como requisito autorizador para alteração do nome no registro civil, em plena consonância com as determinações dos Princípios de Yogyakarta, com a dignidade da pessoa humana e com os demais direitos fundamentais relacionados com a personalidade.

Newton Teixeira Carvalho (2018) aduz acerca do julgamento do RE nº 670.422, que, o STF, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação segundo a Lei Maior de 1988 e Pacto de São José da Costa Rica ao artigo 58, da Lei de Registros Públicos, para reconhecer às pessoas trans que assim o almejarem, independentemente da cirurgia de mudança de sexo ou da realização de tratamentos hormonais, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Porém, Newton Teixeira alude que a partir desse momento é necessário um avanço maior, qual seja, que deixe de constar no registro de nascimento o gênero das pessoas. Tal medida poderia reduzir discriminações futuras, pois evitaria questionamentos acerca da mudança de gênero e do prenome (CARVALHO, 2018).

Embora seja uma tese peculiar, é inegável que o estágio vigente representa um avanço significativo para um grupo de indivíduos tão relegados pelo Estado e que necessita de todo tipo de proteção legal. Sobretudo em razão de que todo ser humano precisa de amparo para a sua intimidade e imagem, tornando real o usufruto de uma vida social sadia e feliz. A seguir serão feitas as ponderações derradeiras do presente tema.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho foram feitas considerações iniciais sobre a identidade de gênero, questão que nos últimos anos ganhou espaço sobretudo nos meios de comunicação, literatura e dramaturgia com o fito de conscientizar a população a compreender e respeitar a pessoa trans.

Foi demonstrado que existem algumas classificações para a sexualidade humana, sendo destacada a cisgênero e a trangênero. A primeira se refere a pessoa que se identifica com o sexo estabelecido no nascimento. Já a segunda alude sobre o indivíduo que se percebe pertencendo ao sexo diverso daquele cominado ao nascer.

Para dirimir qualquer dúvida, também foram trazidas definições acerca da orientação sexual, que se refere ao gênero que a pessoa sente atração afetiva e/ou sexualmente. Por exemplo, um homem trans pode sentir atração pelo gênero oposto ou pelo mesmo que se identifica.

Assim, a identidade de gênero alude acerca do gênero com o qual a pessoa se identifica. E a orientação sexual se refere ao gênero que a pessoa se sente atraída, podendo também sentir atração pelos dois na mesma intensidade ou não.

Entretanto, durante muito tempo as pessoas trans foram fortemente marginalizadas pela sociedade, meios de comunicação, pelas artes (comédia, por exemplo), pelo meio jurídico, etc. Isso dificultou muito a aquisição de direitos, deixando-os a margem da lei.

Na prática o preconceito social influenciou grandemente o poder legislativo, que sempre se mostrou omisso sobre a questão da transexualidade, muitas vezes, por motivos religiosos que viram e ainda veem essa questão como algo errado e que precisa ser evitado e/ou ignorado.

Porém, a doutrina e a jurisprudência brasileira caminharam em sentido diferente, pois, gradativamente foram reconhecendo que as pessoas trans precisavam ter determinados direitos reconhecidos para que pudessem ter uma vida digna e feliz.

Em decorrência disso surgiu o Direito à Autodeterminação de Gênero, que reconhece que todo ser humano tem a liberdade de viver, agir e se apresentar com o gênero que se sentir mais confortável, independente de dogmas sociais, ideológicos ou religiosos.

Dessa maneira, outros direitos voltados às pessoas trans foram surgindo, não apenas no Brasil, mas no mundo. Isso foi demonstrado mediante a edição dos Princípios de Yogyakarta, que decorreu da conferência feita entre 6 a 9 de novembro de 2006, em Yogyakarta, na Indonésia, organizada por uma coalizão de organismos internacionais coordenada pela Comissão Internacional de Juristas e Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Nesse documento internacional o cerne principal é a recomendação que os Estados busquem a igualdade entre as pessoas, independente de gênero. Para que todos possam viver com dignidade e em comunhão.

Interessante ressaltar que na introdução dessa carta é asseverado que a sua natureza jurídica é vinculante, devendo ser cumprido por todos os Estados participante. Porém, André de Carvalho Ramos apresenta entendimento diverso, ao aduzir que na realidade sua natureza jurídica é não vinculante, em virtude de ser um *soft law*, ou seja, ainda é um direito em formação.

Destarte, para muitas pessoas trans a realização é completada por meio da cirurgia de redesignação sexual, que é a alteração do sexo morfológico por aquele com o qual se identifica, além de outras alterações físicas e tratamentos hormonais para aproximar ou igualar ao físico do gênero de identificação.

Porém, embora as técnicas médicas já estejam bem avançadas, permitindo que se alcance a aparência do gênero identificado, ainda havia uma barreira a ser derrubada: a alteração do prenome. Destaca-se que esta é uma reivindicação antiga e recorrente.

De início o judiciário começou a admitir a alteração do registro civil desde que o indivíduo já tivesse passado pela cirurgia de redesignação sexual. Contudo, esse entendimento se mostrava muito limitado, pois não atendia as pessoas trans que não possuíam interesse em passar por esse procedimento.

Como quase sempre acontece, a jurisprudência vai mudando vagarosamente um entendimento e nesse caso não foi diferente, porque começou a ocorrer

questionamentos sobre essa obrigatoriedade para poder alterar o prenome e coaduna-lo com o gênero autopercebido.

Toda essa discussão se estendeu até o Supremo Tribunal Federal, que precisou enfrentar essa questão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 e no Recurso Extraordinário nº 670.422.

O julgamento da ADI encerrou-se em 1º de março de 2018 e reconheceu que deve ocorrer a retificação do registro civil de pessoas transgênero, independente de cirurgia, de laudos médicos e de processo judicial.

Essa decisão mitigou o princípio da veracidade dos registros públicos, que determina que estes tipos de documentos devem representar a realidade fenomênica, devendo haver compatibilidade do nome com os órgãos sexuais existentes no nascimento.

Foi apresentado no desenvolvimento deste que já existia iniciativa estadual para punir toda manifestação atentatória ou discriminatória em face de homossexual, bissexual ou transgênero. Esta iniciativa legislativa está localizada no estado de São Paulo mediante Lei nº 10.948/2001. Posteriormente, em 2017, foi regulamentado o uso do banheiro nas escolas públicas estaduais conforme a identidade de gênero de cada aluno.

Foram apresentados casos que nitidamente ganharam força após a decisão proferida na ADI. Sobretudo referente ao uso do banheiro público pelo trans, porquanto é incompreensível que este ainda tenha que se ver obrigado a frequentar banheiro do gênero não identificado, pois vai de encontro com todas as conquistas obtidas até a presente data.

Em seguida a Corte Suprema brasileira se manifestou novamente sobre o tema em agosto de 2018 e reafirmou a mesma tese, nesse caso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 670.422, autorizando a modificação do registro civil de pessoa trans, diretamente pelo meio administrativo, mesmo se inexistir a prévia realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual.

É inegável que o judiciário nacional está aplicando as determinações da Carta Maior de 1988, principalmente acerca da dignidade da pessoa humana e igualdade, não podendo haver distinção em razão de gênero.

Além disso, o Estado deve buscar consolidar o bem-estar das pessoas e reprimir qualquer ato atentatório e discriminatório que vise impedir esse tipo de realização. Os trans ainda continuam sendo esquecidos pelo Poder Judiciário pátrio, pois não há uma lei relevante que trate sobre os direitos desse grupo social.

Portanto, conclui-se que está havendo um avanço gradativo, capitaneado sobretudo pela doutrina e jurisprudência. Que vem reconhecendo que as pessoas trans precisam ter determinados direitos protegidos para alcançar a realização pessoal e social, sendo um destes, usar o prenome conforme identidade de gênero e utilizar o banheiro público segundo o gênero com o qual se identifica.

Sugestiona-se, em trabalhos futuros, que versem sobre tema semelhante, se existe algum movimento do Congresso Nacional que busque legalizar o uso do banheiro público pela pessoa trans e quais serão as punições previstas para aqueles que tentarem impedir o gozo desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

BAHIA. **Tribunal de Justiça.** Apelação nº 0547349-02.2015.8.05.0001. Quinta Câmara Cível. Relatora: Lígia Maria Ramos Cunha Lima. Salvador. Publicado em: 1 nov. 2017. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516857035/apelacao-apl-5473490220158050001>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina.** Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010. Brasília. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. Julgado em: 16 ago. 2011. Publicado em: DJe 26 ago. 2011. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623277/agreg-no-recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>. Acesso em: 28 maio 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 9.742**, de 3 de março de 2018. Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1643188&filename=Tramitacao-PL+9742/2018>. Acesso em: 4 jun. 2018.

CARVALHO, Newton Teixeira. **O registro civil e a desnecessidade de lançamento do gênero das pessoas no assento de nascimento.** Publicado em: 21 ago. 2018. Disponível em: <http://domtotal.com/artigo/7623/2018/08/o-registro-civil-e-a-desnecessidade-de-lancamento-do-genero-das-pessoas-no-assento-de-nascimento/>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CAYE, Daniel Paulo. **Os Princípios de Yogyakarta e sua interação com o Direito Interno e Políticas Públicas no Brasil.** Publicado em: 2009. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/70358-DANIEL_PAULO_CAYE.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.** Apelação Cível nº 20150111376768. Processo nº 0019173-68.2015.8.07.0016. Terceira Turma Cível. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília. Julgado em: 21 jun. 2017. Publicado em: DJE 30 jun. 2017. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/500939000/20150111376768-segredo-de-justica-0019173-6820158070016>. Acesso em: 20 maio 2018.

FARINA, Roberto. **Transexualismo:** do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafílias. São Paulo: Novolunar, 1982.

GOLDENSON, Robert M.; ANDERSON, Kenneth N. **Dicionário de Sexo.** São Paulo: Ática, 1989.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de janeiro: Lamparina, 2014.

HOGEMANN, Edna Raquel; CARVALHO, Marcelle Saraiva de. O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9668>. Acesso em: 23 maio 2018.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero:** conceitos e termos. 2. ed. Brasília: 2012. Disponível em: <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

MARTINS, Jomar. **Obrigar transexual a usar banheiro masculino causa dano moral indenizável.** Publicado em: 28 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-28/obrigar-transexual-usar-banheiro-masculino-causa-dano-moral>. Acesso em: 1º jun. 2018.

MELLO, Celso de. **Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal.** Publicado em: 1º mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2018.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível nº 10521130104792001/MG. Sexta Câmara Cível. Relator: Edilson Fernandes. Belo Horizonte. Julgamento em: 22 abr. 2014. Publicado em: 7 maio 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121148426/apelacao-civel-ac-10521130104792001-mg>. Acesso em: 20 maio 2018.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de Autodeterminação Sexual.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO. **Princípios de Yogyakarta.** De 6 a 9 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.

PARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 00273040320058140301/PA. Terceira Câmara Cível Isolada. Relator: Leonam Gondim da Cruz Junior. Belém. Julgado em: 5 mar. 2009. Publicado em: 9 mar. 2009. Disponível em: <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348097752/apelacao-civel-ac-27304032005814030 1-belem>. Acesso em: 20 maio 2018.

PARRODE, Alexandre. **Alckmin legaliza uso de banheiro por identidade de gênero nas escolas de SP.** Publicado em: 24 maio 2017. Disponível em: <https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/alckmin-legaliza-uso-de-banheiro-por-identidade-de-genero-nas-escolas-de-sp-95442/>. Acesso em: 4 jun. 2018.

QUERINO, Rangel. **Ex-funcionária trans vence processo contra empresa que a impediu de utilizar banheiro.** Publicado em: 7 mar. 2018. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/2018/03/ex-funcionaria-trans-vence-processo-contra-empresa-que-a-impediu-de-utilizar-banheiro>. Acesso em: 4 jun. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Os princípios de Yogyakarta e os direitos humanos: uma análise sobre a construção dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3821, 17 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26156>. Acesso em: 1 jun. 2018.

RESTA, Elisio. **Percursos da identidade:** uma abordagem jusfilosófica. Tradução Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijuí, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível nº 595178963. Terceira Câmara Cível. Relator: Tael João Selistre. Porto Alegre. Julgado em: 28 dez. 1995. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9252185/apelacao-civel-ac-595178963-rs-tjrs>. Acesso em: 20 maio 2018.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível nº 70064503675. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre. Julgado em: 24 jun. 2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205741203/apelacao-civel-ac-70064503675-rs>. Acesso em: 20 maio 2018.

RIOS, Roger Raupp. Para Um Direito Democrático Da Sexualidade. **Horizontes Antropológicos**, ano 12, n. 26, Porto Alegre, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a04v1226.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Oswaldo Martins. **Objeto do desejo, das variações sexuais, perversões e desvios.** 2. ed. São Paulo: Iglu, 2000.

SÃO PAULO. **Lei que dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual.** Lei nº 10.948, de 5 de novembro de 2001. São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/alteracao-lei-10948-05.11.2001.html>. Acesso em: 4 jun. 2018.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça.** Apelação nº 0040698-94.2012.8.26.0562/SP. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Carlos Alberto de Salles. São Paulo. Julgado em: 24 jun. 2014. Publicado em: 25 jun. 2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125156606/apelacao-apl-406989420128260562-sp-0040698-9420128260562>. Acesso em: 20 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHADECK, Raíssa. **A violação dos Direitos Humanos em razão da orientação sexual.** 2015. 43f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, 2015. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3213/MONOGRAFIA%20%20FINAL%20RA%C3%8DSSA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2 abr. 2018.

SCHIAVO, Márcio Ruiz. **Manual de orientação sexual.** São Paulo: O nome da rosa, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo.** Publicado em: 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>. Acesso em: 27 ago. 2018b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo.** Publicado em: 1º mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 1º jun. 2018a.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo**: aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** Estudo sobre o transexualismo: Aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VENTURA, Maelson. **Universidade Federal do Piauí implanta banheiro "unissex" e gera debate.** Publicado em: 7 mar. 2018. Disponível em: <https://180graus.com/blog-geral/universidade-federal-do-piaui-implanta-banheiro-unissex-e-gera-debate>. Acesso em: 5 jun. 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914>. Acesso em: 23 maio 2018.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO CONTEMPORÂNEO: O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Priscila Borges Ferreira

RESUMO

Diante da problemática de violação massiva de direitos fundamentais, no âmbito penitenciário, decorrente de falhas estruturais de todo o aparato estatal, o presente trabalho se ocupou de investigar o que está sendo feito para tentar mudar essa realidade. Tendo como base esse assunto que reflete na segurança pública e influencia fortemente o cotidiano da sociedade, o objetivo aqui pretendido é o de apresentar a nova postura do Supremo Tribunal Federal para dar um cumprimento de pena digno, que respeite os direitos e garantias fundamentais, dentro dos presídios brasileiros e demonstrar as implicações do ativismo judicial no contexto de políticas públicas penitenciárias, por meio da análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF e pesquisa bibliográfica, entendendo os novos conceitos trazidos pela ação. O resultado é uma perspectiva otimista de retirada da inércia dos Poderes Públicos, por meio do chamado Ativismo Judicial Estrutural, em que a contribuição se dá ao perceber a mudança de visibilidade e de atuação, tanto social, como estatal, à matéria, como perceber, também, a importância desse sistema para a paz social.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Direitos Fundamentais. Estado de Coisas Inconstitucional. Ativismo Judicial Estrutural. Inércia. Mudança.

1 INTRODUÇÃO

A concepção dos direitos fundamentais, como valores e dever de proteção, enseja, dos Poderes Públicos, atuação legislativa, administrativa e judiciária, de forma dialógica. E, dessa forma, ofende a Constituição Federal (CF) não só quando

o Estado pratica excessos, como também quando deixa de agir em prol da garantia dos direitos fundamentais, ou quando o faz de modo insuficiente[1].

Em dimensão contemporânea do Princípio da Proporcionalidade, como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) dos direitos fundamentais, que só legitima o Estado se atuar de modo proporcional às exigências de tais direitos[2], ou seja, objetiva coibir a inação ou a atuação deficitária do Estado, exigindo-lhe medidas suficientes para uma proteção e promoção, no mínimo, adequada dos direitos fundamentais.

Diante de insistentes comportamentos políticos omissivos e de grave violação aos direitos fundamentais, o presente trabalho se ocupará em analisar a debilidade na efetividade desses direitos, no contexto do sistema penitenciário brasileiro. Assim como, dado o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional, analisar a necessidade do ativismo judicial dialógico e estrutural entre os Poderes Públicos e a sociedade civil, haja vista a falta de coordenação entre o legislador e a concretização dos comandos legais, somados à deficiência na execução das políticas públicas penitenciárias, oriundos de falhas estruturais, que gera um quadro massivo de violação de direitos e abandono social[3].

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma modalidade extrema de omissão inconstitucional do Estado e é preciso superá-lo. Por meio de técnicas desenvolvidas pela Corte Constitucional Colombiana, como será apresentado, adaptando-as ao contexto brasileiro, e conjugadas aos conhecimentos práticos tidos em outras áreas políticas de atuação ativista do Supremo Tribunal Federal (STF), como também será discutido, de forma a implementá-las de forma efetiva e superar os bloqueios políticos e institucionais, para possuir um sistema penitenciário que tenha condições mínimas de cumprimento de pena, assim como observar a dignidade da pessoa

1 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 480.
2 PULIDO,2003 apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
3 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93.

humana, a fim de apresentar à sociedade uma forma capaz de combater a criminalidade e o caos da insegurança social.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A análise do capítulo em tela se dará para o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional no sentido teórico e de suas conjecturas, a partir da obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos que, com sua tese de doutorado, trouxe para o Brasil a experiência colombiana. Em seus estudos, Carlos Alexandre desenvolve sobre o posicionamento tradicional da doutrina brasileira a respeito da inconstitucionalidade por omissão normativa e a sua consequente necessidade de reavaliação, assim como pontua a proposta teórica do ECI e suas implicações.

Dessa forma, é possível analisar o histórico do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional nos casos da Colômbia e do Brasil e os conceitos e pressupostos de sua decretação, tornando-se um tema relativamente novo no contexto brasileiro, mas de suma importância no sentido de mudar a realidade penitenciária do país, em princípio, pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental(ADPF) nº 347/DF, adiante analisada, que levantou esse tema em nossa Suprema Corte.

2.1 Decretação do ECI: paralelo entre Colômbia e Brasil

A ADPF 347 foi proposta pelo PSOL com o objetivo de obter do STF uma declaração que o sistema penitenciário brasileiro é um Estado de Coisas Inconstitucional e, consequentemente, obter medidas judiciais dirigidas a transformar o sistema, de modo a conduzi-lo a um estado de constitucionalidade, de conformidade ou, pelo menos, um estado de proximidade à Constituição Federal.

O termo ECI tem origem na Corte Constitucional Colombiana. Na primeira decisão, em 1997, a Corte se deparou com a situação de alguns municípios não pagarem subsídios previstos em lei aos professores. Mas, analisando o caso, a Corte percebeu que não era um caso referente a alguns municípios, mas sim um problema

generalizado de vários municípios colombianos e que a razão para o quadro de inconstitucionalidade não tinha origem nas próprias municipalidades. Não eram imperfeições próprias dos governantes municipais, mas era um defeito na distribuição de recursos financeiros no âmbito da Política Nacional de educação, ou seja, o problema não era em relação à falha de um único ente público ou órgão administrativo, mas era uma falha estrutural, decorrente de várias condutas omissivas de vários entes políticos envolvidos[4].

A referida Corte denominou Falha Estrutural e fez surgir um quadro de estado de inconstitucionalidade generalizada. Com a decretação do ECI, passou a intervir nas políticas públicas nacionais de educação. Porém, esse não foi o caso mais importante de decretação do ECI. Os dois casos mais importantes foram, o primeiro, envolvendo o sistema penitenciário colombiano e, o segundo, envolvendo o deslocamento interno de pessoas dentro da Colômbia por decorrência da violência interna (urbana e rural) no país, em virtude das FARC[5].

No primeiro caso, foi verificado um estado similar ao que ocorre hoje no Brasil. Verificou-se, a priori, um quadro de superlotação carcerária e, a posteriori, decorrente dessa superlotação, havia a negação de vários direitos fundamentais aos presos. Os presos viviam num estado de insegurança absoluta e negativa de direitos básicos, como alimentação saudável, educação... O quadro era de impossibilidade de ressocialização desses presos. A situação não era só de violação massiva dos direitos dos presos, mas também de ameaça à segurança da sociedade, que tinha, nesses presos, possíveis e prováveis reincidentes[6].

A Corte Suprema Colombiana também percebeu que não havia quaisquer políticas públicas em andamento, voltadas a superar esse quadro de inconstitucionalidade do seu sistema carcerário. Ou seja, além do quadro de violação

[4] RAQUEL CÁRDENAS; GÓMEZ PINTO, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
[5] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 120.
[6] HERNÁNDEZ, 2003*apud*CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

massiva de direitos fundamentais, percebeu a Corte que não havia a possibilidade de superação desse quadro por meio de ações estatais, haja vista a absoluta falta de políticas públicas nesse sentido[7].

A Corte decretou o ECI e estabeleceu que várias medidas fossem tomadas pelos Poderes Públicos de modo a superar esse quadro. A decisão não trouxe bons efeitos e todos os autores que trataram do tema apontaram um erro para isso: faltou um acompanhamento posterior pela Corte, isto é, um monitoramento judicial sobre as ordens estruturais proferidas em relação à implementação dessas medidas[8].

Esse defeito foi superado no segundo caso. No caso da violência urbana na Colômbia, a Corte constatou a existência de milhares de famílias que eram forçadas a saírem de suas casas, a abandonarem seus empregos por medo da violência disseminada pelas guerrilhas urbana, como as FARC. Nesse verdadeiro quadro de guerra interna no país, as pessoas eram deslocadas e, durante o deslocamento, não tinham assegurados pelo Estado quaisquer direitos básicos, como saúde, alimentação, moradia. Eram pessoas abandonadas pelo Estado. E essas situações eram ignoradas também pela sociedade como um todo, ou seja, era um grupo socialmente invisível e ignorado pelos Poderes Públicos, sem direitos básicos assegurados[9].

A Colômbia foi notificada por essa situação, mas nada o governo fez. Portanto, mais uma vez, a Corte colombiana se deparou com um quadro de massiva, reiterada e generalizada violação de direitos, como também bloqueios políticos de aparato estatal. Mais uma vez a Corte decretou o ECI e determinou que vários organismos do governo tomassem medidas administrativas, orçamentárias, legislativas, novas políticas públicas voltadas a superar esse estado de inconstitucionalidade. A Corte também determinou datas de audiências públicas

[7] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 131-132.
[8] RAQUEL CÁRDENAS; GÓMEZ PINTO, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
[9] RODRÍGUEZ GARAVITO, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

seguidas para monitorar o sucesso da implementação dessas medidas, junto aos próprios poderes políticos e com membros da sociedade civil, de modo a estabelecer um diálogo institucional e social[10].

Nessas audiências públicas eram discutidos tanto o conteúdo quanto a efetividade dessas medidas, assim como propostas para correção de defeitos e insuficiências. O resultado foi o sucesso dessa decisão, que foi reconhecida por Organismos Internacionais e ONG's colombianas de que se não fosse a intervenção da Corte sobre as políticas públicas do Executivo e Legislativo e não fosse esse monitoramento do sucesso da implementação dessas medidas, as pessoas deslocadas ainda estariam sofrendo de forma generalizada com a falta de direitos básicos[11].

Ainda houve o problema do deslocamento forçado, porque não conseguiram resolver a questão da violência interna, mas as pessoas não estão mais totalmente desassistidas nem são mais ignoradas pela sociedade ou Poderes Públicos. Nesse último caso, a declaração de ECI e a intervenção estrutural da Corte, com suas decisões, ajudaram a melhorar a questão de garantir direitos fundamentais[12].

É possível reconhecer, dessa forma, a ligação existente entre os casos colombianos e o brasileiro, uma vez que as decisões judiciais que desenvolveram o ECI num contexto colombiano, a exemplo do penitenciário, muito parecido com o do Brasil, mereçam ter importação para a nossa jurisprudência, a fim de solucionar, ou amenizar, o estado de generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, já que temos demonstrado, agora, o sucesso da experiência colombiana e a oportunidade de implementação na realidade brasileira, por meio da ADPF nº 347.

No Brasil, até 1830, não havia Código Penal, quando ainda era colônia portuguesa e se submetia às Ordenações Filipinas, e eram previstas penas de morte,

[10] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 146-151.
[11] RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
[12] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 153.

penas corporais, retenção de bens, humilhação, entre outras, e não havia a prisão como cerceamento de liberdade, apenas para evitar a fuga, como meio e não a finalidade da pena. Em 1824, com a nova Constituição Federal, houve uma reforma do sistema punitivo, na qual já se determinada que as cadeias fossem limpas e bem arejadas. Com o Código Criminal do Império, em 1830, implementa-se a dualidade de prisão simples ou com trabalho, que podia ser perpétua, mantendo-se as penas de morte e de galés, com trabalhos forçados. De modo que, desde 1828, já se faziam relatórios, descrevendo o sistema prisional como um ambiente sórdido, com a não separação de presos provisórios e condenados, alimentação e assistência médica precárias, sugerindo melhorias de higiene e tratando da escassez de estabelecimentos apropriados. Em 1890, com novo Código Penal, foi abolida a pena de morte, açoites, galés e penas perpétuas, estabelecendo penas de até 30 anos. O Código previa penas de prisão celular, com trabalho, disciplinar e de reclusão em estabelecimento militar, prevendo, também, a progressão de pena inspirada no sistema irlandês e, já por falta de vagas, a previsão de penas alternativas à prisão[13].

Sob a égide do atual Código Penal, de 1940, é possível perceber que a problemática de um sistema penitenciário precário se evidencia desde sua institucionalização no Brasil.

2.2 Conceitos e Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional pode ser definido como o instituto por meio do qual a Corte declara, afirma e assenta um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente e agravado por falhas e omissões estruturais, ou seja, omissões de todo o aparato estatal, incluindo-se órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e até Judiciário, e que apenas medidas também de

[13] SANTIS, Bruno Morais Di; ENGBRUCH, Werner. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. *Liberdades*, n. 11, p. 143-160, set./dez. 2012.

natureza estrutural, isto é, de transformação das instituições estatais, poderiam levar à superação desse quadro[14].

Com o intuito de facilitar a identificação do ECI, Campos detalha os quatro fatores essenciais de afirmação, devendo ser rígidos esses pressupostos para não fragilizar o uso do instituto. O primeiro traduz-se na necessidade do quadro de violação ser massivo, sistemático e reiterado de direitos fundamentais. Não é uma mera situação de inconstitucionalidade, nem um direito fundamental específico sendo violado, mas deve haver um quadro de violação de diferentes direitos decorrentes de uma mesma origem e envolvendo uma mesma medida de superação que afeta um número expressivo de pessoas[15].

O segundo pressuposto, no plano das causas ou origem, esse quadro de violação massiva de direitos fundamentais decorre de falhas estruturais, de ações e omissões reiteradas de todo o aparato estatal. Não dá para apontar falha de um único órgão estatal, deve haver uma falta de coordenação e gestão geral dos órgãos públicos[16].

Como terceiro pressuposto, no plano das soluções, se cria a noção de sentenças estruturais. Ideia de que, para a superação de um ECI, apenas decisões judiciais voltadas à mudança estrutural, a transformações institucionais, podem ser satisfatórias para o quadro, de modo que as ordens judiciais devam ser dirigidas a uma pluralidade de atores públicos, pois para a resolução de um mau funcionamento estrutural, fazem-se necessárias medidas de similar abrangência[17].

O quarto pressuposto se deve ao risco de haver uma alta demanda judiciária, tendo em vista o grande número de pessoas afetadas pela inconstitucionalidade, que

[14] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 177.
[15] RAQUEL CÁRDENAS, 2011 *apud*CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
[16] SANCLEMENTE MACHADO; LASPRILLA VILLALOBOS, 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Salvador: JusPodivm, 2016.
[17] ARIZA, 2013 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

poderiam congestionar o Poder Judiciário com ações, de modo que a Corte poderia resolver, assim, o impasse de uma única vez. Contudo, esse pressuposto não deve ser utilizado no contexto brasileiro, pois a Constituição já criou mecanismos suficientes para obstruir o acesso de organizações ao controle concentrado de constitucionalidade, ao contrário da Colômbia, de forma que só serviria como uma dificuldade formal que manteria o problema[18].

As sentenças estruturais são decisões voltadas à transformação das instituições em mau funcionamento, devem ser as ordens mais flexíveis possíveis, pois devem deixar para os outros Poderes a escolha dos meios, das políticas públicas. Ou seja, a Corte afirma a falha estrutural e define parâmetros de atuação e o Legislativo e Executivo desenham e executam as políticas públicas[19].

De toda forma, a Corte deveria supervisionar a implementação dessas medidas, isso porque deve promover o debate, a deliberação, em torno do sucesso dessas medidas, bem como monitorar – não um monitoramento simplesmente sancionatório – por meio de audiências públicas para que os Poderes Públicos e a sociedade debatam periodicamente as medidas escolhidas e sua implementação[20].

Campos considera, ainda, que declarar o ECI é uma parte muito importante dentro desse processo estrutural, ou processo institucional, porém, trata-se apenas de um ponto de partida, que muitos chamam de decisões ativistas. Isso porque o ECI é ativista, mas ativista de partida, uma vez que a Suprema Corte atua como ator político ao decidir sobre o momento de formular políticas públicas e controlando seu implemento. Porém, é dialógica no seu continuar, no percurso e na chegada, pois, para afirmar o ECI, há sentenças, no entanto, são flexíveis e sob monitoramento. Isto é, são os Poderes Públicos que realizarão as políticas públicas, portanto, que tomarão

[18]BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa.**Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/Documentos_Pos/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf.> Acesso em: 04 jun. 2014 *apud*CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

[19] CHAYES, 1976 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

[20] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 204.

as verdadeiras decisões orçamentárias e políticas propriamente ditas, devendo ter a participação da sociedade civil, o que legitima a atuação do Judiciário nesse contexto de diálogo institucional[21].

Pode se dizer que a decretação do ECI é a afirmação de legitimidade para a Corte ingressar nesse processo estrutural e na tomada de medidas estruturais. Contudo, o que interessa para superar esse quadro é o "como" essas sentenças estruturais serão tomadas e serão tornadas realidade, a fim de evitar a supremacia judicial e que, ao mesmo tempo, tenha efetividade[22].

Os três principais efeitos esperados das decisões judiciais, quanto à decretação do ECI, são os de superar os bloqueios políticos, superar bloqueios institucionais e superar bloqueios deliberativos, conforme a seguir delineados[23].

Quanto à superação dos bloqueios políticos, a razão é que a população carcerária é uma população ignorada pelo sistema político. É uma classe que não tem voz no Parlamento nem junto ao Executivo, portanto, não há motivação política de se lutar por eles, ao contrário, podendo até perder votos se o fizerem, haja vista serem rejeitados pela sociedade. E, quando há a declaração judicial do ECI em uma situação em que a política não funciona, a decisão da Corte revela-se a forma de superar o motivo político que impede a realização de direitos, em virtude da paralisia parlamentar e administrativa[24].

Quanto à superação dos bloqueios institucionais, a razão é de o Estado simplesmente não conseguir funcionar bem. Muitas vezes o bloqueio institucional é em função de má coordenação. O Estado diz uma coisa e a União diz outra, pois há uma falta de diálogo e coordenação entre esses entes. A Corte, por meio da

[21] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 214-215.
[22] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245.
[23] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245-250.
[24] RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

decretação do ECI e de remédios estruturais, pode ajustar esse diálogo, ajustando, por conseguinte, a atuação conjunta desses Poderes e, assim, colocando em funcionamento essas instituições, de modo a superar o bloqueio[25].

E, por fim, a superação dos bloqueios deliberativos no intuito de modificar a opinião pública sobre o tema. Muitas vezes, a sociedade apenas ignora o tema e não se preocupa, porém, ao chamar a atenção da sociedade para isso, ela supera bloqueios deliberativos e essa superação pode ter um resultado positivo e superar ainda mais bloqueios políticos e institucionais, criar movimentos de defesa de direitos, mobilizações sociais para o resultado das medidas adotadas, etc. Ou seja, se a sociedade passar a se preocupar e adotar uma postura positiva para superar o ECI, os Poderes Públicos vão passar a responder favoravelmente às novas demandas sociais que, depois, serão transformados em votos[26].

Aumentar a deliberação e o conhecimento da sociedade sobre o tema, a atenção da mídia e a modificação da opinião pública pode ter um ponto positivo para a superação de todos os bloqueios, sem interferir na liberdade decisória dos atores políticos[27].

2.3 A relevância do julgamento do STF sobre a ADPF nº 347 para mudança da realidade penitenciária

Então é dada a importância de analisar a efetividade do julgamento do STF na ADPF 347 sobre o tema, pois o impacto que pode e deve existir abrange as esferas política, institucional e social.

Tendo em vista a lacuna existente entre as previsões da Constituição de 1988 e a realidade brasileira, uma inovação capaz de superar os bloqueios do país e resultar em avanço social que, por enquanto, mostram-se insuperáveis de outra

[25] SANCLEMENTE MACHADO; LASPRILLA VILLALOBOS, 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Salvador: JusPodivm, 2016.
[26] RUDENSTINE, 1983*apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
[27] HIRSCH, 2007*apud*CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

forma, é de grande valia para a sociedade e, no primeiro momento, trouxe reflexão para o nosso contexto social. A razão da relevância de discussão da situação caótica em âmbito estrutural é pelo fato de que as instituições não podem tomar decisões em um vácuo social e político, mas devem fazer parte de um sistema de governo[28].

Portanto, a efetividade do julgamento se mostra imprescindível para mudarmos a realidade penitenciária brasileira, que já começa a incitar a sociedade a debater sobre os direitos humanos dos presos, superlotação carcerária, violência dentro dos presídios, audiência de custódia, entre outros temas, a partir de noticiários na televisão e reportagens na internet, o que demonstra a visibilidade social que o julgamento da referida ADPF levantou, sendo discutidas, por conseguinte, pelo CNJ e demais juízes e tribunais, outras soluções, caminhando para debates parlamentares no âmbito prisional. Evidencia-se, assim, a relação entre o julgamento da ação em epígrafe como forma de superar os bloqueios políticos, institucionais e deliberativos sobre a questão penitenciária.

Ressalta-se que o ECI foi um instrumento construído progressivamente pela Corte Constitucional Colombiana e, por isso, para se tornar realmente efetivo no Brasil, há que ser aprimorado para se adequar corretamente ao contexto brasileiro, sob risco da importação acrítica de doutrinas comparadas com a justificativa de haver problemas semelhantes[29].

3 O JULGAMENTO DA ADPF N.º 347/DF: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Neste capítulo será analisado o posicionamento dos Ministros da Suprema Corte brasileira na apreciação das cautelares suscitadas na ação em epígrafe, a partir do acórdão proferido, de modo a levantar os problemas do sistema penitenciário brasileiro, já conhecidos, porém, ignorados por todos, seja pelos cidadãos, seja pelas instituições governamentais.

[28] MILLER, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
[29] ACKERMAN,1997 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

O inteiro teor do acórdão de julgamento dos pedidos cautelares traz consigo uma série de preocupações e tormentas presentes na realidade penitenciária, que são apontadas pelos Ministros e, por conseguinte, criticadas e debatidas a fim de se alcançar uma solução, a começar pela apreciação do Poder Judiciário, mas continuadas pelos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo, nos quais se deposita a capacidade de transformação, por meio de reservas orçamentárias e ações governamentais.

3.1 Do cabimento da ADPF

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma das formas especiais de controle concentrado de constitucionalidade, é regulamentada pela Lei nº 9.882/99 e tem como primeiro requisito de admissibilidade, conforme seu art. 1º, reparar lesão a preceitos fundamentais resultante de ato do Poder Público. Não é qualquer preceito previsto na Constituição que é fundamental, aplicando-se àqueles que ensejam graves consequências, como, no caso em tela, a violação à dignidade da pessoa humana, ao direito à assistência judiciária, à duração razoável do processo, à vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, ao respeito à integridade física e moral, aos direitos sociais, tais como saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, dentre outros, respectivamente, direitos previstos no art. 1º, III; art. 5º, incisos LXXIV, LXXVIII, III, XLIX e art. 6º, *caput*, todos da Constituição Federal[30].

Portanto, uma ADPF repressiva, como a analisada, visa reparar lesão a preceito fundamental, resultante de indevida atuação (ou omissão) do Poder Público, de forma autônoma, independente de andamento de outro processo judicial, como prevista no *caput* do art. 1º da Lei n. 9.882/99.[31]

---

[30] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposiçãosistemática da doutrina e análisecrítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 321-329.

[31] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

Sob o ponto da legitimidade, Juliano Taveira Bernardes indica que a ADPF foi corretamente proposta, uma vez que o PSOL trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, conforme disposição do art. 2º da Lei n. 9.882/99, em consonância com o art. 103 da CF, sendo os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, cuja competência para julgamento é do STF, sendo corretamente ajuizada[32].

Como segundo requisito, é necessário a impugnação de atos do Poder Público. Tratando-se do sistema penitenciário brasileiro, há relação de causa e efeito entre os atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios e o quadro de transgressão de direitos apontados. Essa relação abrange atos de natureza normativa, judicial e administrativa. Essa relação de causa e efeito advém da previsão constitucional do art. 5º, XLIX que, ao assegurar ao preso o respeito à integridade, faz nascer o dever de guarda, o que indica que o preso, quando sentenciado, está sob custódia do Estado, por conseguinte, está sob responsabilidade estatal. Isso significa dizer que o Poder Público tem o dever de prover a subsistência desses apenados, como, no caso, todos os preceitos fundamentais os quais fazem *jus*, a um mínimo tolerável.

Ressalta-se que os atos impugnáveis por ADPF, por meio da análise da jurisprudência desenvolvida e do art. 1º da lei 9.882/99, que cita em seu texto "atos do Poder Público", sem especificar se seriam estes apenas atos normativos ou não, o que permite impugnar por ADPF autônoma os atos omissivos e comissivos; atos do Poder Público de qualquer esfera da Federação; de natureza normativa, administrativa ou judicial, isto é, atos de efeitos concretos ou singulares, incluindo

[32] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105.

decisões judiciais; atos normativos secundários; atos anteriores à Constituição de 1988; atos normativos já revogados e ato normativo de eficácia já exaurida[33].

Por outro lado, os atos que não podem ser impugnados por ADPF, de acordo com jurisprudência da Suprema Corte, são o veto de prefeito municipal a projeto de lei; súmula do STF com e sem caráter vinculante; projetos legislativos; lei editada para determinar o cumprimento de acordo coletivo de trabalho e lei orçamentária cuja eficácia já se exaurira[34].

No caso, os atos que foram impugnados pela ADPF 347, nas medidas cautelares ora analisadas, foram os atos omissivos e comissivos da União, Estados, DF e municípios, violadores dos direitos fundamentais dos presos, como também atos de efeitos concretos, como o contingenciamento das verbas do FUNPEN e o pedido que juízes e tribunais considerem e fundamentem suas decisões quando da decretação da prisão de modo a considerar o quadro dramático do sistema penitenciário e prefiram penas alternativas à prisão ou a proporcionalidade da sanção, incluindo decisões judiciais, como a determinação de realização das audiências de custódia e mutirões carcerários. Dessa forma, mostram-se corretamente interpostos os pedidos cautelares em tela.

O terceiro e último requisito é a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade, isto é, a subsidiariedade, como dispõe a literalidade do o art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99, e não há, no controle abstrato de normas, outro instrumento capaz de impugnar as violações aos preceitos fundamentais em questão de forma tão abrangente quanto uma ADPF[35].

---

[33] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposiçãosistemática da doutrina e análisecrítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 347-349.

[34] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves.*Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107.

[35] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposiçãosistemática da doutrina e análisecrítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335.

Há vedação expressa no art. 4º, §1º da Lei 9.882/99 no sentido de propor ADPF quando existir outro meio *eficaz* para sanar a lesividade. No entanto, como explica Bernardes, conforme entendimento do STF no AgRg na ADPF 17/DF, como se trata de eficácia do meio, não é necessário que se esgotem todas as vias judiciais, caso se perceba que são inúteis para reparar a lesão de preceitos fundamentais, isto é, o meio tem que se mostrar capaz de neutralizar a violação de direitos de forma eficaz.[36]

Agora nos termos do voto do Ministro Fachin, em princípio, definiu o que seria preceito fundamental da ordem constitucional como os direitos e garantias individuais do art. 5º, dentre outros. De forma semelhante, os demais princípios qualificados como cláusula pétrea do art. 60, §4º, da CF. Diante disso, temos que o que foi impugnado nessa ADPF como preceito fundamental descumprido nos estabelecimentos penais brasileiros foi o direito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), ao devido processo legal e à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LIV e LV), o princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII), dentre outros.

Entendeu, ainda, que estaria atendido o primeiro pressuposto da ADPF, da análise do pressuposto da subsidiariedade, por não caber ADIN nem ADECON, já que não se impugna a constitucionalidade de lei ou de ato normativo. Também não seria o caso de provocar jurisdição constitucional em virtude de omissão do dever de legislar ou da tomada de providência administrativa. Tratar-se-ia, na verdade, de normas existentes e de providências administrativas existentes, mas que não se mostram adequadas e suficientes à proteção dos direitos fundamentais dos presos.

O ministro Celso de Mello, de forma a criticar os Poderes responsáveis pela concretização dos preceitos legislativos e constitucionais, afirmou que a omissão estatal que deixasse de cumprir o dever de prestação de preceitos da Constituição, qualificar-se-ia como conduta da maior gravidade político-jurídica, uma vez que desrespeita a Carta Suprema do Estado, ofenderia direitos fundamentais dos

[36] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

cidadãos e fragilizaria a aplicabilidade do postulado no ordenamento jurídico pátrio. O desprezo pelos preceitos constitucionais, seja por inércia ou por ação em desacordo por parte do Governo, refletiria total desprestígio e vulneração da autoridade da Lei Fundamental do Estado, constituindo uma "patologia constitucional". Mostrando o possível descaso dos órgãos públicos para com a Constituição, o Ministro buscou legitimar, mais uma vez, a atuação do Judiciário, como meio capaz de coagir a atuação dos Poderes responsáveis.

O ministro Luiz Fux acrescentou caber ao Judiciário interferir na implementação de direitos fundamentais, num ativismo judicial-dialógico, uma vez que, havendo inércia e passividade dos demais Poderes, esses direitos não estão sendo cumpridos.

Essa legitimidade do Poder Judiciário em intervir na questão penitenciária seria dada quando sua atuação é voltada para proteção de direitos fundamentais da minoria, no seu papel contramajoritário. Ora, os presos representam justamente uma minoria invisível, não representada politicamente e incapaz de expressar suas necessidades. Como, também, o indivíduo está preso por uma decisão do Estado e, por isso, estabelece-se uma relação de sujeição/proteção indivíduo-Estado.

A função contramajoritária é papel do STF como guardião da Constituição, uma vez que as deliberações legislativas emanadas da aprovação por maioria, na forma do regime democrático, não é garantia que os direitos tutelados das minorias estariam sendo respeitados. Dessa forma, o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário faz-se tão importante para dar efetividade aos direitos fundamentais da minoria, como os presos, prevalecendo a garantia dos preceitos da Constituição em face de excessos e abusos da maioria, quando o julgamento será feito por um juízo imparcial[37].

[37] SOUZA, Clarissa Abrantes. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais,55583.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

É preciso ressaltar neste trabalho que a atuação do Poder Judiciário não acarreta riscos à democracia. Ao contrário, sua atuação fica adstrita à aplicação das leis e da Constituição, de modo a não agir por vontade política própria, tendo cautela na interpretação de normas carregadas de valores axiológicos, para não inovar na ordem jurídica, deixando esse papel a cargo do Legislativo, agindo como representantes indiretos da vontade dos cidadãos[38].

Continuando, quanto às decisões de ministros que indeferiram alguns pedidos cautelares por já estarem previstos em lei e por considerar inócua a determinação judicial, seria justamente para isso servir uma ADPF. Uma ADPF pressupõe um preceito na Constituição que não é cumprido, por isso do cabimento desta. Como, também, se uma lei obriga o juiz a motivar suas decisões e ele não o faz, daí nasce um estado de coisas inconstitucional.

Então, o ministro Luiz Fux ponderou que várias violações elencadas na ADPF 347 são repetidas todos os dias, violando leis e a Constituição, como prisões sem fundamentação ou mal decretadas, e por isso mesmo do cabimento da ação. O fato de já haver uma lei prevendo o que se pede em sede cautelar não esvaziaria o conteúdo da ação, mas justamente teria o efeito de reconhecer o estado de coisas inconstitucional.

Dessa forma, o ministro considerou que a jurisdição constitucional não serve apenas para fazer ponderações de valores e subsunção do fato à norma, mas, também, tenha um efeito pedagógico. Efeito pedagógico este que num acórdão da Suprema Corte conste claramente o que os juízes devem fazer e não estão fazendo, colocando as coisas no seu devido lugar, ainda mais com uma ADPF.

Com a análise do cabimento da ADPF, ministro Fux trouxe uma preocupação *a posteriori* no caso de os juízes não obedecerem às determinações do Supremo e como proceder diante desse fato. Como há uma determinação judicial proferida pela

[38] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 21 nov. 2016.

Suprema Corte para os demais juízes e tribunais, no caso de não ser obedecida, eles estarão cometendo *vício de ilegalidade* da decisão. Trata-se, portanto, de erro *in procedendo* e deve ser corrigido por via do recurso cabível, não com reclamação.

Nesse caso, o tribunal iria cassar a decisão do juiz que não proferisse decisão fundamentada para poder fazê-lo, ainda que tenha cumprido os requisitos para manter o indivíduo preso, utilizando-se do poder geral de cautela. Com esse acórdão, a decisão, de caráter geral, serviria como exemplo para toda a magistratura.

No entanto, essa leitura feita pelo Ministro Fux era mais uma tentativa de não propagar muitas reclamações perante o STF depois da concessão dessas cautelares no caso de desobediência por juízes, tribunais e pelos Poderes Públicos, por atingir uma grande parcela da população, alcançando, além dos presos, seus familiares, que reivindicam os direitos deles, do que propriamente ter razão o Ministro de não ser cabível a Reclamação. Haja vista que a concessão de liminar, prevista no art. 5º da lei nº 9.882/99, já foi alvo de discussão pelo Ministro Celso de Melo, na Reclamação 5.512-MC, na qual resolveu, monocraticamente, que a decisão que concede cautelar, em sede de ADPF, é dotada de efeito vinculante e, no caso de descumprimento, a via que a assegura é a da reclamação. Não só na forma de entendimento jurisprudencial, como também a doutrina esboça esse entendimento[39].

Dessa forma, o entendimento foi uníssono no sentido de ser cabível Reclamação Constitucional para assegurar a decisão que concedia os pedidos cautelares da ADPF 347.

3.2 A apreciação da ADPF: dos votos

Na apreciação da referida ADPF, o ministro Luís Roberto Barroso afirmou que prendemos muito, mas prendemos mal. A criminalidade com violência e a criminalidade associada à corrupção seriam as categorias de crimes que mais assombrariam a sociedade brasileira. Porém, mais da metade da população carcerária

[39] FERREIRA, 2003*apud*BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves.*Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

é composta por condenados por crimes de drogas e de furto, ou seja, sem emprego de violência, e a quantidade de pessoas presas por crimes de colarinho branco corresponderia a menos de 1%[40].

Esses dados indicariam que aqueles que cometem crimes realmente temidos pelos brasileiros, não seriam presos. O número de apuração de homicídios é de menos de 10%, isto é, trata-se de uma pequena quantidade de pessoas presas por crimes violentos no Brasil[41].

O ministro considerou, ainda, que as pessoas olham para o sistema prisional e o ignoram na certeza de que nunca passarão por ele. Dessa forma, perdem a sensibilidade, a humanidade e, principalmente, a empatia. Contudo, é sim preciso um diálogo para saber como interferir de forma legítima nesse sistema.

Quanto ao diálogo institucional, considerou, também, que pouco há que se falar com o Legislativo, uma vez que não há problemas em internalizar Convenções Internacionais e há legislação razoável sobre o tema. Haveria, na verdade, um problema de ordem filosófica de as pessoas acharem que os indivíduos presos perdem sua dignidade.

Contudo, a dignidade seria dada pela sua condição humana, teria de ser preservada em qualquer contexto, e a condenação seria quanto à prisão, pois não há no ordenamento jurídico vigente condenação a sofrer violência psicológica, física, sexual, etc. Assim, tratar com desprezo as pessoas condenadas à pena de prisão, como lixo humano, é uma forma de a sociedade negar-lhes a dignidade. Porém, o tratamento digno não se trata de um favor do Estado ou da própria sociedade, mas trata-se de um fundamento da República Federativa do Brasil, elencado no art. 1º, III da Carta Magna que o rege. Isto é, não está em discussão uma discricionariedade do

[40] BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 05 nov. 2016.

[41] BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.**Levantamento de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 05 nov. 2016.

Poder Público, mas de uma determinação constitucional num Estado que se afirma Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, não obstante ser um princípio fundamental, elencado no art. 1º, III da CF, não se exime de funcionar como regra (dúplice condição). Como, também, é norma de direito fundamental, o que significa dizer que dele decorrem diversas outras posições, que não precisam estar previstas expressamente, mas que conduz o ordenamento jurídico a seguir certa linha de posicionamento. Assim, quando se fala em direito à dignidade, abrangem-se vários sentidos aos direitos fundamentais relativos a essa ideia que importe em reconhecimento e garantia da dignidade.

Dessa forma, ao inserir o princípio da dignidade humana no título dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, configura o *status* de norma constitucional, tanto no sentido formal, quanto material, dando-lhe eficácia e aplicabilidade imediata, e constituindo-o como valor fundamental social para a ordem jurídica.

Portanto, ao reconhecer a condição de norma fundamental da dignidade, não se abre margem para aplicá-la ou não, de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração Pública. Ao contrário, assim, reconhece-se a aplicabilidade do art. 5º, §1º da CF, que preconiza que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, o que vincula o Poder Público a, desde logo, prover a dignidade humana a todos, inclusive, daqueles que se encontram no sistema penitenciário[42].

Além das situações fáticas, diversos dispositivos constitucionais estão sendo violados generalizadamente no sistema prisional brasileiro e que dão causa à decretação de um estado de coisas inconstitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos, a vedação da aplicação de penas cruéis, o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do

[42] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.*Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p.262-266.

delito, a idade e sexo do apenado, a segurança dos presos à integridade física e moral e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social e à assistência judiciária do preso, são alguns dos preceitos constitucionais que foram elencados pelo ministro Marco Aurélio.

Outros dispositivos, também violados, foram enumerados, como normas infraconstitucionais, tais como a Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/94, que criou o Fundo Penitenciário Nacional. Ou, também, normas internacionais, citaram-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos, os quais o Brasil é signatário e prevê direitos básicos aos presos, contudo, não estão sendo reconhecidos na realidade penitenciária.

Além de ser inadmissível tamanho desrespeito pelo ordenamento jurídico, há que se lembrar que a violência sofrida dentro dos presídios é sentida pela sociedade de forma reflexa, uma vez que implica no aumento da criminalidade. O cárcere não ressocializa os presos e ainda os ensina a serem mais perigosos. Segundo o CNJ, a taxa de reincidência está em torno de 70% e alcança, principalmente, presos provisórios que, em contato com grandes criminosos, passam a integrar alguma facção criminosa[43].

Dessa forma, é evidente que há violações sistemáticas de direitos humanos dentro dos presídios e, fora, há o aumento da criminalidade e da insegurança social.

Mostra-se, essa proposta de decretação do ECI, uma medida drástica de intervenção do Judiciário, porém, plenamente legítima, nesta dita discricionariedade da Administração Pública na direção do fundo penitenciário federal, por exemplo. A legitimidade da atuação do Judiciário advém das reiteradas e persistentes ações e

[43] BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Relatório de reincidência criminal**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 07 nov. 2016.

omissões das autoridades competentes pelo sistema penitenciário brasileiro que, por si só, não saem da inércia.

Dentro do que foi apresentado como pressupostos de decretação do ECI, no julgamento do caso brasileiro, o ministro Teori Zavascki considerou que, para concessão das liminares da ação, um dos requisitos é a relevância do direito e a taxação do ECI do sistema penitenciário. Porém, apenas o reconhecimento de nada adianta, é preciso dar efetividade às medidas. Isto é, a concessão das liminares não pode ficar no plano simbólico, uma vez que o STF se dispõe a contribuir na solução desse quadro, essa contribuição tem de ser eficaz e responsável.

Assim, o fato de conceder liminares determinando o que já se encontra no ordenamento jurídico pátrio, além de não ser efetivo, é uma forma de abrir espaço para interposição de reclamação perante o STF, como já demonstrado, que se mostra menos eficiente e imediato que qualquer recurso ordinário por eventual decisão imotivada, o que preocupou a Suprema Corte brasileira.

No julgamento da referida ação em debate, considerou-se que o sistema penitenciário brasileiro se enquadra nos pressupostos principais para decretar o seu "estado de coisas inconstitucional", haja vista tratar-se de violação generalizada de direitos fundamentais, como enumerado, decorrente da inércia ou incapacidade reiterada e persistente de uma pluralidade de autoridades públicas, cuja superação do quadro de inconstitucionalidades depende de medidas estruturais de todo aparato estatal, como entendeu o relator da ação.

Dessa forma, o primeiro passo foi determinar o papel do Supremo nesse contexto a fim de se tornar um catalisador das mudanças sociais. O ministro Marco

aurélio apontou que, quanto ao problema do elevado número de prisões provisórias, caberia ao Tribunal racionalizar os excessos na forma de interpretar e aplicar a legislação penal e processual penal de modo a minimizar o quadro, ao invés de agravá-lo, na sua função típica.

Na sua função atípica de interferir nas políticas públicas e escolhas orçamentárias, apesar das controvérsias teóricas quanto à afronta ao Princípio Democrático e ao da Separação dos Poderes[44], o ministro ponderou que a forte violação de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, já asseguraria a legitimidade da interferência do Tribunal.

Na verdade, o Judiciário seria legítimo para fazer o controle dos atos da Administração Pública como um todo, ainda que se trate de atos discricionários, quanto à legalidade. A legalidade dos atos administrativos é condição de sustentabilidade do Estado de Direito, já que, sem regras estáveis, a atuação estatal seria guiada pelo arbítrio dos que detêm o poder, cujos atos necessitam dos limites estabelecidos por lei.

No Direito Público, por conseguinte, o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, prevê que o administrador público só pode fazer o que a lei expressamente o autoriza, arguível, portanto, de forma objetiva seus deveres. Dessa forma, o princípio da estrita legalidade administrativa visa evitar a prática de atos ilegais e o arbítrio do administrador público, uma vez que tem deveres constitucionais a cumprir. Portanto, para dar maior controle sobre os atos administrativos, além do controle interno feito pela própria administração pública, a Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXV, prevê a competência do Judiciário de apreciar lesão ou ameaça a lesão a direitos que, em seu controle externo, se mostra, de fato, legítimo para questionar e combater as fortes violações a direitos fundamentais na gestão pública[45].

Além disso, o STF revelou-se como o único capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem a efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, segundo o ministro Marco Aurélio. Por isso, considerou que cabe ao STF o papel de tirar os demais Poderes da inércia,

[44] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2018

[45] AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Lições de direito*. São Paulo: Manole, 2011, pp. 111-112.

acelerar as deliberações e as novas políticas públicas, coordenar e monitorar as ações e resultados.

Não se pode querer que o Tribunal se abstenha de agir, alegando o princípio democrático, uma vez que os canais políticos que poderiam solucionar o quadro de inconstitucionalidades encontram-se totalmente obstruídos, dada a elevada omissão estatal frente à grave violação de direitos fundamentais.Os motivos pelos quais esses canais políticos encontram-se obstruídos são simples de se identificar, mas se mostram um grande problema a ser superado para ensejar vontade política. Trata-se da sub-representação parlamentar e da impopularidade dos presos.

O ministro pontuou que os condenados criminalmente não gozam de representação política direta, uma vez que não podem votar nem serem votados, isso por si só já acarretaria uma desmotivação por parte dos parlamentares em agir em prol desses indivíduos, já que não haveria mais eleitores lutando por suas causas. Ao contrário, a opinião pública não aceita que sejam priorizados estabelecimentos prisionais frente a hospitais públicos, além de que muitos acreditam que as condições desumanas das prisões são uma forma de retribuição pelo mal feito pelos presos.

A opinião pública está no cerne da estrutura democrático-parlamentar e ir de encontro a ela tem um custo político alto, pois significa perder apoio nas políticas que defendem, como também o fracasso na tentativa de reeleição a cargos públicos. Por conseguinte, cria-se um bloqueio político que costuma ser insuperável se não houver intervenção judicial, disse o relator e não há dúvidas sobre isso.

Ou seja, o sistema prisional não cria vontade política, não há luta pela liberação de recursos para a causa, não possui apelo democrático nem debate parlamentar e, ainda, tem rejeição popular, o que faz o sistema enfrentar o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo”.

O Judiciário, por sua vez, cumprindo seu papel contramajoritário, não pode se deixar impressionar pela opinião pública, se necessária a observância da

Constituição em face dela, ao mesmo tempo em que não pode perder a confiança popular a respeito das decisões que produz, para evitar, como o ministro pontua, iniciativas de "justiça com as próprias mãos". Faz-se necessário rejeitar o populismo judicial, ainda mais quando a questão em discussão trata-se de liberdade e dignidade dos indivíduos e violação de previsões legais.

Portanto, para buscar soluções para a tragédia diária dos presídios brasileiros, num cenário de bloqueios políticos insuperáveis, falta de representação, "pontos cegos políticos", temores de custos políticos, políticas públicas ineficientes frente a um grupo social minoritário, impopular, estigmatizado e marginalizado, a intervenção do STF, na medida correta e suficiente, não poderia ser questionada do ponto de vista democrático. Até porque há previsão constitucional para isso, a exemplo do art. 5º, inciso XXXV da Constituição, que prevê a inafastabilidade jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a lesão de direitos.

Há de se atentar que se trata da própria atuação estatal que está deficiente como gerador e agravante do quadro sistêmico de transgressão de direitos fundamentais. Portanto, do ponto de vista das objeções quanto à separação de Poderes, a intervenção do STF é chamada ante a incapacidade geral das instituições legislativas e administrativas de atuação, isto é, se os outros Poderes vêm demonstrando incapacidade para o desenvolvimento de suas funções, não pode ser considerada afrontosa uma intervenção judicial equilibrada para superar os bloqueios e alcançar as soluções necessárias. Lembrando que não se trata do Supremo substituir-se ao Legislativo e Executivo, mas é apenas uma atuação em diálogo entre os três Poderes e a sociedade.

O ministro Marco Aurélio considerou que cabe ao STF catalisar ações e políticas públicas, coordenar os órgãos administrativos estatais na formulação e implementação dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções, não lhe incumbindo a definição do conteúdo dessas políticas. Ou seja, o STF teria de oferecer incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis a atuação de cada Poder, deixando-lhes estabelecer os detalhes.

O Supremo deveria interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, na implementação e avaliação de políticas públicas, porém, sem estabelecer as minúcias. O Tribunal, portanto, formularia *ordens flexíveis*, com espaço para criação legislativa e para execução pelos outros Poderes, colocando a máquina estatal em movimento, competindo-lhe monitorar a harmonia dessas ações, por meio da observância da decisão e dos indicativos de sucesso dos meios escolhidos. Trata-se de um "coordenador institucional" com "efeito desbloqueador", segundo a doutrina colombiana.

Assim, com a decretação do estado de coisas inconstitucional, será promovida a integração institucional, marco de um constitucionalismo cooperativo, com o intuito de assegurar a efetividade prática das soluções propostas, onde serão emanadas ordens flexíveis sob monitoramento, prevenindo, assim, a supremacia judicial. Importante que, com essas ordens, o Tribunal além de retirar as autoridades públicas do estado de letargia, como apontou o ministro, irá também incitar a deliberação política e social sobre a questão penitenciária, dando visibilidade ao tema.

3.3 Reflexões sobre os modelos adotados

Tendo em vista os dados e a situação alarmantes do sistema prisional como um todo, a ministra Cármen Lúcia, na sua fundamentação, atentou à necessidade de um diálogo com a sociedade sobre o tema.

Há, no Brasil, segundo dados de junho de 2018, 1.456 unidades prisionais, sendo que apenas 5 são federais[46]. Ou seja, os Estados são encarregados dos presos que deveriam ser de responsabilidade da União, já que num total de mais de seiscentos mil presos, apenas 358 estão no sistema penitenciário federal, devido

[46]BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Projeto Sistema Prisional em números.** Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 17 set. 2018.

regime especial de periculosidade *versus* vigilância, conforme último relatório emitido pelo Departamento Penitenciário Nacional[47].

Portanto, os Estados têm suas obrigações de guarda e estão descumprindo, mas também a União tem e não as cumpre. Claro que a necessidade de poucos presos em presídios federais é devido ao nível de segurança que precisa ser mantido para evitar a prática de muitos outros crimes, tendo em vista a excepcionalidade do Sistema, do perfil de alta periculosidade e alta capacidade de articulação dos ali reclusos, tratando-se do isolamento de lideranças criminosas, de acordo com o Decreto nº 6.877/2009. Porém, é preciso desabarrotar o sistema estadual, pois só o fato de o déficit ser de 354 mil vagas[48], já mostra o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário.

Sim, é necessário um descontingenciamento, contudo, não apenas para construir mais presídios, mas sim para administrar e para mudar o modelo já existente. É imprescindível não só a dignidade da pessoa humana, como também o existir digno, pois qualquer que seja a condição daquele que existe, há que ser com dignidade. Essa luta tem de ser travada pelo Estado e também pela comunidade, uma vez que se trata de segurança pública e, conforme o art. 144 da CF, segurança pública é dever do Estado e de toda a sociedade.

O problema é que, quando superado o embaraço criado pelo Estado, essa matéria se depara com a má vontade da sociedade. A ministra trouxe, a título de exemplo, a tentativa de implantar as APACs (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), que começou em Minas Gerais, há 30 anos, pela Igreja, mas que tem sofrido grande resistência pela sociedade e que não foi possível implantá-la em outras comunidades, porque as pessoas não querem.

[47]BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão.**Disponível em: https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

[48]BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Cidadania nos presídios.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 17 set. 2018.

Fazendo um adendo, a ministra transcreveu palavras de um preso numa visita que ela fez, como professora, a um presídio, que disse a ela: “essa história de ressocialização é para professor”. E continuou: “Se me tiram de uma sociedade e me põem lá dentro [cárcere], é claro que eu vou me socializar com quem estiver lá, com outro criminoso” e “Eu estou aqui socializado. Só mudei o grupo com quem eu andava. Eu não vivo isolado”. Portanto, é preciso mudar o modelo, já que não se tira um indivíduo da comunidade para ressocializá-lo, é preciso inseri-lo num novo modo de vida com trabalho e dignidade.

Outra experiência trazida pela ministra foi a PPP (Parceria Público-Privada) para penitenciária, também em Minas Gerais. Apesar de muitos problemas, essa penitenciária é completamente diferente das demais penitenciárias estaduais, pois cumpre, pelo menos, os pontos fundamentais da Constituição.

Nessa PPP no Estado de Minas, começou a ter um centro de referência para presas grávidas. O dilema é que a mulher grávida fica nesse estabelecimento com, pelo menos, condições mínimas de cumprimento da Constituição, porém, depois, quando volta para o sistema tradicional, sofre uma desagregação psicológica, já que, além de se separar do recém-nascido, volta para um estado de coisas inconstitucional, sem estrutura mínima de respeito à existência digna.

Por isso, é urgente a necessidade de fazer uma grande revolução, porque o sistema penitenciário atual está falido. É preciso repensar num modelo que seja capaz de cumprir minimamente os preceitos da Constituição. A ADPF em questão trata-se de uma medida para tentar superar de imediato a situação, porém, é preciso uma grande transformação para dar cumprimento à lei, tendo em vista que há novos modelos a serem implantados.

Por fim, a Ministra destaca que é um problema sim do Judiciário, porque manda prender, manda soltar, tem obrigação de fiscalizar, assim como representa o Estado, que detém a guarda dos presos. São necessárias transformações, já que não

existem milagres nessa área, pois, tal como afirma "eu não faço milagre, faço Direito".

3.4 Das Medidas Cautelares

Conforme art. 5º da lei nº 9.882/99, o quórum para a concessão de medidas cautelares é de maioria absoluta, assim como para o reconhecimento do descumprimento de preceito fundamental. Por outro lado, para a instalação da sessão de julgamento faz-se necessário um quórum maior, de dois terços dos Ministros, de acordo com o art. 8º da referida lei[49].

Dessa forma, os ministros do Supremo Tribunal Federal acolheram, por maioria absoluta, a cautelar da alínea "b", que determina aos juízes e tribunais que realizem, observado o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, audiências de custódia, de modo que o preso em flagrante seja apresentado a uma autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, do momento da prisão. Os ministros entenderam que a medida, estendida ao Poder Judiciário de todo o país, iria reduzir, desde logo, a superlotação carcerária, como também iria diminuir consideravelmente os gastos com custódia cautelar, que tem a média nacional de custo de R$2.400,00 por mês, por preso, a depender da estrutura, do sistema de segurança, contratação de agentes penitenciários, serviços com enxoval, alimentação e assistências, dentre outros gastos[50].

Além do deferimento da medida, foi acolhida a ressalva feita pela ministra Rosa Weber no sentido de a implementação das audiências de custódia seguirem os prazos fixados pelo CNJ, ao invés de simplesmente deixar a regulamentação dos prazos para as audiências a cargo do órgão, vencidos os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso.

---

[49] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposiçãosistemática da doutrina e análisecrítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358.

[50] SOUZA. Isabela. **Quanto custa um preso no Brasil.** Disponível em: <http://www.politize.com.br/quanto-custa-preso-no-brasil/>. Acesso em: 18 set. 2018.

Desde a regulamentação do funcionamento das audiências de custódia em todo país, feita pelo Conselho Nacional de Justiça, em 15 de dezembro de 2015, aprovada por unanimidade, o projeto teve repercussão positiva, em geral na população, mas, principalmente, entre aqueles que trabalham em prol da melhoria do sistema de Justiça criminal[51].

A resolução entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2016 e os tribunais teriam 90 dias, a partir de então, para implantar as audiências em todo país de forma uniformizada, com procedimentos aprimorados pelas experiências em alguns Estados. Para o sucesso da medida, o CNJ fez acordos de cooperação firmados entre este e os órgãos do Judiciário e do Executivo por todo país. Dessa forma, o CNJ está cumprindo duas decisões do STF, uma na referida Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e, a outra, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240[52].

A título de exemplo, no dia 15 de setembro de 2016, os conselheiros Arthur Corrêa e Aldovandro Fragoso Modesto, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, visitaram as instalações de audiência de custódia em Cuiabá, Mato Grosso, as quais foram elogiadas, e receberam relatório do projeto que aponta a realização de cerca de 3,3 mil audiências de custódia, em pouco mais de quatorze meses, e um custo evitado para o Estado de cerca de R$ 6 milhões por mês, com prisões desnecessárias[53].

Já na Justiça do Tocantins, o Grupo de Monitoramento e Fiscalização Carcerária reuniu-se no dia 31 de agosto de 2016 e acordaram, com o Poder Executivo, a ampliação do uso de tornozeleiras eletrônicas nas Varas Criminais, que

[51] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Regulamentação das audiências de custódia tem repercussão positiva.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81248-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia-tem-repercussao-positiva>. Acesso em: 07 nov. 2016.

[52] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia.**Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 08 nov. 2016.

[53] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Mato Grosso economiza R$ 6 milhões por mês com audiências de custódia.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83508-mato-grosso-economiza-r-6-milhoes-por-mes-com-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 08 nov. 2016.

poderão ser usadas tanto na fase de execução da pena, quanto para presos provisórios[54].

O que se percebe, portanto, a partir da decisão do STF na ADPF 347, é que o CNJ, em cooperação com o Poder Judiciário e Poder Executivo, vem implantando e aprimorando a experiência das audiências de custódia em todo país, o que tem resultado em economia aos cofres públicos considerável, além de uma mudança de postura dos próprios juízes e tribunais, no sentido de investir e pensar em penas alternativas à prisão.

O deferimento da alínea "h", por maioria, determina a imediata liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e a proibição para a União de realizar novos contingenciamentos. Dessa forma, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que achavam por bem dar um prazo de 60 dias para que a União pudesse se adequar a essa determinação.

O Departamento Penitenciário Nacional, em seus relatórios, narra que a maior parte dos recursos do FUNPEN é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada, traduzindo em valores, mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados, em 2013. Esses valores não utilizados deixam de custear reformas em presídios, construção de novos estabelecimentos prisionais e também projetos de ressocialização, o que é duvidosa a possibilidade de limitar esses recursos, como dispõe o art. 9º, §2º da Lei Complementar nº 101, de 2000.

A violação da dignidade humana e do mínimo existencial é razão autorizativa para a judicialização do orçamento, ainda mais quando os recursos legalmente previstos para superar o quadro estão sendo contingenciados, sistematicamente, com o objetivo de alcançar metas fiscais.

O FUNPEN trata de recursos de destinação legal específica, não podendo ser utilizado para satisfazer exigências de contingenciamento. Com isso, o STF

[54] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Acordo entre Judiciário e Executivo amplia uso de tornozeleiras em TO.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83367-acordo-entre-judiciario-e-executivo-amplia-uso-de-tornozeleiras-em-to>. Acesso em: 08 nov. 2016.

determina à União que libere, desde logo, o saldo acumulado do FUNPEN na finalidade ao qual foi criado, proibindo novos contingenciamentos.

Em março de 2016, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) emitiu relatório da gestão no exercício de 2015 no sentido de prestar contas sobre o FUNPEN aos órgãos de controle interno, externo e à sociedade. Em conformidade a esta decisão do STF na ADPF 347, o relatório cita a execução do Programa 2070 (Segurança Pública com Cidadania), com o objetivo de geração de vagas, aprimoramento tecnológico dos estabelecimentos penais, tratamento penitenciário adequado e digno ao apenado, internado e egresso do sistema com a sua posterior reintegração à sociedade[55].

O relatório informa, também, a respeito de ações conjuntas do Ministério da Saúde e do Aparelhamento de Unidades Básicas de Saúde no sistema prisional dos Estados. Graças aos recursos repassados pelo FUNPEN, permitiram que fossem implementados 29 Centros de Referência Materno-Infantil, voltados ao atendimento das mulheres privadas de liberdade e de seus filhos, e de 18 Unidades Básicas de Saúde, além de a ação de aparelhamento formalizar, em 2015, novos convênios que resultarão em 632 novas Unidades Básicas de Saúde[56].

Percebe-se, dessa forma, que o sistema penitenciário como um todo está tentando implementar uma nova política criminal e penitenciária, por meio de inspeções e avaliações periódicas, para verificar a execução de planos nacionais e a utilização de recursos repassados pelo FUNPEN. Destaca-se, ainda, que no Portal da

[55] BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão.**Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016.

[56] BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão.** Disponível em: https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf. Acesso em: 08 nov. 2016.

Transparência, sob o código 30907, o cidadão pode ter acesso às despesas, receitas e convênios realizados com verbas do FUNPEN[57].

Quanto ao indeferimento, por maioria absoluta, das alíneas "a", "c", "d" e "e", e por unanimidade, da alínea a "f", pontua a ministra Rosa Weber que o pedido em "a" deve ser indeferido, já que motivar expressamente a impossibilidade de aplicação de penas alternativas à prisão já está, explícita ou implicitamente, previsto do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o art. 93, IX, da CF, como também os arts. 282, §6º e 319, do CPP. Por isso, torna inócuo o deferimento da medida cautelar. O risco de se reiterar essa determinação legislativa em decisão judicial em ação abstrata, segundo o Ministro Roberto Barroso, é de caber Reclamação de toda e qualquer decisão judicial que condene à prisão, pelo argumento de que a motivação não foi satisfatória.

Continua a justificativa de indeferimento, a ministra Rosa Weber, quanto aos pedidos "c", "d", "e" e "f", também por considerar inócuo seu deferimento, uma vez que, pela legislação em vigor, a pena privativa de liberdade já é considerada exceção e requer fundamentação para sua decretação. Além disso, não considera adequada a imposição de regime de execução penal não previsto em lei, como o caso de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios, tendo em vista que a legislação penal já prevê a forma de progressão de regime, livramento condicional, suspensão condicional da pena e etc.

Apesar de vencido pela maioria, o ministro Luiz Fux considera, quanto às decisões de ministros que indeferiram alguns pedidos cautelares, por já estarem previsto em lei e por considerar inócua a determinação judicial, ser justamente para isso servir uma ADPF. Uma ADPF pressupõe um preceito na Constituição que não é cumprido, por isso do cabimento desta. Como, também, se uma lei obriga o juiz a motivar suas decisões e ele não o faz, daí nasce um estado de coisas inconstitucional.

[57] BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão.**Disponível em: https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf. Acesso em: 08 nov. 2016.

Então, o ministro pondera que várias violações elencadas na ADPF 347 são repetidas todos os dias, violando leis e a Constituição, como prisões sem fundamentação ou mal decretadas, e por isso mesmo do cabimento da ação. O fato de já haver uma lei prevendo o que se pedia em sede cautelar não esvazia o conteúdo da ação, mas justamente tem o efeito de reconhecer o estado de coisas inconstitucional.

Ressalta-se que, quando do julgamento do mérito, haverá uma comunicação às autoridades públicas competentes responsáveis pelas violações massivas de direitos fundamentais, as quais receberão as instruções de como interpretar e aplicar o preceito fundamental. Essa decisão tem efeito vinculante e eficácia erga omnes, atingindo, dessa forma, os demais órgãos públicos, com base no art. 10, *caput* e §3º, da lei nº 9.882/99, tendo um alcance estrutural, como deve ser nesse caso de decretação de um estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário como um todo[58].

4 OS PATAMARES DA DECISÃO DO SUPREMO: RISCOS E PERIGOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO CASO BRASILEIRO

No terceiro capítulo serão abordadas as críticas que foram formuladas durante o julgamento das medidas cautelares da ADPF 347, quanto à decretação do ECI pelo Supremo e, consequentemente, a defesa de sua legitimidade para tal tarefa.

As principais objeções feitas foram a respeito da ilegitimidade do STF para a declaração do ECI e da falta de efetividade que a medida supostamente teria, assim como o instituto se mostraria como uma ameaça aos princípios democrático e da separação de poderes.

4.1 As críticas relativas à decretação do Estado de Coisas Inconstitucional

[58] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

O professor Carlos Alexandre considera que o ECI coloca riscos à democracia e à separação de Poderes. Pensa que quanto mais poder se coloca às Cortes constitucionais, mais ameaçados estão os sistemas democrático e de separação dos Poderes. A questão não seria afastar essa função da Corte, mas fixar parâmetros para que esse exercício de poder seja racional e seja utilizado em casos realmente extremos e realmente necessários[59].

O primeiro risco apontado pelo professor seria o da ubiqüidade, se juízes passassem a decretar ECI a todo o momento, quando quisessem. Várias questões como de saúde, educação, transporte podem ser levados a julgamento, porém, não pode a Corte decretar ECI a todo caso. O ECI é uma ferramenta que deve ser utilizada de forma bastante restrita, muito excepcional, levando em consideração com rigor os três pressupostos apresentados pelo professor[60].

No caso da saúde, como exemplo, não há bloqueio político para tratar do assunto. Políticas públicas para melhorar o quadro da saúde no país é pauta de todo e qualquer político. Além de que sempre estão tentando implantar meios para melhorar o sistema no país. Sim, existem falhas na implementação das políticas, como também falhas institucionais, porém, há vocação política para a superação e as pessoas que precisam de saúde não são invisíveis aos Poderes Públicos, muito pelo contrário.

Portanto, o risco da ubiqüidade só existe se não for levado com rigor os pressupostos para decretar o ECI.

O segundo risco apontado é o do subjetivismo decisório, inerente à interpretação constitucional. Esse risco pode ser evitado por meio do rigor na

[59] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 291.
[60] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 293.

observância dos pressupostos do ECI, como também por meio das chamadas Ordens Estruturais Flexíveis[61].

A Corte tem que evitar, ao máximo, formalizar ou formular por si só as políticas públicas necessárias. Ela tem que afirmar o quadro de inconstitucionalidade, os parâmetros próprios para a superação desse quadro, mas tem que deixar pros outros Poderes as decisões políticas (Poderes Executivo e Legislativo) e técnicas (órgãos da Administração Pública). Dessa forma, não há que se falar em arbítrio judicial, mas sim de diálogo institucional, respeito à democracia e à separação dos poderes.

Assim, quando a Corte deixa para os outros Poderes as decisões fundamentais em relação às políticas públicas, sem as ordens detalhadas, não há que se falar em subjetivismo decisório.

O terceiro risco apresentado é o da violação à democracia. Em relação à democracia representativa, essas pessoas que sofrem essas violações não têm representação política. Os presos não têm direito a voto, não podem ser votados e são pessoas marginalizadas e socialmente invisíveis, portanto, politicamente ignoradas. Por isso, supor representação política a essas pessoas é absolutamente irreal. Com isso, não há violação à democracia representativa em assegurar direitos de pessoas que não possuem representação política[62].

Em relação à democracia deliberativa, ou seja, à inclusão de pessoas a um debate sobre as decisões fundamentais do país, a declaração de ECI seguida de ordens estruturais flexíveis e sob monitoramento podem ajudar a superar bloqueios deliberativos, já que a sociedade é chamada para participar das audiências públicas

[61] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 298.
[62] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301.

que se seguem para discutir e deliberar sobre esses temas ignorados. Assim, teremos o reforço da democracia deliberativa[63].

O quarto risco apontado pelo professor seria o da violação à separação de poderes. A crítica que cerca o tema se dá no sentido de obstar que as Cortes interferiram em ações que seriam próprias dos outros Poderes. Isso parte de uma concepção estática da separação de Poderes, qual seja do Judiciário não poder interferir em políticas públicas[64].

O grande fundamento para essa concepção é evitar a concentração de Poder, justamente para proteger os direitos fundamentais. Ora, pensar em omissões reiteradas de outros Poderes não poder sofrer qualquer interferência do Judiciário, é afirmar a absoluta concentração de Poder, pois é a concentração do "poder dizer", do "poder não dizer" e, quando não disser, ser imune.

Ou seja, defender que omissões dos outros Poderes não podem ser controladas pelo Poder Judiciário, é ir contra a separação de poderes, já que é fomentar a concentração absoluta de Poder nos demais poderes, violando o próprio fundamento liberal que está na origem dessa concepção tradicional de separação de Poderes. Portanto, mesmo dentro da concepção tradicional, há um erro nas críticas elaboradas[65].

Dentro de uma concepção mais contemporânea de separação de Poderes, que fala de separação não de Poderes estanques, mas como Poderes que se comunicam, que dialogam e que compartilham autoridade em nome de um objetivo único, qual seja a garantia dos direitos fundamentais. A separação de poderes é instrumental em relação à realização de direitos fundamentais e, por conseguinte, permitir a

[63] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 302.
[64] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 306.
[65] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 308.

perpetuação de violação de direitos fundamentais em nome de uma separação rígida e dogmática de separação de Poderes é negar a vigência da própria Constituição.

Então, a ideia de separação de Poderes hoje não se trata de mistura de atribuições, mas sim de compartilhamento de autoridades e de poderes decisórios a fim de superação de quadros de violação de direitos fundamentais. Isto é, uma ideia mais dinâmica e dialógica, de forma a buscar realizar a Constituição, cada Poder com suas ferramentas próprias, mas que não signifique que há áreas imunes à atuação de um e outro[66].

Logo, não há violação à separação de poderes dentro de um esquema de afirmação de violação absurda de direitos fundamentais, em que o Poder Judiciário intervém, mas não de forma direta, formulando as próprias políticas públicas, mas tirando os outros Poderes da inércia, sendo catalisador dessas políticas públicas.

Outro ponto suscitado pelos críticos é quanto aos riscos de decisões da espécie serem simplesmente ignoradas ou desobedecidas pelos outros Poderes. E esse risco existe e será cada vez maior quanto mais intrusivas forem as ordens do Judiciário[67].

Se o STF realmente decidir, no caso da ADPF 347, formular por si só as políticas públicas haverá um risco de desobediência. Porém, se tomar ordens flexíveis e sob monitoramento, deixando aos demais Poderes a formulação de políticas públicas, há uma redução desse risco, contando, obviamente, com a boa vontade. Contudo, essa "boa vontade" pode também ser monitorada pela sociedade civil que, uma vez chamada para participar desse debate, tem de cobrar dos Poderes a superação desse ECI. Ou seja, a sociedade deve exigir junto aos Poderes o

[66] BONAVIDES, 2004 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
[67] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 311.

cumprimento das medidas determinadas, de modo a caracterizar esse diálogo com um caráter estratégico e coordenado[68].

4.2 O julgado brasileiro

Diante da exposição dos riscos e perigos do ECI no Brasil, faz-se necessária a análise do instituto com os seus devidos desdobramentos, a fim de perceber quais foram os efeitos concretos da ADPF 347 até o momento no cenário político e social.

Atualmente, a contribuição advinda do julgamento da ADPF/347 foi a corroboração da determinação da Audiência de Custódia, de observância obrigatória, em que os tribunais devem realizá-la no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com o comparecimento do preso perante uma autoridade judiciária, conforme acórdão proferido pelo Tribunal Pleno, em sede de Medida Cautelar da referida ADPF, publicado em 19 de fevereiro de 2016, DJe-031[69].

A outra contribuição, até o momento, se deu em relação à imposição para que o repasse dos recursos do FUNPEN, de fato, seja feito. Em 22 de junho de 2017, o Ministro Marco Aurélio, mediante petição eletrônica, determinou o imediato descontingenciamento de recursos ao Estado da Bahia, uma vez que o Estado demonstrou que implementou todos os requisitos previstos na Medida Provisória nº 755/2016 (substituída pela MP nº 781/2017), criando também o Fundo Penitenciário Estadual, e pedia, assim, que fosse feita a imediata transferência dos valores da sua quota parte do Fundo Penitenciário Nacional. Dessa forma, o Poder Judiciário, por meio de decisão monocrática do Ministro, analisou as condicionantes legais, deferiu o pedido e impôs à União o regular repasse do valor referente ao Estado da Bahia[70].

---

[68] FISHER, 1988 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

[69] MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347.** Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>. Acesso em: 17 set. 2018.

[70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de junho de 2017. Disponível em:

Em situação idêntica, peticionou o Estado do Ceará, que também o Ministro Marco Aurélio determinou à União a imediata liberação dos recursos do FUNPEN relativos ao Estado, em decisão no dia 16 de agosto de 2017, publicada no dia 24 do referido mês. De modo que, 98 dias depois dessa determinação, a União, sob fundamento de estar em exame a documentação, se manteve inerte. Com isso, o Ministro relator, em 22 de novembro de 2017, oficiou para que a União, com urgência, liberasse a verba do FUNPEN relativa ao Estado-membro. O Judiciário, assim, tentando dar força coercitiva à decisão proferida ao Governo[71].

Pois bem. O que se observa é que, dos oito pedidos cautelares feitos na petição inicial, apenas dois foram deferidos, de forma que, quanto ao descontingenciamento do FUNPEN, já havia previsão legal. Quanto às audiências de custódia, da mesma forma, já havia previsão do art. 7º da Convenção Americana dos Direitos Humanos[72].

Dessa forma, tivemos uma grande vantagem em ter reconhecido, como excepcionalidade, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. No entanto, sem muitos efeitos práticos, por enquanto, de forma que não houve imposição aos Poderes Públicos de planos de ação, tampouco obrigação de observância aos juízes na aplicação da pena ou mudanças na execução penal. É preciso, então, o julgamento do mérito para se esperar mais mudanças.

Com esse objetivo de mudar, a Procuradoria-Geral da República, no processo, noticia a intensificação de rebeliões e massacres em prisões do país, em especial no Norte e Nordeste. Como também, noticia o aumento contínuo da população carcerária, conforme relatório recente do INFOPEN, elaborado pelo

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312067308&ext=.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

[71] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312518754&ext=.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

[72] MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347.** Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>. Acesso em: 17 set. 2018.

Departamento Penitenciário Nacional. Pedindo, assim, para tornar urgente o julgamento do mérito da ADPF. O Ministro Marco Aurélio, em despacho de 1º de agosto de 2018, requer, então, a intimação da PGR e que, em seguida, seja incluída em pauta a ADPF 347 para julgamento definitivo, como última movimentação do processo até o momento.

4.3 Implicações do Ativismo Judicial Estrutural

O Supremo Tribunal Federal vem se inclinando para que toda e qualquer matéria tenha implicância constitucional e, assim, se legitima para interferir nas escolhas políticas dos Poderes do governo, no chamado Ativismo Judicial Estrutural[73].

No entanto, agindo assim, o STF acaba por cometer excessos em suas decisões quando atua nas searas que não domina, faltando com interesse por assuntos alheios. A exemplo, temos decisões em matéria tributária, em que o Supremo deu interpretações mais tradicionais às regras tributárias, não dando espaço ao legislador ordinário alinhar o sistema de contribuição com estruturas mais modernas dos princípios tributários. Como também, na esfera previdenciária, quando o Supremo julgou inconstitucional a contribuição previdenciária sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos, por não considerá-las "salário", que seria tributável, de acordo com a Constituição, a partir de uma interpretação literal e conservadora. Porém, dessa forma, deixou de permitir que o legislador ordinário se utilizasse de princípios do sistema tributário, deixando que empresários ficassem de fora da contribuição[74].

Na esfera do Poder Executivo, com a ADI-MC 4.048/DF, houve avanços no controle de constitucionalidade do orçamento público, quando entendeu que toda lei está sujeita ao controle concentrado e abstrato, especificando a norma orçamentária,

[73] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 721.
[74] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 723.

acabando com a imunidade da lei orçamentária. Assim como avançou no controle sobre os requisitos constitucionais (urgência e relevância) das medidas provisórias, quando considerou inconstitucional a abertura de créditos extraordinários da União, por considerar não estarem presentes o requisito de urgência, adentrando na discricionariedade da Administração Pública.

Como se vê, temos uma evolução do ativismo judicial do que antes se tratava de esfera política. E, ainda, evolução de forma prejudicial, quando impediu uma interpretação ou atuação mais moderna daquele que teria o *know-how* adquirido pela experiência de assuntos específicos da Administração Pública. Faltou, muitas vezes, ao Supremo, ceder aos demais Poderes o julgamento da causa em concreto, por não reconhecer que aquele Poder possui o conhecimento prático e mais oportuno que o Judiciário.

Quanto ao ativismo a favor dos direitos fundamentais, o Judiciário tem se mostrado atuante ao cobrar a concretização desses direitos em face do Estado. Decisões sobre união homoafetiva, direito de aborto de fetos anencéfalos, entre outras várias decisões, tem cobrado do Estado atuação sobre os direitos fundamentais, de forma que se deve balizar o que é interpretação da norma constitucional, o que é controle de excesso de poder pelo Estado e o que é excesso de atuação nesse avanço do papel sociopolítico do Supremo Tribunal Federal[75].

Nessa dimensão positiva ou prestacional, de exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos quanto à tutela dos direitos fundamentais, o STF tem imposto, aqui especificamente ao assunto proposto por esse trabalho, a formulação de políticas públicas a fim de concretizar os direitos sociais. Portanto, quando o Supremo tem interferido nas decisões políticas, e até substituído essas decisões, ao julgar serem insuficientes para salvaguarda dos direitos fundamentais, isto é, o STF

[75] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 735.

tem sido ativista quando do exame da eficácia e adequação das medidas tomadas pelo Governo[76].

Nesse aspecto, o Poder Judiciário tem se mostrado muito mais eficiente na proposta de cobrar e tornar efetivo o papel do Estado na proteção de direitos por meio das políticas públicas. Uma vez que o Supremo se considera sempre legitimado para cobrar os objetivos constitucionais, buscando a inclusão social e a vida digna, principalmente diante de omissão institucional[77].

Para ser possível ter uma prospecção do que pode ocorrer com o ativismo judicial na ADPF 347, no campo penitenciário, bom se faz analisar qual o resultado desse ativismo estrutural nos campos da saúde e da educação, que são os que mais o Judiciário tem se imposto.

Na esfera da educação, o Supremo confirmou decisões no sentido de disponibilizar vagas na escola para crianças carentes, no ensino fundamental e na educação infantil[78], bem como disponibilizar professores, quando em falta. Então, por considerar uma previsão constitucional prover a educação básica como direito fundamental, o Judiciário se viu na prerrogativa de corrigir as omissões dos outros Poderes, ainda que se trate de políticas públicas.

Ao julgar a ADPF 45/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi proferida a decisão, conforme Informativo/STF nº 345/2004, que entendeu pela viabilidade instrumental da ADPF no processo de concretização das liberdades positivas e pela legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, na hipótese de abusividade governamental, de forma a dar dimensão política à jurisdição constitucional atribuída ao STF, uma vez que é imponível o arbítrio estatal à

[76] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 746.
[77] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 132.
[78] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 133.

efetivação dos direitos constitucionais de segunda geração, a fim da preservação da integridade e intangibilidade dos indivíduos[79].

Diante da jurisprudência que se formou no STF, o Estado de São Paulo ingressou com uma pretensão recursal alegando a cláusula da reserva do possível e deficiência de caixa, refutada pelo Ministro Marco Aurélio, no RE 431.773/SP, no sentido de não ser cabível escusas contra direito constitucional líquido e certo, e que o Estado deve se adequar para atendê-lo, como também que se trata de prioridade absoluta os direitos da criança e do adolescente em face da discricionariedade administrativa (RT 749/82-103). Dessa forma, o impôs ao Estado de São Paulo o dever de viabilizar a vaga na educação infantil às crianças, sob pena de multa diária por criança não atendida, como consta no informativo STF nº 632[80].

Enquanto na área da saúde, julgada de "judicialização excessiva"[81], o Supremo e Tribunais proferiram decisões no sentido de que fossem fornecidos medicamentos gratuitamente, assim como tratamentos urgentes com verbas públicas[82], fundado no conceito do "mínimo existencial". Decisões também determinando a distribuição de medicamentos para o tratamento da Aids, gratuitamente, como já determinou o dever de disponibilizar internação na UTI, ainda que o hospital não tenha convênio com o SUS[83].

Dessa forma, a Corte tem interferido na discricionariedade da Administração Pública, como no caso da determinação de distribuição gratuita para o tratamento do vírus HIV, que culminou em políticas públicas para o tratamento da doença. No entanto, essa interferência em diferentes níveis de governo, na sua esfera

[79] MIRANDA, Rafael de Souza. **O direito à creche e o dever do Estado.** Disponível em: <https://rafaeldesouzamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/111671296/o-direito-a-creche-e-o-dever-do-estado>. Acesso em: 17 set. 2018.

[80] MIRANDA, Rafael de Souza. **O direito à creche e o dever do Estado.** Disponível em: <https://rafaeldesouzamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/111671296/o-direito-a-creche-e-o-dever-do-estado>. Acesso em: 17 set. 2018.

[81] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 137.

[82] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 138.

[83] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 141.

administrativa e financeira, tem consequências práticas, tem demonstrado impacto nas contas públicas, o que requer a fixação de limites empíricos e normativos na intervenção judicial[84].

O que se observa, nesses casos, é que o Supremo, de fato, retira da inércia os Poderes Públicos, resolve o caso concreto, porém gera impactos nas contas públicas, de forma que os problemas práticos vão continuar a existir e o ativismo judicial, na maior parte acerta, porém, em outros casos atua em excesso[85]. Tendo em vista esse cenário, é preciso buscar um equilíbrio na atuação judicial, até mesmo para garantir o poder coercitivo do Poder Judiciário, e que essa atuação se dê de forma racionalizada e proporcional.

Por fim, é preciso ressaltar que, no caso da ADPF 347 e das medidas que estão sendo tomadas em sede cautelar, são medidas perfeitamente aceitáveis e viáveis aos cofres públicos. As audiências de custódia, embora a estruturação requeira um investimento inicial, traz uma economia bastante considerável, como já demonstrado e, ainda, quanto aos recursos do FUNPEN, trata-se apenas de um repasse aos Estados-membros de uma verba que já existe e já está disponível para ser aplicada no sistema penitenciário. Portanto, se vislumbra uma postura do Poder Judiciário que busca soluções com equilíbrio e que não onera o Poder Público.

5 CONCLUSÃO

Diante da crescente participação sociopolítica do Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, a Corte tem se posicionado a respeito dos interesses mais importantes do país, de forma a ascender o Ativismo Judicial para preencher lacunas normativas e administrativas, deixadas pelos outros Poderes.

Áreas antes reservadas aos demais Poderes, agora recebe a interferência do Poder Judiciário ativista, que decide de acordo com sua interpretação da

[84] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 144.
[85] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 146.

Constituição Federal, que se sente à vontade ao adentrar no teor político e administrativo das matérias que julga. O Supremo tem se lançado a respeito de toda e qualquer matéria, sob fundamento de que trazem implicações constitucionais, principalmente na realização de direitos fundamentais. Nesse aspecto, o ativismo judicial se apresenta como forma de exigir do Estado a concretização de deveres (sociais, econômicos, políticos), como também retirando da inércia os Poderes Públicos[86].

Verificada proteção insuficiente, o Judiciário interfere nas decisões políticas, na formulação e execução de políticas públicas, alocação de recursos, etc., no sentido garantista. Postura essa que se mostra, na maioria das vezes, a única forma de cobrar coercitivamente uma atuação estatal, dada a capacidade de cobrança, por meio de multas e prazos. Dessa forma, o resultado, comumente, é positivo! No caso da exigência aos Municípios para que disponibilizassem vagas no ensino fundamental e na educação infantil para crianças carentes, assim como a distribuição gratuita de medicamentos são exemplos de que deram certo o Ativismo Judicial estrutural, na medida que impôs ao Estado a prestação da educação e saúde, como previsto na ordem constitucional[87].

Em que pese restar pendente o julgamento do mérito da ADPF nº 347, nota-se o que já foi decidido, com a concessão parcial de dois pedidos cautelares, que gerou impacto na ordem processual, com a ratificação e determinação das audiências de custódia, assim como já é possível se verificar o imediato descontingenciamentodos recursos do FUNPEN aos Estados, a fim de viabilizar o desenvolvimento de medidas práticas nas prisões estaduais.

De todo modo, ainda é muito pouco o que foi determinado em sede cautelar da referida ADPF, porém, uma importante decisão já foi tomada: foi declarado que o sistema penitenciário brasileiro é um Estado de Coisas Inconstitucional. A partir

[86] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 538.
[87] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 540.

disso, deve ser raciocinado o que o Supremo se debruçará à frente. O ativismo judicial dialógico da Corte deve se ocupar em pôr, agora, na agenda política brasileira o nosso sistema penitenciário. Com ordens flexíveis, o Judiciário deverá fixar parâmetros aos Poderes Executivo e Legislativo, para que estes, então, determinem as minúcias das medidas. É preciso instigar a participação popular, para cobrar do Governo o progresso das escolhas de meios. Para isso, o Supremo deve designar audiências públicas periódicas, articulando movimentos sociais e associações de defesa do direito dos presos com todas as autoridades públicas envolvidas, como forma de monitoramento[88].

Há de se provocar efeitos a declaração do ECI, sejam eles instrumentais ou simbólicos, a fim de superar os bloqueios institucionais e mudar a realidade das condições desumanas dos presídios. A realidade será alterada na medida em que for reduzido o aumento progressivo da população carcerária, diminuído o *déficit* de vagas do sistema prisional e melhorado as condições do encarceramento[89].

Para frear o aumento progressivo da população carcerária, utilizar-se de penas alternativas à prisão e a restrição do uso da prisão provisória, são medidas práticas de fácil alcance aos magistrados. De modo que a legalização de drogas, com sua regulação e controle, já seria medida mais a longo prazo, uma vez que ensejaria amplo debate público e no Legislativo, porém, poderia ser visto como medida de desabarrotamento no cárcere. Como também, medidas que pudessem colaborar na reinserção do preso à sociedade. No tocante ao *déficit* de vagas, mutirões carcerários e construção de novos presídios seriam medidas eficazes, assim como a reforma destes e ações estatais a fim de garantir direitos e assistências básicas ao preso seriam capazes de melhorar as condições do encarceramento[90].

[88] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 277.
[89] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 277.
[90] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 277.

A Corte estará, assim, deixando espaço decisório próprio ao Governo e coordenando as medidas a serem adotadas, uma vez que levantar a "reserva do possível" ante a um quadro de ECI não é aceitável[91]. O Supremo Tribunal Federal se vê com uma responsabilidade enorme, ensejando a dedicação de se proferir uma "macrosentença" para a superação dessa crise penitenciária. "Macrosentença" em virtude de incomum ambição de se tratar com remédios estruturais, e uma dose de jurisdição de monitoramento, um quadro extremamente complexo, que envolve uma imensa massa carcerária, de gravidade absurda de violação de direitos fundamentais, abarcando uma série de atores estatais e sociais[92].

Portanto, evidencia-se um problema constitucional e social desafiador, que merece medidas novas, sérias e proporcionais ao tamanho do problema enfrentado, a fim de superar esse caótico Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e reinventar a abordagem político-institucional dos Poderes Públicos.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, 1997 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Lições de direito*. São Paulo: Manole, 2011.

ARIZA, 2013*apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

[91] TORRES, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

[92] RODRÍGUEZ GRAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposiçãosistemática da doutrina e análisecrítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual.São Paulo: Saraiva, 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa.**Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/Documentos_Pos/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf.> Acesso em: 04 jun. 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves.*Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, 2004*apud*CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Acordo entre Judiciário e Executivo amplia uso de tornozeleiras em TO.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83367-acordo-entre-judiciario-e-executivo-amplia-uso-de-tornozeleiras-em-to>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia.**Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Cidadania nos presídios.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Mato Grosso economiza R$ 6 milhões por mês com audiências de custódia.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83508-mato-grosso-economiza-r-6-milhoes-por-mes-com-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Regulamentação das audiências de custódia tem repercussão positiva.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81248-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia-tem-repercussao-positiva>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Projeto Sistema Prisional em números.** Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento de Informações Penitenciárias.**Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 05 nov. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão.**Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf>. Acesso em: 21nov. 2016.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – ipea. **Relatório de reincidência criminal**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de junho de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312067308&ext=.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312518754&ext=.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CHAYES, 1976 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, 2003*apud* BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves.*Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FISHER, 1988 *apud*CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

HERNÁNDEZ, 2003*apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

HIRSCH, 2007*apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Salvador: JusPodivm, 2016.

MILLER, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Salvador: JusPodivm, 2016.

MIRANDA, Rafael de Souza. **O direito à creche e o dever do Estado.** Disponível em: <https://rafaeldesouzamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/111671296/o-direito-a-creche-e-o-dever-do-estado>. Acesso em: 17 set. 2018.

MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347.** Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>. Acesso em: 17 set. 2018.

PULIDO, 2003 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAQUEL CÁRDENAS; GÓMEZ PINTO, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAQUEL CÁRDENAS, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRÍGUEZ GARAVITO, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Salvador: JusPodivm, 2016

RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RUDENSTINE, 1983*apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANCLEMENTE MACHADO; LASPRILLA VILLALOBOS, 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTIS, Bruno Morais Di; ENGBRUCH, Werner. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. *Liberdades*, n. 11, p. 143-160, set./dez. 2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.*Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, Clarissa Abrantes.**O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.**Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais,55583.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

SOUZA. Isabela. **Quanto custa um preso no Brasil.** Disponível em: <http://www.politize.com.br/quanto-custa-preso-no-brasil/>. Acesso em: 18 set. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

TORRES, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016

CRISE DO SISTEMA PROPORCIONAL DE LISTA ABERTA: O SISTEMA DISTRITAL PURO COMO ALTERNATIVA PARA O BRASIL

Rafael Veríssimo Botelho

RESUMO

O respectivo trabalho de pesquisa no âmbito do direito eleitoral vem com o objetivo geral de questionar o papel do sistema proporcional de lista aberta com as crises de representatividade e de governabilidade brasileira. Dessa maneira, o presente trabalho visa analisar a implementação do sistema distrital puro como uma forma de aprimoramento do sistema eleitoral brasileiro.

Primeiramente, busca-se estabelecer conceitos introdutórios, tratando dos inúmeros tipos de sistemas eleitorais vigentes no mundo, suas respectivas origens, aplicação em outros países e suas vantagens e desvantagens. Em seguida, o presente trabalho analisa o sistema proporcional de lista aberta brasileiro e suas deturpações, demonstrando-se a relação desta crise com os elementos presentes no sistema proporcional adotado no Brasil.

Por fim, percebendo-se as inúmeras vulnerabilidades que a atual conjuntura política contém, este trabalho tem como proposta de intervenção buscar meios para que tais falhas possam ser corrigidas. Na busca pela efetividade, a adoção do sistema distrital puro nas eleições da Câmara dos Deputados surge como alternativa para reformular a estrutura atual.

1 INTRODUÇÃO

Durante toda a história da humanidade, foram inúmeras as formas de conquistar e legitimar o poder. Através dos anos, a legitimação ocorreu primitivamente por meio do uso da força, por influências de crenças ou religiões ou até mesmo pelo carisma de seus líderes de grupos sociais. Com o passar do tempo e com a evolução da sociedade, o desenvolvimento de ideias, como o ideal

democrático, desdobrou-se em diálogos e pensamentos relativos ao desenvolvimento de intervenção social direcionada a dividir o poder de forma participativa e popular, com isso nascem mecanismos capazes de permitir o exercício democrático social, as eleições.

A definição de um sistema eleitoral é considerada uma das mais relevantes decisões em qualquer país democrático. A respectiva escolha possui uma enorme repercussão no âmbito político e institucional, por exemplo, a depender da designação de um determinado procedimento eleitoral, impactará diretamente na relação entre os poderes, principalmente o Executivo e Legislativo. Além disso, o sistema eleitoral poderá desencadear alterações na forma que os representantes se relacionam com os representados e, não obstante à essas considerações, não se pode analisar de forma isolada os elementos eleitorais que constituem o sistema representativo.

Nesse sentido, é importante destacar que os sistemas eleitorais são instrumentos importantes para a organização, funcionamento e construção da Democracia. À vista disso, cumpre salientar que o sistema democrático possui como característica basilar a participação da população no processo de poder, mesmo que seja de maneira indireta.

De modo geral, a formulação e os impactos da escolha de um sistema eleitoral devem ser analisados em conjunto com outros institutos, como o sistema de governo e o sistema partidário, tendo em vista que qualquer alteração de uma parte dessa conjuntura é capaz de causar repercussões na estrutura política brasileira.

Dessa maneira, visto que os sistemas eleitorais são uma das mais importantes instituições políticas de qualquer nação, principalmente no tocante governamental, cabe escolher de que maneira o sistema vai ser adequar melhor ao contexto de cada país, ou seja, quais são as prioridades que o sistema vai abarcar.

Tarefa mais complexa, ainda, é tentar determinar o momento em que um sistema eleitoral não cumpre mais com seus propósitos iniciais, bem como qual seria

o momento adequado para se efetuar a substituição do sistema eleitoral, tendo em vista que essa acepção depende de análise de dados eleitorais, tais como o estudo acerca das taxas de abstenção, pesquisas eleitorais, manifestações populares, impasses político-institucionais dentre outros fatores.

O Brasil, por exemplo, está passando por diversas reformas políticas desde as manifestações populares de 2013, o que reflete a necessidade de mudanças no sistema eleitoral. Assim, cumpre ressaltar a "minirreforma eleitoral", que foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio da Lei n° 13.165/2015 que, não será objeto de análise por parte dessa monografia.

Destaca-se que, um dos assuntos objeto de constantes pautas no Congresso Nacional trata sobre a reforma do sistema eleitoral atual, sendo um tema de fundamental importância, e, que ainda não foi amplamente discutido. Em suma, apesar de a reforma abranger diversas temáticas, será analisado, especificamente o sistema eleitoral proporcional de lista aberta, utilizado nas eleições para o Legislativo e por fim será abordado o sistema distrital puro, que se torna relevante no contexto atual de governabilidade e representatividade.

Assim sendo, no primeiro capítulo serão desenvolvidos conceitos introdutórios para que se possa ter uma melhor compreensão sobre o tema abordado na monografia. Dessa maneira, será introduzido primeiramente o conceito de sistema eleitoral, bem como uma síntese sobre os principais sistemas existentes no mundo e suas formas de funcionamento. Ainda nesse capítulo, serão abordadas as principais características do sistema presidencialista importantes para o estudo dos demais institutos.

No segundo capítulo, será feita uma análise detalhada sobre o sistema proporcional de Lista aberta em relação a sua forma de funcionamento e se o mesmo cumpre com seus objetivos iniciais. Para que possa ser feita tal análise, de forma mais fidedigna à realidade brasileira, é necessário que o sistema seja analisado de

forma conjunta ao restante do sistema político, não podendo deixar de relaciona-lo com o sistema presidencialista e o sistema partidário brasileiro.

No terceiro e último capítulo será feita uma proposta de intervenção ao sistema vigente, que amenize os problemas atuais, tendo em vista que o sistema eleitoral utilizado na Câmara dos Deputados se prova, hodiernamente, ineficiente.

2 SISTEMAS ELEITORAIS

Com origem na Grécia antiga, a democracia conseguiu conquistar o interesse de diversas nações pela sua forma única de relacionar o povo com o poder político. Cabe ressaltar que, inicialmente, a democracia era aplicada apenas de forma direta, ou seja, o povo se autogovernava. Contudo, apesar de a democracia direta se demonstrar um modelo ideal, a sua aplicação de forma direta possui inúmeras questões de falta de operabilidade nos tocantes relacionados a organização e mobilização do povo. Dessa maneira, o sistema teria baixíssima efetividade.

Nessas circunstâncias, tendo em vista que a democracia direta possuía níveis mínimos de eficiência, a ideia da democracia representativa manifestou-se. O principal objetivo do novo sistema era resolver a falta de operabilidade, de maneira que o povo escolheria seus representantes nos quais iriam representa-los nas decisões de cunho político.

Por consequência, as eleições se tornaram mecanismos ideais para a distribuição da representatividade. Nesse sentido, José Afonso da Silva[1] define o sistema eleitoral como o "conjunto de técnicas e procedimentos que se empregam na realização das eleições, destinadas a organizar a representação do povo no território nacional". Assim, cumpre destacar que, para Joel José Cândido[2] , "quanto mais amplo e garantido for o poder de sufrágio, mais efeito, a princípio, terá o regime democrático".

[1] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005 (p.367)
[2] CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro (p.25)

Da mesma forma, a adoção de um determinado sistema eleitoral simboliza o pensamento político na forma da escolha dos Chefes do Poder Executivo, nos membros do legislativo e suas regras devem estar explícitas na Constituição Federal brasileira.[3]

Dessa maneira, durante a projeção de um sistema eleitoral, deve-se limitar quais critérios se buscam alcançar e quais se busca impossibilitar, devido ao fato de não existirem sistemas perfeitos, algumas vezes os critérios que se buscam podem algumas vezes se tornarem contraditórios pelo fato de ter objetivos que sejam concorrentes.

Em primeiro lugar, de forma geral, o primeiro objetivo que os sistemas buscam alcançar é no tocante à representação. Nesse quesito, a representação pode se dividir de quatro maneiras diferentes: Por meio da representação geográfica, nos quais um parlamentar focará suas demandas para uma região específica; Por meio de representação de cunho ideológico, em que determinado parlamentar se pautará com base em sua ideologia política; Por meio de representatividade com base em sua situação político-partidária; E a última opção é a representação por meio do reflexo do país, ou seja, que as discussões parlamentares devem ser um espelho do pensamento da nação como um todo. [4]O segundo aspecto que se deve levar em conta na busca por um sistema eleitoral é o modo como serão solucionados os conflitos. Dependendo da maneira que for arquitetada a plataforma política, se torna mais abrangedora ou mais restrita. Se a conjuntura facilitar a resolução de conflitos, vai permitir uma melhor construção e moldagem da sociedade. [5]

O terceiro aspecto que se busca na escolha de um sistema eleitoral é focado na facilidade referente ao poder de governar. Ao depender da escolha, os sistemas

[3] MORAES, Alexandre de. Poder Legislativo. In: Tratado de Direito Constitucional / organização Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2012. (p.887)
[4] Concepção de Sistemas Eleitorais: Uma visão geral do Novo guia do Internacional IDEA – Instituto internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (pag.6)
[5] Concepção de Sistemas Eleitorais: Uma visão geral do Novo guia do Internacional IDEA – Instituto internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (pag.7)

majoritários por exemplo permitem que um determinado partido vença contra toda uma oposição e assim tenha maioria no parlamento para governar, já o sistema proporcional se exige a necessidade de coligações para que se possa ter a maioria no parlamento. [6]

O quarto aspecto que é necessário se ressaltar na escolha de um sistema eleitoral é por meio da responsabilização do governo. No tocante do governo, os eleitores têm de moldar o governo com base nos interesses da população. Com isso, ao depender da conjuntura política é possível alterar a coligação partidária que se encontra no poder, ou até mesmo retirar o partido que não tenha cumprido com seu programa de governo.

O quinto e último aspecto que se deve levar em conta é a responsabilização dos parlamentares. Os sistemas devem facilitar a forma de fiscalização dos entes. Essa fiscalização dos representados em relação aos representantes é denominada "*accountability"*.

Assim sendo, os diversos modelos existentes foram moldados pelas exigências e transformações da sociedade, e foram sendo alterados por meio dos atores políticos, os partidos políticos e os grupos sociais. A história dos sistemas existentes demonstra a infinita variedade de vontades populares de acordo com as situações.

Ademais, Alexandre de Moraes[7] alega que os sistemas eleitorais possuem a capacidade de delinear e gerar influência no funcionamento das outras instituições políticas como o Congresso Nacional, no regime presidencial, na governabilidade e por consequência em sua legitimidade.

[6] Concepção de Sistemas Eleitorais: Uma visão geral do Novo guia do Internacional IDEA – Instituto internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (pag.8)

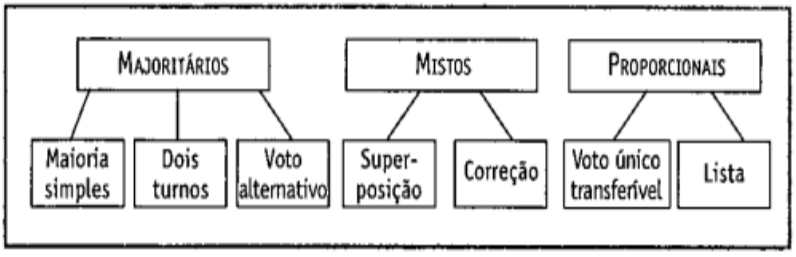
[7] MORAES, Alexandre de. Poder Legislativo. In: **Tratado de Direito Constitucional** / organização Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2012. (p.887)

Hofmeister, alega que para um sistema eleitoral ser eficaz é necessário que ele possua as seguintes funções básicas: [8]

> "Representação: Todos os segmentos relevantes da sociedade deverão ser representados pelos detentores dos cargos representativos obtidos através de pleito eleitoral. Os mandatos de deputados deverão ser um reflexo dos votos depositados pelos eleitores das urnas.
>
> Concentração: dever-se reduzir o número de partidos no parlamento e fomentar a formação de maiorias parlamentares estáveis.
>
> Participação: os eleitores deverão ter grandes chances de participação, podendo fazer, sobretudo uma escolha personalizada, além da opção por um partido.
>
> Clareza: os eleitores precisam ter clareza quanto aos critérios eleitorais
>
> Legitimidade: O sistema eleitoral e seus resultados deverão ser aceitos por todos"

Esse conjunto de técnicas e procedimentos que são utilizados durante a realização das eleições convertem-se nos diversos sistemas eleitorais existentes atualmente e podem ser agregados em duas famílias de acordo com o consenso doutrinário: o sistema majoritário, o sistema proporcional e o sistema misto.

Os sistemas eleitorais



[9]

[8] HOFMEISTER, Wilhelm. **Democracia, Governabilidade, Estabilidade**: Os Pilares do Direito Eleitoral Alemão como Referência para Reflexões Visando uma Reforma do Sistema Eleitoral Brasileiro. Brasília: Revista Plenarium, 2007. Jun. 1983 (p.129)

[9] NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais** - Editora FGV. 5° Edição. 2004 (p.12)

Dessa maneira, no Brasil, em 1997, depois de uma ampla discussão para se escolher quais características seriam mais interessantes ao modelo brasileiro, foi decretada a lei n° 9.504, que organiza todas as principais regras dispostas para as eleições atualmente. Pode-se destacar do seu texto:

> "Art. 2º Será considerado eleito o candidato a Presidente ou a Governador que obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.
>
> § 1º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição no último domingo de outubro, concorrendo os dois candidatos mais votados, e considerando-se eleito o que obtiver a maioria dos votos válidos.
>
> § 2º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.
>
> § 3º Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer em segundo lugar mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.
>
> § 4º A eleição do Presidente importará a do candidato a Vice-Presidente com ele registrado, o mesmo se aplicando à eleição de Governador.
>
> Art. 3º Será considerado eleito Prefeito o candidato que obtiver a maioria dos votos, não computados os em branco e os nulos.
>
> § 1º A eleição do Prefeito importará a do candidato a Vice-Prefeito com ele registrado.
>
> § 2º Nos Municípios com mais de duzentos mil eleitores, aplicar-se-ão as regras estabelecidas nos §§ 1º a 3º do artigo anterior.
>
> Art. 4º Poderá participar das eleições o partido que, até seis meses antes do pleito, tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, conforme o disposto em lei, e tenha, até a data da convenção, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto
>
> Art. 5º Nas eleições proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias."
>
> Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso,

> formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.
>
> (...)
>
> Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher,"[10]

Dessa maneira, as disposições legais que tratam sobre os sistemas eleitorais adotados nas eleições no Brasil são a Constituição Federal de 1988 junto com o Código Eleitoral de 1965 e a lei n° 9.504/1997.

2.1 Sistema Majoritário

O sistema majoritário, na concepção de Celso Ribeiro Bastos[11], possui como característica essencial garantir a eleição do candidato que tiver o maior número de votos, e os demais votos não são considerados no âmbito da composição do parlamento.[12] A principal distinção entre os tipos de sistemas majoritários se encontra na obrigatoriedade entre uma maioria absoluta ou uma maioria relativa.

Dessa maneira, Sartori alega que:

> "A diferença mais importante entre os vários tipos de sistemas majoritários está no fato de se requerer uma maioria relativa (pluralidade) ou absoluta. Um vencedor por pluralidade simplesmente atingiu o maior numero de votos, representando muitas vezes a escolha da maior maioria, como ocorre na Inglaterra, ao passo que o vencedor com maioria absoluta representa a autêntica maioria (acima de 50%). Da exigência de maioria absoluta decorre : 1) uma votação alternativa, como empregada na Austrália para a Câmara Baixa, que é um sistema de eleição preferencial em distritos com um só representante, onde os eleitores são solicitados a enumerar todos os candidatos na ordem de sus preferência, os candidatos com menor número de primeiras referências são eliminados, e

[10] Lei n° 9.504/1997 – Lei das Eleições
[11] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do estado e Ciência Política**. 5.ed. atual. ampli. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
[12] BARROSO, Luís Roberto. **A reforma política**: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p.40)

> as preferências são redistribuídas até que surja um vencedor com maioria absoluta. 2) ou, um sistema de dois turnos, que admita no segundo turno só os candidatos mais votados no primeiro."

Cumpre mencionar que, um atributo peculiar do sistema majoritário de acordo com Jairo Nicolau[13], é que o sistema permite que os eleitores tenham o maior controle sobre seus representantes, pois o sistema tende a criar governos unipartidários. Já as pessoas que defendem o sistema proporcional alegam que as eleições devem reproduzir, no parlamento, uma diversidade política.

No Brasil, esse sistema é utilizado para eleição do Presidente da República, Governadores, Senadores e Prefeitos. Em alguns países costuma-se utilizar o sistema majoritário também nas eleições dos Deputados. Dentre os países que utilizam o sistema denominado "distrital", podem ser citados o Reino Unido, EUA, Canadá e Índia.

O modelo distrital dividiria as circunscrições eleitorais em distritos, na mesma quantidade de cadeiras que devem ser ocupadas na Câmara dos Deputados. Dessa maneira, cada distrito poderia eleger apenas um candidato e os respectivos partidos poderiam apenas indicar um candidato por distrito.

Assim, ao explorar o sistema majoritário nos deparamos com dois subtipos: maioria simples e dois turnos.

A maioria simples é caracterizada pelo candidato eleito que recebe maior número de votos que seus concorrentes. No Brasil, esse sistema é conhecido como voto distrital. Os países que elegem os representantes por essa regra possuem características semelhantes entre eles como: território dividido em circunscrições eleitorais e cada uma possui um representante. O candidato mais votado do distrito é eleito. Cada partido apresenta um candidato por distrito. Outra característica é que para um pequeno partido ter representatividade, assim como pequenos grupos sociais, dependerá de como os votos estão distribuídos pelo território.

[13] NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais** - Editora FGV. 5° Edição. 2004 (p.21)

Nesse fio, é importante destacar que uma das principais justificativas em prol do sistema majoritário articula, precisamente, sobre a eleição de um representante para um distrito eleitoral, tendo em vista que esse modelo permite que a população controle de forma eficaz a atividade de cada representante, sendo inclusive muito mais fácil se o identificar e acompanhar o seu mandado, além da facilidade de poder contatá-lo. Além disso, o sistema de maioria simples enaltece a capacidade de se criar governos. Sendo, portanto, mais fácil identificar um partido e responsabiliza-lo pelo sucesso ou pelo fracasso das políticas por ele implementadas.

Por sua vez o sistema de dois turnos possui características semelhantes com o sistema de maioria simples, pois o país dividido em distritos eleitorais terá um candidato para representar de forma mais eficaz o distrito, e, os eleitores poderão votar em apenas um candidato. A diferença é que para a escolha do representante exige-se maioria absoluta de votos.

Ademais, sobre o voto alternativo, dispõe Jairo Nicolau[14]:“ (...) garante que todos os eleitos receberão maioria absoluta dos votos sem necessidade de realizar uma nova eleição. ”

É valido destacar que, o padrão de coalizão de partidos é influenciado pelo sistema eleitoral que foi adotado. No sistema de maioria simples, os partidos fazem alianças antes das eleições e vários partidos pequenos não são divulgados, pois busca-se unificar partidos fortes e de visibilidade. No modelo de dois turnos, os partidos menores possuem mais incentivos para apresentar os seus candidatos, pois conseguem fazer alianças com partidos mais fortes no segundo turno. Espera-se que no sistema de dois turnos haja maior número de candidatos disputando do que no sistema de maioria simples.

Em suma, dentre as principais características do sistema majoritários, podemos destacar algumas como:

[14] NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais**. - Editora FGV. 5° Edição. 2004 (p.26)

A facilidade de formar maiorias políticas, que permitem a maior governabilidade;[15]

O fortalecimento dos partidos políticos e barreira para a fragmentação partidária;

A bipolarização entre a centro-esquerda e a centro-direita, com redução das propostas políticas mais radicais;[16]

A expansão da representatividade parlamentar, por haver apenas uma pessoa eleitora em cada distrito eleitoral, que ficará sujeito a maior visibilidade e controle da população;[17]

A Inexistência de competição intrapartidária como ocorre no sistema proporcional de lista aberta brasileiro;

Contudo, de acordo com as caraterísticas que se procura explorar, pode-se perceber alguns detrimentos do eventual sistema. Destacam-se:

Diminuição do quadro multipartidário brasileiro,

Perda da influência das minorias no meio político.

Destaque para demandas que possuem a tendência de serem focadas cada vez mais na microescala (municípios)[18]

2.2 Sistema proporcional

O sistema eleitoral proporcional adveio junto aos crescentes movimentos sociais que buscavam o sufrágio universal e do movimento das minorias em busca de representação. Dessa maneira, os sistemas proporcionais buscavam assim

[15] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Sistemas eleitorais, 1999, (p. 129)
[16] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p.43)
[17] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p.43)
[18] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p.43)

representar de forma mais fidedigna os diferentes ideais e ideologias de diferentes grupos sociais ou políticos.

Na representação proporcional, de acordo com Jairo Nicolau[19] há duas preocupações fundamentais:

> "Assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletiva no Legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos e sua representação".

À vista disso, o sistema proporcional visa garantir equilíbrio entre os votos e as cadeiras que disputaram a eleição. Desse modo, destaca-se que o sistema de representação proporcional pode-se classificar em lista aberta e lista fechada. O sistema proporcional foi adotado originalmente na Dinamarca (1855), mas só se efetivou de fato após sua aplicação na Bélgica (1899). Após a sua adoção, diversos países como Finlândia, Suécia, Holanda, Suíça, Itália, Alemanha, Noruega, Dinamarca, Áustria e Brasil vieram a adotar o sistema proporcional. [20]

Após a Bélgica ter implementado o sistema proporcional, adaptou algumas formulações como o sistema do voto único e transferível, no qual consistia em calcular a forma como era feita a distribuição dos mandatos que eram estabelecidos pelas listas concorrentes.

2.2.1 Lista fechada

Em relação a lista fechada, os eleitores votam em uma lista de candidatos preestabelecida pelo partido ou coligação, ou seja, a escolha eleitoral reflete diretamente nos partidos políticos e se torna menos individualista. Contudo, observa-se que a lista fechada não consegue eliminar a escolha dos líderes, pois são os líderes partidários que costumam encabeçar as listas.[21]

[19] NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. - Editora FGV. 5° Edição. 2004 (p.37)
[20] MESQUISTA JUNIOR, Geraldo. Sistemas Eleitorais. Brasília: Senado Federal. 2005 (p.43)
[21] SILVA, Luís Virgílio Afonso da, Sistemas eleitorais, 1999. (p.138)

Com a apuração dos votos que a lista teve, o respectivo partido político terá uma ocupação no parlamento proporcional ao número de votos alcançados na lista. Vale ressaltar que os candidatos com o maior número de votos terão prioridade em relação à eleição, comparados com os candidatos que tiveram menos votos.

O processo no sistema de lista fechada costuma ter mais transparência e garantia. Dessa maneira, a relação entre os poderes muda de forma, forçando negociações mais institucionais nas tomadas de decisão.[22]

Contudo, por outro lado, o ministro Luís Roberto Barroso alega que o sistema de lista fechada possui algumas desvantagens que costumam ser citadas de forma frequente. Dentre elas podemos citar a redução da conexão entre os parlamentares e seu eleitorado, a obrigatoriedade em votar em um partido político e não em seu candidato especificamente escolhido, a submissão das novas lideranças por determinação dos caciques políticos e a intensa disputa intrapartidária no tocante da organização da lista partidária. [23]

2.2.2 Lista Aberta

Por sua vez, na lista aberta o eleitor tem uma maior liberdade no momento da escolha, pois terá a liberdade de escolher o candidato de sua preferência dentro da lista, sem a exigência de obedecer uma ordem que foi preestabelecida pelo partido político.

Ademais, a prerrogativa do pluralismo agregada à maior participação das minorias é o maior benefício atribuído ao sistema proporcional. O parlamento deve ser o reflexo da complexidade do meio social, ou seja, os conflitos vividos no ambiente externo ao parlamento se converteriam a um conflito regido pelas regras

[22] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias, 2006. (p.53)
[23] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p.53)

dentro dos procedimentos parlamentares e os seus resultados seriam com base no diálogo de variadas correntes doutrinárias.[24]

Contudo, Luís Virgílio Afonso da Silva[25] alega que a principal característica do voto proporcional, pode ser vista também como desvantagem, uma vez que provoque o excessivo fracionamento partidário. Com isso, o sistema proporcional favorece a criação de um enorme contingente de partidos o que estimula a troca de favores políticos.

Dessa maneira, ao invés de estimular o pluralismo de ideais e valores, o sistema criaria o surgimento de partidos políticos sem nenhum tipo de compromisso ideológico ou uma agenda. O multipartidarismo é tão acentuado no Brasil que atualmente estão em atividade 35 partidos políticos.[26]

De acordo com "ANEXO 1", é explicito como o quadro partidário do país se demonstra fragmentado e impraticável para os eleitores na questão da representatividade. A maioria dos partidos citados servem apenas como legenda de aluguel por parte dos políticos, servindo apenas como mera formalidade eleitoral.

2.3 Sistema Misto

Os defensores do sistema misto acreditam que o modelo permite uma relação de maior proximidade entre a população e seus representantes. O sistema se utiliza de forma simultânea dos aspectos tanto do modelo proporcional quanto do modelo majoritário em eleições para o mesmo cargo. A forma mais comum dessa combinação costuma ser entre a representação proporcional de lista com o sistema de maioria simples.[27]

Ademais, o sistema misto teve seu surgimento devido ao desapontamento com o modelo proporcional. A sua proposta inicial consistia em preencher a metade

[24] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p.46)
[25] SILVA, Luís Virgílio Afonso da, Sistemas eleitorais, 1999, (p. 142-143)
[26] Confira o anexo n°1
[27] NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. - Editora FGV. 5° Edição. 2004 (p.63)

dos lugares no parlamento e a outra metade seria preenchida por meio do sistema proporcional.[28] Em síntese, pode-se dividir o sistema misto em 2 categorias: A de superposição (combinação) e a de correção.

O sistema misto de superposição é considerado o tipo mais comum.[29]. Pode ser denominado também como distrital misto de superposição. O modelo é caracterizado quando todos os eleitores elegem seus representantes por intermédio de duas diferentes fórmulas, ou seja, metade dos parlamentares será eleita pelo sistema distrital majoritário, no qual será apenas um candidato eleito por distrito e a outra metade será eleita por meio do sistema proporcional de lista fechada. Um detalhe importante nesse sistema é que a eleição dos representantes da parte majoritária não é afetada pela proporcional.

Com isso, o eleitor terá direito a votar duas vezes. Votará em um candidato, em seu distrito eleitoral e em uma lista fechada de um partido de sua escolha.

Por outro lado, o sistema misto de correção funciona até certo ponto de maneira similar ao sistema de superposição. O primeiro voto será para a escolha dos eventuais candidatos e o segundo voto será na escolha de uma lista partidária. O segundo voto é determinante para estabelecer o número exato de cadeiras que pertencerá a cada partido. Assim que forem definidos a quantidade exatas de cadeiras elas serão preenchidas primeiramente pelos candidatos eleitos no primeiro voto e o restante por meio dos candidatos da lista partidária.[30]

As principais circunstâncias que os favoráveis a esse sistema alegam é a questão que o sistema misto proporciona as vantagens decorrentes tanto do sistema proporcional quanto do sistema majoritário, e que além disso, conseguem superar suas fraquezas e dessa forma criar um sistema mesclado.

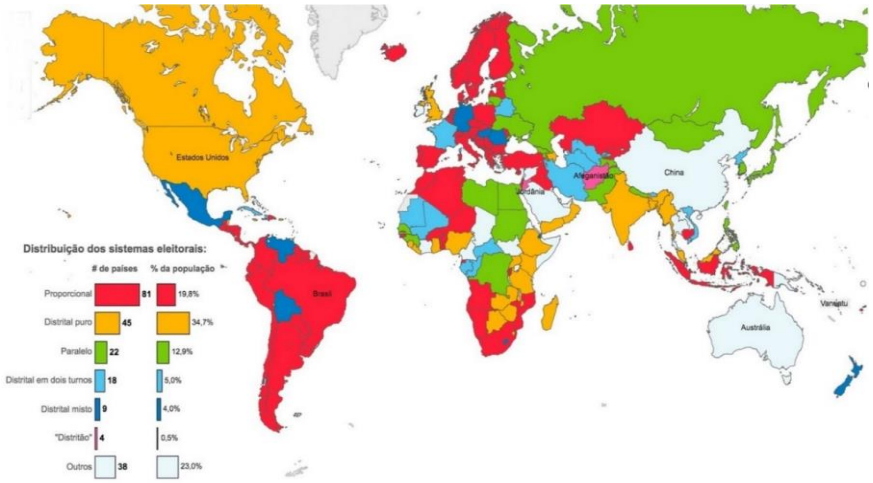
---

[28] SAMPAIO, Nelson de Sousa. Eleições e Sistemas eleitorais. Brasília: Revista de informação Legislativa. Diretoria de informação Legislativa. Subsecretaria de edições técnicas, v.20, n°78, abr./jun. de 1983 (p.191)

[29] NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. - Editora FGV. 5° Edição. 2004 (p.64)

[30] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias, 2006 (p.63)

Porém, como um contraponto, alguns doutrinadores acreditam que essa mesclagem poderia gerar algo que não só não solucionaria os eventuais problemas, como talvez fortificaria suas principais fraquezas.[31]



É possível concluir que os sistemas eleitorais podem criar estímulos e desestímulos, tanto para os eleitores quanto para os que estão se elegendo. Os sistemas eleitorais estimulam comportamentos diferentes por parte dos partidos e dos eleitores. É interessante dispor que nos sistemas de único turno a tendência é que menos candidatos concorram, já no sistema de dois turnos, por ter a possibilidade de formação de alianças, mais eleitores tendem a votar.[32]

2.4 Presidencialismo

O sistema presidencialista surgiu nos Estados Unidos da América com a influência das ideias de John Locke e Montesquieu durante a elaboração da constituição em 1787. Os americanos não aceitavam mais o poder total em controle

[31] SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo. v. 1, [s. l.], Editora Ática, 1994. p.92)
[32] NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. - Editora FGV. 5° Edição. 2004. (p. 9)

do monarca, dessa maneira, apoiando a participação popular nas decisões do país, surge o presidencialismo

No presidencialismo, a figura do Presidente da República centraliza os poderes da chefia de Estado e de Governo. Dessa maneira, por ocupar conjuntamente as funções de chefe de governo e chefe de estado possui um enorme poder estatal.

Porém, seu poder não é absoluto, pois devido ao modelo da separação dos poderes, o Presidente não é considerado politicamente responsável pelo Parlamento, garantindo assim a independência entre Executivo e Legislativo.

Dessa maneira, o sistema presidencialista demonstra características únicas da sua forma de governo. A primeira é referente à legitimidade que o presidente possui devido a sua forma de escolha direta.

Com isso, o Ministro Luís Roberto Barroso alega que:

> "O eleito goza de grande legitimidade, sobretudo nos momentos posteriores aos pleitos eleitorais. O fato de ter sido o próprio povo que o escolheu torna-o mais habilitado a tomar decisões polêmicas. O presidencialismo, por essa razão, seria um sistema mais aberto a permitir transformações profundas na sociedade."[33]

Cabe ressaltar que outra característica marcante é referente à maior constância administrativa, pois diferentemente do parlamentarismo que o chefe de Governo pode ser substituído a qualquer momento, no presidencialismo possuem mandatos que são exercidos por um período pré-estipulado. Dessa maneira a agenda possui um prazo prolongado para a sua devida implementação.

Contudo, o presidencialismo, apesar de suas qualidades, apresenta um arcabouço de fragilidades que merecem ser expostas. A primeira que merece atenção

[33] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p. 14)

se foca na alta concentração de poder na figura do presidente, característica na qual pode levar ao autoritarismo.[34]

A segunda desvantagem apresentada pelo sistema presidencialista se deve às possíveis crises que podem ser geradas pelo conflito de interesses entre os poderes Executivo e Legislativo. Diferentemente do Parlamentarismo, que possui instrumentos rápidos para solução de eventuais crises políticas, no presidencialismo o processo é demorado é costuma se estender até o fim do mandato.

Com isso, devido ao mandato ser estabelecido por um período pré-estipulado, possui a chance de manter um presidente sem nenhum apoio popular até o fim do mandato.

Dessa maneira, o governo não consegue implementar sua agenda e o parlamento fica "travado" sem conseguir resolver nenhum tipo de empasse político. O país fica sujeito a graves problemas de cunho social e até mesmo econômico.[35]

Em razão disso, a única opção cabível para solucionar o problema, no caso brasileiro, seria por meio do impeachment, contudo, é um procedimento que gera um desgaste significativo ao país.

O sistema presidencialista se transforma de acordo com as diversas características que se encontra inserido em cada país ou região.

No caso da América Latina, por exemplo, no qual o Brasil está inserido, a história desses países, que foram países que lutaram por suas independências, acabou contribuindo por dar muito poder à figura do Presidente da República, tornando-o uma personificação do poder estatal. Com isso percebe-se um desequilíbrio em relação aos três poderes, nos quais os outros dois tornaram-se auxiliares do

[34] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p. 15)
[35] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005 (p. 509)

Executivo. O sistema presidencialista na região, devido ao seu exagero, ficou apelidado como "hiperpresidencialismo"[36]

De modo geral o presidencialismo brasileiro apresenta as seguintes características:[37]

a) Separação dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

b) A figura do Presidente da República centraliza os poderes da chefia de Estado e de Governo

c) A legitimidade que o presidente possui devido a sua forma de escolha direta.

d) O presidente possui livre arbítrio na escolha de seus ministros

e) O executivo conta com um arcabouço de procedimentos legislativos, dentre eles podemos citar as medidas provisórias.

f) O presidente possui o poder de veto em relação aos projetos de leis discutidos no parlamento.

g) O sistema eleitoral para eleição dos parlamentares é o sistema proporcional de lista aberta, cujo principal característica é o multipartidarismo.

3 SISTEMA PROPORCIONAL DE LISTA ABERTA BRASILEIRO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO DE IMPLEMENTAÇÃO

No Brasil é utilizado o sistema proporcional de lista aberta nas eleições para Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereador. De modo geral, o eleitorado escolherá um candidato de uma lista no qual os partidos indicam, sem que haja uma ordem pré-indicada dos candidatos. Em suma, a ordem que os candidatos obtiverem se dará de acordo com seu desempenho individual.

[36] BILLAFAN, Valéria da Costa Lima. Atuação do Legislativo frente ao presidencialismo de coalizão. Câmara dos Deputados.2012 (pag.21)
[37] BILLAFAN, Valéria da Costa Lima. Atuação do Legislativo frente ao presidencialismo de coalizão. Câmara dos Deputados.2012 (pag.27)

Nesse contexto, vale ressaltar que apesar de o voto ser de forma uninominal, o resultado do candidato depende de forma conjunta do número de votos obtidos pelo partido em que se encontra filiado.

A inserção do sistema eleitoral proporcional de lista aberta no Brasil deu-se no início da década de 30 e um dos temas mais debatidos na época era a questão da reforma eleitoral. O movimento que extinguiu a República Velha trazia consigo a proposta de implantar um regime que de fato seria representativo para o povo brasileiro.

No período da República Velha, o sistema eleitoral brasileiro poderia ser retratado como um sistema cheio de fraudes e com o uso demasiado de violência. As fraudes costumavam ocorrer em todos os períodos do processo. Dentre eles podemos citar a votação, a apuração dos votos e o reconhecimento dos eleitos.[38] Com isso, em 1930, o governo de Getúlio Vargas criou uma comissão legislativa que alguns anos depois veio a implementar o Código Eleitoral de 1932. O novo código propôs consideráveis mudanças, como a questão do voto secreto, o voto feminino, o voto obrigatório, a Justiça Eleitoral e o principal e objeto de nosso estudo, o sistema de representação proporcional.

O primeiro fator que necessitava de mudança do sistema eleitoral na época era a questão da celeridade na apuração dos votos. As cédulas anteriores continham a listagem de uma quantidade ampla de nomes na mesma proporção da quantidade de vagas, algo que era inviável, com isso, a primeira medida tomada seria a que cada cédula contenha apenas um nome, com ou sem a legenda do partido.[39]

Ademais, como consequência do desejo da maior celeridade no novo projeto o voto avulso de segundo turno foi substituído pelo voto em dois turnos.

[38] NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. - Editora FGV. 2012. (p. 68)
[39] PIRES, Juliano Machado. A invenção da lista aberta: o processo de implantação da representação proporcional no Brasil. (Dissertação de Mestrado). Iuperj/Cefor. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro, 2009. (p.107 a 110)

O segundo ponto a ser destacado é referente a distribuição das cadeiras do sobras eleitorais. Com a reforma foi alterado o sistema de maiores restos para o sistema de maiores médias.

O terceiro e último ponto, e um dos mais importantes, que foi alterado com a reforma, foi a prática do voto de "esguicho", que era o voto dos eleitores que poderia rearranjar a lista dos partidos políticos. O objetivo era eleger os candidatos mais fracos politicamente no lugar dos candidatos com mais tradição na política.

Ele ocorria com a cédula eleitoral, em que o primeiro Voto era considerado apenas para o primeiro turno e os demais seriam considerados para o segundo turno.[40] Dessa maneira, assim que encerrado o primeiro turno, os eleitores logravam dessa regra para remanejar as listas adversárias no segundo turno. Se todos os candidatos estivessem eleitos no primeiro turno poderiam ser prejudicados por meio do voto de "esguicho" no segundo turno. Com o intuito de impedir essa prática, a comissão definiu que apenas os votos uninominais registrados sob uma legenda, seriam utilizados para definir a ordem dos candidatos na lista.

Com isso, os motivos que fundamentaram a efetivação do sistema proporcional uninominal de lista aberta brasileiro foram a celeridade na apuração dos votos, o fortalecimento do voto partidário, o voto uninominal e a proibição do voto de "esguicho".

Contudo, apesar de a reforma ter solucionado algumas das antigas demandas, como por exemplo a questão da celeridade da apuração dos votos, algumas outras demandas que possibilitaram as mudanças do sistema no passado não se demonstram mais atuais e não tiveram resultados satisfatórios com a mudança.

A implementação do sistema de lista aberta no Brasil não possibilitou o fortalecimento do voto partidário como era proposto, pelo contrário, devido ao quadro multipartidário e às disputas intrapartidárias dos candidatos, possibilitou um

[40] VELASCO, Domingos. Direito eleitoral: sistema eleitoral, nulidades, crítica. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1935. (P.43-44)

considerável enfraquecimento partidário e com isso as campanhas se tornaram cada vez mais individuais. Um fator que deturpa ainda mais esse quadro é a questão das coligações partidárias. Dessa maneira, o voto de um eleitor pode beneficiar um outro candidato com agenda e ideias totalmente alheios à vontade do respectivo eleitor.

Dessa maneira, percebe-se que o sistema eleitoral proporcional de lista aberta brasileiro não condiz com as expectativas inicialmente indagadas e que a sua reformulação se mostra necessária para suprir as demandas da atualidade.

3.1 Características gerais e funcionamento no Brasil

A forma de funcionamento do sistema proporcional de lista aberta está regulada No Brasil pela Constituição Federal, pelo Código Eleitoral e pelas leis n° 9.096/95 e n° 9504/97.

De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso[41] :

> "O eleitor escolhe um candidato da lista apresentada pelo partido, não havendo uma ordem pré-determinada, como ocorre no sistema de lista fechada. A ordem dos candidatos é ditada pela votação que individualmente obtiverem. Contudo, embora a votação seja uninominal, o sucesso do candidato dependerá também da quantidade de votos que o partido ao qual ele está filiado recebeu."

Contudo, aspectos como a formula eleitoral, a cláusula de barreira e as coligações são particularidades que tornam o sistema proporcional de lista de difícil compreensão. Dessa maneira é necessário que se faça a análise pontual de cada um desses itens para que se possa compreender melhor o sistema proporcional de lista aberto brasileiro.

3.1.1 Formula eleitoral

[41] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias – 2006 (p. 54)

O sistema proporcional de lista aberto brasileiro requer a utilização de uma forma eleitoral para distribuição das cadeiras do parlamento entre os partidos políticos de forma proporcional. Dessa maneira foi implementado no Brasil o sistema de maiores médias, ou a fórmula D´Hont[42].

O sistema define que o número total dos votos válidos será dividido pela quantidade de cadeiras que devem ser preenchidas. O resultado equivale-se ao Quociente Eleitoral.[43] Para que o partido ou coligação consigam eleger seus candidatos, o número de votos deve ser pelo menos igual ao quociente eleitoral. Os candidatos que ultrapassem o quociente eleitoral serão capazes de assumir uma cadeira no parlamento.

A quantidade de candidatos que forem eleitos se intitula de quociente partidário e a ordem de preferência para a ocupação das cadeiras será feita pela ordem dos candidatos mais votados até o término do quociente partidário. Após a distribuição das cadeiras do parlamento, é utilizado o sistema de maiorias médias para calcular como será feita a distribuição das sobras das cadeiras entre os partidos políticos e coligações.

3.1.2 Clausula de Barreira

No âmbito do direito comparado, diversas nações, que normalmente adotam o sistema proporcional, utilizam o artifício da cláusula de barreira para os partidos políticos possam ter acesso ao parlamento. Entre alguns exemplos podemos destacar a Alemanha que requer pelo menos 5% da totalidade dos votos em escala nacional, a Espanha que requer pelo menos 3% dos votos nacionais, e a Suécia, que exige 4% dos votos nacionais.[44]

[42] NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. - Editora FGV. 5° Edição. 2004. (p. 44)
[43] Nas eleições para Deputado Federal, esse quociente será variável conforme o número de cadeiras que caberá a cada Estado na Câmara de Deputados, que, para as eleições de 2006, constam na Resolução nº 22.144 do Tribunal Superior Eleitoral
[44] CINTRA, Antônio Octávio. O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro, 2000,(p. 9)

No contexto brasileiro, a clausula de barreira é utilizada nas eleições para Câmara dos Deputados, e diferentemente de países como Alemanha e Espanha, a clausula é utilizada nos estados da federação, de modo que cada estado possui um diferente quociente eleitoral.

De acordo com Kátia de Carvalho[45] :

> "entende-se por cláusula de barreira a disposição normativa que nega, ou existência, ou representação parlamentar, ao partido que não tenha alcançado um determinado número ou percentual de votos".

Dessa maneira, os partidos ou coligações que não alcançam o quociente eleitoral são excluídos pela chamada cláusula de exclusão, ou seja, os partidos precisam conseguir um determinado número de votos para que possa obter representação no parlamento. O propósito principal da clausula é dificultar o acesso dos pequenos partidos no legislativo a fim de evitar uma fragmentação partidária muito exacerbada, pois isso afetaria a governabilidade.[46]

2.1.3 Coligações

Sobre o tema coligações é importante ressaltar que amplia as chances de pequenos partidos obterem representação. Nos países em que se permite, ocorre o processo de distribuição de cadeiras em duas fases.

Na primeira fase há a distribuição de cadeiras do distrito entre os partidos e as coligações. Na segunda fase, as cadeiras são distribuídas entre os partidos que a formaram. Cada partido receberá proporcionalmente a contribuição para a votação total da coligação.

No Brasil a lista aberta é usada nas eleições da Câmara dos Deputados desde 1945. Na época, o voto era dado a um candidato e havia a possibilidade de voto na legenda. O eleitor no Brasil pode votar exclusivamente em um partido que é o voto

[45] CARVALHO, Kátia de, clausula de barreira e funcionamento parlamentar. 2003. (p.03)
[46] NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. - Editora FGV. 5° Edição. 2004. (p. 51)

de legenda e o voto é contabilizado para a distribuição de cadeiras e isso não afeta a disputa entre os candidatos que estão disputando na lista.

Outra possibilidade é a formação uma única lista de candidatos quando diferentes partidos estão coligados. Os candidatos mais votados no Brasil, independentemente do partido, ocupam as cadeiras eleitas pela coligação.

O sistema de coligações nas eleições parlamentares no Brasil ocorre de forma que as cadeiras que foram conquistadas pela coligação não são distribuídas de forma proporcional à contribuição (dinheiro, tempo de tv, nº de candidatos) que cada partido ofereceu. Sendo que, para se eleger um representante, o partido tem que garantir o número de votos suficientes para que ele esteja posicionado no início da lista. Por esse motivo é muito comum ocorrer de partidos menores se coligar com os maiores e com isso ocorrerá uma grande visibilidade dos pequenos partidos e uma maior concentração de recursos para que tenham uma votação expressiva.

É importante ressaltar que, no Brasil ao votar numa legenda, o eleitor não garante que o voto ajude especificadamente um nome do seu partido, o voto passa a ser contabilizado somente para definir o total de cadeiras que será obtido pela coligação. Isso pode explicar a crise de representatividade vivida pelo Brasil nos últimos anos, pois o modelo não ajuda a escolher representantes específicos para a representação no parlamento, servindo como uma desvantagem para os cidadãos.

3.2 Críticas ao Sistema Proporcional de Lista Aberta brasileiro

A necessidade de reforma do sistema eleitoral vem com o objetivo de solucionar a tortuosa conjunção entre o presidencialismo com o quadro multipartidário.[47]

Nessas condições a figura do presidente da república busca aproximar os partidos políticos para compor uma maioria que lhe auxilie em seu projeto de

[47] CINTRA, Antônio Octávio. O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro, 2000. (p.11)

governo. A preservação dessa maioria demanda alianças frágeis e sem nenhum tipo de estabilidade. Alianças nas quais possuem cunho totalmente individuais. Dessa maneira, por exemplo, a composição dos ministérios é alterada frequentemente, de maneira que não permite de forma estável e com eficácia a implementação de políticas públicas governamentais. [48]

Dessa maneira, José Giusti Tavares alega que:

"não há entre as democracias constitucionais estáveis nenhuma que associe representação proporcional, pluripartidarismo e presidencialismo. No regime presidencial de multipartidarismo congressual a virtualidade de desintegração da aliança que sustenta o governo no Congresso fragiliza a autoridade e o poder presidenciais, e a efetiva ruptura daquela aliança desestabiliza o governo.(...) O movimento pendular recorrente, na trajetória dos presidencialismos multipartidários, entre fragilização do presidente, imobilismo governamental, instabilidade política e autocracia voluntarista do presidente plebiscitário, aponta para a disfuncionalidade política da associação entre presidencialismo e multipartidarismo congressual."[49]

Em razão disso, percebem-se deturpações em três áreas distintas em decorrência do sistema proporcional de lista aberta: O multipartidarismo e o enfraquecimento partidário, as dificuldades de governar e a falta de "*accountability*" em relação aos parlamentares.

3.2.1 Multipartidarismo e o enfraquecimento partidário

A atual sistemática partidária brasileira vem sendo alvo de inúmeras críticas a respeito de sua funcionalidade e também de sua representatividade popular. Dentre essas críticas, pode-se ressalvar a infidelidade partidária, o multipartidarismo, o enfraquecimento dos partidos e as legendas de aluguel.

[48] TAVARES, José Antônio Giusti, Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas: Teoria, Instituições e Estratégia, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994 (p. 371 a 373)
[49] TAVARES, José Antônio Giusti, Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas: Teoria, Instituições e Estratégia, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994 (p. 371 a 373)

De acordo com o Thales Cerqueira[50] o sistema proporcional tem como característica o enfraquecimento e a fragmentação dos partidos políticos. Isso se deve a excessiva personalização do voto. Dessa forma, aumenta-se a disputa intrapartidária.

O sistema brasileiro valoriza de forma demasiada a figura individual dos parlamentares, tanto na questão processual quanto no desempenho de seu mandato, prejudicando assim a figura dos partidos políticos. Desse cenário resulta parlamentares indiferentes a ideologia e agenda de seus partidos e a individualização da relação com o eleitor. A alternância exacerbada de partidos amplia esse quadro de descrédito para o modelo vigente e com isso gera a falta de importância dos partidos. Com isso, podemos perceber que essas circunstâncias geram um quadro difícil no tocante da governabilidade, que são a fraqueza dos partidos políticos e o poder pessoal dos parlamentares.[51]

Outra característica do sistema é a fragmentação partidária. Devido aos votos estritamente focados na figura individual do candidato, os partidos cumprem meras formalidades e dessa forma, após o período eleitoral, não terão mais nenhum vínculo com os parlamentares. Dessa maneira, uma grande maioria dos partidos se tornarão apenas legendas de aluguel.[52]

Em relação à infidelidade partidária, os parlamentares se mostram independentes em relação aos partidos políticos devido a uma serie de fatores. A primeira razão se encontra no fato de o sistema eleitoral ser focado em campanhas individuais e deixam de lado os partidos. Com isso percebe-se uma tendência natural de se aumentar o poder individual dos parlamentares.

[50] CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Direito Eleitoral Brasileiro. 2004 (p.45-50)
[51] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias, 2006. (p.59 e 60)
[52] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias, 2006. (p.59 e 60)

Ademais, Pinheiro Filho[53] defende que o sistema vigente não oferece nenhum estímulo à unidade partidária, pois os candidatos buscam se colocar na melhor posição possível para que fiquem à frente de seus colegas de chapa e possam se classificar no coeficiente partidário.

Dessa maneira, o Ministro Luís Roberto Barroso ressalta que esse quadro pode se complicar nos casos em que o candidato se torna um "puxador de votos", pois mesmo que o parlamentar não siga o viés partidário, ele se torna essencial para o partido conseguir eleger outros candidatos por meio da lista do partido, e com isso, dificilmente o partido irá excluí-lo.[54]

Em relação ao quadro multipartidário, a principal crítica é o enfraquecimento dos partidos políticos brasileiros. O sistema brasileiro permite a atuação de partidos que se consideram apenas de aluguel, ou seja, o parlamentar pretende inicialmente se vincular a um determinado partido político, mas percebe que o partido não possui chance de lhe ajudar a se candidatar, com isso o parlamentar se filia a um outro partido para se eleger e logo em seguida se filia no partido que mais se identificava. Esse quadro não permite nenhum tipo de compreensão para os cidadãos.

3.2.2 Governabilidade e o presidencialismo de coalizão

Sérgio Abranches reflete que o Conflito entre Executivo e Legislativo tem sido palco de críticas em relação à estabilidade da democracia no Brasil. Esse quadro é composto pela fragmentação partidária e o excesso de agendas e demandas que são impostas ao executivo.[55]

Nesse contexto de fragilidade partidária e dos múltiplos partidos políticos existentes, o governo precisa se reinventar para conseguir ter o apoio no Legislativo

[53] PINHEIRO FILHO, Israel. Reforma eleitoral: voto distrital misto : a solução que o brasil quer conhecer . 1998 (P.15)
[54] BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias, 2006. (p.75 e 76)
[55] ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson.Presidencialismo de coalizão : O dilema institucional Brasileiro.(p.8)

para aprovar suas deliberações e interesses. As articulações políticas nesses casos saem das esferas programáticas e institucionais e se tornam totalmente personalizadas. O apoio ao governo será determinado de caso a caso com base em seus interesses políticos ou particulares.

Com isso as coalizões são instrumentos necessários para que assim o Presidente da República tenha meios de conseguir implementar seu programa de governo perante o congresso. Se não fosse pelas coalizões o governo teria dificuldade para conseguir a maioria em um congresso multipartidário. Dessa maneira o presidente necessita montar uma coalizão que se torne majoritária.

Sérgio Abranches define o presidencialismo de coalizão como:

> "É um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão. [56]

O presidencialismo de coalizão manifesta-se como forma de governo em que o presidente precisa utilizar o poder de barganha e o poder de coalizão para conseguir montar uma maioria no Congresso para permitir a governabilidade.

Por intermédio do controle da agenda, o poder executivo consegue garantir a sua governabilidade. Dessa maneira, consegue articular as maiorias partidárias e assim facilitar o andamento da pauta a seu favor. Dessa maneira, a relação Executivo e Legislativo, no caso brasileiro, mostra-se totalmente dependente do executivo, e com isso, afasta-se a paralisia decisória, que é um ponto negativo do sistema de governo brasileiro.[57]

Fabiano Santos alega que decisão dos deputados de participarem das coalizões propostas pelo presidente não dependem de cunho exclusivo de afinidade

[56] ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional Brasileiro.
[57] VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão – Exame do atual sistema de governo brasileiro. Editora Saraiva. 1° Edição.2011 (p.110)

ideológica e programática, mas também se deve à distribuição de cargos públicos que serão dados em retribuição à cooperação.[58]

O executivo conta com um arcabouço de procedimentos legislativos que instigam os parlamentares a trabalharem a favor dos interesses governistas. Esse padrão de relação entre o executivo e legislativo é considerado único, de modo que o presidente consegue impor de forma unilateral sua agenda sem necessitar de nenhuma forma de negociação para conseguir aprovar seus interesses.[59]

O sistema político atual estabeleceu no país a capacidade de o poder executivo de conseguir aprovar seus projetos de lei pelo parlamento e, além disso, conseguir ter o controle quase total da agenda política do congresso.

O caso brasileiro possui caráter único, apresentando prós e contras. Em relação à vantagem, pode-se ressaltar a questão da"estabilidade" entre o poder executivo e legislativo, nos quais permite maior governabilidade e permite executar as propensões do executivo.

Contudo, como desvantagem, percebe-se que devido à conjuntura atual os parlamentares não cumprem fielmente com o exercício de suas prerrogativas, uma vez que devido aos seus interesses totalmente de cunho personalistas, sempre apoiam os interesses executivo e assim deixam de divergir quando necessário. Tal característica descompensa o sistema de freios e contrapesos que são presentes no presidencialismo.

Nessas condições, mesmo o parlamento possuindo o poder de veto, essa atribuição costuma não ser praticada, pois o Executivo é figura fundamental para conectar os parlamentares com suas respectivas bases eleitorais[60]

Dessa maneira o parlamento não cumpre com a sua principal atividade, pois o presidencialismo de coalizão reprimiu os instrumentos utilizados pelo parlamento

[58] SANTOS, Fabiano. O poder legislativo no presidencialismo de coalizão. 2003. (p.65)
[59] O Congresso e o Presidencialismo de Coalizão. Editora Konrad Adenauer Stiftung. 2011 (p.23)
[60] VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão – Exame do atual sistema de governo brasileiro. Editora Saraiva. 1° Edição.2011 (p.103)

que são utilizados em suas funções de fiscalização e controle do poder executivo, de maneira que, impede o *"accountability"* horizontal.

É necessário que se avalie de forma mais aprofundada a autonomia do congresso em exercer sua representação do povo e que o poder legislativo possua sua independência para fiscalizar e controlar o executivo. [61]

3.2.3 "Constituency" e "Accountability "

A "*accountability*" pressupõe o compromisso de o governo e políticos de serem responsabilizados por suas decisões de cunho político diretamente pelo eleitorado e por instituições específicas.[62]

Pode ser classifica em vertical e horizontal. A "*accountability"* vertical é o meio pelo qual o eleitorado fiscaliza os atos dos governantes, de modo que, para que possa haver essa fiscalização é necessária a existência de instituições e atores com poder de fiscalizar, coordenar e endireitar as ações dos parlamentares. Esse controle institucional é exercido por meio dos partidos políticos, principalmente os de oposição ao governo, esse controle é denominado "*accountability"* horizontal.[63]

Os deputados brasileiros enfrentam um ambiente completo de incertezas, pois devido as características atuais do sistema eleitoral proporcional de lista aberta brasileiro, não sabem ao certo quem contribuiu para sua eleição.[64] Dessa maneira, por não saberem de sua *"constituency",* não conseguem produzir accountability por parte do eleitorado.

De acordo com Sergio Victor[65]:

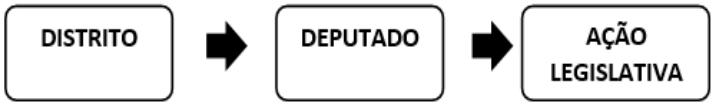
---

[61] O Congresso e o Presidencialismo de Coalizão. Editora Konrad Adenauer Stiftung. 2011 (p.18)
[62] O Congresso e o Presidencialismo de Coalizão. Editora Konrad Adenauer Stiftung. 2011 (p.19)
[63] O Congresso e o Presidencialismo de Coalizão. Editora Konrad Adenauer Stiftung. 2011 (p.20)
[64] SANTOS, Fabiano. Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil. Dados vol.42 n.1 Rio de Janeiro 1999
[65] VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão – Exame do atual sistema de governo brasileiro. Editora Saraiva. 1° Edição.2011 (p.146)

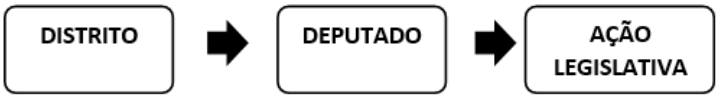
> "Esse sistema eleitoral impede que se pratique a accountability vertical (entre eleitores e representantes), e o quadro de excessivo multipartidarismo que ele gera inviabiliza o exercício da accountability horizontal (entre os poderes do Estado)."

Em suma, devido às características únicas do sistema brasileiro, o presidente da república se torna uma espécie de intermediário entre os parlamentares e seus respectivos eleitorados. [66]

MODELO CLASSICO



MODELO BRASILEIRO



[67]

Devido a complexa tarefa do parlamentar identificar o seu respectivo *"constituency",* a opção mais barata para o deputado é, ao invés de investir mais recursos em busca de informações de seu eleitorado, demonstrar aos eleitores o seu parecer político a respeito de assuntos cruciais para seu eleitorado através de sua relação com o poder executivo. Sendo assim, devido à conjuntura sistêmica atual, a forma de conseguir colocar em pauta a sua agenda se dá por meio de um forte ator

[66] SANTOS, Fabiano. Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil. Dados vol.42 n.1 Rio de Janeiro 1999

[67] SANTOS, Fabiano. Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil. Dados vol.42 n.1 Rio de Janeiro 1999

político, que no caso do presidencialismo brasileiro seria o Presidente da República.[68]

Com essas circunstâncias, demonstra-se que para os parlamentares conseguirem de forma eficaz aplicarem sua agenda, será necessário que o poder executivo tenha condições razoáveis de governabilidade e de definição de agenda. Dessa maneira, percebemos uma relação "de mão dupla" que assim como os parlamentares precisam buscar sua "*constituency*", o Presidente precisa implementar sua agenda política, e para isso, precisa do apoio dos deputados.[69]

Pelo exposto, pode-se perceber que além das prerrogativas legais de intervenção do executivo no legislativo, como vetos ou medidas provisórias), o Presidente da república possui outras formas de gerar influência no parlamento, pois a implementação de sua agenda é de caráter fundamental para que os parlamentares se vinculem aos seus representantes.[70]

Além disso, percebe-se que devido a conjuntura sistêmica apresentada atualmente no Brasil, nota-se uma inversão de competências constitucionais entre as casas do Congresso Nacional brasileiro. A inversão é desconcertante de modo que os Deputados Federais, que deveriam ser representantes da vontade da população, se transformaram, por consequência do presidencialismo de coalizão, em representantes do Estado, que no caso seria a figura do Presidente da República, e os Senadores, que deveriam ser representantes do Estado, devido ao sistema majoritário para a sua eleição, acabam tendo um vínculo muito mais próximo com seu eleitorado, de modo que acabam possuindo uma legitimidade que lhes transformam em representantes do povo nessas circunstâncias.

[68] SANTOS, Fabiano. Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil. Dados vol.42 n.1 Rio de Janeiro 1999
[69] VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão – Exame do atual sistema de governo brasileiro. Editora Saraiva. 1° Edição.2011 (p.102)
[70] VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão – Exame do atual sistema de governo brasileiro. Editora Saraiva. 1° Edição.2011 (p.102)

4 O SISTEMA DISTRITAL PURO COMO ALTERNATIVA PARA O BRASIL

Diante dos fatos expostos no decorrer do trabalho, percebe-se a necessidade de mudança do nosso sistema eleitoral vigente para reduzir as deturpações atuais, de modo que seja possível os políticos governarem o Estado de maneira efetiva e que a representação política se torne cada vez mais fidedigna aos anseios e vontades populares.

Contudo, Sartori alega que alteração do sistema eleitoral de um país é complexo, uma vez que o processo de mudança enfrenta estruturas já estabelecidas. A mudança através de reformas é sempre complexa, quando o sistema já está instituído, pois quem se beneficia da atual sistemática faz de tudo para que as regras se mantenham. [71]

Dessa maneira, a questão mais importante nesse momento é focar em que tópicos desejam fazer as reformas e como irão executá-las. Sendo assim, a melhor maneira de se ter uma base para propor um novo sistema eleitoral é por meio da comparação com outros sistemas que já foram implementados em países socialmente, culturalmente e economicamente próximos ao nosso caso. É certo que cada país possui seu ambiente heterogêneo, mas o estudo comparativo é de suma importância para a tomada de decisão.

4.1 Breve contexto histórico das suas tentativas de implementação

O voto distrital puro não é novo no Brasil. O sistema distrital foi estabelecido de inúmeras formas durante a história brasileira. Sua primeira implementação foi através do decreto 842 de 19 de setembro de 1855[72], no qual ficou conhecido como

[71] SARTORI, Giovanni. Engenharia Constitucional: Como Mudam as Constituições. Brasília: Editora UNB, 1996. (p.41)
[72] Inspirada na Lei Eleitoral francesa, de 22 de dezembro de 1789, art. 25.

Lei dos Círculos[73]. O respectivo sistema foi inspirado na lei eleitoral francesa e já era utilizado em outros países como os Estados Unidos e França.

O sistema de círculos, era a eleição de um só deputado em cada distrito. A lei estabelecia que as províncias do Império seriam divididas no mesmo número de Deputados na Assembleia Geral. Para conseguir a sua eleição, o candidato deveria possuir a maioria absoluta do número dos votos, e caso não ocorresse, haveria uma segunda eleição em que os quatro candidatos mais votados participariam. Se nesse último caso, nenhum dos candidatos conseguisse a maioria absoluta, haveria uma terceira eleição, em que concorreriam os dois candidatos mais votados.

Em seguida, no ano de 1860 foi implementado o Decreto 1.082 em que revogou a Lei dos Círculos. Com o intuito de limitar o poder dos líderes da região, foi instaurado o modelo plurinominal, em que três deputados eram eleitos por distrito e seria por meio da maioria relativa dos votos, em que se extinguiu o sistema de turnos. Nesse fio, o Decreto n° 2657 de 1875 extingue os círculos eleitorais e reestabelece as províncias como circunscrições eleitorais.

Por sua vez, em 1881 se implementou a Lei saraiva, que reestabeleceu 3 características importantes, entre elas estava a necessidade da maioria absoluta dos votos, o sistema de turnos e o sistema uninominal, que estabelecia apenas um deputado por distrito. A novidade na Lei saraiva estava na introdução do voto direto no Brasil, pois anteriormente as eleições parlamentares eram determinadas por meio dos delegados, que designavam os representantes parlamentares.

Com a proclamação da República, a Constituição de 1891 manteve o sistema majoritário para as eleições dos parlamentares, pois acreditavam que o sistema era garantidor de representação das minorias.[74] Contudo, a lei eleitoral pós-constituinte

[74] Conforme seu Art 28. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, 102 mediante o sufrágio direto, garantida a representação da minoria.

retomou o modelo distrital plurinominal e restabeleceu a quantidade de três deputados para cada distrito.

Em 1932, durante a redemocratização, o sistema distrital no Brasil foi extinto e deu lugar ao sistema proporcional, no qual diversos autores acreditavam que era a única maneira de garantir uma participação efetiva das minorias no parlamento.

Contudo, apesar de sua extinção, foram inúmeros projetos de lei que visavam a reimplementarão do sistema no Brasil, sendo seu projeto mais recente o projeto de emenda à constituição n° 90 do ano de 2011, cujo autoria é do Senador Aloysio Nunes.

Dessa maneira, pode-se concluir que o voto distrital puro foi adotado em curtos períodos e sempre de maneira amena, sendo assim, seus reais impactos não puderam ser analisados para aperfeiçoamento do sistema, ao invés de ter sido alterado para o sistema proporcional.

Vale lembrar que contexto atual do país se mostra diferente. Hoje a maioria da população vive nos grandes centros urbanos e possue níveis de alfabetização superiores. Outro fator importante se deve ao amplo acesso ao conhecimento que a população recebe, graças à internet. Com isso, a implementação do sistema distrital puro não apresenta contraindicação prévia.

4.1.1 Características gerais e funcionamento

O sistema distrital puro consiste na eleição de candidatos pela maioria dos votos de um determinado distrito eleitoral, dessa maneira, cada distrito eleitoral será representado por um parlamentar na Câmara dos Deputados. É um sistema de votação por maioria simples, ou seja, deputados passariam a ser escolhidos por sua votação individual, como acontece com o Presidente, Governadores e Prefeitos.

A representação majoritária (distrital) está vinculada à noção de representação territorial. Os distritos são pequenas partes de uma circunscrição

eleitoral, que serão definidos com base em diversos critérios políticos, administrativos e geográficos. No sistema de representação proporcional, a divisão costuma ser feita de maneira em que se segue o delineamento das regiões, províncias e estados.[75]

A quantidade de representantes que podem ser eventualmente eleitos em um determinado distrito eleitoral corresponde à sua magnitude. O Distrito Federal, por exemplo, elege oito deputados federais, dessa maneira, é um distrito de magnitude igual a oito (M=8).

4.2 Vantagens do sistema distrital puro no contexto brasileiro

A adoção do sistema distrital puro permitirá uma série de vantagens que o sistema proporcional não englobava, dentre as quais nós podemos destacar: a estabilidade no tocante da governabilidade; evita a excessiva pulverização partidária; a simplicidade no processo eleitoral, permitindo a inclusão da população na participação política; a aproximação com o eleitorado; a redução dos custos de campanha; e a aplicabilidade do instituto do *"recall"*.

4.2.1 Governabilidade

O sistema distrital puro tende à formação de maiorias sólidas e bases de governo estáveis, proporcionando um ambiente favorável à governabilidade. Ao mesmo tempo, cria maiorias no parlamento que permitem a governabilidade, coexiste uma minoria forte, considerada uma maioria de oposição, que será capaz de fiscalizar os atos do governo, situação que não ocorre nos sistemas proporcionais, em que as minorias não são unidas.

A questão que passa a ser mais importante no sistema majoritário é uma união parlamentar que consiga dar apoio ao governo. Os representantes no

[75] TEIXEIRA, José Lopes. Estudos do Histórico do Sistema Eleitoral Brasileiro: As principais reformas já ocorridas e Propostas de Reformas Atuais. Rio de Janeiro : EPPG/IUPERJ. 2003 (p.3)

parlamento deixam de ser uma representação passiva e começam a exercer o próprio papel de governo[76]

Ademais, outro aspecto positivo é a diminuição do multipartidarismo, que permitiria um legislativo mais unido e dessa maneira diminuiriam "as negociatas" entre os partidos, possibilitando assim o desenvolvimento de projetos de forma mais célere e eficiente.

4.2.2 Aproximação do eleitorado com seus representantes políticos

O sistema proporcional de lista aberta tem causado um distanciamento entre os candidatos e seus eleitorados, impossibilitando o acompanhamento das atividades dos parlamentares. Em razão disso, a população se distancia da participação política.

Contudo, os defensores do sistema distrital puro alegam que a vinculação dos Deputados a uma circunscrição eleitoral aproximaria o político do eleitorado, de maneira que se aumenta o compromisso e a prioridade por parte do parlamentar, possibilitando uma fiscalização eficiente por parte dos eleitores e conferindo mais legitimidade ao parlamento.

Sendo assim, os governantes precisam estar atentos às necessidades do eleitorado local, pois caso descumpram suas atividades em favor dos interesses gerais, será facilmente percebido. O voto distrital favorece a comunicação entre os parlamentares e seus respectivos eleitorados, de maneira que os eleitores possam cobrar de forma mais rigorosa a respeito do comportamento dos parlamentares. De forma resumida, percebe-se que o sistema em questão é propenso à prática adequada de *"accountability"*.

Pelo exposto, percebe-se a importância da implementação do sistema distrital puro, pois assim permitirá o fortalecimento da democracia participativa[77].

[76] CARVALHO, Nelson Rojas de. Representação Política, Sistemas Eleitorais e Partidários: Doutrina e Prática. In: Sistema Eleitoral Brasileiro: Teoria e Prática / organização, Olavo Brasil de Lima Júnior. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed., IUPERJ, 1991. (p.55)

4.2.3 Redução dos custos de campanha

Outro fator favorável à aplicação do voto distrital, e por consequência, na distritalização, é a redução dos custos de campanha eleitoral. No contexto brasileiro atual, o argumento é de suma importância, pois os custos a cada campanha se tornam maiores, algo que tende a práticas de corrupção e afasta das eleições os candidatos com um poder aquisitivo menor.

Dessa maneira, Manfredini alega que[78]:

> "Nos distritos, o custo da campanha seria reduzido. Os candidatos não precisariam ser conhecidos em todo estado, haja vista que o colégio eleitoral seria uma região menor. Dá-se fim às campanhas eleitorais milionárias, pois não seriam necessárias e acabariam por causar repúdio aos eleitores. Surge a possibilidade de candidatos humildes com reais probabilidades de ascender a uma cadeira Legislativa. Pessoas do povo, sem dispor de enormes quantias, poderiam pensar em um posto político, nem que fosse para melhorar sua própria região. O sistema de distritos permite que o candidato pense na localidade, antes de pensar se possui recursos suficientes para se eleger. O fator financeiro não será mais determinante do pleito, sendo o contato com o eleitor mais válido que dinheiro "

Vale lembrar que além do fator da restrição geográfica, a redução dos custos de campanha permitiria também, pela diminuição do número de concorrentes, uma menor necessidade de agir para poder se eleger, e pela questão de que o candidato provavelmente já possuiria uma base política na região, pois já seria próximo de seu eleitorado.[79]

4.2.4 Fim do multipartidarismo e o fortalecimento partidário

---

[77] Art. 14 da Constituição Federal de 1988 : A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.

[78] MANFREDINI, Karla Marcon. Democracia Representativa Brasileira: O Voto Distrital Puro em Questão. Florianópolis-SC, 2008.(p.70)

[79] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (p.194)

Primeiramente, é importante salientar que a diversidade de pensamentos e ideologias políticas são significativos para a construção de uma democracia. Contudo, quando existe uma fragmentação acentuada, podem se tornar prejudiciais à representatividade.

Percebe-se atualmente que o número exacerbado de partidos políticos[80] no cenário político brasileiro proporciona o aparecimento de "partidos de aluguel", que tem se tornado cada vez mais frequentes, pois recebem a atribuição apenas como um instrumento de acesso ao poder. Esse cenário conturbado afasta a população da política e impossibilita a governabilidade.

Dessa maneira, o sistema distrital puro conseguiria impedir o advento demasiado de partido políticos. Manfredini alega que o sistema majoritário visa proporcionar uma maior representação, pois somente os candidatos com a maioria dos votos poderão ser eleitos.[81] Nesse fio, somente os partidos que possuem efetiva representação da população perdurarão, e os demais partidos políticos, que não possuem representatividade, vão precisar se estabelecer, de maneira que os eleitores percebam de forma mais clara seus ideias e ideologias e assim, passem a representar parcelas da sociedade.

Ademais, o sistema distrital puro também influencia na questão do fortalecimento partidário, pois o sistema não permitiria as disputas internas que ocorrem com frequência no sistema proporcional. Nos moldes atuais os partidos podem apresentar mais de um candidato ao mesmo cargo, o que acaba gerando disputas internas e por consequência enfraquece os partidos. De outro modo, o sistema distrital puro só teria disputas com partidos diferentes, pois cada partido lançaria apenas uma candidatura por distrito.

Concluindo, percebe-se que o fortalecimento dos partidos e com o fim do multipartidarismo podem favorecer a governabilidade e fortalecer o legislativo.

[80] Confira o anexo n° 1
[81] MANFREDINI, Karla Marcon. Democracia Representativa Brasileira: O Voto Distrital Puro em Questão. Florianópolis-SC, 2008.(p.36)

Assim, o sistema distrital puro visa permitir que as decisões parlamentares se tornem menos suscetíveis à troca de favores e ao presidencialismo de coalizão, promovendo assim, a discussão de projetos de maneira mais apropriada.

4.2.5 Possibilidade da prática de "recall" no Brasil e semelhança com o modelo americano.

Em primeiro lugar, é importante apresentar o significado do termo *"recall",* que no campo político, tem o significado de anulação, revogação e destituição de funcionários públicos.

Nesse entendimento, percebe-se que é um instituto de democracia semidireta, que envolve a participação da população de forma que seu principal objetivo é destituir do mandato as autoridades que possuem comportamento inadequado para a função e assim atenuar o problema da representação política.[82]

A cassação de um mandato por meio desse instituto traz uma alternativa ideal ao processo de impeachment, pois observa-se a dificuldade, a morosidade e o desgaste que um processo de impeachment possui.[83]

Dessa maneira, o *"recall*" demonstra ser um procedimento mais democrático que o impeachment, pois o mesmo será decidido diretamente pelos eleitores, e não por seus representantes no parlamento. Assim é possível ressaltar o poder soberano do povo que está estabelecido no artigo 1° § único da Carta Magna.

Atualmente o instituto não está previsto na Constituição Federal de 1988, contudo, o Brasil está passando nos últimos anos por uma intensa crise de representatividade, em que seus representantes não estão agindo da maneira correta,

[82] Remédio democrático para o povo: A possibilidade de revogação de mandato eletivo no sistema republicano brasileiro. Revista jurídica Iuris in mente. Direitos Fundamentais e políticas públicas. (p;116)

[83] Remédio democrático para o povo: A possibilidade de revogação de mandato eletivo no sistema republicano brasileiro. Revista jurídica Iuris in mente. Direitos Fundamentais e políticas públicas. (p;126)

permitindo que a população sofra com a falta de competência e com atos de corrupção com o dinheiro público.

Sendo assim, diante da crise de representatividade e de governabilidade que o país está passando nos últimos anos, o instituto do *"recall"* entra na pauta de discussões para sua implementação no sistema político brasileiro para promover uma democracia mais sólida e fidedigna aos interesses populares.

Para analisar a viabilidade do instituto, é de suma importância comparar o ordenamento político brasileiro com o dos Estados Unidos, que foi o primeiro país a adotar o instituto do "*recall"* e que possui algumas características muito semelhantes ao Brasil.

Sendo assim, é importante haver uma comparação entre os sistemas políticos brasileiro e americano para estudar a aplicabilidade deste instituto.

Inicialmente, percebe-se que os dois países são Repúblicas Federativas, ou seja, os dois países possuem na figura do Presidente da República a imagem de chefe de Estado e chefe de Governo, são divididos em Estados Federativos e adotam a tripartição dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. Dessa maneira, pode-se notar que o único aspecto divergente entre os dois países está no sistema eleitoral, em que os Estados Unidos adotam um sistema majoritário, enquanto o Brasil adota o sistema proporcional.

A adoção do sistema majoritário (distrital) no Brasil permitiria a prática do "*recall"* político, pois através desse modelo, o sistema permite traçar os representantes e os eleitorado de cada região, de maneira que o eleitorado possa fiscalizar e até mesmo cassar seus representantes. Esse instituto permite aos eleitores, por meio de plebiscito, a revogação do mandato do parlamentar que não estiver agindo corretamente.[84]

[84] CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Direito Eleitoral Brasileiro. 3° ed. Belo Horizonte: Del Rey.2004 (p.45 a 50)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo foi abordada inicialmente a relevância que os sistemas eleitorais possuem na forma de organização e funcionamento das democracias atuais. Nesse fio, analisando o contexto brasileiro, percebe-se como a relação entre o Presidencialismo e o Sistema proporcional de lista aberta brasileiro proporcionou a crise de representatividade e de governabilidade que atualmente se encontra no Brasil. De outro modo, nota-se a importância que o sistema distrital puro possui na questão de corrigir as deturpações e vulnerabilidades do nosso sistema atual.

No tocante da representatividade, percebe-se que hoje existe uma degradação completa na Democracia representativa no país, na qual os candidatos não representam a população, deixando de lado os interesses públicos e passando a atuar apenas por interesses pessoais. Ainda nesse sentido, os partidos se multiplicam de forma desacerbada sem representar parcelas da sociedade, servindo apenas como forma de acesso ao poder.

No âmbito da governabilidade, a fragilidade partidária e os múltiplos partidos políticos existentes fazem o governo se "reinventar" para conseguir ter apoio no Legislativo para aprovar suas deliberações e interesses. Dessa maneira, as articulações saem das esferas programáticas e institucionais e se tornam totalmente personalizadas, de modo que o presidencialismo de coalizão se mostra necessário para que assim o Presidente da República tenha maneiras de conseguir implementar seu programa de governo. Se não fosse pelas coalizões o governo teria dificuldade para conseguir a maioria em um congresso multipartidário.

Tendo em vista a problemática analisada no respectivo estudo, fez-se necessário estudar os modelos de sistemas eleitorais existentes no mundo, abordando suas vantagens e desvantagens de maneira que possam ser avaliadas qual se adequaria melhor às necessidades brasileiras. Em cada sistema eleitoral proposto, percebem-se vantagens que se destacam, porém, não existe sistema perfeito, daí a

necessidade de se estabelecerem quais características são mais importantes a serem alcançadas no novo sistema adotado no Brasil.

Partindo desse pressuposto, foram analisadas as vantagens estabelecidas no sistema distrital puro. Nesse sentido, nota-se que o voto distrital possibilita a correção dos principais pontos problemáticos do sistema proporcional de lista aberta brasileiro. Na questão da representatividade, o sistema permite um vínculo maior entre o eleitor e o candidato, permitindo assim a *"accountabiliy*" e uma maior legitimidade dos representantes. Além de tudo, o sistema demonstra-se benéfico no âmbito da governabilidade, pois fortalece os partidos e impede a excessiva fragmentação partidária, rompendo assim com o presidencialismo de coalização existente no sistema atual e permitindo um governo forte e coeso que consegue ter uma maioria para aprovar sua agenda. Dentre outros benefícios pode-se destacar o barateamento das campanhas e a possibilidade de implementação do instituto do *"recall"* político.

Por fim, conclui-se que não existe sistema eleitoral ideal, contudo, o sistema distrital puro é o sistema que melhor se adequa às necessidades do Brasil atual, solucionando assim os vícios do sistema proporcional de lista aberta a respeito da representatividade e governabilidade. Apesar da importância de um sistema eleitoral em qualquer democracia atual, é notório que apenas a mudança do sistema eleitoral não resolverá todos os males da política brasileira, contudo, é um passo significativo para o avanço da política nacional.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional Brasileiro.

BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: Uma proposta de sistema de Governo,Eleitoral e Partidário para o Brasil. Institutos Ideias, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do estado e Ciência Política. 5.ed. atual. ampli. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BILLAFAN, Valéria da Costa Lima. Atuação do Legislativo frente ao presidencialismo de coalizão. Câmara dos Deputados.2012.

CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro.

CARVALHO, Kátia de, clausula de barreira e funcionamento parlamentar. 2003.

CASTRO, Mônica Matta Machado de. "Sujeito e estrutura no comportamento eleitoral". Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 20.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Direito Eleitoral Brasileiro.

CINTRA, Antônio Octávio. O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Marcus. A decisão do Voto: (Democracia e racionalidade), São Pualo : Ed. Sumaré/ANCOPS, 1991.

Manfredini, Karla Marcon. Democracia Representativa Brasileira: O Voto Distrital Puro em Questão. Florianópolis-SC, 2008.

MESQUISTA JUNIOR, Geraldo. Sistemas Eleitorais. Brasília: Senado Federal. 2005.

MORAES, Alexandre de. Poder Legislativo. In: Tratado de Direito Constitucional / organização Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2012.

NICOLAU, Jauro Marconi. Sistema eleitorais. Editora FGV. 5° Edição. 2004.

O Congresso e o Presidencialismo de Coalizão. Editora Konrad Adenauer Stiftung. 201

PIRES, Juliano Machado. A invenção da lista aberta: o processo de implantação da representação proporcional no Brasil. (Dissertação de Mestrado). Iuperj/Cefor. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro, 2009.

Remédio democrático para o povo: A possibilidade de revogação de mandato eletivo no sistema republicano brasileiro. Revista jurídica Iuris in mente. Direitos Fundamentais e políticas públicas.2016

SAMPAIO, Nelson de Sousa. Eleições e Sistemas eleitorais. Brasília: Revista de informação Legislativa. Diretoria de informação Legislativa. Subsecretaria de edições técnicas, v.20, n°78, abr./jun. de 1983.

SANTOS, Fabiano. Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil. Dados vol.42 n.1 Rio de Janeiro 1999.

SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo. v. 1, [s. l.], Editora Ática, 1994.

SARTORI, Giovanni. Engenharia Constitucional: Como Mudam as Constituições Brasília: Editora UNB, 1996.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005 .

SILVA, Luís Virgílio Afonso da, Sistemas eleitorais, 1999.

TEIXEIRA, José Lopes. Estudos do Histórico do Sistema Eleitoral Brasileiro: As principais reformas já ocorridas e Propostas de Reformas Atuais. Rio de Janeiro : EPPG/IUPERJ. 2003

VELASCO, Domingos. Direito eleitoral: sistema eleitoral, nulidades, crítica. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1935.

VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão – Exame do atual sistema de governo brasileiro. Editora Saraiva. 1° Edição, 2011.

PODER DE POLÍCIA E A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL: RECURSO ESPECIAL 1.133.965/BA

Renan Rodrigues Viega

RESUMO

O meio ambiente não manifesta vontade, sendo a lei sua porta-voz. Entretanto, nem sempre a lei consegue expressar em totalidade tais desígnios, cabendo ao Poder Executivo prestar-lhe a dicção, através da edição de decretos e regulamentos para a sua fiel execução. Nesse contexto, desborda o Recurso Especial nº 1.133.965/BA, julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 24 de abril de 2018. No acórdão, restou configurado abuso da função regulamentar pelo Chefe do Poder Executivo quando da edição do Decreto nº 3.179/99, ao condicionar a restituição de veículo apreendido em decorrência de infração administrativa ambiental ao recolhimento da multa. A restituição, consoante o aresto, é tão somente viabilizada quando oferecida defesa administrativa, e com a constituição de fiel depositário na figura do proprietário do veículo. Dentro deste panorama, o presente estudo busca estabelecer um diálogo entre o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e os institutos aplicáveis de direito ambiental e administrativo, apurando-se eventuais deficiências causadas na proteção do meio ambiente.

1 INTRODUÇÃO

O transporte de coisas exerce importante função social no Brasil, pois pela malha rodoviária ou aquaviária possibilita o deslocamento de riquezas em um país de proporções continentais e de inexpressivo uso da malha ferroviária. Entretanto, o exercício da livre iniciativa é condicionado à defesa do meio ambiente, nos termos do art. 170, inciso VI, da Constituição Federal.

No Brasil, o meio mais utilizado para o escoamento da madeira é o rodoviário e uma das atribuições dos órgãos vinculados ao Sistema Nacional do Meio Ambiental - SISNAMA é o de realizar a fiscalização, exigindo-se do transportador a autorização para o transporte. Em caso de ausência ou de informação inexata da documentação necessária para o transporte, caberá ao agente competente a lavratura do auto de infração ou de representação e a adoção de sanções e medidas preventivas, nos limites do poder de polícia que lhe é conferido por lei.

Entre as medidas aplicáveis ao infrator ambiental, prevê o art. 72, inc. IV da Lei nº 9.605/98, que trata das sanções criminais e administrativas, a possibilidade de "apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração". Ainda, o art. 25, § 5º, do mesmo diploma legal, complementa essas disposições ao estabelecer que "os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem".

Dando regulamentação à Lei nº 9.605/98, o Decreto nº 3.179/99 possibilitou a restituição de veículo apreendido em decorrência de infração administrativa, desde que mediante o pagamento da multa ou interposto recurso perante o órgão ambiental responsável. Regulamentação contra a qual se insurgiu o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, defendendo a impossibilidade de restituição do bem apreendido em decorrência de infração administrativa.

O julgamento do Recurso Especial nº 1.133.965/BA pela Primeira Seção do STJ em abril de 2018, pôs fim à controvérsia, assentando a possibilidade de restituição do veículo mediante o oferecimento de defesa administrativa, com a constituição de fiel depositário na figura do proprietário, até a conclusão do processo administrativo, nos casos estabelecidos pelo Decreto nº 3.179/99. Já os demais produtos e subprodutos ou a madeira apreendida não mais retornarão ao infrator,

devendo ser objeto da destinação prevista no art. 2º, § 6º, inc. III, do referido regulamento.[1]

Quanto à possibilidade de restituição de veículo apreendido mediante o pagamento da multa prevista no Decreto, esta foi afastada, sob o fundamento de que o Chefe do Poder Executivo inovou na ordem jurídica ao criar situação não contemplada pela Lei nº 9.605/98.

Pode-se afirmar que a criação de um sistema de proteção já foi um grande salto em matéria atinente ao meio ambiente[2]. Mas é no plano fático que a norma se materializa, criando, disciplinado e internalizando comportamentos em seus destinatários, sendo o processo entre a criação da norma e sua implementação o cerne do presente estudo. Este justifica-se na medida em que não são raros os casos em que produção legislativa encontra restrições de ordem prática, causadas por regulamentos que diminuem o alcance almejado pelo legislador que criou a norma.

Inicialmente planejado como uma monografia acerca do regime de responsabilização administrativa, o presente estudo busca demonstrar, sob diversos aspectos, as implicações causadas ao sistema de proteção ao meio ambiente quando da edição de Decreto, que a pretexto de regulamentar, exorbita a competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo pelo art. 84, inc. IV, da Constituição Federal.

A escolha de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça se deu pela uniformização de entendimento pelo precedente firmado na Corte, porquanto a decisão objeto de análise foi classificada e julgada como representativa de

[1] art. 2º, § 6º, inc. III, do Decreto nº 3.179/99: Os produtos e subprodutos perecíveis ou a madeira apreendidos pela fiscalização serão avaliados e doados pela autoridade competente às instituições científicas, hospitalares, penais, militares, públicas e outras com fins beneficentes, bem como às comunidades carentes, lavrando-se os respectivos termos, sendo que, no caso de produtos da fauna não perecíveis, os mesmos serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais.

[2] Podem ser citadas como exemplos as Leis n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), a Lei n. 9.605/98 (Dispondo sobre as sanções penais e administrativas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a Lei n. 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e, a nível processual, a Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), bem como o microssistema de processo coletivo composto pela Leis n. 7.347/95 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

controvérsia, sob o regime dos recursos repetitivos, sendo de reprodução obrigatória pelos demais tribunais e juízos.

O presente relatório será dividido em duas partes, sendo a primeira parte relacionada à exploração do voto condutor do acórdão, proferido pelo ministro Mauro Campbell Marques, bem como pelo voto-vista, de lavra do ministro Herman Benjamin, que trouxe ponderações ao caso submetido a julgamento. A segunda parte conterá análises fundamentadas acerca acórdão proferido e eventuais consequências de ordem prática acerca dos princípios e institutos aplicáveis ao caso.

2 SÍNTESE PROCESSUAL

A controvérsia teve início após a impetração de mandado de segurança por Gilson Rocha de Mello e Outros, contra ato do Gerente Executivo do IBAMA no qual se discutiu a apreensão de veículo que transportava carvão sem a licença válida para todo o percurso. A questão central levada à juízo foi a possibilidade ou não da alienação imediata e automática de veículo apreendido em decorrência de infração administrativa, mediante o pagamento de multa ou oferecimento de defesa pelo administrado.

Sobrevindo a sentença, foi reconhecida a possibilidade de liberação do veículo após o pagamento da multa ou o oferecimento de defesa administrativa, restando esta confirmada em grau de recurso pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao fundamento de que “apesar de legítima a apreensão de veículo transportador de madeira sem a competente autorização para transporte (ATPF), sua liberação encontra respaldo no disposto no art. 2º, § 6º, inc. VIII, do Decreto nº 3.179/99, mediante o pagamento de multa ou o oferecimento de defesa administrativa”.

Logo em seguida houve oposição de embargos de declaração pelo IBAMA, sendo estes rejeitados pelo Tribunal Regional da 1ª Região sob o fundamento que os vícios que ensejam sua interposição, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não estavam presentes.

Em seu Recurso Especial, de nº 1.133.965/BA, o IBAMA aduziu preliminarmente violação ao art. 535, do Código Civil 1973, sob o argumento de que não foi objeto de apreciação pelo juízo *a quo* a permissão dada pelos arts. 25, § 4º, e 72, inc. IV e § 6º, da Lei nº. 9.605/98 para a apreensão e venda dos objetos utilizados na prática de infração ambiental.

No mérito, apontou violação aos arts. 25, § 4º, e 72, inc. IV e § 6º, da Lei nº. 9.605/98 e ao art. 2º, § 6º, inc. VIII, do Decreto nº. 3.179/99, ao fundamento de que as normas mencionadas são claras a respeito da possibilidade da alienação. Aduziu, ainda, que Decreto nº. 5.523/05, ao alterar, no ponto, o Decreto nº 3.179/99 admitiu a figura de fiel depositário até a alienação do veículo, indicando que após apreendido, a restituição é vedada, sendo imperiosa a pena de perdimento.

O Recurso Especial foi admitido pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, já sob o regime dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C, §1º do Código de Processo Civil, sendo regularmente processado. Aceito como representativo da controvérsia e, após as providências cabíveis, foi aberta vista dos autos ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não provimento do recurso, sustentando a inocorrência de violação ao art. 535, do Código de Processo Civil, assim como a incidência da Súmula nº. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

O IBAMA acostou manifestação complementar ao seu recurso, no qual pontuou: que com base na gravidade da infração ambiental, na proporcionalidade entre o dano causado ao meio ambiente e o perdimento do veículo apreendido, na legalidade da sanção, da independência entre as esferas de responsabilização criminal e administrativa havia a necessidade de serem mantidos os veículos apreendidos em posse do órgão fiscalizador até a declaração do perdimento dos bens.

O julgamento teve início em 25 de agosto de 2010, com o ministro Relator Mauro Campbell Marques dando parcial provimento ao recurso interposto pelo IBAMA, sendo acompanhado pelo voto da ministra Eliana Calmon. Na mesma

ocasião o ministro Luiz Fux pediu vista dos autos, não participando do restante do julgamento em razão da posse como membro do Supremo Tribunal Federal. Prosseguindo o julgamento, em 28 de setembro de 2011 houve pedido de vista antecipada pelo ministro Herman Benjamin, pedido este reiterado em 11 de março de 2015 e prorrogado em 26 de agosto de 2015, nos termos do art. 162, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final do julgamento, em 25 de abril de 2018, a Primeira Seção do STJ, por unanimidade, conheceu e deu parcial provimento ao Recurso Especial, condicionando a liberação de veículo apreendido ao oferecimento de defesa administrativa, com constituição de fiel depositário na pessoa do proprietário. O acórdão foi publicado no Diário de Justiça eletrônico do STJ em 11 de maio de 2018.

2.1 O voto do min. Relator Mauro Campbell Marques

O ministro Relator Mauro Campbell Marques iniciou o voto afirmando que embora a Lei 9.605/98 seja referida como a "Lei de Crimes Ambientais", esta incorporou, nos moldes da tríplice responsabilização prevista na Constituição Federal de 1988, a responsabilidade por infrações administrativas, não descuidando da responsabilidade civil, quando cabível. Afirmou, nessa moldura, que a Lei 9.605/98 criou mecanismos de tutela acautelatória administrativa e penal quando verificado o cometimento de infrações, o que inclui, nos termos do art. 25, § 5º, do referido diploma normativo, a apreensão e alienação de produtos e instrumentos de infrações penais e administrativas.

À título de ilustração, segue o recorte normativo citado pelo Relator:

> Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.
>
> § 1º Os animais serão prioritariamente libertados em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins

> zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados.
>
> § 2º Até que os animais sejam entregues às instituições mencionadas no § 1º deste artigo, o órgão autuante zelará para que eles sejam mantidos em condições adequadas de acondicionamento e transporte que garantam o seu bem-estar físico.
>
> § 3º Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes.
>
> § 4° Os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais.
>
> § 5º Os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.

Prosseguindo, ressaltou o ministro que a controvérsia residia no alcance da norma prevista no § 4º do art. 25 da Lei nº 9.605/98, quando esta era regulamentada pelo Decreto nº 3.179/99, atualmente revogado pelo decreto nº 6.514/08, ao dispor que "os veículos e as embarcações utilizadas na prática da infração, apreendidos pela autoridade competente, somente serão liberados mediante o pagamento da multa, oferecimento de defesa ou impugnação, podendo ser os bens confiados a fiel depositário na forma dos arts. 1.265 a 1.282 da Lei nº 3.071, de 1916, até implementação dos termos mencionados, a critério da autoridade competente".

Dessa forma, foi colocada em xeque a compatibilidade entre a Lei e a regulamentação dada pelo chefe do Executivo, visto que, conforme apontou o min. Relator, esta possivelmente havia extrapolado os limites legalmente delimitados.

A explicação acerca da incompatibilidade entre a Lei e o Decreto que regulamentou a matéria foi inicialmente explicitada no voto quando o min. Mauro Campbell Marques afirmou que:

> "O comando legal que se extrai do art. 25, §4º, da LCA é peremptório ao afirmar que os instrumentos do crime serão alienados, impossibilitando qualquer juízo de discricionariedade ao Chefe do Executivo no sentido de, a pretexto de regulamentar tal comando, permitir a liberação dos

> veículos ou embarcações mediante pagamento de multa (!) – à questão da liberação por ocasião do oferecimento da impugnação ou defesa voltar-se-á mais adiante".

Estabeleceu ainda, que a primeira parte do art. 2º, §6º, inc. VIII, do Decreto nº 3.179/99, ao dispor sobre o pagamento de multa, constituiu inovação no ordenamento jurídico, desprovida de qualquer base legal, malferindo os incs. IV e VI do art. 84 da Constituição Federal, sob dois fundamentos: primeiro porque excedeu o poder de regulamentar ao expedir decreto fora do âmbito da "fiel execução" da lei; e o segundo porque "houve a edição de preceito normativo primário fora as hipóteses lá discriminadas".

Entretanto, o ministro ponderou que a aplicação da norma prevista no art. 25, § 4º, da Lei nº 9.605/98, pura e simplesmente, poderia causar violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstos no art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição Federal, sobretudo quando o suposto infrator oferecesse defesa administrativa, dada a possibilidade dessa vir a ser provida e impossibilitar o perdimento do bem.

Portanto, no entendimento do min. Relator seria legal admitir o oferecimento de defesa administrativa como óbice à alienação imediata do veículo apreendido, pois tal medida deveria vir precedida de processo administrativo instaurado entre a Administração e o infrator, devendo os bens apreendidos, nesse ínterim, ficar sob depósito do proprietário.

Ressaltou ainda que tal recorte foi consagrado pela edição do superveniente Decreto nº 5.523/05, que dispôs que "os veículos e as embarcações utilizados na prática da infração, apreendidos pela autoridade ambiental competente, poderão ser confiados a fiel depositário até a sua alienação".

Concluindo o raciocínio, aduziu que "a manutenção dos bens apreendidos com a Administração Pública, sem uso, estagnados, apenas tem o condão de causar-lhes depreciação econômica, o não é proveitoso nem ao Poder Público, nem ao proprietário".

Em relação à alegação do IBAMA de que seria incabível a figura do depositário fiel de bem apreendido pela Administração em caso de conduta criminosa, restou assentado pelo ministro que as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal, aplicadas subsidiariamente pelo questionado diploma normativo, guardam maior densidade do que as demais regras previstas na Lei nº 9.605/98, objetivando resguardar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não permitindo a alienação imediata dos objetos utilizados para a consumação do crime.

Como conclusão, restou assentado que qualquer destino lançado sobre os bens apreendidos deverá ser precedido do devido processo legal, não sendo a multa prevista no Decreto nº 6.514/08 instrumental hábil para reaver bem apreendido em decorrência de infração administrativa ou crime previsto na Lei nº 9.605/98, fundamento do qual derivou o parcial provimento do Recurso Especial, apenas para admitir a liberação do veículo condicionado ao depósito em nome do proprietário em razão do de oferecimento de defesa administrativa.

2.2 O voto-vista do min. Herman Benjamin

Após considerações sobre a origem da demanda, já condensadas em tópico anterior, o ministro Herman Benjamin dividiu seu voto apresentando dois panoramas acerca da lide, um sob a perspectiva normativa literal e outro acerca do substrato ético sob a ótica ambiental.

Analisando a literalidade das normas questionadas, o ministro afirmou que o art. 72, inc. IV, § 6º, o art. 6º e o art. 25, § 4º, da Lei nº 9.605/98 conduzem à compreensão de que a infração administrativa pode levar à apreensão e venda do veículo, desde que respeitada a proporcionalidade da pena, sendo pressuposto decisão legitimada por processo administrativo.

Ressaltou, por outro lado, que o Decreto nº 3.179/99, vigente à época, dava regulamentação à Lei, havendo previsão expressa da possibilidade de liberação de

objetos apreendidos em decorrência de infração administrativa pelo oferecimento de defesa administrativa ou pagamento de multa.

Desse forma, a questão poderia ser resolvida com a prevalência da Lei, norma hierarquicamente superior em relação ao Decreto, apontando-se excesso na função de regulamentar pelo Chefe do Poder Executivo. À embasar essas afirmações, foi citado como precedente o Recurso Especial nº 872.169/RS, de lavra da ministra Eliana Calmon, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que "às portarias, regulamentos, decretos e instruções normativas não é dado inovar a ordem jurídica, mas apenas conferir executoriedade às leis, nos estritos limites estabelecidos por elas".

Em relação ao que denominou de substrato ético, o voto-vista proferido tratou da possibilidade dos arts. 25 e 72, § 6º, da Lei nº 9.605/98 não referirem veículos como instrumentos, abrindo espaço para tratamento específico por meio do Decreto nº 3.179/99, o que demandaria, segundo o ministro, adicional esforço hermenêutico, sobretudo quando considerados os princípios da precaução e prevenção, norteadores da atividade dos órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, consignando que:

> Juízos valorativos amparados na precaução-prevenção e na teoria da implementação (sobretudo quanto a mecanismos de dissuasão geral e especial) devem considerar ainda a preservação do meio ambiente como direito fundamental, de elevada valência em juízos de ponderação e preponderância. O intérprete deve estar atento à fase holística do direito ambiental, na qual o ambiente passa a ser protegido de maneira completa, vale dizer, como sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo) e com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico).

Segundo o ministro, o meio ambiente como direito humano fundamental está imbricado com o dever-poder de proteção eficiente, patrimônio este que deve ser assegurado sob a diretriz hermenêutica dos princípios da precaução e prevenção, garantindo bem essencial à qualidade de vida, com incidência no caso concreto, sobretudo quando analisadas as razões recursais do IBAMA.

As razões recursais do IBAMA citadas pelo ministro Herman Benjamin para fundamentar seu voto basearam-se nas seguintes premissas: 1) quando o órgão fiscalizador apreende madeira sendo transportada desacompanha de licença, presume-se que a extração desses produtos foi realizada de forma predatória, em desconformidade com as normas atinentes ao manejo adequado; 2) não é possível a devolução do veículo ao infrator mediante o pagamento de multa ou o oferecimento de defesa administrativa, pois tais medidas não modificam ou evitam o grave dano causado contra o meio ambiente, podendo, inclusive, permitir a reiteração dessa atividade ilegal quando o veículo volta à posse do infrator; 3) A fiscalização no momento do transporte é de grande importância para o combate ao desmatamento ilegal, pois geralmente as indústrias de móveis e infraestrutura portuária necessária para exportação ficam distantes das áreas de extração, sendo método viável e eficaz de fiscalização; 4) Na inexistência de garantia ao exercício de atividade econômica poluidora, que gera lucro individual e ônus a todos setores da economia para reversão dos efeitos nocivos causados, assim como previsão de prejuízo ao PIB brasileiro estimado entre R$719 bilhões e R$ 3,6 trilhões nos próximos 40 anos caso não haja progresso na reversão dos efeitos decorrentes do desmatamento em relação às mudanças climáticas.

Com base nessas afirmações e recorrendo-se à interpretação sistemática, haveria, segundo o ministro, preponderância do direito ao meio ambiente protegido sobre o direito à propriedade, tornando razoável a opção, no caso em debate, por aquela que melhor assegura a eficácia e o carater: 1) repressivo da sanção, ao retirar o instrumento utilizado para predação de circulação, protegendo a biodiversidade; 2) pedagógico, consubstanciado na prevenção específica e geral, ao inibir a reiteração da conduta pelo agente e por aqueles que exerçam atividade correlata.

Desse raciocínio, seguiu-se a conclusão de que é possível a apreensão e venda de veículo apreendido em decorrência de infração administrativa, desde que precedida por processo administrativo e respeitada a proporcionalidade da pena, nos moldes do voto do ministro Relator Mauro Campbell Marques.

3 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DOS VOTOS

3.1 Abuso da função regulamentar

No voto proferido pelo ministro Relator Mauro Campbell Marques e no voto-vista do ministro Herman Benjamin foi assentado que a multa prevista no art. 2º, §6º, inc. VIII, do Decreto nº 3.179/99 [3] constituiu inovação na ordem jurídica, não sendo meio legítimo para restituir veículo apreendido ao infrator. Também foi firmada a possibilidade de liberação do veículo apreendido em decorrência de infração administrativa, desde que apresentada defesa administrativa, podendo ser instituído o proprietário do veículo como fiel depositário até findo o processo administrativo.

Acerca do abuso da função regulamentar, algumas considerações devem ser feitas, não com relação aos votos em si, mas em relação ao prejuízo causado por ato administrativo do Chefe do Executivo que inova na ordem jurídica, exorbitando a função de regulamentação prevista no art. 84, inc. IV da Constituição Federal.

Dispõe o referido dispositivo:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> IV – Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;[4]

O Poder Legislativo, em sua atividade típica, nem sempre possibilita a execução de imediato das normas que produz, cumprindo à Administração dispor sobre mecanismos que confiram eficácia à norma produzida. Traçando essas linhas como a base do poder regulamentar, Carvalho Filho define esta como "a prerrogativa

[3] BRASIL. *Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999, revogado pelo Decreto nº 6.514, de 2008*. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3179.htm. Acesso em 25 ago. 2018.

[4] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2018.

conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação"[5], asseverando:

> A prerrogativa, registre-se, é para apenas complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo.[6]

Além de caber ao Poder Executivo, por meio da autotutela, a revisão de atos eivados de vícios, inclusive os regulamentares, caso não o faça essa atividade poderá ser exercida pelo Legislativo, que detêm legitimidade para "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa", nos termos do art. 49, inc. V da Constituição Federal do Brasil[7]. Essa atividade também poderá ser desempenhada pelo Poder Judiciário, mediante provocação[8].

Conferindo regulamentação ao art. 72, inc. IV da Lei nº 9.605/98, que estipula a apreensão como sanção administrativa, assim dispunha o art. 2º, §6º, inc. VIII, do Decreto nº 3.179/99:

> Art. 2º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções:
>
> IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
>
> § 6º A apreensão, destruição ou inutilização, referidas nos incisos IV e V do *caput* deste artigo, obedecerão ao seguinte:
>
> VIII - os veículos e as embarcações utilizados na prática da infração, apreendidos pela autoridade competente, somente serão liberados mediante **o pagamento da multa**, oferecimento de defesa ou impugnação, podendo ser os bens confiados a fiel depositário na forma dos arts. 1.265 a 1.282 da

[5] CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57.
[6] CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57.
[7] FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao art. 84, inc. IV. In. CANOTILHO. J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1225.
[8] Art. 5o inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

> Lei nº 3.071, de 1916, até implementação dos termos antes mencionados, a critério da autoridade competente; (grifo nosso)

Antes de analisar o fragmento grifado, convêm buscar a definição do que é infração administrativa ambiental e o modo pelo qual é constatada e apurada. O art. 70, *caput*, e parágrafos, da Lei nº 9.605/98 assim definem:

> Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.
>
> § 1º São autoridades componentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha.
>
> § 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.
>
> § 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.
>
> §4º As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.[9]

É possível inferir desses dispositivos que os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA detêm o poder-dever de polícia para intervir caso constatem infrações administrativas, devendo o processo administrativo instaurado contra o infrator ser fundamentado no auto de infração ou representação, respeitando-se as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

O exercício adequado do poder de polícia administrativa ambiental repercute diretamente na prevenção de danos ao meio ambiente, por meio do controle dos

[9] BRASIL. Lei nº 9.505, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. art. 70, caput, e parágrafos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 26 de ago. 2018.

administrados, bem com na repressão de atos atentatórios contra as normas e princípios de Direito Ambiental, ocasionando a abertura de procedimento para apuração de responsabilidade nas esferas administrativa, civil e penal quanto aos recursos naturais agredidos ou vulnerados.[10]

Diante dessas considerações sobre o poder de polícia e para além do excesso na função de regulamentação constatada e exposta no voto do ministro Relator Mauro Campbell Marques, o Decreto nº 3.179/99, ao dispor sobre a liberação de veículo apreendido em decorrência de infração administrativa mediante o pagamento de multa, causou entrave à competência dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA referente à atividade repressiva de "apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração", prevista no art. 72, inc. IV, da Lei nº 9.605/98, pois a alternativa colocada à disposição do administrado referente ao pagamento de multa, considerado ilegal pelo STJ, criou situação incompatível com o dever de fiscalização, que foi relativizado a ponto de facultar ao agente público a substituição de medidas de polícia pela prescrição de multas.

3.2 Interdependência dos princípios da precaução e prevenção e dissuasão de comportamentos nocivos ao meio ambiente

No voto-vista, o ministro Herman Benjamin atentou para a particular incidência dos princípios da precaução e prevenção, assim como a implementação de mecanismos de dissuasão geral e especial, fundamentos que serão analisados a partir de agora.

A promoção de um conjunto de princípios orientadores conferiu ao Direito Ambiental autonomia para erigir-se como ciência jurídica. Na Constituição Federal, eles estão dispostos no título que trata da Ordem Social, no art. 225,

[10] MILARÉ, Édis. *Reação Jurídica à Danosidade Ambiental: Contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade*. 2016. 362 f. Tese (Doutorado) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 112.

constitucionalizando, em grande parte, as disposições da Lei nº 6.938/81[11]. Sobre o tema, afirma Fiorillo que: "O advento da Constituição proporcionou a recepção da Lei nº 6.938/81 em quase todos os seus aspectos, além da criação de competências legislativas concorrentes, dando prosseguimento à Política Nacional de Defesa Ambiental."[12]

O termo "princípio" é objeto de debate na doutrina até hoje. Entretanto, para fins do presente estudo, deve ser interpretado como o fundamento do Direito que legitima, orienta e autoriza o estabelecimento de deveres e abstenções em máxima proporção dentre as possibilidades de fato e de direito existentes.[13] Na lição de Gomes Canotilho:

> Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos. Permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. [...] São "standards" juridicamente vinculantes nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "ideia de direito" (Larenz).[14]

O princípio da precaução orienta a adoção de medidas de cuidado ante o surgimento de novas situações que possam trazer perigos e riscos potencialmente causadores de degradação ambiental. Diante da incerteza de que determinada atividade desempenhada seja lesiva, medidas deverão ser tomadas antes da possível ocorrência de dano ao meio ambiente.[15]

A precaução consta como princípio 15 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992:

---

[11] BRASIL. *Lei nº 6.938/1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Art. 3, inciso IV e art. 4, inciso VII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 19 de ago. 2018.

[12] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

[13] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

[14] CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p.1160-1161.

[15] WOLFRUM, Rüdiger. O Princípio da Precaução In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 15.

> Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

No Brasil, o princípio da precaução foi inserido no ordenamento jurídico com a ratificação e promulgação da Convenção da Diversidade Biológica de 1992 e da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, também de 1992. Ambas as convenções tratam, com suas particularidades, de aspectos procedimentais em caso de incerteza científica diante de potencial dano ao meio ambiente e das mudanças climáticas.[16]

O princípio da prevenção guarda proximidade com o princípio da precaução, embora sejam aplicados em momentos distintos. O primeiro é aplicado quando já é estimado o risco de determinada atividade ao meio ambiente. O segundo é anterior à mensuração do risco/perigo.[17] Na mesma senda, Édis Milare sintetiza: "a prevenção trata de riscos ou impactos já *conhecidos* pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos *desconhecidos*".[18]

Em se tratando o caso de extração predatória de madeira, os danos causados ao meio ambiente são conhecidos: empobrecimento, quando não destruição da fauna e flora nativas, assoreamento de lagos e rios, menor potencial de contenção das mudanças climáticas, iniciação de processos de desertificação.[19] Essas evidências aludem à necessidade de medidas de prevenção. Todavia, no voto-vista da lavra do ministro Herman Benjamin, esses princípios foram dispostos sob o termo

---

[16] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 98-99.

[17] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98-99.

[18] MILARÉ, Édis. *Reação Jurídica à Danosidade Ambiental: Contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade*. 2016. 362 f. Tese (Doutorado) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p.194.

[19] BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. *Roteiro de atuação: desmatamento* / 2. Câmara de Coordenação e Revisão. – Brasília: MPF, 2015. p. 12. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/desmatamento.pdf. Acesso em 17 de ago. 2018.

"precaução-prevenção", em alusão à necessidade de se avaliar, em completude, o sistema de proteção ao meio ambiente, que deve ser observado, interpretado e protegido em sua totalidade, com elevado valor em juízos de ponderação e preponderância.

Essas premissas, quando conjugadas com as razões recursais do IBAMA, preponderaram sobre o direito à propriedade, restando assinalada no voto-vista como razoável a medida repressiva do perdimento do instrumento utilizado para predação, afim de resguardar a biodiversidade. A sanção de perdimento, teria ainda, como efeito secundário, a dissuasão da reiteração da conduta pelo sancionado, bem como a daquele que exerça ou pense em exercer atividade correlata.

A dissuasão opera antes do resultado nocivo ao meio ambiente se consumar, desestimulando novas violações à regulamentação. Essa atividade depende da adequada sanção à violação da norma, não sendo seu objetivo-fim a aplicação de penalidades, mas evitar que o dano ao meio ambiente aconteça, criando em seus destinatários um dever de obediência e respeito às leis.[20]

Sob essa ótica, a devolução do veículo apreendido pelo simples recolhimento de multas não constituiu elemento dissuasivo suficiente à prevenção de novas infrações. Pelo contrário, a regulamentação dada pelo Decreto nº 3.179/99 causou estímulo à prática de condutas referentes a extração ilegal de madeira, em movimento contrário à máxima otimização, dentro das possibilidades de direito inseridas na Lei nº 9.605/98, dos efeitos dos princípios da precaução e prevenção.

Entretanto, restou compatível a liberação do veículo mediante o oferecimento de defesa administrativa, com a instituição de depósito em nome do proprietário, mesmo nas hipóteses de conduta criminosa, situação em que o IBAMA defendeu a possibilidade de alienação imediata dos bens apreendidos. Ressalte-se que os demais produtos, subprodutos e a madeira apreendida terão diverso tratamento, não

[20] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *O Estado teatral e a implementação do direito ambiental*. Brasília: BDJur. 2010. pp. 20. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/30604. Acesso em 19 de ago. 2018.

aproveitando ao infrator as razões e fundamentos de direito trabalhados no presente estudo para reaver tais bens.

Essa posição defendida pelo IBAMA nas razões recursais, embora louvável do ponto de vista ambiental, foi corretamente afastada pelo ministro Mauro Campbell Marques, sob pena de violação à garantia do devido processo legal. De fato, o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal é claro ao dispor que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

No âmbito do processo administrativo, instaurado após a lavratura do auto de infração, a garantia do processo legal constitui "a base dos direitos fundamentais do Direito Administrativo Sancionador", constituindo garantia tanto formal, do ponto de vista da formalização do processo, quando substancial, ao impor a razoabilidade como unidade de medida da justeza das leis e decisões do Poder Público.[21]

Essa garantia, segundo Gilmar Mendes:

> [...] significa, a existência de um *processo justo*. O processo justo não é apenas aquele que está formalmente preestabelecido em lei, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia e proteção dos direitos fundamentais.[22]

No julgado, a garantia do devido processo legal e o princípio da prevenção foram compatibilizados, visto que após o devido processo legal, o veículo retornará em definitivo ou não ao proprietário, a depender do resultado prático do processo administrativo, que deverá necessariamente atender ao contraditório e à ampla defesa. Ademais, como ressaltou o min. Mauro Campbell Marques: "a manutenção dos bens apreendidos com a Administração Pública, sem uso, estagnados, apenas tem o condão de causar-lhes depreciação econômica, o que não é proveitoso nem ao Poder Público, nem ao proprietário".

---

[21] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 151-154.

[22] MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao art. 5º, inc. LIV. In. CANOTILHO. J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 430.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência firmada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça corrigiu ilegalidade criada por decreto do Chefe do Executivo, que a teor de dar regulamentação, extrapolou os limites previstos no art. 84, inc. IV, da Constituição Federal, ao conferir aos órgãos integrantes do SISNAMA a possibilidade de transacionar direito fundamental pelo simples pagamento de multas.

A criação de situação incompatível com a lei regulamentada dificultou o exercício do poder de polícia, uma vez que a atuação repressiva através da aplicação da sanção de multa é desproporcional ao impacto negativo gerado por atividade predatória do meio ambiente.

Por outro lado, a restituição de veículo por meio da instituição de depósito em nome do proprietário até o fim do processo administrativo satisfaz a exigência do devido processo legal, garantia prevista no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, não sendo proveitoso à Administração a guarda de bens sujeitos à deterioração, quando submetida defesa administrativa, que pode vir a ser provida. Em caso de decisão desfavorável ao infrator, os bens apreendidos ou restituídos mediante a instituição de depositário poderão ser alienados, respeitada a proporcionalidade da sanção, que deverá ser necessariamente precedida de processo administrativo.

Além de vulnerar o poder de polícia ambiental, essa atuação do Chefe do Executivo feriu os princípios da precaução e da prevenção, visto que, na lei regulamentada, inexiste outro interesse contraposto a permitir a flexibilização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que resultou na limitação do alcance desses princípios, a despeito dos objetivos da Lei nº 9.605/98 e do comando contido no art. 225, § 1º, inc. VII e § 3º, da Constituição Federal[23].

[23] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Quando o agente responsável pela fiscalização constata o transporte irregular de madeira, o dano ambiental já foi perpetrado. Esse fato não torna a atuação do Poder Público menos proveitosa, ao fundamento de que a fiscalização deva ocorrer antes de ocorrido o dano. Pelo contrário, oportuniza a sanção de uma conduta ilícita, que cumpre dupla função: 1) retira o instrumento utilizado para cometimento do ilícito da posse do infrator. 2) causa no infrator e potenciais degradadores desestímulo à práticas causadoras de poluição.

O Brasil é referência na produção de leis protetivas do meio ambiente. Todavia, o presente estudo evidencia que a existência da norma, por si só, não garante a sua observância e otimização em grau máximo dentre as possibilidades de fato e de direito possíveis, necessitando, não raras vezes, da intervenção do Poder Judiciário para restabelecimento de seus imperativos.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui dever partilhado entre o Poder Público e toda a coletividade, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição Federal. No exercício desse múnus, o Estado, almejando a internalização dessa obrigação, pode e deve, para além de ações educativas, utilizar de medidas repressivas e preventivas, que devem ser suficientes e adequadas para desestimular a reiteração de condutas lesivas ao meio ambiente pelo infrator e por aqueles interessados em exercer atividade correlata, respeitando-se, sempre, as garantias e direitos fundamentais contrapostos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *O Estado teatral e a implementação do direito ambiental*. Brasília: BDJur. 2010. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/30604. Acesso em 19 de ago. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999, revogado pelo Decreto nº 6.514, de 2008*. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3179.htm. Acesso em 25 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.505, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. art. 70, *caput*, e parágrafos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 26 de ago. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. *Roteiro de atuação: desmatamento.* 2. Câmara de Coordenação e Revisão. – Brasília: MPF, 2015. p. 12. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/desmatamento.pdf Acesso em 17 de ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.133965/BA*. Primeira Seção. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Recorrido: Gilson Rocha de Mello e Outros. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 11 de maio de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10712599&num_registro=200901214456&data=20180511&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 3 de out. 2018.

CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao art. 84, inc. IV. In. CANOTILHO. J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao art. 5º, inc. LIV. In. CANOTILHO. J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 430.

MILARÉ, Édis. *Reação Jurídica à Danosidade Ambiental: Contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade*. 2016. 362 f. Tese (Doutorado) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

OSÓRIO, *Fábio Medina. Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WOLFRUM, Rüdiger. O Princípio da Precaução In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

O JULGAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE DOS MEIOS DE PROVAS UTILIZADOS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DE UMA CONDENAÇÃO

Sarah Skaf Nacfur Santana

RESUMO

O presente trabalho realiza a análise dos meios de provas utilizados para a fundamentação de uma sentença referente aos crimes da lei de drogas, verificando se há ou não uma prova mais forte, ou mais fraca, para provocar uma possível condenação para o caso concreto. São analisadas a doutrina e jurisprudência, trazendo alguns dos princípios do direito penal e do direito processual penal que podem justificar a sentença do magistrado. Também foram examinadas algumas das provas existentes e a "história" das leis de drogas até a chegada da Lei 11.343, de 2006, que é hoje aplicada. O trabalho traz uma pesquisa de campo, nas quatro Varas de Entorpecentes do DF, onde foram analisadas a fundamentação dada pelos magistrados ao decidir ou não pela condenação do acusado. Há provas que são mais críveis e mais "fortes" pela maior quantidade de detalhes que trazem do fato criminoso ocorrido, do mesmo modo que há provas menos minuciosas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu da inquietação gerada pela leitura de muitas reportagens jornalísticas que traziam como capa uma "injusta condenação" por tráfico de drogas. As reportagens se referiam também a uma lei de drogas seletiva, onde não havia parâmetros objetivos para definir quem é usuário e quem é traficante.

Partindo dessa ideia, procurei descobrir o que estava "por trás" da lei de drogas e o porquê da ausência do quantitativo de drogas para configurar o crime do artigo 28 ou o crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Se não há uma "quantidade

certa", o que faz um juiz decidir ou não pela traficância? Como ele age assim sem tornar a sua decisão arbitrária?

O tema aqui proposto ganha relevância quando consideramos que o problema do tráfico de drogas não é algo individual, somente do vendedor ou do comprador, mas sim algo que envolve toda a sociedade, devido aos demais crimes que ocorrem em face da mercancia de entorpecentes.

Podemos observar que, muitas vezes, o crime que envolve drogas está associado a furtos, roubos e até homicídios, isso porque, para comprar drogas, é preciso dinheiro, ou algo de valor. Assim, quando o usuário não o tem, ele vai cometer crimes com o intuito de sustentar o seu vício. Além disso, é possível afirmar que há uma guerra entre os próprios traficantes, pelo ponto de venda, etc., e não há guerra sem violência, de modo que a sociedade fica no meio do "fogo cruzado", querendo que os mesmos tenham uma devida condenação, para, assim, melhorar a qualidade de vida de toda a população, que não quer ficar presa dentro de casa em recorrência do medo da criminalidade que o tráfico gera.

A condenação deve ser feita dentro do crivo do contraditório, de modo que também não devemos realizar uma condenação "a qualquer custo" como forma de resposta à sociedade. A condenação deve ser baseada em fundamentos firmes para não se correr o risco de colocar um inocente na cadeia.

Uma decisão injusta, sem a devida fundamentação, gera uma enorme insegurança jurídica, e pode ocasionar uma possível seleção de perfis de criminosos.

Para responder tais questionamentos, primeiro será necessária uma análise do que são provas no Processo Penal. Abordarei, também, os princípios que considero mais importantes e utilizados dentro do Processo Penal, isso com o intuito de descobrir como eles são aplicados e se influenciam na hora de proferir uma decisão. Em seguida, partirei para a avaliação dos diversos sistemas de provas e do que é o adotado pelo Brasil, justamente para saber como o juiz pode se convencer. Explorarei, também, os mais diversos meios de provas trazidos pelo Processo Penal,

com o fim de saber como eles funcionam na teoria, para depois saber se podem, ou não, ser determinantes para condenação ou absolvição.

Depois, será importante avaliar como o crime de tráfico de drogas é apurado no Brasil, partindo de um breve histórico da legislação de drogas no país, justamente com o intuito de descobrir como chegamos à lei que é hoje aplicada, a Lei 11.343/2006. Também será importante considerar a opinião da doutrina e da jurisprudência em relação a quem é usuário e quem é traficante, isso para observar como influenciam no momento de fundamentar a decisão.

Por fim, para chegar a uma conclusão, será extremamente importante uma pesquisa das sentenças dadas por juízes nas Varas de Entorpecentes do DF, com o objetivo de sair da teoria e ir para a realidade dos casos que envolvem a aplicação da lei de drogas. Assim, será possível observar como realmente uma sentença é fundamentada e quais elementos, meios de provas e princípios determinam uma sentença segura ou não.

A metodologia do trabalho se resume, basicamente, na análise de livros de alguns dos mais importantes autores do Direito Processual Penal, bem como na análise da jurisprudência atual, em especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Supremo Tribunal Federal.

2 PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O processo penal é a garantia que o indivíduo imputado tem contra as arbitrariedades do Estado, sem, contudo, deixar de garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

2.1 Dos princípios

O processo, em si, é a garantia do atendimento ao texto constitucional, que visa assegurar os direitos fundamentais da pessoa. Nesse aspecto, os princípios se tornam essenciais para compreendermos o processo.

Os princípios se mostram essenciais, também, quando há alguma dúvida quanto à interpretação da lei ou quando há uma omissão que precisa ser suprida para solucionar o caso da forma mais justa possível.

Com a evolução dos povos, os princípios se tornaram "portas" de análise da lei de uma forma que seria impensável na época da promulgação da norma, de modo que através deles podemos aplicar a norma na realidade de hoje (PRADO, 2005).

2.1.1 Princípio da presunção de inocência, in dubio pro reo e favor réu

Um dos princípios trazidos, expressamente, pela Constituição de 88 foi o da presunção de inocência[1], que dispõe que somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não a este o de provar sua inocência, impedindo, desse modo, uma possível antecipação de juízo condenatório. Isso não inviabiliza o Estado de investigar os crimes, utilizando, para tanto, os instrumentos de persecução penal previstos em lei (TÁVORA, 2015).

A dúvida sempre deve beneficiar o réu. É o que dispõe o princípio do *in dubio pro reo* ou favor réu. Isso porque não podemos correr o risco de efetuar uma eventual condenação equivocada. O princípio é positivado pelo artigo 386 do Código de Processo Penal[2], que prevê a necessidade de absolvição do réu na ausência de provas suficientes capazes de corroborar a imputação formulada pela acusação (TÁVORA, 2015).

Segundo Fernando Capez (2017), o fato de o juiz, na dúvida quanto à análise do acervo probatório, ter o dever de não prejudicar o acusado decorre deste princípio, isso porque o direito à liberdade é a regra, o que dá ao indiciado a possibilidade de defesa até o momento do trânsito em julgado, além de protegê-lo de

[1] Art, 5º, LVII,CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
[2] Art. 386, CPP: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação.

prisões que antecedem à condenação sem que isso tenha uma real fundamentação, sob pena de a exceção do cárcere virar a regra, fruto de um processo ilegítimo e arbitrário, que favorece a exclusão social (GUIMARÃES; NETO, 2010).

Quanto ao favor réu, podemos dizer que sempre que houver duas possíveis soluções para o caso concreto, uma desfavorável ao réu e outra mais favorável, deve-se optar pela segunda opção, isso porque "antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia" (RANGEL,2017). Apesar desse princípio estar explícito em vários dispositivos, o que se observa da realidade é exatamente o contrário, onde os magistrados não sabem, ou acham mais conveniente não aplicar o princípio, gerando condenações duvidosas e sem a necessária fundamentação, incoerente com o estado democrático em que vivemos, deixando, assim, o indivíduo ainda mais desprotegido.

2.1.2 Princípio do contraditório e ampla defesa

Outro princípio positivado é o do contraditório[3], reconhecido como direito de primeira geração, de proteção à liberdade. Segundo esse princípio, os agentes, autor ou acusado, devem influenciar a decisão judicial através, dentre outros, do direito de produzir provas e de se manifestar. O contraditório deve ser real, sendo necessário a paridade de armas entre os dois (TÁVORA, 2015).

Isso significa dizer que as partes têm o direito de saber o que foi dito pelo seu adversário, de modo a que isso o possibilite de contradizer, dando a sua versão do fato (NUCCI, 2015). Além disso, a acusação deve ser clara, de modo que o acusado tenha o real conhecimento do que lhe está sendo imputado, para que se defenda da forma mais eficaz possível (CAPEZ, 2017).

Esse princípio está diretamente ligado ao da ampla defesa, só que enquanto este se refere unicamente ao acusado, aquele é protetivo de ambos. O acusado deve ter necessariamente uma defesa técnica, realizada por um profissional habilitado,

[3] Art 5º, LV, CF - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

visto que este pode lhe esclarecer possíveis dúvidas jurídicas das quais o mesmo não tenha conhecimento, o que poderia prejudicar sua real defesa, ou, se achar conveniente, o réu pode optar por uma autodefesa, realizada pelo próprio imputado. A este deve ser dada a oportunidade de influir na sua defesa, coadunando os argumentos jurídicos (TÁVORA, 2015).

2.1.3 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal[4] e garante que o devido processo legal é o estabelecido em lei. A autoridade competente tem o dever de verificar se o processo regular está sendo seguido, de modo a ter a certeza de que as provas trazidas ao processo foram obtidas de forma válida, bem como de se certificar de que foi observado o direito ao contraditório e à ampla defesa. O processo é um dos instrumentos contra os excessos por parte do Estado (TÁVORA, 2015).

O respeito ao devido processo significa, dentre outras coisas, a observância dos princípios incidentes ao processo penal, que, segundo NUCCI (2015), é o modo de combater a criminalidade de forma legal.

Este princípio impede que o indivíduo tenha sua liberdade cerceada de modo arbitrário. Para que tenhamos uma prisão legal se faz necessário que os "passos" estabelecidos pela norma tenham sido seguidos (RANGEL, 2017).

2.1.4 O princípio da imparcialidade do juiz

Considerando que o juiz, ao atuar, não está agindo em nome próprio, se faz necessário, segundo o princípio da imparcialidade, que este julgue em desapego por qualquer das partes, isso porque a decisão deve ser dada sem qualquer tipo de

[4] Art. 5º, LIV, CF - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

influência por parte do julgador, que deve buscar sempre a verdade dos fatos, de modo que o resultado será o melhor para a sociedade (RANGEL, 2017).

A garantia da imparcialidade pode ser muito bem detectada no Tribunal do Júri, onde o juiz não tem autorização para ler o relatório sucinto do processo no plenário, a fim de refutar influir nos jurados. Quando o juiz ou as partes acharem que esse comprometimento não é possível, a norma prevê mecanismos capazes de assegurar a imparcialidade de direito, quais sejam a suspeição do juiz, prevista no artigo 254 do Código de Processo Penal e artigo 145 do Código de Processo Civil, e o impedimento do juiz, previsto no artigo 144, também do CPC.

Segundo Aury Lopes Jr. (2017), a imparcialidade de quem está julgando decorre da heterocomposição, onde há um desinteressado no meio das partes da relação capaz de enxergar mais do que o próprio interesse de ambas. Além disso, o autor coloca que a imparcialidade impede o julgador de realizar investigações no processo:

> a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória (LOPES JUNIOR, 2016, pg. 63)

De forma mais crítica, Eugenio Raúl Zaffroni (1995) considera a figura do "juiz asséptico" como fictícia, isso porque a própria condição humana impede que uma pessoa seja totalmente neutra, visto que cada pessoa tem um entendimento diferente da realidade, bem como do certo e errado. Para ele o papel do julgador imparcial é uma "construção artificial" pois "a lei não é interpretada da mesma maneira por um conservador e um liberal, um socialista ou um democrata-cristão". Não é possível crer que alguém consiga se livrar de todas suas crenças no momento de proferir uma decisão.

2.2 Do conceito de prova

Como veremos no subtópico seguinte, o sistema de avaliação de provas que adotamos é o do livre convencimento motivado. Como resultado, faz-se necessário que o juiz motive sua decisão com base em um conjunto de elementos capazes de demonstrar, ou não, a ocorrência do objeto de prova. Todavia, muitas vezes esse conceito também é utilizado como se fosse o próprio método processual de busca para a demonstração do fato que se pretender provar.

Para Sergio Ricardo de Souza (2017), as provas seriam as informações hábeis a formar a convicção do julgador, de modo a que este possa concluir pela ocorrência, ou não, do fato acontecido. Além disso, o processo de colhimento dessas provas deve seguir regras que respeitem o devido processo legal e o direito ao contraditório.

Em relação ao assunto, Marcos Eberhardt (2016) coloca que se deve procurar aferir se há uma "aproximação" entre os elementos trazidos ao processo e a descrição do fato ocorrido. Não há que se falar em uma verdade absoluta, visto que o que se pretende provar é um fato pretérito que deve ser reconstruído.

Natalie Ribeiro Pletsch (2007) apresenta uma visão diferente, onde a narração trazida pela denúncia é a única referência da existência do fato, de modo que se o fato não tiver ocorrido não há que se falar em "uma" referência e consequentemente não existe a "tal" aproximação. Além disso, para ela, "se não houve "o" crime, este não pode ser reconstruído, e a formação da prova torna-se uma construção", o que pode resultar em uma instabilidade.

2.3 Do sistema de avaliação de provas

Segundo o dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas[5], sistema significa o "conjunto de coisas que ordenadamente entrelaçadas contribuem para determinado fim; trata-se, portanto, de um todo coerente cujos diferentes elementos são interdependentes e constituem uma unidade complementar".

[5] Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Pg. 54

O sistema adotado varia de acordo com a época política do país. Quando o autoritarismo predominava, o sistema inquisitorial era utilizado para reforçar a repressão que ocorria, possibilitando, ao juiz, ir atrás de provas. Por outro lado, o sistema acusatório prepondera nos sistemas democráticos (LOPES JR, 2017), buscando garantir os direitos fundamentais do indivíduo e onde somente as partes podem trazer as provas ao processo.

No decorrer da história tivemos alguns métodos de apreciação das provas, e através da avaliação destas é que o juiz pode chegar o mais perto possível da verdade processual. Diante disso, torna-se importante trazer os principais sistemas já adotados pelo Brasil.

2.3.1. Do sistema da verdade formal ou tarifado

Nesse sistema o juiz não tem a liberdade de considerar mais uma prova que outra, ou seja, aqui cada prova tem um valor que foi anteriormente definido na norma e deve ser observado de maneira literal, sem possíveis margens para a arbitrariedade. Nesse sistema, o testemunho de uma só pessoa não é considerado (uma testemunha, nenhuma testemunha – "*testis unus, testis nullus*") (CAPEZ, 2017).

O sistema em discussão possibilitava decisões visivelmente injustas e sem que nada pudesse fazer o juiz. A confissão era a principal prova, de modo que muitas vezes era utilizada para encobrir determinada pessoa, e mesmo tendo outras provas mais críveis, porém de menor valor, essas seriam ignoradas (RANGEL, 2017).

Esse sistema foi criado em virtude da suspeita do legislador para com o trabalho do julgador, mas hoje ele não é mais adotado, apesar de ter deixado resquícios no Código de Processo Penal. Um exemplo disso é o fato de que os crimes que deixam vestígios devem ter a devida perícia, sob pena de nulidade. Para RANGEL (2017), a falta do exame de corpo de delito não inviabiliza uma decisão condenatória se presentes outros elementos que provem o fato.

2.3.2 Do sistema da íntima convicção

Ao contrário do último sistema apresentado, este sistema permitia ao juiz valorar a prova como achasse mais justo, não tinha regras quanto à fundamentação, podendo ele decidir com base em provas que faziam, ou não, parte do processo, ou até mesmo respaldado pela experiência em outros casos.

Fica claro que a íntima convicção dava margens a decisões absurdas e arbitrárias, em desacordo com o sistema democrático em que vivemos. De tal modo, a motivação se faz essencial nos dias de hoje, justamente para proteger o cidadão de abusos.

Esse sistema ainda prevalece no Tribunal do Júri, onde os jurados podem decidir entre acusar ou não o réu sem que haja fundamentação jurídica alguma.

2.3.3. Do sistema da verdade real ou do livre convencimento

No livre convencimento racional o juiz não pode decidir como bem entender; ele não deixa de ter liberdade, porém deve explicar de forma coerente como chegou à sua decisão, de forma que qualquer um que leia o processo seja capaz de, ao analisar os fatos e provas, chegar à mesma conclusão (CAPEZ, 2017)

O juiz não pode buscar provas que não estejam no processo, nem decidir com a sua experiência, o que torna mais difícil ter uma decisão arbitrária. O valor das provas não é tabelado, podendo ele considerá-las com certa autonomia, mas sempre tendo que fundamentar.

Esse sistema nos possibilita ter uma decisão mais justa, ao passo em que o réu, caso condenado, tenha o total conhecimento do que levou o magistrado a chegar a essa posição, podendo, então, recorrer.

O sistema do livre convencimento foi adotado pela nossa legislação e expresso no artigo 155 do Código de Processo Penal[6].

2.4 Dos meios de prova

De forma simples, os elementos de prova são oferecidos ao juiz através dos meios de prova cujo conteúdo pode influenciar no resultado da decisão. A seguir serão expostos alguns desses meios.

2.4.1 Do reconhecimento de pessoas

O reconhecimento está previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal e nada mais é do que a ratificação da pessoa que lhe está sendo apresentada com a pessoa que está sendo acusada. Portanto, não há que se falar em reconhecimento se o reconhecedor não tiver, anteriormente, tido contato com a pessoa a quem se busca reconhecer.

De tal modo, para que haja o correto reconhecimento, é preciso seguir as formalidades previstas na norma para que a prova gere mais segurança. Sendo assim, faz-se necessário que o reconhecedor primeiro descreva as qualidades da pessoa a ser reconhecida, de forma que esta não se confunda, no momento de realizar o ato, em virtude de influências capazes de arriscar sua visão inicial (EBERHARDT, 2016).

Além disso, mais de uma pessoa deve ser sujeita ao reconhecimento para facilitar, ao reconhecedor, "a ligação" entre as pessoas que lhe estão sendo mostradas com o que está guardado em sua memória. O reconhecimento é considerado informal se não segue os padrões estipulados pela lei, como por exemplo quando uma testemunha fala, em seu depoimento, que viu o réu com a arma do crime.

[6] Art 155, do CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Para EBERHARDT (2016), o acusado não pode ser obrigado a se submeter ao reconhecimento em face do princípio da não autoincriminação, isso porque, caso venha a ser considerado inocente, pode sair do processo com sua reputação prejudicada simplesmente pelo fato de ser um possível autor de crime. Por outro lado, uma diferente visão é dada quando consideramos que a aplicação do princípio da não autoincriminação, ou do direito ao silêncio, não impede que o Estado produza provas contra a vontade da pessoa. Desse modo, o reconhecimento não é um tipo de prova que depende da participação ativa do réu, podendo este ser coercitivamente levado à produção da mesma.

Outra forma de reconhecimento que vem crescendo atualmente é o reconhecimento através de fotografias. Por não se encontrar previsto na legislação, o reconhecimento fotográfico é um meio inominado de prova (DE SOUZA, 2017), apto, segundo a jurisprudência do STJ, a identificar o réu se corroborado com outras provas no processo. Mesmo assim, tal método ainda vem sendo criticado em face da possibilidade de alteração das imagens, o que geraria uma incerteza.

2.4.2 Das perícias

A prova pericial é de suma importância tendo em vista a busca de elementos de provas que muitas vezes não podem ser detectados sem um devido conhecimento técnico do assunto. Para isso se faz necessário a figura do perito, pessoa competente a visualizar quesitos que passariam despercebidos pelos olhares de pessoas comuns.

O auxiliar da justiça não é isento de erros, por isso a perícia não pode ser vista como uma prova absoluta, em virtude de seu aspecto científico, mas sim como mais um meio de prova capaz de confirmar, ou não, a ocorrência delitiva.

O fato de o exame pericial seguir formalidades trazidas pela norma, objetivando maior segurança, se dá porque as perícias normalmente são elaboradas sem a presença das partes ou do julgador, o que poderia gerar uma certa desconfiança se não observasse padrões lógicos (DE SOUZA, 2017).

Além disso, o Código de Processo Penal adotou, quanto ao sistema de valoração das perícias, o sistema liberatório, dando, ao juiz, a possibilidade de não admitir o laudo pericial, ou de selecionar a parte com que concorda[7], o que mostra, mais uma vez que estamos diante de uma prova relativa (EBERHARDT, 2016).

A ausência de hierarquia desse meio de prova também é visualizada na jurisprudência do STJ:

> O princípio do livre convencimento motivado, vigente em qualquer processo brasileiro, faz com que seja o art. 158 do CPP (quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado) interpretado de modo a definir regra geral de **necessidade** de **prova**, e não de sua exclusividade (salvo frente à confissão), permitindo, assim, ao julgador valorar a existência de quaisquer fatos controversos - inclusive quanto aos vestígios do crime -, por quaisquer meios de **prova** (AgRg no REsp 1435665 / SC, 6ª turma, Rel. Sebastião Reis Junior, DJe 25/11/2014).

Vale colocar que, em relação ao crime envolvendo entorpecentes, o laudo preliminar, atestando a natureza e quantidade de drogas, pode ser realizado por perito, mesmo que não seja este oficial.

O STJ[8] chegou a decidir, em 2016, que o laudo definitivo era indispensável para possibilitar uma possível condenação. Porém, um mês depois mudou o entendimento, considerando possível provar a materialidade do crime através de um

[7] Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

[8] HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A Terceira Seção desta Corte, nos autos do Eresp n.º 1.544.057/RJ, em sessão realizada 26.10.2016, pacificou o entendimento no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado. Ressalva do entendimento da Relatora. 2. Na espécie, não consta dos autos laudo toxicológico definitivo, não tendo as instâncias de origem logrado comprovar a materialidade do crime de tráfico de drogas, sendo de rigor a absolvição do paciente quanto ao referido delito. [...] (HC 399.159/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 14/12/2017)

laudo provisório[9]. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal também já se manifestou pela impossibilidade de afastar uma condenação pelo simples fato de não haver laudo definitivo.

2.4.3 Dos indícios

Os indícios nada mais são que conclusões lógicas, as quais não se verificam de forma direta, derivadas de um fato conhecido e comprovado. Os indícios não se equivalem a presunções, visto que estas últimas não são consideradas provas, sendo admitidas, no direito, apenas em proveito do suspeito (COELHO, 1996).

Para Aury Lopes Jr (2017), os indícios não são apropriados para fundamentar uma decisão condenatória, pois o que "está em jogo" é a presunção de inocência.

2.4.4 Do interrogatório

O interrogatório, quando o acusado não exerce seu direito ao silêncio, é apreciado como meio de prova e meio de defesa (EBERHARDT, 2016). Isso porque o interrogado, ao ser questionado pelo magistrado, tem a possibilidade de mostrar a

[9] EMENTA PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO, QUANDO POSSUI O MESMO GRAU DE CERTEZA DO DEFINITIVO. 1. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. MERA IRRESIGNAÇÃO. NÃO CABIMENTO DE ACLARATÓRIOS. 2. PEDIDO DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE NORMA CONSTITUCIONAL: ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. VIA INADEQUADA. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 3. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração possuem fundamentação vinculada, razão pela qual, para seu cabimento, imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal. A mera irresignação com o entendimento apresentado na decisão, visando, assim, à modificação do julgado, não viabiliza a oposição dos aclaratórios. 2. Não existe contradição no raciocínio que refuta a possibilidade de a ausência do laudo toxicológico definitivo ser suprida pela prova testemunhal e/ou a confissão, mas admite que se considere, excepcionalmente, demonstrada a materialidade do delito por meio de laudo toxicológico provisório. [...] (EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.544.057 - RJ (2015/0173496-7)).

sua visão quanto ao fato delitivo do qual está sendo acusado de praticar. Se, por outro lado, preferir silenciar, isso não poderá ser utilizado em seu desfavor, não sendo, então, considerado como meio de prova.

O sujeito deve ser obrigatoriamente submetido ao interrogatório em face do princípio da ampla defesa, estando acompanhado por defensor, sem o qual pode gerar uma nulidade do ato. Além disso, o interrogado deve falar de forma voluntária, sem nenhuma influência capaz de comprometer seu depoimento. Por esse fato, o agente público não pode prometer nenhum benefício ao acusado, sem que isto esteja legalmente previsto (EBERHARDT, 2016), sob risco de persuadir o imputado a não agir com a verdade com o objetivo de alcançar o que lhe foi prometido.

O interrogatório deve ser necessariamente feito pelo juiz, que pode possibilitar às partes, no final, que esclareçam alguma dúvida que possa ter persistido, de modo que, se o juiz achar pertinente, questionará isso ao acusado. Ademais, o réu não pode se fazer representar por se tratar de ato personalíssimo.

O acusado também tem o direito de se reunir, previamente ao interrogatório, com seu defensor constituído, ao passo de permitir com que esse, em decorrência da sua habilidade técnica, oriente seu cliente, de forma clara, possibilitando um total entendimento do que lhe está sendo imputado.

2.4.5 Da prova testemunhal

A prova testemunhal é um dos meios de prova mais importantes dentro do Processo Penal. Isso porque muitas vezes há crimes onde não é possível auferir a verdade do acontecimento que se procura esclarecer a não ser pelo fato de alguém ter conhecimento de algo relevante para a configuração, ou não, do crime.

O testemunho, que é o que é levado à justiça, deve ser prestado por uma testemunha que não tenha interesse no caso, ou seja, essa deve ser estranha ao litígio, competindo, simplesmente, contar sobre o fato criminoso pretérito do qual tenha ciência. Então, quem comparecer para prestar depoimento só será computado como

testemunha se tiver o real conhecimento de algo que esteja em discussão no processo, de modo que se nem souber do que se trata o litígio seu depoimento não terá valor de prova (XAVIER AQUINO, 1995).

Quanto mais real for o testemunho dado pelo terceiro, maior será a chance de influenciar no convencimento do agente competente.

O valor da prova testemunhal como fundamento de prova ainda não é unânime, visto que alguns doutrinadores a justificam na presunção de veracidade do que a testemunha está trazendo ao processo, de modo que, a não ser que haja comprovação do interesse dessa no fato investigado, o que foi dito por essa deve ser considerado verdadeiro em razão da sua imparcialidade quanto à percepção do delito. Por outro lado, os demais argumentam que a ausência de interesse, bem como a presunção de veracidade, não servem como embasamento já que o ser humano muitas vezes não tem a real vontade de ajudar a justiça, de tal forma que o relato por ela feito não seria capaz de traduzir o que por ela foi captado (XAVIER DE AQUINO, 1995).

Além disso, há outras circunstâncias que podem interferir no depoimento testemunhal, quais sejam, a mentira, onde a testemunha adultera o que foi realmente visto por ela, narrando fatos que criou; o medo, visto que o simples fato de a pessoa ser chamada a comparecer à justiça já lhe causa um receio de ter feito algo errado, ou medo do que lhe possa acontecer se narrar a realidade dos fatos; a ignorância, onde a testemunha pode não agir com a verdade porque não acha palavras certas para se expressar, ou até pelo entendimento equivocado daquilo que foi por ele presenciado (XAVIER DE AQUINO, 1995).

Para José Carlos G. Xavier de Aquino (1995), o alicerce da prova testemunhal se dá pela:

> necessidade desse meio probatório, à mingua de outro melhor; a presunção de que a testemunha diz a verdade; presunção de que a testemunha teve condições de perceber exatamente o desenrolar dos fatos; inexistência de motivo para a testemunha falsear a verdade; confiança controlada; possibilidade de

> confronto da fala da testemunha com os demais elementos de convicção; consagração da regra da livre apreciação das provas como critério norteador do magistrado para a formação de seu convencimento (XAVIER DE AQUINO, 1995, pg. 22).

O julgador, ao fazer a análise do depoimento da testemunha, deve atuar com bastante cuidado, isso porque este deve ser capaz de identificar todas as informações que podem influenciar na narração dos fatos contados pela testemunha. Por exemplo, se a pessoa, ao presenciar o fato, estava em seu normal estado de espirito e tinha a real compreensão do que via. Ou se o que a testemunha está narrando não tem simplesmente a finalidade de preencher um "branco" na sua memória (XAVIER DE AQUINO, 1995).

Outro problema apontado por Aury Lopes Jr (2017) é o da falsa memória, onde o sujeito que está prestando depoimento acredita que o que está dizendo é verdadeiro, sem perceber que isso, de algum modo, pode ter sido implantado no seu subconsciente por uma simples pergunta insinuante por parte do julgador. Além disso, a falsa memória também pode ser construída da mente de um indivíduo através de uma recordação verdadeira, o que torna ainda mais complexo a apuração do fato objeto de investigação.

2.5 Provas ilícitas x provas lícitas

A demonstração da verdade, realizada por cada uma das partes, com o objetivo de convencer o juiz a aplicar a melhor sanção ao conflito, deve ser feita dentro dos termos permitidos pelo nosso ordenamento jurídico, de tal modo que caso uma das partes apresente ao processo prova não aceita pela legislação em geral, essa não poderá ser utilizada como fundamento da decisão e, em consequência, há de ser desentranhada dos autos.

As restrições, bem como a maior rigidez na apreciação do conjunto probatório, se dão porque a privação da liberdade do ser humano deve ser exceção, ou seja, para que um indivíduo tenha um dos seus direitos mais importantes

restringidos, não há como permitir que isso seja feito através de uma avaliação probatória apreciada de "qualquer jeito" (DA SILVA, 2004).

Não seria coerente, e nem ético, permitir que fosse descoberta a verdade sobre um ato criminoso através de meios igualmente proibidos. Diante disso, nosso ordenamento proíbe o emprego de provas ilícitas ou ilegítimas.

A prova é considerada ilegítima quando ela é produzida, no processo, ferindo uma norma de direito processual; por outro lado, a prova é tida como ilícita quando ela é colhida em violação ao direito material, como por exemplo a prova adquirida através de tortura, ou de violação do domicílio (RICARDO DE SOUZA, 2016).

Também não é admitida como prova no processo penal aquela que, embora tenha aspectos legais, não pode assim ser considerada visto que foi resultado de uma prova ilícita. As provas ilícitas por derivação são proibidas pelo ordenamento com o intuito de não estimular condutas ilegais em busca da verdade "a qualquer custo". A teoria dos frutos da árvore envenenada veio como consequência lógica da proibição da prova ilícita e está prevista no parágrafo primeiro do artigo 157 do Código de Processo Penal[10](DA SILVA, 2004).

A teoria acima mencionada deixa de ser aplicada nos casos em que não há nexo causal, ou seja, quando a prova secundária não é provadamente derivada da prova primária ilícita, e nos casos onde a prova derivada poderia ter sido obtida por outro meio que não o ilegal (EBERHARDT, 2016).

Contudo, há exceções quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas com o objetivo de não permitir possíveis injustiças. Surge então a teoria da proporcionalidade, onde há necessidade de se analisar o caso concreto, contrapondo os bens jurídicos que estão em jogo e avaliando qual é o de maior importância (RANGEL, 2017).

[10] § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

A relativização da vedação acontece sempre em favor do réu, isso porque não seria razoável permitir que uma pessoa fosse condenada mesmo tendo provas em favor da sua não condenação, ainda que estas sejam obtidas por meios não lícitos.

3 O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E SUA APURAÇÃO

De forma preliminar, convém trazer alguns conceitos que serão importantes no desenvolvimento desse trabalho.

3.1 Conceito de “drogas”, de “dependência” e o procedimento de investigação na Lei 11.343/2006

De acordo com o parágrafo único do artigo 1º da Lei 11.343/2006, “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

E o que seria dependência?

A dependência física é a necessidade doentia que a pessoa tem de consumir a droga, de forma que, dependendo do tipo da substância, bem como da frequência de sua utilização, a falta dela pode acarretar desajustes no organismo que podem levar à morte. Por outro lado, a dependência psíquica não necessariamente está atrelada à dependência física, sendo a primeira relacionada à falta de autocontrole do indivíduo em razão da vontade pela droga (CAPEZ, 2017). A dependência nada mais é do que o costume da droga pelo corpo em razão do uso frequente.

O artigo 66 da referida lei dispõe que “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se “drogas” substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”, o que significa dizer que a substância que não conste na lista, como ilícita, não será hábil a configurar uma conduta típica. (CAPEZ, 2017).

A identificação dos crimes previstos na Lei de Tóxicos acontece, na maioria das vezes, através de mecanismos utilizados pela polícia de repressão. As drogas podem ser descobertas por meio de busca e apreensão domiciliar, e o mandado só deixará de ser necessário em casos de crime permanente, como por exemplo quando o sujeito guarda a droga em seu domicílio. Em casos como esse, já há entendimento pacificado pelo STJ de que o mandado judicial para busca em residência é dispensado. Porém, é importante colocar que não basta uma simples suspeita por parte da autoridade policial para que esta entre em uma casa sem ordem judicial; é necessário ter certeza da situação de flagrante. Além disso, a busca pessoal e a busca em veículos não necessitam de mandado, de forma que, quando o agente policial identificar alguma ação suspeita de que o indivíduo esteja portando entorpecentes, pode ele realizar o ato de investigação, confirmando, ou não, a suspeita (ANDREUCCI, 2016).

Outro mecanismo previsto no artigo 53, inciso I, da Lei de drogas, é o do flagrante postergado. A ação controlada deve ser mantida sob observação e acompanhamento e nada mais é que uma flexibilização da indispensável atuação imediata da polícia, quando identificada a atividade criminosa em desenvolvimento. Esse tipo de flagrante não se confunde com o flagrante esperado, onde a polícia, tendo conhecimento de que a infração ocorrerá, antecede o início da execução dos atos, fazendo campana, e realiza a prisão em flagrante minutos antes de a ação criminosa acontecer. Esse tipo de flagrante não está previsto na legislação e foi criado pela doutrina justamente para justificar o aguardo por parte das autoridades policiais (TÁVORA, 2015).

Também já é pacífica na jurisprudência a possibilidade do flagrante preparado, onde a autoridade policial se passa por alguém que quer adquirir a droga do traficante, realizando, no momento da venda, a prisão em flagrante desse indivíduo. O argumento de que o réu teria cometido o crime por induzimento do agente policial não procede, de modo que tal fato não gera a nulidade do flagrante, tendo em vista que o simples fato de o agente guardar ou transportar a substância

ilícita já configura o tipo penal de tráfico de drogas, por caracterizar crime permanente (ANDREUCCI, 2016).

Por força do artigo 53 da lei, também é possível, para fins de obtenção de prova do crime, a utilização da figura do "agente infiltrado", onde o policial disfarçado busca fazer parte do meio criminoso como se fosse um deles, de modo que seja possível descobrir possíveis esconderijos de drogas ou descobrir de onde elas vêm. O fato de o agente ter sido autorizado pelo juiz a fingir ser um criminoso não dá a este o direito de cometer delitos imoderados, a não ser que isso seja imprescindível para a investigação, observando sempre o princípio da proporcionalidade (ANDREUCCI, 2016).

3.2 Legislação de drogas no Brasil

Para Salo de Carvalho (2016), a origem da criminalização das drogas não existe em decorrência de um processo criminalizador moralizador e normalizador.

Podemos considerar que a criminalização do uso/comércio de entorpecentes surgiu junto com as Ordenações Filipinas, código português promulgado em 1603 pelo rei português da época, tendo sua vigência até o nascimento do Código Penal Brasileiro do Império, em 1830. O título LXXXIX do livro V das ordenações[11] dispôs sobre a proibição de se ter em casa certos tipos de substâncias. Com o fim da vigência das Ordenações, o Código do Império não trouxe nenhum dispositivo tratando da proibição de substâncias ilícitas (CARVALHO, 2016).

Com o Código Penal de 1890 (decreto nº 847), novamente o consumo e negócio de drogas foram transformados em crime (contra a saúde pública), de modo que o transgressor seria obrigado a arcar com uma pena de multa. Com o intuito de intensificar a proteção à saúde pública, a Consolidação das Leis Penais, em 1932, trouxe maior relevância ao tema, trazendo uma alteração em um dos artigos do

[11] Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm> Acesso em: 13/04/2018.

Código de 1890, de modo que além da multa haveria também a prisão do indivíduo (CARVALHO, 2016).

Somente a partir do surgimento dos Decretos 780 e 2.953, de 1936 e 1938, respectivamente, é que podemos dizer que houve o rompimento da ligação do crime de uso ou comércio de entorpecentes com outros tipos de delitos diversos. Então a preocupação com esse delito deixa de ser secundária, com regulamento em legislações esparsas, e passa a ser sistematizada e estruturada, dando início, assim, a um sistema repressivo. No Código Penal de 1940, a punição só cabia àquele que traficava a droga, em decorrência da opinião do Supremo Tribunal Federal contra a criminalização do uso de substâncias proibidas (CARVALHO, 2016).

O discurso da necessidade do real combate às drogas ilícitas, no Brasil, ganha força em 1950, mas somente com a ditadura militar é que o país adentra no cenário internacional como também sendo um combatente do uso de substâncias entorpecentes, aprovando, assim, o Decreto 54.216/64, mais conhecido como "A Convenção Única sobre Entorpecentes" (CARVALHO, 2016).

A partir da década de 1960, o consumo de drogas ganha uma visão diferente por parte da sociedade, principalmente dos jovens. O uso de entorpecentes passa a ser uma forma de protesto contra a falta de liberdade e a repressão por parte de um governo autoritário. Assim, a droga passa a ter maior visibilidade, sendo utilizada por grupos que até então "não a conheciam". Em resposta às manifestações, o governo reforça, em muito, a produção de leis penais repressoras (CARVALHO, 2016).

Em 1968, o Decreto Lei 385 traz uma modificação significativa para o Código Penal de 1940, de modo que o usuário passa a ser equiparado ao traficante. Não durou muito, deixando de vigorar em 1971, pela promulgação da Lei 5.726.

Com o advento da Lei 6.368, de 1976, as penas sobem na escala e se tornam maiores, porém não há uma substancial alteração nos tipos penais. Nessa lei estava

prevista, em seu artigo 16, a pena de detenção de 6 meses a 2 anos para os usuários de entorpecentes.

Além disso, a referida lei determina que o Estado dê a devida assistência aos dependentes, de modo a prevenir que estes entrem, futuramente, no mundo do crime e "se transformem" em traficantes.

Surge, na década de 1990, uma infelicidade com a Lei de Drogas, isso porque ela era considerada fraca conceitualmente falando. A aprovação da Lei 10.409, em 2002, traz, para os Juizados Especiais, a competência para julgamento do crime de uso pessoal de drogas.

A nova lei de drogas surge, em 2006, em meio a outra preocupação por parte do Estado: a repressão das organizações criminosas. A Lei 11.343 traz novos métodos de controle para o usuário de drogas, que não podem sofrer pena de prisão. Para Salo de Carvalho (2016, p. 105):

> A Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuário e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 5 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

Para o professor Acacio Miranda, o bem jurídico tutelado pela citada lei é a saúde pública, sendo um bem que diz respeito a toda a sociedade. A regra da lei são crimes comuns, ou seja, quando o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa[12].

3.3 Lei Penal em branco: usuário ou traficante

A norma penal descreve um crime (preceito primário) e descreve uma pena (preceito secundária). Em geral, a norma é completa em si mesmo, mas quando isso não acontece temos uma "norma penal em branco", onde o conteúdo é "inacabado",

[12] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J7TH3r8W6lU> . Acesso em: 26/05/2018

fazendo com que seja necessária uma complementação por meio de outro dispositivo (GOMES, 2015)[13].

Com relação ao tipo penal aberto, este sofre de uma indeterminação relativa, o que pode gerar decisões diferentes a depender de cada julgador, que interpretará o dispositivo com base no seu critério de justiça, o que, para muitos, é visto como insegurança jurídica (DE OLIVEIRA CUNHA, 2010).

Para Salo de Carvalho (2016), a "lei penal em branco é caracterizada por preceitos incompletos que requerem preenchimento por terceiros dispositivos, normalmente de cunho extrapenal (administrativo)". Segundo ele, um sistema que favorece o uso de termos em branco favorece um possível conflito de legalidade, de modo que a criação de tipos penais que exigem ser complementados é um tanto quanto perigoso, visto que há uma transferência do papel de criação de uma "base da incriminação" para outro órgão, diferente do legislativo, que não teria a competência de fazê-lo.

Ao interpretar Nilo Batista, Salo de Carvalho (2016, p. 258) considera que:

> a tese da reserva legal absoluta aufere legitimidade apenas às leis penais resultantes do democrático debate parlamentar, ou seja, somente os procedimentos legislativos teriam idoneidade para formular crimes e cominar penas.

O resultado desse sistema que carece de complementação nos possibilita, então, chegar à conclusão de que ao Legislativo caberia apenas a atribuição de estabelecer normais gerais. Conclusão essa que pode ser considerada como prejudicial às garantias e direitos fundamentais, sendo o princípio da legalidade flexibilizado (CARVALHO, 2016).

A estrutura de descodificação da antiga Lei de drogas, 6.368/76, veio ainda mais forte na nova Lei 11.343/06, de modo a se ter a utilização de termos vagos, descrição de condutas genéricas e também o uso de tipos penais em branco, como

[13] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7ogQpo0vnyQ> . Acesso em 26/05/2018

por exemplo o artigo 36 da Lei[14], onde podemos observar a imprecisão da norma (CARVALHO, 2016).

Por outro lado, uma diferente visão é dada ao uso de tipos penais abertos, e a maior flexibilidade que eles trazem é justificada pela impossibilidade de termos um sistema punitivo eficiente se estabelecermos padrões totalmente fechados para certos dispositivos penais, como seria o caso do artigo 28 da Lei 11.343/06[15], por exemplo.

Se o dispositivo acima citado trouxesse uma quantidade específica para caracterizar o consumo poderia gerar uma impunidade de traficantes, que se adequariam à quantidade trazida pela lei, de modo que se fossem pegos não poderiam ser enquadrados como tais visto portarem a quantidade que figura o consumo, e não o tráfico. Assim, não sofreriam com a pena privativa de liberdade e continuariam a favorecer o comércio de drogas ilegais.

A ausência de quantidades específicas, apesar de parecer como se insegurança fosse, possibilita que o julgamento, com base nos dispositivos penais incompletos, seja feito com base na análise do caso concreto.

3.4 A definição de usuário/traficante pela doutrina e jurisprudência

O intuito de tipificar a conduta de consumo pessoal de drogas como crime consiste no fato de que a vontade do legislador é fazer com que o usuário encontre um suporte para mudar de vida. Não poderia o Estado se manter inerte mesmo se considerarmos se tratar de uma autolesão, isso porque o consumo de drogas por uma pessoa acaba por atingir muitas outras, não só a família, mas também a sociedade em geral (RANGEL; BACILA, 2015).

[14] Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[15] Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

O artigo 28, tipo penal que criminaliza o uso de drogas, é norma em branco visto que a lei não traz o que são "drogas". Por esse motivo, se fez necessário uma regulamentação através de uma portaria do Ministério da Saúde. A portaria 344, de 12 de maio de 1998[16], descreve, em seu anexo I, os tipos de substâncias tidas como ilícitas, e por isso proibidas pela legislação. Assim, quando é encontrado substância sem algum dos princípios ativos dispostos na Portaria, configura-se um crime impossível (RANGEL; BACILA, 2015).

Além disso, para incidir o crime do artigo já citado, é preciso que a vontade do agente seja simplesmente ter a droga para seu consumo, de modo que sem esse elemento o agente seria classificado como traficante e não mero consumidor. Apesar de ser um elemento muito subjetivo, é possível identificá-lo por meio de sinais apresentados pelo agente, tais como o local onde foi pego, a quantidade e o tipo da droga, a oitiva de testemunhas, etc. É possível que duas pessoas sejam pegas com a mesma quantidade de droga, por exemplo, uma com maconha e outra com ecstasy, a primeira pode ser facilmente enquadrada como consumidora e a segunda como traficante, isso porque é mais crível que uma pessoa sozinha não consiga utilizar uma grande quantidade de ecstasy para seu próprio consumo. Isso, claro, analisando todos os demais elementos do crime (RANGEL; BACILA, 2015).

Também deve ser analisado se estamos diante de um comportamento que atinja o bem jurídico tutelado. De modo que não seria justo aplicarmos uma punição para um fato acontecido que não tem o potencial de causar perigo à saúde pública.

Então, seria plenamente possível aplicar o princípio da insignificância a uma pessoa que é pega experimentando maconha pela primeira vez, ou é pega tentando comprar um cigarro de maconha para uso próprio. Lembrando que isso sempre deve ser analisado em conjunto com os demais indícios do crime (RANGEL; BACILA, 2015).

[16] Disponível em:<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html> . Acesso em: 27/04/2018

Salo de Carvalho (2016) também se manifesta sobre o assunto, colocando que "a quantidade inexpressiva de substância entorpecente não teria a potencialidade de produzir dependência física e/ ou psíquica (elementar formal) ou de ofender o bem jurídico saúde pública tutelado na Lei de Drogas (elementar material)". O STJ e o STF já se manifestaram pela impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância no âmbito dos crimes de tráfico e uso de drogas, independente se a quantidade da substância apreendida foi pequena ou não:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINNEU. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. FATO TÍPICO. PRECEDENTES. PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a importação clandestina de sementes de cannabis sativa linneu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006. 2. Nessa linha de raciocínio, o fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga. Por isso, sua importação clandestina, por si só, amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, não havendo falar em atipicidade da conduta, tampouco em desclassificação para contrabando. (AgRg no REsp 1658937/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017). 3. Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1691992/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017. Grifei.)
>
> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. POSSE DE ENTORPECENTES. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO JULGAMENTO DO AI N.º 747.522. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A

aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos requisitos estabelecidos na legislação infraconstitucional, posto controvérsia de natureza infraconstitucional, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do AI n.º 747.522–RG, Relator Min. Cezar Peluso, DJe de 25/9/2009. 2. A aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente. In casu, não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do aludido princípio, a fim de trancar a ação penal. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 28 DA LEI N° 11.343/06. PEQUENA QUANTIDADE. NULA A DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DESCABIMENTO A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RISCO POTENCIAL DO DELITO PARA A SOCIEDADE. USUÁRIO QUE ALIMENTA O COMÉRCIO DA DROGA E PERMITE A CONTINUIDADE DA ATIVIDADE DO NARCOTRÁFICO. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA NULA. 1. SUBMETE-SE ÀS PENAS DO ARTIGO 28 DA LEI N° 11.343/06 QUEM, POR VONTADE LIVRE E CONSCIENTE, GUARDA OU TRAZ CONSIGO, PARA USO PESSOAL, DROGAS SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR.2. NÃO HÁ FALAR EM ATIPICIDADE DO DELITO, POR HAVER POUCA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, JÁ QUE O CRIME DESCRITO NO ARTIGO 28 DA LEI N° 11.343/06 É DE PERIGO ABSTRATO PARA A SAÚDE PÚBLICA - POR SER CAPAZ DE GERAR DEPENDÊNCIA FÍSICO-QUÍMICA -, DE MANEIRA QUE O LEGISLADOR ENTENDEU POR BEM MANTER A TIPICIDADE DA CONDUTA, AINDA QUE SEM APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE.3. 'NUMA SOCIEDADE QUE CRIMINALIZA PSICOATIVOS E ASSOCIA EXPERIÊNCIAS DE ALUCINÓGENOS À MARGINALIDADE, O CONSUMO DE DROGAS PROVOCA UMA SÉRIA QUESTÃO ÉTICA: QUEM CONSOME É TÃO RESPONSÁVEL POR CRIMES QUANTO QUEM VENDE. AO CHEIRAR UMA CARREIRA DE COCAÍNA, O NARIZ DO CAFUNGADOR

> ESTÁ CHEIRANDO AUTOMATICAMENTE UMA CARREIRA DE MORTES, CONSCIENTE DA TRAJETÓRIA DO PÓ. PARA CHEGAR AO NARIZ, A DROGA PASSOU ANTES PELAS MÃOS DE CRIMINOSOS. FOI REGADA A SANGUE'.(...) É PROPOSITAL [NO FILME "O DONO DA NOITE", DE PAUL SCHRADER] A REPETIÇÃO RITUALÍSTICA DE CENAS QUE MOSTRAM A ROTINA DO ENTREGADOR, ENCERRADO NUMA LIMUSINE PRETA E FÚNEBRE. NESSE CONTEXTO, A DROGA NÃO CUMPRE MAIS A FUNÇÃO SOCIAL DAS ANTIGAS CULTURAS. ELA É APENAS UM VEÍCULO DE ALIENAÇÃO E AUTODESTRUIÇÃO". (FILHO, ANTÔNIO GONÇALVES. A PALAVRA NÁUFRAGA - ENSAIOS SOBRE CINEMA. SÃO PAULO: COSAC SC NAIFY, 2001. P. 259-60 - NÃO GRIFADO NO ORIGINAL).4. PRECEDENTE: 'ACÓRDÃO N. 560684, 20100110754213APJ, RELATOR JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, 2A TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL, JULGADO EM 17/01/2012, DJ 25/01/2012 P. 173'. RECURSO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA COM VISTAS AO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO." 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 728688 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 04-10-2013 PUBLIC 07-10-2013. Grifei.)

Com o advento da lei em 2006, muitos questionaram se houve a descriminalização do porte de drogas, porém, esse argumento não procede visto que sua tipificação se encontra no capítulo "dos crimes". Outro questionamento foi se houve a despenalização do referido crime, o que também não prosperou tendo em vista que existem penas como consequência da prática delitiva, só que não são penas privativas de liberdade. O terceiro posicionamento considerou a conduta criminosa, onde há a fixação de uma pena que não exige o cárcere. Foi adotado, então, o posicionamento da "descarcerização". Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter adotado a última corrente, a mesma foi chamada de "despenalização" (MIRANDA, 2014).

Uma diferente visão é dada pelo advogado Luciano Anderson de Souza (2011) ao dispositivo discutido, em sentido contrário à doutrina majoritária. O

mesmo considera o artigo totalmente ilegítimo, o que vai de encontro ao estado democrático de direito quando este quer impor uma direção a ser seguida.

Para ele não procede o argumento fundamentador do artigo na tutela da saúde pública da coletividade, de modo que não é válida a tipificação de uma conduta como criminosa se sequer há um bem jurídico a ser tutelado; considera que (2011, p. 169)

> não se constata satisfatoriamente em que medida a higidez fisio-psíquica coletiva – quer seja de um número determinado ou indeterminado de pessoas – é atingida por uma ação que, em tese, denota a possibilidade de lesionar exclusivamente o agente perpetrador dessa mesma ação.

Assim, a proibição da autolesão é uma forma de coagir moralmente o indivíduo, sendo insubsistente o argumento de se tratar de um crime de perigo abstrato, pois não há nenhuma certeza de que a saúde pública seja realmente afetada.

Além disso, a configuração do crime de porte de drogas para uso pessoal fere o princípio da igualdade, da intimidade e a vida privada dos indivíduos. Para o advogado, a igualdade é posta "em cheque" quando se criminaliza o uso de drogas ilícitas sem criminalizar as drogas lícitas, sendo que ambas têm a força de causar dependência. Os outros dois princípios são violados quando geram uma interferência nas escolhas pessoais de cada um.

A norma é vista como contraditória ao passo em que o tipo de punição escolhida para o porte de drogas é totalmente atípico no direito penal. A advertência, a medida educativa ou a prestação de serviços à comunidade não têm o poder de fazer com que o viciado deixe de sentir vontade de utilizar a droga, indo contra o intuito de coação. Não é lógico querer que o criminoso não cometa o mesmo crime novamente se não há, para ele, a pena de prisão.

A punição do consumo de drogas é uma questão médica que não pode ser solucionada pelo sistema repressivo do Estado (DE SOUZA, 2011).

Agora, com relação ao crime do artigo 33 da Lei de Drogas[17], a nova lei repetiu os 18 verbos trazidos pela lei anterior. Tal crime também atinge a ordem jurídica e, como o crime do artigo 28, exige complementação da Portaria 344, do Ministério da Saúde.

A tipificação dessas condutas tem o condão de sinalizar os perigos que tais drogas proibidas podem trazer não só para um indivíduo, mas também para toda a sociedade, que sofreria com as decorrências do tráfico de drogas (RANGEL; BACILA, 2015).

Para o advogado Fabiano Zoldan[18] o sistema de quantificação judicial é aplicado no Brasil, de modo que através de análise dos elementos trazidos pelo caso o juiz poderá enquadrar a conduta como tráfico. Muitas vezes, quando a situação é de difícil apuração, facilmente pode acontecer um erro de enquadramento, sendo o traficante considerado como consumidor para uso pessoal, tendo, assim, uma pena muito leve que o permite continuar com o seu "trabalho".

Para Cláudio Alberto Volpe Filho (2006), não são todos os 18 verbos trazidos pelo artigo 33 da nova lei, antigo artigo 12 da Lei 6.368/76, que devem ser considerados tráfico. Considerando que a palavra "tráfico" significa comércio ou negócio, uma conduta somente pode ser enquadrada como tráfico quando tiver a finalidade do comércio. Assim, um indivíduo que é pego fornecendo, de forma gratuita, uma substância ilícita não pode ser considerado traficante, haja vista que não houve o intuito de comércio, mesmo sua conduta estando abrangida por um dos núcleos verbais do artigo. Apesar de o autor apresentar tal entendimento, não é isso que podemos observar na jurisprudência, de modo que basta que o indivíduo cometa um dos comportamentos previstos no tipo penal para que esteja caracterizado o crime, de modo que sua visão é minoritária.

[17] Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar

[18] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NsO8UAJmnG0> . Acesso em: 27/04/2018

Fernando Capez (2017) considera que o intuito do legislador ao tipificar a conduta de tráfico de drogas foi buscar proteger a sociedade de um dano efetivo causado pelo comércio de entorpecentes.

Podemos visualizar, então, que o enquadramento, ou não, do agente como traficante ou usuário vai depender da análise dos elementos[19] do caso concreto, sendo tênue a linha que possibilita distinguir um portador de drogas para consumo próprio de um traficante de entorpecentes.

Os tribunais reconhecem a dificuldade em distinguir, em alguns casos, o mero usuário do traficante, visto a linha tênue que envolve os dois agentes, o que muitas vezes pode causar uma certa insegurança jurídica. A sexta turma do STJ avaliou a questão como problemática em um dos seus acórdãos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) - e que continua na legislação atual. 2. A concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais. 3. Em nenhum momento, o acusado foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades. Ainda, o agravado, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes. 4. A apreensão de apenas 3,65 g de crack e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. 5. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela absolvição do acusado - já proclamada em primeiro grau - não demanda o revolvimento de matéria fático-

[19] Art. 28, § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

> probatória, procedimento, de fato, vedado em recurso especial. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a revaloração de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Não há falar, portanto, em incidência da Súmula n. 7 do STJ. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 974.589/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017. grifei)

O fato de não ter havido prévio monitoramento influenciou na decisão da sexta turma, que optou por absolver o réu. Já em outro caso, a quinta turma apreciou os elementos subjetivos do caso concreto e manteve o indivíduo preso:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Quanto à alegação de excesso de prazo para a homologação da prisão em flagrante do paciente, verifica-se, do acórdão impugnado, que a prisão em flagrante teria ocorrido em 19/1/2017 (quinta-feira) e a decisão que o homologou e decretou a custódia provisória do paciente foi proferida em 23/1/2017 (segunda-feira). Eventual retardo na remessa dos autos e na decisão do juiz não possui, por si só, o condão de anular a prisão cautelar do paciente, sobretudo quando eventual irregularidade teria sido sanada, estando superada pela superveniência do decreto de prisão preventiva. 3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 4. No caso dos autos, o paciente, funcionário do Fórum de Juiz de Fora, foi preso em flagrante, após investigação policial de que seria traficante de entorpecentes com elevado grau de pureza, a usuários de alta renda. Em sua residência, foram apreendidos 14,90 gramas de maconha, 2,61 gramas de haxixe e 21,27 gramas de cocaína. No seu trabalho, foram

> encontrados 153,79 gramas de cocaína, além de uma balança de precisão. Tais circunstâncias justificam sua segregação cautelar, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 393.471/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017. grifei)

A terceira turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal discorreu sobre a necessidade de análise dos elementos subjetivos para diferenciar o usuário do traficante:

> PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE CRACK. DESTINAÇÃO À DIFUSÃO ILÍCITA. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. DESPROPROPORCIONALIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. 1. Para se distinguir o usuário do traficante, deve-se levar em consideração todos os fatores que cercam a prática criminosa, tais como lugar e horário em que o agente foi surpreendido levando consigo ou mantendo em depósito a droga, a quantidade e variedade da substância apreendida, dentre outros. 2. Na espécie, a situação flagrancial corroborada pela exorbitante quantidade de crack apreendidas na residência do acusado, acondicionadas em formatação mercantil, permitem concluir pela destinação ilícita dos entorpecentes. 3. A redução da pena em razão de atenuante, na segunda fase da dosimetria, deve guardar proporcionalidade com o aumento efetivado na primeira fase, em razão de circunstância judicial desfavorável. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Acórdão n.1089515, 20160111133274APR, Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 12/04/2018, Publicado no DJE: 18/04/2018. Pág.: 294/298. grifei)

A segunda turma do TJDFT optou por absolver a ré por ausência de elementos que demonstrem o comércio de drogas, aplicando, assim, o *in dubio pro reo:*

> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. RECURSO PROVIDO. 1. A anterior prisão de um possível traficante de drogas no interior da residência da ré

> motivou a realização de campanas policiais no local; entretanto, a simples abordagem de um usuário com duas porções de crack, saindo da casa da ré, não comprova a prática de vendas de drogas por parte dela. 2. Os policiais não presenciaram atos de traficância, o usuário afirmou ter adquirido o entorpecente em outro local e a ré justificou que ele ali esteve apenas para convidá-la para consumirem juntos a droga, proposta que declinou por estar na presença de seus filhos. Vistoriada a casa, nada foi encontrado que infirmasse a versão do usuário e da ré e comprovasse a prática de venda de drogas por parte dela. 3. Diante de dúvidas razoáveis acerca da materialidade e da autoria delitiva imputada à ré, fragilizando um possível decreto condenatório, é sempre bom lembrar que melhor atende aos interesses da justiça absolver um suposto culpado do que condenar um inocente, impondo-se, no presente caso, a aplicação do brocardo "in dubio pro reo". 4. Recurso provido. (Acórdão n.1081620, 20160110154739APR, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/03/2018, Publicado no DJE: 16/03/2018. Pág.: 171/185. grifei)

Diante do exposto, fica evidente que não há uma solução exata para o problema de falta de parâmetros de distinção entre o crime do artigo 28 e o crime do artigo 33 da Lei 11.343. Assim, os julgadores buscam, na análise do caso concreto, elementos capazes de possibilitar um julgamento justo e coerente.

4. LEVANTAMENTO DAS PROVAS UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO DAS SENTENÇAS, PELOS JUÍZES, NAS VARAS DE ENTORPECENTES DO DISTRITO FEDERAL

No capítulo terceiro busca-se analisar quais são as provas mais utilizadas como fundamento de uma sentença, condenatória ou não, nos crimes de drogas. Para tanto, foi feita uma pesquisa de campo, sendo necessário o comparecimento às Varas, onde foi possível assistir às audiências e analisar o comportamento dos juízes, réus, advogados de defesa e promotores.

4.1 Metodologia

Como forma de limitar a pesquisa no tempo, foi realizado o recorte temporal aleatório do mês de fevereiro de 2018 para análise, sendo pesquisadas todas as

sentenças proferidas pelos juízes das quatro Varas de Entorpecentes do Distrito Federal.

No mês de fevereiro de 2018, foram encontrados 82[20] processos com sentenças proferidas nas quatro Varas do Distrito Federal. Nessas sentenças analisadas, foi possível identificar que as provas mais frequentes relacionadas ao tráfico de drogas são: a prova testemunhal do policial que efetuou a abordagem; a confissão; a palavra do usuário, em sede inquisitorial, em desfavor do traficante; o uso de filmagens/imagens, além do laudo pericial de constatação da natureza da substância.

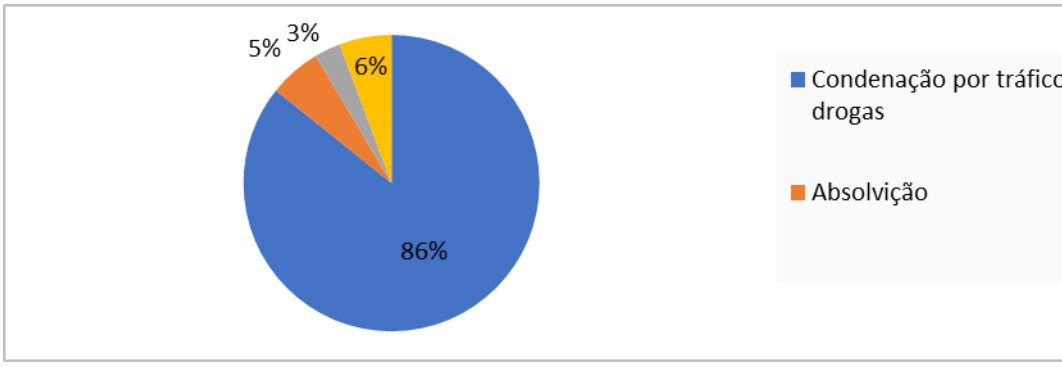
Além disso, foi possível observar que, em alguns casos, na maioria das vezes quando a droga era descoberta na casa do criminoso, houve, também, a apreensão de material utilizado para a divisão da droga, como balança, facas e papel plástico. Em grande parte das sentenças analisadas a droga foi apreendida junto com o infrator, ou perto dele, quando o mesmo tentava desfazer-se dela com a chegada da polícia. Também podemos dizer que, em quase todos os processos, foi encontrado dinheiro com o acusado, que tentava demonstrar a origem lícita do mesmo.

4.2 Análise quantitativa e qualitativa das provas utilizadas

Como resultado da pesquisa, tem-se que, em aproximadamente 86,95% dos processos, o réu foi condenado pelo crime de tráfico de drogas; em 5,79% dos processos, o réu foi absolvido[21]; em 2,89% dos processos, o juiz desclassificou-o para a conduta delituosa do artigo 33, parágrafo 4º, da lei de drogas; e, por fim, em 5,79% dos processos o juiz desclassificou-o para o crime do artigo 28 da lei.

[20] Dos 82 processos, 3 foram desconsiderados em razão de prescrição, 1 em razão de reabilitação criminal, 6 em razão de segredo de justiça, 1 em razão de transação penal, e, 2 processos tiveram a sentença cancelada. Tais processos foram desconsiderados pois não foi possível observar sua fundamentação, objeto dessa pesquisa. Além disso, em 1 processo, a sentença de fevereiro que havia sido cancelada foi proferida novamente em abril, e foi aqui considerada. Em 1 dos processos, a sentença de fevereiro era apenas correção de erro material da sentença de janeiro, que também foi considerada. Assim, totalizaram 69 processos com sentença analisada.

[21] Em um dos processos houve um réu condenado e outro absolvido.



Em todos os processos em que a pretensão punitiva quanto ao crime de tráfico de drogas foi julgada improcedente isso se deu em razão de insuficiência de provas, onde o magistrado aplicou o princípio do *in dubio pro reo* face à falta de certeza da materialidade do crime. Em tais processos, o próprio Ministério Público, em alegações finais, já havia postulado pela absolvição.

Também pode-se observar a presença, nesses processos, de apenas um tipo de prova, a prova testemunhal. Em dois dos processos somente havia o relato dos policiais quanto ao momento da abordagem. Em outros dois, além do relato policial, havia testemunhos de outras pessoas.

Nos processos em que houve a desclassificação para o crime de uso de drogas, foi considerada, de modo geral, a falta de apreensão de objetos que demonstrem a traficância, como plásticos, balança de precisão, etc. Além disso, foi observado a quantidade de droga apreendida, se compatível ou não com o consumo pessoal. Em dois dos casos ainda foi utilizado como fundamento a falta de visualização de troca de objetos. Em tais processos, a principal prova foi o relato policial e a declaração do usuário em consonância com a do acusado (ocorreu somente em dois processos).

Na pesquisa realizada, tem-se que 100% dos processos utilizaram o relato do policial como fundamento da sentença, dado que não me surpreende, tendo em vista

que a apuração do crime de tráfico de drogas é difícil pelo fato de que muitas vezes não há outras pessoas que visualizam a abordagem, ou, quando a visualizam, têm medo de testemunhar. Em 44,9% dos processos houve a confissão do acusado. Considero uma grande porcentagem, visto que, ao iniciar a pesquisa, imaginei que seriam raros os casos de confissões. Tal informação é relevante, haja vista que considero esse meio de prova determinante para uma correta e forte fundamentação de uma sentença condenatória. Tal prova é fundamental para evitar possíveis condenações equivocadas por parte dos magistrados.

Apesar disso, a confissão, assim como todos os meios de prova, deve ser analisada em conjunto com as demais provas no processo. Não há uma prova absoluta, de modo que não é porque o acusado assumiu o crime que o mesmo vai ser necessariamente condenado (RANGEL, 2017). Isso porque a confissão pode ser falsa, ou modificada por algum medo do denunciado. Assim, a confissão isolada e divergente do restante do conjunto probatório, ou quando seja o único meio de prova, não é suficiente para uma condenação (LOPES JUNIOR, 2017).

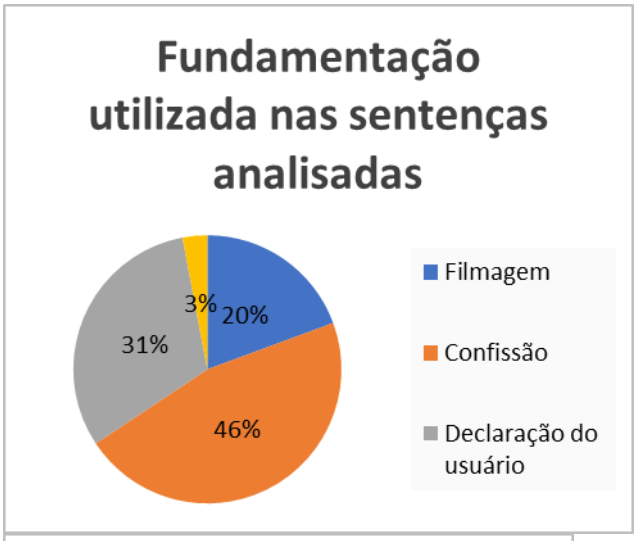
Aproximadamente 30,4% dos processos contaram com a declaração do usuário corroborando com a denúncia do Ministério Público, seja em sede inquisitorial seja como testemunho judicial. Importante ressaltar que, apesar de a maioria dos depoimentos terem se dado em fase de investigação, os mesmos podem ser utilizados para somar com as demais provas dos autos. Esse número também não era esperado no início da pesquisa, isso porque não visualizava a apreensão do usuário junto com o acusado. Apesar disso, considero a prova um pouco controversa, haja vista que, ao mesmo tempo em que o usuário pode falar a verdade por medo de ser preso, ele também pode não agir com a verdade pela mesma razão, ou visando prejudicar o denunciado por algum outro motivo pessoal.

Em 23,18% dos processos houve prova testemunhal de pessoas que não a autoridade policial, sendo que, na maioria dos processos, tais testemunhos em nada influenciaram para corroborar ou não com a denúncia; 18,8% dos processos contaram com o uso de filmagens para apoiar a decisão do magistrado; e 4,34%

contaram com a interceptação telefônica. Com relação aos dois últimos dados, penso que demonstram a pouca utilização da tecnologia para dar mais segurança a uma possível condenação. A filmagem, apesar de não ser possível em toda e qualquer abordagem de supostos traficantes, poderia ser mais utilizada em locais já conhecidos pelas autoridades policiais como ponto de traficância, bem como em casos de denúncias anônimas, onde já se tem a notícia de que se irá apurar a mercancia de drogas. Quanto a interceptação, se considerarmos que a maioria dos casos se referem a "pequenos traficantes", o seu uso se torna mais restrito aos casos em que há o maior número de pessoas atuando em conjunto para o tráfico, de modo que é um meio de prova mais difícil de ser utilizado como fundamentação de uma sentença.

Por fim, somente 2,89% dos processos contaram com a perícia no celular do acusado. Se refletirmos que praticamente todas as nossas conversas se dão por aplicativos de celular, podemos facilmente concluir que um possível traficante tenha muitos contatos e que combine a venda da droga pelo aparelho celular. Apesar disso, tal prova não é tão fácil assim de ser utilizada, haja vista que pode esbarrar no direito à intimidade do réu. Porém, acredito que através das conversas seria possível ter certeza quase que absoluta do cometimento ou não do crime, de modo que seria possível observar quem é o usuário e quem é o traficante. Assim, para melhor prestar o serviço jurisdicional, buscando uma sentença mais justa, o instituto da perícia no celular deveria ser mais utilizado como fundamentação.

Para melhor organização, foi feito um gráfico para facilitar a visualização dos fundamentos utilizados nas sentenças proferidas durante o mês de fevereiro nas Varas de Entorpecentes do DF. Não trouxe, no gráfico abaixo, a quantidade de processos em que houve a apreensão de apetrechos de divisão de drogas, como balança e faca, mas tal fato também foi considerado para fundamentação.



Por fim, através dos dados acima adquiridos, é possível observar que a prova mais utilizada para condenar ou não um indivíduo, nos crimes da lei de drogas, é o relato dos fatos pelos agentes policiais, que, segundo os próprios magistrados, goza de presunção de veracidade, quando não constatados motivos para que prejudique o acusado. Em muitas sentenças, o próprio magistrado traz a jurisprudência do TJDFT que determina a credibilidade do testemunho de policiais:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. ALEGAÇÃO DE CONSUMO PRÓPRIO. QUANTIDADE. VARIEDADE. FORMA DE ACONDICIONAMENTO. PALAVRA DOS POLICIAIS. CRIME DE NATUREZA MÚLTIPLA. TRAZER CONSIGO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Afora ter apresentado declarações contraditórias na Delegacia e em juízo, a justificativa apresentada pela apelante no sentido de que as drogas seriam destinadas ao consumo próprio também não merece credibilidade diante da quantidade e da variedade das substâncias apreendidas e da forma de acondicionamento em pequenas porções, como costumam ser comercializadas: porções de cocaína cada uma envolta por segmento plástico na forma de trouxinha (1,47g); cerca de 40 (quarenta) pedras de "crack" (10,62g); 16 (dezesseis) comprimidos de Rohypnol; e diversos fragmentos soltos de "maconha" (12,78g), envoltas por segmento plástico. 2. A variedade, a quantidade e a forma de acondicionamento das substâncias apreendidas são circunstâncias que evidenciam a traficância (art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006), e eliminam a hipótese de porte de droga para consumo pessoal (artigo 28 da Lei 11.343/2006). 3. A palavra dos policiais a respeito das funções que desempenham na qualidade de agentes públicos possui presunção de veracidade e os atos por eles praticados no exercício do cargo gozam de presunção de legitimidade, motivo pelo qual a palavra deles possui relevante força probatória, em especial se corroborada por demais elementos de convicção constantes dos autos. 4. O crime de tráfico é de natureza múltipla (multinuclear), ou seja, a prática de quaisquer das condutas descritas no "caput", do artigo 33, da Lei 11.343/06 caracteriza o delito, de maneira que, embora a recorrente não tenha sido flagrada comercializando drogas, ela incidiu na conduta de "trazer consigo" prevista no tipo, motivo pelo qual não há falar que não há prova de que ela tenha exercido conduta típica de traficância. 5. Recurso desprovido. (Acórdão n.904921, 20140111952278APR, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 05/11/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 127. Grifei.)

Acredito que o juiz, ao analisar o relato policial, não deva simplesmente aplicar a presunção de veracidade, isso porque se trata de uma prova facilmente passível de erros, sem querer dizer que tais erros são intencionais, porém o tempo entre a abordagem e o testemunho do policial, bem como a grande quantidade de abordagens semelhantes realizadas pelos mesmos pode fazer com que se confundam

ao prestar as informações. De modo que esse risco existe, não podendo o acusado corrê-lo. Assim, como já foi dito anteriormente, a palavra do agente é de extrema importância nos crimes da lei de droga, mas, apesar disso, deve ser corroborada com outros meios de prova, tais quais confissão, filmagens e até mesmo apreensão de objetos que fortaleçam a ideia do tráfico, como, por exemplo, a balança, facas com resquícios de droga, papel plástico para separar o entorpecente, etc.

4.3 Análise de casos

Para finalizar o presente trabalho, passo para a análise casuística de alguns processos que me chamaram a atenção.

No processo 2017.01.1.035665-2, julgado pela Juíza Maria Cecilia Batista Campos, substituta da Primeira Vara de Entorpecentes, o réu foi condenado no crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006 mesmo não tendo sido encontrado, com ele, drogas ou dinheiro. Ocorre que, apesar disso, os agentes policiais primeiro abordaram o usuário da droga, que foi conduzido à delegacia e assumiu ter comprado droga do acusado. Com ele foi apreendido *crack*. Depois, retornaram para abordar o vendedor, que negou a traficância. Conclui-se que apesar de não terem sido encontradas drogas com o denunciado, a fundamentação da sentença não é frágil, visto que foi considerado que havia várias denúncias anônimas contra o mesmo, e que também este já havia sido apreendido por crime análogo e na mesma região quando menor. A falta de drogas e dinheiro foi justificada pelo tempo em que os agentes conduziram o usuário até a delegacia e retornaram para prender o réu.

No processo 2017.01.1.043723-4, julgado pela Juíza Léa Martins Sales, da Segunda Vara de Entorpecentes do DF, o réu foi absolvido, a meu ver corretamente, do crime de tráfico de drogas. O que ocorreu foi que o mesmo foi preso depois de outra pessoa ter sido abordada com droga dentro do carro e ter alegado que as drogas pertenciam ao acusado, que negou o fato. Observa-se que não há elemento nenhum capaz de concluir pela traficância, porque os policiais em nenhum momento afirmaram que viram o mesmo cometendo o ilícito e nem com o mesmo foi

encontrado nada de ilegal. Nota-se que o depoimento do policial nem sempre é no sentido de confirmar o mercado de drogas, mas sim para relatar o que por ele foi visto. O réu pode até ser traficante, mas nesse caso não há provas suficientes capazes de sustentar tal alegação, de modo que não seria justo forçar uma condenação.

Outro processo que me chamou a atenção foi o 2017.01.1.047457-6, julgado pela Juíza Joelci Araújo Diniz, da Terceira Vara de Entorpecentes do DF. O réu foi condenado pelo crime de tráfico de drogas ao ser abordado em conjunto com um usuário que afirmou ter comprado cocaína do mesmo. O fato é que com o denunciado foi encontrada somente a quantia de R$ 25,00, e o usuário alegou ter comprado a droga por R$ 40,00 reais.

Não há outra prova além do que foi afirmado pelo usuário e pela polícia que estava em patrulhamento. Ela se torna uma prova fraca se analisada em conjunto com o fato alegado pelo usuário e com o que foi encontrado com o condenado. A juíza considerou que o restante do dinheiro pode ter sido jogado fora pelo condenado, mas por que o mesmo teria jogado só uma parte do dinheiro e não o dinheiro todo? E, se ele tivesse feito isso durante a abordagem e a condução à delegacia, não seria crível que os policiais perceberiam o ato?

Considero que a fundamentação foi fraca e disfarçadamente baseada no fato de que o réu recentemente havia sido condenado por tráfico. Mas as provas de outro processo não podem servir para esse. Mesmo o condenado sendo traficante, não consegui vislumbrar provas aptas a condenar o réu.

Por fim, no processo 2017.01.1.033910-3, o réu foi condenado pelo Juiz Arquibaldo Carneiro Portela, da Quarta Vara de Entorpecentes. O mesmo foi abordado com 20,44 gramas de *crack* e R$ 108,00. Ao fundamentar a sentença, o juiz considerou a grande quantidade e o tipo de droga apreendida, bem como o local em que o denunciado foi abordado, que já era conhecido ponto de tráfico de drogas, e também o fato de a autoridade policial ter recebido denúncias em desfavor do acusado. Além disso, o mesmo já possuía passagem por ato análogo. Este fato não

foi o único e principal argumento, mas foi somado às provas acima descritas, que não corroboram com o depoimento do acusado de que era usuário e consumiria a droga em dois dias, isso porque se considera que uma pessoa só é capaz de consumir até 5g de *crack* por dia.

Concluo, nesse capítulo, que não há um tipo de prova que deva ser descartado por sua possível fragilidade. As provas de um crime devem ser analisadas em conjunto, podendo a prova testemunhal se tornar mais duvidosa quando não corroborada com outros elementos, tais quais tipo e quantidade de droga apreendida, objetos que caracterizam a divisão de entorpecentes para venda, dinheiro em espécie, o local onde o acusado foi abordado, etc. Por outro lado, mais forte se mostra uma fundamentação quando ela possui filmagens, imagens ou perícia no celular do denunciado que tragam conversas que demonstrem a venda do entorpecente. Conclui-se, então, se uma sentença é justa ou não, não pelo fato de possuir somente um tipo de prova como fundamento, mas sim em como o conjunto probatório é analisado em cada caso concreto.

5 CONCLUSÃO

Nenhuma condenação pode ser proferida sem provas, assim, deve o magistrado se valer dos meios de prova existentes em cada caso concreto, de modo a encontrar a fundamentação necessária para punir as pessoas acusadas por um crime.

O modelo processual penal brasileiro adota o critério do livre convencimento motivado, o que dá certa autonomia, para o juiz, no momento de considerar uma prova, mas não o desobriga de fundamentar sua decisão, nem de avaliar todo o conjunto probatório em busca da verdade real.

Além disso, o convencimento do magistrado deve se basear em provas obtidas por meios lícitos, de tal forma que a utilização de prova ilícita só pode ocorrer, excepcionalmente, se para beneficiar o réu.

A legislação passa a adotar o sistema repressivo de combate ao crime de tráfico de drogas, mais ou menos, com a chegada dos anos 40, assim, a preocupação com esse delito deixa de ser secundária, ganhando uma força ainda maior com a ditadura, onde grupos faziam o uso de drogas em forma de protesto.

Apesar da Lei 6.368, de 1976, não ter trazido uma diferença substancial quanto aos tipos penais já previstos no Código Penal de 1940, ela trouxe uma preocupação com o dependente de substâncias entorpecentes. A Lei 11.343, de 2006, surge em meio a preocupação do Estado em reprimir as organizações criminosas, punindo severamente o traficante de drogas, e considerando o usuário como doente, que não pode ser submetido à prisão.

A diferença do usuário para o traficante de drogas deve ser verificada através da análise dos elementos do caso concreto. Apesar da distinção parecer subjetiva, o magistrado deve considerar todo o conjunto das provas produzidas para separar aquele que tinha a droga somente para seu uso próprio, daquele que queria comercializar.

Apesar da sociedade desejar que o crime de tráfico de drogas seja severamente combatido, a condenação do criminoso deve ser proferida com base em um conjunto probatório convincente, independentemente do meio de prova existente em cada caso, seja filmagem, seja a apreensão de balança para quantificar a droga, ou somente o relato dos agentes policiais que efetuaram a prisão, a decisão deve demonstrar que realmente se trata de um traficante e não de um mero usuário de drogas.

O objetivo principal do trabalho foi avaliar se era possível ter uma fundamentação robusta e não arbitrária considerando a ausência de critérios objetivos para definir quem é o usuário e quem é o traficante na Lei 11.343/2006. O trabalho teve também como objetivo aferir se as sentenças proferidas eram subjetivas, ou seja, se eram ou não articuladas com base em uma visão do senso comum de quem são os criminosos.

Diante de tudo o que foi estudado ao longo de quase um ano de pesquisa, através da leitura de livros, artigos e jurisprudência, bem como em razão da pesquisa de campo realizada nas Varas de Entorpecentes do Distrito Federal, foi possível observar que há um motivo para a ausência de critérios objetivos para definirem uma quantidade para o indivíduo se enquadrar como usuário ou traficante, qual seja, se assim fosse, talvez tivéssemos uma maior impunidade, visto que os traficantes se enquadrariam no padrão usuário para não irem para a cadeia.

Assim, a lei traz elementos objetivos que devem ser analisados, no caso concreto, para concluir ou não pela traficância, como o local em que o denunciado foi preso, qual tipo de droga portava e sua quantidade, seus antecedentes criminais, etc.

Então, é possível concluir que a subjetividade da norma de drogas não faz, por si só, com que a fundamentação trazida pelas sentenças seja arbitrária. Foi possível identificar que há processos onde o conjunto probatório é mais fértil, por ter filmagens ou interceptação telefônica. Há outros em que só há a prova testemunhal da polícia que efetuou a apreensão do usuário e denunciado, mas corroborada com o confisco de apetrechos utilizados no mercado de droga. Concluí que certamente há fundamentações mais fracas, e que mesmo pela análise probatória ainda fica uma dúvida, o que não permite ao juiz se esquivar do julgamento. Em muitos casos, quando isso acontecia, ou era aplicada a absolvição, face ao princípio do *in dubio pro reo*, ou se dava a desclassificação para o crime de uso de drogas. Em outros poucos casos, mesmo assim se dava a condenação, que a meu ver era reforçada pelo fato de o acusado já ter outros processos, por exemplo.

Através dessa pesquisa, foi possível notar que a prova presente em todas as sentenças analisadas é o testemunho policial, apesar desse dado não me surpreender. Imaginei que ele seria valorado diferentemente, como se tivesse mais importância que os outros meios de prova. O que visualizei é que os agentes policiais, na maioria dos casos, somente relatavam como se deu a apreensão do agente infrator, de modo

que não vislumbrei sua aplicação de modo exclusivo e absoluto, e sim em conjunto com os demais fatos trazidos pelo caso.

Por fim, concluí que nem todas as sentenças que analisei são 100% justas, mas que talvez o magistrado tenha decidido pela condenação por sua experiência em lidar com tais criminosos, ou não. Na maioria dos casos, as fundamentações utilizadas nas sentenças pareceram me convencer por não partir, aparentemente, simplesmente do "achismo" do juiz ou de um possível estereótipo do criminoso, mas sim de toda uma análise do conjunto de provas trazidas caso a caso.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio et al. Legislação penal especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal. 6ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Legislação Especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

COELHO, Walter. Prova indiciária em matéria criminal. Porto Alegre: S.A FABRIS, 1996.

DA SILVA, Cesar Dario Mariano. Provas Ilícitas - Princípio da Proporcionalidade - Interceptação e Gravação Telefônica - Busca e Apreensão - Sigilo e Segredo - Confissão - Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DE AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier. A prova testemunhal no processo penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil estudo criminólogico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE SOUZA, Sergio Ricardo. Manual da prova constitucional. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

EBERHARDT, Marcos. Provas no Processo Penal: Análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; NETO, Quézia Jemima Custódio. Direito no século XXI: Estudos em homenagem ao ministro Edson Vidigal. Florianópolis: Obra Jurídica, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

NUCCI, Guilherme. Manual de Direito Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PLESCH, Natalie Ribeiro . Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais : [poderes de investigação no processo penal, transação penal e suspensão condicional do processo mutatio libelli publicidade e mídia, oralidade]. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. Lei de Drogas: comentários penais e processuais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: uma ainda necessária reflexão. Revista brasileira de ciências criminais, v. 19, n. 88, p. 167-186, jan./fev. 2011.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 394-A DA CLT QUE PERMITE O TRABALHO DE GESTANTES E LACTANTES EM LOCAIS INSALUBRES

Talita Ferreira Guindani

RESUMO

Pesquisar a relevância do direito das mulheres, as dificuldades de conquistá-los e de preservá-los foram um dos objetivos da presente monografia. Entretanto, analisamos especificamente a lei da reforma trabalhista que alterou significativamente o direito das gestantes e lactantes em um processo legislativo vertiginoso. Questiona-se a constitucionalidade do artigo 394-A da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/17, que em um período de pouco mais de um ano, foi modificado três vezes. Contudo, foi necessário o estudo da evolução do Estado com o desenvolvimento e a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Logo em seguida, analisou-se a importância da evolução dos direitos fundamentais das mulheres através das ondas do movimento feminista, que surgiram com o objetivo de igualar os direitos já conquistados pelos homens desde a implantação do modelo de Estado de Direito. A apresentação das três ondas feministas, teve como intuito compreender a importância de lutar para preservar os direitos fundamentais das mulheres. Além disso, foram meticulosamente abordadas as legislações das servidoras públicas federais, estaduais e distritais, a fim de compará-las com o artigo da reforma trabalhista, que flexibilizou um direito fundamental das mulheres. Finalmente, abordou-se a inconstitucionalidade do artigo 394-A da CLT por ferir frontalmente os direitos fundamentais ao meio ambiente do trabalho equilibrado, à igualdade, à proteção a maternidade e a infância, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisará o artigo 394-A, caput, e incisos II e III, da Consolidação das Leis Trabalhista – CLT, introduzido pela Lei 13.467 de 2017 – lei da reforma trabalhista. Esses dispositivos passaram a permitir que mulheres

gestantes trabalhem em locais de grau de insalubridade mínima e média mediante apresentação de atestado médico. Além disso, passaram a permitir que mulheres lactantes trabalhem em locais de qualquer grau de insalubridade (mínimo, médio ou máximo). Assim, busca-se verificar a constitucionalidade desses dispositivos à luz dos princípios e direitos fundamentais das mulheres consagrados na Constituição Federal de 1988.

Destaca-se que, antes da reforma trabalhista, que alterou o antigo artigo 394 – A e incisos, da CLT, que foi introduzido pela Lei 13.287 de 2016, era veementemente proibido o trabalho de gestantes e lactantes em locais insalubres de qualquer grau. Assim, a nova lei passa a permitir o labor dessas mulheres nesses locais prejudiciais à saúde. Indaga-se se os direitos fundamentais previstos na Constituição, como o direito à saúde, proteção à maternidade e à infância, igualdade, entre outros direitos imprescindíveis à vida digna, podem ser diretamente afetados pelo legislador infraconstitucional em um Estado Democrático de Direito como a República Federativa do Brasil.

Os direitos fundamentais tiveram um processo de evolução e foram sendo conquistados gradativamente ao longo do desenvolvimento do Estado e da humanidade. Essas conquistas não foram pacifica e facilmente logradas. Houve incontáveis revoluções ao longo da história através de guerras, lutas, manifestações e mortes. Foi um processo longo e instável, pois os cidadãos procuravam não só garantir esses direitos essenciais ao convívio harmônico na sociedade, mas buscavam preservá-los para, então, ir ao encontro de outras proteções contra arbitrariedades dos possuidores de poder. Com isso, foi-se obtendo os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações.

Além disso, salienta-se que o clássico Estado de Direito observava a supremacia da lei, enquanto no Estado Constitucional preconizava a supremacia da Constituição. Assim, ao se estabelecer a supremacia de uma lei maior, rígida e escrita, todo o ordenamento jurídico deve estar em consonância com a Constituição, sob pena de ser inválido. Então, é imperativo que os direitos fundamentais

estabelecidos na Constituição possuam força normativa e aplicabilidade imediata com objetivo de nortear o legislador na construção da norma infra. Além disso, nesse Estado é essencial o estabelecimento de poderes harmônicos entre si, que possuam instrumentos jurídico-constitucionais para preservar a supremacia da Carta Maior e consequentemente a defesa dos direitos e garantias fundamentais. Observa-se que a evolução do Estado e dos direitos fundamentais foi um avanço progressivo da humanidade.

Ressalta-se que, as mulheres foram imprescindíveis para a conquista dos direitos e garantias fundamentais, contudo, foram percebendo que na prática muitos desses direitos não estavam igualmente sendo reconhecidos e protegidos para elas. Com isso, surgiu a necessidade de criar algumas estratégias com o objetivo de equilibrar as desigualdades sociais que foram surgindo entre homens e mulheres. Assim, foi a partir dessas injustiças que surgiram os movimentos feministas. Esses movimentos buscavam direitos iguais e lutavam contra os privilégios de gênero e os preconceitos que afetavam especificamente as mulheres.

Com isso, seguindo a mesma lógica das gerações dos direitos fundamentas, surgiram as chamadas “ondas” do movimento feminista, que também consolidaram direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações às mulheres. Destaca-se que esses movimentos aconteceram em momento históricos distintos e tinham como objetivo adquirir direitos que eram conferidos aos homens, além das garantias necessárias à especificidade da fisiologia feminina como a licença maternidade. Todavia, séculos se passaram e ainda continua- se na terceira onda do movimento feminista, que batalha incansavelmente por um mundo igualitário e sem discriminação.

Dessarte, ao verificar a reforma trabalhista, que permitiu que mulheres celetistas trabalhassem em ambientes inapropriados enquanto gestantes e lactantes, percebe-se que, todos esses movimentos por direitos e garantias fundamentais obtidos pela humanidade em um longo e árduo processo histórico é extremamente vulnerável e instável no Brasil. A reforma trabalhista foi estabelecida diante de um processo

legislativo célere e pouco debatido entre as classes operárias. Contudo, foi o suficiente para modificar um artigo que buscava proteger diversos direitos fundamentais. Dentre esses direitos, havia o direito do nascituro de se desenvolver com saúde, além do direito da mulher a uma gestação e lactação segura de qualidade. Não obstante isso, criou-se uma desarmonia no ordenamento jurídico brasileiro, pois gestantes e lactantes servidoras públicas poderão resguardar a sua saúde e a de seus filhos, enquanto as celetistas e seus filhos foram arbitrariamente desprotegidos. Nota-se que se criou implicitamente uma hierarquia social entre as mulheres celetistas e as estatutárias, pois uma lei protege e diferencia determinadas classes em detrimento de outras.

Diante disso, a presente monografia está dividida em três capítulos. O primeiro capítulo tem como objetivo o estudo do desenvolvimento do Estado. Assim, será apresentado como os direitos fundamentais foram sendo conquistados e aplicados no caso concreto, bem como os efeitos de sua aplicabilidade através das constituições democráticas e do Estado Constitucional. Além disso, no mesmo capítulo, iremos analisar a história dos movimentos feministas, que surgiram para harmonizar o desiquilíbrio histórico-cultural que foram surgindo quando tais direitos fundamentais estavam privilegiando mais os homens em detrimento das mulheres, como o direito ao voto, por exemplo. Assim será demostrado como as ondas do movimento feminista influenciaram na busca da igualdade de gênero.

Já no segundo capítulo, observar-se-á o contexto histórico da reforma trabalhista referente ao artigo 394-A, para introduzir a problemática do tema. Em seguida, será apresentado os direitos consagrados constitucionalmente às mulheres nas relações de trabalho, além de analisar o direito da gestante e lactantes ao trabalho em locais insalubres. Com isso, será efetuado um aprofundamento na pesquisa dogmática através das leis que regem as relações laborais entre gestantes e lactantes estatutárias federais, estaduais e distritais do Brasil, com o objetivo de comparar essas legislações com a CLT.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão averiguados os direitos e os princípios fundamentais que foram diretamente afetados pelo artigo 394-A, caput, incisos II e III, da lei da "reforma trabalhista", como o direito ao meio ambiente do trabalho saudável, à igualdade, à proteção da maternidade e da infância, à saúde e o direito à dignidade da pessoa humana. Explicitar-se-á fundamentadamente, em seguida, o porquê ficou constatada a ofensa direita a esses direitos fundamentais e a sua inconstitucionalidade, sob o prisma do Estado Constitucional de Direito.

O objetivo desse estudo é demonstrar a problemática real desse tipo de labor, que foi legalmente estabelecido no Brasil, país constitucional e democrático de direito, porquanto prolifera anomalias jurídicas e discriminações arbitrárias às mulheres brasileiras. Ante o exposto, buscar-se-á como marco teórico os professores constitucionalistas José Afonso da Silva e Christine Oliveira Peter da Silva, a fim de buscar apoio ao embasamento teórico do desenvolvimento do Estado e dos direitos fundamentais da pessoa humana, além da professora universitária justrabalhista Lea Elisa Silingowschi Calil, que é especialista no estudo do direito do trabalho da mulher, se preocupa com a história e se dedica à efetivação desse direito.

Por conseguinte, enfatiza-se que as conquistas pelos direitos fundamentais das mulheres foram árduas, levaram séculos de lutas para serem adquiridos e finalmente estão consagrados na nossa Constituição Federal de 1988. Buscar-se-á a reflexão sobre a flexibilização desses direitos essenciais através de uma norma infraconstitucional, que foi pouco debatida no Congresso Nacional e que se fundamenta em interesses puramente econômicos, como veremos ao longo desta monografia. Com isso, indaga-se se os direitos constitucionais que afetam não só às gestantes e às lactantes, mas à família brasileira, merecem ser eliminados arbitrariamente em um Estado que estabelece a supremacia da Constituição? Para responder a esta indagação é que convido todas e todos à leitura do presente trabalho.

2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E O FEMINISMO

2.1 Dimensões (Gerações) de Direitos Fundamentais

As dimensões ou gerações dos direitos fundamentais são frutos de incansáveis lutas e conquistas do ser humano ao decorrer da história. Eles foram gradativamente sendo garantidos e consagrados nas constituições dos Estados. Esses direitos possibilitam a convivência harmônica da sociedade em um Estado Constitucional, pois eles prescrevem obrigações de não fazer e de fazer (prestações negativas e positivas) pelo Estado, ou seja, protege o cidadão contra o uso abusivo do poder e norteia a atuação de prestação positiva a fim de promover o bem estar da sociedade. Além disso, há uma maior preocupação com os direitos que se destinam a coletividade como um todo, são direitos difusos que ultrapassam a esfera do indivíduo para se preocupar com a interação dele com outros indivíduos e com ambiente em que vivem.[1]

Assim, de acordo com Fernandes: "Nesse sentido, o conteúdo da constituição material depende das matérias constitutivas do Estado em cada momento e dos direitos e garantias fundamentais, que se contextualizam paradigmaticamente a cada época."[2] Para o autor, há quatro gerações ou dimensões de direitos e garantias fundamentais. Para ele, o direito de primeira geração são "os direitos individuais desenvolvidos, sobretudo formalmente no século XVIII (trata-se em linhas gerais da liberdade, igualdade e propriedade)."[3] Esses direitos exige uma prestação negativa do Estado, ou seja, impede o exercício arbitrário contra a esfera individual do ser humano, que é livre e igual em direitos e obrigações.[4]

Já para o autor, os direitos de segunda geração, que teve seu desenvolvimento primordialmente no século XX, "Trata-se dos direitos à saúde, trabalho, educação, lazer, previdenciários, entre outros. São tradicionalmente intitulados de direitos

[1] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. p. 109-110.
[2] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 55.
[3] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 55.
[4] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 56.

sociais, culturais e econômicos."[5] Com isso, verifica-se que a segunda geração é composta por direitos positivos, ou seja, que exigem uma prestação efetiva do Estado para garantir o bem estar social. Diante disso, não basta apenas deixar o ser humano livre e protegido, é necessário intervir positivamente a fim de promover políticas públicas com o objetivo de efetivar o bem estar social, como a oferta de serviços públicos de saúde, transporte e educação.[6]

Já os direitos de terceira geração para Fernandes "são direitos coletivos, difusos e transindividuais, sobretudo do fim do século XX. Trata-se, por exemplo: dos direitos ambientais, ao desenvolvimento, à comunicação e etc."[7]. Agora, passa-se a pensar não só no indivíduo mas também na coletividade. Por exemplo, há uma maior preocupação da sociedade com o meio ambiente em que interagem, com a sustentabilidade. Porquanto um ambiente ecologicamente equilibrado habilita o ser humano a usufruir dele no presente e também conservá-lo para as futuras gerações. Promovendo o desenvolvimento sustentável.[8]

Conquanto não seja pacífico, o autor diz haver uma quarta geração de direitos fundamentais e assim indaga: "Embora não haja consenso sobre o tema, seriam do final do século XX e início do século XXI. Trata-se, para alguns, de direitos que envolvem globalização política frente a uma globalização (excludente) econômica – luta global contra a pobreza e a exclusão."[9] Por conseguinte, a quarta geração seria por exemplo o direito à democracia e ao pluralismo, outros constitucionalistas defendem que nessa dimensão "estaria a referir-se aos intitulados "novos direitos",

[5] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 56.

[6] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 56.

[7] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 56.

[8] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. p. 110.

[9] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 56.

fruto das novas tecnologias do final do século passado e início do século XXI (clonagem, patrimônio genético, pesquisas com células tronco, informática e etc).[10]

Os direitos fundamentais foram divididos em gerações ou dimensões a fim de estabelecer um critério didático de camadas de direitos fundamentais, que vai do direito mais intrínseco do indivíduo para se estender a toda coletividade e ao ambiente externo em que vive. As gerações não significam que os direitos de primeira foram conquistados primeiro e os direitos de segunda foram conquistados em segundo, por exemplo. Significa que eles foram sendo reconhecidos e estabelecidos conjunta e gradativamente, porém em uma escala de concentração que vai do indivíduo até a coletividade e suas relações, de um direito mais concreto para um mais abstrato e transindividual.[11]

Nesse contexto, surgiram as características dos direitos fundamentais. São elas: a relatividade, pois os direitos fundamentais não são absolutos; a complementariedade, eles não existem isoladamente, porquanto eles se complementam; a indisponibilidade, eles não podem ser objetos de negociação; a imprescritibilidade, não prescrevem ao decorrer do tempo; a universalidade, porque todas as pessoas devem possuir um conjunto mínimo de direitos; a irrenunciabilidade, o indivíduo não pode abdicar totalmente do seu direito fundamental, ao ponto de perde-lo completamente; a historicidade, pois estão sendo gradativamente estruturados ao decorrer da história, possuindo uma construção dinâmica e evolutiva; e por fim, a aplicabilidade imediata, que está expresso na Constituição no artigo 5º, parágrafo 1º e significa que os direitos fundamentais necessitam ser concretizados.[12]

2.2 Estado de Direitos Fundamentais e a Ressignificação do Estado de Direito

[10] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 56.
[11] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9° ed. Bahia: JusPodivm, 2017. p. 56.
[12] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. p. 106-109.

O Estado de direitos fundamentais ao contrário do Estado de direito, enfatiza e prolifera os direitos fundamentais em todas as direções dentro da sociedade. Não fica restrito aos dogmas da lei e nem a um órgão específico, pressupõe a efetividade desses direitos em todos os campos, teóricos, jurídicos, filosóficos e políticos. Por conseguinte, erradia todos os fundamentos constitucionais nas instituições, públicas e privadas. O Estado de direitos fundamentais é mais amplo no sentido de profetizar os direitos fundamentais na sociedade a fim de enfrentar com maior eficácia quaisquer infortúnios jurídicos que ocorrem na comunidade.[13]

Entretanto, esse modelo não é perfeito, pois apresenta algumas distorções. Além disso, é um fenômeno atualizado dos ideais do clássico Estado de direito, surgiu diante da necessidade de atualizar a aplicação do direito diante da crescente complexidade da sociedade contemporânea. Não se limitou a restringir aos dogmas das leis, pois com ele os princípios e os direitos fundamentais consagrados na Carta Maior possuem força normativa e eficácia irradiante, a fim de resolver controvérsias jurídicas com o objetivo de garantir os direitos individuas a fim de preservar o interesse comum de todos. Christine Peter citando Häberle, não distingue o Estado de direitos Fundamentais do Estado Constitucional. Afirma que são conceitos que descrevem o mesmo instituto.[14]

Além disso, preceitua que o Estado de direitos fundamentais, ou seja, o Estado Constitucional, tem algumas características em comum com o antigo Estado de direito, pois ambos apresentam a preocupação com a supremacia do direito, separação de poderes com sistema de freios e contrapesos e a preocupação precípua com as garantias fundamentais.[15] Insta observar que o estado de direito e o estado

[13] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[14] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[15] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

constitucional de direito surgiram em épocas distintas e o último é a "evolução" do primeiro.

Com isso, verifica-se que são modelos de Estados que se complementam, porém, apesar disso, cada um possui suas próprias características. Por conseguinte, Christine Peter propôs uma análise aprofundada com objetivo de esclarecer essas características. Com isso, mostrou-se imprescindível analisar o constitucionalismo atual a partir de três análises. A análise ideológica da supremacia da lei para a supremacia da constituição, da autonomia e separação dos poderes para a ideia de interdependência entre eles, bem como a análise dos direitos fundamentais subjetivos para uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.[16]

A primeira premissa consistiu em analisar a supremacia da lei, característica do Estado de direito, com a supremacia da constituição, carta maior de um Estado Constitucional. Com a globalização e a diversidade social, surgiu uma pluralidade normativa no sistema jurídico, pois há inúmeros acordos internacionais, normas supralegais, infralegais. Ademais, há também normas que possuem efeitos em um caso concreto - as normas interpartes, como acordos sindicais e regulamento empresariais, que são criadas especificamente para reger um grupo de pessoas predeterminado. Assim se verifica um sistema jurídico inchado e complexo. Consequentemente, para obter uma congruência entre esses diversos dispositivos legais e manter a preservação da soberania do Estado Constitucional, foi necessário estabelecer uma norma suprema, a Constituição de um Estado, na qual todas as normas deverão se alinhar e se submeter a ela. Com isso, é possível harmonizar o ordenamento jurídico interno e estabelecer a concretização não só das leis mas também dos direitos fundamentais. [17]

[16] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[17] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

Quando se tem um Estado Constitucional, a carta maior tem de ser respeitada, e a leis precisam observar a supremacia da constituição. Diante das imprecisões e conflitos entre as normas jurídicas, o poder judiciário se apresenta como uma instituição eficiente para resolve-los. Pois é necessário que esse poder efetive a integração das normas e o preenchimento de lacunas das leis. Assim, é essencial que se busque em uma norma hierarquicamente superior, os fundamentos aptos a resolver os conflitos jurídicos a fim de submete-los à luz dos direitos fundamentais. Todavia, o poder judiciário não pode inovar arbitrariamente e exceder o seu poder adentrando nas esferas de atribuições do legislativo sob pena de usurpação da competência e consequente desarmonia entre os poderes da república. Destarte, se as leis produzidas pelo poder legislativo apresentem lacunas, ambiguidades ou incertezas, o judiciário tem o dever de solucionar esses problemas a partir dos preceitos e princípios constitucionais. Porém, com o devido cuidado de não inovar no ordenamento pátrio.[18]

Com isso, no Estado Constitucional, em que há a supremacia da constituição, o judiciário não se limita ao conflito de direito. O conflito da aplicação da norma ganha um viés mais amplo e enigmático, pois tem de obedecer não só as leis estaticamente estruturadas pelo poder legislativo, mas sim um todo arcabouço multidisciplinar. O juiz constitucional tem de interpretar a norma com responsabilidade pessoal, moral, jurídica e política para difundir os direitos fundamentais, que foram historicamente reconhecidos, a todos os cidadãos. Porém, sem usurpar da competência do legislativo, auxiliando-o a dar dinamicidade às normas estáticas.[19]

A segunda premissa, com intuito de diferenciar o Estado Constitucional do Estado de Direito, desenvolveu a ideia de ao invés de usar o termo “separação de

[18] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[19] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

funções do poder", seria mais apropriado o termo "interdependência entre as funções de poder". Pois conforme a professora Christine Peter, no Estado Constitucional, os poderes, ao realizarem suas funções típicas, exercem de forma atípica as funções dos outros poderes, legislativo, executivo e judiciário. Desta maneira, há uma dinâmica eficiente e eficaz entre eles nas realizações de seus misteres, pois apesar de haver tensões entre os poderes, eles procuram resolvê-las, exercendo cada um deles sua competência típica e atípica sempre dentro do limite constitucional. Além disso, se caso haver o uso abusivo da função típica ou atípica, a própria constituição preceitua instrumentos jurídicos capaz de controlar e harmonizar o equilíbrio entre eles.

Diante disso, surge um sistema de relações recíprocas entre eles que torna efetivo o uso de seu poder institucional. Com essa interdependência entre as funções do poder, haverá maior probabilidade de uma possível materialização dos direitos fundamentais na sociedade, pois os sistemas estão alinhados para exercer sua função constitucionalmente prevista. [20] Assim, a professora Christine Peter enfatiza:

> [...] no Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora.".[21]

Por conseguinte, apesar de a Constituição Federal preceituar em seu art. 2º que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."[22] Essa harmonia não significa e nem se limita a ausência de conflito entre os poderes. Pois a interdependência entre eles pressupõe inevitáveis choques de interesses, que, alinhado ao princípio democrático, objetiva a realização do bem comum. Para que isso ocorra, é necessário que a sociedade em geral seja

[20] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[21] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[22] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 abr. 2017.

proativa no sentindo de reivindicar, fiscalizar e denunciar eventuais práticas ilegais dos exercícios das funções desses poderes. Destarte, havendo cidadãos atentos e os três poderes cooperando entre si, maior a probabilidade de uma possível efetivação dos direitos fundamentais de um Estado Constitucional.[23]

A terceira e última premissa da professora Christine Peter, foi o confronto entre a dogmática jurídico-subjetiva com a dogmática jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Assim, foi subtraído suas características essenciais a fim de estabelecer a diferença entre o Estado de direito e o Estado Constitucional. Os conflitos na sociedade contemporânea, cada vez maior e mais complexos, exigem um método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais que extrapola a esfera intersubjetiva. Característica apontada como da dogmática dos direitos fundamentais individuais e que não é apto a solucionar os problemas da sociedade atual. Mostra-se necessário a aplicação da dogmática dos direitos fundamentais objetivos, que evidencia não só a aplicação dos direitos individuais clássicos, mas também o reconhecimento desses direitos na esfera das entidades responsáveis pela aplicação objetiva- jurídica que transcende todo o corpo social.[24]

A normatividade dos direitos fundamentais devem produzir efeitos jurídicos concretos e representar efetividade na sociedade. Por isso, a visão objetiva desses direitos fundamentais reconhece a força jurídica e a autonomia da norma constitucional apta a produzir todos os seus efeitos, especialmente a partir de políticas públicas. Os direitos fundamentais objetivos, por possuírem força normativa autônoma, dão embasamento para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais de acordo com os direitos fundamentais. Não obstante isso, eles possuem outras características: possuem eficácia irradiante, ou seja, eficácia que adentra todas as relações verticais, horizontais e dirigentes. Assim, essa eficácia se

[23] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[24] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

propaga na esfera pública, privada e nas instituições estatais responsáveis por materializar e realizar o seu conteúdo basilar.[25] Esse último desdobramento quanto à eficácia irradiante, dirigente e horizontal, permite que o poder público aja com objetivo de proteger os direitos fundamentais diante de toda a coletividade, particulares, seus próprios órgãos estatais, e precipuamente contra ameaças advindas de outros estados estrangeiros. O efeito dirigente descentraliza as obrigações e impõe deveres a todas as camadas da sociedade, inclusive aos poderes legislativo, executivo e judiciário. Todos são responsáveis pela sua efetiva concretização, não incumbindo apenas ao poder judiciário efetivá-los, sob pena de ativismo judicial e usurpação de poder. Assim, todos são igualmente responsáveis pela guarda dos direitos fundamentais.[26]

Destarte, verifica-se que o Estado Constitucional é um modelo de Estado mais amplo que o Estado de direito, porém esses modelos não são antagônicos, eles se complementam. O Estado de direito clássico serviu como uma premissa inicial para a construção do Estado de direitos fundamentais (Estado Constitucional). O estado clássico se embasava na supremacia das leis enquanto o Estado Constitucional tem sua essência na supremacia da Constituição e pressupõe que as normas infralegais estão de acordo com a norma suprema. Não obstante isso, tanto o estado de direito como o constitucional buscam o interesse público, a fim de concretizar o que está codificado nas leis e preceituado na Carta Magna com objetivo de obter um convívio harmônico e pacífico da sociedade. Em vista disso, a professora Christine Peter indaga que: “Se a Constituição e o Estado de direito não se conformaram para

[25] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[26] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

atender às demandas sociais dos sujeitos-cidadãos, qual seria a sua verdadeira finalidade?".[27]

Assim sendo, fica claro que o estado de direito e o estado de direitos fundamentais apresentam suas singularidades, entretanto, eles surgiram diante de batalhas contra as arbitrariedades consumadas pelos homens no poder, os soberanos. Com a evolução da sociedade, foi necessário criar mecanismos mais complexos para regular o convívio social e garantir os direitos fundamentais. O Estado Constitucional é um desdobramento do clássico Estado de Direito. Nele pressupõe o respeito à Constituição, lei suprema do estado, instrumentos que garantem a sua concretização na sociedade como um todo. Sem excluir ou privilegiar um cidadão em detrimento de outro. Além disso, é fundamental que sua força irradiante transcenda a sociedade como um todo, adentre nas relações sociais privadas, nos poderes institucionais e nos órgãos estatais. Todos precisam reconhecer sua força normativa autônoma e garantir a efetividade de seus preceitos.[28]

O estado de direitos fundamentais foi surgindo ao longo da história, devido a movimentos e mobilizações sociais pela busca de direitos negativos à liberdade, que é característica essencial das constituições do clássico estado de direito. Em seguida foram surgindo além de mais direitos negativos, os direitos positivos à igualdade e também transcendentais fraternos e transindividuais. Porém, essa evolução não ocorreu por etapas, foi sendo construída gradativa e dinamicamente ao longo das revoluções. Os direitos fundamentais foram surgindo, se escalonando, e se tornando interdependentes. O estado constitucional pressupõe o reconhecimento de todos esses direitos supremos como um todo e que irradia a todos. Porém, não basta somente reconhece-los, é necessário reproduzi-los e concretizá-los em todas as esferas (pública e privada). Destaca-se que é imprescindível fiscalizar a sua

[27] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 20 mar. 2018.

[28] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

aplicabilidade, lutar pela sua manutenção e ir ao encontro de mais conquistas por direitos fundamentais, à medida que a sociedade vai se evoluindo.[29]

2.3 Estado Constitucional e o Neoconstitucionalismo

No Estado Constitucional de Direito, pressupõe que não só a lei é suficiente para sanar todos os conflitos jurídicos. A Constituição Federal passa a representar um papel central de todo o ordenamento jurídico. Passa a ser a carta superior e o fundamento de validade de todas as normas, embasando, assim, o sistema jurídico de um Estado como um todo. Nesse Estado, há a noção do controle de constitucionalidade das leis, porquanto nele o poder judiciário não só intervém, quando provocado, nos conflitos intersubjetivos, mas também possui decisões com eficácia erga omnes (atingindo toda a sociedade abstratamente).[30]

No Estado Constitucional em que a Magna Carta é suprema, é necessário prescrever e garantir nela direitos essenciais do ser humano, como os direitos fundamentais da pessoa humana e da sociedade. Nesse Estado há também a preocupação com a organização político-administrativa do país, além de prever a separação dos três poderes (legislativos, executivos e judiciário). Destaca-se que a Constituição surgiu pela necessidade de controlar e limitar o poder supremo do soberano a fim de resguardar as liberdades das pessoas que vivem em um território governado. Com isso, pressupõe-se maior segurança jurídica contra as arbitrariedades estatais aos direitos e garantias dos indivíduos.[31]

Com o desenvolvimento da humanidade e a aprendizagem dos efeitos desumanos que uma guerra poderia causar, tanto para o indivíduo como para a sociedade, fez- se o reconhecimento da importância da dignidade da pessoa humana.

---

[29] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

[30] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

[31] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

Esse princípio, foi o núcleo basilar do Neoconstitucionalismo. Ademais, foram surgindo outros meios efetivos de controle do uso do poder na Carta Maior. Pois, esse instrumento jurídico passou a ter uma força normativa. Os direitos fundamentais nela previstos passaram a ter auto aplicabilidade imediata.

Além disso, nenhum dos poderes da república se sobrepõem sobre o outro. Não há que se falar no Estado Legislativo, no qual há supremacia do poder legislativo sobre o poder judiciário, nem mesmo o poder judiciário sobre o poder executivo. Há um equilíbrio entre esses poderes, cada um exercendo sua competência de forma harmônica. Porém, se um poder exorbitar de sua competência, a própria Carta republicana estabelece instrumentos de controle contra o uso abusivo. A Constituição é que exerce essa supremacia, preconizando a harmonia entre os poderes da república, além de normatizar que todo o poder emana do povo que é exercido por intermédio de seus representantes democraticamente eleitos. Essas características dão ensejo ao Neoconstitucionalismo.[32]

2.4 A Evolução dos Direitos Fundamentais das Mulheres e as Ondas do Movimento Feminista

Diante da evolução progressiva do Estado, que passou a prescrever a supremacia dos direitos fundamentas, que foram didaticamente divididos em dimensões/gerações, insta indagar se esse progresso jurídico beneficia todas as pessoas de maneira igual ou se injustamente atinge apenas parte delas. Destaca-se que o uso do termo dimensões dos direitos fundamentais significa um termo genérico e abstrato que se abstrai da ideia de direitos conferidos à humanidade em geral. Todavia, logo em seguida, surgiu um outro termo mais específico e concreto, que se referiu aos movimentos que buscavam efetivar os direitos fundamentais das mulheres. As chamadas ondas do movimento feminista. Diante disso, observa-se que os dois conceitos se aproximam, pois ambos se referem a direitos fundamentais conquistados através de lutas de cidadãos ao longo da história.

[32] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 65.

Assim, o termo “ondas do feminismo” é utilizado para estabelecer o critério temporal das lutas e conquistas das mulheres por mais direitos, a fim de se estabelecer a igualdade perante os homens. Esse conceito é amplamente conhecido na comunidade feminista mundial. Foi criado pela a escritora Martha Weinman Lear, no ano de 1968, quando escreveu um artigo chamado “A Segunda Onda do Feminismo”, no jornal americano “The New York Times Magazine”. A primeira onda iniciou no século XIX e foi até o século XX. Por conseguinte, foram surgindo outros movimentos feministas que foram denominados de segunda e terceira onda. Esses conceitos foram didaticamente estabelecidos para se referirem a momentos históricos distintos, mas gradualmente estabelecidos a partir dos movimentos feministas que buscavam conquistar direitos iguais.[33]

2.4.1 A Primeira Onda do Movimento Feminista

A primeira onda do feminismo surgiu em meados do século XIX e início do século XX, há quase dois séculos atrás. Foi o marco inicial das grandes conquistas dos direitos das mulheres em busca de direitos iguais aos homens. Nessa época, as mulheres buscavam o reconhecimento e a normatização do direito individual de primeira dimensão, ou seja, os direitos civil e político.[34]Assim para Bahia:

> [...] hoje o termo mais aceito seria o que traz a ideia de "dimensões". Tradicionalmente as dimensões se dividem em 1º liberdades públicas, civis e políticas; [...] Os direitos defendidos nessa dimensão cuidam da proteção das liberdades públicas e dos direitos políticos. [...] Seriam exemplos desses direitos: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, ao devido processo legal. [35]

[33] DANIEL, Clítia. *Feminismo segundo a perspectiva marxista*, 2016. Disponível em:http://liberdadeeluta.org/node/133. Acesso em: 21 de mar. 2018.
[34] MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as-sufragistas-e-a-primeira-onda-do- feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.
[35] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. P. 107-108.

Direitos que já eram garantidos aos homens dessa época. O direito a igualdade de direitos políticos e jurídicos entre homens e mulheres foi embasado a partir de lutas das mulheres para adquirirem, principalmente, o direito à cidadania. Assim, a luta das sufragistas (suffragettes)[36] [37]foi primordial para a conquista do direito individual ao voto das mulheres.[38]

Esse período foi marcado pela revolução industrial nos países europeus, principalmente na Inglaterra. Foi a época em que as mulheres, saíram dos ambientes domésticos e começaram a exercer trabalhos remunerados nas fábricas. Começaram a se tornar força de trabalho, e com isso, passaram a gerar as suas próprias rendas. Assim, foram gradativamente sendo emancipadas financeiramente dos homens, pois não mais dependiam completamente da renda deles para sobreviver. Todavia, infelizmente, elas estavam sendo injustamente remuneradas pelos seus trabalhos, pois além de exercerem os mesmos labores que os homens, recebiam salários substancialmente inferiores aos deles. Então, além de receberem menos pelos seus trabalhos, ainda não tinham direitos políticos ou representatividade no parlamento.[39]

Com isso, a luta feminista da primeira onda não foi somente protagonizada por mulheres burguesas da época, pesar de serem uma das principais forças do movimento liberal. Foi fundamental para o movimento, as lutas das mulheres pobres, trabalhadoras, operárias de chão de fábrica pela igualdade de direitos. Esse grupo de mulheres trabalhadoras se reuniram para formarem o grupo das sufragistas

[36] Os movimentos sufragistas surgem em momento posterior à Revolução Industrial. A mudança brusca das relações sociais e a introdução do trabalho feminino nas fábricas despertou em muitas mulheres a vontade de opinar nas decisões políticas e na escolha dos seus governantes. Diante da negação desses direitos, e com a influência dos ideais liberais predominantes na época, mulheres de diversos países do mundo ocidental passaram a se organizar na reivindicação pela participação política feminina.

[37] NÓBREGA, Mariana. Pandora Livre: *Quem foram as suffragettes?*, 2015. Disponível em: http://pandoralivre.com.br/2015/12/25/quem-foram-as-suffragettes/. Acesso em: abr. 2018.

[38] MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as-sufragistas-e-a-primeira-onda-do- feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.

[39] MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as-sufragistas-e-a-primeira-onda-do- feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.

que não eram compostas por mulheres de classe média alta, mas sim por mulheres trabalhadoras das indústrias, as operárias.[40]

Na época, havia significativo número de mulheres interessadas pelo movimento, trabalhadoras dos centros industriais, intelectuais e burguesas. Elas se reuniram e criaram uma classe única com objetivos comuns. Muitas estavam sendo submetidas a rigorosas jornadas extensivas de trabalho, submetidas a condições insalubres e recebiam salários piores que os homens. Tudo isso porque as mulheres eram consideradas uma classe inferior, uma propriedade. Por isso, foram submetidas a nítidas discriminações no ambiente laboral. Além disso, elas não possuíam as mesmas oportunidades de especialização profissional que os homens. O que trazia uma profunda desproporcionalidade de capacitação entre os gêneros. Diante desse contexto injusto, elas começaram a sair nas ruas para se manifestar, não por melhores direitos, mas sim por igualdade de direitos. Uma das principais reivindicações foi o direito a melhores condições no ambiente de trabalho, também lutavam por saúde pública, representatividade parlamentar e direito ao voto.[41]

Não obstante estarem em uma posição social inferior e ainda terem que trabalhar em ambientes piores que os homens, elas eram vítimas de constantes perseguições, violência física e moral no trabalho. Além do labor degradante na crescente indústria capitalista da época, elas tinham outra jornada ao chegar em casa com afazeres domésticos. Destarte, além de serem submetidas a dupla jornada de trabalho, eram submissas aos seus maridos.[42]

[40] MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as-sufragistas-e-a-primeira-onda-do- feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.

[41] MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as-sufragistas-e-a-primeira-onda-do- feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.

[42] MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as-sufragistas-e-a-primeira-onda-do- feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.

Embora as mulheres reivindicassem melhores condições de labor, elas almejavam também o direito de votar.[43] Esse foi o marco inicial das manifestações feministas da primeira onda. Seu percursor primordial foi o movimento das sufragistas no século XIX. Tinha como objetivo a luta para obter o direito à cidadania para dar início a concretização da igualdade de gênero. As mulheres burguesas e as mulheres de classe média operárias se uniram com a pretensão de conquistá-lo. As primeiras almejavam o reconhecimento social de sua classe, através do direito de serem reconhecidas como proprietárias de seu próprio legado, as segundas almejavam uma condição de labor apropriado para exercer seus ofícios em igualdade de condições com os demais trabalhadores. Porém, todas elas tinham em comum o desejo de se tornarem cidadãs através do exercício do direito ao voto e, consequentemente, o poder de influenciar nas decisões política de seu país. Isso só foi concedido às mulheres britânicas em 1928.[44]

No Brasil, as mulheres lutavam contra o patriarquismo, machismo e o conservadorismo político. Assim, só no governo do presidente Getúlio Vargas, no ano de 1933, é que todas as brasileiras conquistaram seu direito ao exercício da cidadania. Elas passaram a exercer o seu direito fundamental ao sufrágio. Com essa conquista, puderam iniciar seu envolvimento na vida política brasileira com o objetivo de promover a busca por outros direitos e garantias fundamentais a fim de adquirirem os mesmos direitos conferidos aos homens.[45]

2.4.2 A Segunda Onda do Movimento Feminista

Com o advento da primeira onda feminista entre os séculos XIX e XX, as mulheres conquistaram o direito ao voto, os direitos relacionados a propriedade

[43] ALVES, Branca Moreira; PINTANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Abril Cultura Brasiliense, 1982. P. 42.

44 MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as-sufragistas-e-a-primeira-onda-do- feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.

45 MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as-sufragistas-e-a-primeira-onda-do- feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.

privada e conseguiram condições mais justas no ambiente de trabalho, porém, ainda continuavam recebendo menos que os homens. Constatou-se que essas conquistas ainda não eram suficientes, pois havia ainda muitos direitos a ser consolidados para garantir a sonhada igualdade de gênero. Com isso, surgiu em 1960, a segunda onda feminista, que buscava além da igualdade de gênero, a liberdade da não discriminação. Porém, esse momento da história era conturbado por guerras (guerra do Vietnã), militarismo e ditadura. O Brasil passava pela ditadura militar de Getúlio Vargas.[46]

Não obstante isso, houve alguns movimentos feministas que buscavam a liberdade sexual. Na época surgiu o anticoncepcional feminino. Porém, notou-se que ele era prejudicial à mulher. Além disso, em 1963, houve a publicação do livro (A Mística Feminista) da francesa Betty Friedan, que descrevia a realidade da vida das mulheres que eram "donas de casa". O livro contrariou a imagem utópica da dona de casa feliz que as propagandas de televisão apresentavam na época. A mídia divulgava como se as vidas delas fossem maravilhosas, exibia imagens de mulheres felizes e sorridentes, vestidas com avental e cuidando de seus filhos e maridos. Contudo, esse livro da escritora francesa contava a realidade dessas mulheres, e a partir dos depoimentos pessoais das verdadeiras donas de casa, constatou-se que elas não eram felizes com suas vidas como "dona de casa", pois o trabalho árduo não era valorizado e ainda tinham que ser subordinada aos seus maridos. Esse senso comum de infelicidade despertou o interesse de outras mulheres ao redor do mundo a ir ao encontro de uma vida melhor através da busca por direitos iguais.[47]

Através dos movimentos feministas, as francesas, em 1965, conseguiram ampliar seu direito social ao trabalho, pois não mais precisavam da permissão de

[46] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Segunda onda feminista*: desigualdade, discriminação e política das mulheres, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/segunda-onda-feminista- desigualdades-culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/. Acesso em: 11 de mar. 2018.

[47] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Segunda onda feminista*: desigualdade, discriminação e política das mulheres, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/segunda-onda-feminista- desigualdades-culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/. Acesso em: 11 de mar. 2018.

seus maridos para laborar. E, quatro anos depois, surgiu, nos Estados Unidos, o que foi considerado o slogan da segunda onda do movimento feminista, que dizia: “o pessoal é político”. Além disso, houve a luta contra o estupro conjugal e a passeata das mulheres no concurso do “Miss American” que acarretou a queima dos sutiãns em 1968. Esse movimento foi mundialmente conhecido como “Movimento de Libertação das Mulheres”. Logo em seguida, a ONU declarou o ano de 1975 como o ano internacional da mulher. Assim, 10 anos depois, no ano de 1985, foi reconhecido esses anos como a década das mulheres.[48]

No Brasil, ainda no decurso do movimento da segunda onda, no ano de 1979, houve a aprovação da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e seu Protocolo Facultativo e a promulgação do decreto nº 4.377, de 2002 que permitiu que a Convenção tivesse validade no plano interno brasileiro.[49] Esse instrumento jurídico prevê, o dever de abstenção e o dever de ação do Estado brasileiro. Assim, já no seu artigo primeiro, há a proibição de descriminação contra a mulher, o direito da igualdade (primeira dimensão) e o direito à liberdade (segunda dimensão).[50] Assim, preceitua:

> Artigo 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.[51]

[48] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Segunda onda feminista*: desigualdade, discriminação e política das mulheres, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/segunda-onda-feminista- desigualdades-culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/. Acesso em: 11 de mar. 2018.

[49] RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 186.

[50] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 129.

[51] [51] BRASIL. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Decreto nº 4.377, de 13 de Setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

Além de consagrar esses direitos às mulheres, o texto da Convenção preceitua várias ações afirmativas a serem concretizados pelos Estados membros signatários da Convenção. O artigo 3º é um exemplo de ações afirmativas que os Estados terão que efetivar a fim de promover os direitos de segunda geração às mulheres, dentre eles estão os direitos sociais, econômicos e culturais.[52] Por conseguinte, conclui-se que a segunda onda envolveu aspectos mais amplos que a primeira onda. Pois, além de promover e lutar pela igualdade e a não discriminação de gênero, foi acrescido a luta pela liberdade de ser mulher, liberdade sexual, ampliação de direitos no trabalho, dentre outros. Assim, as mulheres deram mais um passo para atingirem a tão sonhada igualdade de gênero. Como diz Consolim: "Como resultado da luta desta época, o antigo modelo de mulher entrou em crise e um novo perfil começou a se esboçar.".[53]

2.4.3 A Terceira Onda do Movimento Feminista

A terceira e última onda do feminismo está em pleno vigor nos dias atuais. Como vimos, a segunda onda ocorreu entre os anos 60 (sessenta) e 70 (setenta), durou por um período mais curto que a primeira, que permaneceu por aproximadamente um século. Já a terceira onda iniciou nos anos 80 (oitenta) e ainda prevalece na atualidade. O movimento contemporâneo busca a concretização dos direitos formalmente consolidados (igualdade e liberdade), mas também busca direitos que abrangem a sociedade como um todo. A terceira onda retira do seu foco central a esfera individual para enfatizar toda a coletividade. Busca-se os direitos

[52] BRASIL. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Decreto nº 4.377, de 13 de Setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

[53] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Segunda onda feminista*: desigualdade, discriminação e política das mulheres, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/segunda-onda-feminista- desigualdades-culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/. Acesso em: 11 de mar. 2018.

transindividuais, ou seja, direitos difusos que atingem as mulheres como um todo coletivo, no ambiente em que vivem, tanto na esfera pública como na privada.[54]

Um dos marcos essenciais da terceira onda no Brasil foi a adoção da, assim conhecida, "Convenção de Belém do Pará", que foi internalizada no âmbito interno com a promulgação do decreto nº 1.973 de 1996. O decreto preceitua: "Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.".[55] Esse instrumento interamericano objetivou a conscientização dos brasileiros para prevenir a violência contra as mulheres.[56]

Em seu artigo 1º, a Convenção conceitua o que vem a ser violência contra a mulher e diz: "Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.". Foi um importante passo para se discutir a violência de gênero no Brasil. Pois, não é suficiente ter o direito à vida, ao sufrágio, ao trabalho e ao próprio corpo, é necessário ter uma vida pacífica, sem medo de ser mulher e de ser violentada por isso. Já o artigo 3º dessa Convenção preceitua que: "Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada."[57]

Embora essa convenção traga requisitos essenciais de proteção às mulheres, infelizmente, na prática não estava sendo concretizada. Contudo, aproximadamente

[54] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Segunda onda feminista*: desigualdade, discriminação e política das mulheres, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2_017/09/14/segunda-onda-feminista- desigualdades-culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/. Acesso em: 11 de mar. 2018.

[55] BRASIL. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Decreto nº 1.973, de 1º de Agosto de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19 96/d1973.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

[56] CONSOLIM, Veronica Homsi. Terceira onda feminista: O que pede a terceira onda feminista?, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/. Acesso em: 12 de mar. 2018.

[57] BRASIL. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Decreto nº 1.973, de 1º de Agosto de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d_1973.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

dez anos depois, uma senhora chamada Maria da Penha Maia Fernandes deu ensejo à criação da lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha[58]. A lei preceitua no início de seu texto, in verbis:

> Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do **§8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.[59] (grifos nossos).

Com isso, verifica-se que essa lei foi um dos instrumentos jurídico criado a fim de concretizar os preceitos do §8º do art. 226[60] da Carta Magna, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e também efetivar os preceitos da Convenção de Belém. Pois, todos esses instrumentos jurídicos estavam sendo na realidade, como diria Ferdinand Lasalle, apenas uma "Folha de Papel", porquanto não estavam sendo efetivados no mundo dos fatos, não estavam representando a "soma dos fatores reais de poder".[61]

Maria da Penha foi violentada por seu ex marido, ela vivenciou uma longa história de sofrimento físico e moral através de violência doméstica e algumas tentativas de homicídio contra sua vida. Quando necessitava de medidas protetivas, os órgãos públicos eram omissos. Todavia, continuou lutando para conseguir o seu direito à vida digna, sem violência. Cansada da inércia estatal brasileira, ela foi procurar ajuda internacional. Por conseguinte, foi ao encontro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e lá alegou que além de sofrer agressões

[58] BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 mar. 2018.
[59] BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 mar. 2018.
[60] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
[61] LASALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*? Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933. p. 20.

constantes e ter ficado paraplégica, ela não conseguia nenhuma medida efetiva das instituições brasileiras para resolver seu problema.

Diante disso, a Comissão acolheu o pedido de Maria da Penha, que conseguiu a responsabilização do Brasil por omissão ilegal (falta de prestação afirmativa). A sua história de lutas, fracassos e vitórias ficou reconhecida no cenário mundial. A partir desse contexto, o Brasil criou a lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006, que ficou conhecida como lei Maria da Penha. Essa lei revolucionou o sistema jurídico brasileiro, pois além de alterar o Código Penal de 1940, acrescentando circunstâncias agravantes para crimes contra a mulher, e o Código de Processo Penal de 1941, que prevê prisão preventiva de agentes que praticam crime de violência à mulher, ela prescreve diversas ações preventivas e punitivas para inibir esse tipo de violência de gênero.[62]

Em 2015, houve mais uma conquista, foi promulgada a lei que tipificou o homicídio doloso contra a mulher por razão de gênero (feminicídio), como um crime qualificado. Além disso, no mesmo ano, foi promulgada a lei 13.142 de 2015, que alterou a taxatividade do dispositivo da lei de crimes hediondos (lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) para incluir em seu rol exaustivo o feminicídio e assim torna-lo um crime hediondo.[63]

Infelizmente, embora tenhamos conquistado alguns direitos ao longo da história, e ainda continuarmos persistindo na busca incansável pela igualdade de gênero, ainda temos muito que lutar. A atual onda do século XXI ainda encara muitos obstáculos sociais, como o machismo enraizado na nossa cultura, que persiste em discriminar, matar, violentar, oprimir e ridicularizar o gênero feminino. Mais de dois séculos de luta se passaram e ainda temos problemas relativos à desigualdade, à submissão e à discriminação no mundo. De acordo com Consolim, há vários dados

[62] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Terceira onda feminista*: O que pede a terceira onda feminista?, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/. Acesso em: 12 de mar. 2018.

[63] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Terceira onda feminista*: O que pede a terceira onda feminista?, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/. Acesso em: 12 de mar. 2018.

alarmantes que demonstram que apesar da luta feminista ter começado a séculos atrás, essa trajetória está apenas começando. Nesse sentido, Consolim enfatiza:

> A mulher ainda sofre de falta de valorização social, econômica, política e identitária. [...] mutilações realizadas nas mulheres em alguns países da África, com a supressão do clitóris; a censura às mulheres em países islâmicos, onde elas são proibidas, dentre outras opressões, de exibir o rosto; a subjugação das mulheres como escravas e prostitutas em regiões da Ásia; a lástima das mulheres como filhas únicas por familiares chineses.[64]

Destarte, destaca-se que essa discriminação não ocorre somente nesses países. O machismo está impregnado também no Brasil, em todas as esferas da sociedade. As mulheres ainda recebem salários relativamente menores, apesar de possuírem qualificações profissionais superiores aos homens. Além disso, apesar de representarem a maioria da população no país e representarem a maior parte do eleitorado brasileiro, elas não têm representatividade significativa no parlamento, que continua sendo ocupado, em sua maioria, por homens, brancos, e burgueses. O índice de feminicídio no Brasil é considerado o mais alto do mundo. Além disso, a mulher é considerada objeto sexual pela mídia o que causa transtornos físicos e psíquicos nas meninas que buscam a "beleza perfeita". Até mesmo nas penitenciárias brasileiras, há resquícios de desigualdade de gênero, pois em muitos estabelecimentos prisionais as detentas não têm direito à visita íntima, o que é notoriamente conferido aos detentos homens. Ademais, as meninas de baixa renda têm menos chances de ascender na vida que meninos da mesma classe social, pois com o alto índice de gravidez precoce, são obrigadas a abandonar a escola para cuidar de seus filhos e exercer atividades domésticas.[65]

Diante de todo o exposto, verifica-se que o machismo é uma doença que atinge tanto os homens quanto as mulheres. A supremacia das características físicas

[64] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Terceira onda feminista*: O que pede a terceira onda feminista?, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/. Acesso em: 12 de mar. 2018.

[65] CONSOLIM, Veronica Homsi. *Terceira onda feminista*: O que pede a terceira onda feminista?, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/. Acesso em: 12 de mar. 2018.

e culturais masculinas é uma construção social que advém desde o início da humanidade. Advoga a superioridade dos traços masculinos, da força e da agressividade. O machismo quer impor ao gênero feminino uma vida cercada por discriminação, ódio, violência, coação, opressão, a fim de preservar a vantagem social dos homens com o objetivo de manter o "status quo" e o domínio do poder masculino nas instituições. Se as mulheres não se unirem para preservar seus direitos, lutar veementemente para manter os direitos já adquiridos e buscar espaços de liderança na política, no mercado de trabalho, nas instituições públicas e privadas, não vão ser somente os homens que farão isso por nós.

Como vimos, a história das gerações dos direitos fundamentas e das ondas dos movimentos feministas se assemelha em vários quesitos, pois ambos têm por base as conquistas de direitos fundamentais ao longo da história. Entretanto, verifica-se que as gerações dos direitos fundamentais não atingiram as mulheres plenamente desde logo, pois vários desses direitos eram direcionados a certos homens. A título de exemplo, de acordo com os direitos de primeira geração (civis e políticos), como o direito ao sufrágio, o direito de votar e ser votado, foi conferido aos homens desde o início das civilizações. Todavia, o direito ao voto em um estado democrático de direito, só foi conferido às mulheres somente em meados do século XX. Por conseguinte, verifica-se que os movimentos feministas serviram e servem para consertar essa anomalia jurídica que privilegiou e privilegia certas categorias. Assim, consequentemente, o feminismo como um movimento, vai ao encontro da igualdade entre homens e mulheres.

Todos esses movimentos em busca por mais direitos, fizeram com que o próprio Estado evoluísse para estabelecer uma convivência mais digna e justa entre os cidadãos e as instituições públicas e privadas. Assim, apesar de estarmos longe do ideal, chegamos a um Estado que possui uma Constituição rígida, com força normativa e com ferramentas aptas a preservar seus preceitos. Há divisão harmônica entre os poderes da república, além de direitos fundamentais com auto aplicabilidade imediata, instrumentos jurídicos que possibilitam todos os cidadãos a representar ao

poder público contra ameaça e abuso de poder, além de conferir poderes de influir direta e indiretamente nas decisões políticas fundamentais, dentre outros.

Contudo, é fundamental que todas essas conquistas não fiquem só no "papel", é necessário que sejamos ativos como cidadãos, não só usufruindo dos direitos, pois também temos deveres, e um deles é o de fiscalizar as instituições constitucionais a fim de evitar o regresso, a desordem e a instabilidade jurídica. Um estado arbitrário que privilegia certas categorias e altera suas legislações sem o devido processo democrático, é um estado enfraquecido e temerário. Além disso, promover o respeito aos preceitos constitucionais para sua fiel observância no mundo dos fatos é fundamental para o progressivo desenvolvimento da humanidade.

3 A REFORMA TRABALHISTA E O DIREITO DAS GESTANTES E LACTANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Contexto Histórico da Reforma Trabalhista de 2017

Em 2016, antes da reforma trabalhista de 2017, foi proibido expressamente o trabalho de gestantes e lactantes em ambientes e locais insalubres, sem exceção, com a promulgação da lei 13.287 de 2016. Essa lei foi promulgada pela então presidente da época, Dilma Rousseff, que acrescentou o artigo 394-A na CLT, que assim disciplinava: "A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.".[66] Essa lei era clara ao proibir veementemente, sem nenhuma ressalva, o labor dessas obreiras em qualquer local que apresentasse risco ao nascituro e à criança.

Entretanto, logo em seguida, no dia 05 de outubro de 2016, a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNS) impetrou, no

[66] BRASIL. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Lei nº 13.287, de 11. maio 2016. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei- 13287-11-maio-2016-783089-publicacaooriginal-150352-pl.html . Acesso em: 23 abr. 2018.

Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5605, DF) cuja relatoria era do ministro Edson Fachin. A ADI atacava o artigo 394-A da lei de 2016, que proibia o trabalho das gestantes e lactantes em qualquer local insalubre. A CNS usou o argumento de que esse dispositivo possuía uma "irrazoável generalidade normativa" e que "vai de encontro aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da função social da propriedade, do livre exercício da profissão, da igualdade e da proporcionalidade"[67].

Apesar disso, a Confederação reconheceu que ao proibir o trabalho dessas trabalhadoras o legislador trabalhista teve o intuito de "proteger a vida e a integridade física da criança, desde a concepção até o fim da lactação"[68]. Porém, afirmou que a lei nº 13.287/2016 é generalista e não prevê nenhuma possibilidade de trabalho das obreiras nessas condições. Argumentou ainda que o art. 394-A impedia que empresas e prestadores de serviço de saúde exercessem suas atividades, pois a maioria dos profissionais de saúde são mulheres e necessitam trabalhar em ambientes insalubres, como hospitais, enfermarias, clínicas e laboratórios, mesmo durante a gestação e lactação.

A interpretação quanto a análise dos argumentos indicados pela CNS, é de que a confederação é a favor do trabalho de gestantes em locais insalubres, pois fundamenta que a absoluta proibição introduzida pela lei de 2016 feria o direito constitucional da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e art. 170, caput), da função social da área da saúde (CF, art. 5º, XXIII e art. 170, III), do direito à preservação da vida dos pacientes (CF, art. 5º, caput, art. 227, caput e art. 230, caput), do direito de propriedade dos prestadores de saúde por desarmonizar o equilíbrio econômico-financeiro da atividade (CF, art. 5º, caput e inciso XXII e art. 170, II). Além disso, a

[67] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5605. Plenário. Relator: Ministro Edson Fachin, 05 de outubro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqo bjetoincidente=5065325 Acesso em: 25 abr. 2018.

[68] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5605. Plenário. Relator: Ministro Edson Fachin, 05 de outubro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqo bjetoincidente=5065325 Acesso em: 25 abr. 2018.

lei 13.287 de 2016 vai de encontro com direito fundamental das mulheres ao livre exercício da profissão (CF, art. 5º, XIII, art. 6º e art. 7º, XXVI).[69]

Assim, de acordo com a ADI:

> "Tal violação consubstanciar-se-á no afastamento compulsório das profissionais de saúde (médicas, psicólogas, fisioterapeutas, enfermeiras, bioquímicas, farmacêuticas, dentre tantas outras profissões enumeráveis) de suas atividades laborais ordinárias por prazo médio de dois anos (nove meses da gestação, mais o período de lactação)."[70]

Como em todo rito processual referente a ADI, o Ministério Público da União emitiu seu parecer assinado por Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Nele, houve ampla discussão sobre os direitos e garantias das gestantes. O parecer foi publicado no site do STF no dia 03 de agosto de 2017. O Ministério Público foi favorável à constitucionalidade da lei de 2016 que estava sendo objeto da ADI. O parquet defendeu a proibição do trabalho das obreiras gestantes em locais insalubres.[71]

Por conseguinte, mesmo ainda sem decisão de mérito sobre a ADI 5605, DF, no dia 13 de julho de 2017, a lei 13.467 (lei da reforma trabalhista) foi promulgada pelo presidente Michel Temer, entrando em vigor no dia 11 de novembro do mesmo ano. Ela revogou o artigo 394-A da CLT que foi introduzido pela lei nº 13.287/2016, que proibia o trabalho, passando no momento, a permitir o labor de gestantes em locais de grau de insalubridade baixa e média.[72] Porém, proibiu o trabalho delas em insalubridade máxima.[73]Já as lactantes poderiam trabalhar em locais de qualquer

---

[69] ADI 5605, df. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobj etoincidente=5065325. Acesso em: 25 de abr. 2018.

[70] ADI 5605, df. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobj etoincidente=5065325. Acesso em: 25 de abr. 2018.

[71] PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5065325 . Acesso em 28 de abr. 2018.

[72] Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

[73] Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (grifos nossos)

grau de insalubridade.[74] Isso foi o objetivo inicial da Confederação Nacional de Saúde ao impetrar a Ação no STF.

Entretanto, ainda no mesmo ano, no dia 14 de abril de 2017, o presidente da república Michel Temer, o mesmo que aprovou a lei da reforma trabalhista, sancionou a Medida Provisória 808 de 2017, a fim de amenizar o impacto negativo dos dispositivos da nova lei trabalhista, revogou novamente o artigo 394 - A da lei da reforma trabalhista para voltar a proibir que mulheres gestantes e lactantes trabalhassem em locais inapropriado à sua saúde, in verbis: "A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade."[75] Entretanto, introduziu o § 2º no mesmo artigo, que permitiu que gestantes trabalhassem em locais de grau médio e mínimo de insalubridade se apresentassem voluntariamente atestado médico.[76] O que a MP 808 proibiu foi o trabalho de gestantes em locais de insalubridade máxima, permitindo o labor nas outras circunstâncias. Além disso, incluiu o § 3o do art. 394-A, proibindo que lactantes trabalhassem em qualquer grau de insalubridade, porém com a ressalva de que se apresentarem atestado médico seria permitido trabalhar em qualquer ambiente, inclusive em locais de insalubridade máxima.[77] Com isso,

[74] III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

[75] BRASIL. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Medida Provisória nº 808, de 14. nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm . Acesso em: 28 abr. 2018.

[76] "Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. § 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades. (grifos nossos).

[77] Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. § 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação." (NR) (grifosnossos).

verifica-se que ambas as normas, tanto a lei da reforma trabalhista quanto a medida provisória 808, permitia o labor dessas mulheres em locais insalubres.

Destaca-se que a Medida Provisória 808 vigorou até 24 de abril de 2018 fazendo com que a lei 13.467 (lei da reforma trabalhista) voltasse a vigorar com o mesmo texto da sua inicial promulgação. Assim in verbis:

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).[78]

Com isso, verifica-se que o art. 394-A da CLT foi modificado três vezes em um período de aproximadamente um ano. Primeiramente, o dispositivo foi acrescentado na CLT por intermédio da lei 13.287 de 2016, proibindo o trabalho tanto de gestante quanto de lactante em qualquer ambiente insalubre. Em 2017, com a lei 13.467 o artigo foi revogado e recebeu nova redação. Passando assim a permitir que as obreiras gestantes trabalhassem em locais insalubres quando apresentassem atestado médico. Logo em seguida, com a sanção da MP 808, foi alterado novamente a redação da CLT. Porém, continuou a permitir o trabalho dessas mulheres em locais de insalubridade média e baixa e de lactantes em qualquer grau de insalubridade, ambos os casos mediante apresentação de atestado médico. A MP 808 perdurou por sessenta dias e foi prorrogada por mais sessenta dias, perdendo sua eficácia em abril de 2018. No momento, a lei da reforma trabalhista (lei n 13.467 de 2017) voltou a vigorar em sua plenitude. Verifica-se que a MP 808 foi uma manobra política que

[78] MIESSA, Élisson et al. CLT Comparada com a Reforma Trabalhista. Bahia: Juspodivm, 2017.

alterou o texto do artigo, porém nada mudou quanto aos direitos das mulheres, pois apesar de preceituar em seu caput que é proibido o trabalho das obreiras, em seus parágrafos seguintes continuava permitindo o labor mediante atestado médico.

Atualmente, com a ressurreição da lei 13.467 de 2017, no dia 25 de Abril de 2018, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5938)[79], que impugna os incisos II e III do artigo 394-A da CLT, com a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. A confederação preceitua que: "os dispositivos questionados, afronta manifestamente a proteção que a Constituição Federal veementemente atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém- nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado."[80]

3.2 O Direito Constitucional das Mulheres nas Relações de Trabalho

A Constituição prevê direitos inerentes às mulheres nas relações de trabalho, há normas que objetivam garantir o equilíbrio prático nesses ambientes laborais. O art. 6º da Constituição, inaugura o capítulo II, que preceitua os direitos sociais das pessoas. A cabeça do artigo prescreve que: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."[81] Assim, verifica-se que o caput do artigo sexto estabelece que a proteção à maternidade e à infância é um direito social da mulher.

[79] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5938. Plenário. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 26 de abril de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobj etoincidente=5447065 Acesso em: 26 jul. 2018.

[80] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocess oeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5447065. Acesso em: 01 de jun. 2018.

[81] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoc ompilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2018.

Logo em seguida, no artigo 7º da Carta Maior, há uma série de incisos que preceituam direitos sociais específicos aos trabalhadores urbanos e rurais. Porém, há dispositivos voltados especificamente às mulheres trabalhadoras, como a licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias[82], proteção do mercado de trabalho da mulher[83] e proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo[84]. Além desses incisos do artigo 7º (sétimo) da Constituição republicana, há também, o artigo 10, inciso II, alínea b, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que assim preceitua: "Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."[85] Esse artigo fundamenta a estabilidade no emprego de 5 (cinco) meses após o nascimento de seu filho.

Segundo Calil[86], esses direitos previstos constitucionalmente visa proteger a maternidade para garantir ao nascituro maior qualidade no seu desenvolvimento, além de conferir à criança de colo o direito à vida saudável. Pois, ao ser garantida essa estabilidade no emprego, a mulher não ficará preocupada em perde-lo. Pois, o simples fato de engravidar, antes do direito à estabilidade, era motivo suficiente para as gestantes e lactantes serem demitidas. Além da estabilidade no emprego, a ampliação do direito à licença maternidade, segundo Calil: "buscou garantir não apenas a saúde da mãe e da criança, mas principalmente a vida desta, vez que prolongar o tempo de permanência da mãe ao lado do filho é garantir a

[82] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.
[83] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.
[84] XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.
[85] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoco mpilado.htm. Acesso em: 27 ago. 2017.
[86] Léa Elisa Silingowschi Calil é advogada, mestre e doutora em Direito pela PUC/SP, professora do Centro Universitário FIEO – UniFIEO, membro da Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, autora dos livros "História do Direito do Trabalho da Mulher" e "Direito do Trabalho da Mulher", ambos editados pela LTr.

amamentação do recém-nascido com leite materno, o que reduz a mortalidade infantil.".[87]

Destaca-se que Rodrigo Janot, ex procurador-geral da república, afirmou que: "essas disposições encontram firme amparo na Constituição de 1988, que promoveu significativo fortalecimento das garantias sociais destinadas à maternidade. Em seu art. 6º, a Carta Magna consagra proteção à maternidade e à infância como direito fundamental social.". Mas esses direitos não foram adquiridos num só momento. A Carta Magna de 1988 ampliou significativamente a proteção à maternidade, porém, houve diversos dispositivos legais que ao longo da história foram construindo um arcabouço jurídico para que essa ampliação fosse concretizada significativamente no direito brasileiro.[88] Com isso Barros preceitua:

> [...] a proteção da maternidade recebeu reforço da Constituição de 1988. Comparativamente à Constituição de 1967, a nova Carta aumentou a licença- maternidade de 84 (oitenta e quatro) para 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, estendendo-a à empregada rural, à doméstica e à trabalhadora avulsa, num claro movimento de universalização do direito social (CR/88, art. 7º, inciso XVIII). [...] A licença maternidade remonta à Convenção 3, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1919, a primeira norma internacional a assegurar à gestante empregada uma licença remunerada compulsória. Em 1952 essa convenção foi revisada e substituída pela Convenção 103 da OIT, que ampliou o campo de atuação das normas de proteção à maternidade. [...] Ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965 e promulgada pelo Decreto 58.820, de 14 de julho de 1966, a Convenção 103 prevê, além da licença maternidade (artigo III.1), uma licença pré-natal suplementar em caso de doença decorrente da gravidez (III.5) e a prorrogação da

87 CALIL, Léa Silingowschi. *Direito do trabalho da mulher*: ontem e hoje, 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1765. Acesso em: 21 de mai. 2018.

88 Parecer no tocante a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.605/DF, que pretende declarar a inconstitucionalidade da lei 13.287/2016 (ART. 394-A DA CLT). Parecer nº 182778/2017 de 02 de agosto de 2017. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível: em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5065325. Acesso em 20 abr. 2018.

> licença maternidade em caso de "doença confirmada por atestado médico como corolário de parto" (III.6).[89]

Com esses direitos assegurados à gestante, que estão constitucionalmente previstos, é perceptível extrair da essência da carta maior que a busca pela proteção da maternidade, não está diretamente atrelada à proteção da mulher gestante, mas sim à garantia do nascituro de ter seu desenvolvimento saudável. Protegendo assim, a criança e a família. Então fazendo uma interpretação sistemática e em conformidade com Calil, a constituição garante não só a estabilidade e a licença gestante, mas também implicitamente prevê a proibição de trabalho em local insalubre sob qualquer grau à gestante e lactante.[90]

A mulher está ocupando cada vez mais os postos de trabalhos, cargos que tradicionalmente eram ocupados por homens estão sendo paulatinamente conferidos às profissionais mulheres. As habilidades femininas, como a atenção aos mínimos detalhes e a qualificação profissional estão sendo reconhecidas no mercado laboral, por conseguinte valorizadas e aclamadas pelos empregadores do mundo atual. Porém, ainda é comum que elas cumpram dupla jornada de trabalho, uma no trabalho remunerado e a outra em ambiente doméstico, que não é remunerado e dificilmente reconhecido. Por isso é essencial garantir a elas especial proteção para concretizar todas as suas potencialidades laborais. Segundo Calil: "a mulher foi alijada dos melhores postos de trabalho. Assim, na Constituição Federal foi inserido um mandamento para que o legislador infraconstitucional criasse mecanismos de proteção ao mercado de trabalho da mulher, não com a intenção de que fossem

[89] Parecer no tocante a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.605/DF, que pretende declarar a inconstitucionalidade da lei 13.287/2016 (ART. 394-A DA CLT). Parecer nº 182778/2017 de 02 de agosto de 2017. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível: em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5065325. Acesso em 20 abr. 2018. p. 9-10.

[90] CALIL, Léa Silingowschi. *Direito do trabalho da mulher*: ontem e hoje, 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1765. Acesso em: 21 de mai. 2018.

criados nichos de trabalho feminino, mas para que fosse incentivada a correta inclusão da mulher no mercado de trabalho."[91]

Verifica-se que os direitos a elas inerentes não foram facilmente conquistados. As constituições que precederam a Carta Maior de 1988 já havia em seus dispositivos a proibição de salários inferiores a mulheres que exerciam os mesmos cargos que os homens. Assim, buscando a isonomia, tentando evitar desigualdades entre gêneros e estabelecendo igualdade salarial entre homens e mulheres, novamente, o poder constituinte originário de 1988 normatizou a proibição de diferença salarial entre ocupantes da mesma função. Não basta, porém, que seja estabelecida igualdade salarial, é necessário que seja respeitado a igualdade ao estabelecer critérios de seleção profissional para escolher a pessoa mais capacitada para o emprego.[92]

Lea Calil quis fundamentar sua tese de que as mulheres necessitam de proteção especial do Estado, no ambiente de trabalho, diante das peculiaridades de cada gênero.[93] Os direitos delas foram aparentemente ampliados através de um longo processo de estratégias, lutas, revoluções e movimentos feministas. Foram conquistados ao logo da história, principalmente a partir da revolução industrial (primeira e segunda onda do feminismo), quando começaram a ocupar efetivamente os postos de trabalho.

3.3 O Direito da Gestante ao Trabalho em Locais Insalubres

[91] CALIL, Léa Silingowschi. Direito do trabalho da mulher: ontem e hoje, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&a rtigo_id=1765. Acesso em: 21 de mai. 2018.

[92] CALIL, Léa Silingowschi. *Direito do trabalho da mulher*: ontem e hoje, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leit ura&ar tigo _id=1765. Acesso em: 21 de mai. 2018.

[93] CALIL, Léa Silingowschi. *Direito do trabalho da mulher*: ontem e hoje, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_ leitura&artigo_id=1765. Acesso em: 21 de mai. 2018.

Como se verificou, a Constituição Federal, prevê direitos sociais relativos ao trabalho das mulheres. Porém, não preceituou especificamente e expressamente em seu texto sobre o trabalho delas em locais insalubres. Esse dever foi conferido às leis infraconstitucionais, como as legislações trabalhistas dos servidores públicos federais; dos servidores públicos estaduais; pela Consolidação da Leis do Trabalho – CLT às trabalhadoras celetistas e por outros regimes jurídicos específicos.

3.3.1 Direito ao Trabalho da Servidora Pública Federal Gestante e Lactante em Locais Insalubres

Primeiramente, insta verificar o que a Lei nº 8.112, de 11 de dez. 1990, lei dos servidores público federais, prevê a proibição do trabalho de gestante em locais insalubres. O art. 69, parágrafo único, da lei assim prescreve: "Art. 69. Parágrafo único. A servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não penoso e não perigoso."[94]. Com isso, é notória a preocupação do legislador federal não só quanto a gestante, mas também quanto à lactante. Ambas estão proibidas de exercer suas atividades em locais insalubres, além disso, a lei federal não prevê nenhuma outra exceção, ou seja, essas trabalhadoras serão afastadas desses locais independentemente do grau de insalubridade. Além disso, destaca-se que elas não trabalharão em locais penosos e perigosos.

3.3.2 O Direito ao Trabalho da Servidora Pública Estadual Gestante e Lactante em Locais Insalubres

Cada estado da República Federativa do Brasil possui seus próprios estatutos jurídicos, os quais são leis que regem o trabalho dos servidores públicos estaduais.

[94] BRASIL. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Lei nº 8.112, de 11 de dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 20. mai. 2018.

Esses estatutos prescrevem direitos e deveres referente ao labor dessas pessoas nos órgãos públicos da administração pública estadual, além de estabelecer diretrizes e regras para um bom funcionamento dos serviços públicos. A seguir, analisaremos todos os 26 (vinte e seis) estatutos estaduais a fim de verificar o tratamento conferido ao labor das gestantes e lactantes em locais considerados insalubres. Por fim, verificar se algum deles seguem as mesmas premissas da CLT.

3.3.2.1 da Região Norte (Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins)

Na região norte, há estatutos dos servidores para cada estado da região. Assim, cada estado prescreve o regime jurídico específico de seus servidores públicos estatutários. Ao analisar o que consta nesses instrumentos sobre o trabalho de gestantes e lactantes em locais insalubres, verifica-se que a proibição ao trabalho dessas mulheres não foi prevista expressamente em todos os estatutos. Não obstante isso, nenhuma lei autorizou expressamente esse tipo de labor, permitindo que elas trabalhem nesses locais.

No Acre, a lei complementar 39 de 1993, em seu artigo 77[95], prevê que tanto gestantes quanto lactantes serão afastadas de locais insalubres, penosos e perigosos. Porém, se permite que elas trabalhem em locais adequados a sua condição, ou seja, não é necessário a essas mulheres ficarem inutilizadas só pelo fato de estarem nessas condições físicas especiais. A lei é clara e permite que elas trabalhem em locais que não apresente risco ao nascituro ou à criança durante a amamentação, ou seja, continuaram a trabalhar porém em ambiente laboral apropriado.[96]

[95] Art. 77. A servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação ou a lactação, das operações ou locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não penoso e não perigoso.

[96] ACRE. Lei Complementar n° 39, de 29 de Dezembro de 1993. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações Públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público. Disponível em: https://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/2014/07/leicomp39.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

No mesmo sentido, a lei n° 0066 de 1993, dos servidores do estado do Amapá, em seu artigo 76, parágrafo único,[97] também prevê o controle permanente nas atividades insalubres e também a proibição de trabalho nesses locais tanto de gestantes quanto de lactantes.[98] Já o estatuto dos servidores do estado de Roraima, lei complementar n° 53 de 2001, é o último da região norte a prever expressamente em seu artigo 67,[99] a proibição desse tipo de trabalho.[100]

Entretanto, diferentemente dos estados do Acre, Amapá e Roraima, os regimes jurídicos únicos dos servidores dos estados do Amazonas (lei n° 1.762 de 1986)[101], do Pará (lei n° 5.810 de 1994)[102], de Rondônia (lei complementar n° 68 de 1992)[103] e de Tocantins (lei n° 1818 de 2007)[104] são silentes a respeito do tema. Todavia, não há o permissivo legal a respeito do trabalho das gestantes e lactantes em locais insalubres, independentemente do grau de insalubridade. Assim, verifica-

[97] Art. 76 - Haverá permanente controle de atividade de servidores em operações ou locais considerados penosos, insalubres ou perigosos. Parágrafo Único - servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não penoso e não perigoso.

[98] AMAPÁ. Lei n° 0066, de 03 de Maio de 1993. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado, das Autarquias e Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: https://sead.portal.ap.gov.br/legislacao.php?d=286&a=232 . Acesso em: 21 mai. 2018.

[99] Art. 67. Haverá permanente controle da atividade de servidores em operações ou locais considerados penosos, insalubres ou perigosos. Parágrafo único. A servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste art., exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não penoso e não perigoso.

[100] RORAIMA. Lei Complementar n° 053, de 31 de Dezembro de 2001. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado de Roraima e dá outras providências. Disponível em: http://www.tjrr.jus.br/legislacao/phocadownload/LeisComplementaresEstaduais/2001/lce%20n.%2005 3%20-%20atualizada.pdf. . Acesso em: 21 mai. 2018.

[101] AMAZONAS. Lei n° 1.762, de 14 de Novembro de 1986. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas. Disponível em: http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2015/10/Estatuto-dos- Funcionarios-Publicos-Civis-do-Estado-do-Amazonas-editado.pdf . Acesso em: 21 mai. 2018.

[102] PARÁ. Lei n° 5.810, de 24 de Janeiro de 1994. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará. Disponível em: http://www.sectet.pa.gov.br/sites/default/files/arquivo s/anexos/Lei%205810-RJU.pdf . Acesso em: 21 mai. 2018.

[103] RONDÔNIA. Lei Complementar n° 68, de 09 de Dezembro de 1992. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado de Rondônia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais e dá outras providências. Disponível em: http://www.idaron.ro.gov.br/portal/l egislacao/arquivos/exibir.ashx?arquivo=73&especie=Lei&Num=68&ano=1 992 . Acesso em: 21 mai. 2018.

[104] TOCANTINS. Lei n° 1.818, de 23 de Agosto de 2007. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins. Disponível em: https://central3.to.gov.br/arquivo/251100/. Acesso em: 21 mai. 2018.

se que nenhum estado da região norte permite expressamente o trabalho dessas mulheres em locais inapropriados a saúde.

3.3.2.2 da Região Nordeste (Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe)

A região nordeste é composta por nove estados da federação. Entretanto, apenas os estatutos dos servidores do Ceará (lei n° 9.826, de 14 de Maio de 1974)[105], Pernambuco (lei n° 6.123, de 20 de Julho de 1968)[106] e Sergipe (lei n° 2.148, de 21 de Dezembro de 1977)[107] não preveem em seu texto a proibição do trabalho das gestantes e lactantes, mas também não há nenhum artigo que expressamente permite ou flexibiliza o trabalho delas em locais insalubres. Não obstante isso, o estatuto de Sergipe, em seu artigo 112-A, prescreve que: "Art. 112 - A funcionária gestante, quando em serviço incompatível com o seu estado, terá direito ao exercício provisório de outro cargo ou função que não seja prejudicial à sua saúde, ou à saúde do nascituro."[108] Seria uma forma de readaptação da mulher para um local mais apropriado a ela. Assim, verifica-se a preocupação do legislador de Sergipe com a saúde de suas servidoras gestantes.

É expressivo a preocupação do legislador da região nordeste, pois a grande maioria dos seus estados, 6 (seis) estados de 9 (nove), preveem em seu texto um artigo específico para deixar claro a proibição do trabalho de gestantes e de lactantes em locais insalubres. Com isso, o estatuto dos servidores públicos de Alagoas (Lei

[105] CEARÁ. Lei n° 9.826, de 14 de Maio de 1974. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Disponível em: http://www.cb.ce.gov.br/html/coletanea/pdf/lei%209826_estatuto%20dos%20func%20civis.pdf.. Acesso em: 21 mai. 2018.

[106] PERNAMBUCO. Lei n° 6.123, de 20 de Julho de 1968. Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Pernambuco. Disponível em: http://www.portais.pe.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=e963389d-8746- 4eef-bd12-819694e80d93&groupId=4356545. Acesso em: 21 mai. 2018.

[107] SERGIPE. Lei n° 2.148, de 21 de Dezembro de 1977. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Sergipe. Disponível em: http://www.sergipeprevidencia.se.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/estatuto- funcionario-publico.pdf . Acesso em: 21 mai. 2018.

[108] SERGIPE. Lei n° 2.148, de 21 de Dezembro de 1977. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Sergipe. Disponível em: http://www.sergipeprevidencia.se.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/estatuto- funcionario-publico.pdf . Acesso em: 21 mai. 2018.

n° 5.247, de 26 de Julho de 1991)[109], da Bahia (Lei n° 6.677, de 26 de Setembro de 1994)[110], do Maranhão (Lei Estadual n° 6.107, de 27 de Julho de 1994)[111], da Paraíba (Lei Complementar n° 58, de 30 de Dezembro de 2003)[112], do Piauí (Lei Complementar n° 13, de 03 de Janeiro de 1994)[113] e do Rio Grande do Norte (Lei Complementar n° 122, de 30 de Junho de 1994)[114] proíbem veementemente esse tipo de labor. Observa-se que há grande preocupação dos legisladores nordestinos com o direito da mulher.

3.3.2.3 da Região Centro-Oeste (Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul)

Já a legislação dos servidores públicos do Distrito Federal (lei complementar nº 840, de 2011) prevê em seu art. 80, parágrafo único, que: "A servidora gestante ou lactante, enquanto durar a gestação e a lactação, deve exercer suas atividades em local salubre e em serviço não perigoso."[115]. Assim como prevê a lei dos servidores federais, essa lei complementar do Distrito Federal resguarda o direito das mulheres.

[109] ALAGOAS. Lei n° 5.247, de 26 de Julho de 1991. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado de Alagoas, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://dados.al.gov.br/dataset/48c37660-1926-4c9d-aa3d-7009e7f7681a/reso urce/bdfc6b03-9121-4b35-9905-51330c28b213/download/lei5.247de26.07.1991.pdf.. Acesso em: 21 mai. 2018.

[110] BAHIA. Lei n° 6.677, de 26 de Setembro de 1994. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=72545.. Acesso em: 21 mai. 2018.

[111] MARANHÃO. Lei Estadual n° 6.107, de 27 de Julho de 1994. Estatuto dos servidores públicos civis do estado e dá outras providências. Disponível em: http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=1034.. Acesso em: 21 mai. 2018.

[112] PARAÍBA. Lei Complementar n° 58, de 30 de Dezembro de 2003. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: http://sspcpb.com.br/lei-complementar-no- 58-de-30-de-dezembro-de-2003/. Acesso em: 21 mai. 2018.

[113] PIAUÍ. Lei Complementar n° 13, de 03 de Janeiro de 1994. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Piauí, das autarquias e das Fundações públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/12457. Acesso em: 21 mai. 2018.

[114] RIO GRANDE DO NORTE. Lei Complementar n° 122, de 30 de Junho de 1994. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado e das Autarquias e Fundações Públicas Estaduais, e Institui o Respectivo Estatuto e dá outras Providências. Disponível em: http://www.mp.rn.gov.br/controle/file/REGIME_JURIDICO_UNICO.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

[115] BRASIL. *Dispõe sobre o regime jurídicos dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais.* Lei Complementar nº 840, de 23. dez. 2011. Disponível em: http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=840&txt Ano=2011&txtTipo=4&txtParte=.. Acesso em: 29. Dez. 2017.

Na mesma linha, seguem os estatutos dos servidores do Mato Grosso (Lei Complementar n° 04, de 15 de Outubro de 1990)[116] e de Mato Grosso do Sul (Lei n° 1.102, de 10 de Outubro de 1990)[117].

Diante disso, prescreve o artigo 88, parágrafo único, da lei complementar n° 04 de 1990: "Parágrafo único - A servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não perigoso."[118] Já a lei dos servidores de Mato Grosso do Sul, foi clara e objetiva ao prescrever, em seu artigo 114 que: "É proibido o trabalho de funcionária gestante ou lactante, em atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas."[119]

Não obstante a região centro-oeste ser umas das mais protetivas entre as regiões da federação brasileira, o estado de Goiás foi o único que não previu expressamente em seu estatuto (lei 10.460, de 22 de fevereiro de 1988)[120] o trabalho de gestantes e lactantes nesses ambientes. Porém, em seu artigo 229 prevê que: "A funcionária gestante, quando ocupante de cargo cujas atribuições exijam esforço físico considerável, será deslocada para função compatível com o seu estado, a partir

[116] MATO GROSSO. Lei Complementar n° 04, de 15 de Outubro de 1990. Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/85/64 0/file/OFICINAS/LC_04-1990-106(6).pdf.. Acesso em: 21 mai. 2018..

[117] MATO GROSSO DO SUL. Lei n° 1.102, de 10 de Outubro de 1990. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20171002173322.pdf.. Acesso em: 21 mai. 2018.

[118] MATO GROSSO. Lei Complementar n° 04, de 15 de Outubro de 1990. Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/85/ 640/file/OFICINAS/LC_04-1990-106(6).pdf.. Acesso em: 21 mai. 2018.

[119] MATO GROSSO DO SUL. Lei n° 1.102, de 10 de Outubro de 1990. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20171002173322.pdf.. Acesso em: 21 maio 2018.

[120] GOIÁS. Lei n° 10.460, de 22 de Fevereiro de 1988. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás e suas Autarquias. Disponível em: http://www.portaldoservidor.go.gov.br/post/ver/169453/direitos. Acesso em: 22 mai. 2018.

do quinto mês de gestação."[121] Assim, verifica-se que o legislador goiano se preocupou com o trabalho que exija esforço físico da gestante em seu quinto mês, porém foi o único estado do centro-oeste omisso em relação ao trabalho em locais insalubres.

3.3.2.4 da Região Sudeste (Espírito Santo, Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro)

Na região sudeste, as leis dos servidores estaduais seguem um caminho inverso do que ocorre na região centro-oeste. Acontece que, nessa região, a maioria dos estatutos são omissos em relação ao tema. Somente o legislador do estado de Espírito Santo demonstrou preocupação quanto ao trabalho dessas obreiras. Com isso, preceituou no artigo 99, da lei complementar nº 46 de 1994 que: "Art. 99 - É proibida a atribuição de trabalho em atividades ou operações consideradas insalubres, perigosas ou penosas à servidora pública gestante ou lactante."[122] Além disso, previu uma forma de readaptação a essas mulheres ao prescrever em seu artigo 141, que: "Fica garantida à servidora pública enquanto gestante, mudança de atribuições ou funções, nos casos em que houver recomendação médica oficial, sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens do cargo."[123]

[121] GOIÁS. Lei n° 10.460, de 22 de Fevereiro de 1988. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás e suas Autarquias. Disponível em: http://www.portaldoservidor.go.gov.br/post/ver/169453/direitos. Acesso em: 22 mai. 2018.

[122] ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar n° 46, de 31 de Janeiro de 1994. Regime Jurídico Único dos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Estado do Espírito Santo, de qualquer dos seus Poderes Disponível em: https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Leis/LEI%2046%20%20ESTATUTO%20DOS%20SERVIDORES%20P%C3%9ABLICOS%20ESTADUAIS.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

[123] ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar n° 46, de 31 de Janeiro de 1994. Regime Jurídico Único dos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Estado do Espírito Santo, de qualquer dos seus Poderes Disponível em: https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Leis/LEI%2046%20%20ESTATUTO%20DOS%20SERVIDORES%20P%C3%9ABLICOS%20ESTADUAIS.pdf. Acesso em: 21 maio 2018.

Entretanto, os estatutos dos servidores do estado de Minas Gerais (Lei n° 869, de 05 de Julho de 1952)[124], de São Paulo (lei n° 10.261, de 28 de Outubro de 1968)[125] e o decreto do estado do Rio de Janeiro (Decreto n° 2.479, de 08 de Março de 1979)[126], nada se expressaram sobre o assunto. O que é surpreendente, pois essa região é a mais populosa e desenvolvida do Brasil, além de possuir uma expressiva quantidade de trabalhadoras mulheres nessa região. Porém, conclui-se que mesmo sem proibir expressamente em seus estatutos o labor de gestantes e lactantes em locais insalubres, isso não significa que é permitido esse tipo de labor nesses estados.

3.3.2.5 da Região Sul (Paraná, Rio Grade do Sul e Santa Catarina)

A região sul é a menor do Brasil. Possui apenas três estados, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Dentre esses três estados, o único que estabelece em seu texto sobre o trabalho de gestantes e lactantes é o Rio Grande do Sul. Em seu estatuto (Lei Complementar n° 10.098 de 03 de Fevereiro de 1994) prevê em seu artigo 108, parágrafo único que: "A servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durarem a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, passando a exercer suas atividades em local salubre e em serviço compatível com suas condições."[127] Já a lei dos servidores do estado do Paraná (lei n° 6174 de 16

[124] MINAS GERAIS. Lei n° 869, de 05 de Julho de 1952. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio /legislacao/lei/1968/lei-10261- 28.10.1968.html. Acesso em: 21 mai. 2018.

[125] SÃO PAULO. Lei n° 10.261, de 28 de Outubro de 1968. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html. Acesso em: 21 mai. 2018.

[126] RIO DE JANEIRO. Decreto n° 2.479, de 08 de Março de 1979. REGULAMENTO DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br /decest.nsf/968d5212a901f75f0325654c00612d5c/2caa8a7c2265c33b0325698a006 8e8fb. Acesso em: 21 mai. 2018.

[127] RIO GRANDE DO SUL. Lei Complementar n° 10.098 de 03 de Fevereiro de 1994. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis /arquivos/10.098.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

de Novembro de 1970)[128] e a lei dos servidores do estado de Santa Catarina (lei n° 6.745 de 28 de Dezembro de 1985)[129] foram silentes a respeito do tema. Todavia, destaca-se que isso não significa que é permitido o trabalho dessas mulheres em locais insalubres.

3.4 O Direito ao Trabalho das Gestantes e Lactantes Celetistas em Locais Insalubres

O trabalho das empregadas das empresas estatais (públicas federais, estaduais e municipais e das sociedades de economia mista), das empresas privadas, ou seja, todas as pessoas jurídicas de direito privado, é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943).[130] A CLT prevê expressamente que as empregadas gestantes não poderão trabalhar em locais de insalubridade máxima, assim prevê em seu artigo 394-A, caput, que: "Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)." Logo em seguida em seu inciso I, diz que elas serão afastadas de "atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)".[131]

Todavia, logo em seguida há dois incisos do mesmo artigo que preceitua que quando elas apresentarem atestado médico, elas poderão trabalhar em locais de insalubridade de grau médio ou mínimo. Assim, é o que prescreve o artigo 394-A, inciso II: "atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando

[128] PARANÁ. Lei n° 6174 de 16 de Novembro de 1970. Estabelece o regime jurídico dos funcionários civis do Poder Executivo do Estado do Paraná Disponível em: http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=10297&codItemAto=1088 41. Acesso em: 21 mai. 2018.

[129] SANTA CATARINA. Lei n° 6.745 de 28 de Dezembro de 1985. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Disponível em: http://www.sea.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=30&Itemid=64&lang=. Acesso em: 21 mai. 2018.

[130] BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 mai. 2018.

[131] BRASIL. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13. Jul. 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369- pl.html. Acesso em: 28 mai. 2018.

apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)"[132]

Não obstante isso, o inciso III do mesmo artigo prescreve que as lactantes poderão trabalhar em qualquer grau de insalubridade (máximo, médio ou mínimo) se não apresentarem atestado médico proibindo o seu trabalho. Assim prevê que: "atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)"[133]

Além dos incisos II e III do dispositivo analisado, há o permissivo legal do § 2º do mesmo artigo. Que passou a permitir que lactantes trabalhem em locais inapropriados aos seus filhos. In verbis:

> Art. 394-A [...] § 2º Cabe à empresa pagar o adicional de Insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o dispostono art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.[134]

Ante o exposto, conclui-se que os trabalhos das empregadas públicas e das empregadas das empresas privadas, que se submetem ao regime jurídico da CLT, foram flexibilizados. No momento, somente as celetistas gestantes serão afastadas de atividades com grau de insalubridade máxima, porém, poderão laborar em locais de grau de insalubridade média ou mínima, salvo se apresentarem atestado médico de um profissional de sua confiança. Já para as lactantes é permitido o trabalho em

[132] BRASIL. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13. Jul. 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369- pl.html. Acesso em: 28 mai. 2018.
[133] BRASIL. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13. Jul. 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369- pl.html. Acesso em: 28 mai. 2018.
[134] BRASIL. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13. Jul. 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369- pl.html. Acesso em: 07 set. 2017.

qualquer grau de insalubridade (máximo, médio ou mínimo). Destaca-se que, com isso, ao comparar todas as legislações dos trabalhadores da União, dos Estados e do Distrito Federal, a única legislação do Brasil que permitiu expressamente o labor dessas mulheres foi a Consolidação das Leis Trabalhistas.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ARTIGO 394 – A DA LEI 13.467 DE 2017

Como dito anteriormente, antes da reforma trabalhista, introduzida pela lei 13.467 de 2017, o trabalho em quaisquer ambientes insalubres para mulheres gestantes ou lactantes era absolutamente proibido. Não havia nenhum outro dispositivo legal flexibilizando esse tipo de labor. O ordenamento jurídico brasileiro era uníssono e harmonioso em relação a essa proibição. Diante disso, mostra-se imprescindível analisar se, em um Estado Constitucional de Direito, que prevalece a supremacia da Constituição, se essa flexibilização de direitos fundamentais, surgiu no sistema normativo brasileiro "natimorto" por ser eivado de inconstitucionalidade ou se ela poderia ser considerada válida a partir utilização da técnica de ponderação de princípios fundamentais.

4.1 Dos Direitos Constitucionais e a (In)Constitucionalidade do Artigo 394 – A, incisos II e III da CLT

4.1.1 Do Direito ao Meio Ambiente do Trabalho Saudável

Importante salientar que o trabalho é essencial à vida do ser humano. É por intermédio dele que o indivíduo se insere nas suas relações sociais. Com o labor é possível garantir sua subsistência e de sua família, além de conferir uma qualidade de vida com alimentação, vestuário, saúde, educação, lazer, etc. Ademais, é imprescindível para o desenvolvimento da nação, porquanto um trabalhador produtivo contribuiu deveras com tributos, geralmente não necessita de auxílios sociais do poder público, investe em seguro de saúde, além de não ser vulnerável ao cometimento de crimes ou a se envolver com substâncias entorpecentes, etc.

Com isso, mostra-se necessário o apoio do Estado para promover o desenvolvimento de cursos profissionalizantes para haver profissionais habilitados no mercado de trabalho, além de ser imprescindível o investimento em estratégias para haver constantemente crescentes ofertas de empregos. Todavia, não basta garantir o pleno emprego aos profissionais, é preciso que as autoridades públicas se preocupem em promover políticas públicas a fim de tornar o trabalho compatível com os preceitos mínimos de segurança e saúde do trabalho.

Verifica-se que o meio ambiente laboral é um local onde o trabalhador despende boa parte do seu tempo, aproximadamente entre 4 (quatro) horas a 8 (oito) horas diárias. Isto posto, é indispensável haver leis e constantes fiscalizações por parte dos órgãos públicos e também por toda a comunidade, com o objetivo de proteger as pessoas, impondo limites e evitando excessos que podem prejudicar a sua saúde física e mental do obreiro. Com isso, observa-se que na Constituição Federal há alguns dispositivos que estabelecem explicitamente alguns direitos relacionados aos trabalhadores em seu ambiente laboral, que além de possuírem força normativa, prescrevem diretrizes programáticas a fim de nortear o legislador infraconstitucional. São eles, o artigo 1º, inciso IV; artigo 193; artigo 200, inciso VIII; e artigo 225, todos da Constituição Federal.

A CF/88 prescreve em seu artigo 1º, inciso IV, que um dos fundamentos do Estado brasileiro são "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;".[135] A partir desse artigo, verificamos que os valores sociais do trabalho é um dos fundamentos da República, está no primeiro artigo da constituição, o que demonstra a importância que o trabalho significa na vida do cidadão.

Os valores sociais do trabalho estão relacionados com a inserção social do indivíduo, por intermédio da interação com outras pessoas e com o meio ambiente ao seu redor. Além disso, está relacionado também à percepção de salário, que é

[135] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em:01de ago. 2018.

importante para subsistência digna do cidadão e de sua família. Dessarte, verifica-se que os valores sociais do trabalho estão diretamente relacionados com o bem estar dos trabalhadores, aos quais incluem também a necessidade de um ambiente de trabalho adequado para o exercício da profissão.

Destaca-se o entendimento de Padilha em seu artigo intitulado **"**O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental."[136]:

> Referido expressamente pela Carta Constitucional de 19881, o meio ambiente do trabalho compreende o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva provendo o necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento por meio do exercício de uma atividade laborativa, **abrange a segurança e a saúde dos trabalhadores, protegendo- o contra todas as formas de degradação e/ou poluição geradas no ambiente de trabalho**.[137] (grifo nosso)

Ressalta-se o que diz o artigo 193 da Carta Magna, que assim preceitua: "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais."[138]. Isso significa que o bem-estar é uma das premissas da ordem social que tem como fundamento o labor humano. Assim, o bem-estar do trabalhador e a justiça social são objetivos primordial do trabalho, por isso, não se pode deixar ao arbítrio do capitalismo neoliberal as regulamentações das relações de trabalho, sob pena de retrocedermos a era escravocrata.

---

[136] PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. Disponível em: https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2011/n%204/Equil%C3%ADbrio%20do%20meio%20ambiente%20do%20trabalho%20-%20direito%20fundamental%20do%20trabalhador%20e%20de%20espa%C3%A7o%20interdisciplinar%20entre%20o%20Direito%20do% 20Trabalho%20e%20o%20Direito%20Ambiental.pdf. p. 232. Acesso em 15.08.2018.

[137] PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental**.** Disponível em: https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%2 0do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2011/n%204/Equil%C3%ADbrio%20do%20meio%20ambiente%20do%20trabalho%20-%20direito%20fundamental%20do%20trabalhador%20e% 20de%20espa%C3%A7o%20interdisciplinar%20entre%20o%20Direito%20do%20Trabalho%20e% 20o%20Direito%20Ambiental.pdf. p. 232. Acesso em 15.08.2018.

[138] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoc ompilado.htm. Acesso em:30de jul. 2018.

Já o artigo 200, inciso VIII da Constituição, diz que compete ao Sistema Único de Saúde "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho."[139] Sustentando a ideia de que o meio ambiente do trabalho necessita ser protegido. O constituinte foi específico ao falar na proteção do meio ambiente laboral, demonstrando a importância que este possui na saúde do trabalhador. Além disso, o caput do artigo 225, da CF de 1988 diz que o meio ambiente é essencial para à sadia qualidade de vida e todos têm direito ao meio ambiente equilibrado,[140] inclusive os trabalhadores.

Destarte, nota-se que o meio ambiente laboral pode ser apropriado para um grupo específico de pessoas e inapropriado para outras. É o que ocorre, por exemplo, em uma clínica médica que manipula equipamentos radioativos. Esse ambiente insalubre seria adequado a uma pessoa capacitada que faz uso de equipamentos de proteção individual. Todavia, se acontecer algum acidente de trabalho, essa pessoa é quem sofrerá o dano. Por conseguinte, esse ambiente não seria apropriado para as gestantes, pois não há estudos específicos sobre o potencial lesivo que a radiação poderá ocasionar no nascituro se ocorrer um possível acidente de trabalho. Então, conclui-se que a gestante necessita de um ambiente seguro e adequado para resguardar a vida e a saúde do nascituro, mesmo utilizando-se de equipamento de proteção. Pois o ambiente insalubre é potencialmente perigoso ao desenvolvimento do ser humano.

4.1.2 Do Direito à Igualdade

Antes da reforma, o artigo 394-A da CLT preceituava que: "A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas

[139] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocomp ilado.htm. Acesso em:30de jul. 2018.

[140] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

atividades em local salubre"[141]. O que ia ao encontro com todos os estatutos das trabalhadoras do Brasil. Assim, ao permitir que algumas categorias sejam privadas a uma gestação saudável, privilegiando outras categorias, surge uma anomalia jurídica no Brasil que atinge diretamente o princípio constitucional da igualdade por prever uma desigualdade entre obreiras submetidas as mesmas condições.

Segundo a professora Bahia, a Constituição Federal prescreve expressamente a igualdade perante a lei e implicitamente a igualdade na lei. Para a constitucionalista, a igualdade perante a lei "é um comando que se dirige a todos: legislador, juiz, administrador público na aplicação da norma jurídica ao caso concreto, para que esta seja aplicada de modo igual àqueles que se encontrem em posições idênticas ou substancialmente semelhantes;"[142] Já a igualdade na lei para a professora é: "o comando que se dirige especialmente ao legislador, no sentido de que ele tem que cuidar para que não se estabeleçam na lei, comportamentos abusivos, ilícitos, arbitrários, contrários à igualdade, diferenciando pessoas que se encontram em situações idênticas".[143]

Por conseguinte, fazendo uma comparação entre a CLT e as Leis das servidoras públicas civis da União, dos estados e do Distrito Federal, verifica-se que as Celetistas gestantes e lactantes receberam tratamento discriminatório e arbitrário por parte dos legisladores da reforma trabalhista. Porquanto as gestantes e as lactantes celetistas podem trabalhar em ambientes que afetam a integridade física delas e a de seus filhos, já as servidoras públicas gestantes e lactantes terão o direito de preservar a vida e a saúde de seus filhos.

Destaca-se que o princípio da isonomia advém do princípio da igualdade (art. 5, caput, da CF de 1988), que reza que todos são iguais perante a lei. Com isso, há dois tipos de isonomia, a isonomia formal e a isonomia material. A isonomia formal estabelece que não pode haver qualquer tipo de discriminação arbitrária na lei. Já a

[141] BRASIL. Lei nº 13.287, de 11. Mai. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm. Acesso em: 01 jun. 2018.
[142] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. p. 112-113.
[143] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. p. 113.

isonomia material, de acordo com Bahia: “do Poder Público é exigido que adote providências concretas que diminuam a desigualdade. Chama-se "política de ação afirmativa ou discriminação positiva" a providência que leve à diminuição da desigualdade.”[144] A nossa carta maior de 1988 é explicitamente clara ao prever o princípio da igualdade em seu art. 5º, ou seja, está no rol dos direitos fundamentais (cláusula pétrea)[145] da república do Brasil. Assim é o que se segue:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”[146] (grifo nosso)

É notória a afronta ao princípio da isonomia no caso em tela. Uma norma de ordem pública, pois se refere a saúde e a segurança do trabalho, não pode prever proteções diferenciadas entre as obreiras submetidas as mesmas condições. Com isso, pelo princípio da igualdade, verifica-se que houve um atentado contra a igualdade entre as gestantes, as crianças e as famílias brasileiras. A reforma introduziu tratamento desigual às pessoas que se encontram em situações indênticas. Não obstante isso e sobre o prisma do nascituro, insta observar que a

lei da reforma trabalhista previu uma desigualdade material antes mesmo do ser humano nascer com vida. Assim indaga Honório e Oliveira que:

> [...] Criou-se por lei, novamente, uma hierarquia existencial de seres humanos no nosso país. Sem dúvida, fruto de fortes resquícios do nosso passado escravocrata, em que era comum existirem pessoas com status diferenciados, sendo a força de trabalho (escrava) a de menor importância na pirâmide social. Com a reforma, não apenas voltamos a uma época pré-CLT, mas também fincamos os pés em séculos anteriores, em que um

[144] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. p. 112.
[145] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.
[146] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompil ado.htm. Acesso em:01jun. 2018.

> ser humano era legalmente menos digno do que outro. (HONÒRIO; OLIVEIRA, 2017).[147]

Os congressistas criaram uma lei que prolifera a desigualdade entre nascituros, ou seja, antes de nascer o ser humano sofrerá com tratamento diferenciado dentro do útero da mãe. Insta esclarecer que os nascituros, desde já, possuem seus direitos resguardas pelo Código Civil, que em seu artigo segundo diz: "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."[148] Então, eles possuem seus direitos resguardados no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo de nascer com vida, por isso esses direitos não podem ser disponibilizados ao arbítrio da vontade política.

Por conseguinte, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que "a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político- ideológico absorvido pelo princípio da isonomia...".[149]

Assim, infelizmente, verifica-se que a flexibilização dos direitos também atingiu as mulheres lactantes, ferindo mais uma vez o princípio da igualdade antes exposto. Por conseguinte, as crianças na fase de amamentação, que não participam da relação de trabalho, vão ser também diretamente afetadas pelo legislador de 2017. Imprescindível se faz a interpretação de que as lactantes poderão trabalhar em ambientes de insalubridade máxima.

Sobre o tema, é imprescindível observar os argumentos de Melo que leciona que: "as mulheres grávidas não podem trabalhar em local de insalubridade máxima e nos demais só serão afastadas se houver atestado recomendando a necessidade de

---

[147] HONÓRO, Cláudio; OLIVEIRA, Fabrício Gonçalves de. *Retrocesso sem precedentes: a reforma trabalhista e os danos extrapatrimoniais*, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/14/retrocesso-sem-precedentes-reforma-trabalhista-e-os-danos- extrapatrimoniais/ . Acesso em 01 de jun. 2018.

[148] BRASIL. Código Civil. Lei n 10.406, de 10 de Janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 jun. 2018.

[149] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993.p. 10-11.

afastamento, assinado por um médico". E, continua: "Já as lactantes, de acordo com a lei, poderão trabalhar em locais de insalubridade máxima, exceto se houver pedido médico."[150]

Diante do exposto, observa-se que a flexibilização introduzida pela reforma trabalhista, fez nascer a desigualdade entre grupos de pessoas que estão na mesma situação. A desigualdade entre nascituros e a desigualdade entre gestantes estatutárias e celetistas. Além disso, observa-se que poderá ocorrer outros casos de desigualdade entre trabalhadoras do mesmo órgão público ou até mesmo poderá haver uma só pessoa que possui dois vínculos jurídicos distintos (CLT e estatuto de servidores públicos) com o mesmo órgão público.

A título de exemplo, há o caso do Hospital de Base, onde suas servidoras eram exclusivamente submetidas ao regime estatutário (lei complementar 840 de 2011). Todavia, no ano de 2017, o órgão se transformou em Instituto Hospital de Base, que passou a submeter as suas servidoras ao regime de trabalho celetista.[151] Nesse caso, já que a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XV, alínea c, preceitua que os profissionais da área de saúde podem acumular dois cargos com profissões regulamentadas,[152] seria possível haver uma única servidora com dois vínculos de trabalho, o estatutário e o celetista, ao mesmo tempo e trabalhando no mesmo local.

Diante disso, verifica-se que haverá dificuldade de se estabelecer qual norma prevalecerá nos horários de trabalho da obreira gestante. Pois, haverá momentos em que a lei permitirá que ela labore em locais prejudiciais a sua saúde (ambiente hospitalar) e haverá outros momentos em que será proibido veementemente que se

[150] MELO, Raimundo Simão de. *REFORMA ERRA AO PERMITIR ATUAÇÃO DE GRÁVIDA E LACTANTE EMLOCAL INSALUBRE*, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/111554/2017_melo_raimundo_reforma_erra.pdf?sequence=1& isAllowed=y . Acesso em 24 de nov. 2017.

[151] BRASIL. RESOLUÇÃO CA/IHBDF Nº 3/2017, de 1º de dez. 2017. Aprova o Regulamento Próprio do Processo de Seleção para Admissão de Pessoal do Instituto Hospital de Base do Distrito Federal, Brasília, DF, dez 2017.

[152] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado .htm. Acesso em: 19 set. 2018.

labore nesse mesmo local. No primeiro caso quando submetida ao regime celetista, no segundo quando submetida ao regime estatutário. Ante o exposto, depreende-se que a reforma trabalhista trouxe instabilidade no ambiente de trabalho às profissionais de saúde e insegurança jurídica tanto para as trabalhadoras quanto para os empregadores. Pois, no caso concreto, não é razoável uma lei exigir proteção em alguns momentos de labor e outra lei não, relacionado a um mesmo indivíduo.

4.1.3 Do Direito à Proteção da Maternidade e da Infância

Na cabeça do artigo 6º da Carta Republicana, há um dispositivo que evidencia a preocupação do constituinte com a proteção da maternidade e da infância, pois prescreve explicitamente no título II (dos direitos e garantias fundamentais), capítulo II (dos direitos sociais) que: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."[153] (grifo nosso). Observa-se que o texto foi explícito ao resguardar a maternidade e a infância em um rol de direitos fundamentais, direitos que são considerados de segunda geração.

Além do artigo 6º, o constituinte também realçou a importância da proteção dessas pessoas ao estabelecer no artigo 201, da Carta Magna – que dispõe sobre a previdência social -, inciso II, que diz que a previdência social atenderá, nos limites da lei a "proteção à maternidade, especialmente à gestante;". Não obstante isso, o mesmo texto constitucional prescreve mais uma vez, em seu artigo 203 – que trata agora da assistência social -, inciso I, que um dos objetivos da assistência social é "a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;". O texto maior estabeleceu, em seu corpo normativo, a importância da maternidade, da

[153] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em:18jul. 2018.

infância e da família, porque reiteradamente, em três dispositivos, estabeleceu a proteção desse núcleo fundamental.

Assim, o legislador constituinte reconheceu que a gestação e a lactação são direitos sociais do ser humano e que merece ser amplamente protegido devido a sua importância para o desenvolvimento do país. Sabemos que tanto a mãe quanto a criança estão mais vulneráveis nessa fase. A mãe está carregando uma outra vida além da sua (sobrecarregando o coração, além do excesso de peso que acarreta uma maior probabilidade de lesão nos ligamentos e fratura óssea). Já o nascituro está em processo de desenvolvimento e a criança de colo é mais frágil fisicamente e propício a adquirir infecções e doenças.

Destaca-se que, o momento da gravidez é um período em que a mulher fica mais debilitada e o Ministério da Saúde ao perceber a necessidade de uma maior proteção nessa fase elaborou uma cartilha da gestante, com o objetivo de auxiliar essas mulheres. A cartilha elaborada pela administração pública, diz que: "**Pensando na mulher grávida, que vive um dos momentos mais intensos de sua vida**, o Ministério da Saúde, em conjunto com as Secretarias Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, elaborou a Caderneta da Gestante..."[154] (grifo nosso). Verifica-se que esse órgão público especializado na área de saúde, admitiu que a gravidez é um momento árduo na vida da mulher.

Destaca-se que esse momento é intenso para o nascituro, pois este está em processo de desenvolvimento físico, incluindo os seus órgãos vitais, que necessitam ser perfeitamente estruturado para não ocorrer nenhuma anomalia que poderá acarretar em sequelas vitalícia ou até morte. Além disso, a criança de colo necessita de um leite materno de qualidade para se tornar um adulto forte e saudável. Corroborando com esse entendimento o site de notícias do Ministério da Saúde estabelece que: "A campanha visa incentivar a amamentação materna exclusiva até

[154] MINISTÉRIO DA SAÚDE. Caderneta da Gestante. Disponível em: http://portalms.saude.gov.br/saude- para-voce/saude-da-mulher/caderneta-da-gestante Acesso em 30 de jul. 2018.

os seis meses de vida, contribuindo para o desenvolvimento e proteção da criança."[155]

Além disso, o órgão ministerial lançou uma campanha de incentivo ao aleitamento materno que tem como slogan: "Amamentação é a Base da Vida".[156] Se o aleitamento materno é a base da vida, significa que é essencial para o ser humano. Diante disso, é imprescindível que o direito à amamentação saudável seja protegido pela lei para não correr o risco de ser infectado em ambientes insalubres.

Há na lei, a hipótese das gestantes não trabalharem em locais insalubres se apresentarem atestado médico. Entretanto, é inimaginável no mundo dos fatos, onde a relação de trabalho é desequilibrada, pois a obreira é subordinada jurídica e economicamente ao empregador, parte hipossuficiente na relação de trabalho, que a gestante ou lactante apresente um atestado médico para "não trabalhar". Principalmente em um país onde a economia é instável e a assistência social não é capaz de atender a todos que necessitam. Ou seja, sem proteção conferida pela lei, a mulher é implicitamente obrigada a trabalhar nessas condições.

Agora, imaginando o oposto que se exige a lei, ou seja, se imaginarmos a hipótese de que seja exigível o atestado para ela poder trabalhar em locais insalubres ao invés da exigência de atestado para se afastar do local. Esse atestado médico permitiria que ela trabalhasse com maior segurança, pois asseguraria que o local não afetaria a gestação. Isso exigiria do médico conhecimento técnico específico sobre medicina e segurança no ambiente do trabalho. Além disso, ele teria que ir ao local de trabalho para verificar se é um ambiente adequado ou não. Deverá ratificar atestando que o local não possui insalubridade de grau máximo, médio ou mínimo. Ou seja, o médico teria que assegurar que a mulher pode exercer sua atividade sem

[155] BERALDO, Nicole. *Ministério da Saúde Lança Campanha de Amamentação*, 2018. Disponível em: http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43891-ministerio-da-saude-lanca-nova-campanha-de- amamentacao. Acesso em: 30 de jul. 2018.

[156] BERALDO, Nicole. *Ministério da Saúde Lança Campanha de Amamentação*, 2018. Disponível em: http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43891-ministerio-da-saude-lanca-nova-campanha-de- amamentacao. Acesso em: 30 de jul. 2018.

risco a sua prole.[157] Isso seria inimaginável acontecer, pois uma gestante que recebe um salário mínimo, por exemplo, não teria, provavelmente, condições financeiras para arcar com um médico particular e muito menos fazer com que um médico do Sistema Único de Saúde – SUS fosse até o local para que ela consiga o atestado.

Conclui-se que é necessário um estudo aprofundado sobre os efeitos da insalubridade no corpo da mulher gestante, do nascituro e da criança. É preciso assegurar a gestante a permanência no trabalho, porém em locais mais adequados a sua condição. As atividades insalubres são prejudiciais à saúde de qualquer trabalhador, imagine quão prejudicial poderá ser à saúde de uma gestante ou à saúde da lactante e sua criança. A mulher trabalhadora, mesmo que apresente atestado médico para trabalhar, poderá sofrer com a insalubridade. E, futuramente poderá ocorrer danos a sua saúde e de seu filho. Com isso, é de se indagar de quem será a responsabilidade civil, penal e administrativa em caso de dano.[158] Destarte, conclui-se que é necessária a proteção da maternidade e da infância, mediante políticas públicas e leis, que protejam e preservem a integridade física de gestantes e crianças.

4.1.4 Do Direito à Saúde

O direito à saúde, assim como o direito a proteção da maternidade e da infância, está no rol dos direitos sociais na Constituição Federal. Todavia, o direito à saúde está previsto também em vários outros artigos e incisos da carta maior. A importância desse direito na vida do ser humano é grande, pois sem saúde não há como viver dignamente. Assim, a Constituição prescreve não só o direito à saúde em si, mas normas programáticas a fim de nortear políticas públicas para a proteção e

[157] MELO, Raimundo Simão de. *REFORMA ERRA AO PERMITIR ATUAÇÃO DE GRÁVIDA E LACTANTE EMLOCAL INSALUBRE*, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/111554/2017_melo_raimundo_reforma_erra.pdf?sequence=1& isAllowed=y . Acesso em 24 de set. 2017.

[158] MELO, Raimundo Simão de. REFORMA ERRA AO PERMITIR ATUAÇÃO DE GRÁVIDA E LACTANTE EMLOCAL INSALUBRE, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/111554/2017_melo_raimundo_reforma_erra.pdf?sequence=1& isAllowed=y . Acesso em 24 de set. 2017.

promoção desse direito fundamental. Isso nos mostra o quanto esse direito é imprescindível à vida humana.

É sabido que o ambiente insalubre é um local prejudicial à saúde, pois apresenta impurezas, radiação, produtos tóxicos. Por isso que as pessoas que se submetem a essa condição recebem adicional de insalubridade. Além disso, de acordo com o dicionário eletrônico Aurélio, a palavra insalubre significa: "doentio, não salubre"[159]. Assim sendo, o termo "insalubre" é um local propício à doença, já denota um ambiente degradante e inapropriado a qualquer pessoa, principalmente à mulher grávida e à criança de colo.

Dentre os diversos dispositivos constitucionais sobre a saúde, encontramos o primeiro dispositivo tratando sobre o tema na cabeça do artigo 6º da Constituição Federal, que prevê uma série de direitos sociais, como "a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"[160]. Verifica-se que a saúde é um direito fundamental prevista no rol dos direitos sociais.

Além disso, destaca-se a preocupação do constituinte com a proteção da saúde do trabalhador urbano e rural, ao estabelecer, no artigo 7º, inciso XXII, da CF, que: "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;"[161]. Já no inciso seguinte, XXIII, do mesmo artigo, o constituinte garantiu um adicional de insalubridade para trabalhadores que estão em locais que afetam a sua saúde.[162] O que demonstra que pelo menos desde 1988, quando a constituição foi promulgada, o constituinte já era ciente que locais insalubres eram

[159] Insalubre. Dicionário online Aurélio, 25 jul. 2018. Disponível em: https://dicionariodoaurelio.com/insalubre. Acesso em 25 jul. 2018.
[160] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constit uicaocompilado .htm. Acesso em:24jul. 2018.
[161] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado .htm. Acesso em:24jul. 2018.
[162] Art. 7 º, XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

prejudiciais à saúde do trabalhador e por isso se mostrou necessário um adicional na sua remuneração a fim de "compensar" esse tipo de labor.

Dessarte, interessante salientar que a Carta republicana, em seu artigo 7º, inciso XXXIII, não permite que menores de 18 (dezoito anos) labore a noite ou em locais perigosos ou insalubres, e é veementemente proibido qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos.[163] Isso nos mostra a incongruência que a reforma introduziu no ordenamento jurídico, pois os nascituros, que são mais vulneráveis que crianças e adolescentes, podem permanecer em ambientes insalubres no útero de suas mães, já o menor de dezoito anos não.

Outrossim, a Seção II, da Constituição, destina-se, exclusivamente, ao tema. Assim, no início, o artigo 196, caput, já preceitua que:

> "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."[164]

Esse dispositivo, de acordo com o professor José Afonso da Silva, é de eficácia limitada e programática. A norma de eficácia limitada possui aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porquanto necessita de uma lei em sentido estrito para torná-la plenamente eficaz no ordenamento jurídico. Ela é programática porque serve para nortear o legislador no processo legislativo.[165] Assim, quando criar uma lei para promover a saúde, mandamentos constitucionais que é explícito ao dizer que todos nós temos o direito de ter uma vida com saúde, que esse direito é universal, não podendo ser restringido. Ademais, o Estado deverá garantir a saúde de sua população através de serviços públicos acessíveis por qualquer classe social e econômica.

---

[163] XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

[164] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado .htm. Acesso em:24jul. 2018.

[165] SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 83.

Desta maneira, verifica-se que não basta promover a saúde da população como um todo. É necessário garanti-la, por intermédio de leis e políticas públicas, a fim de haver um constante progresso na sua efetivação no estado brasileiro. Uma população saudável, é uma população apta a promover o crescimento econômico e financeiro do país. Garantir a saúde significa criar leis que protegem os trabalhadores. Com isso, verifica-se que a reforma trabalhista foi um regresso legislativo, pois afrontou veementemente o direito à saúde da gestante e da criança.

Por conseguinte, os efeitos desse desastre legislativo poderá acarretar em futuros cidadãos debilitados, incapazes ao labor por doenças causadas quando em desenvolvimento no útero da mãe e na fase de amamentação. A curto prazo, a reforma trabalhista irá favorecer os empresários, principalmente da área da saúde, como hospitais, onde a maioria dos trabalhadores são mulheres (enfermeiras, técnicas de enfermagem, médicas). Consequentemente, irá fomentar a economia brasileira, pois permitirá que as obreiras trabalhem por um período maior durante a gestação e a lactação. Porém, em médio a longo prazo, poderá haver gastos extraordinários com saúde pública, assistência social, e previdência.

4.1.5 Do Direito à Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade Humana é considerado um supra princípio em um Estado Democrático de Direito. Pois ele irradia por todo o ordenamento jurídico. É considerado um princípio fundamental, o fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, não basta que a pessoa tenha direito à vida, ou seja, não basta ter o direito de estar vivo, é necessária uma existência com dignidade. A vida digna significa ser sujeito de direito e obrigações, poder se representar como um ser humano igualmente merecedor de respeito e ter capacidade de garantir mediante instrumentos constitucionais a proteção de sua condição como cidadão.

Destarte, de acordo com Bahia, o fundamento da dignidade da pessoa humana, que está logo no início da Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso

III[166] e significa "a elevação do ser humano ao patamar mais alto das considerações, com a finalidade de impedir a sua degradação e a sua redução a um mero objeto de manipulação."[167] Assim, o ser humano é sujeito de direitos e obrigações, merecedor de uma proteção efetiva do estado para não ter o risco de se tornar uma propriedade, vulnerável ao abuso de seu possuidor. Era o que acontecia com a escravidão, na qual o ser humano era tratado literalmente como um animal, submetido a uma escala árdua de trabalho, em ambientes insalubres, perigosos, penosos, além de estarem submetidos a tratamento degradante e cruel mediante tortura e sem receber remuneração.

Assim, ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, professor Alexandre de Moraes nos explica que:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...][168]

Com isso, todos nós precisamos respeitar esse fundamento, como base mínima de direito que irradia por todo o ordenamento jurídico. Além disso, o poder público tem de observar esses direitos intrínsecos das pessoas a fim de promover um sistema normativo que observa com seriedade os direitos humanos. Destaca-se que além de efetivá-los, é preciso garantir sua proteção e desenvolvimento, sob pena de retrocedemos ao momento escravocrata do século XVI ao XIX no Brasil.

No mesmo sentido, a professora Bahia leciona que o princípio da dignidade humana "Compreende a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida adequada, o respeito à igualdade entre os indivíduos, a garantia da

[166] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.
[167] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. p. 117.
[168] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 35.

independência e de sua autonomia, a coibição de qualquer obstáculo que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade."[169]

Entretanto, como verificado na reforma trabalhista, a mudança repentina de uma norma de saúde pública, que tem o potencial de afetar a vida saudável da gestante, do nascituro, do lactando, ou seja, da família brasileira, é um regresso normativo abusivo proposto pelos nossos representantes, o legislativo. Os direitos fundamentais da pessoa humana não podem sofrer mudanças arbitrárias, pois a dignidade da pessoa humana, como um princípio constitucional, um fundamento, possuidor de força normativa, num contexto de um Estado Constitucional, é considerada essencial para estabelecer um núcleo mínimo existencial do ser humano.

A prestação negativa de não fazer pelo Estado foi violada, o legislador usurpou do poder para influir diretamente àquela parte da sociedade que está em situação de vulnerabilidade física, psíquica e econômica, qual seja, as gestantes, as lactantes e as crianças. Assim, não é digna a norma que flexibiliza um direito intrínseco do ser humano.

4.2 Da (In)constitucionalidade do Artigo 394 – A, incisos II e III da lei 13.467 de 2017

No ordenamento jurídico brasileiro, prevalece a supremacia da Constituição, por isso, as leis têm de buscar seus fundamentos de validade na Carta Maior, caso contrário serão consideras nulas. Nesta oportunidade, insta analisar todos os dispositivos da lei 13.467 de 2017, confrontados (artigo 394 – A, incisos II e III da lei 13.467 de 2017) à luz da Constituição Federal. Por conseguinte, estabelecer se merecem ser mantidos no ordenamento jurídico brasileiro ou se necessitam ser declaradas materialmente inconstitucionais por ferir direitos fundamentais.

Analisando o artigo 394-A, verifica-se que ele prescreve que está incluído na remuneração o adicional de insalubridade. Com isso, nota-se que ao estabelecer que

[169] BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017. p. 117.

esse adicional está na remuneração, conclui-se que permite o labor em ambientes inapropriados à gestação. Além disso, o inciso II, do artigo 394 – A, ao permitir o afastamento do trabalho quando a gestante apresentar atestado médico, o legislador direcionou a responsabilidade da apresentação do atestado para ser afastar do labor a parte vulnerável da relação de trabalho.

Ressalta-se que isso denota uma irrazoável imposição legal, pois é inimaginável no contexto das relações de trabalho no Brasil, que se imponha à trabalhadora o dever de decidir entre a saúde de sua prole (laborando em local insalubre) ou uma inevitável demissão (afastando-se do trabalho mediante atestado médico).

Ante o exposto, o artigo 394 – A, caput, e o inciso II, da Consolidação das Leis Trabalhista, introduzidos pela lei 13.467 de 2017, merecem ser declarados inconstitucionais por ferir o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado (artigo 1º, inciso IV; artigo 193; artigo 200, inciso VIII; e artigo 225, todos da Constituição Federal), o direito à igualdade (artigo 5º, caput, da Constituição), da proteção à maternidade e à infância (artigo 6º, caput, artigo 201, inciso II e artigo 203, inciso I, da Constituição), da saúde (artigo 6º, caput, artigo 7º, incisos XXII e XXIII, e artigo 196, caput) e o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988).

Já os preceitos do inciso III, do artigo 394-A, da CLT, demonstra uma aparente conformidade com a Constituição Federal, porquanto quando a lactante está em serviço insalubre, ela poderá usar equipamentos de proteção individual – EPI que preserve a sua integridade física e a qualidade do leite materno, não restando prejudicado em primeiro momento o desenvolvimento da criança. Contudo, à luz do princípio da igualdade perante a lei (artigo 5º, caput, da Constituição Federal), não é razoável admitir que servidoras públicas lactantes estejam proibidas de trabalhar em locais insalubres, enquanto há a possibilidade jurídica das celetistas trabalharem nesses locais. Com isso, verifica-se que o inciso III, merece ser declarado inconstitucional por afrontar o direito fundamental da igualdade e da dignidade da

pessoa humana (artigo 5º, caput, e artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988).

5 CONCLUSÃO

A evolução do Estado e dos direitos fundamentais foram frutos de gradativas conquistas pela humanidade, por intermédio, de guerras, lutas, movimentos, revoluções. Foi um processo longo, porém progressivo. Conquistamos direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira dimensões, que foram surgindo e sendo normatizados nas nossas constituições dos estados soberanos. Esses direitos passaram a ter aplicação imediata e força normativa, protegidos por garantias constitucionais que possibilitaram que tanto as instituições como os cidadãos pudessem intervir ativamente contra arbitrariedades e abuso do poder.

Porém, foi constatado que esses direitos não estavam sendo conferidos igualmente às mulheres, que também fizeram parte das guerras, lutas, movimentos e revoluções para conquistar as dimensões de direitos fundamentas. Assim, surgiram os movimentos feministas, como a primeira, segunda e terceira ondas, que buscavam nada mais que a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Infelizmente nessa luta, as mulheres se viram praticamente sozinhas, porém se mostraram fortes ao se unirem para alcançar substancialmente os direitos conferidos aos homens.

Observou-se que a concretização dos direitos fundamentais das mulheres foi ainda mais morosa e árdua. As mulheres, como no caso da Maria da Penha, tiveram que lutar contra o preconceito e pelo direito de ser mulher. Ir de encontro às instituições públicas, que estavam contaminadas pelo machismo, para buscar o desenvolvimento de políticas públicas para criação de leis que efetivamente a protejam. Lutamos para conseguir o direito de votar e de ser votada, lutamos contra a violência doméstica, lutamos para preservar a saúde e o bem- estar dos nossos filhos através de licença maternidade, estabilidade no trabalho até cinco meses após o parto, lutamos para conseguir maior proteção no mercado de trabalho, lutamos para impedir diferença de salários entre homens e mulheres que exercem a mesma

função, e continuamos lutando para preservar nossos direitos em busca da igualdade de gênero.

A luta faz parte do processo de conquista e manutenção de direitos, assim Ihering, em seu livro - A Luta pelo Direito - reza que: "A vida do direito á a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos."[170] Isso foi o que as mulheres demonstraram ao longo dos movimentos feministas. Assim, é preciso lutar para manter os nossos direitos vivos. Destaca-se que Ihering preceitua que: "Todo o direito do mundo foi assim conquistado, todo ordenamento jurídico que se lhe contrapôs teve de ser eliminado e todo direito, assim como o direito de um povo ou de um indivíduo teve de ser conquistado com luta"[171] Diante disso, todo direito que é contrário ao ser humano deve ser abolido do sistema jurídico do país, através da manifestação do povo.

Os direitos fundamentais da mulher previstos na Constituição, também possui aplicação imediata, força normativa e a potencialidade de irradiar por todo o ordenamento jurídico. O que possibilita concluir que há a constitucionalização da Consolidação das Leis Trabalhistas, que é uma lei infraconstitucional, que busca seu fundamento de validade na Carta Magna e por esse motivo necessita observar os direitos fundamentais da mulher sob pena de ferir os princípios do Estado Democrático de Direito.

É imprescindível que o poder público observe as características desses direitos, como a proibição do retrocesso, que preceitua a proteção da garantia dos direitos fundamentais pelo Estado que não pode piorar porquanto é preciso continuar com sua constante evolução para o progresso da humanidade. Assim, a flexibilização da reforma trabalhista não observou essa proteção mínima consagrada pela Constituição, pois os dispositivos do artigo 394-A, afrontou diretamente os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proteção da

[170] IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.
[171] IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

maternidade, da gestação e da infância, além da saúde que é direito de todos e dever do Estado.

Todavia, felizmente, a República Federativa do Brasil possui instituições públicas e instrumentos jurídicos que permitem que sejam protegidos os preceitos constitucionais. Com isso, contra essa anomalia legislativa há o poder judiciário que é competente para fazer o controle concreto de constitucionalidade através dos remédios constitucionais, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI. Nesse caso, é possível que o Supremo Tribunal Federal (Corte Constitucional) analise o caso e verifique se este está conforme a nossa Carta Maior.

Diante do exposto, como verificado na impetração ADIN 5605, o Conselho Nacional de Saúde, que era a favor do trabalho em ambientes insalubres, argumentou que a proibição do trabalho de gestantes nesses locais vai de encontro aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da função social da propriedade, do livre exercício da profissão, da igualdade e da proporcionalidade. Porém, destaca-se que ao permitir esse tipo de labor das gestantes e lactantes, verificamos que esses preceitos vão de encontro aos direitos e princípios do meio ambiente do trabalho equilibrado, o direito à igualdade, da proteção à maternidade e à infância, da saúde e o da dignidade da pessoa humana.

Além disso, em conformidade com Calil, e fazendo uma interpretação sistemática dos direitos conferidos à gestante na Constituição, verifica-se que esta garante não só a estabilidade e a licença gestante de forma expressa, mas também prevê implicitamente a proibição de trabalho em local insalubre sob qualquer grau à gestante e lactante.[172]Assim, concluímos que a proibição do trabalho nesses locais está implicitamente refutado pela Magna Carta e por isso serve, esse direito serve como parâmetro para averiguar a constitucionalidade da lei federal (CLT).

[172] CALIL, Léa Silingowschi. *Direito do trabalho da mulher*: ontem e hoje, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&a rtigo_id=1765. Acesso em: 21 de mai. 2018.

Isso significa que, por haver pluralidade de direitos e garantias conferidos a todos através de um documento supremo, há direitos que recaem em algumas categorias e fundamenta alguns interesses, ocorrendo, assim, um aparente conflito entre direitos constitucionais. Diante disso, no contexto da reforma trabalhista, verifica-se que há de um lado os interesses econômicos de um grupo e de outro lado o interesse em preservar o direito da mulher.

Destarte, destaca-se que os direitos fundamentais não são absolutos, eles podem ser flexibilizados. Agora, cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer a colisão entre direitos fundamentais para verificar quais irão prevalecer no ordenamento jurídico brasileiro. Desta maneira, é imprescindível que se respeite os seus núcleos mínimos desses direitos, utilizando-se de técnicas e princípios interpretativos pré-estabelecidos, a fim de promover justiça social e preservar a segurança jurídica da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ACRE. Lei Complementar n° 39, de 29 de Dezembro de 1993. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações Públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público. Disponível em: https://www.tjac.jus.br/wp- content/uploads/2014/07/leicomp39.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

ADI 5605, df. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEl etronico.jsf?seqobjetoincidente=5065325. Acesso em: 25 de abr. 2018.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5065325 . Acesso em 28 de abr. 2018.

ALAGOAS. Lei n° 5.247, de 26 de Julho de 1991. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado de Alagoas, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://dados.al.gov.br/dataset/48c37660-1926-4c9d-aa3d- 7009e7f7681a/resource/bdfc6b03-9121-4b35-9905-51330c28b213/download/lei5.247de26.07.1991.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

ALVES, Branca Moreira; PINTANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo.* São Paulo: Abril Cultura Brasiliense, 1982. P. 42.

AMAPÁ. Lei n° 0066, de 03 de Maio de 1993. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado, das Autarquias e Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: https://sead.portal.ap.gov.br/legislacao.php?d=286&a=232. Acesso em: 21 mai. 2018.

AMAZONAS. Lei n° 1.762, de 14 de Novembro de 1986. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas. Disponível em: http://www.ale.am.gov.br/wp- content/uploads/2015/10/Estatuto-dos-Funcionarios-Publicos-Civis-do-Estado-do-Amazonas- editado.pdf . Acesso em: 21 mai. 2018.

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife, PE: Armador, 2017.

BAHIA. Lei n° 6.677, de 26 de Setembro de 1994. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=72545. Acesso em: 21 mai. 2018.

BERALDO, Nicole. Ministério da Saúde Lança Campanha de Amamentação, 2018. Disponível em: http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43891-ministerio-da-saude- lanca-nova-campanha-de-amamentacao. Acesso em: 30 de jul. 2018.

BARROSs, Rodrigo Janot Monteiro de. CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.287/2016. ART. 394-A DA CLT. AFASTAMENTO DE EMPREGADA GESTANTE E LACTANTE DE AMBIENTE OU ATIVIDADE INSALUBRE. ADAPTAÇÃO A AMBIENTE OU ATIVIDADE SALUBRE NOS PERÍODOS DE GESTAÇÃO E LACTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE GRAVAME EXTREMO À ATIVIDADE ECONÔMICA, DESPROPORCIONAL AO BENEFÍCIO ALCANÇADO. ALEGADO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE, À LIVRE INICIATIVA, AO LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO, AOS PRINCÍPIOS ISONÔMICO E DA PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTOS DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, V; 5º, I, XIII, XXII; 6º, 7º, XXVI e XXX; 60, § 4º, IV E 170, II, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMA DE SAÚDE PÚBLICA. PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DA MULHER GESTANTE E LACTANTE, DO NASCITURO E DA CRIANÇA LACTENTE. PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL DA INFÂNCIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA LIVRE INICIATIVA. FATOR DE ESTÍMULO À

ELIMINAÇÃO OU REDUÇÃO DA INSALUBRIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO. MEDIDA NECESSÁRIA E PROPORCIONAL AO BENEFÍCIO SOCIAL ALMEJADO. CR/88, ARTS. 1º, III, IV; 6º, 7º, XX, XXII; 170, III; 201, II; 203, I; 227. CONVENÇÃO 103 DA OIT. No 182778/2017-AsJConst/SAJ/PGR, 02 de ago. 2017. Parecer no tocante a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.605/DF, que pretende declarar a inconstitucionalidade da lei 13.287/2016 (ART. 394-A DA CLT). Parecer nº 182778/2017 de 02 de agosto de 2017. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível: em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5065325. Acesso em 25 set. 2017.

BRASIL. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13. Jul. 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017- 785204-publicacaooriginal-153369-pl.html. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Lei nº 13.287, de 11. mai. 2016. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13287-11-maio-2016-783089- publicacaooriginal-150352-pl.html . Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 26 ago.2017.

BRASIL. Código Civil. Lei n 10.406, de 10 de Janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 out. 2017

BRASIL. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Decreto nº 4.377, de 13 de Setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Dispõe sobre o regime jurídicos dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. Lei Complementar nº 840, de 23. dez. 2011. Disponível em:

http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txt Numero=840&txtAno=2011&txtTipo=4&txtParte=.. Acesso em: 29. Dez. 2017.

BRASIL. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Lei nº 8.112, de 11 de dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 29. Set. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.287, de 11. Mai. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.287, de 11. Mai. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm. Acesso em: 26 set. 2017.

BRASIL. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Decreto nº 1.973, de 1º de Agosto de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. RESOLUÇÃO CA/IHBDF Nº 3/2017, de 1º de dez. 2017. Aprova o Regulamento Próprio do Processo de Seleção para Admissão de Pessoal do Instituto Hospital de Base do Distrito Federal, Brasília, DF, dez 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5605. Plenário. Relator: Ministro Edson Fachin, 05 de outubro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcesso Eletronico.jsf?seqobjetoincidente=5065325 Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5938. Plenário. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 26 de abril de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEl etronico.jsf?seqobjetoincidente=5447065 Acesso em: 26 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n° 244. In: MIESSA, Élisson et al. Súmulas. Bahia: Juspodivm, 2017. p. 358.

CALIL, Léa Silingowschi. *Direito do trabalho da mulher: ontem e hoje*, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1765. Acesso em: 21 de mai. 2018.

CEARÁ. Lei n° 9.826, de 14 de Maio de 1974. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Disponível em: http://www.cb.ce.gov.br/html/coletanea/pdf/lei%209826_estatuto%20dos%20func%20civis. pdf.. Acesso em: 21 mai. 2018.

CONSOLIM, Veronica Homsi. Segunda onda feminista: desigualdade, discriminação e política das mulheres, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/segunda-onda-feminista-desigualdades- culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/. Acesso em: 11 de mar. 2018.

CONSOLIM, Veronica Homsi. Terceira onda feminista: O que pede a terceira onda feminista?, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/15/o-que- pede-terceira-onda-feminista/. Acesso em: 12 de mar. 2018.

CORDEIRO, Luis Fernando. Processo do Trabalho Descomplicado. 4 ed. Brasília: Luis Fernando Cordeiro.

DANIEL, Clítia. *Feminismo segundo a perspectiva marxista*, 2016. Disponível em: http://liberdadeeluta.org/node/133. Acesso em: 21 de mar. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar n° 46, de 31 de Janeiro de 1994. Regime Jurídico Único dos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Estado do Espírito Santo, de qualquer dos seus Poderes Disponível em: https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Leis/LEI%2046%20%20ESTATUTO%20DOS%20SERVIDORES%20P%C3%9ABLICOS%20ESTADUAIS.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

FECOMERCIOSP. *Reforma trabalhista: como será o trabalho de gestantes em ambientes insalubres?*, 2017. Disponível em: http://www.fecomercio.com.br/noticia/reforma- trabalhista-como-sera-o-trabalho-de-gestantes-em-ambientes-insalubres. Acesso em 24 de set. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9◦ ed. Bahia: JusPodivm, 2017.

GOIÁS. Lei n° 10.460, de 22 de Fevereiro de 1988. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás e suas Autarquias. Disponível em: http://www.portaldoservidor.go.gov.br/post/ver/169453/direitos. Acesso em: 22 mai. 2018.

HONÓRO, Cláudio; OLIVEIRA, Fabrício Gonçalves de. *Retrocesso sem precedentes*: a reforma trabalhista e os danos extrapatrimoniais, 2017. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/14/retrocesso-sem-precedentes-reforma- trabalhista-e-os-danos-extrapatrimoniais/ . Acesso em 26 de ago. 2017.

JANON, Renato da Fonseca. *A tal da "Reforma Trabalhista" é inconstitucional*, 2016. Disponível em: https: //portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/376361596/a-tal-da- reforma-trabalhista-e-inconstitucional. Acesso em: 26 de ago. 2017.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Insalubre. Dicionário online Aurélio, 25 jul. 2018. Disponível em: https://dicionariodoaurelio.com/insalubre. Acesso em 25 jul. 2018.

JUNIOR, Gilberto Carlos Maistro. “Provocações” iniciais sobre a prevalência do negociado sobre o legislado e a “Reforma Trabalhista”, 2017. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/provocacoes-iniciais-sobre-a-prevalencia-do-negociado- sobre-o-legislado-e-a-reforma-trabalhista-por-gilberto-carlos-maistro-junior/. Acesso em 23 de set. 2017.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LASALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. MARANHÃO. Lei Estadual n° 6.107, de 27 de Julho de 1994. Estatuto dos servidores públicos civis do estado e dá outras providências. Disponível em: http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=1034.. Acesso em: 21 mai. 2018.

MARCELINO, Giovanna Henrique. *ESPECIAL JUNTAS: As sufragistas e a primeira onda do feminismo*, 2016. Disponível em: https://juntos.org.br/2016/01/especial-juntas-as- sufragistas-e-a-primeira-onda-do-feminismo/. Acesso em: 10 de mar. 2018.

MATO GROSSO. Lei Complementar n° 04, de 15 de Outubro de 1990. Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/85/640/file/OFICINAS/LC_04-1990- 106(6).pdf.. Acesso em: 21 mai. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Lei n° 1.102, de 10 de Outubro de 1990. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20171002173322.pdf.. Acesso em: 21 mai. 2018.

MIESSA, Élisson et al. CLT Comparada com a Reforma Trabalhista. Bahia: Juspodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. *REFORMA ERRA AO PERMITIR ATUAÇÃO DE GRÁVIDA E LACTANTE EM LOCAL INSALUBRE*, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/111554/2017_melo_raimundo_reforma_erra.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em 24 de set. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MINAS GERAIS. Lei n° 869, de 05 de Julho de 1952. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html. Acesso em: 21 mai. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Caderneta da Gestante. Disponível em: http://portalms.saude.gov.br/saude-para-voce/saude-da-mulher/caderneta-da-gestante Acesso em 30 de jul. 2018.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NÓBREGA, Mariana. Pandora Livre: *Quem foram as suffragettes?*, 2015. Disponível em: http://pandoralivre.com.br/2015/12/25/quem-foram-as-suffragettes/. Acesso em: abr. 2018.

PADILHA, Norma Sueli. *O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental*. Disponível em: https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2011/n%204/Equil%C3%ADbrio%20do%20meio%20ambiente%20 do%20trabalho%20-%20direito%20fundamental%20do%20trabalhador%20e%20de%20espa%C3%A7o%20interdisciplinar%20entre%20o%20Direito%20do%20Trabalho%20e%20o%20Direito%20Ambien tal.pdf. p. 232. Acesso em 15.08.2018.

PARÁ. Lei n° 5.810, de 24 de Janeiro de 1994. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará. Disponível em: http://www.sectet.pa.gov.br/sites/default/files/arquivos/anexos/Lei%205810-RJU.pdf . Acesso em: 21 mai. 2018.

PARAÍBA. Lei Complementar n° 58, de 30 de Dezembro de 2003. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: http://sspcpb.com.br/lei-complementar-no-58-de-30-de-dezembro-de-2003/. Acesso em: 21 mai. 2018.

PARANÁ. Lei n° 6174 de 16 de Novembro de 1970. Estabelece o regime jurídico dos funcionários civis do Poder Executivo do Estado do Paraná Disponível em: http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=10297& codItemAto=108841. Acesso em: 21 mai. 2018.

PERNAMBUCO. Lei n° 6.123, de 20 de Julho de 1968. Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Pernambuco. Disponível em: http://www.portais.pe.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=e963389d-8746-4eef-bd12- 819694e80d93&groupId=4356545. Acesso em: 21 mai. 2018.

PIAUÍ. Lei Complementar n° 13, de 03 de Janeiro de 1994. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Piauí, das autarquias e das Fundações públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/12457. Acesso em: 21 maio 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIO DE JANEIRO. Decreto n° 2.479, de 08 de Março de 1979. REGULAMENTO DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/968d5212a901f75f0325654c00612d5c/2caa8a7c2265 c33b0325698a0068e8fb. Acesso em: 21 mai. 2018.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei Complementar n° 122, de 30 de Junho de 1994. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado e das Autarquias e Fundações Públicas Estaduais, e Institui o Respectivo Estatuto e dá outras Providências. Disponível em: http://www.mp.rn.gov.br/controle/file/REGIME_JURIDICO_UNICO.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Lei Complementar n° 10.098 de 03 de Fevereiro de 1994. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/10.098.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

RONDÔNIA. Lei Complementar n° 68, de 09 de Dezembro de 1992. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado de Rondônia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais e dá outras providências. Disponível em: http://www.idaron.ro.gov.br/portal/legislacao/arquivos/exibir.ashx?arquivo=73&especie=Lei &Num=68&ano=1992 . Acesso em: 21 mai. 2018.

RORAIMA. Lei Complementar n° 053, de 31 de Dezembro de 2001. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado de Roraima e dá outras providências. Disponível em: http://www.tjrr.jus.br/legislacao/phocadownload/LeisComplementaresEstaduais/2001/lce%20 n.%20053%20-%20atualizada.pdf. . Acesso em: 21 mai. 2018.

SANTA CATARINA. Lei n° 6.745 de 28 de Dezembro de 1985. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Disponível em: http://www.sea.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=30&Itemid= 64&lang=. Acesso em: 21 mai. 2018.

SÃO PAULO. Lei n° 10.261, de 28 de Outubro de 1968. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei- 10261-28.10.1968.html. Acesso em: 21 mai. 2018.

SERGIPE. Lei n° 2.148, de 21 de Dezembro de 1977. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Sergipe. Disponível em:

http://www.sergipeprevidencia.se.gov.br/wp- content/uploads/2016/03/estatuto-funcionario-publico.pdf . Acesso em: 21 mai. 2018.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26ago. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42128. Acesso em: 18 mar. 2018.

SILVA, Itatiara Meurilly Santos. Princípio da Igualdade e o Trabalho da Mulher, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=673%201. Acesso em: 08 de set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327056. Acesso em 24 de set. 2017.

TOCANTINS. Lei n° 1.818, de 23 de Agosto de 2007. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins. Disponível em: https://central3.to.gov.br/arquivo/251100/. Acesso em: 21 mai. 2018.

A PROTEÇÃO AOS ANIMAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tayane da Silva Gonçalves

RESUMO

A presente pesquisa versa a respeito do direito constitucional de proteção dos animais, abarcado dentro do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. Será feito uma análise dos dispositivos protecionistas da fauna, em especial das normas constitucionais que protegem o meio ambiente enquanto objeto essencial para garantir ao homem uma vida sadia e estende essa proteção a fauna, por ser considerada como um bem ecológico. No trabalho será analisada a desconstituição do entendimento predominante de que a proteção jurídica dos animais decorre simplesmente com o intuito de manter o equilíbrio ecológico, uma vez que analisando o dispositivo constitucional art. 225, inciso VII, §1°, nota-se uma forma autônoma de proteção dos animais distinta da manutenção do equilíbrio ambiental. Será exposto um dos desafios da proteção constitucional do animal, que consiste na preservação de sua integridade física em casos em que o seu sofrimento é inerente a determinadas práticas realizadas pelo ser humano, como no caso de manifestações culturais envolvendo os animais. Por fim será analisada a solução encontrada para o desfecho de casos em que a proteção dos animais colide com o direito de se manifestar culturalmente e os fundamentos que tem levado o Supremo Tribunal Federal a proferir entendimento favorável à proteção da fauna.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos é possível notar um debate a respeito da posição dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. Durante muito tempo os animais assumiram a posição de objeto e a sua proteção derivava do fato de fazerem parte do patrimônio de seus donos. Entretanto, como reflexo das mudanças sociais que vem

ocorrendo, os animais adquiriram um novo *status*, deixaram a sua natureza privatista e assumiram a natureza de bem difuso.

A mudança que vem ocorrendo em relação a maneira de enxergar os animais, tem resultado em diversos movimentos protecionista que tratam do tema, entre os quais há aqueles que defendem que as normas protetoras inclinam para o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos e os que defendem que o protecionismo animal nada mais é do que uma manifestação do antropocentrismo, na medida em que o homem somente protege a outra espécie porque causa–lhe sofrimento ver o animal sofrer.

Em que pese os discursos envoltos no protecionismo animal, atualmente a proteção da fauna decorre primordialmente de os animais fazerem parte do meio ambiente, haja vista que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente passou a ser um bem jurídico, devendo ser protegido pelo Poder Público e por toda a coletividade. Como integrante do meio ambiente, os pressupostos de proteção se estendem, igualmente, à fauna, inclusive o direito de ter sua proteção elevada à matéria de direito fundamental.

Neste contexto, o primeiro capítulo do estudo consiste em um breve relato a respeito do surgimento dos pensamentos em prol da proteção jurídica dos animais, tendo em vista que foram movimentos que contribuíram de forma efetiva para que fossem elaboradas normas de proteção. Logo após, será narrado um breve contexto histórico, a fim de expor as diversas normas de caráter infraconstitucionais e constitucionais que foram elaboradas a respeito do protecionismo.

No segundo capítulo será explanado o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como um direito fundamental de terceira geração, por conseguinte será exposta a extensão desse direito a fauna.

No terceiro capítulo será analisado um dos problemas que impede a efetividade da proteção da integridade física do animal, no qual consiste no uso cruel dos animais em determinadas manifestação culturais. Nesse capitulo, também será

abordado à solução adequada para se aplicar em casos em que o dever de proteção animal colide com o direito de manifestação cultural e o entendimento da Corte Suprema em casos envolvendo a mesma situação fática da mencionada.

Por fim, será analisada a proteção dos animais não com o cunho puramente ecológico, mas como uma forma autônoma de proteção, diversa da intenção de resguardar o meio ambiente para o fim de fornecer uma vida sadia e com qualidade para a humanidade.

Assim, o presente trabalho pretende analisar a proteção constitucional jurídica dos animais e sua colisão com os outros direitos fundamentais, em especial, com o direito de manifestações culturais, bem como a prevalência daquele direito sobre os demais considerando os fundamentos jurídicos debatidos pela Corte Suprema em decisões assentadas na proteção animal. Haja vista, que não se trata somente de uma proteção meramente ecológica, mas sim de uma interpretação do dispositivo que veda atos de crueldade contra os animais, sem permitir possibilidade de afastamento dessa vedação, mesmo em casos em que o homem deverá abrir mão de algum prazer.

No tocante aos procedimentos técnicos utilizados para a realização da pesquisa, insta salientar o predomínio do uso de doutrinas jurídicas, bem como de artigos acadêmicos e periódicos, além da análise de entendimentos prolatados pela Corte Suprema acerca de manifestações culturais em que usavam os animais, e por derradeiro, do exame das singularidades de ações diretas de inconstitucionalidade a respeito do tema.

2 O SURGIMENTO DA NOÇÃO QUE OS ANIMAIS MERECEM PROTEÇÃO

A história humana é marcada por uma frequente interação com os animais. Desde a antiguidade, os homens participam de diversas atividades envolvendo a espécie animal, como exemplo, pode-se citar o uso de animais na caça e pesca.

A interação existente entre homem e animal vem repercutindo na maneira em que o ser humano trata os animais. Enquanto que uma parte da população mundial passou a tratar os animais como deuses[1], grande parte da sociedade passou a exercer domínio sobre eles, enxergando-os sob um viés antropocêntrico.

O antropocentrismo é a forma mais antiga no tratamento existente na relação entre homem e animal que ainda reflete até os dias atuais. Consiste no homem estar no centro de todo o universo e por isso deve ser servido pelos outros elementos que compõem o cosmo, tais como os animais[2].

Esse maior valor intrínseco dado ao ser humano legitimou que o mesmo tivesse uma visão meramente instrumental e secundária a respeito dos demais seres[3], uma vez que todas as outras espécies dotadas de algum potencial eram vistas como um recurso a ser explorado[4].

Nesse contexto, os animais eram considerados tão somente como uma ferramenta à disposição do homem, estando sujeitos a toda sorte de manipulação advinda da exploração humana.

Aristóteles foi um dos filósofos favoráveis ao antropocentrismo. O filósofo defendia que havia uma hierarquia natural na natureza, na qual o homem estaria no topo e abaixo estariam aqueles que possuem uma menor capacidade de raciocinar, e, por isso, deveriam servir ao que estivesse no topo[5].

---

[1] ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis, 2001. p. 18.

[2] ABREU, Ivy de Souza; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *Antropocentrismo.* Disponível em: http://www.portalsao francisco.com.br/historia-geral/antropocentrismo . Acesso em: 31 ago. 2018.

[3] FERRAZ PASSOS, Caroline. Os desafios da proteção jurídica dos animais contra práticas de crueldade: hermenêutica constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 81, p. 109- 143, jan/jun. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPGE-SP_n.81.pdf#page=119. Acesso em 08 ago 2018.

[4] ABREU, Ivy de Souza; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *Antropocentrismo*. Disponível em: http://www.portalsaofran cisco.com.br/historia-geral/antropocentrismo. Acesso em: 31 ago 2018.

[5] MENESES, Renato Carlos Cruz; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. O especismo como argumento filosófico da não aceitação do animal como sujeito de direitos. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 218-234, Jul./Dez. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322594805_O_Especismo_Como_Argumento_Filosofico_da_Nao_Ac

O antropocentrismo prevaleceu nas relações entre homem e animal durante séculos, até mesmo porque o pensamento predominante da época era de que os animais não detinham capacidade de sentir dor[6], o que enfatizava a predominância do homem sobre eles. Porém diversas pesquisas científicas foram efetuadas, a fim de averiguar a capacidade dos animais em sentir dor, e concluíram que o mecanismo da dor associado à destruição de células ou de tecidos do organismo funciona de forma semelhante em todos os seres[7].

Assim, com a constatação de que os animais são seres sencientes, levantaram-se grupos sociais e filósofos humanistas que pretendiam mudar a visão antropocêntrica da época e consequentemente coibir os atos que pudessem causar sofrimento ou dor aos animais. Filósofos como Jeremy Bentham (1748-1832), Charles Darwin (1808-1882) e Tom Regan (1938-2017) são exemplos de opositores ao antropocentrismo que, ao elaborar críticas a esse movimento, desmistificaram a visão antropocêntrica prevalecente da época[8].

O filósofo utilitarista Jeremy Bentham é considerado um dos pioneiros na elaboração dos direitos de proteção animal. Elaborou diversas críticas ao antropocentrismo e visava fornecer aos animais tratamento mais humanitário, sendo um de seus dizeres mais conhecidos a seguinte passagem:

> Poderá existir um dia em que o resto da criação animal adquirirá aqueles direitos que nunca lhe poderiam ter sido

---

eitacao_do_Animal_Como_Sujeito_de_Direitos/fulltext/5a61f9c6a6fdccb61c505112/322594805_O_Especismo_Como_Argumento_Filosofico_da_Nao_Aceitacao_do_Animal_Como_Sujeito_de_Direitos.pdf?origin=publication_d etail . Acesso em 28 set. 2018.

[6] FERRAZ PASSOS, Caroline. Os desafios da proteção jurídica dos animais contra práticas de crueldade: hermenêutica constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 81, p. 109- 143, jan/jun. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/b ibli_boletim/bibli_bol_2006/RPGE-SP_n.81.pdf#page=119. Acesso em 08 ago 2018.

[7] FERRAZ PASSOS, Caroline. Os desafios da proteção jurídica dos animais contra práticas de crueldade: hermenêutica constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 81, p. 109- 143, jan/jun. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/b ibli_boletim/bibli_bol_2006/RPGE-SP_n.81.pdf#page=119. Acesso em 08 ago 2018.

[8] NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. *Direito Fundamentais dos Animais.* Belo Horizonte*:* Arraes, 2012. p. 26.

> retirados senão pela mão da tirania. Os franceses descobriram já que a negrura da pele não é razão para um ser humano ser abandonado sem mercê ao capricho de um algoz. Poderá ser que um dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a forma da extremidade do os sacrum são razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível ao mesmo destino. Que outra coisa poderá determinar a fronteira do insuperável? Será a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo ou cão adultos são incomparavelmente mais racionais e comunicativos do que uma criança com um dia ou uma semana ou mesmo um mês de idade. Suponhamos que eram de outra forma -que diferença faria? A questão não é: Podem eles raciocinar? nem: Podem eles falar? mas: Podem eles sofrer?[9].

Charles Darwin seguiu o mesmo entendimento de Bentham. E, ao publicar o livro ´A Origem das Espécies´, no ano de 1871, refutou os fundamentos que legitimavam o domínio do homem sobre os animais. Darwin prova que as diferenças existentes entre homem e animal são apenas de grau e não de categoria, ou seja, as capacidades que definem a mente humana também são encontradas nos animais. Assim, o homem não teria nenhum privilégio sobre outras espécies, pois todos os seres teriam uma responsabilidade na cadeia evolutiva e o homem era só mais uma espécie em meio a tantas outras[10].

Tom Regan, filósofo destaque na defesa dos direitos dos animais, lutava pela sua liberdade completa. Escreveu o livro 'Jaulas Vazias', no qual defende o fim da exploração animal em todos os aspectos e critica as concepções utilitaristas que tratam do tema. Regan aborda que o utilitarismo permite que um indivíduo seja desrespeitado, quando o resultado daquele desrespeito apresente benefícios para o maior número de indivíduos possíveis[11]. Abaixo está um dos trechos do livro mencionado:

---

[9] BENTHAM, Jeremy *apud* SINGER, Peter. *Libertação Animal*. 1975. p. 23. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/6628411/libertacao-animal---peter-singer. Acesso em 02 out. 2018.

[10] SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. *Revista de Direito Ambiental*, v. 9, n. 36, p. 85-109, out./dez. 2004. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/88539 . Acesso em 28 set 2018.

[11] SILVA, Jucirene Oliveira Martins da. Especismo: Porque os animais não-humanos devem ter seus interesses considerados em igualdade de condições em que são considerados os interesses semelhantes

> Ser bondoso com os animais não é suficiente. Evitar a crueldade não é suficiente. Independentemente de os explorarmos para a nossa alimentação, abrigo, diversão ou aprendizado, a verdade dos direitos dos animais requer jaulas vazias e não jaulas mais espaçosas[12].

Para Regan, existem basicamente três posições distintas predominantes na relação entre homem e animal. Os conservadores, adeptos do antropocentrismo; contrariamente ao antropocentrismo os movimentos abolicionistas, que lutam pelo fim da exploração animal em todas as situações, e os reformistas, também chamados de bem-estaristas, os quais requerem tratamentos melhores aos animais[13].

2.1 Visões contrárias ao antropocentrismo

Adotando o exposto por Tom Regan e conforme as mudanças sociais que ocorrem em relação ao tema, atualmente existem dois principais movimentos atuando na defesa dos animais: os abolicionistas e os bem-estaristas.

Os abolicionistas são aqueles que lutam pela libertação dos animais, considera-os como seres detentores de direitos subjetivos[14]. Defendem, também, a igualdade entre os animais, pois, para este movimento não há justificativa para a distinção que se faz entre as espécies, que permitem uns animais serem utilizados como alimentos, outros em experimentos científicos e outros ainda como objetos de divertimento humano[15].

---

dos seres humanos. *Revista internacional de filosofia da moral*. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 51 - 62, Jun. 2009. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2009v8n1p51. Acesso em 02 out. 2018.

[12] REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/22840581/tom-regan-jaulas-vazias-encarando-o-desafio- dos-direitos-animais Acesso em 28 set 2018.

[13] BRÜGGER, Paula. Nós e os outros animais: Especismo, Veganismo e educação ambiental. *Linhas Críticas*, Brasília, v. 15, n. 29, p. 197-214, jul./dez. 2009. p. 202. Disponível em: http://www.redalyc.org/html/1935/193514388002/ . Acesso em 02 out. 2018.

[14] RODRIGUES, Danielle Tetu. O Direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. Curitiba: Juruá, 2004. p. 206-207.

[15] MAZZOCHI, Fernanda; PEREZ, Pablo Luiz Barros. O Abolicionismo animal e a participação do poder público através da tributação passiva. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 7, n. 5, p. 141-167, Jul/ Dez. 2010. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11042/7963. Acesso em 02 out. 2018.

Já a corrente bem-estaria defende uma possível qualidade de vida aos animais. Difere-se da abolicionista ao não priorizar o fim do uso dos animais, mas sim procurar diminuir os sofrimentos enfrentados por esses quando estão diante do homem[16].

Trata-se de um conceito científico, que mensura a qualidade da vida de um animal durante um determinado momento[17]. Assim, o ser humano deve fornecer aos animais a maximização de bem–estar possível nas relações que os envolvem.

O filósofo Peter Singer, defende que deve ser aplicado na relação entre homem e animal aquilo que entende como o "Princípio da Igual Consideração de Interesses". Esse princípio aborda que as atitudes do homem não podem considerar somente os seus interesses, mas devem considerar os interesses de todos os seres afetados pelas suas ações, incluindo os animais. Para que seja aplicado o princípio na relação entre ser humano e animal, deve ser considerada a dor que os animais sentem com as ações humanas[18].

Partindo dos ideais do movimento bem-estarista, foram então elaboradas as normas de proteção animal, que visam diminuir o sofrimento do animal. Todavia, nota-se falta de eficácia dessas normas, o que decorre de diversos fatores, dentre eles a ausência de punição mais severa[19].

2.2 Proteção aos animais no âmbito jurídico brasileiro

[16] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora LTDA, 2013. p. 149.

[17] BROOM, D.M.; MOLENTO, C.F.M. Bem-estar animal: conceito e questões relacionadas – revisão. Archives ofVeterinary Science, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 1-11. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/267995802_BEMESTAR_ANIMAL_CONCEITO_E_QUESTOES_REL ACIONADAS___REVISAO_Animal_welfare_concept_and_related_issues_-_Review. Acesso em 02 out. 2018.

[18] OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de. O princípio de igual consideração de interesses semelhantes na ética prática de Peter Singer. Barbaroi, Santa Cruz, n. 34, jun. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65782011000100013 . Acesso em 02 out. 2018.

[19] CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio; VITAL, Aline de Oliveira. Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. Revista brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 10, n. 18, p. 137-175, jan/abr. 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103930/direitos_animais_garantia_castro.pdf. Acesso em 02 out. 2018.

A sistematização de normas de proteção aos animais teve início em 1924, com o Decreto de nº 16.590. O decreto regulamentava as atividades das casas de diversões públicas, proibindo as rinhas de galo e canário, as corridas de touros, de novilhos e garraios e demais formas de entretenimento que resultassem em maus tratos aos animais[20].

Dez anos após, houve o verdadeiro reconhecimento da proibição de maus tratos aos animais. Ao ser estabelecido em 10 de julho de 1934, no Governo de Getúlio Vargas, o Decreto-lei nº 24.645 que, em seu artigo 3º, caracterizou todas as práticas consideradas como maus tratos e as enquadrou como contravenção penal[21]. Confira-se abaixo:

> Art. 3º Consideram-se maus tratos:
>
> - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;
>
> - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;
>
> - obrigar animais a trabalhos excessívos ou superiores ás suas fôrças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo;
>
> - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração, só para animais domésticos, ou operações outras praticadas em beneficio exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou no interêsse da ciência;
>
> - abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem coma deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária;
>
> - não dar morte rápida, livre de sofrimentos prolongados, a todo animal cujo exterminio seja necessário, parar consumo ou não;

[20] RODRIGUES, Danielle Tetu. *O Direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa.* Curitiba: Juruá, 2004. p. 64.

[21] SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista Amicus Curie*, Santa Catarina, v. 12, n. 2, p. 184-202, Jul./Dez. 2015. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-animais-no-direito-brasileiro-desafios-e-perspectivas. Acesso em 02 out. 2018.

- abater para o consumo ou fazer trabalhar os animais em período adiantado de gestação;

- atrelar, no mesmo veículo, instrumento agrícola ou industrial, bovinos com equinos, com muares ou com asininos, sendo somente permitido o trabalho etc conjunto a animais da mesma espécie;

- atrelar animais a veículos sem os apetrechos indispensáveis, como sejam balancins, ganchos e lanças ou com arreios incompletos incomodas ou em mau estado, ou com acréscimo de acessórios que os molestem ou lhes perturbem o funcionamento do organismo;

- utilizar, em serviço, animal cego, ferido, enfermo, fraco, extenuado ou desferrado, sendo que êste último caso somente se aplica a localidade com ruas calçadas;

Xl - açoitar, golpear ou castigar por qualquer forma um animal caído sob o veiculo ou com ele, devendo o condutor desprendê-lo do tiro para levantar- se;

- descer ladeiras com veículos de tração animal sem utilização das respectivas travas, cujo uso é obrigatório;

- deixar de revestir com couro ou material com identica qualidade de proteção as correntes atreladas aos animais de tiro;

- conduzir veículo de terão animal, dirigido por condutor sentado, sem que o mesmo tenha bolaé fixa e arreios apropriados, com tesouras, pontas de guia e retranca;

- prender animais atraz dos veículos ou atados ás caudas de outros;

- fazer viajar um animal a pé, mais de 10 quilômetros, sem lhe dar descanso, ou trabalhar mais de 6 horas continuas sem lhe dar água e alimento;

- conservar animais embarcados por mais da 12 horas, sem água e alimento, devendo as emprêsas de transportes providenciar, saibro as necessárias modificações no seu material, dentro de 12 mêses a partir da publicação desta lei;

- conduzir animais, por qualquer meio de locomoção, colocados de cabeça para baixo, de mãos ou pés atados, ou de qualquer outro modo que lhes produza sofrimento;

- transportar animais em cestos, gaiolas ou veículos sem as proporções necessárias ao seu tamanho e número de cabeças, e sem que o meio de condução em que estão encerrados esteja protegido por uma rêde metálica ou idêntica que impeça a saída de qualquer membro da animal;

> - encerrar em curral ou outros lugares animais em úmero tal que não lhes seja possível moverem-se livremente, ou deixá-los sem água e alimento mais de 12 horas;
>
> - deixar sem ordenhar as vacas por mais de 24 horas, quando utilizadas na explorado do leite;
>
> - ter animais encerrados juntamente com outros que os aterrorizem ou molestem;
>
> - ter animais destinados á venda em locais que não reunam as condições de higiene e comodidades relativas;
>
> - expor, nos mercados e outros locais de venda, por mais de 12 horas, aves em gaiolas; sem que se faca nestas a devida limpeza e renovação de água e alimento;
>
> - engordar aves mecanicamente;
>
> - despelar ou depenar animais vivos ou entregá-los vivos á alimentação de outros;
>
> XXVII. - ministrar ensino a animais com maus tratos físicos;
>
> - exercitar tiro ao alvo sobre patos ou qualquer animal selvagem exceto sobre os pombos, nas sociedades, clubes de caça, inscritos no Serviço de Caça e Pesca;
>
> - realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado;
>
> - arrojar aves e outros animais nas casas de espetáculo e exibí-los, para tirar sortes ou realizar acrobacias;
>
> transportar, negociar ou cair, em qualquer época do ano, aves insetívoras, pássaros canoros, beija-flores e outras aves de pequeno porte, exceção feita das autorizares Para fins ciêntíficos, consignadas em lei anterior[22].

Possibilitou também aos animais o direito de serem assistidos em juízo pelos membros do Ministério Público ou pelos membros da Sociedade Protetora dos animais[23].

[22] BRASIL. *Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D2 4645impressao.htm. Acesso em 01 out. 2018.

[23] BRASIL. *Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D2 4645impressao.htm. Acesso em 01 out. 2018.

Por ser uma das poucas normas que enumerou as práticas de maus tratos aos animais, este decreto ainda é utilizado como parâmetro para caracterizar a prática[24], sobretudo visto que as normas atuais vigentes não elencaram todos os atos considerados como crueldade contra os animais.

Na mesma linha, a próxima legislação a proibir as práticas de crueldade foi o Decreto-Lei 3.688, de 1941, conhecido como Lei das Contravenções Penais, o qual, em seu artigo 64, complementa o Decreto 24.645/1934, ao apresentar preceitos que visam à proteção animal[25]. O ato de crueldade contra os animais é mantido pelo referido decreto apenas como uma contravenção penal. Consistindo a pena para quem incorrer nessa contravenção em prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil reais, podendo ser aumentada pela metade quando o animal é submetido a trabalho excessivo ou crueldade em espetáculo público[26].

Vale ressaltar que, mesmo com a presença dessas normas com intuito de defender os animais, até aquele momento a fauna tinha natureza privatista. Era considerada como *res nullius*, coisa pertencente a ninguém, mas que poderia vir a pertencer caso fosse ocupada por alguém, ou seja, todos os animais eram considerados como objetos de propriedade[27].

Em 1967, foi sancionada a Lei 5.197, conhecida como Lei de Proteção à Fauna, que se encontra vigente até os dias atuais, a qual tem proibido qualquer ato de crueldade contra os animais silvestres, considerando os atos nocivos aos animais como crime.

Apesar de proibir os atos de crueldade aos animais, a Lei de Proteção à Fauna, nos seus artigos 1º, §§1º e 2º, 2º e 3º, permitiu alguns tipos de atividades que

[24] CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes*. Campinas-SP: Millennium, 2005.
[25] RODRIGUES, Danielle Tetu. *O Direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 66.
[26] BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/Decreto-Lei/Del3688.htm.
[27] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

podem ocasionar dor ou sofrimento aos mesmos[28]. Por exemplo, permite que o homem exerça alguns tipos de caça, mesmo a caça sendo considerada uma atividade humana que apresenta como resultado um desequilíbrio ambiental levando à extinção diversas espécies de animais. Logo após, a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, Lei nº 6.938 de 1981, introduziu a fauna no conceito de meio ambiente, por constatar a sua influência no equilíbrio ecológico[29]. A fauna deixa sua natureza de propriedade, passando a ser um bem jurídico ambiental administrado pelo Estado.

Neste contexto, a preocupação em resguardar os bens ambientais, nos quais a fauna está incluída, se arrastou e no ano de 1998 foi sancionada a Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, que reservou em seu texto um capítulo destinado a tratar dos animais domésticos e da fauna silvestre[30] [31].

A partir daí várias outras normas de caráter estadual, municipal e até federal foram sancionadas com o intuito de proteger os animais. Inclusive determinados estados, como o de São Paulo vedaram expressamente em suas Constituições o ato de crueldade contra os animais [32] [33].

---

[28] BRASIL. *Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm . Acesso em 01 out. 2018.

[29] BRASIL. Lei nº 6.983, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 01 out. 2018.

[30] VASCONCELLOS, Artur Carvalho. *Proteção jurídica dos animais circenses.* 2012. 30 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – ciências jurídicas e sociais na faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/artur_vasconcellos.pdf . Acesso em 02 out. 2018.

[31] BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm . Acesso em 01 out. 2018.

[32] FERRAZ PASSOS, Caroline. Os desafios da proteção jurídica dos animais contra práticas de crueldade: hermenêutica constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 81, p. 109- 143, jan/jun. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/b ibli_boletim/bibli_bol_2006/RPGE-SP_n.81.pdf#page=119 . Acesso em 08 ago 2018.

[33] Art. 193, inciso X, da Constituição do Estado de São Paulo, que assim dispõe: "*proteger a flora e a fauna, nesta compreendidos todos os animais silvestres, exóticos e domésticos, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, fiscalizando a extração, produção, criação, métodos de abate, transporte, comercialização e consumo de seus espécimes e subprodutos*". Disponível em: http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.n

2.3 Constitucionalização da proteção animal

As Constituições anteriores à de 1988 não dispuseram especificamente sobre os bens ecológicos, por conseguinte sobre os animais ou alguma atividade que os envolvesse. Isto porque as preocupações da época estavam unicamente direcionadas às questões de ordem econômica e social. A primeira Constituição republicana, de 1981, limitou-se à apenas atribuir à União competência para legislar sobre as suas minas e terras[34].

Já a Constituição de 1934 abriu o leque na proteção ambiental. No seu texto acrescentaram-se as águas, as florestas, a proteção das belezas naturais e dos monumentos de valor histórico[35]. Além de seu artigo 5º conferir à União competência exclusiva para legislar sobre a caça, a pesca e sua exploração[36].

Na Constituição de 1934, o poder constituinte, ao se manifestar diretamente sobre a caça e a pesca, apenas incluiu a fauna como parte de elementos ambientais e não teve o intuito de protegê-la. Tendo em vista que na década de 30 não havia uma preocupação acerca da preservação ecológica, então a razão para se legislar sobre a caça e a pesca derivava dos recursos financeiros advindos dessas práticas[37].

Convém ressaltar, entretanto, que mesmo que a Constituição de 1934 tenha mencionado a fauna apenas por uma questão econômica, a simples manifestação já significou um grande marco para a proteção ambiental. Bessa afirma: "a Constituição Federal de 1934 estimulou o desenvolvimento de uma legislação

sf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c 52903256d63004f305a?OpenDocument . Acesso em 08 ago. 2018.

[34] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 63.

[35] CASTRO, Nicolao Dino de; NETO, Costa. *Proteção Jurídica do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p 119.

[36] BRASIL. *Constituição (1934).* Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 08 ago 2018.

[37] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora LTDA, 2013. p. 49.

infraconstitucional preocupada com a proteção ambiental, dentro de uma abordagem de conservação de recursos econômicos"[38].

Os elementos do meio ambiente somente tiveram amplitude no âmbito constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu texto demonstra uma preocupação em preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nos dizeres de José Afonso da Silva: "A Constituição Federal de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista"[39]. A Constituição Federal de 1988 destina um capítulo para proteger o meio ambiente, o capítulo VI do Título VIII, intitulado como a 'Ordem Social'. A questão ambiental então passa a ser tratada no âmbito constitucional de forma explícita, não só no capítulo mencionado, mas em todo o texto[40].

Cita-se alguns dispositivos constitucionais que fazem menção expressa aos bens ecológicos como, por exemplo: (i) o artigo 5°, inciso LXXIII, que concede legitimidade a qualquer cidadão para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente; (ii) o art. 23, incisos VI e VII, que atribui como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas, preservar as florestas, a fauna e a flora; e (iii) o art. 24, inciso VI, o qual mudou a competência para legislar sobre a fauna[41].

Nota-se que antes da Constituição de 1988 pertencia exclusivamente à União o dever de legislar sobre a caça e a pesca. Com o art. 24, inciso VI, os Estados, o Distrito Federal e a União passaram a ter competência concorrente para legislar a respeito das atividades da caça, da pesca, bem como das florestas, fauna,

[38] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 63.
[39] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 49.
[40] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 50.
[41] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set 2018.

conservação da natureza, defesa do solo, dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

No capítulo da Constituição Federal que trata exclusivamente do meio ambiente, considerado o núcleo da proteção ambiental[42], o seu art. 225 reconhece o meio ambiente como bem de uso comum do povo, que deve ser resguardado para as presentes e futuras nações. No mesmo diploma legal, precisamente no inciso VII,

§ 1°, deixa de forma expressa e individualizada a proteção da fauna como elemento integrante do meio ambiente, proibindo o desenvolvimento de atividades capazes de interferir no equilíbrio ambiental ou que submetam os animais à crueldade na forma da lei[43].

Importante mencionar que a inclusão da fauna na Constituição Federal decorre da constatação de que ações humanas frente aos animais no tocante a deslocamentos de seus habitats naturais, bem como o seu uso de forma desenfreada em algumas atividades podem ocasionar na extinção das espécies, além de atrapalhar no desenvolvimento das mesmas. Tais fatores resultam em desequilíbrio ambiental, uma vez que os componentes do ecossistema estão relacionados entre si. Nesse sentido, a modificação de um desses componentes acarreta o desequilíbrio ecológico[44].

> As pessoas, deliberada ou acidentalmente, também contribuem para o desequilíbrio ecológico. A maioria dos impactos causados pela ação humana ocorre de maneira intensa, impedindo a natureza de neutralizá -la em razão de sua grande magnitude. Um exemplo disso é quando movem organismos de um continente para o outro, como o caso dos perdizes e faisões, que foram introduzidos na América do Norte para o esporte da caça. Os europeus também introduziram coelhos e raposas na Austrália para a finalidade esportiva. Com isso, ao longo do tempo, espécies podem ser levadas à extinção pela introdução de novos predadores[45].

[42] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 53.
[43] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 256.
[44] BARBOSA, Rildo Pereira. *Fauna e Flora Silvestre*. São Paulo: Erica, 2014. p. 92-93.
[45] BARBOSA, Rildo Pereira. *Fauna e Flora Silvestre*. São Paulo: Erica, 2014. p. 93.

Dessa forma, verifica-se que em relação à proteção animal esta passou a ocorrer não só no âmbito infraconstitucional como também constitucionalmente. A elevação da proteção animal a nível constitucional foi um grande progresso, uma vez que a Constituição de 1988 é uma das poucas no mundo a vedar expressamente o ato de crueldade contra os animais, além de ser a primeira Constituição brasileira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Entretanto, apesar desse grande avanço, ainda há muito que se progredir, tendo em vista que, mesmo com a presença de dispositivos constitucionais protecionistas, os animais desnecessariamente têm sofrido com atos de crueldade, principalmente quando estão frente a algum bem jurídico do homem.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles direitos tidos como imprescindíveis para a sobrevivência do homem e, por isso, recebem uma valoração maior por parte da sociedade, devendo ser resguardados pelo Estado[46]. São direitos decorrentes de um longo processo histórico, no qual passaram a ser manifestar conforme a cultura de uma nação e em cada marco temporal.

À vista disso, os direitos fundamentais passaram a se manifestar em três gerações. A primeira geração passou a ser composta pelos direitos de natureza individual. Os direitos pensados nessa primeira geração foram construídos em 1789 com a Revolução Francesa, o qual visavam à criação de um Estado menos intervencionista. Assim, sua principal característica é de direitos oponíveis ao Estado. Como exemplo, têm-se os direitos civis, de liberdade e políticos[47].

A segunda geração dos direitos fundamentais é constituída pelos direitos sociais e foi pensada a partir do século XX, período em que havia uma constante luta em prol da coletividade. Nesse período a sociedade requereu do Estado uma maior

[46] BELLO FILHO, Ney de Barros. *Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um direito ambiental no Século XXI*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 98.
[47] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 578.

intervenção com o intuito de atender às necessidades básicas da população, tais como direitos trabalhistas. A esse respeito foram estabelecidos além dos direitos trabalhistas, os culturais e econômicos[48].

Logo após, manifestaram-se os direitos fundamentais de terceira geração. Os mencionados direitos surgiram em detrimento da necessidade de se tutelar os direitos de toda uma coletividade. São direitos voltados à sobrevivência dos homens e do planeta.[49] Diferente dos direitos de primeira e segunda geração, os sujeitos da relação da terceira geração não consistem no cidadão-cidadão ou cidadão-Estado, mas sim, baseia-se em uma titularidade difusa, coletiva e transindividual[50]. O direito à paz, à solidariedade e ao desenvolvimento são alguns exemplos.

Os direitos fundamentais possuem como principal característica a noção de fundamentalidade, na medida em que são essenciais para o ordenamento jurídico[51].

Essa fundamentalidade pode estar evidenciada tanto no prisma material quanto formal.

A noção de fundamentalidade *formal* é vista em normas constitucionais em que o seu texto jurídico as positivas como direitos fundamentais[52]. Atualmente na Constituição Federal, temos como exemplo da fundamentalidade formal os direitos fundamentais descritos em seu Título II, que consistem em: direitos individuais e coletivos descritos no art. 5ª da CF[53], chamados de direitos de personalidades, tais como à vida, igualdade, dignidade, segurança, honra, liberdade e à propriedade.

Por outro lado, a noção de fundamentalidade *material* decorre do fato de determinados conteúdos normativos tratarem de bens jurídicos essenciais para o

[48] PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2014. p. 219-220.
[49] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: DelRey, 2011. p. 600-601.
[50] AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional.* 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.
[51] AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 121.
[52] AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.
[53] BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set 2018.

ordenamento jurídico, havendo uma relevância de seu conteúdo a nível fundamental, mesmo que não estejam dispostos expressamente na Constituição como direitos fundamentais[54]. A possibilidade do reconhecimento de direitos fundamentais do ponto de vista material é aceita tanto pela doutrina quanto pelo Supremo Tribunal Federal. É admitida a identificação das referidas normas quando se detecta um vínculo entre o bem jurídico protegido e um dos valores que resguarda a dignidade humana, quais sejam, a liberdade, igualdade, segurança e propriedade[55].

3.1 Direitos fundamentais e o meio ambiente: direito de terceira geração

O direito ao meio ambiente equilibrado passa a ser considerado como um direito fundamental, precisamente de terceira geração, mediante a noção de fundamentalidade material. A sua configuração como direito de terceira geração está embarcada na concepção do meio ambiente equilibrado ser um direito que atinge tanto o ser humano individualmente como a coletividade[56]. O caput do artigo constitucional que trata da proteção do meio ambiente, art. 225, ao apresentar as expressões "todos têm direito", "bem de uso comum do povo", "presentes e futuras nações" confirma que se trata de um direito de natureza difusa, não podendo assim mensurar a quantidade de pessoas atingidas por esse direito[57].

A fundamentaliade material, reconhecida ao direito ambiental, decorre da importância da ecologia para a sobrevivência da espécie humana. O Supremo

[54] AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123.
[55] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142.
[56] BELINI, Patrícia Maleski; REIKDAL, Cleverton. Como o poder judiciário brasileiro resolve hard cases de conflito entre direito ambiental e direito cultural. In: Congresso acadêmico de direito constitucional, 1, 2017, Rondônia. Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional, Rondônia: edição atual, 2017. Disponível em: http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongdireitoconstitucional/article/view/165. Acesso em 03 out. 2018.
[57] BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set 2018.

Tribunal Federal, ao julgar o recurso MS 22.164/SP, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, reconheceu o meio ambiente como direito fundamental:

> Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RE134.297 –SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), de um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e a própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício da presente e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeneracionais marcado pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social (CELSO LAFER, "A reconstrução do Direitos Humanos", p. 131/132, 1988, Companhia das Letras)[58].

Da mesma forma, posicionou-se Antônio Herman Benjamim acerca da fundamentalidade do direito ao meio ambiente na Constituição:

> A fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional ("Todos têm direito..."); segundo na medida em que o rol do art. 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu § 2º, não é exaustivo (Direitos fundamentais há – e muitos – que não estão contidos no art. 5º); terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantido no art. 5º, caput, reflexamente, recebe deste as bênçãos e aconchego[59].

Com efeito, a importância de considerar como direito fundamental o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado se dá devido à degradação ambiental afetar diretamente a qualidade de vida do homem, acarretando em um dos valores que resguarda a dignidade humana, a vida. Doutrinadores como Paulo de Bessa Antunes relacionam a fundamentalidade do direito ambiental, como pressuposto essencial dos direitos fundamentais da vida e da saúde:

---

[58] RASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança. *MS 22.164-0/SP*. Tribunal Pleno. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 30 de outubro de 1995. p 19. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691. Acesso em: 27 set 2018.

[59] BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73.

> O valor que sustenta a norma ambiental é o reflexo no mundo ético das preocupações com a própria necessidade de sobrevivência do Ser Humano e da manutenção das qualidades de salubridade do meio ambiente, com a conservação das espécies, a proteção das águas, do solo, das florestas, do ar e, enfim, de tudo aquilo que é essencial para a vida, isso para não se falar da crescente valorização da vida de animais selvagens se domésticos [60].

Indubitavelmente, por detrás da proteção constitucional do meio ambiente encontra-se o princípio da dignidade humana, o qual é o epicentro de todo o catálogo dos direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana coloca o ser humano como titular dos direitos fundamentais[61] e garante ao homem o direito de sobreviver com aquilo que se entende como essencial para uma vida digna.

A sadia qualidade de vida descrita no artigo 225 da CF/1988 reflete a intenção do poder constituinte em elevar a proteção ambiental a nível constitucional como forma de aplicabilidade do princípio da dignidade humana. Haja vista que a qualidade de vida conforme os padrões constitucionais exigidos para a sobrevivência humana só seria possível com um meio ambiente equilibrado[62].

Em razão de manter o equilíbrio ecológico, a Constituição Federal em seu artigo 225, inciso VII, especifica os elementos ecológicos que devem ser guardados pelo Poder Público, dentre os quais a fauna está incluída. A inclusão da fauna no direito fundamental ao meio ambiente equilibrado garante também a ela o direito fundamental de ser protegida. Percebe-se, assim, que há uma fundamentalidade reconhecida aos animais, enquanto bens ecológicos passíveis de sofrimento.

Vale ressaltar que a proteção constitucional da fauna não está colocando esta como titular de direitos fundamentais, tendo em vista que a Constituição Federal assegura a titularidade dos direitos fundamentais primordialmente ao homem e em alguns casos as pessoas jurídicas, por exemplo, em casos de inviolabilidade de

[60] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas S.A, 2014.
[61] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora LTDA, 2012.
[62] SARLET, Ingo Wolfgang. *Princípios do direito ambiental.* São Paulo: Saraiva, 2017. p. 66.

domicilio[63]. Entretanto, está reconhecendo a existência de um valor intrínseco na vida dos animais, que não devem ser vistos meramente como um instrumento[64].

A fundamentalidade reconhecida aos animais impõe ao poder público e toda coletividade o dever de protegê-los, garantindo-lhe certa dignidade, mesmo quando essa proteção implicar em desvantagem ao homem. Como bem explica o doutrinador Sarlet:

> Certo é que mesmo a prevalecer à tese de que não há como atribuir aos seres vivos não humanos, especialmente aos animais, na condição de seres sensitivos, a titularidade de direitos humanos, o reconhecimento da fundamentalidade (e mesmo dignidade!) da vida para além da humana implica pelo menos a existência de deveres – fundamentais – de tutela (proteção) desta vida e desta dignidade. Ainda que não haja consenso a respeito da matéria, especialmente sobre se o que existe é apenas uma tutela jurídico-objetiva da vida humana, ou se existe uma titularidade subjetiva de direitos fundamentais, que apenas não poderiam ser exercidos "pessoalmente", no plano processual, pelos seus titulares, o fato é que já existem diversas decisões judiciais, inclusive do STF, reconhecendo, como decorrência também do direito fundamental a um meio ambiente saudável e dos dispositivos constitucionais versando sobre a proteção da fauna, a necessária proteção dos animais, ainda que em detrimento do exercício de determinados direitos ou interesses de pessoas ou grupos humano[65].

Em síntese, o direito ao meio ambiente equilibrado foi elevado a nível fundamental, o que possibilitou aos bens ecológicos o direito de ter sua proteção resguardada pelo Estado. O dever de proteção estatal é destinado de forma universal a todos aqueles bens tidos como ecológicos, tais como, a flora e a fauna. A especificação da proteção da fauna como fruto do reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado resulta em um determinado valor intrínseco conferido aos animais. Tal valor dado aos animais pelo poder constituinte

[63] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.
[64] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora LTDA, 2012. p. 226.
[65] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora LTDA, 2012. p. 226.

deve ser respeitado pelo Poder Público e por toda coletividade, mesmo que resulte na diminuição da prática de determinadas atividades já exercidas pelo ser humano.

4 IMPLICAÇÕES DO TEMA: USO DOS ANIMAIS EM MANIFESTAÇÕES CULTURAIS

4.1 Antecedentes no Supremo Tribunal Federal

A proteção animal esbarra em diversas implicações, entre elas o uso dos animais em determinadas manifestações culturais. Os animais utilizados em manifestações culturais podem vim a sofrer algum tipo de crueldade coibida pelas normas protecionistas. Quando ocorre de um animal ser passível de sofrimento em alguma atividade cultural o protecionismo animal encontra barreira por serem as manifestações culturais um direito fundamental.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal já analisou casos concretos em que houve o conflito entre o direito a manifestações culturais e ao protecionismo constitucional da fauna, enquanto integrante do meio ambiente. Através da análise minuciosa desses direitos os ministros proferiram entendimento favorável aos animais, no sentindo de que as práticas em que os animais são tratados de forma inadequada distanciando do bem-estar previsto nas normas protetoras devem ser proibidas, mesmo que tais práticas ocorram dentro de um contexto cultural ou esportivo[66].

A respeito desse tema, os julgados com maior relevância jurídica consistem no julgamento das práticas culturais denominadas ‘Farra do Boi’ - RE 153.531-8 e ‘Rinha de Galo’ - ADI 1.856/RJ. Ambos os julgados tratam de manifestações culturais que envolvem os animais, nos quais foi aplicado o mesmo entendimento favorável à proteção da integridade física do animal enquanto bens integrantes do meio ambiente.

[66] BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983, referente a emenda Constitucional 96/2017, Lei 13.364/2016 e Lei 10.220/2001. *Revista brasileira de Direito animal*, v. 13, n. 03, p. 175-202, Set./Dez. 2017. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13826/9685 . Acesso em 03 out. 2018.

4.1.1 Farra do Boi - RE 153.531-8

À manifestação cultural denominada de 'Farra do boi', era um evento realizado no Estado de Santa Catarina, originada do Cristianismo, no qual um animal consagrado era sacrificado como forma de remissão de pecados, razão pela qual o evento ocorria principalmente durante os festejos da semana santa. A prática foi trazida ao Estado de Santa Catarina a partir da segunda metade do séc. XVII e pela ocupação do estado pelos açorianos no séc. XVIII[67].

A farra do boi consiste em um evento, no qual um boi, geralmente arisco e corredor, é comprado por um farrista ou um grupo de farristas. Após a compra, o animal é solto em determinado lugar e passa a ser alvo de provocações, agressões com paus, pedras, açoites, facas e todo tipo de instrumento que possa causar dor e resultar em uma morte lenta e dolorosa. O animal tenta fugir das agressões, contorcendo-se de dor, enquanto a multidão o persegue machucando-o até resultar em sua morte[68].

Por ser a farra do boi uma pratica indubitavelmente cruel, a Associação Amigos de Petrópolis – Patrimônio, proteção aos animais, defesa da ecologia, a liga de defesa dos animais, a Sociedade zoológica educativa e a Associação protetora dos animais ajuizaram ação civil pública objetivando a sua proibição. A ação foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim, os autores interpuseram o recurso extraordinário 153.531-8, alegando violação ao art.

[67] RANGEL, Helano Márcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da farra do boi a luz da ponderação e da jurisprudência do STF. *Revista do programa de pós-graduação em direito-UFC*, Ceará, v.30, n. 1, p 87-110, jan./jun. 2010 Disponível em: http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1238/1207 . Acesso em 28 set 2018.

[68] RANGEL, Helano Márcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da farra do boi a luz da ponderação e da jurisprudência do STF. *Revista do programa de pós-graduação em direito-UFC*, Ceará, v.30, n. 1, p 87-110, jan./jun. 2010 Disponível em: http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1238/1207 . Acesso em 28 set 2018.

225, inciso VII, § 1º da Constituição Federal, sob o argumento de que a farra do boi é uma manifestação cruel que deve ser proibida[69].

A segunda sessão do STF, por maioria de votos, julgou a ação procedente. Nos votos, o Ministro relator Francisco Rezek fundamentou que a farra do boi é, em suas palavras, "uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso"[70]. Em contrapartida, o Ministro Maurício Correa votou pela improcedência do recurso por entender que a farra do boi é uma manifestação cultural dos açorianos devendo ser garantida e assegurada pelo Estado e, caso haja excesso na manifestação, cabe ao poder de polícia estatal exercer a função repressora. O ministro ainda afirmou que a solução do caso é de aparato policial e não de provimento do recurso extraordinário[71].

Todavia, os ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira seguiram o voto do relator, no sentido de compreender que as manifestações culturais devem ser asseguradas pelo Estado, mas não atos cruéis. O Ministro Marco Aurélio argumentou que a crueldade é ímpar no evento e tem se expandido de tal forma que somente o término definitivo da prática pode evitar as crueldades. Assim, por maioria de votos a farra do boi restou proibida[72].

---

[69] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153.531-8*. Segunda Turma. Agravantes: Associação amigos de Petrópolis – Patrimônio, proteção aos animais, defesa da ecologia, a liga de defesa dos animais e outros. Agravado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de junho de 1997. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500 . Acesso em 12 ago 2018.

[70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153.531-8*. Segunda Turma. Agravantes: Associação amigos de Petrópolis – Patrimônio, proteção aos animais, defesa da ecologia, a liga de defesa dos animais e outros. Agravado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de junho de 1997. p. 400. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500 . Acesso em 27 set 2018.

[71] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153.531-8*. Segunda Turma. Agravantes: Associação amigos de Petrópolis – Patrimônio, proteção aos animais, defesa da ecologia, a liga de defesa dos animais e outros. Agravado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de junho de 1997. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500 . Acesso em 12 ago 2018.

[72] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153.531-8*. Segunda Turma. Agravantes: Associação amigos de Petrópolis – Patrimônio, proteção aos animais, defesa da ecologia, a

4.1.2 Rinha de Galo – ADI 1.856/RJ

Quanto à manifestação cultural rinha de galo, considerada também como um esporte, essa chegou ao Brasil através dos espanhóis no ano de 1530. É uma pratica acompanhada por pessoas que gostam de apostar, pois consiste em duas aves combatentes brigando entre si sob a influência dos organizadores do evento, enquanto as aves estão em combate os telespectadores fazem apostas em uma delas. Em muitos casos as aves brigam até a morte[73].

Em 26 de maio de 2011, o pleno do STF julgou a ADI 1.856/RJ interposta pelo Procurador Geral da República em face da Lei estadual de nº 2.895/98, que autorizava a realização de competições entre aves combatentes. Na ADI 1.856/RJ o procurador alegou que a lei estadual, ao permitir as competições entre as aves, viola normas constitucionais que proíbem práticas cruéis envolvendo os animais, e que o coerente seria a lei estadual buscar a efetividade ao direito constitucional ao meio ambiente equilibrado[74].

A Assembleia Legislativa manifestou-se pela improcedência do pedido, alegando que socialmente as rinhas de galo integram as comunidades do interior do Rio de Janeiro, além de gerar empregos na região. Juridicamente a Assembleia argumenta que a proteção constitucional da fauna não engloba os animais domésticos ou os domesticados, e, portanto, o protecionismo não se estende aos

liga de defesa dos animais e outros. Agravado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de junho de 1997. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500 . Acesso em 12 ago 2018.

[73] AGUIAR, José Otávio; ESCOBAR, Marco Lunardi. Aspectos histórico-legais das rinhas de galo na Paraíba: Uma prática cultural e problema sócio-ambiental. *Revista memória em rede*, Pelotas, v. 4, n. 10, p. 63-79, jan./jun. 2014. Disponível em: https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Memoria/article/view/9432/6156. Acesso em 27 ago. 2018.

[74] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.856/RJ*. Sessão Plenária. Requerente: Procurador Geral da República. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília. 26 de maio de 2011. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634. Acesso em: 4 set 2018.

galos de briga, posto que o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) os considera como aves domésticas[75].

Alegou ainda que a prática não fere o disposto no artigo 225, §1º, VII, tendo em vista que as aves brigam entre si sem qualquer interferência humana, e no dispositivo constitucional são proibidas as práticas humanas que submetem os animais à crueldade. Já o Governo do Estado do Rio de Janeiro alegou ser improcedente a ação por não enxergar na lei estadual alguma agressão ao meio ambiente ou como a lei estadual estaria desprotegendo a fauna, prejudicando sua função ecológica ou a submetendo à crueldade[76].

No julgamento da ADI 1.856, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, as rinhas de galo foram coibidas. O pleno da Corte Suprema entendeu que se trata de uma prática que submete os animais à crueldade. Durante o julgamento, o Ministro Celso de Mello fundamentou que o art. 225, § 1º, VII, da Constituição objetiva a proteção de todas as formas de vida, não se restringindo somente à vida humana, mas se estendendo à vida animal como um todo, incluindo os animais domésticos como os galos usados em rinhas de galo. O relator também afastou as alegações de que as rinhas de galo pudessem ser consideradas manifestação cultural, prática desportiva ou expressão folclórica[77].

O voto do ministro Ayres Britto também foi de grande peso para o deslinde da controvérsia, afirmando em seu voto que o art. 225, §1º, VII, faz parte de um contexto constitucional que prima por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o que é incompatível com qualquer ato de crueldade. Ademais,

[75] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.856/RJ*. Sessão Plenária. Requerente: Procurador Geral da República. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília. 26 de maio de 2011. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634. Acesso em: 4 set 2018.

[76] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.856/RJ*. Sessão Plenária. Requerente: Procurador Geral da República. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília. 26 de maio de 2011. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634. Acesso em: 4 set 2018.

[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.856/RJ*. Sessão Plenária. Requerente: Procurador Geral da República. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília. 26 de maio de 2011. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634. Acesso em: 4 set 2018.

argumentou que as rinhas de galo baseiam na "autoexecução de animais entre si", o que é repelido pela Constituição. Assim, por unanimidade de votos a ação foi julgada procedente, por conseguinte a Lei nº 2.895/98 restou declarada inconstitucional[78].

Dessa forma, é patente que o Supremo Tribunal Federal, analisando minuciosamente os casos de manifestações culturais colidirem com o direito de proteção à fauna, tem proferido entendimento considerando cruéis os atos que infringem sofrimento aos animais ainda que praticados dentro do âmbito cultural. Tal entendimento tem decorrido do final do inciso VII do art. 225 da Constituição, que veda qualquer prática que submeta animais à crueldade independentemente de a prática cruel estar abrangida no contexto de uma manifestação cultural.

4.2 A Vaquejada - ADI 4.983

A vaquejada é uma prática cultural desportiva, que teve início entre os séculos XVII e XVIII no sertão nordestino. Nesse período, não havia delimitação nas antigas fazendas de gado, então, em épocas de ferrar e comercializar o gado, geralmente no mês de junho, os vaqueiros tinham que sair em seus cavalos, a fim de reunir e selecionar o gado. Quando os vaqueiros se deparavam com bois ou touros mais ariscos, esses eram perseguidos e derrubados pela cauda[79].

Logo após os vaqueiros reunirem o gado, havia a festa de apartação, na qual o gado era dividido entre o fazendeiro e o vaqueiro. O vaqueiro recebia um quarto da produção de cinco em cinco anos, ou seja, a cada quatro bezerros que nasciam um era destinado a ser do vaqueiro. A atividade desempenhada pelos vaqueiros os tornava respeitados pela região, alguns chegavam, inclusive, a ser intitulados como

[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.856/RJ*. Sessão Plenária. Requerente: Procurador Geral da República. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília. 26 de maio de 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634. Acesso em: 4 set 2018.

[79] FELIX, Francisco Kennedy Leite; ALENCAR, Francisco Amaro Gomes de. O vaqueiro e a vaquejada: do trabalho nas fazendas de gado ao esporte nas cidades. *Revista Geográfica de América Central*, Costa Rica, v. 2, número especial EGAL, p. 1-13, jul./dez. 2011. Disponível em: http://www.redalyc.org/pdf/4517/451744820546.pdf . Acesso em 28 set 2018.

heróis. Tal fato resultou no aumento do número de interessados em realizar a atividade de correr atrás do gado e, por conseguinte, houve um maior interesse dos fazendeiros em ofertar prêmios para aqueles que reunissem o gado com êxito[80]. Neste contexto, surgiu a ideia da realização de disputas, que ao passar do tempo foi se expandindo e sofrendo alterações até chegar à atual vaquejada[81].

Atualmente a vaquejada é vista como uma modalidade esportiva, sendo discriminada como tal pela Lei Federal nº 10.220, de 11 de abril de 2001. E, em 29 de novembro de 2016, foi sancionada a Lei n° 13.364, de 29 de novembro de 2016, que proporcionou à vaquejada o status de manifestação da cultura nacional, além de elevá-la a nível de patrimônio cultural imaterial[82].

A vaquejada consiste basicamente na derrubada do gado através de sua cauda. Para isso participam da competição dois vaqueiros, o bate-esteira que tem o objetivo de entregar a cauda do animal ao outro vaqueiro, o puxador, e este, por sua vez, é responsável por derrubar o animal no lugar marcado[83].

É sabido que para a realização da vaquejada é indispensável o uso desenfreado dos animais, sem a observação dos limites impostos pela legislação protecionistas. Tanto o gado, que tem sua cauda puxada, quanto o cavalo utilizado pelos vaqueiros para a concretização do espetáculo, passam por situações que lhe causam mal-estar e sofrimento. Os competidores açoitam e esporam os equinos durante a competição, a fim de que eles corram na direção e velocidade visada por

[80] FELIX, Francisco Kennedy Leite; ALENCAR, Francisco Amaro Gomes de. O vaqueiro e a vaquejada: do trabalho nas fazendas de gado ao esporte nas cidades. *Revista Geográfica de América Central*, Costa Rica, v. 2, número especial EGAL, p. 1-13, jul./dez. 2011. Disponível em: http://www.redalyc.org/pdf/4517/451744820546.pdf . Acesso em 28 set 2018.

[81] Equipe Desce Boi - ApodiRN. Disponível em: http://equipedesceboi.weebly.com/historia-da-vaquejada.html Acesso em 28 set 2018.

[82] BRASIL. *Lei 13.364 de 29 de novembro de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em 03 out. 2018.

[83] PEREIRA, Renan Martins. *Agilidade e Prestígio no Sertão de Pernambuco: as relações ecológicas entre vaqueiros, cavalos, bois e caatinga nas competições de pega de boi no mato*. Disponível em: http://eventos.livera.com.br/trabalho/98-1020428_29_06_2015_21-03-56_3373.PDF. Acesso em 03 out. 2018.

eles. Já se constatou que esse comportamento dos competidores resulta em diversas fraturas e lesões, tais como, tendinites, exostoses e osteoartrites, nos equinos[84].

No tocante ao gado utilizado nas competições, esses em inúmeros casos têm suas caudas arrancadas violentamente, além de sofrerem lesões musculares; ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos; traumatismos graves na coluna vertebral, que podem resultar em patologias variadas, como paralisia, e de outras partes do corpo, a exemplo de fraturas ósseas. A cerca elétrica utilizada para demarcar o local da prova também pode vir a causar lesões graves ao animal, uma vez que o animal ao se encostar a ela fica passível de receber choques. Ademais, o confinamento prévio e as provocações infligidas aos animais geram estresse intenso, resultando em diversos transtornos comportamentais. A médica veterinária Ceres Faraco afirma que[85]:

> São animais que têm um medo acentuado, têm movimentos repetitivos, são animais que sofrem de uma ansiedade imensa, e isso faz com que eles tenham uma longevidade menor e, especialmente, são animais que têm uma alteração do ponto de vista comportamental. São animais que estão, de alguma maneira, determinados a viver um estado de sofrimento psicossomático [86].

Neste diapasão, percebe-se que o tratamento dado ao gado e equinos antes, durante e depois do evento, confirma que a vaquejada resulta em sofrimento aos animais. As próprias regras da vaquejada atestam a crueldade como inerente ao evento, tendo em vista que uma das regras consiste na derrubada do gado, no lugar

[84] BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983, referente a emenda Constitucional 96/2017, Lei 13.364/2016 e Lei 10.220/2001. Revista brasileira de Direito animal, v. 13, n. 03, p. 175-202, Set./Dez. 2017. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13826/9685 . Acesso em 03 out. 2018.

[85] BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983, referente a emenda Constitucional 96/2017, Lei 13.364/2016 e Lei 10.220/2001. *Revista brasileira de Direito animal*, v. 13, n. 03, p. 175-202, Set./Dez. 2017. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13826/9685 . Acesso em 03 out. 2018.

[86] FARACO, Ceres, Apud. BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983, referente a emenda Constitucional 96/2017, Lei 13.364/2016 e Lei 10.220/2001. *Revista brasileira de Direito animal*, v. 13, n. 03, p. 175-202, Set./Dez. 2017. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13826/9685 . Acesso em 03 out. 2018.

marcado, com as quatro patas viradas para cima, mediante a torção da sua cauda[87]. Posto isso, é de se compreender que a vaquejada é uma manifestação cultural que submete os animais à crueldade, não somente crueldade física como também moral e psicológica.Inclusive, a Corte Suprema já atestou que os atos ocorridos na vaquejada infringem sofrimento aos animais, através do julgamento da ADI 4.983/CE, ajuizadapelo Procurador-Geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada, em que os ministros manifestaram entendimento contrário ao evento. Por votação de 6 a 5[88], os ministros entenderam que se trata de uma manifestação cultural que atenta contra a vida dos animais, ferindo o direito de proteção ambiental disposto no art. 225 da CF[89].

4.3 Emenda Constitucional de nº 96/2017

Inobstante a fixação do entendimento de a vaquejada ser uma manifestação cultural que resulta em sofrimento aos animais, em 6 de junho de 2017 foi promulgada a emenda constitucional de nº 96 que acrescenta ao art. 225 o parágrafo 7º. O mencionado parágrafo propicia uma nova interpretação ao disposto no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, possibilitando a ocorrência de atos cruéis em eventos culturais. O novel dispositivo passa a não considerar cruéis as práticas desportivas caracterizadas como manifestações culturais que estejam registradas como bem de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural

[87] LIMA, Joyce Lázaro. A Prática Da Vaquejada Sob A Égide Da Constituição Federal Brasileira. *Ciência amazônida*, Porto Velho, v. 1, n. 2, p. 2551. 2017. Disponível em: http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/amazonida/article/view/3023/2551. Acesso em 28 set 2018.

[88] Os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia seguiram o voto do relator, Min Marco Aurélio, e declararam a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, proibindo a vaquejada, vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli.

[89] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI 4.983/CE*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874 . Acesso em 27 set 2018.

nacional [90]. O dispositivo torna sem efeito o núcleo de proteção constitucional dos animais em determinadas circunstâncias.

A emenda constitucional de nº 96/2017 é incompatível com as normas constitucionais de proteção à fauna. Enquanto que o poder constituinte originário impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteção da fauna de situações que resultem em crueldade, a citada emenda descaracteriza o ato de crueldade ocorrido no âmbito de uma manifestação cultural, mesmo em casos em que a crueldade é inerente à atividade. O conteúdo descrito na mencionada emenda ofende a limitação material do poder constituinte derivado[91].

Com efeito, o Poder Reformador tem função de alterar a Constituição acrescentando, modificando ou eliminando parte do seu texto, a fim de se adequar às exigências sociais. Possui como características a subordinação ao Poder Constituinte Originário; a derivação, por se tratar de poder secundário que se originou do Poder Constituinte e a limitação, pois além de estar restrito ao conteúdo descrito na Constituição não pode alterar as cláusulas pétreas[92].

Os limites impostos ao Poder Reformador podem ser de cunho temporal, circunstancial e material. A limitação temporal está ligada a uma determinação de tempo em que a Constituição deve ser modificada, na Constituição Federal de 1988 não há a presença dessa limitação. Já a limitação circunstancial impede que a Constituição seja reformada durante a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Por sua vez, a limitação material consiste no Poder Constituinte Originário estabelecer implicitamente ou expressamente quais matérias

[90] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Con stituicao/Emendas/Emc/emc96.htm. Acesso em 28 set 2018.
[91] BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983, referente a emenda Constitucional 96/2017, Lei 13.364/2016 e Lei 10.220/2001. Revista brasileira de Direito animal, v. 13, n. 03, p. 175-202, Set./Dez. 2017. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13826/9685 . Acesso em 03 out. 2018.
[92] AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*, 4 ed. Rio de Janeiro, 2008. p. 15-16.

ou conteúdo não poderão ser modificados pelo Poder Reformador - são as chamadas cláusulas pétreas[93].

As cláusulas pétreas perduram com a impossibilidade de serem inalteradas por configurarem, nos dizeres de Gilmar Mendes, "um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, que ele intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas"[94]. A identidade básica pensada pelo Poder Constituinte Originário deve ser resguardada pelo Poder Reformador. Não somente a rigidez do texto deve ser preservada, mas também a essência disposta na norma tida como cláusula pétrea. Assim, se uma cláusula pétrea dispõe que determinado bem jurídico deve ser protegido, não pode uma emenda dizer ao contrário do texto original ou impor restrições à proteção, pois estaria ferindo o núcleo essencial pensado pelo poder originário ao estabelecer aquela proteção.

A limitação material está disposta no art. 60, § 4º da atual Constituição, que assim dispõe: "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais"[95]. Em relação aos direitos e garantias individuais, a limitação material não se restringe aos dispostos no art. 5º da Constituição Federal, mas a todos aqueles tidos como direitos fundamentais [96].

Apesar de o dispositivo expressar como cláusula pétrea apenas os direitos fundamentais de natureza individual, a doutrina entende que todos os direitos fundamentais podem ser compreendidos como cláusula pétrea. Alguns defendem que o legislador teve a real intenção de consagrar dentro do termo 'direitos e

[93] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37º ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
[94] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 121.
[95] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set 2018.
[96] BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983, referente a emenda Constitucional 96/2017, Lei 13.364/2016 e Lei 10.220/2001. Revista brasileira de Direito animal, v. 13, n. 03, p. 175-202, Set./Dez. 2017. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13826/9685 . Acesso em 03 out. 2018.

garantias individuais' todos os direitos fundamentais. Efetivamente, tanto os direitos de natureza individual quanto os de natureza coletiva são direitos que carregam o pressuposto da dignidade humana, por compreenderem o princípio basilar de todo o catálogo dos direitos fundamentais o seu núcleo de proteção deve ser resguardado, como bem explica Marcelo Novelino:

> Assim como a proteção assegurada aos direitos e garantias individuais decorre de sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, direitos sociais decorrentes diretamente deste valor também devem ter o seu núcleo essencial preservado. Por certo, os direitos civis clássicos sem a complementação dos direitos sociais não conseguem concretizar adequadamente a dignidade da pessoa humana[97].

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado está, portanto, dentro da limitação material do poder reformador. A prerrogativa de não poder ser alterada por emenda se estende à norma descrita no art. 225, uma vez que se constitui de norma de direito fundamental. O núcleo essencial de proteção ao meio ambiente deve permanecer perpetuamente, bem como a essência que rege a proteção da fauna.

Nos termos do art. 225, §1º, inciso VII, as práticas que submetam os animais à crueldade são vedadas, ressaltando-se que nesse artigo não foi manifestada a possibilidade de o Poder Reformador descaracterizar atos de crueldade em determinadas circunstâncias. A intenção protecionista do poder originário deve ser mantida em sua essência.

Nesse contexto, é indubitável que a emenda constitucional de nº 96/2017, ao legitimar práticas cruéis dentro da esfera de manifestação cultural, viola a vontade originária constitucional de manter o meio ambiente sadio e equilibrado, causando ofensa à limitação material. Assim, a emenda 96/2017 já foi promulgada sob o vício da inconstitucionalidade[98].

---

[97] NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

[98] GORDILHO, Heron José de Santana; BORGES, Daniel Moura. Direito Animal e a Inconstitucionalidade da 96ª Emenda à Constituição Brasileira. *Sequência*, Florianópolis, v. 39, n. 78, p. 199-218, abri. 2018. Disponível em:

4.4 Colisão entre direitos fundamentais e o meio ambiente equilibrado

Em decorrência dos titulares de direitos fundamentais exercerem tais direitos, tem sido recorrente o fato de um direito fundamental confrontar com outro em alguns casos concretos ou com outros bens protegidos constitucionalmente. Quando ocorre de dois direitos fundamentais colidirem em uma mesma situação, a solução encontrada tem sido a mesma solução aplicada em casos de colisão entre princípios, que consiste na aplicação do método da ponderação[99].

A escolha em primar pelo método da ponderação em casos de colisão entre direitos fundamentais decorre de os princípios atuarem como mandados de otimização. Isso implica dizer que determinado bem jurídico deve ser protegido no maior grau de alcance permitido pelas peculiaridades do caso e que o princípio poder ser satisfeito de forma gradual e parcial, o que não ocorre quando existe colisão entre regras[100].

As regras, por sua vez, devem ser satisfeitas em sua integralidade; se a regra determina que algo deva ser feito, ele deve ser feito exatamente como descrito na regra. Ocorrendo a colisão entre elas, a solução encontrada será a invalidade de uma das regras, e consequentemente a sua exclusão no ordenamento jurídico[101].

Os princípios possuem peso ou dimensão, o que significa que, quando há uma colisão entre princípios, deve-se se ater para a força relativa de cada um. A aplicação de um princípio no caso em conflito não anula o outro princípio, o que ocorre é a ponderação e adequação do princípio ao caso concreto.

---

https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n78p199/36941. Acesso em 03 out. 2018.

[99] HECK, AFONSO. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Direito e Democracia*, Canoas, v.1, n.1, p. 113-122. 2000. Disponível em: http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2240/1516. Acesso em 03 out. 2018.

[100] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* p. 183. São Paulo: Saraiva, 2014.

[101] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* p. 183. São Paulo: Saraiva, 2014.

No caso de dois direitos fundamentais colidirem, um direito fundamental não poderá anular o outro nem diminuir a sua força normativa, daí a necessidade de efetuar um juízo de ponderação baseado na ideia de colisão entre princípios. Com esse intuito é necessário averiguar a tensão existente entre os direitos utilizando as situações fáticas do caso concreto. Assim, em uma determinada situação um direito fundamental irá prevalecer sobre o outro, porém em outra situação poderá ocorrer o inverso[102].

O juízo de ponderação é efetuado utilizando os pressupostos da proporcionalidade, o qual sacrifica um dos direitos para a correta solução da lide e exige que não tenha outro meio menos danoso para a correta solução do caso. Para a aplicação da proporcionalidade são imprescindíveis três fases. Na primeira fase é necessário determinar a intensidade da intervenção, nessa fase se analisa as possibilidades fáticas, a fim de averiguar se realmente será necessária a adequação dos direitos que estão colidindo. Na segunda fase, ocorre à análise das razões que justificam a intervenção, verificando-se se há necessidade fática da interferência. E somente na última fase que é efetuada a ponderação, nessa fase serão analisadas as possibilidades jurídicas que poderão incidir no caso[103] [104].

Importante mencionar que após a aplicação do método da ponderação em um caso específico, não há necessidade de sempre aplicar esse método em casos em que tenha a mesma situação fática e os mesmos direitos colidindo, pois, o primeiro caso irá servir de precedente para solucionar os demais casos[105].

---

[102] MOREIRA, Pedro da Silva. Entre princípios e regras: notas sobre o uso da ponderação como método de inaplicação de regras jurídicas. *RIDB*, n. 10, p. 11213-11251. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11213_11251.pdf. Acesso em 03 out. 2018.

[103] ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos Fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217. 1999. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316. Acesso em 03 out. 2018.

[104] MOREIRA, Pedro da Silva. Entre princípios e regras: notas sobre o uso da ponderação como método de inaplicação de regras jurídicas. *RIDB*, n. 10, p. 11213-11251. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11213_11251.pdf. Acesso em 03 out. 2018.

[105] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 185. Editora Saraiva, ano 2014.

Na hipótese de o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado colidir com outro direito fundamental deve-se se ater ao tamanho de sacrifício que o indivíduo e/ou a coletividade devem fazer para que a proteção do meio ambiente se sobreponha ao outro bem jurídico que está em confronto. Assim como se devem analisar as consequências ambientais que eventualmente podem surgir caso o outro direito fundamental prevaleça no caso[106].

Neste sentido, em ocasião de direitos fundamentais colidirem, em especial com o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, o Supremo Tribunal Federal ao solucionar o caso através da ponderação irá utilizar o caso já solucionado como paradigma para solucionar os demais casos. A esse respeito é válido mencionar que já foram julgados alguns casos em que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado colidiu com outros direitos fundamentais e foi proferida decisão favorável ao meio ambiente, sob o argumento de preservar o interesse coletivo, já que a proteção do meio ambiente implica em resguardá-lo para as presentes e futuras gerações, conforme o *caput* do art. 225 da Constituição Federal[107].

4.4.1 Meio ambiente versus cultura

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado colide em diversos momentos com o direito fundamental do homem de se manifestar culturalmente. Isto porque em determinadas manifestações culturais os elementos integrantes do meio ambiente, em especial a fauna, são utilizados como forma de preservação e exercício

[106] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. *ADI 4.983*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874 Acesso em 25/8/2018.

[107] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.983*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro 2016. p. 3. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874 Acesso em 25/8/2018.

da cultura de determinado povo[108]. Em muitos casos o uso dos animais pode ocorrer desenfreadamente, sem a observância desses para a manutenção do equilíbrio ambiental e/ou sem a observância dos limites impostos pelas normas protecionistas.

Com efeito, o direito de se manifestar culturalmente é um direito fundamental, considerado como de 2º geração, cabendo ao Estado à obrigação de garantir, apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. Em relação ao direito a cultura o doutrinador Marcelo Novelino assim expõe:

> Os direitos culturais integram, ao lado dos direitos sociais e econômicos, a segunda dimensão dos direitos fundamentais. Imprescindíveis ao pleno desenvolvimento e à promoção das condições de vida digna, tais direitos são ligados ao valor de igualdade e a uma de suas facetas, o direito à diferença (pluralismo), como fica evidenciado no dispositivo sobre a criação por lei do Plano Nacional de Cultura visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público, tendo como uma de suas finalidades a valorização da diversidade étnica e regional (CF, art. 215, § 3.°, V). A importância da valorização da cultura no atual contexto em que vivemos é destacada por Peter HÄBERLE ao asseverar que, nesse mundo sem fronteiras, o Estado Constitucional aberto necessita de "elementos culturais de base" que lhe confiram identidade interna – como forma de integração do povo e de comunhão de um sentimento de pertencimento – e externa – como forma de reconhecimento[109].

A importância desse direito decorre de a cultura ser considerada como a identidade de um povo, ela nasce quando o homem passa a se desenvolver e construir. Quando um homem é o primeiro a habitar em uma determinada região, automaticamente ele começa a modificar o ambiente natural daquele lugar e como resultado disso uma cultura já começa a ser formada. A cultura é o que singulariza cada povo, nação e sociedade[110].

---

[108] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 188.
[109] NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.
[110] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Disponível em: https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=http://leragora.jegueajato.com/Miguel+Reale/Licoes+preliminares+de+direito+(64)/

Atualmente a cultura é um direto previsto expressamente nos arts. 215 e 216 da Constituição Federal, porém constitui objeto de proteção, também, em outros dispositivos constitucionais, como: (i) no arts. 5º incisos IX, que trata da liberdade de expressão artística, (ii) incisos XXVII e XXVIII que dispõe sobre os direitos autorais e conexos, e (iii) o inciso LXXIII, no qual garante o direito à proteção do patrimônio cultural[111]. Além de ser um direito fundamental, a cultura também faz parte dos direitos humanos com previsão na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 27[112] e nos artigos 13 e 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Estado tem o dever de promover e assegurar o exercício do direito à cultura. Entretanto, por diversas vezes, assegurar o exercício desse direito encontra dissonância com o direito de proteção ao meio ambiente equilibrado. Haja vista que tanto constitui um direito fundamental do homem viver em um ambiente saudável como exercer e transmitir uma manifestação cultural[113].

4.4.2 Meio Ambiente e a vedação da crueldade aos animais

A Constituição, assim como diversas leis infraconstitucionais, veda qualquer ato de crueldade ou maus tratos contra os animais. No atual ordenamento jurídico não existe uma definição clara das práticas consideradas como cruéis ou de maus tratos. Importando os conceitos de crueldade e maus tratos de outras ciências, temos que crueldade é um comportamento ou ação bárbara contra algo ou alguém[114]. Já

Licoes+preliminares+de+direito++Miguel+Reale?chave%3D1677cfea7cb1b4e721f78316a481fd9c&dsl=1&ext=.pdf . Acesso em27 set 2018.

[111] BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_ 03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set 2018.

[112] NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.* Disponível em: https://www.unicef.o rg/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 01 out. 2018.

[113] MARTINHO, Luciana Toledo. *Meio ambiente e direitos culturais: a busca de um exercício harmônico.* Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_luciana_toledo_mar tinho.pdf . Acesso em 08 ago 2018.

[114] Crueldade in Dicio, dicionário online de português. Disponível em: https://www.dicio.com.br/crueldade/. Acesso em 03 jun. 2018.

maus tratos são tidos como um ato que coloca em risco a vida ou a saúde de pessoa ou animal, que encontra-se em sua dependência[115].

Qualquer ato praticado que possa ser considerado bárbaro ou que coloque em risco a vida ou saúde dos animais devem ser coibidos. Grande parte da doutrina compreende que esses atos só são proibidos quando interferem na função ecológica da fauna[116], tendo em vista a essência da proteção animal decorrer da influência desses no equilíbrio ecológico.

Nessa visão, somente seriam vedadas aquelas ações humanas que interferem na função ecológica da fauna[117], assim como somente seriam dignos de proteção os animais responsáveis pelo equilíbrio ecológico, posto que nem toda espécie animal tenha influência na manutenção desse equilíbrio. Como exemplo de uma classe animal que não possui função ecológica, temos a fauna doméstica[118].

A crueldade e/ou maus tratos contra os animais também se caracteriza quando a ação humana direcionada aos animais não tiver a finalidade de fornecer a sadia qualidade de vida prevista na Constituição ou se os meios necessários a fim de propor a vida sadia forem dispensáveis[119]. Nessa perspectiva, os atos que se enquadram no conceito de cruel, imprescindíveis para manutenção do ser humano, são permitidos, desde que realizados todos os cuidados, com o fim de evitar sofrimento desnecessário para o cumprimento daquele ato[120].

---

[115] Maus-tratos in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível em: https://www. infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/maus-tratos. Acesso em 03 jun. 2018.

[116] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4.983*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro 2016. p. 17. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador. jsp?docTP=TP&docID=12798874 Acesso em: 31 mar. 2018.

[117] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 257.

[118] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 285-186.

[119] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189.

[120] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 258.

Não obstante, a proteção animal decorre da participação no meio ambiente, observa-se que, constitucionalmente o legislador reconhece um valor inerente à vida dos animais[121]. Isto porque no artigo 225 do permissivo constitucional houve disposição expressa a respeito da proteção da fauna, o que refuta a ideia de proteção unicamente em decorrência do equilíbrio ecológico.

Se a fauna fosse protegida constitucionalmente meramente por seu valor instrumental, não faria jus à previsão especifica do parágrafo primeiro, inciso VII do mesmo diploma legal, haja vista que nos incisos anteriores do artigo mencionado, quais sejam incisos I e II, o legislador abordou a proteção do ecossistema e do manejo ecológico das espécies. Vejamos:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> (...)
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade[122].

Quando o legislador no seu inciso I tratou da proteção do ecossistema já se subentende a inclusão da proteção da fauna, em razão do conceito do ecossistema que consiste em: "um ecossistema é um conjunto formado pelas interações entre

[121] CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio; VITAL, Aline de Oliveira. Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. *Revista brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 18, p. 137-175, jan./abr. 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103930/direitos_animais_garantia_castro.pdf.

[122] BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/c onstituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set 2018.

componentes bióticos, como os organismos vivos: plantas, animais e micróbios, e os componentes abióticos, elementos químicos e físicos, como o ar, a água, o solo e minerais"[123]. Aplicando esse conceito juridicamente, vemos que o legislador, no inciso I do artigo 225 da CF, já havia tratado de cuidar da proteção dos animais, sobretudo quando especifica em seu texto o devido manejo ecológico das espécies.

Com efeito, a especificação da proteção presente no inciso VII denota uma forma autônoma de proteger os animais como sujeitos passivos de sofrimento. Como bem ilustra o Ministro Barroso, em seu voto na ADI 4983/CE:

> a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilibro do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie[124].

Portanto, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado se estende aos animais, garantindo a eles o direito de serem protegidos de atos cruéis. Embora, esse protecionismo, primordialmente, seja interpretado em razão da importância do equilíbrio ecológico para a saúde do ser humano, nota-se uma intenção do constituinte em proteger os animais por considerá-los seres sucessivos a dor. A vedação de crueldade presente nos pressupostos constitucionais protecionistas elencados no artigo 225, §1°, inciso VII se estende a todo ato que infringir sofrimento aos animais, mesmo não resultando em desequilíbrio ambiental, o que demonstra uma forma autônoma de proteção aos animais, que deve prevalecer

[123] O que é um Ecossistema e um Bioma. Dicionário Ambiental. Rio de Janeiro, jul. 2014. Disponível em: http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28516-o-que-e-um-ecossistema-e-um-bioma/. Acesso em: 03 out. 2018.

[124] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade. *ADI 4.983*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginado r.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em 27 set. 2018.

mesmo em casos em que a preservação da vida do animal não obtiver nenhuma interferência positiva na vida humana.

5 CONCLUSÃO

O Estado brasileiro tem atuado de diversas formas visando atender aos interesses da sociedade e proporcionar aquilo que se entende como digno para garantir ao homem uma vida sadia. A esse respeito passou-se a entender que o meio ambiente é pressuposto essencial para fornecer uma vida sadia e com qualidade, por conseguinte os elementos integrantes do meio ambiente ganharam relevância na Constituição Federal de 1988. Com a proteção constitucional do meio ambiente, a fauna, por ser um bem ambiental, passou a ter sua proteção igualmente garantida constitucionalmente.

A proteção constitucional da fauna passou a ser reconhecida também na esfera dos direitos fundamentais, tendo em vista que o meio ambiente sadio e equilibrado é tido como um direito fundamental de terceira geração assegurado à humanidade. Ademais, o dever de proteção do meio ambiente é discriminado no art. 225 da Constituição Federal, havendo nesse dispositivo, no inciso VII, § 1º, uma especificação do dever de proteção da fauna.

A proteção constitucional da fauna detém aspectos peculiares dos outros bens ambientais. De início essa proteção decorre da influência dos animais no equilíbrio ecológico, tendo em vista que algumas espécies são essenciais para manter um ambiente sadio e equilibrado ao homem. O segundo ponto de proteção é a coibição de atos que resulte na extinção das espécies. Sendo o último meio de proteção a vedação de atos que submetam a fauna à crueldade, aqui não há uma definição de quais atos sejam esses, podendo ser considerados cruéis àqueles que possam infringir algum sofrimento desnecessário aos animais.

Por diversas vezes o protecionismo constitucional da fauna colide com outros direitos fundamentais, em especial, com o direito de manifestações culturais, sobretudo no que tange à especificação de proteção de atos que submetem os

animais à crueldade. Como não há uma definição do que podem ser os atos cruéis, e nem seus limites à proteção da fauna, nesse aspecto há implicações quando o sofrimento de um animal é inerente à determinada prática. Nesse aspecto, para solucionar o problema que envolve as manifestações culturais resultarem em sofrimento nos animais tem sido efetuado o juízo de ponderação entre os dois direitos que estão colidindo.

A vaquejada é um exemplo de manifestação cultural cuja realização acarreta sofrimento ao animal, seja de cunho psíquico, moral ou físico violando o disposto no art. 225, §1^{0}, inciso VII. Apesar de já ser patente que o sofrimento é inerente a essa atividade, conforme decisão do STF, ainda está sendo permitida a realização do evento. O argumento utilizado para a legitimação da vaquejada deriva de ser essa uma manifestação cultural, sendo incorporada ao patrimônio cultural imaterial brasileiro. Além do mais, existe uma falsa impressão de que o evento pode ocorrer sem infringir sofrimento aos animais, na medida em que os organizadores da prática têm disponibilizado mecanismos que alegam diminuir o sofrimento dos animais, como a presença de veterinários para socorrer os animais.

Entretanto, analisando as próprias regras da vaquejada, verifica-se que as provas do evento são realizadas causando algum tipo de dor ao gado. Por mais que existem mecanismos que tentem diminuir o sofrimento, ainda ele ocorrerá e muitas vezes acarretando sequelas gravíssimas nos equinos e gados do evento. A vaquejada é um evento com forte viés antropocêntrico, no qual o homem sente prazer em dominar e causar sofrimento desnecessário a outra espécie se valendo do amparo estatal às manifestações culturais.

A vedação de crueldade não abre exceção quanto ao dever de proteção, não permitindo sua flexibilização mesmo quando for favorável ao homem. Pelo contrário, a forma autônoma como esse dever foi elencado na Constituição Federal demonstra uma preocupação do Poder Constituinte Originário de proteger a fauna como ser senciente de qualquer ato cruel. O sofrimento experimentado pelos animais na vaquejada é real e deve ser vedado.

Nos casos aqui apresentados, que tratam de manifestações culturais que utilizavam os animais de forma cruel, os ministros, após averiguar os aspectos dos direitos fundamentais em colisão, bem como suas disposições no ordenamento jurídico, concluíram que o dever de proteção aos animais sobrepõe-se ao direto de manifestação cultural.

A esse respeito, houve decisão da Corte Suprema, confirmando precedentes anteriores, no qual proibiu a realização da vaquejada por atestar que o sofrimento dos animais é inerente à prática e que a vedação constitucional de crueldade deve sobressair ao direito à cultura. Percebe-se que os fundamentos dos ministros nos mencionados casos concretos deixam implícito um entendimento, no qual um ato cruel não deixa de ser cruel por estar ocorrendo em uma prática legalmente protegida, devendo ser coibidos e se for necessário que haja a proibição da realização da prática em si.

Dessa forma, as interpretações dos aspectos de proteção à fauna impõem que os animais sejam protegidos de qualquer ato que possa infringir sofrimento, mesmo que para a eficácia dessa proteção outro bem jurídico protegido constitucionalmente seja flexibilizado.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais.* São Paulo: Themis, 2001. p. 18.

ABREU, Ivy de Souza; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Antropocentrismo. Disponível em http://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/antropocentrismo. Acesso em: 31 ago 2018.

AGUIAR, José Otávio; ESCOBAR, Marco Lunardi. Aspectos histórico-legais das rinhas de galo na Paraíba: Uma prática cultural e problema sócio-ambiental. *Revista memória em rede*, Pelotas, v. 4, n. 10, p. 63-79, jan./jun. 2014. Disponível em: https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Memoria/article/view/9432/6156 . Acesso em 27 ago 2018.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos Fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217. 1999. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316. Acesso em 03 out. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas S.A, 2014.
BARBOSA, Rildo Pereira. *Fauna e Flora Silvestre*. São Paulo: Erica, 2014

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983, referente a emenda Constitucional 96/2017, Lei 13.364/2016 e Lei 10.220/2001. Revista brasileira de Direito animal, v. 13, n. 03, p. 175-202, Set./Dez. 2017. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13826/9685. Acesso em 03 out. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um direito ambiental no Século XXI. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 98.

BELINI, Patrícia Maleski; REIKDAL, Cleverton. *Como o poder judiciário brasileiro resolve hard cases de conflito entre direito ambiental e direito cultural.* In: Congresso acadêmico de direito constitucional, 1, 2017, Rondônia. Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional, Rondônia: edição atual, 2017. Disponível em: http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongdireitoconstitucional/article/view/165. Acesso em 03 out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 578.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.856/RJ*. Sessão Plenária. Requerente: Procurador Geral da República. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília. 26 de maio de 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634. Acesso em 4 de set de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. *ADI 4.983/CE*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro 2016. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874 . Acesso em 27 set 2018.

BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set 2018.

BRASIL. *Constituição (1934).* Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 08 ago 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança. *MS 22.164-0/SP*. Tribunal Pleno. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 30 de outubro de 1995. p 19. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691. Acesso em 27 set 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm. Acesso em 28 set 2018.

BRASIL. *Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645impressao.htm. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/Decreto-Lei/Del3688.htm Acesso em 01 out 2018.

BRASIL. *Lei 11.794 de 8 de outubro de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm . Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm . Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em 03 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.983, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 01 out. 2018.

BROOM, D.M.; MOLENTO, C.F.M. Bem-estar animal: conceito e questões relacionadas – revisão. *Archives of Veterinary Science,* Curitiba, v. 9, n. 2, p. 1-11. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/267995802_BEMESTAR_ANIMAL_CONC EITO_E_QUESTOES_RELACIONADAS REVISAO_Animal_welfare_concept_and_related_issues_-_Review. Acesso em 02 out. 2018.

BRÜGGER, Paula. Nós e os outros animais: Especismo, Veganismo e educação ambiental. *Linhas Críticas*, Brasília, v. 15, n. 29, p. 197-214, jul./dez. 2009. p. 202. Disponível em: http://www.redalyc.org/html/1935/193514388002/ . Acesso em 02 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.* 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional.* Belo Horizonte: DelRey, 2011. p. 600-601.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio; VITAL, Aline de Oliveira. Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. *Revista brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 18, p. 137-175, jan/abr. 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103930/direitos_animais_garantia_castro .pdf . Acesso em 02 out. 2018.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes* .Campinas -SP: Millennium, 2005.

Crueldade in Dicio, dicionário online de português. Disponível em: https://www.dicio.com.br/crueldade/. Acesso em 03 jun. 2018.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um direito ambiental no Século XXI*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Equipe Desce Boi - ApodiRN. Disponível em: http://equipedesceboi.weebly.com/historia-da-vaquejada.html Acesso em 28 set 2818.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. 2013. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 2013.

FELIX, Francisco Kennedy Leite; ALENCAR, Francisco Amaro Gomes de. O vaqueiro e a vaquejada: do trabalho nas fazendas de gado ao esporte nas cidades. *Revista Geográfica de América Central*, Costa Rica, v. 2, número especial EGAL, p. 1-13, jul./dez. 2011. Disponível em: http://www.redalyc.org/pdf/4517/451744820546.pdf . Acesso em 28 set 2018.

FERRAZ PASSOS, Caroline. Os desafios da proteção jurídica dos animais contra práticas de crueldade: hermenêutica constitucional. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 81, p. 109- 143, jan/jun. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliote ca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPGE-SP_n.81.pdf#page=119 . Acesso em 08 ago 2018.

GORDILHO, Heron José de Santana; BORGES, Daniel Moura. Direito Animal e a Inconstitucionalidade da 96ª Emenda à Constituição Brasileira. *Sequência*, Florianópolis, v. 39, n. 78, p. 199-218, abri. 2018. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2018v39n78p1 99/36941. Acesso em 03 out. 2018.

HECK, AFONSO. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Direito e Democracia*, Canoas, v.1, n.1, p. 113-122. 2000. Disponível em: http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2240/1516. Acesso em 03 out. 2018.

LIMA, Joyce Lázaro. A Prática Da Vaquejada Sob A Égide Da Constituição Federal Brasileira. Ciência amazônida, Porto Velho, v. 1, n. 2, p. 2551. 2017. Disponível em: http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/amazonida/article/view/3023/2551. Acesso em 28 set 2018.

MAZZOCHI, Fernanda; PEREZ, Pablo Luiz Barros. O Abolicionismo animal e a participação do poder público através da tributação passiva. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 7, n. 5, p. 141-167, Jul/ Dez. 2010. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11042/7963. Acesso em 02 out. 2018.

MARTINHO, Luciana Toledo. *Meio ambiente e direitos culturais: a busca de um exercício harmônico.* Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir _povos_luciana_toledo_martinho.pdf . Acesso em 08 ago 2018.Maus-tratos in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-

2018. Disponível em: https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/maus-tratos. Acesso em 03 jun. 2018.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora LTDA, 2013. p. 149.

MENDES, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet. 2014. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2014.

MENESES, Renato Carlos Cruz; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. O especismo como argumento filosófico da não aceitação do animal como sujeito de direitos. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 218-234, Jul/Dez. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322594805_O_Especismo_Como_Argumento_Filosofico_da_Nao_Aceitacao_do_Animal_Como_Sujeito_de_Direitos/fulltext/5a61f9c6a6fdccb61c505112/322594805_O_Especismo_Como_Argumento_Filosofico_da_Nao_Aceitacao_do_Animal_Como_Sujeito_de_Direitos.pdf?origin=publication_ detail . Acesso em 28 set 2018.

MOREIRA, Pedro da Silva. Entre princípios e regras: notas sobre o uso da ponderação como método de inaplicação de regras jurídicas. *RIDB*, n. 10, p. 11213-11251. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11213_11251.pdf. Acesso em 03 out. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 01 out. 2018.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. *Direito Fundamentais dos Animais.* Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 26.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de. O princípio de igual consideração de interesses semelhantes na ética prática de Peter Singer. *Barbaroi*, Santa Cruz, n. 34, jun. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65782011000100013 . Acesso em 02 out. 2018.

O que é um Ecossistema e um Bioma. Dicionário Ambiental. Rio de Janeiro, jul. 2014. Disponível em: http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28516-o-que-e-um-ecossistema-e-um-bioma/. Acesso em 03 out. 2018.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional.* São Paulo: Método, 2014. p. 219-220.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da farra do boi a luz da ponderação e da jurisprudência do STF. *Revista do programa de pós-graduação em direito-UFC*, Ceará, v.30, n. 1, p. 87-110, jan./jun. 2010 Disponível http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1238/1207 . Acesso em 03 out. 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 27 ed. São Paulo. Saraiva. 2002. Disponível em: https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=http://leragora.jegueajato.com/Miguel+Reale/Licoes+preliminares+de+direito+(64)/Licoes+preliminares+de+direito++Migu el+Reale?chave%3D1677cfea7cb1b4e721f78316a481fd9c&dsl=1&ext=.pdf . Acesso em27 set 2018.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais.* Porto Alegre: Lugano, 2006. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/22840581/tom-regan-jaulas-vazias-encarando-o-desafio-dos-direitos-animais Acesso em 28 set 2018.

RODRIGUES, Danielle Tetu. *O Direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa.* Curitiba: Juruá, 2004. p 64.

SÃO PAULO. *Constituição estadual, de 05 de outubro de 1989.* Disponível em: http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument. Acesso em 08 ago. 2018.

SANTANA, Heron José de. Abolicionismo animal. *Revista de Direito Ambiental*, v. 9, n. 36, p. 85-109, out./dez. 2004. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/88539 . Acesso em 28 set 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais* . 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora LTDA, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental.* 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Chiara Michelle Ramos Moura da. www.conteudojuridico.com.br. *Conteúdo Jurídico.* junho de 2014. Disponível http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-animal-uma-breve-digressaohistorica,48729.html . Acesso em 27 set 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37º edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, Jucirene Oliveira Martins da. Especismo: Porque os animais não-humanos devem ter seus interesses considerados em igualdade de condições em que são considerados os interesses semelhantes dos seres humanos. *Revista internacional de filosofia da moral.* Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 51 - 62, Jun. 2009. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2009v8n1p51. Acesso em 02 out. 2018.

SINGER, Peter. *Libertação Animal.* 1975. p. 23. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/6628411/libertacao-animal---peter-singer. Acesso em 02 out. 2018.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista Amicus Curie,* Santa Catarina, v. 12, n. 2, p. 184-202, Jul./Dez. 2015. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-animais-no-direito-brasileiro-desafios-e-perspectivas. Acesso em 02 out. 2018.

VASCONCELLOS, Artur Carvalho. Proteção jurídica dos animais circenses. 2012. 30 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação)–ciências jurídicas e sociais na faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2018/09/artur_vasconcellos.pdf. Acesso em 02 out. 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SILVA, Camilo Henrique. *ANIMAIS Bioética e Direito.* Brasília: Portal Jurídico, 2016.

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS ALIMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO

Thainá Alves de Castro

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, especificamente, a desconsideração inversa no âmbito dos alimentos. A pessoa jurídica é dotada de autonomia patrimonial, seu patrimônio não se confunde com o patrimônio dos sócios, mas quando a pessoa jurídica é utilizada como escudo para os atos e obrigações pessoais de seus sócios, prejudicando credores, deve-se buscar um remédio. A pesquisa se desenvolve sob o enfoque da possibilidade da aplicação da desconsideração inversa nas ações que envolvam alimentos, a fim de ser um instrumento que ajude o credor de alimentos a alcançar uma tutela para seu direito, buscando uma paridade de forças para buscar e provar a existência de patrimônio do devedor. À luz do Direito Civil, Processual Civil e de Família, e a partir de análise doutrinária, legal e jurisprudencial, buscou-se verificar a desconsideração inversa da personalidade jurídica como um instrumento eficaz diante das hipóteses de abuso da personalidade jurídica, que prejudicavam às lides familiares que buscavam a prestação de alimentos e partilha de bens.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a aplicabilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica nas ações de alimentos, como um meio para alcançar a satisfação desses alimentos no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do Direito Civil, de Família, e Empresarial.

Alimentos, é um tema de extrema relevância social e jurídica, desde longo tempo até os dias atuais. É de amplo conhecimento que é um assunto delicado e complexo, e que os devedores de alimentos, em grande parte, se recusam a pagar ou

querem diminuir consideravelmente o valor, e para isso arranjam vários meios. Entre eles, esvaziar seu patrimônio pessoal, e quando esse devedor é sócio de uma pessoa jurídica, é por meio dela que ele esvazia seu patrimônio pessoal.

Verificar-se-á se o instituto estudado, poderá ser usado como um meio para se alcançar a tutela do direito almejado, frente a separação patrimonial existente entre pessoa física e pessoa jurídica.

Os principais problemas encontrados no cenário atual, que levaram a elaboração dessa pesquisa, é a hipótese do devedor de alimentos e sócio em uma pessoa jurídica, não ter nenhum bem pessoal em seu nome, enquanto pessoa física, e assim frustrar o credor alimentício, pois se não há bens, não há como satisfazer seu crédito.

No entanto, o que muito se verifica nesses casos, é o devedor se utilizando dos bens da pessoa jurídica, como se fossem bens pessoais seus, pois de fato o são, porém não juridicamente. Então, por exemplo, esse devedor de alimentos e sócio em uma pessoa jurídica, reside em um imóvel da pessoa jurídica, utiliza como carro pessoal o carro da pessoa jurídica, usa para compras pessoais cartões e contas da pessoa jurídica, entre outros exemplos afins.

Perante essas dificuldades, a questão a se levantar é se a desconsideração inversa será um meio eficaz para buscar na pessoa jurídica o patrimônio pessoal do sócio que foi incorporado ao dela, para então satisfazer o crédito alimentar.

O primeiro capítulo abordará aspectos doutrinários que corroboram a hipótese em questão, trazendo de início as definições dos institutos da desconsideração da personalidade jurídica, da desconsideração inversa e dos alimentos na doutrina brasileira.

O segundo capítulo tratará dos fundamentos legais que possibilitam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, à luz da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002, do Código de Processo Civil de 2015, e da Lei de Alimentos 5478/68.

Por fim, no terceiro capítulo serão expostos fundamentos jurisprudenciais favoráveis do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça da Bahia, e jurisprudências contrárias ao problema exposto, do Tribunal de justiça de São Paulo e Tribunal de Justiça do Pará.

O referencial teórico será construído a partir da doutrina de autores como Rolf Madaleno, Fabio Ulhôa Coelho, Carlos Roberto Gonçalves, Marlon Tomazette, entre outros.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica em doutrinas de direito civil, especialmente as que tratam sobre desconsideração da pessoa jurídica e sua aplicabilidade, em documentos, artigos científicos e na jurisprudência.

2 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA DOUTRINA BRASILEIRA

O presente capítulo abordará aspectos doutrinários que corroboram a hipótese em questão, trazendo de início as definições dos institutos da desconsideração da personalidade jurídica, da desconsideração inversa e dos alimentos na doutrina brasileira.

2.1 A desconsideração da personalidade jurídica na doutrina brasileira

Inicialmente, para entender o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, se faz necessário um passeio breve, pela conceituação do que seria a personalidade jurídica, segundo Pontes de Miranda:

> "Ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se, se é munido de pretensão e ação, ou exceção. Mas importa que haja direito. Se alguém não está em relação de direito, não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo. A

> personalidade é a possibilidade de se encaixar os suportes fáticos, que pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos, portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. Personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito".[1]

Para Ricardo Negrão:

> "A personalidade jurídica é uma ficção jurídica, cuja existência decorre da lei. É evidente que às pessoas jurídicas falta existência biológica, característica própria das pessoas naturais. Entretanto, para efeitos jurídicos e, leia-se, para facilitar a vida em sociedade, concede-se a capacidade para uma entidade puramente legal subsistir e desenvolver-se no mundo jurídico. Sua realidade, dessa forma, é social, concedendo-lhe direitos e obrigações".[2]

Conforme Plácido e Silva personalidade jurídica é:

> "Denominação propriamente dada à personalidade que se atribui ou se assegura às pessoas jurídicas, em virtude do que se investem de uma qualidade de pessoa, que as tornam suscetíveis de direitos e obrigações e com direito a uma existência própria, protegida pela lei. É, assim, uma especialização terminológica da personalidade civil para designar as pessoas constituídas por força da lei, em distinção à personalidade física, próprias às pessoas naturais".[3]

O professor Washington de Barros Monteiro ensina que:

> "A personalidade jurídica não é uma ficção, mas uma forma, uma investidura, um atributo que o Estado defere a certos entes, havidos como merecedores dessa situação. A pessoa jurídica tem, assim, realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal à realidade das instituições jurídicas. No âmbito do direito, portanto, as pessoas jurídicas são dotadas do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas".[4]

E, ainda, segundo José Lamartine Corrêa de Oliveira:

> "Sempre entendemos ser a pessoa jurídica realidade análoga ao ser humano. Como a pessoa humana, é um ser dotado de

[1] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsói, 1972. p. 207-209.
[2] NEGRÃO, Ricardo**. Manual de direito comercial de empresa**. v.1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.263.
[3] SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1038.
[4] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 109.

> individualidade permanente, pois que a entrada e saída de sócios ou associados ou de administradores não lhe altera o ser, dotado de independência externa, porém não substancial, como a pessoa humana, que existe por si, mas acidental, pois que depende, para existir, dos seres humanos, que estão sob sua existência".[5]

Segundo Fábio Ulhôa Coelho, para melhor conduzir uma solução de conflito de interesses na sociedade, a lei atribui a titularidade de direitos e obrigações não apenas a seres humanos, mas também a seres não humanos. De fato, esses seres não humanos não existem, senão no plano jurídico, e sua finalidade é servir à melhor composição dos interesses das pessoas naturais que vivem em sociedade. Um desses seres, é a pessoa jurídica.[6]

O instituto da pessoa jurídica, é uma técnica de separação patrimonial. Os integrantes da pessoa jurídica não são os titulares de direitos e obrigações imputados a ela. Tais direitos e obrigações formam um patrimônio distinto do correspondente aos direitos e obrigações imputados a cada membro da pessoa jurídica.[7]

A pessoa jurídica é a entidade formada por um grupo de pessoas para realizar um determinado fim ou a resultante da afetação de um patrimônio para fim específico, sua personalidade é reconhecida pelo direito mediante o registro público. A pessoa jurídica é conceito do mundo do direito, ainda que captada no mundo dos fatos.[8]

Em relação a finalidade da criação da pessoa jurídica, deve-se observar os dizeres de Paulo Lôbo:

> "A função principal da pessoa jurídica, tal qual se consolidou nos últimos duzentos anos, é a de assegurar a separação entre o patrimônio da entidade e das pessoas físicas que a integram como sócios, associados, acionistas para que estes não respondam, ou tenham responsabilidade limitada pelas dívidas daquelas; ocorre que a fundação é constituída sem qualquer pessoa física para integrá- -la, pois a personalidade é conferida

[5] OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de.**A dupla crise da pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1979. p. 18.
[6] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 249.
[7] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 251.
[8] LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 173.

> a um patrimônio afetado. Pouco há de comum entre esses tipos de pessoas jurídicas".[9]

As obrigações da pessoa jurídica, por causa da sua autonomia patrimonial, não podem ser imputadas a seus membros. Em regra, os integrantes da pessoa jurídica não respondem, pelas obrigações desta, porque são sujeitos distintos, autônomos, inconfundíveis.[10]

A pessoa jurídica pode servir de instrumento para fraudar o cumprimento da lei ou de obrigações. Transfere-se para titularidade de uma pessoa jurídica a obrigação que seria da pessoa física que a integra, ou de outra pessoa jurídica. Para evitar a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, desenvolveu-se a desconsideração da personalidade jurídica. Sua sistematização deu-se nos anos 1950, pelo jurista alemão Rolf Serick,[11] também nomeada *disregard doctrine.*

A regra geral continua sendo a autonomia da pessoa jurídica, e como exceção, a desconsideração, que só há de ocorrer em casos de desvirtuamento da personalidade jurídica. No mesmo sentido, afirma Marlon Tomazette[12] que, a desconsideração trata-se de medida excepcionalíssima, a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial. Apenas em determinados atos pontuais, a personalidade é afastada.

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, como menciona Rolf Madaleno, não importa em invalidar, declarar irregular ou dissolver a sociedade jurídica, mas somente declarar circunstancial e episodicamente ineficaz aquele ato engendrado para fraudar direito alheio, e dessa maneira, estendendo os efeitos de

[9] LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 174-175.
[10] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.
[11] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.
[12] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 248.

certas obrigações aos bens particulares dos sócios ou administradores, quando não for hipótese de aplicação inversa da personalidade jurídica.[13]

Rolf Madaleno[14] informa que, na atualidade, a autonomia do ente moral está longe de possuir caráter absoluto quando se defronta com a ocorrência de algum abuso da personalidade jurídica, abuso este caracterizado pelo desvio de finalidade da empresa, ou pela confusão patrimonial, podendo o juiz então, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, como *custos legis*, desconsiderar episodicamente a personalidade jurídica e atribuir aos sócios ou administradores a responsabilidade que teria de ser imputada apenas à sociedade.

A doutrina reconhece a existência, no direito brasileiro, de duas teorias da desconsideração: a) "teoria maior", que prestigia a contribuição doutrinária e em que a comprovação da fraude e do abuso por parte dos sócios constitui requisito para que o juiz possa ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas; e b) "teoria menor", que considera o simples prejuízo do credor motivo suficiente para a desconsideração. Esta última não se preocupa em verificar se houve ou não utilização fraudulenta da autonomia patrimonial, nem se houve ou não abuso da personalidade.[15]

A teoria maior divide-se ainda em objetiva e subjetiva. Para a teoria maior objetiva, a confusão patrimonial constitui o pressuposto necessário e suficiente da desconsideração. Basta, para tanto, a constatação da existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa. A teoria maior subjetiva, todavia, não prescinde do elemento anímico, presente nas hipóteses de desvio de finalidade e fraude. É pressuposto inafastável para a desconsideração, o abuso da personalidade jurídica.[16]

---

[13] MADALENO, Rolf. **Desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 42.
[14] MADALENO, Rolf. **Desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 40.
[15] GONÇALVES, Carlos Roberto**. *Direito civil brasileiro***. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.
[16] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a Teoria Maior da Desconsideração, que exige a configuração objetiva dos requisitos previstos em lei para sua aplicação. Assim, não basta apenas a comprovação do estado de insolvência da pessoa jurídica para que os sócios e administradores sejam responsabilizados; é necessário comprovar a ocorrência do desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Segundo a concepção objetiva, o pressuposto da desconsideração se encontra essencialmente, na confusão patrimonial. Desse modo, se pela análise da escrituração contábil ou contas bancárias se apurar que a sociedade paga dívidas do sócio, ou o sócio recebe créditos da sociedade, ou o inverso, ou se constatar a existência de bens de sócios registrado em nome da sociedade, e o contrário, está comprovada a confusão patrimonial.[17]

Pode-se entender que a desconsideração é uma maneira de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, ou seja, é a forma de coibir e limitar o uso indevido do privilégio que é a pessoa jurídica, também é uma maneira de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. O privilégio da separação patrimonial só é justificável quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio de função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial.[18]

Nos dizeres de Fábio Ulhôa Coelho, pode o juiz nesses casos:

> "Deixar de aplicar as regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação de tais regras. Não seria possível a coibição se respeitada a autonomia da sociedade. Note-se, a decisão judicial que desconsidera a personalidade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficiência desse ato. Quer dizer, a constituição da pessoa jurídica não produz efeito apenas no caso em

[17] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.
[18] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria Geral e Direito Societário.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 247.

> julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os outros fins... Em suma, a aplicação da teoria da desconsideração não importa dissolução ou anulação da sociedade".[19]

Logo, seguindo o pensamento de Marlon Tomazette:

> "Quando desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, nada mais eficaz do que retirar os privilégios que a lei assegura, isto é, descartar a autonomia patrimonial no caso concreto, esquecer a separação entre sociedade e sócio, o que leva a estender os efeitos das obrigações da sociedade a estes. Assim, os sócios ficam inibidos de praticar atos que desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois caso o façam não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial".[20]

Portanto, é cabível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando a pessoa jurídica é titular de uma obrigação, que foi contraída por abuso da personalidade jurídica por parte de seu integrante. Ou seja, a obrigação que a pessoa jurídica é titular não tem relação alguma com sua finalidade, seu objeto. O titular desta obrigação deveria ser a pessoa física que abusou da personalidade jurídica, mas que se esquivou utilizando o escudo da autonomia patrimonial conferido a pessoa jurídica, para proteger a si e seu patrimônio pessoal.

Pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for manipulada na realização de fraudes.[21]

2.2 A desconsideração inversa da personalidade jurídica na doutrina brasileira

A desconsideração inversa da personalidade jurídica, consiste no alcance do patrimônio da pessoa jurídica, para responsabilizá-la, em casos específicos, por obrigações originalmente de titularidade de seus sócios, pessoas físicas.

[19] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2. p. 40-42.
[20] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria Geral e Direito Societário. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 247.
[21] COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.

A limitação da responsabilidade dos sócios, serve de proteção ao patrimônio pessoal dos sócios, na hipótese de descumprimento das obrigações da sociedade. Ao mesmo tempo, que serve para proteger o patrimônio dos sócios de eventuais dívidas da companhia, a proteção também ocorre no sentido inverso, o patrimônio da pessoa jurídica também fica a salvo das dívidas particulares dos sócios.

Nesse contexto, do mesmo modo que as sociedades podem ter sua finalidade desviada para prejudicar credores, tal irregularidade pode ocorrer no sentido inverso, ou seja, a pessoa jurídica pode ser usada abusivamente para prejudicar os credores os aqueles que estabeleçam obrigações com seus sócios.[22]

Afasta-se a personalidade jurídica da pessoa natural, para se atingir o patrimônio da pessoa jurídica de quem esta pessoa natural é sócia.[23] Por isso a nomeação "inversa", nesta forma de desconsideração, o objetivo é afastar o titular da obrigação, pessoa física, para alcançar a pessoa jurídica. Alcançá-la na busca por patrimônio desse sócio, que no âmbito de pessoa física encontra-se sem patrimônio para adimplir com suas obrigações, e na expectativa de ludibriar seus credores, têm seu patrimônio resguardado na pessoa jurídica.

No mesmo sentido, pode-se dizer que a desconsideração inversa da personalidade jurídica fica caracterizada quando é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio, como, por exemplo, na hipótese de um dos cônjuges adquirir um imóvel de maior valor, e registrá-lo em nome da pessoa jurídica sob seu controle, para livrá-los da partilha em caso de uma separação judicial.[24]

Como explica Fábio Ulhôa Coelho, na aplicação inversa da desconsideração da personalidade jurídica, é o devedor quem transfere seus bens para a pessoa

[22] FRANCO, Renato Luiz de Campos**. Desconsideração da personalidade jurídica: limites e aplicação no direito de família e sucessões.** 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
[23] SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2008. p.92-93.
[24] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.

coletiva sobre a qual detém o controle, que pode ou não ser absoluto, mas cuja participação societária permite desviar dos seus credores pessoais a garantia das suas dívidas.[25]

Guilherme Calmon Nogueira aduz ter sido:

> "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, edificada no Direito Comparado, e transportada para o direito brasileiro, e serve para reprimir práticas abusivas e ilícitas através da pessoa jurídica. Se a empresa foi e vem sendo utilizada como instrumento para encobrir a responsabilidade pessoal de um dos sócios, com finalidade de prejudicar seu credor individual, sendo que tal sócio não dispõe de patrimônio ou lastro capaz de garantir a obrigação assumida, descortina-se o véu societário para afastar a fraude ou o abuso."[26]

Segundo o autor Andrade Filho, "a ideia da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida para proteger os credores de boa-fé contra fraudes e abusos cometidos com o instrumento da pessoa jurídica".[27]

A doutrina analisa como pressupostos da desconsideração inversa, os mesmos da desconsideração direta da personalidade: fraude, abuso de direito, desvio de finalidade e confusão patrimonial.

A existência da fraude é o primeiro pressuposto a se analisar, segunda fraude, Caio Mário aduz:

> "A manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro, e tanto e insere no ato unilateral (caso em que maculo o negócio ainda que dela não participe outra pessoa) como se imiscui no ato bilateral (caso em que a maquinação é concertada entre as partes".[28]

[25] COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45.
[26] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro, introdução** – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p.135.
[27] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil**. São Paulo: Mp, 2005.
[28] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 11 ed. São Paulo: Forense, 1989. p. 465. Apud FRANCO, Renato Luiz de Campos. *Desconsideração da* personalidade jurídica: limites e aplicação no direito de família e sucessões. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

Portanto, para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, a fraude deve estar relacionada com a autonomia patrimonial da sociedade, não bastando qualquer ato fraudulento.

Outro pressuposto para desconsideração é o abuso de direito. Sobre este, aduz Couto Silva:

> "Ao lado da fraude, o abuso de direito fundamenta a aplicação da teoria da desconsideração. O ato abusivo é o mau uso do direito, é um ato legal, porém contrário ao fim do instituto da pessoa jurídica, ou seja, é o ato constituído no exercício irregular de um direito causando dano a outrem".[29]

No abuso do direito, o ato praticado é permitido pelo ordenamento jurídico, trata-se de ato lícito, porém ele foge da sua finalidade social. No uso da personalidade jurídica, tais abusos podem ocorrer. Quando existem várias opções para usar a pessoa jurídica, todas licitas, a priori, mas os sócios ou administradores, escolhem a pior, nos deparamos com o abuso de direito.[30]

Rubens Requião pontua sobre o abuso de direito com confronto com a fraude, "no abuso de direito não existe, propriamente, trama contra o direito do credor, mas surge do inadequado uso de um direito, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de outrem".[31]

Tanto o abuso, quanto a fraude, caracterizam o desvio de finalidade da pessoa jurídica, e assim, dão legitimidade á aplicação da desconsideração, porém esses pressupostos não devem se confundir.

O terceiro pressuposto, para a aplicação da desconsideração, é o desvio de finalidade. Como já foi adiantado o desvio de finalidade é composto pela fraude e pelo abuso de direito. Uma sociedade empresária, em seu ato constitutivo, tem delineada a sua finalidade, logicamente, quando a pessoa jurídica agir em

[29] SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Forense, 2008. p. 80.
[30] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 260.
[31] REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73.

discordância da sua finalidade, está caracterizado o desvio de finalidade, fugiu do fim para qual foi criada.

Nesse sentido, Gladston Mamede esclarece que a atuação da empresa somente será regular, se ela seguir á risca o seu contrato social e os demais imperativos legais, e como a pessoa jurídica só existe e só deve agir nos limites da lei e do contrato de sua constituição, não poderão ser admitidos atos ilícitos praticados por ação ou omissão de seus representantes legais.[32]

Quando um sócio, se utiliza da pessoa jurídica, por interesses pessoais, como registrar bens particulares em nome da pessoa jurídica, para esvaziar seu patrimônio pessoal, a finalidade da pessoa jurídica não está sendo observada, há um desvio.

Rolf Madaleno, sobre o desvio de finalidade, menciona:

> "O desvio de finalidade ocorre quando a pessoa jurídica pratica os atos incompatíveis com o contrato social ou estatuo de regência de suas atividades, agindo com excesso ou abuso de poder e desviando-se dos objetivos da própria instituição da personalidade jurídica. O desvio de finalidade abrange uma formulação subjetiva da desconsideração, ao abarcar as hipóteses de fraude e de abuso de direito".[33]

O último pressuposto doutrinário, a confusão patrimonial.

Uma das razões existenciais da pessoa jurídica é a sua autonomia patrimonial, confundir e misturar os diferentes patrimônios do sócio pessoa física com o patrimônio pessoa jurídica, devasta a autonomia patrimonial. Por essa razão, o instrumento eficiente para separar os patrimônios confundidos, é a desconsideração da personalidade jurídica, ou a desconsideração inversa, a depender do caso concreto.

[32] MAMEDE, Gladston**. Direito societário: sociedade simples e empresárias.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2 p. 227.
[33] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 72-73.

Segundo, Fabio Konder Comparato, a principal característica da pessoa jurídica é ser uma técnica de separação patrimonial, e se, de fato não existe essa separação, o mais razoável é aplicar a desconsideração. Nas palavras do autor:

> "A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial.
>
> Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio [separação patrimonial], descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral".[34]

Portanto, diante da autonomia patrimonial e sua grande importância para as relações empresariais, não há justificativa, em princípio, para se aplicar a desconsideração, salvo situação excepcional caracterizada pelo abuso do direito, pela fraude, pelo desvio de finalidade, e ainda, pela confusão patrimonial.

2.3 A desconsideração inversa da personalidade jurídica e o direito fundamental aos alimentos

Os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.[35]

O direito aos alimentos, vem logo após o primeiro direito fundamental, que é o direito à vida. Pois no intuito de se conservar a vida, vem a necessidade aos alimentos.

O termo "alimentos" não se limita ao necessário para o sustento de uma pessoa. No campo do direito, compreende não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentado.[36]

---

[34] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 450.
[35] GOMES, Orlando. **Direito de família.** 14 ed. Rio de janeiro: Forense, 2002. p. 427.
[36] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 495.

Rolf Madaleno menciona que:

> "Desde as mais distantes origens, os alimentos prestados por quem tem capacidade e dever de provê-los aos seus dependentes carregam em sua natureza jurídica a função vital da sobrevivência do ser humano em processo de crescimento e de desenvolvimento físico e mental. Os alimentos também servem de suporte ao dependente que, embora civilmente capaz, ainda prossegue com os estudos de conclusão da sua formação profissional. Ainda àquele que por enfermidade grave, apresenta intransponível obstáculo e absoluta impossibilidade de prover seu sustento com o resultado financeiro de seu próprio trabalho".[37]

Sobre o dever de prestar alimentos, aduz Arnaldo Rizzardo:

> "Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. É inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento".[38]

O sistema assistencial que está por trás da doutrina dos alimentos, está relacionado aos princípios fundamentais, como a vida, a dignidade, e a própria sobrevivência. Também há um inegável interesse público em matéria de alimentos, pois quando aquele que se encontram com insuficiência de recursos podem ser socorridos por ex-cônjuges e outros parentes, o Estado fica desonerado de eventuais custos advindos da supressão das necessidades básicas desses indivíduos.[39]

Por estes motivos, é grande a intervenção Estatal na ordem econômica e social, pois o Estado exerce o papel de fiscalizar e normatizar o conteúdo das relações sociais, com ênfase na esfera familiar, com notórios reflexos na ordem econômica. O Estado fiscaliza e legisla sobre a proteção, formação e educação dos filhos; assistência dos incapazes. No direito de família, há pouca flexibilidade da

[37] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 255.
[38] RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 717.
[39] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 393.

autonomia privada, sendo limitada pela ordem pública, que sempre haverá de prevalecer em detrimento da coletividade, pois a família e seus componentes representam a espinha dorsal do Estado.[40]

Os alimentos podem dividir-se, quando a causa jurídica, em legais ou legítimos, voluntários e indenizatórios.

Os legítimos ou legais, decorrem de uma obrigação legal, que pode decorrer do parentesco, do casamento ou do companheirismo. Os voluntários emanam de uma declaração de vontade *inter vivos*, de quem não teria obrigação legal de pagar alimentos. E por último, os indenizatórios, decorrem da prático de um ato ilícito e constituem forma de indenização do dano.[41]

Somente os alimentos legais ou legítimos pertencem ao direito de família, e é sobre esses alimentos que o presente trabalho tratará.

Entre pais e filhos, cônjuges e companheiros não existe propriamente uma obrigação alimentar, mas um dever familiar de sustento e mútua assistência, que tem como consequência uma obrigação alimentar que decorre do parentesco, ficando circunscrita aos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, com reciprocidade, tendo por fundamento o princípio da solidariedade familiar.[42]

Neste sentido aduz Orlando Gomes, que não se deve confundir a obrigação de prestar alimentos:

> "Com certos deveres familiares, de sustento, assistência e socorro, como os que tem o marido em relação à mulher e os pais para com os filhos, enquanto menores – deveres que devem ser cumpridos incondicionalmente. A obrigação de prestar alimentos 'stricto sensu' tem pressupostos que a diferenciam de tais deveres. Ao contrário desses deveres familiares, é recíproca, depende das possibilidades do devedor e somente se torna exigível se o credor potencial estiver necessitado O dever de sustento que incumbe ao marido toma,

[40] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42.
[41] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 500.
[42] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 505.

> entretanto, feição de obrigação de alimento embora irregular, quando a sociedade conjugal se dissolve pela separação judicial, ocorrendo a mesma desfiguração em relação aos filhos do casal desavindo. No rigor dos princípios, não se configura, nesses casos, a obrigação propriamente dita, de prestar alimentos, mas, para certos efeitos, os deveres de sustento, assistência e socorro adquirem o mesmo caráter".[43]

Dentre as características do direito a alimentos, há de se mencionar que se trata de direito personalíssimo, incessível, impenhorável, incompensável, imprescritível, irrepetível e irrenunciável.

Para que haja obrigação alimentar, se faz necessário o preenchimento de certos requisitos, são eles: existência de um vínculo de parentesco; necessidade do pretenso alimentando; possibilidade do pretenso alimentante e proporcionalidade.

A possibilidade e a necessidade, são pressupostos indissociáveis, e não existem valores ou regras fixas para arbitrar o quantum da pensão alimentar.

E é em relação a possibilidade do pretenso alimentante que começam as dificuldades. A principal delas é provar possibilidade do alimentante, quando este omite ou nega, sua real condição, negando sua possibilidade de prestar alimentos.

Acerca disso Paulo Lúcio Nogueira, aduz que quando o pretenso alimentante é funcionário público ou empregado de alguma empresa, com remuneração conhecida, é menos dificultosa a prova da possibilidade do alimentante, pois o magistrado ordena a incidência de desconto de certa percentagem diretamente sobre os ingressos financeiros do alimentante.[44]

No entanto, quando o devedor é empresário, profissional autônomo ou liberal, a demonstração de renda muitas vezes não condiz com a realidade, e é de difícil comprovação.

Paulo Lôbo observa que, no caso de empresários, por exemplo, não interessa o que é contabilizado como rendimentos, pois:

---

[43] GOMES, Orlando. **Direito de família.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 428-429.
[44] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei de alimentos comentada (doutrina e jurisprudência)**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 23.

> "Há vários meios de burlar o credor, em situações invisíveis, com aparências legais, a exemplo de outras pessoas físicas ou jurídicas que aparecem em atividades formais, mas que estão sob o controle do devedor de alimentos".[45]

Nessas hipóteses, o autor, observa que a doutrina e a jurisprudência "avançaram para admitir a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, para alcançar quem de fato a controla, permitindo apurar o real montante dos rendimentos do devedor".[46]

Nessas situações, aduz Rolf Madaleno:

> "Deve o juiz considerar, neste caso, sempre que for quantificar a obrigação alimentícia, não apenas os recursos que o devedor diz perceber mensalmente como empresário, autônomo ou profissional liberal, senão também os bens que compõem o seu patrimônio e exteriorizam o seu padrão social, tudo interagindo com a sua reputação no mercado de trabalho, a infraestrutura posta à sua disposição, a qualificação e o seu prestigio profissional, como fatores que isolados ou conjuntamente, têm incontestável influência para a probatória presunção de sua abastança".[47]

Existe essa dificuldade em aferir a renda mensal do alimentante e definir sua possibilidade de pagamento de alimentos, por causa do uso indevido da via societária ora forjando seus rendimentos, ora escondendo seu patrimônio, e assim diminuindo significativa e drasticamente o quantum da pensão alimentícia.

O direito a alimentos está conexo com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e é imprescindível que o ordenamento jurídico brasileiro tenha instrumento para impedir a fraude que ocorre por meio da via societária. Fraude essa causada pelo sócio que faz uso abusivo da autonomia patrimonial da sociedade e da responsabilidade limitada. Prejudicando o mais importante dos credores, o de natureza alimentar.

[45] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 378.
[46] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 378.
[47] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 259.

O instrumento adequado e bastante específico para desmascarar tal fraude, é a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Ressalta-se que os pressupostos para aplicação do instituto, são os mesmos da desconsideração da personalidade jurídica direta ou clássica, que estão elencados no artigo 50 do Código Civil, o abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Para melhor ilustrar o instituto imaginemos que o titular da dívida alimentar é a pessoa física, que utiliza a sociedade abusivamente, e lá esconde seus bens. Logo, há de se desconsiderar a pessoa física (titular da obrigação), para atingir a pessoa jurídica (que incorporou os bens do sócio), por tal razão denomina-se desconsideração inversa. Pois na desconsideração da personalidade jurídica "tradicional", a pessoa jurídica que é a titular de uma obrigação, contraída em nome da sociedade por abuso do sócio, então afasta a pessoa jurídica (titular da obrigação), para atingir o patrimônio particular do sócio.

Em outras palavras, no cenário de aplicação da desconsideração inversa, o titular da obrigação é a pessoa física que é sócia em sociedade empresária, e no cenário da desconsideração "tradicional" o titular da obrigação é a pessoa jurídica. Na forma inversa a finalidade é atingir o patrimônio da pessoa jurídica, pois o patrimônio do sócio devedor de alimentos está incorporado ao da pessoa jurídica, e na outra, a finalidade é atingir o patrimônio particular do sócio.

Sobre a utilização do instituto no âmbito dos alimentos, Sérgio Gilberto Porto menciona:

> "O direito de família e em especial a matéria alimentar não podem conviver e/ou pactuar com a fraude, através do uso e abuso da personalidade jurídica. O direito não cria a realidade, o direito, em verdade, serve à realidade e se esta aponta para a existência de estratagemas onde certa pessoa física foge de suas obrigações e busca guarida sob o manto de uma pessoa jurídica é imprescindível que se supere a existência da personalidade jurídica, aos efeitos de assegurar a justa aplicação do direito contra a pessoa física que procura se valer da condição, por exemplo, de sócio (inclusive oculto) de

> determinada empresa. É, pois, dever do profissional jurídico usar dos meios necessários para a satisfação do direito violado ou ameaçado e, dentre estes meios, evidentemente que uma arma eficaz contra a burla da realidade é exatamente a possibilidade da incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica".[48]

Para concluir, o renomado autor em tal assunto, Rolf Madaleno aduz:

> "O recurso da desconsideração da personalidade jurídica presta-se de ordinário, para buscar bens da pessoa física que se esconde por trás da pessoa jurídica, pretendendo valer-se do princípio da separação dos patrimônios, esquecendo-se, no entanto, de outro principio geral de direito e pelo qual ninguém tem o direito de prejudicar outrem e, se fosse possível imunizar a fraude pelo uso indevido da personalidade jurídica, restaria institucionalizada a falcatrua patrimonial".[49]

As relações patrimoniais familiares, como apontou Clóvis do Couto e Silva[50], tornaram-se campo vasto para a perpetração de fraudes, mediante a utilização indevida e abusiva das pessoas jurídicas personalizadas. E a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica se revela como único remédio eficaz para impedir a utilização da pessoa jurídica em prejuízo de terceiros.

3 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO VIGENTE

O presente capítulo tratará dos fundamentos legais que possibilitam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, à luz da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002, do Código de Processo Civil de 2015.

3.1 A evolução legal da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito

[48] PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 125.
[49] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42.
[50] COUTO E SILVA, Clóvis. *Direito patrimonial de família no projeto do código civil brasileiro e no direito português*. **In Revista dos Tribunais**, n. 520, 1979.

A personalidade jurídica das empresas, foi criada para elas atenderem suas funções sociais, mas quando surgirem distorções dessas finalidades, poderá o juiz destruir a imagem ideal da pessoa jurídica e o véu societário que acoberta uma situação irreal, como o fez, primeiramente, a jurisprudência anglo-saxônica com a doutrina da *disregard of legal entity*, em que teria sido precursor da aplicação da *disregard* um caso julgado em 1809, pelo juiz Marschall, envolvendo o *Bank of United States vs Deveaux.*[51]

A revolução industrial ocorrida na Inglaterra, a partir da segunda metade do século XVIII, trouxe grandes transformações econômicas, sociais e jurídicas para o país e para o resto do mundo. Na época em decorrência da agitação do mercado, alargaram-se as liberdades para criação das grandes *companies* (sociedade por ações). A teoria ultra vires surgiu nesse contexto, em meados do século XIX, por ação das cortes britânicas, com o objetivo de evitar desvios de finalidade e preservar os interesses dos investidores.[52]

Como o fez, primeiramente, a jurisprudência anglo-saxônica com a doutrina da *disregard of legal entity*, em que teria sido precursor da aplicação da *disregard* um caso julgado em 1809[53]., pelo juiz Marschall, envolvendo o *Bank of United States vs Deveaux*[54], o magistrado desconsiderou a personalidade jurídica do banco para atingir os bens dos sócios.

O caso destaque, da origem da desconsideração da personalidade juridica na jurisprudência inglesa, foi *Salomon versus Salomon & Co.*, apreciado em 1897. Segundo explica Gagliano e Pamplona Filho:

> "Aaron Salomon, objetivando constituir uma sociedade, reuniu seis membros da sua própria família, cedendo para cada um

[51] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 37.
[52] SILVA, Miguel Roberto. **Origem e aplicação da teoria ultra vires in Revista Jurídica Consulex** - ano XII - nº 275 - 30 de junho/2008. p. 64-65.
[53] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 37.
[54] US Supreme Court Center. *Bank of the United States vs Deveaux*. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/fed eral/us/9/61/case.html. Acesso em: 15 mai 2018.

> apenas uma ação representativa, ao passo que, para si, reservou vinte mil. Pela desproporção na distribuição do controle acionário já se verificava a dificuldade em reconhecer a separação dos patrimônios de Salomon e de sua própria companhia. Em determinado momento, talvez antevendo a quebra da empresa, Salomon cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas) no valor de dez mil libras esterlinas, que ele mesmo cuidou de adquirir. Ora, revelando-se insolvável a sociedade, o próprio Salomon, que passou a ser credor privilegiado da sociedade, preferiu a todos os demais credores quirografários (sem garantia), liquidando o patrimônio líquido da empresa".[55]

A sentença foi para desconsiderar a personalidade jurídica da Salomon & Co, pois o juiz entendeu que Aaron Salomon tinha o controle total da sociedade, e não se justificava a separação patrimonial entre o sócio e a pessoa jurídica. Essa sentença é destaque na origem da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Inicialmente, os *atos ultra vires*, ou seja, aqueles praticados pelos sócios ou administradores fora dos limites do objeto social, seriam nulos. Ao longo do século XX, os órgãos judiciais tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos passaram a flexibilizar o rigor inicial da teoria ultra vires, e os atos ultra vires passaram de nulos a não oponíveis a pessoa jurídica.[56]

Antigas doutrinas sustentadas na obediência ao absolutismo do artigo 20 do Código Civil de 1916, impediam qualquer invasão no patrimônio da sociedade por dívida do sócio, ou o contrário. No entanto, esse entendimento cedeu diante dos novos valores jurídicos que flexibilizaram a separação dos patrimônios da pessoa jurídica e seus membros.[57]

Sobre o Código Civil de 1916 e a desconsideração da personalidade jurídica, ou melhor, sua ausência, Rolf Madaleno traz um panorama do ambiente jurídico da época:

---

[55] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.
[56] SILVA, Miguel Roberto. Origem e aplicação da teoria ultra vires in **Revista Jurídica Consulex** - ano XII - nº 275 - 30 de junho/2008. p. 64-65.
[57] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 39.

> "O código civil de 1916 jamais cogitou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, e bem ao revés, consolidava a supremacia da divisão dos patrimônios da sociedade e dos respectivos sócios. Assim, ante a inexistência da teoria da desconsideração no Código Civil de 1916, e ausente no Direito brasileiro qualquer dispositivo de lei equiparável à teoria da superação da personalidade juridica, reinava soberano o princípio da autonomia patrimonial e as sociedades empresárias eram vergonhosa e abusivamente utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra credores ou situações de abuso do direito, cuja má prática era disseminada por todos os segmentos de atuação, incluso, e de modo profícuo, no âmbito do Direito de Família."

No Brasil, Rubens Requião, foi pioneiro no assunto, com seu artigo "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", apresentou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos juristas brasileiros. O autor leciona:

> "A doutrina desenvolvida elos tribunais norte-americanos, visa impedir a fraude ou abuso através do uso da personalidade jurídica, e é conhecida pela designação disregard of legal entity".[58]

O primeiro dispositivo legal a tratar da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro foi o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), posteriormente, o artigo 18 da Lei Antitruste (Lei 8.884/1994), e depois o artigo 4º da Lei do Meio Ambiente (Lei 9.605/1998). Posteriormente foi tratada no Código Civil de 2002.

Com a edição do Código Civil de 2002, mais especificamente no artigo 50 do Código,[59] foram resgatados os fundamentos originais da desconsideração, trazendo expressamente as hipóteses de aplicação.

Sobre a modalidade inversa de desconsideração da personalidade jurídica, no contexto internacional, o caso pioneiro de aplicação da desconsideração inversa da

[58] REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1969. p. 13.

[59] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 ago 2018. "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

personalidade juridica foi o caso Cargill vs. Hedge, julgado em 1985 pela Suprema Corte do Estado de Minnessota, nos Estados Unidos da América. No caso em comento, a acionista controladora de uma companhia requereu a desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade por ela controlada para evitar que parte de uma fazenda, que estava registrada em nome da sociedade, fosse alienada judicialmente para quitar dívidas da empresa. Isso, porque a residência da acionista controladora estava localizada exatamente no pedaço da fazenda. Desconsiderando-se a personalidade jurídica da companhia, seria possível compreender o patrimônio da acionista controladora e da sociedade como um só, permitindo que fossem aplicadas ao caso as normas sobre bem de família do estado de Minnessota, evitando-se a venda da casa.[60]

A desconsideração inversa surgiu no ordenamento jurídico brasileiro surgiu a partir da jurisprudência, mas além dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, editou-se o Enunciado 283 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que aduz "É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros".[61]

Assim, como em sua forma "tradicional", a desconsideração inversa, não visa a anulação da pessoa ou da personalidade jurídica, mas tão somente para determinado ato, o seu afastamento.

No universo jurídico brasileiro, a princípio, não era uníssona à aplicabilidade da teoria da desconsideração inversa, em razão de não existir previsão legal, sendo firmada tão somente por entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Então já era aplicada pelos Tribunais antes de ser efetivamente positivada, devido a necessidade

[60] CRESPI, Gregory S. **The Reverse Piercing Doctrine: Applying Appropriate Standards**. Journal of Corporation Law. Iowa: v. 33, p. 33-69, 1990-1991, p. 41. Apud JOANES, David Massara. *Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao inverso*. / David Massara Joanes – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2010.

[61] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 283**. "É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros."

de ter um remédio para se evitar os abusos cometidos pelos sócios sob o manto da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.[62]

Atualmente, o novo Código de Processo Civil de 2015, trouxe a previsão expressa do instituto em seu artigo 133, §2º: "Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica". O novo Código de Processo Civil teve suma importância, em especial neste tema, pois não havia previsto no ordenamento jurídico normas para regular a aplicação do instituto no âmbito processual.

Sobre a previsão do incidente processual, aduz Daniel Amorim Assumpção:

> "A desconsideração tem natureza constitutiva, considerando-se que por meio dela tem-se a criação de uma nova situação jurídica. Sempre houve intenso debate doutrinário a respeito da possibilidade da criação de uma nova situação jurídica de forma incidental no processo/fase de execução, ou se caberia ao interessado a propositura de uma ação incidental com esse propósito.
>
> A criação legal de um incidente processual afasta a dúvida doutrinária a respeito da forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica e à sua natureza: trata-se de um incidente processual e não de ação autônoma".[63]

3.2 A desconsideração inversa e o Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil prevê um incidente para a desconsideração da personalidade jurídica, finalmente regulamentando seu procedimento.

O incidente processual criado se limita a tratar do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, conforme §1º do art. 133 do Código de Processo Civil[64] prevê que a desconsideração da personalidade jurídica observará os

[62] JOANES, David Massara. **Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao inverso.** David Massara Joanes – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos/FDMC, 2010.
[63] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 376.
[64] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. "Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público,

pressupostos estabelecidos em lei. A opção do legislador deve ser saudada porque os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma não devem ser tratados pelo Código de Processo Civil.[65]

Na desconsideração da personalidade jurídica clássica, expressamente prevista pelos artigos 50 do Código Civil[66] e 28 do Código de Defesa do Consumidor,[67] a sociedade empresarial figura como devedora e os sócios como responsáveis patrimoniais secundários, ou seja, mesmo não sendo devedores, responderão com o seu patrimônio pela satisfação da dívida.[68]

A jurisprudência, valendo-se da *ratio* das normas legais referidas, as vem interpretando de forma extensiva e criando novas modalidades de desconsideração de personalidade jurídica, não previstas expressamente em lei. Há a desconsideração da personalidade jurídica entre empresas do mesmo grupo econômico, bem como a desconsideração da personalidade jurídica inversa.[69]

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica inversa, o sócio figura como devedor e a sociedade empresarial será responsável patrimonial secundária, quando houverem evidências de que o sócio transferiu seu patrimônio pessoal para a sociedade empresarial com a finalidade de frustrar a satisfação dos

---

quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei" Acesso em: 22 ago 2018.

[65] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume único. 9 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 376.

[66] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica". Acesso em: 20 ago 2018.

[67] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração". Acesso em: 17 ago 2018.

[68] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 376.

[69] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 376.

direitos de seus credores. No artigo 133, §2º do Código de Processo Civil [70], está previsto que o incidente criado também será aplicado na modalidade inversa de desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre o momento da propositura do incidente, o artigo 134 do Código de Processo Civil [71], prevê que o incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Neste sentido aduz Marcus Vinicius Gonçalves:

> "Conclui-se, assim, que a desconsideração pode ser postulada em caráter incidental, isto é, no curso do processo ajuizado em face do devedor, ou em caráter principal, em que a desconsideração é requerida como pretensão inicia, paralela à de cobrança e na qual o sócio figura desde logo como réu".[72]

Sobre o procedimento, o artigo 133, caput, do Código de Processo Civil[73] prevê expressamente que a desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, o que afasta a possibilidade do juiz instaurar o incidente de ofício. A legitimidade do Ministério Público deve ser limitada às hipóteses em que participa como autor, não havendo sentido ter legitimidade para tal pedido quando atuar no processo como fiscal da lei.

É possível, inclusive, que o incidente se instaure perante os tribunais, seja nos processos de competência originária, seja em grau de recurso, como se extrai do

---

[70] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. "§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica". Acesso em: 22 ago 2018.

[71] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. "Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial." Acesso em: 22 ago 2018.

[72] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Esquematizado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 261.

[73] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. "Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo." Acesso em: 22 ago 2018.

disposto no parágrafo único do artigo 136 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de decisão do incidente por relator.[74]

A petição para instaurar o incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica deve alegar o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração, tendo o direito a produção de prova no próprio incidente, conforme previsto nos artigos 135 e 136 do Código de Processo Civil.[75]

Instaurado o incidente haverá comunicação imediata ao distribuidor para as anotações devidas (artigo 134, §1º, do Código de Processo Civil[76]), suspendendo o processo, salvo na hipótese de o pedido ser formulado na petição inicial (artigo 134, §3º, do Código de Processo Civil). Trata-se de suspensão imprópria, já que o processo deve ser suspenso apenas naquilo que dependa da solução da controvérsia criada com a instauração do incidente.[77]

Pelo estudo pôde-se observar que há divergência na doutrina sobre o momento em que ocorre a instauração do incidente, no sentido de que seria suficiente apenas o pedido da parte para instauração, ou teria que haver o preenchimento e análise dos requisitos legais.

Nesse sentido Daniel Amorim Assumpção Neves aduz:

> "Em termos de segurança jurídica, em especial para fins de configuração de fraude à execução, é mais adequado entender-se que o mero pedido da parte já seja o suficiente para a instauração do incidente, até mesmo porque, infelizmente, a

[74] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. P. 116.

[75] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. "Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno." Acesso em: 22 ago 2018.

[76] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Art. 134. § 1o A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2o Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3o A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2o. Acesso em: 22 ago 2018.

[77] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 379.

> decisão judicial pode demorar a ser proferida, o que deixará tempo para manobras fraudulentas do sujeito que poderá ser atingido pela desconsideração".[78]

Sobre o artigo 135 do Código de Processo Civil,[79] que prevê a manifestação do sócio no prazo de 15 dias, Marcus Vinicius Gonçalves preconiza que:

> "Além da manifestação do sócio, o pedido de desconsideração poderá ser impugnado, na desconsideração direta, também pela pessoa jurídica, como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça. Embora as partes do incidente sejam o suscitante e o sócio (no caso da desconsideração direta), a pessoa jurídica poderá se manifestar-se, postulando o não acolhimento do incidente. Pelas mesmas razões, na desconsideração inversa, embora as partes sejam o suscitante e a pessoa jurídica, o sócio poderá manifestar-se, postulando o indeferimento do pedido".[80]

De acordo com o artigo 136, caput, do Código de Processo Civil, a decisão que defere ou indefere o pedido é de natureza interlocutória. Logo, caberá agravo de instrumento. Pela leitura do parágrafo único do artigo 136 do Código de Processo Civil, a decisão sobre o incidente poderá ser decretada pelo relator (quando em sede de recurso, ou em ações de competência originária do tribunal), nesses casos caberá agravo interno.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, trará dois efeitos significantes. O primeiro deles é a extensão da responsabilidade patrimonial, que será estendida e alcançará o patrimônio dos sócios ou administrador, ou ainda, no caso da desconsideração inversa, alcançará os bens da pessoa jurídica. Esse efeito está previsto no art. 790, incisos II e VII e art. 795 do Código de Processo Civil.[81]

---

[78] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 379.

[79] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. "Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno." Acesso em: 22 ago 2018.

[80] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Esquematizado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 262.

[81] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Art. 790. São sujeitos à execução os bens: II - do sócio, nos termos da lei; VII - do responsável, nos casos de desconsideração

Outro efeito é a ineficácia da alienação ou oneração de bens, havidos em fraude à execução, previsto no artigo 137, do Código de Processo Civil.[82]

O Código de Processo vigente, de 2015, veio suprir a lacuna legal que existia antes dele pois até então só havia previsão da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil, e não havia previsão legal de como seria sua aplicação no âmbito processual. O Código de Processo Civil, estabeleceu a decretação da desconsideração por meio de incidente, e disciplinou toda parte procedimental do instituto. Garantindo a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa.

3.3 A normatividade da desconsideração inversa e a sua inadequada aplicação na fraude contra credores, simulação e fraude à execução

A maioria das críticas feitas em relação ao incidente processual da desconsideração da personalidade jurídica inversa, seria a existência de outros instrumentos jurídicos hábeis e específicos para cada hipótese de anulabilidade ou nulidade do negócio jurídico. Para esclarecer esse ponto, vale-se dizer que o incidente de desconsideração deve ser adotado em último caso e quando cabível, e não para todo e qualquer caso de defeito no negócio jurídico, fraude à execução, etc.

Os defeitos dos negócios jurídicos, são largamente utilizados como critérios para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, por entendimento doutrinário que dá maior amplitude aos pressupostos da desconsideração, ou por simples desconhecimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica[83].

---

da personalidade jurídica. Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei". Acesso em: 22 ago 2018.

[82] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente. Acesso em: 20 ago 2018.

[83] FRANCO, *Renato Luiz de Campos*. **Desconsideração da personalidade jurídica: limites e aplicação no direito de família e sucessões.** Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. Dissertação - Mestrado. 2014. p. 107.

No entanto, os defeitos dos negócios jurídicos não podem ser pressupostos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, os institutos não trabalham juntos, ao contrário, quando não couber nenhum dos remédios previstos para cada tipo de defeito do negócio jurídico, analisar-se-á se cabe a desconsideração.

Conforme Enunciado n. 146, do Conselho de Justiça Federal,[84] os parâmetros para aplicação da personalidade jurídica devem ser interpretados restritivamente, ou seja, não devem ser alargados, como não devem ser utilizados quiser outros critérios a fim de abranger sua aplicação. Devem ser observados somente os critérios e pressupostos legais, isto é mais uma prova da sua especificidade do instituto.

Acerca deste assunto, Heleno Taveira Tôrres menciona que:

> "Como espécie de sanção própria, nessa função substantiva, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica não poderia ser usada como um instrumento para coibir simulação, fraudes, nulidades e demais descumprimentos da lei, que dão ensejo a ilícitos de toda a ordem, porquanto o ordenamento resguarde, para estes, diretamente, medidas sancionatórias próprias, prazos específicos de decadência e regimes jurídicos típicos".[85]

Em concordância, aduz Rachel Sztajn que:

> "Muitas vezes não se trata de desconsiderar a personalidade juridica, basta aplicar as normas já previstas no sistema. O remédio da desconsideração deveria ser de aplicação restrita para quando não se pudesse resolver a questão de forma justa, equitativa, usando outras medidas".[86]

Seguindo o entendimento dos autores supracitados, é importante delimitar quando cabe a desconsideração da personalidade jurídica, ou não. O que tem que se

[84] BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado 146. "Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)". (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7). Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 135.

[85] TÔRRES, Heleno Taveira. *Substituição tributária – regime constitucional, classificação, e relações jurídicas e processuais.* In **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 70. São Paulo: Dialética, 2001.

[86] SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 2, São Paulo: RT, 1992. p. 67.

ter em mente, é a especificidade desse instrumento (abuso da personalidade jurídica por confusão patrimonial e desvio da finalidade), e não sair aplicando-o a todo e qualquer caso de fraude, entre outros vícios de negócios jurídicos, justamente, para não banalizar o instituto, que consequentemente terá mais críticas, não pela sua essência, mas por seu uso indevido.

A fraude contra credores, prevista no art. 158 do Código Civil, é um vício do negócio jurídico, que acarreta a anulabilidade, conforme previsto no art. 171 do Código Civil. Para se falar em fraude contra credores, tem que se observar os requisitos legais, são eles: negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida; devedor já insolvente na prática dos referidos atos, ou reduzido a insolvência se os praticar, e lesão a direito de credores. No entanto, os contratos onerosos do devedor também serão anuláveis, quando sua insolvência for notória, de conhecimento público, ou houver motivo para ser conhecida do outro contrato, conforme dispõe o art. 159 do Código Civil. Observe-se que estes negócios gratuitos ou onerosos e remissão de dívida, configuram uma dilapidação no patrimônio do devedor que vem a prejudicar os direitos de seus credores, e estes, sem patrimônio do devedor, não alcançarão a satisfação de seu crédito.

Sobre a fraude contra credores, Caio Mário menciona:

> "Assoberbado de compromissos, com o ativo reduzido e o passivo elevado, procura subtrair aos credores uma parte daquele ativo, e neste propósito faz uma liberalidade a um amigou ou parente, ou vende a vil preço um bem qualquer ou concede privilégio a um credor mediante a outorga de garantia real ou realiza qualquer ato, que má-fé engendra com grande riqueza de imaginação".[87]

Portanto, redundantemente, quando houver um negócio de transmissão gratuita de bens ou remissão de dividas, praticado por devedor insolvente ou reduzido a insolvência em decorrência destes atos, ou ainda negócios onerosos nos

[87] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 11 ed. São Paulo: Forense, 1989. p. 451. Apud FRANCO, Renato Luiz de Campos. *Desconsideração da personalidade jurídica: limites e aplicação no direito de família e sucessões*. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

termos do art. 159 do Código Civil, e os credores tiverem seus direitos lesados pela dilapidação do patrimônio deste devedor, está configurada a fraude contra credores.

A fraude contra credores ocorre em um ambiente em que não há ainda uma demanda judicial em curso, e o instrumento eficaz em caso de fraude contra credores é a ação pauliana, ação específica, que visa a anulação do negócio jurídico. Diante de um cenário de fraude contra credores, que já possui a previsão de um remédio especifico, deve-se aplicá-lo, não cabendo a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A fraude à execução, ao contrário da fraude contra credores, ocorre em um contexto em que há demanda judicial em curso. O art. 792 do Código de Processo Civil, em um rol não taxativo, elenca hipóteses de fraude a execução. Simploriamente, quando o devedor dispõe de seus bens, gratuita ou onerosamente, com uma demanda judicial em curso, configura-se a fraude à execução. Logo, se o devedor, na pessoa do sócio, com uma execução de alimentos, por exemplo, em curso, transfere seu patrimônio para a pessoa jurídica do qual é sócio, aplicar-se á as medidas cabíveis á fraude à execução, e não a desconsideração inversa.

A simulação, tem previsão o art. 167 do Código Civil, que diz ser nulo o negócio jurídico simulado, mas aquele que se dissimulou subsistirá, se na substancia e forma for válido. O §1º do referido art. 167, traz hipóteses em que se configura a simulação, e o §2º ressalva ainda os direitos de terceiros de boa-fé.

Sobre a simulação, Silvio Venosa menciona que se os:

> "Na simulação, há conluio. Existe uma conduta, um processo simulatório; acerto, concerto entre os contraentes para proporcionar aparência exterior do negócio. A simulação implica, portanto, mancomunação. Seu campo fértil é dos contratos, embora possa ser encontrada nos atos unilaterais recíprocos. A simulação implica sempre conluio, ligação de mais de uma pessoa para criar aparência. Trata-se do chamado vício social, por diferir dos vícios de vontade".[88]

[88] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 555.

A simulação pode ser praticada pela pessoa jurídica, por ato recíproco do próprio sócio, simulando, por exemplo, a alienação de cotas, de patrimônio, diminuição na participação societária, mas na verdade, nunca houve intuito de se fazer esses negócios, e sim, foram simulados.

Ocorre, que se o ato jurídico foi simulado, ele é nulo, e não pode produzir efeitos. E quando se tratar de um negócio jurídico simulado, mesmo que haja uma linha muito tênue para identificar se é caso de nulidade ou desconsideração, deve ser utilizado o instrumento adequado em cada caso.

4 A TUTELA JUDICIAL DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No presente capítulo serão expostos fundamentos jurisprudenciais favoráveis do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça da Bahia, e jurisprudências contrárias ao problema exposto, do Tribunal de justiça de São Paulo e Tribunal de Justiça do Pará.

4.1 Julgados favoráveis

4.1.1 Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso especial: 948.117/2010. Relatora: Ministra Nancy Andrighi

> "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. I A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. II Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal a quo pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. III A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na

> desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. **IV Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma**. V A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido.
>
> (STJ - REsp: 948117 MS 2007/0045262-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2010) [89]

Inicialmente, tratava-se de uma ação de execução, em que o exequente buscou pela satisfação do seu crédito, porém não obteve êxito, pois executado não tinha bens em seu nome.

Sem meios e bens para o exequente receber seu crédito, o juízo permitiu por meio de decisão interlocutória a desconsideração da personalidade jurídica inversa, pois entendeu a pessoa jurídica que o executado era sócio, havia sido

[89] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948.117.** Recorrente: Carlos Alberto Tavares da Silva. Recorrido: Francisco Alves Correa Neto. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 3 de agosto de 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15661975/recurso-especial-resp-948117-ms-2007-0045262-5/inteiro-teor-15661976. Acesso em: 17 set 2018.

descaracterizada, usada para os interesses pessoais do sócio, e então estava configurada a confusão patrimonial entre os bens desta e os bens pessoais do sócio.

Inconformado, o executado interpôs agravo de instrumento, porém o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul negou provimento, declarando que é possível a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica, quando há evidencia de que a sociedade é utilizada para ocultar bens, que se estivessem em nome da pessoa física seriam objetos de penhora.

O executado interpôs recurso especial, mas não foi admitido na origem. No entanto, a relatora deu provimento ao agravo de instrumento para melhor análise da questão, e determinou a subida ao Superior Tribunal de Justiça. O recorrente, em sede de agravo de instrumento, alegava a inaplicabilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, e que o artigo 50 do código civil, não daria margem a essa interpretação.

No entanto, em seu voto a ministra relatora Ministra Nancy Andrighi, menciona que:

> "A interpretação literal do art. 50 do CC/02, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer. Há de se realizar uma exegese teleológica, finalística desse dispositivo, perquirindo os reais objetivos vislumbrados pelo legislador.
>
> Assim procedendo, verifica-se que a finalidade maior da *disregard doctrine*, contida no referido preceito legal, é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios".[90]

E ainda, sobre os requisitos para a desconsideração, aduz que:

> "Dessa forma, em ambas as modalidades, a desconsideração da personalidade jurídica configura-se sempre como medida excepcional. O Juiz somente está autorizado a "levantar o véu"

[90] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948.117.** Recorrente: Carlos Alberto Tavares da Silva. Recorrido: Francisco Alves Correa Neto. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 3 de agosto de 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15661975/recurso-especial-resp-948117-ms-2007-0045262-5/inteiro-teor-15661976. Acesso em: 17 set 2018.

> da personalidade jurídica quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02"[91].

Por fim, a Ministra Nancy Andrighi, se pronuncia por manter a decisão de primeiro grau, negando provimento ao recurso especial. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Ministra Relatora.

Nesse sentido, Gladston Mamede esclarece que a atuação da empresa somente será regular, se ela seguir á risca o seu contrato social e os demais imperativos legais, e como a pessoa jurídica só existe e só deve agir nos limites da lei e do contrato de sua constituição, não poderão ser admitidos atos ilícitos praticados por ação ou omissão de seus representantes legais[92].

De acordo com Marlon Tomazette, quando perceptível o uso indevido da pessoa jurídica, como já mencionado, relata que nada seria mais eficaz do que a desconsideração da personalidade jurídica:

> "Quando desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, nada mais eficaz do que retirar os privilégios que a lei assegura, isto é, descartar a autonomia patrimonial no caso concreto, esquecer a separação entre sociedade e sócio, o que leva a estender os efeitos das obrigações da sociedade a estes. Assim, os sócios ficam inibidos de praticar atos que desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois caso o façam não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial".[93]

4.1.2 Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Câmara Especial Regional de Chapecó. Apelação Cível 138678 SC 2007.013867-8. Relator: Guilherme Nunes Born

[91] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948.117.** Recorrente: Carlos Alberto Tavares da Silva. Recorrido: Francisco Alves Correa Neto. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 3 de agosto de 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15661975/recurso-especial-resp-948117-ms-2007-0045262-5/inteiro-teor-15661976. Acesso em: 17 set 2018.

[92] MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedade simples e empresárias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.p.227.

[93] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 247.

> "APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIROS - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - DÍVIDA DE RESPONSABILIDADE DA PESSOA FÍSICA - PENHORA DE BENS DA PESSOA JURÍDICA DE QUAL O ALIMENTANTE É SÓCIO - DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA - DISPENSA DE AÇÃO AUTÔNOMA - MANEJO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA AÇÃO DE EXECUÇÃO - CONFUSÃO PATRIMONIAL EVIDENTE - SÓCIO MAJORITÁRIO (99% DAS COTAS) QUE NÃO POSSUI BENS PESSOAIS PARA GARANTIR OS ALIMENTOS DEVIDOS. "Na desconsideração inversa da personalidade jurídica de empresa comercial, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, responsabilizando-se a sociedade por obrigação pessoal do sócio. **Tal somente é admitido, entretanto, quando comprovado suficientemente ter havido desvio de bens, com o devedor transferindo seus bens à empresa da qual detém controle absoluto, continuando, todavia, deles a usufruir integralmente, conquanto não integrem eles o seu patrimônio particular, porquanto integrados ao patrimônio da pessoa jurídica controlada.** (...)." (AI n. , de São José, Rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 25.01.02). Recurso provido. (Grifo do autor)
>
> (TJ-SC - AC: 138678 SC 2007.013867-8, Relator: Guilherme Nunes Born, Data de Julgamento: 12/09/2011, Câmara Especial Regional de Chapecó, Data de Publicação: Apelação Cível, de Xanxerê) [94]

A apelante C.G.C, interpôs recurso de apelação, sob o argumento de que o apelado se utiliza da pessoa jurídica, a fim de criar obstáculos para adimplir a pensão alimentícia, mencionou que estariam presentes o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, sendo cabível a desconsideração inversa da personalidade jurídica. O recorrido era sócio majoritário da empresa em questão, e não possuía nenhum patrimônio pessoal.

O Tribunal, analisou e expôs a teoria do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, e acolheu no caso em questão a sua aplicação inversa. Conforme voto:

[94] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível 138678 SC 2007.013867-8.** Câmara especial regional de Chapecó. Partes: segredo de justiça. Relator: Guilherme Nunes Born. Chapecó, 12 de setembro de 2011. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20810081/apelacao-civel-ac-138678-sc-2007013867-8-tjsc/inteiro-teor-20810082?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

> "Na espécie, observa-se que o devedor da verba alimentar é sócio majoritário da apelada (fl. 14) e, com o intuito único de inviabilizar a satisfação dos alimentos devidos, não detêm quaisquer bens (móveis ou imóveis) em seu nome já se utiliza do manto que permeia a pessoa jurídica para tanto, configurando, desta feita, a confusão patrimonial.
>
> Nesta esteira, verificado o desvio de bens particulares do devedor dos alimentos em prol do patrimônio da pessoa jurídica que integra como sócio majoritário ou mesmo a intenção de não constituir patrimônio próprio capaz de suportar a execução alimentar, absolutamente aplicável a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica."[95]

A câmara especial regional de Chapecó, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação, mantendo a penhora que já havia sido realizada sobre os bens da empresa em questão, tendo por fundamento o cabimento da desconsideração inversa.

Como mencionado por Clóvis do Couto e Silva, as relações patrimoniais no âmbito familiar, se tornaram um campo vasto para perpetuação de fraudes, mediante a utilização indevida e abusiva das pessoas jurídicas.[96]

Em consonância, Rolf Madaleno aduz:

> "O recurso da desconsideração da personalidade jurídica presta-se de ordinário, para buscar bens da pessoa física que se esconde por trás da pessoa jurídica, pretendendo valer-se do princípio da separação dos patrimônios, esquecendo-se, no entanto, de outro princípio geral de direito e pelo qual ninguém tem o direito de prejudicar outrem e, se fosse possível imunizar a fraude pelo uso indevido da personalidade jurídica, restaria institucionalizada a falcatrua patrimonial."[97]

---

[95] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível 138678 SC 2007.013867-8.** Câmara especial regional de Chapecó. Partes: segredo de justiça. Relator: Guilherme Nunes Born. Chapecó, 12 de setembro de 2011. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20810081/apelacao-civel-ac-138678-sc-2007013867-8-tjsc/inteiro-teor-20810082?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

[96] COUTO E SILVA, Clóvis. *Direito patrimonial de família no projeto do código civil brasileiro e no direito português*. **In Revista dos Tribunais**, n. 520, 1979.

[97] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42.

4.1.3 Tribunal de Justiça da Bahia. Quinta Câmara Cível. Agravo de Instrumento: 00269865420158050000. Relatora: Marcia Borges Faria

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DAS FAMÍLIAS. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO DE BENS C/C ALIMENTOS. PENSÃO MENSAL. EX-CONSORTE E FILHA MENOR. VALOR. BINÔMIO NECESSIDADE-CAPACIDADE. MAJORAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. EMPRESA QUE CUSTEIA O NÚCLEO FAMILIAR ADMINISTRADA EXCLUSIVAMENTE PELO AGRAVADO. CONFORMAÇÃO DA VERBA ALIMENTÍCIA À FORÇA ECONÔMICA DO ALIMENTANTE - PORTADOR DE DOENÇA RENAL GRAVE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CONSTATAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. PRESENÇA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Em se tratando de recurso que trata do quantum devido a título de pensão alimentícia, indispensável que se proceda à análise da situação casuisticamente verificada, particularmente no que toca à necessidade do alimentando e as condições efetivas que permeiam a capacidade econômico-financeira do alimentante. 2. Nessa linha de entendimento, o próprio recorrido admite, no bojo das contrarrazões apresentadas, que administra, atualmente, de forma isolada, a empresa responsável pela manutenção do núcleo familiar – que se encontra em nome de um dos seus filhos -, de forma que o fato de gerir o patrimônio comum das partes também deve ser levando em consideração ao fito de solucionar a controvérsia. 3. Assim é que, à vista, outrossim, dos documentos colacionados aos instrumental, em particular de minuta de acordo formulado entre as partes em ocasião anterior ao ajuizamento da ação originária, instrumento este que previu, entre outras coisas, o valor de 6,5 (seis e meio) salários-mínimos a título de pensão alimentícia em favor das postulantes, tem-se como, atualmente, razoável a quantia total de 08 (oito) salários-mínimos, sendo 02 (dois) para ex-consorte e 06 (seis) para a filha menor, além do plano de saúde desta última. 4. **Nesse diapasão, conforme muito bem pontuado no parecer ministerial, queda-se incontroverso que a pessoa jurídica LTS Lacerda Transportes e Serviços Ltda, administrada exclusivamente pelo recorrido, sempre custeou todas as despesas conjugais, compondo, portanto, eventual acervo a ser partilhado, fazendo verossímil a hipótese de possível confusão patrimonial entre os seus bens e os do casal.** 5. Recurso parcialmente provido. (Classe:

> Agravo de Instrumento. Número do Processo: 0026986-54.2015.8.05.0000, Relator (a): Marcia Borges Faria, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 09/09/2016)".
>
> (TJ-BA - AI: 00269865420158050000, Relator: Marcia Borges Faria, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 09/09/2016) [98]

Trata-se de agravo de instrumento em que a agravante se insurgiu contra decisão que arbitrou o valor da pensão alimentícia em 20% dos rendimentos do recorrido. A recorrente aduz ainda que, o recorrido se utiliza da empresa para gerir seu próprio patrimônio, e ressalta a necessidade da constrição de bens, inclusive àqueles alocados na pessoa jurídica, para evitar a diluição de valores e patrimônio, preservando os aquestos para futura partilha.

Em seu voto, a relatora Desembargadora Marcia Borges Faria, mencionou que:

> "Nessa senda, conforme muito bem pontuado no parecer ministerial, queda-se incontroverso que a pessoa jurídica LTS Lacerda Transportes e Serviços LTDA, administrada exclusivamente pelo recorrido, **sempre custeou todas as despesas conjugais, compondo, portanto, eventual acervo a ser partilhado, fazendo verossímil a hipótese de possível confusão patrimonial entre os seus bens e os do casal"**.[99]

Diante disso, a relatora, deferiu o pedido de tutela de urgência cautelar, tendo por fundamento a desconsideração inversa da personalidade, assim concluiu em seu voto:

[98] BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de Instrumento: 00269865420158050000**. Quinta Câmara Cível Agravante: Aline Andrade Amoedo Lacerda e Outro Agravado: Carlos Antônio Pinheiro Lacerda. Relatora: Marcia Borges Faria. Salvador, 9 de setembro de 2016. Disponível em: https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/422575461/agravo-de-instrumento-ai-26986542015805000/inteiro-teor-422575481?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

[99] BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de Instrumento: 00269865420158050000**. Quinta Câmara Cível Agravante: Aline Andrade Amoedo Lacerda e Outro Agravado: Carlos Antônio Pinheiro Lacerda. Relatora: Marcia Borges Faria. Salvador, 9 de setembro de 2016. Disponível em: https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/422575461/agravo-de-instrumento-ai-26986542015805000/inteiro-teor-422575481?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

> "Trata-se, pois, de efetiva desconsideração da personalidade jurídica inversa do ente moral, mormente diante da necessidade apontada no caso concreto".[100]

Dessa forma, os desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, acordaram em unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Os dados fornecidos pelo empresário como seus rendimentos, muitas vezes não condizem com a verdade. E como mencionou Paulo Lôbo, a doutrina e jurisprudência "avançaram para admitir a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa juridica, para alcançar quem de fato a controla, permitindo apurar o real montante dos rendimentos do devedor"[101]

E por isso, consoante Sérgio Gilberto Porto:

> "É, pois, dever do profissional jurídico usar dos meios necessários para a satisfação do direito violado ou ameaçado e, dentre estes meios, evidentemente que uma arma eficaz contra a burla da realidade é exatamente a possibilidade da incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica".[102]

4.2 Julgados desfavoráveis

4.2.1 Tribunal de Justiça do Pará. 2ª Câmara Cível Isolada. Agravo de Instrumento 00165863620098140301 Belém. Relator: Cláudio Augusto Montalvão das Neves

> "EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ENUNCIADO Nº 283, DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF E ART. 165, DO CPC. NULIDADE DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE

[100] BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de Instrumento: 00269865420158050000**. Quinta Câmara Cível Agravante: Aline Andrade Amoedo Lacerda e Outro Agravado: Carlos Antônio Pinheiro Lacerda. Relatora: Marcia Borges Faria. Salvador, 9 de setembro de 2016. Disponível em: https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/422575461/agravo-de-instrumento-ai-26986542015805000/inteiro-teor-422575481?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

[101] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 378.

[102] PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 125.

> FUNDAMENTAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO À UNANIMIDADE. 1. Caracteriza-se a desconsideração inversa da personalidade jurídica quando é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio. Exige como pressuposto o desvio de bens, a fraude ou abuso de direito por parte dos sócios que se utilizam da personalidade jurídica para transferir ou esconder bens, prejudicando, assim, os credores. Deve restar evidente o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, a justificar a constrição de bens das empresas por débito do sócio. **2. Dispõe o enunciado nº 283, do Centro de Estudos Judiciários, do Conselho da Justiça Federal, que é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada inversa para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros. 3. A não localização de bens do devedor passíveis de constrição, por si só, não conduz a aplicação imediata da teoria multicitada. Isso porque deve ser aplicada com cautela e em casos de excepcionalidade, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e as pessoas jurídicas.** 4. É importante pontuar que a decisão interlocutória que desconsidera inversamente a personalidade jurídica, fazendo com que a empresa responda com seu patrimônio pela dívida pessoal do sócio deve estar robustamente fundamentada, cabendo ao juiz, apontar as razões do seu convencimento, seja pelo acolhimento ou rejeição do pedido, sob pena de vulneração aos arts. 93, IX, da CF e 165, do CPC, dispositivos que transmitem a necessidade de motivação nas decisões judiciais, ainda que concisa, o que não ocorreu no caso em apreço, gerando nulidade. 5. Recurso conhecido e provido à unanimidade.
>
> (TJ-PA - AI: 00165863620098140301 BELÉM, Relator: CLAUDIO AUGUSTO MONTALVAO DAS NEVES, Data de Julgamento: 11/11/2011, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 22/11/2011) [103]

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo executado em alimentos, ora agravante, em face de decisão interlocutória que deferiu a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica para determinar o bloqueio de

[103] PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Agravo de Instrumento 00165863620098140301.** Belém. 2ª Câmara Cível Isolada. Agravante: M.R.F Agravado: L. F. L. DE R. F Relator: Cláudio Augusto Montalvão das Neves. Belém, 11 de novembro de 2011. Data de Publicação: 22/11/2011. Disponível em: https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true#. Acesso em: 05 set 2018.

valores em contas correntes de empresas do qual é sócio o agravante para saldar obrigações pessoais. No caso, tais obrigações pessoais, tratam-se dos alimentos devidos pelo agravante ao agravado.

O relator, sr. Desembargador Cláudio A. Montalvão Neves, mencionou que:

> "Após essas considerações, saliento que a não localização de bens do devedor passíveis de constrição, por si só, não conduz a aplicação imediata da teoria multicitada. Isso porque deve a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica ser aplicada com cautela e em casos de excepcionalidade, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e as pessoas jurídicas.
>
> Nesse raciocínio, apreciando a decisão hostilizada, verifico que utilizou como fundamento para adotar a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica ao fundamento de que é *"prática reiterada em nosso sistema jurídico"*, despojado, assim, de fundamentação jurídica mínima plausível a se aferir o acerto/desacerto da decisão monocrática, sem esquecer que se valeu de uma penhora *on line* insuficiente para aplicar a desconsideração".[104] (Grifo do autor)

Em contrariedade a decisão agravada que deferiu a desconsideração inversa, o relator mencionou ainda a inexistência de prova de confusão patrimonial e a desconsideração da personalidade jurídica é uma medida excepcional, que só deve ser admitida quando inequivocamente demonstrados os requisitos do art. 50, do Código Civil.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

> "A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial.

[104] PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Agravo de Instrumento 00165863620098140301**. Belém. 2ª Câmara Cível Isolada. Agravante: M.R.F Agravado: L. F. L. DE R. F Relator: Cláudio Augusto Montalvão das Neves. Belém, 11 de novembro de 2011. Data de Publicação: 22/11/2011. Disponível em: https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true#. Acesso em: 05 set 2018.

> Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio [separação patrimonial], descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral".[105]

Em concordância, aduz Rachel Sztajn que:

> "Muitas vezes não se trata de desconsiderar a personalidade juridica, basta aplicar as normas já previstas no sistema. O remédio da desconsideração deveria ser de aplicação restrita para quando não se pudesse resolver a questão de forma justa, equitativa, usando outras medidas".[106]

4.2.2 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento: 21545278520148260000. 2ª câmara de direito privado. Relator: José Joaquim dos Santos. Data de julgamento: 3 de fevereiro de 2015

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de alimentos. Indeferimento de penhora de contas de empresas pertencentes ao executado. Inexistência de elementos que comprovem a ocorrência de fraude ou de confusão patrimonial, a autorizar a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Decisão reformada. Recurso provido".
>
> (TJ-SP – AI: 21545278520148260000 SP 2154527 – 85.2014.8.26.0000, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de julgamento: 03/02/2015, 2ª câmara de direito privado, data de publicação: 03/02/2015)[107]

Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão que deferiu a desconsideração inversa da personalidade jurídica em uma execução de alimentos. O agravante pediu pelo provimento do recurso para afastar a desconsideração inversa.

---

[105] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto**. O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 450.

[106] SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 2, São Paulo: RT, 1992. p. 67.

[107] SÃO PAULO. Tribunal de justiça do estado de São Paulo. **Agravo de instrumento 21545278520148260000.** 2ª câmara de direito privado. Agravante: A.C Agravado: E.M.C. Relator: José Joaquim dos Santos. São Paulo, 3 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165484086/agravo-de-instrumento-ai-21545278520148260000-sp-2154527-85201482 60000/inteiro-teor-165484095?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

Acordaram então, a 2ª câmara de direito privado, dar provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator, segue trecho:

> "Todavia, a r. decisão não merece ser mantida, porquanto, como já decidido em anterior recurso a esse respeito, dos documentos juntados aos autos não se verifica existência de confusão patrimonial entre seus bens e o da empresa".[108]

Com a edição do Código Civil de 2002, mais especificamente no artigo 50 do Código,[109] foram resgatados os fundamentos originais da desconsideração, trazendo expressamente as hipóteses de aplicação.

E acerca disso, Rolf Madaleno menciona:

> "O desvio de finalidade ocorre quando a pessoa jurídica pratica os atos incompatíveis com o contrato social ou estatuo de regência de suas atividades, agindo com excesso ou abuso de poder e desviando-se dos objetivos da própria instituição da personalidade jurídica. O desvio de finalidade abrange uma formulação subjetiva da desconsideração, ao abarcar as hipóteses de fraude e de abuso de direito".[110]

5 CONCLUSÃO

A regra geral, é a separação patrimonial entre pessoa jurídica e sócio, a dívida da pessoa física, não pode ser oponível a pessoa juridica, nem vice-versa. Os principais problemas encontrados no cenário atual, que levam a elaboração dessa pesquisa, como supracitado, é a hipótese do devedor de alimentos e sócio em uma pessoa jurídica, não ter nenhum bem pessoal em seu nome, enquanto pessoa física, e

---

[108] SÃO PAULO. Tribunal de justiça do estado de São Paulo. **Agravo de instrumento 21545278520148260000.** 2ª câmara de direito privado. Agravante: A.C Agravado: E.M.C. Relator: José Joaquim dos Santos. São Paulo, 3 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165484086/agravo-de-instrumento-ai-21545278520148260000-sp-2154527-8520148260000/inteiro-teor-165484095?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

[109] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.g ov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica". Acesso em: 22 ago 2018.

[110] MADALENO, Rolf. **Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 72-73.

assim frustrar o credor alimentício, pois se não há bens, não há como satisfazer seu crédito.

No entanto, o que muito se verifica nesses casos, é o devedor se utilizando dos bens da pessoa jurídica, como se fossem bens pessoais seus, pois de fato o são, porém não juridicamente. Então, por exemplo, esse devedor de alimentos e sócio em uma pessoa jurídica, reside em um imóvel da pessoa jurídica, utiliza como carro pessoal o carro da pessoa jurídica, usa para compras pessoais cartões e contas da pessoa jurídica, entre outros exemplos afins.

A separação patrimonial entre sócio e sociedade, no entanto, não deve ser absoluta, pois os atos fraudulentos do devedor ficariam impunes, e o credor inteiramente prejudicado. Porém, não se pode dizimar essa separação patrimonial, pois seria o fim da pessoa jurídica, caso toda dívida de sócio fosse oponível a ela, não haveria a razão de existir da pessoa jurídica.

O caminho ideal foi flexibilização da regra da separação patrimonial, como se pôde ver na doutrina, na lei, e na jurisprudência. E essa flexibilização se deu pelo instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em sua forma tradicional ou inversa, ambas têm o mesmo intuito de coibir o uso indevido da pessoa jurídica. Como a própria nomeação é sugestiva, a desconsideração da personalidade juridica tradicional ou direta, foi reconhecida antes pelo ordenamento jurídico brasileiro, do que sua forma inversa. A desconsideração inversa surgiu no âmbito jurisprudencial.

Quando se tem uma obrigação de titularidade da pessoa física sócia em uma sociedade empresária, e que se utilizou indevidamente da pessoa juridica, será desconsiderada a pessoa física, para buscar o adimplemento da obrigação na pessoa juridica, está é a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Esse instituto é mais um instrumento para o credo utilizar na busca dos alimentos, principalmente, diante da dificuldade em provar a existência de bens do devedor.

A pesquisa se deu nesse enfoque, e a hipótese mostrou-se possível e eficaz para tais casos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil*. São Paulo: Mp, 2005.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento: 00269865420158050000. Quinta Câmara Cível Agravante: Aline Andrade Amoedo Lacerda e Outro Agravado: Carlos Antônio Pinheiro Lacerda. Relatora: Marcia Borges Faria. Salvador, 9 de setembro de 2016. Disponível em: https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/422575461/agravo-de-instrumento-ai-26986542015805000 0/inteiro-teor-422575481?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 283 "É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros."

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 948.117. Recorrente: Carlos Alberto Tavares da Silva. Recorrido: Francisco Alves Correa Neto. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 3 de agosto de 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 ago 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 ago 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 21 ago 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas.*O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil*: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis. *Direito patrimonial de família no projeto do código civil brasileiro e no direito português.* In Revista dos Tribunais, n. 520, 1979.

CRESPI, Gregory S. The Reverse Piercing Doctrine: Applying Appropriate Standards. Journal of Corporation Law. Iowa: v. 33, p. 33-69, 1990-1991, p. 41. Apud JOANES, David Massara. Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao inverso. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2010.

Enunciado 146. "Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)". (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7). Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

FRANCO, Renato Luiz de Campos. Desconsideração da personalidade jurídica: limites e aplicação no direito de família e sucessões. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 1: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro, introdução* – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14 ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Esquematizado*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JOANES, David Massara. *Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao inverso*. / David Massara Joanes – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. *Desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAMEDE, Gladston. *Direito societário: sociedade simples e empresárias*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1972.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1958.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Lei de alimentos comentada (doutrina e jurisprudência)*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. Agravo de Instrumento 00165863620098140301 Belém. 2ª Câmara Cível Isolada. Agravante: M.R.F Agravado: L. F. L. DE R. F Relator: Cláudio Augusto Montalvão das Neves. Belém, 11 de novembro de 2011. Data de Publicação: 22/11/2011. Disponível em: https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true#. Acesso em: 05 set 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 11.ed. São Paulo: Forense, 1989. p. 465. Apud FRANCO, Renato Luiz de Campos. Desconsideração da personalidade jurídica: limites e aplicação no direito de família e sucessões. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos tribunais.* São Paulo, v. 410, a.58, dez. 1969.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTA CATARINA.Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível 138678 SC 2007.013867-8. Câmara especial regional de Chapecó. Partes: segredo de justiça. Relator: Guilherme Nunes Born. Chapecó, 12 de setembro de 2011. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20810081/apelacao-civel-ac-138678-sc-2007013867-8-tjsc/inteiro-teor-20810082?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de justiça do estado de São Paulo. Agravo de instrumento 21545278520148260000. 2ª câmara de direito privado. Agravante: A.C Agravado: E.M.C. Relator: José Joaquim dos Santos. São Paulo, 3 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165484086/agravo-de-instrumento-ai-21545278520148260000-sp-2154527-8520148260000/inteiro-teor-165484095?ref=juris-tabs. Acesso em: 5 set 2018.

SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2ed. São Paulo: Forense, 2008.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1038.

SILVA, Miguel Roberto. Origem e aplicação da teoria ultra vires in *Revista Jurídica Consulex* - ano XII - nº 275 - 30 de junho/2008.

SZTAJN, Rachel; Desconsideração da personalidade jurídica; *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, São Paulo: RT, 1992.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*: Teoria Geral e Direito Societário. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Substituição tributária* – regime constitucional, classificação, e relações jurídicas e processuais, in Revista Dialética de Direito Tributário, n. 70. São Paulo: Dialética, 2001.

US Supreme Court Center. *Bank of the United States vs Deveaux*. Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/61/case.html. Acesso em: 15 mai 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral/Silvio de Salvo Venosa. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

O DISCURSO DA PARENTALIDADE AFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Tayanna Balbino de Avelar

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a paternidade afetiva e os elementos que a constitui, sua importância na formação dos seres humanos na sociedade e a sua regulamentação no ordenamento jurídico pois não temos uma legislação que trata apenas da paternidade afetiva, sendo, portanto, necessário a interpretação por analogia. Essa pesquisa mostra também que o afeto vem ganhado força no âmbito do Direito de família, pois já está tendo a possibilidade do reconhecimento da paternidade afetiva juntamente com a paternidade biológica.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo a análise do discurso da parentalidade afetiva no Direito Brasileiro. No Brasil, não se tem legislação específica sobre esse tema, portanto a análise ocorreu sobre os estudos jurisprudenciais e doutrinários, a partir de interpretações análogas dos preceitos normativos do direito de família.

A parentalidade afetiva é tema de indiscutível relevância jurídica e social nos tempos atuais, sendo regido pelo Direito de Família, ramo do direito que trata de agrupamentos de pessoas com vínculo conjugal de parentesco ou de afinidade.

A família é a base fundamental da sociedade. As diversas modificações no Direito de família em relação ao instituto de filiação estão ligadas ao vínculo afetivo, gerando discussões doutrinarias, decisões judiciais em lides familiares. Este novo conceito de família ter surtido diversos efeitos jurídicos patrimoniais, sucessórios e de proteção do vínculo de filiação.

O problema central da monografia diz qual a questão de se saber se é possível na interpretação do direito conceber-se o conteúdo do discurso da paternidade afetiva no Direito Brasileiro.

A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto conforme os discursos argumentativos doutrinários, legais e jurisprudenciais a serem desenvolvidos nos capítulos.

No primeiro capítulo apresentam-se os discursos argumentativos doutrinários que corroboram a hipótese em questão. Apresentando o surgimento da família brasileira e as evoluções que o direito de família enfrentou ao longo do tempo até chegar aos tempos atuais. Mostrando a família romana até chegar a família contemporânea, sendo abordado em generalidade as relações de parentesco e suas formas de constituição e, por fim, demonstrar a relação de parentesco afetivo e a sua importância na construção do vínculo de filiação.

No segundo capítulo serão abordados os fundamentos legais da paternidade socioafetiva, à luz da Constituição Federal de 1988, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ilustrado os princípios e as normas que regem o instituto da paternidade socioafetiva.

Por fim, no terceiro e último capitulo serão expostos os argumentos jurisprudenciais que bordaram a paternidade afetiva no discurso da pluralidade familiar que esta seguida do julgado que compreendeu que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica, sustentada no Recurso extraordinário 898.060 da Repercussão Geral nº 622 do Supremo Tribunal Federal. Será trazido também nesse capítulo o discurso da afetividade no exercício do poder familiar, a qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os filhos deveram ser indenizados por pais que os abandonaram durante a infância ou juventude pelo Recurso Especial nº 1.159.242- São Paulo.

O referencial teórico será construído através da doutrina de autores como Paulo Lôbo, Sílvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias,

Nelson Rosenvals, Caio Mario da Silva Pereira e dentre outros autores. Estes autores expuseram suas opiniões acerca da paternidade afetiva.

A metodologia será embasada em pesquisas bibliográficas especializadas no ramo do Direito de Família, em diversos artigos e doutrinas. Está embasada também nas legislações acerca do tema e por jurisprudências dos tribunais brasileiros.

2 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NA DOUTRINA

No primeiro capítulo apresentam-se os discursos argumentativos doutrinários que corroboram a hipótese em questão. Apresentando o surgindo da família brasileira e as evoluções que o direito de família enfrentou ao longo do tempo até chegar nos tempos atuais. Mostrando a família romana até chegar a família contemporânea, sendo abordado em generalidade as relações de parentesco e suas formas de constituição e, por fim, demonstrar a relação de parentesco afetivo e a sua importância na construção do vínculo de filiação.

2.1 Direito de Família Contemporâneo

A origem do nosso conceito de família veio de Roma. Em Roma a família estava submetida ao pater família. O pater família era aquele que chefiava todos os membros da família e possuía personalidade jurídica no âmbito familiar. A família era unida pela religião, cada família tinha os seus Deuses. Com o crescimento de Roma a família passou a ser influenciada pelo Direito Canônico, que chegou até nos através do Direito Português. Com o tempo, a importância política da família diminuiu, deixando de ser tão rígida como a família romana. Hodiernamente, a família é tratada em regra, como pequena família, um núcleo mais reduzido, que consiste entre pais e filhos.[1]

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 11 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011. p.5.

No Brasil, o direito de família surgiu a partir da República, que dissociou o Estado da Religião, e instituiu o casamento civil, incumbindo ao Estado o dever de realizar também o matrimônio.

O Direito de Família é um ramo do direito que trata desses agrupamentos de pessoas que possuem um vínculo conjugal, de parentesco ou de afinidade. Os grupos de família podem ser de sangue, parentais ou secundários.

O Direito de família passou por três fases. A primeira fase tinha uma conotação religiosa e o poder patriarcal era muito grande. Na sua segunda fase, a conotação religiosa diminuiu, e surgiu um grande avanço, a criação da Lei de 1.949 que passou reconhecer filhos ilegítimos, e, além disso, na década de 60 com a Lei nº 4.121/1962 foi promulgado o estatuto da mulher casada. A mulher "deixa" de ser relativamente incapaz e começa a ter autonomia. Na terceira fase, com a Constituição de 1988, ocorreu a constitucionalização do Direito Civil, sobretudo do Direito de Família.

Segundo Pablo Stolze, conceito de família seria, "família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vinculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes".[2]

O Direito de Família vem se adaptando as constantes transformações da sociedade, a qual vem se desligando dos preceitos obtidos das antigas civilizações, começando a se ajustar as novas transformações culturais.

Para Maria Helena Diniz, família seria conceitua como, "todos os indivíduos que estiverem ligados pelos vínculos da consanguinidade ou da afinidade. No sentindo restrito, são pessoas unidas pelos laços do matrimonio".[3]

[2] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1081.
[3] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 23 ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 9-10.

A família é a base social da sociedade, pela concepção constitucional, ela pode decorrer do casamento, da união estável e de famílias monoparentais, que é a relação entre ascendentes e descendentes caracterizadas pela afetividade.[4]

O matrimonio ainda é o principal instituto da união das pessoas, ou seja, é a principal forma de início do agrupamento social denominado família. É um direito privado, talvez o mais privado de todos. Ainda assim é protegido pelo Estado.

O casamento é a comunhão de vida, tendo como alicerce a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, conforme o artigo 1.511 do Código Civil.[5]

O autor Rubens Limongi França, afirma que parentesco vem do latim *parens tis*, que por sua vez vem de *pario ere*, que significa gerar, parir ou dar à luz. [6] É um vínculo jurídico natural que tem base na origem biológica, tendo uma ligação estabelecida em lei, que preservam direitos e deveres.

A filiação decorre da relação jurídica do parentesco, e sofre bastante influência dos valores consagrados pela Carta Magna.[7] Um de seus valores que decorrem da Constituição é o da igualdade dos filhos, previsto no artigo 227, §6º, da CF/88.[8]

Não há mais diferencias entre família/filhos legítimos e ilegítimos, pois a filiação vem da afetividade gerada entre a família. Pois sendo filhos de uma união

[4] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.37.
[5] Art.1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. BRASIL. Lei 10.406,10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.
[6] FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil: todo o direito civil num só volume**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 291.
[7] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2017. p.1289.
[8] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

estável, casamento posterior, ou de simplesmente um envolvimento afetivo, devendo esse filho ser tratado com a mesma igualdade perante os outros.

Devida às inúmeras mudanças na filiação, avanços científicos que fez surgir o exame de DNA para a comprovação da paternidade biológica, na qual existe uma verdade real. Mas surgiu também com a sociedade, a verdade sociológica, o afeto, que traz uma nova cultura para a formação de uma família nos dias atuais.

A Parentalidade Biológica e afetiva está ligada a filiação, tanto consanguínea como socioafetivo, que é o vínculo de afeto.

A filiação socioafetivo, sofreu uma grande transformação com a Constituição Federal de 1988, pois passou a ter igualdade entre os filhos que forem surgindo fora ou dentro do casamento[9], por uma união estável ou por um simples relacionamento afetivo passageiro.

A filiação socioafetiva tem relação de parentesco, que vem através do convívio social entre pessoas de uma família, e com esse convívio surge o afeto positivo, o amor.

O convívio dessa filiação são tratamentos de mães e pais para com os filhos (as) que não são seus, mas há um laço positivo e acabam acolhendo em seu seio familiar, como pais ou mães de coração e assumindo os deveres de cuidado, guarda, proteção e educação. Mostrando a sociedade que independentemente da relação consanguínea, pai e mãe são aqueles que cuidam e criam seus filhos de coração.

A comprovação dessa afetividade vem do convívio do dia a dia gerado entre as pessoas da família com a criança, não de um simples exame laboratorial.

[9] BRASIL. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

A filiação biológica traz consigo a certeza que homem a qual a mulher teve relação é o pai/genitor daquela criança sem impor quaisquer dúvidas que forem surgindo no decorrer do crescimento e convívio dessa criança.

Contudo a filiação biológica traz a presunção da paternidade, ou seja, o vínculo genético. Essa verdade real pode demonstrar apenas a relação consanguínea e jamais uma relação de amor estabelecida pelo filho e seu pai. Desde modo àquele que forneceu o material genético é apenas o genitor, não necessariamente será o Pai desse filho, pois hoje em dia estabelecido pelo novo conceito de família que tem em si o afeto como uma relação de extrema relevância para a base social da família, não podendo mais impor que esse genitor seja o Pai, quando não se tem entre ele e a criança um afeto.

O afeto é algo de suma relevância para a criação de uma criança. A inexistência do afeto na relação familiar acaba gerando e trazendo consigo a falta de desinteresse desse pai para o filho que ele fecundou, e a irresponsabilidade no seio familiar.[10]

A parentalidade biológica muitas vezes é deixada de lado quando há dissolução do casamento ou de uma relação passageira, pois o afeto existente entre o Pai ou Mãe e cortado. Com isso a pessoa que deixou esse casamento ou relação acaba por si só, deixando de lado uma criança, achando apenas necessário a obrigação financeira, e esquecendo que a criança dessa relação necessita também de um afeto, um amor e um cuidado. Pois o cuidado deverá, em tese, ser de ambos, não apenas de um.

2.2 Relação de Parentesco – Generalidade

As pessoas se unem para constituir uma família, e essa união vem em virtude ao vínculo conjugal, de parentesco por afinidade e consanguinidade.

[10] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 281.

O jurista Rubens Limongi França define parentesco como "o liame que vincula as pessoas oriundas de uma ascendência comum (parentesco consanguíneo), ou quer pela transmissão do pátrio poder (parentesco civil), quer pelos efeitos do matrimônio (parentesco afim)".[11]

Maria Helena Diniz, igualmente em uma visão clássica, conceitua o parentesco como sendo: "O vínculo existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um tronco em comum, mas também entre o cônjuge e os parentes do outro e entre adotante e o adotado".[12]

O conceito de parentesco pode surgir de duas formas, no seu sentido estrito e no sentido amplo.

Como mencionado pelo jurista Rubens Limongi França, o parentesco no seu sentido estrito, é o vínculo que une duas ou mais pessoas perante a ascendência comum, ou seja, pessoas que descendem de um mesmo tronco a partir dos pais, avós e filhos.

Já o conceito de parentesco no seu sentido amplo é o estudo pela matéria Direito de Família, ou seja, que abarca o Código Civil Brasileiro, pois inclui o parentesco por afinidade e o decorrente da adoção.

Portanto quando há o reconhecimento da relação de parentesco, a lei proporciona efeitos relevantes, decretando deveres e direitos recíprocos entre os parentes.

O sistema jurídico brasileiro classifica a relação de parentesco de três formas: A primeira forma é o parentesco natural que decorre da mesma origem biológica, descendendo de um ancestral ou descente comum, de forma direta ou indireta.[13]

---

[11] FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil: todo o direito civil num só volume**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.291.
[12] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 17 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.295.
[13] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 37.

Segundo Maria Helena Diniz, a filiação consanguínea nem sempre provem de uma união sexual, pode originar-se de uma inseminação artificial homóloga ou fertilização in vitro.[14]

Para Carlos Roberto Gonçalves, a filiação biológica no sentido estrito é a relação jurídica que liga o filho ao seu pai, considerando-se uma filiação propriamente dita.[15]

Nesse contexto, é de grande relevância falar da presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento, antes da Constituição Federal de 1988, era considerado impossível que uma mulher casada tivesse um filho fora do casamento, ou seja, que não fosse de seu marido. Por isso possuía a filiação biológica.

No Código Civil de 2002, no que lhe diz respeito, manteve a presunção *pater is est* em seu artigo 1.597 no Código Civil de 2002[16], não interferindo na classificação de filiação legítima ou não. Trata-se, por tanto, de uma presunção juris tantum, que admite prova em contrário a ser apresentada pelo pai, através de contestação de paternidade, chamada por uma ação negatória de paternidade.[17]

[14] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 396.
[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 281.
[16] Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 08 set. 2017.
[17] DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 21 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 441.

Contudo essa ação de negatória de paternidade tem como objetivo excluir a presunção legal de paternidade. O Código Civil em seu artigo 1.601[18], que se trata de ação imprescritível, já que envolve direitos de personalidade.

A filiação biológica é aquela desinente da consanguinidade, conhecida como a verdade real. Cientificamente podemos defini-la quando o sêmen masculino se une ao óvulo, sendo por fecundação natural ou artificial.

Contudo, a paternidade biológica nem sempre será à verdadeira paternidade, apesar de ser imposta por uma sentença judicial, nada pode obrigar um pai biológico a exercer sua paternidade, com todos os direitos e deveres inerentes a essa paternidade.[19]

O parentesco civil é aquele que o Direito reconhece, abrangendo assim todos os outros tipos de parentesco[20], como o parentesco ligado pelo elo do afeto, ou seja, por afinidade. Sendo assim o parentesco civil não abrange apenas o consanguíneo, pois esse decorre do parentesco biológico.

Logo após a Constituição Federal de 1988, o casamento deixa de ser a única forma de constituir família e com a consequente valoração do afeto em detrimento dos fatores biológicos para reconhecer uma relação de parentesco. Além do mais, com o avanço da ciência e a descoberta do DNA, o processo do descobrimento da filiação biológica foi facilitado, sendo assim possível descobrir a origem genética.[21]

Por tanto, todos tem o direito de saber sua origem genética, mas isso não quer dizer que ela corresponderá com a paternidade de fato. O vínculo biológico, não

[18] Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 08 set. 2017.

[19] COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**, v. 13, nº 26. p.127-140, 2009. Disponível em: http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889. Acesso em: 08 set. 2017.

[20] Art.1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 08 set. 2017.

[21] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 372.

significa que deverão ser gerados todos os efeitos jurídicos civis decorrentes de paternidade e filiação.

Para a configuração da posse de estado de filho, trata-se de uma presunção *juris tantum* do estado de filiação, que devemos levar em consideração três aspectos: nome, tratamento e fama. O nome será o que é utilizado pela família. O tratamento respeita à forma como a criança é tratada pela família e como é considerado por ela. Já a fama refere-se à opinião pública e ao reconhecimento da sociedade de que aquela criança é, de fato, parte daquela família de seus pais.[22]

Considerando esses três aspectos, a jornada de Direito Civil em um de seus enunciados deixou claro que a posse do Estado de Filho, ou seja, parentalidade socioafetiva, constitui uma modalidade de parentesco civil.[23]

A Paternidade socioafetiva, é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, ao considerar o princípio da dignidade humana, acabando com a percepção da verdade biológica.

A Constituição Federal acrescentou a afetividade a fim de definir as relações familiares. A importância dessa afetividade, sendo considerada como um direito fundamental para a formação da família[24] trouxe consigo o conceito de paternidade socioafetiva, para o reconhecimento de uma filiação ou não.

Contudo, podemos dizer que a paternidade socioafetiva pode ser definida como aquela que ultrapassa a paternidade biológica, com a primazia do afeto na convivência familiar, sendo ela uma opção e não um dever.[25]

No ordenamento jurídico, além desse princípio, há um princípio de suma relevância o do melhor interesse da criança, que valoriza o critério socioafetivo em

[22] DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 21 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. p.456.
[23] BRASIL. Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 256 das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501. Acesso em: 18 mar. 2018.
[24] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 381.
[25] COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica – CCJ/FURB, v. 13, nº 26. p.127-140, 2009. Disponível em: http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889. Acesso em: 08 set. 2017.

detrimento do biológico, a fim de proteger os filhos, bem como os seus direitos, no âmbito familiar.[26]

O parentesco afetivo não está previsto de forma expressa no texto legal, ele poderá ser compreendido no artigo 1.593[27] do Código Civil Brasileiro, pela expressão "outra origem". Ao falar em outra origem no artigo 1.593[28], o Legislador estabelece que a paternidade possa ser reconhecida de outras formas que não seja apenas pelo vinculo sanguíneo.

Dessa maneira, podemos perceber que a simples afinidade genética se torna insuficiente para verificar a existência de uma relação de paternidade. Para isso, devemos entender a diferença entre pai e genitor, visto que o primeiro é aquele que cria, que demonstra afeto, amor, que protege e que educa, ou seja, é aquele responsável por ensinar os verdadeiros valores que a pessoa passará a ter. Enquanto o genitor é apenas aquele que doa o sêmen, o que gera, não tendo nenhum vínculo de afeto. Ele poderá ser obrigado, no máximo, prestar assistência material através de uma sentença judicial. Podemos concluir que pai aquele que de fato está presente na vida da criança, exercendo os direitos e deveres. Já o genitor é aquele que apenas exerce os deveres de cunho financeiro.[29]

O verdadeiro sentindo da paternidade estaria no convívio social do filho, assumindo os deveres inerentes à sua condição, ainda que não fosse o genitor dessa criança. A constatação da posse de estado de filho será oriunda da verdade aparente.

---

[26] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais - O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 482-483.

[27] Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

[28] Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Brasil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

[29] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 420.

A Constituição Federal de 1988 valoriza o elo afetivo na relação de paternidade e filiação, pois é muito mais importante o afeto, carinho, amor, consideração e companheirismo mutuo do que fatores genéticos ou jurídicos.

2.3 Relação de Parentesco Afetivo

No direito de Família podemos dizer que a filiação é o vínculo parental de suma relevância para esse direito. Pois é nela que está a relação jurídica que decorre do parentesco biológico ou do parentesco afetivo. A termologia usada para a relação de pai aos seus filhos é a paternidade e a termologia usada para relação de mãe em relação aos seus filhos é a maternidade. Mas usamos apenas uma termologia para definir ambas as relações à paternidade.[30]

A relação de parentesco afetivo está ligada a posse do estado de filho que o Código Civil define em seu artigo 1.593 pela expressão outra origem, ressaltando também que os filhos, havidos ou não de uma relação de casamento ou doação, terão os mesmos direitos e qualificações, proibida qualquer discriminação entre a filiação.[31]

Podemos dizer também que a relação de parentesco afetivo é uma das espécies de paternidade em que não possui um vínculo biológico, mas sim um vínculo socioafetivo que identificamos pelo carinho, pelo amor, pelo respeito, pelo cuidado e pela convivência entre a criança e seus pais no dia a dia. Entendemos então que essa paternidade tem um viés sociológico e não jurídico.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o afeto possui uma origem constitucional, ele complementa da seguinte forma: O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; E é a evolução de valores da civilização ocidental que levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre os filhos. Sendo família

[30] MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Instituições de direito de Família.** São Paulo: LED, 2000. p. 220-223.
[31] Art.1596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Brasil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

como grupo social fundado por laços da afetividade, que encontramos na Constituição Federal quatros elementos essências do princípio da afetividade. [32]

Esses princípios que Paulo Lôbo menciona são os que o ordenamento jurídico brasileiro fundamentou que todos terão o direito a uma convivência familiar, ou seja, uma família constitucionalmente protegida. E com esses princípios e direitos de uma família protegida transformou a criança como um sujeito de direito. Dando assim uma relevância ao princípio máximo da constituição que é a dignidade da pessoa humana. Proibindo assim quaisquer discriminações à filiação, dando segurança aos direitos e deveres as crianças nascidas dentro ou fora de uma relação matrimonial.

Contudo, a paternidade socioafetiva estabelece uma filiação baseada no comportamento das pessoas que o integram, como a convivência e o amor demonstrado, para revelar quem efetivamente sãos os pais que possuem o elo de amor e respeito com a criança.

Por sua vez, podemos dizer que o direito à convivência familiar é qualificado e não absoluto. Devendo o Ordenamento Jurídico Brasileiro criar soluções para que as pessoas ligadas a esse vínculo afetivo possam ter os mesmos direitos e deveres as que possuem o vínculo biológico.

A primeira solução criada foi a de caracterizar o que seria a paternidade socioafetiva. E para caracterizar foi preciso estabelecer três requisitos: o afeto, o estado de posse de filho que está elencado no artigo 1.596 do Código Civil e a vontade recíproca dos interessados em construir uma família.

A segunda solução que o Ordenamento Jurídico Brasileiro impôs foi a quebra da disputa que existe entre a paternidade socioafetiva com a paternidade biológica. Pois com os avanços da tecnologia foi imposto que a paternidade biológica era prevalente a paternidade socioafetiva, devido ao exame de DNA que garantia o vínculo consanguíneo entre o pai e a criança, sendo eficaz atribuir a paternidade.

[32] LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 42.

O Superior Tribunal de Justiça elaborou a súmula 301, que ressalta que uma ação investigatória de paternidade não poderá haver recusa do exame de DNA e caso aja essa recusa terá a presunção juris tantum de paternidade.[33]

Em princípio, esse entendimento da paternidade biológica em prevalência a paternidade socioafetiva começou a mudar, pois começou a ser entendido que para se ter uma paternidade responsável era necessário que houvesse cuidado, proteção, amor, zelo e interesse juntamente com a reciprocidade entre os pais aos filhos.

Quando a Justiça e a sociedade começaram a impor que a paternidade biológica era a verdade real, para o simples dever patrimonial, começou a ter descasos entre os pais biológicos que não possuía nenhum vínculo afetivo com a criança deixando de cumprir o seu papel emocional e afetivo que todo pai deveria ter.

A sociedade e os Julgadores começaram a perceber que não valia a pena prevalecer a paternidade biológica em detrimento a paternidade socioafetiva, pois nem toda criança tinha o carinho, o amor, a proteção que deveria ter em seu seio familiar. Essa criança tinha apenas a garantia meramente patrimonial e o direito ao sobrenome do pai ao seu.

O ordenamento Jurídico começou a perceber que o afeto possuía um valor de grande importância, pois ele permeava inúmeras relações jurídicas, no campo do Direito de Família. Sendo necessário o tempo de convivência, em razão de que só através dessa convivência nascia o respeito, o amor, a cumplicidade e o afeto nas relações humanas.

Por outro lado, para exercer o papel de pai e mãe é preciso que seja uma decisão voluntaria, pois quando a justiça força pelo reconhecimento judicial não há

[33] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sumula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf. Acesso em: 22 set. 2017.

os papeis de mães e pais de verdade. Podemos então concluir que para o bem do desenvolvimento da criança é necessária uma relação afetiva.

O reconhecimento da paternidade no Código Civil Brasileiro, revela que não se pode obrigar ninguém a zelar, conviver ou ter uma relação afetiva por outra pessoa. Por tanto há obrigação na responsabilidade do exercício da paternidade que está ligada ao princípio que rege toda a sociedade, a dignidade da pessoa humana e é um direito do filho ter esse reconhecimento.[34]

Para Maria Helena Diniz, o parentesco socioafetivo está baseado na maioria das vezes na relação de afeto que é gerada pela convivência.[35]

Assim podemos concluir que a relação da paternidade afetiva será estabelecida pelo vinculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, ou seja, consanguíneo, mas vive com se parentes fossem, devido o laço de amor e afeto existente entre elas. Com esses requisitos podemos afirmar que o parentesco não é o único requisito essencial que caracteriza uma família.

Sendo assim que a umas das primeiras condições para essa paternidade é o laço de afeto.

3 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO VIGENTE

No segundo capítulo serão abordados os fundamentos legais da paternidade socioafetiva, à luz da Constituição Federal de 1988, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ilustrado os princípios e as normas que regem o instituto da paternidade socioafetiva.

3.1 Relação de Parentesco Afetivo na Constituição Federal

[34] VENCEULAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 113.
[35] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 469.

O Direito é composto por um conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico brasileiro. E esse ordenamento que o Brasil adota é formado pela teoria pura do direito de Hans Kelsen e pela teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio.

Hans Kelsen propôs a teoria da hierarquização das normas jurídicas para demonstrar a validade das normas jurídicas. Para Kelsen o direito está escrito em normas e dentre essas normas temos a norma principal a Carta Magna.

Para a teoria de Kelsen, a Constituição Federal se encontra no ápice, portanto todas as outras normas que se encontra abaixo dela como as leis complementares, leis ordinárias, decretos, são normas de sentido amplo devendo assim, reverencia-la para serem validas e assim produzir efeitos na sociedade.[36]

Norberto Bobbio propôs a teoria do Ordenamento Jurídico, podemos dizer que essa teoria complementa a Teoria de Hans Kelsen, pois ela diz que o ordenamento jurídico precisa conter várias fontes normativas. Essas fontes normativas serão usadas no direito para todo e quaisquer casos que vá ao poder judiciário. Assim o Juiz terá o auxílio de diferentes fontes normativas para solucionar os conflitos.

A Carta Magna é composta por regras e princípios. As regras são aquelas que possuem uma proibição e impõe a todos algo que deve ser cumprido. Os princípios podemos dizer que se encontra abaixo das regras pois são qualitativos e valorativos que flexibiliza o sistema.[37]

Antes da Constituição Federal de 1988 o Código Civil era o qual tratava do direito da família, e só reconhecia uma forma de família, que era a formada pelo matrimonio e esse reconhecimento merecia a proteção do Estado. O legislador não

[36] VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional: atualizado até a EC n.90/2015**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 51-54.
[37] PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9788530970598/. Acesso em: 05 set. 2018.

reconhecia ao que chamamos hoje de união estável como família, com isso o Estado não protegia esse tipo de família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 esse paradigma antigo do conceito de família foi quebrado, dado que família era aquela formada pelo casamento. Contudo a Constituição Federal passou a reconhecer e proteger outros tipos de família na base da sociedade, conforme o artigo 226 da CF, a união estável e a família monoparental que é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.[38]

O Direito era divido como público e privado. Através da constitucionalização o Direito de Família se torna parte do Direito Constitucional, imputando deveres ao Estado e à sociedade. O Direito Civil se apresenta totalizante, ou seja, tudo se resolvia pelo código civil. Hoje com a essa constitucionalização, a constituição contém normatividade hábil a permitir a possibilidade jurídica da parentalidade afetiva.

Portanto, os antigos princípios do Direito de família foram desfeitos, surgindo outros, dentro dessa proposta de constitucionalização. Em vista disso, os princípios Constitucionais trouxeram profundas transformações nas estruturas do Direito de Família, que são os princípios fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, a igualdade de gêneros e de filhos, a solidariedade familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

A normatividade da Dignidade da pessoa humana[39] estabeleceu uma releitura dos institutos do direito civil, atribuindo uma reanalise dos institutos do direito civil,

[38] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2018.

[39] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito

fornecendo às relações de família um tratamento mais equânime e em conformidade com a nova realidade social. Esse princípio no Âmbito familiar estabelece aos membros o deve de respeito, permitindo assim uma existência ordenada pela dignidade e comunhão de vida.

O princípio da igualdade, da mesma forma consagrado pelo texto constitucional, provocou uma revolução nas relações familiares. Estabelecendo igualdade entre homens e mulheres[40] nos direitos e deveres na sociedade conjugal.[41] Esse princípio abrange os vínculos de filiação, proibindo qualquer desigualdade entre os filhos dentro ou fora do casamento.

O Atual Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade, que é um princípio de suma importância para se formar uma família. Não está regulamentado na legislação, mas é um dos princípios implícito do direito constitucional brasileiro, pois possui um valor incontável para as relações familiares, a interação entre as pessoas no dia a dia é o afeto, e não obrigatoriamente o amor, que é uma de suas facetas. O amor é o afeto positivo e o ódio seria o afeto negativo desse princípio ligado ao Direito de Família Contemporâneo.[42]

O princípio da afetividade em tese tem fundamento constitucional, pois vem da união dos princípios da dignidade da pessoa humana, que está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal[43] a qual as pessoas têm a dignidade física,

---

Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III. A Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2018

[40] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

[41] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

[42] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. p. 281.

[43] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.1°. A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

mental, emocional, intelectual intacta e resguardada sempre pelo Estado. O segundo princípio fundamental para essa união, é o da solidariedade, previsto no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal[44] que consiste na preocupação com o próximo; no amparo às pessoas sem buscar o retorno, e é uma busca para construir uma sociedade mais livre, justa e solidaria, ou seja, podemos compreender a solidariedade com a fraternidade e a reciprocidade, pois a Constituição Federal em seu preambulo assegura uma sociedade fraterna. Por fim, o ultimo princípio base dessa união é o da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.[45]

A família é a base social da sociedade, pela concepção constitucional, ela pode decorrer do casamento, da união estável e de famílias monoparentais, que é a relação entre ascendentes e descendentes caracterizadas pela afetividade.[46]

Para Paulo Lôbo, a afetividade é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares. [47] Ou seja, a entidade familiar apenas existirá enquanto existir afeto entre o casal. No momento em que deixar de existir, não haverá mais sentido a comunhão da vida.[48]

3.2 Relação de Parentesco Afetivo no Código Civil de 2002

No século XX com influência do Direito Romano o patriarcalismo era adotado no Código Civil de 1916. Só poderíamos considerar família nesse século aquela que era instituída pelo matrimonio, pois, o Código Civil de 1916 estava

Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamentos: III – A dignidade da pessoa humana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

[44] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Art.3° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdade sociais e regionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

[45] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

[46] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 37.

[47] LÔBO, Paulo. **Famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

[48] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08**. São Paulo: Atlas, 2008. p.84.

ligado ao direito Canônico e com a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Contudo outras formas de união ficavam fora da legislação do século, pois não tinha o vínculo afetivo entre os elementos que formam a família, e por isso, não tinha relevância jurídica. Nesse ordenamento, só considerava parentesco legítimo quando se celebrava a união matrimonial entre duas pessoas, e ilegítimo, quando não tinha a celebração dessa união. Sendo assim, podemos dizer que na vigência desse código o Estado só protegia a família legítima.

Conforme o Artigo 219, inciso IV do código civil de 1916, o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, o defloramento da mulher, ignorado pelo marido[49], sendo assim, a mulher que não fosse mais virgem haveria a dissolução de seu casamento, conforme o artigo 220 do Código Civil de 1916.[50] Não obstante podemos reconhecer que a cultura durante a vigência do Código Civil de 1916, colocavam as mulheres em posições de incapazes para exercer alguns atos, mantendo-as em condições de inferioridade perante o Homem.

Estava elencado no Código Civil de 1916 no artigo 233, que o marido era o chefe da sociedade conjugal,[51] ou seja, caberia ao marido representar, administrar a família e seus bens. E para mulher caberia a ela assumir o papel de companheira e colaboradora nos encargos da família.[52] Criando assim costumes e valores culturais de desigualdade entre os gêneros.

---

[49] BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Art.219.Considera se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: IV - O defloramento da mulher, ignorado pelo marido. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

[50] BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Art.220. A anulação do casamento, nos casos do artigo antecedente, só poderá demandar o outro cônjuge e, no caso do nº IV, só o marido. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

[51] BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Art.233. O marido é chefe da sociedade conjugal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

[52] BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Art.240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

Em síntese, o Estado Moderno encontra-se sob a proteção do Direito. Já que para viver em uma sociedade pacifica e permitindo que os integrantes dessa sociedade tenham uma convivência mútua entre si, e necessário que se criam normas.

O Código Civil de 2002 apresenta um progresso em relação ao Código Civil de 1916. Para ocorrer esse progresso foram necessárias várias transições históricas, como por exemplo, a crise do patriarcalismo. Essa crise ocorreu devido alguns movimentos feministas, que acabou colocando obstáculos a postura machista que estava implantada na época do Código Civil de 1916. Aonde a mulher era inferiorizada nas relações sociais que acabava refletindo no âmbito familiar. O único valor que a mulher possuía na época do Código Civil de 1916 era a de função maternal e educadora de seus filhos.

A Constituição de 1988 instaura a constitucionalização do Direito Civil. A começar dessa constitucionalização, o Código Civil passar a ser interpretado e conformidade com a Lei Maior. Contudo, as relações de parentalidade passam obterem uma relevância.

O Código Civil de 2002, afirma que o parentesco pode ser natural ou civil[53], decorrendo de laços sanguíneos ou decorrentes de situações que o direito possa reconhecer, como adoção, a socioafetividade e afinidade[54]. Contudo podemos perceber que o Código Civil de 2002 interpreta várias formas de relações de parentesco, colocando em relevância a afetividade e a responsabilidade em uma família.

Para os autores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, o parentesco possui várias formas como: o vínculo biológico e afetivo. No vinculo socioafetivo os autores mencionam que o amor, o carinho, o cuidado reciproco entre pessoas que se

[53] Art.1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Brasil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 15 março 2018.

[54] FARIAS, de chaves Cristiano; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 536.

tratam com respeito como pais e filhos não podem ser diminuídos, sob pena de ferir os preceitos da isonomia constitucional.[55].Sendo assim, para esses autores essa relação de parentalidade não independe do elo genético e sim da veemência de afeto entre essas pessoas.

A proteção do Estado está voltada para os indivíduos que fazem parte de uma família constituída por laços afetivos, criando assim uma doutrina que podemos chamar de: posse de estado de filho. Com isso Maria Helena Diniz, entende que acolher uma pessoa estranha como filho, é o método da adoção. Sendo adoção um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre ambos (adotante e adotado) um liame legal de paternidade e filiação civil[56].

As famílias contemporâneas socioafetivas nascem dos cuidados, amor, afeto e compromissos do dia-a-dia. A importância do princípio da afetividade, a qual já está relatada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, §4º, preserva outras formas de instituições familiares diferentes da concebida pelo matrimonio. [57]

O autor Caio Mário, define a paternidade socioafetivo como aquela que advém do vínculo afetivo, entendendo-se que a legitimação dessa relação jurídica não se dá pelo fator biológico e nem pelo jurídico. Dá-se pelo amor vivido pelos pais e filhos afetivos.[58]

Podemos concluir que estado de posse de filhos afetivos não podem haver distinção entre filhos biológicos sendo assim terão que ter as mesmas condições.

O afeto a cada dia vem sendo admitido no mundo jurídico, pois acaba colocando o bem-estar da criança nessa família afetiva em primeiro lugar.

---

[55] FARIAS, de chaves Cristiano; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 537.
[56] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 416.
[57] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2018.
[58] PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. v. 5. p. 413.

O código civil de 2002, não reflete muito à atual realidade da sociedade, pois não há muito amparo legal em relação a paternidade socioafetivo. Mas essa relação é reconhecida pela constituição que acaba visando os interesses da criança. O legislador deveria repensar o texto do atual código civil, para se adequar a realidade das novas famílias, onde os laços afetivos são relevantes.

3.3 Relação de Parentesco Afetivo na Legislação Extravagante

A Constituição Federal usa o discurso que a família é a base da sociedade e tem proteção do Estado.[59] Demostrando então que a Lei Maior responsabiliza o Estado para garantir os direitos e deveres que será o alicerce para uma família.

O legislador no Código Civil ao discorrer que o casamento estabelece comunhão plena de vida, acaba de definir como se começa o núcleo familiar[60]. Para o Código civil o núcleo familiar vem da união de pessoas que queiram formar vínculos é com isso estabelecer uma família.

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a base familiar possui uma relevância extraordinária, dado que é do convívio familiar que a criança se desenvolve mentalmente, fisicamente e sociavelmente, dado que é do meio familiar que as crianças têm as suas primeiras experiências com o mundo.

Por tanto o indivíduo bem antes de nascer vem sendo resguardado pelo Direito de Família. Esse direito vem acolhendo os seres humanos durante a vida e depois da sua morte, através do direito sucessório, procurando dar ao indivíduo segurança e proteção.[61]

[59] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

[60] BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

[61] Dias, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107.

O conceito de família traz consigo uma responsabilidade e um peso muito grande, pois vem se criando no momento atual um novo modo de se construir uma família ligada no elo afetivo.

Podemos dizer que a paternidade socioafetiva é um dos grandes institutos que está lado a lado com ao princípio da dignidade humana, pois a paternidade responsável deriva do afeto e da convivência familiar e o princípio da dignidade humana traz consigo aplicabilidade dos direitos fundamentais para o desenvolvimento saudável de qualquer ser humano no âmbito familiar e social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a proteção integral que foi originada na Convenção sobre os Direitos da Criança[62], aprovada pela ONU, e instituída no artigo 227 da Constituição Federal, *in verbis*:

> "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> §1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos."[63]

Portanto fica entendido que os pais afetivos ou biológicos deveram ter direitos e deveres perante os seus filhos. O artigo 1º do Estatuto da Criança e do

[62] BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto n° 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

[63] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

Adolescente[64] em conjunto com o artigo 227 da Constituição Federal[65] deixa clara a preservação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Com a criação da Convenção sobre os Direitos da Criança ficou corroborado que o cuidado e a proteção a qualquer criança ou adolescente é um fator de essencial de dever aos pais, independentemente se for consanguíneo ou afetivo.

Para o doutrinador Caio Mário:

> "A convenção consagra a "Doutrina Jurídica da Proteção Integral, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características especificas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem atuar de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado". [66]

O princípio do melhor interesse da criança dispõe sobre a proteção integral e do princípio da dignidade humana. O princípio da prioridade absoluta prevê que é dever da família, da sociedade a efetivação dos direitos inerentes à vida, à saúde, ao lazer e entre outros que estão dispostos no artigo 4º do Estatuto da Criança e do adolescente.[67]

Neste interim, o estatuto da criança e do adolescente elenca inúmeros direitos que os pais têm para com seus filhos, e um desses direitos é o da convivência

[64] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.1°. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

[65] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

[66] PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 18 ed. v. 5. p. 413.

[67] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.4°. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

familiar que está previsto no artigo 19 do ECA.[68] O Legislador nesse artigo estabelece que toda criança tem direito de crescer e ser amada em um ambiente familiar, sendo de família natural – biológica, ou de uma família substituta - afetiva. Esse direito da criança de ser criada e educada no seio de sua família é considerado um direito fundamental, visto que todos os indivíduos deverão ter um ambiente digno de compreensão, respeito, amor, felicidade e proteção.

A função de qualquer família encontra-se pautada no sentido do afeto entre as pessoas que a formam. Quando afetividade está presente logo teremos uma ligação mútua que gera a todos os pais os deveres de sustento, amparo, proteção, carinho e educação aos seus filhos.

Independentemente de toda assistência material que os pais biológicos ou afetivos assegurem aos seus filhos e esse relacionamento for inseto de afeto não irá corresponder à função paternal que tem que existir no seio familiar.

Para Caio Mário, a família no senso estrito, se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Exercendo assim autoridade, participação na criação, educação e entre outros. Sendo assim se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e recíproca.[69]

Por fim, podemos dizer que o direito a convivência familiar possui um elo entre a formação e o direito a dignidade do desenvolvimento integral do adolescente ou da criança.

Maria Berenice relata nesse mesmo contexto que:

> "A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável

[68] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

[69] PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. v. 5. p. 413.

> que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar".[70]

Podemos afirmar que o infanto-juvenil é a etapa que dispõem a maior relevância para o desenvolvimento humano, visto que é dessa etapa que ocorre desenvolvimento social e psíquico dos seres humanos perante a sociedade.

Para José Bernado Ramos Boeira:

> "A Paternidade socioafetiva é única garantidora da estabilidade social, pois um filho reconhecido como tal, no relacionamento diário e afetuoso, certamente, formará uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano. Além disso, ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética".[71]

O Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta o princípio do melhor interesse da criança que está sendo usado nas decisões que contem casos em que as crianças e os adolescentes estão submetidos.

4 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NA JURISPRUDENCIA ATUAL

No terceiro e último capitulo serão expostos os argumentos jurisprudenciais que bordaram a paternidade afetiva no discurso da pluralidade familiar que esta seguida do julgado que compreendeu que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica, sustentada no Recurso extraordinário 898.060 da Repercussão Geral nº 622 do Supremo Tribunal Federal. Será trazido também nesse capítulo o discurso da afetividade no exercício do poder familiar, a qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os filhos deveram ser indenizados por pais que os abandonaram durante a infância ou juventude pelo Recurso Especial nº 1.159.242- São Paulo.

---

[70] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45.

[71] BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de Estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 53.

4.1 Efetividade no Discurso do Direito de Família Contemporâneo

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL 622. RE 898060/SC- SANTA CATARINA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por

adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de

> **prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, §7º).**
> 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais".
>
> (RE 898060, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRONICO REPERCURSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017).[72]

A Repercussão Geral de número 622 do Supremo Tribunal Federal, julgada no ano de 2016, compreendeu que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica.

O processo que ocasionou esse recurso extraordinário com a repercussão geral foi de uma filha e o pai socioafetivo que estavam de acordo em requerer a desconstituição da paternidade afetiva que se encontrava reconhecida em seu registro de nascimento, em face do reconhecimento da paternidade biológica que veio constado de um exame de DNA feito através de um pedido judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.[73]

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina em razão do reconhecimento da paternidade biológica estabeleceu deveres para o genitor e dentre esses deveres o pagamento de alimentos. O genitor biológico inconformado com a decisão interpôs um Recurso Extraordinário alegando a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, pois a alimentante já teria um pai socioafetivo, que estava sua certidão de nascimento. Alegando que sua filha pleiteava esse reconhecimento

[72] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

[73] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

em razão de um interesse meramente patrimonial. Com isso requereu apenas que ficasse mantido o reconhecimento da paternidade biológica e que fossem excluídas as obrigações jurídicas decorrentes dela, devendo ser transferida essas obrigações ao pai socioafetivo.[74]

O Supremo Tribunal Federal concedeu ao Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, a função de ami*cus curiare* nessa repercussão que estabeleceu a tese de: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios".[75] O IBDFAM sustentou a inviabilidade de efeitos patrimoniais por razão do reconhecimento do vínculo biológico. Em virtude do princípio da igualdade dos filhos elencado no artigo 227, § 6º da Carta Magna[76] e no artigo 20 do estatuto da criança e do adolescente[77]. O instituto ressaltou que não se pode desconstituir a paternidade socioafetiva apenas com o fundamento do reconhecimento da biológica.[78]

O voto do Relator, Ministro Luiz Fux, foi no sentido do reconhecimento da paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva a qual não foi desclassificada, pois se encontrava no registro de nascimento da requerente. E dando todos os direitos e deveres que uma paternidade possui para o pai biológico. O

[74] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

[75] IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Atualmente, a jurisprudência admite a multiparentalidade. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14728. Acesso em: 25 ago. 2018.

[76] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

[77] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art. 20. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

[78] IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Atualmente, a jurisprudência admite a multiparentalidade. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14728. Acesso em: 25 ago. 2018.

ministro votou negando o provimento ao Recurso extraordinário, mantendo assim o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O Ministro Luiz Fux em seu voto não desconsidera a filiação socioafetiva mesmo ela não estando definida no nascimento da requerente, pois ela decorre de apenas um simples ato de vontade que vem sendo construído com a convivência cotidiana e habitual entre o pai e a filha. A filiação biológica decorre apenas de um único ato, o fator biológico.

Supostamente o ministro Relator ao admitir as duas filiações no caso, ele demonstra que não há hierarquia entre o fator biológico e afetivo e sim uma igualação entre essas duas paternidades. Em uma parte do voto ele argumenta que: "Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos, por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade".[79]

O Jurista Rubens Limongi França corrobora que o parentesco é o liame que une as pessoas oriundas de uma ascendência comum, ou quer pela transmissão do poder familiar ou pelos efeitos do matrimonio. [80]

Ressaltando também que a paternidade pode se manifestar de três jeitos. O primeiro seria tendo a presunção decorrente do casamento ou de quaisquer outras hipóteses legais previstas no artigo 1.597, III a V do Código Civil.[81] O segundo jeito

[79] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

[80] FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil: todo o direito civil em um só volum**e. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.1291.

[81] BRASIL. Código Civil (2002). Art.1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I- Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III- Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV- Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V- Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 ago. 2018.

ocorre pelo fator biológico do filho com o pai e o último jeito decorre da afetividade, ou seja, da convivência e do amor entre os filhos.[82]

A Ministra Carmen Lúcia, ao votar junto com o Relator, ressaltou que: "O amor não se impõe, mas o cuidado sim e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável. A referência não é só aos homens, mas a qualquer um dos pais. O que a gente busca na vida é o conforto, um aconchego humano, para ter a ilusão de alguma segurança. Não desconheço a importância dessa paternidade socioafetiva. Alguém que cuidou com afeto foi muito mais pai do que esse outro (biológico). Não estamos decidindo por um ou por outro, mas pelos deveres decorrentes de uma paternidade responsável".[83]

A Ministra entende que por existir uma paternidade socioafetiva já reconhecida na certidão de nascimento não exonera a paternidade biológica de sua respectiva responsabilidade, com a de obrigações patrimoniais. Para Carmen Lúcia os pais e as mães biológicos não tem a obrigação de amar seus filhos, mas tem os deveres constitucionais de dar a devida assistência a eles.

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz, o parentesco socioafetivo está baseado muitas vezes na relação de afeto que é gerada pela convivência.[84]

O Ministro Dias Toffoli, ao seguir o voto do Relator, enfatizou que "Se teve o filho, tem obrigação, ainda que o filho tenha sido criado por outra pessoa", o amor

[82] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

[83] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

[84] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 469.

está conectado aos deveres e direitos legais que todo pai tem para com o filho, como moradia, alimentação, saúde, educação e dentre outros.[85]

Em divergência, o Ministro Edson Fachin, votou dando parcial provimento ao Recurso Extraordinário, pois entendeu que o vínculo da paternidade socioafetiva já consolidada deveria prevalecer em detrimento da biológico, visto que "somente o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente". [86]

O Ministro Teori Zavascki, divergiu que o reconhecimento da paternidade biológica não gera obrigatoriamente a relação de paternidade no ponto de vista jurídico, afirmando assim que "No caso há uma paternidade socioafetiva que persistiu, persiste e deve ser preservada".[87]

Com isso, Juraci Costa afirma que a paternidade biológica nem sempre será à verdadeira paternidade, apesar de ser imposta por uma sentença, sendo assim, nada pode obrigar um pai biológico a exercer sua paternidade, com todos os direitos e deveres inerentes a essa paternidade.[88]

Os Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin defenderam a prevalência da paternidade afetiva sobre a biológica. Entendendo que quem cria os seus filhos independe do fator consanguíneo carrega para si todos os direitos e deveres que todo pai ou mãe tem que ter, independentemente se tem o fator biológico ou socioafetivo nessa criação. Visto que aquele que assume essa responsabilidade tem a paternidade absoluta, não sendo possível dividir os ônus ou bônus com qualquer outra pessoa.

---

[85] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

[86] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

[87] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

[88] COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica – CCJ/FURB, v.13, nª 26.p.127-140,2009. Disponível em: http://proxy.furb.br/ojs/index.php./juridica/article/view/1889. Acesso em: 08 set. 2018.

A tese dessa repercussão geral de número 622 do Supremo Tribunal Federal, será parâmetro para quaisquer ações que versem sobre o tema firmado pela Corte, havendo assim nenhuma possibilidade de rediscutir o mérito.

Sendo assim o recurso extraordinário 898.0602/Santa Catarina, que reconheceu a multiparentalidade, que é um tema recente no direito de família, estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre a paternidade afetiva e biológica.

A Constituição Federal de 1988 promoveu uma mudança no campo do direito de família. Pois a família era apenas aquela formada pelo casamento entre o Homem e a Mulher, sendo um vínculo indissolúvel e tendo especial proteção do Estado, estando assim previsto no artigo 226 da Constituição Federal[89], tendo também como a presunção da paternidade do marido. O afeto não estava reconhecido no seio familiar e sim a presunção baseada no casamento.

Com a evolução da sociedade veio a quebra da influência do casamento como a única forma de constituir uma família, e foi surgindo novas formas de organizações familiar como a união estável prevista no artigo 226 da Constituição Federal[90], as famílias monoparentais prevista também na carta magna em seu artigo 226, § 4[91] e outras estruturas familiares. Dessa maneira qualquer pessoa que queria ou tenha vontade de construir uma família ela precisará ter um convívio contínuo fundamentado no princípio implícito da afetividade e sendo vedada qualquer discriminação entre elas.

[89] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

[90] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 3º Para efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

[91] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

Consequentemente o fundamento da família passou a ter respaldo sobre o princípio da afetividade que está subentendido na Constituição Federal promovendo o desenvolvimento da personalidade do indivíduo em direção ao direito da felicidade.

A dignidade da pessoa humana é o princípio maior previsto no Ordenamento Jurídico Brasileiro em seu artigo 1º, III da Constituição Federal[92], quanto ao direito à busca da felicidade, que o Ministro Relator da Repercussão Geral 622 cita em seu voto, revela que o os seres humanos são responsáveis pelos seus próprios destino, condutas e modo de vida. O Ministro Luiz Edson Fachin explica que, *in verbis:*

> "Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade".[93]

Podemos dizer que o afeto vem sendo interpretado através do princípio da dignidade da pessoa humana, pois ele está ligado a este princípio. E a junção deles sustentam o desenvolvimento dos seres humanos perante a sociedade e o núcleo familiar.

Para Paulo Lôbo, o princípio da afetividade está implícito no Ordenamento Jurídico. E podemos encontrar na Constituição Federal fundamentos importantes do referido princípio que são: Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem – artigo 227, § 6º. b) A adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (artigo 227, §§ 5º e 6º) c) a convivência familiar (e

[92] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – A dignidade da pessoa humana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

[93] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art.227).[94]

Através da tese aprovada pelo Supremo Tribunal federal, sobre o reconhecimento concomitante das paternidades afetivas e biológicas, destacou o reconhecimento jurídico do princípio da afetividade que está implícito na constituição, pois houve uma aceitação ampla ao reconhecimento jurídico do afeto.

A Corte reconheceu também que não há hierarquia entre a paternidade biológica com a socioafetiva, equiparando as duas paternidades. O Ministro Luiz Fux deixou bem claro essa equiparação dizendo que "se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar".[95]

4.2 Afetividade no Discurso do Exercício do Poder Familiar

> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242- SÃO PAULO.
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
>
> **2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.**
>
> 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non*

[94] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister. n.5. agos/set. 2008.

[95] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

> *facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
>
> **4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.**
>
> 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
>
> 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
>
> 7. Recurso especial parcialmente provido. [96]

Os Ministros da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça em uma sessão ocorrida no ano de 2012 reconheceram que os filhos deveram ser indenizados por pais que os abandonaram durante a infância ou juventude.

O processo que gerou essa decisão foi de uma filha em desfavor do seu pai biológico alegando que sofreu abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.[97]

A sentença proferida julgou improcedente o pedido da recorrida. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação interposta pela

[96] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

[97] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

recorrida, reconhecendo o real abandono afetivo, por parte do seu pai biológico, fixando um valor de R$ 415.000,00(quatrocentos e quinze mil reais). [98]

O Recurso especial interposto pelo pai biológico alega que não ocorreu o abandono afetivo e material, e se ainda tivesse ocorrido esse abandono como foi mencionado no acordão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a única sanção prevista na legislação que deveria ocorrer seria a perda do poder familiar prevista no artigo 1638 do Código Civil.[99]

Nas contrarrazões a recorrida reitera o seu argumento em relação a existência do abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde o seu nascimento.[100]

Sendo assim, o recurso especial nº 1.159.24 de São Paulo, por maioria dos votos deu parcial provimento ao recurso.

A afetividade consiste, no plano normativo, no contexto dos poderes e deveres inerentes ao poder familiar. Caso o genitor realize no mundo fático tais deveres estar-se-á diante da afetividade, no plano concreto.

---

[98] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

[99] BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente; V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 08 set. 2018.

[100] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

O discurso normativo da afetividade previsto, especialmente, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1.593 do Código Civil encontra prática na jurisprudência brasileira.

Podemos percebe que nesse caso em tela houve o abandono afetivo. O abandono afetivo pode ser conceituado quando um pai ou uma mãe se afasta de seus filhos por conta da extinção do casamento. Os filhos ficam no meio dessa "confusão" sem saber ao certo o que está acontecendo ou o motivo da separação entre seus genitores. O Direito de família deixa bem claro que não pode ocorre o afastamento do laço afetivo dos filhos em decorrência da dissolução da união conjugal, pois existe o vínculo de filiação que é *ad eternum.*

O afeto não se caracteriza o amor, mas sim ao cumprimento dos deveres inerentes de pais para com seus filhos, como o dever de cuidar, proteger, orientar e educar.

Para Juraci Costa, a paternidade socioafetiva pode ser definida como aquela que ultrapassa a paternidade biológica, com a primazia do afeto na convivência familiar. Sendo ela uma opção e não um dever.[101]

O doutrinador Flávio Tartuce em relação ao afeto no ordenamento jurídico ele diz que "o afeto vem sendo apontado como o principal fundamento na relação familiar. Mesmo não constando na a palavra afeto na constituição como sendo de direito fundamental, pode-se dizer que ele decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana".[102]

Os pais biológicos que não detém da guarda dos seus filhos não podem e não devem deixar de estar presente em sua vida, pois a ausência desse pai ou mãe podem gerar aos seus filhos consequências irreparáveis em sua formação ou personalidade.

[101] COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica-CCJ/FURB. v.13, nº26. p.127-140, 2009.
[102] TARTUCE, Flávio. **Direito civil volume 5: direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Metodo, 2013, p. 22.

No Estatuto da Criança e do adolescente em seu artigo 4º, estabelece alguns deveres do Estado e da família, esse artigo assegura a qualquer criança o direito à vida, a alimentação, a dignidade, ao respeito, a liberdade e à convivência familiar e comunitária.[103]

Portanto o legislador deixar bem claro que a necessidade do convívio, da presença dos pais na vida dos seus filhos durante a sua formação, pois a Constituição Federal deixa explícito a paternidade responsável,[104] com o intuito de que todos que

[103] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.4. º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único: A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 21 set. 2018.

[104] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança

queiram conceber filhos e formar uma família precisam ter responsabilidade e dever sobre essas crianças.

A Constituição Federal ao deixar explícita a paternidade responsável demonstra que para gerar essa paternidade responsável e preciso ter a convivência e o afeto nas relações familiares. Com isso, corrobora o doutrinador Caio Mario trouxe em uma de suas obras o entendimento do Sergio Resende de Barros:

> "O afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidades entre sujeitos. Daí porque o Direito o protege não apenas como fato individual, mas também, como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fator social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia e saúde."[105]

O genitor nesse Recurso Especial argumenta que a única sanção que ele poderia receber era a destituição do poder familiar, que está previsto no art. 1638, II, do Código Civil e artigo 24 do Estatuto da criança e do adolescente.

O autor Carlos Roberto Gonçalves entende que nessa situação de perda do poder familiar: "não desobriga os pais de sustentar os filhos, sendo-lhes devidos alimentos ainda que estejam em poder da mãe" [106]

A Ministra Relatora Nancy Andrighi decidiu nesse caso que: "Amar é faculdade, cuidar é dever".[107] Com isso a Relatora deixou claro que o cuidado no Direito de família possui um valor jurídico e esse valor pode ser mensurável através da responsabilidade civil, pois é essencial no desenvolvimento dos seres humanos na

---

e do adolescente levar-se- á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

[105] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5 .22 ed. Rio de Janeiro: Forense. p.47.

[106] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 2015. p. 426.

[107] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

sua infância. Com isso podemos perceber que a paternidade biológica ou afetiva os pais devem assumem deveres e direitos em relação aos seus filhos.

Podemos então dizer que na paternidade socioafetiva ou consanguínea, todos os pais assumem deveres e direitos jurídicos em relação aos seus filhos. Esses deveres e direitos estão elencados no artigo 1.593 do código civil.[108]

No voto da Relatora podemos compreender que o cuidado é um dever e não uma escolha. E a negligencia desse cuidado hoje pode gerar grandes danos aos seus filhos, tanto materiais ou psicológicos.

Nancy Andrighi em uma parte do seu voto destaca que "o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçamento do reconhecimento da paternidade, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento aos filhos posteriores (...) Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa, tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. "[109]

Fica claro que ao ser abandonada ou ter o tratamento desigual perante a família, fere os princípios de suma relevância do Direito de Família – A Dignidade da Dessoa Humana e Afetividade. Os pais ao ocasionar em seus filhos os sentimentos de dor, perda, desamor, faz com que o sentimento de rejeição atinja a estrutura psicológica do ser humano e há outra solução do que sair dessa situação com marcas, pois se sentir abandonado ou viver esse abandono não é algo normal pelo fato de que não temos em nossa mente a ideia que quem nos gerou a vida é quem deveriam possuir amor, carinho, cuidado, afeto e proteção nos abandonam. O

[108] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.
[109] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

Estado não pode impor um pai de amar sua filha, mas pode impor a esses pais os deveres de cuidar, de proteger e de dar assistência a essa criança.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar esse recurso especial mostra a sociedade que o cuidado ou descuidado pode haver um valor. E com essa decisão acaba mostrando a realidade das varas de família, pois elas se encontram cheias de litígios formados através da omissão do afeto que seus genitores têm perante seus filhos, os quais não tem nenhuma culpa do desamor que eles praticam.

5 CONCLUSÃO

Esse trabalho teve como objetivo pesquisar o discurso da parentalidade afetiva no direito brasileiro. Mostrando que no Brasil não há legislação expressa em relação ao tema da paternidade afetiva.

O direito de família vem sofrendo diversas transformações ao longo dos séculos, em decorrências das mudanças sociais. E bem antes da Constituição Federal de 1988. O Código Civil regia o direito de família e reconhecia apenas a forma de família decorrente do casamento, privilegiava-se a forma, a instituição matrimonial. Com o advento da Constituição Federal esse paradigma do conceito de família foi quebrado.

O Direito de família é o direito responsável por tutelar a entidade familiar. A família considerada pela Constituição Federal a base de toda sociedade. A família é o primeiro contato que os seres humanos têm de conviver socialmente com os outros. A família dá a eles valores sociais, morais e religiosos para o desenvolvimento da personalidade saudável. É por isso que o direito de família estabelece as normas de convivência familiar.

Com as transformações sociais o direito vem acompanhando as novas formas da constituição de família, principalmente no que tange à filiação. Com isso a carta magna marcou o Direito de família ao trazer os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e afetividade.

Perante essas mudanças podemos ver um novo modelo familiar. A paternidade afetiva mostra que: quem se vincula por laços de amor, cuidado e afeto sociais merece ser considerado mãe e pai afetivos, se equiparando aos pais e mães biológicos.

Na doutrina e jurisprudência contemporânea o afeto foi reconhecido como o principal ponto da identificação da família. Foi trazido nessa pesquisa o julgado da repercussão geral nº 622 do Supremo Tribunal Federal. Assim neste julgado foi demonstrado também que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica. Ambos os pais, biológicos e afetivos têm o dever de dar aos filhos assistência moral, social e financeira.

Pode-se concluir neste trabalho que a família é feita de amor e convivência, mais do que por mero registro cartorial.

Pude perceber na caminhada dessa pesquisa que família é algo completamente diferente de parente, pois família é chegada, afeto, laços espirituais e não apenas consanguíneo. É uma instituição moldada por normas regulatórias de direito e deveres familiares devendo, no entanto, tal ambiente normativo se cristalizar no mundo dos fatos através do afeto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto n° 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.1°. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Lei 10.406,10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 256 das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sumula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica – CCJ/FURB, v. 13, nº 26. p.127-140, 2009. Disponível em: http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889. Acesso em: 08 set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Direito de família. 23 ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 17 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, de chaves Cristiano; Rosenvald, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil: todo o direito civil num só volume. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais - O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Atualmente, a jurisprudência admite a multiparentalidade. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14728. Acesso em: 25 ago. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. Famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister. n.5. agos/set. 2008.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. Instituições de direito de Família. São Paulo: LED, 2000.

PEREIRA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. 18 ed. v. 5.

PIRES, Antonio Fernando. Manual de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9788530970598/. Acesso em: 05 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito de família. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VASCONCELOS, Clever. Curso de direito constitucional: atualizado até a EC n.90/2015. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENCEULAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 11 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

HIPÓTESE (IN)CONSTITUCIONAL DE NACIONALIDADE BRASILEIRA

Victória Alves Ruenreang

RESUMO

O propósito do presente trabalho é analisar a normativa jurídica brasileira sobre o direito de nacionalidade originária dos nascidos no Brasil, de pais estrangeiros a serviço de seu país. O Estado brasileiro tem como fundamento a soberania, que culmina em sua legitimidade para determinar de forma discricionária os seus nacionais. Por outro lado, o direito a nacionalidade é um direito fundamental de todo ser humano, reconhecido no direito internacional e positivado na Constituição, deve ser do Estado em cujo território o indivíduo houver nascido, se não tiver direito a outra, assim como esta não pode ser arbitrariamente privada deste. Em meio a essa colisão de interesses, busca-se averiguar se houve um retrocesso no direito de nacionalidade ao longo das Constituições brasileiras até chegar na Lei nº 13.445/2017, que revogou a quinta hipótese de nacionalidade originária brasileira estabelecida pela Lei nº 818/1949, sem as devidas cautelas, dando margem a um possível conflito negativo e a insegurança jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Ao tratar do direito de nacionalidade, é necessário averiguar as hipóteses de aquisição da nacionalidade no Estado brasileiro, pois a mesma é requisito essencial para a formação do elemento humano deste, bem como é pressuposto indispensável para o indivíduo adquirir cidadania dentro do território nacional.

Diante de tal contexto, a presente monografia procura avaliar se a norma, que trata do direito de nacionalidade, atende à vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais, assim como o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ao longo das

Constituições brasileiras até chegar na Lei nº 13.445/2017, que revogou a quinta hipótese de nacionalidade originária brasileira estabelecida pela Lei nº 818/1949.

O problema da investigação será: A quinta hipótese de nacionalidade nata ainda está vigente? Os filhos nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros que estejam a serviço de seu país, têm direito a nacionalidade originária brasileira? Houve um retrocesso no direito de nacionalidade brasileira?

Dessa forma, a hipótese a ser examinada é a possibilidade dos filhos nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros que estejam a serviço de seu país, de terem a nacionalidade originária brasileira, à luz da Lei nº 818/1949 e por analogia a Emenda Constitucional nº 54/2007, uma vez que as garantias fundamentais, bem como os princípios e as regras internacionais limitam a soberania dos Estados, em meio ao fenômeno da globalização.

Para realizar o estudo, pretende-se definir de forma sucinta, os principais temas que norteiam o instituto da nacionalidade, no âmbito nacional, bem como suas diferenças. A soberania e o povo são elementos constitutivos do Estado, todavia tutelam bens jurídicos distintos, o primeiro protege de forma coletiva o povo, pois visa que o interesse de um Estado não sofra intervenção externa dos demais, assim cabe exclusivamente ao Estado soberano exercer sua soberania de forma discricionária sobre o seu povo e em seu território. Por outro lado, o direito a nacionalidade garante de forma individual a possibilidade de todo ser humano fazer parte não só da nação, mas do povo de um Estado.

Nessa perspectiva, será feita uma análise histórica, da única exceção ao direito de nacionalidade nata, ao longo das Constituições brasileiras e quais são os critérios utilizados pelo Brasil atualmente ao escolher os seus nacionais. Assim, busca-se perquirir as interpretações adotadas pelos doutrinadores quanto a hipótese a ser examinada, bem como qual ponderação deve ser feita entre o direito fundamental da nacionalidade e a soberania dos Estados, pois a depender da solução, esta pode gerar conflitos positivos ou negativos.

A pesquisa é bibliográfica e doutrinaria, efetivada por meio da análise da única exceção ao direito de nacionalidade ao longo da história das Constituições do Brasil, dos princípios e regras internacionais que limitam a discricionariedade dos Estados ao escolherem os seus nacionais, das interpretações e posicionamentos dos principais doutrinadores quanto ao tema e das garantias fundamentais que visam a eficácia e eficiência dos direitos fundamentais.

2 DA COMPETÊNCIA PARA ATRIBUIR A NACIONALIDADE

Primeiramente, vale destacar que a Convenção de Haia de 1930, internalizada no Brasil em 1932 pelo Decreto n° 21.798/1932, em seu artigo 1º [1], ratifica de forma internacional a legitimidade exclusiva dos Estados para legislar sobre o direito de nacionalidade em seu território, competindo a cada um destes determinar quem são seus nacionais, por meio de sua legislação interna, a qual deve ser respeitada e aceita pelos demais Estados, bem com consistente com as convenções, costumes e princípios internacionais, os quais norteiam e garantem o instituto da nacionalidade.

A discricionariedade do Estado, em tese, não possui limites, sendo este livre para legislar sobre a nacionalidade de seu país, tendo em vista a sua soberania em seu território, não sendo obrigado a aceitar condições ou imposições de outros Estados. “O direito à nacionalidade é conferido pelos Estados de forma soberana, em conformidade com a sua Constituição,” [2] cada Estado “deve ter competência exclusiva para legislar sobre sua nacionalidade, de maneira que lhe aprouver, conforme prevê o princípio da atribuição estatal da nacionalidade,” [3] pois “a

[1] “Article premier. Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, porvu qu'elle soit en secord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. ” *In:* BRASIL. Decreto n° 21.798 de 06 de setembro de 1932. Promulga a convention concernant certaines questions relatives aux conflits de loi sur la nacionalize'. Haya, 12 de abril de 1930. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21798-6-setembro-1932-549005-publicacaooriginal-64268-pe.html. Acesso em: 08 aug. 2018.

[2] ARRUDA, Lucila Carla Squina Albertini. O regime jurídico do direito à nacionalidade na constituição da república federativa do brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**, v.7, n.1. Sorocaba, 2013, p. 2. Disponível em: http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav71/alunos/da.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

[3] CARVALHO, Dardeau de. **Nacionalidade e cidadania**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 49.

soberania é o caráter supremo do poder, [...] que não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele." [4] "Não existe uma definição do direito internacional, a ser obedecida por todos os Estados [...], ele pode ser mais ou menos rígido na escolha de quem vai considerar como nacional ou estrangeiro," [5] "sem que haja qualquer relevância a vontade pessoal ou os interesses privados destes, o que não significa que lhes sejam retirados o direito à escolha e ao exercício dessa nacionalidade. " [6]

> A nacionalidade nada mais é do que o estado de dependência em que se encontram os indivíduos perante o Estado a que pertencem. Trata-se de questão de soberania do Estado, em triplo aspecto. Primeiro, porque somente ele pode atribuir ao indivíduo, pelo simples fato do seu nascimento, a sua nacionalidade. Outro aspecto é o fato de só o Estado soberano poder conceder a condição de nacional aos estrangeiros, por meio de naturalização. E, por último, só ele pode estabelecer os casos de perda da nacionalidade. [7]

Do latim, *status* (estar firme), o Estado para ser considerado como um, precisa ter três principais elementos constitutivos em conjunto, [8] sendo estes o território, o povo e o governo soberano, os quais são os elementos objetivos. Além destes, há doutrinadores que também incluem o elemento da finalidade, indispensável atualmente para constituição do conceito moderno de Estado, o elemento da capacidade para manter relações com os demais Estados [9] e o elemento

---

[4] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

[5] VARELLA. Marcelo D. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

[6] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 619.

[7] CARTAXO, Marina Andrade. **A nacionalidade revisada: o direito fundamental à nacionalidade e temas correlatos**, Fortaleza, 2010, p. 42. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp133097.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

[8] O artigo 1º do Decreto 1.570, de 1937, que promulgou as Convenções sobre Direitos e Deveres dos Estados e sobre Asilo Político, dispõem que "O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos. I. População permanente. II. Território determinado. III. Govêrno. IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados. " *In:* BRASIL. Decreto 1.570, de 13 de abril de 1937. Promulga as convenções sobre direitos e deveres dos estados e sobre asílo político. Montevidéo, 26 de dezembro de 1933. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1570-13-abril-1937-464789-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 08 aug. 2018.

[9] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 392.

da recognição plena de sua existência, sendo este último um elemento subjetivo, mas não essencial para a constituição deste, pois não é propriamente constitutivo. [10]

É a partir da reunião desses elementos essenciais que o Estado é constituído em "uma associação humana (povo), radicada em base territorial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberania)," [11] com "a (finalidade) de organizar as diversas atividades humanas dentro de um território. " [12] "Na ausência de apenas um destes elementos, tal Estado não poderá assim ser considerado independente. " [13]

Com isso, "o direito de nacionalidade vem a ser a área do direito que estuda e cria normas acerca da constituição do elemento povo," [14] pois este "representa o conjunto de nacionais que compõem o elemento humano de um Estado - o povo brasileiro, por exemplo, é resultado do somatório de brasileiros natos e naturalizados. " [15] "Estão ligados ao Estado pelo vínculo da nacionalidade," [16] assim "o povo é

[10] MALHEIRO, Emerson. **Manual de direito internacional privado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 69.
[11] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.
[12] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 390.
[13] GLASENAPP, Ricardo Bern. O direito de nacionalidade e a ec nº 54: a reparação de um erro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n.11, jan./jun. 2008, p. 155. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-155-Ricardo_Glasenapp.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.
[14] GLASENAPP, Ricardo Bern. O direito de nacionalidade e a ec nº 54: a reparação de um erro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n.11, jan./jun. 2008, p. 155. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-155-Ricardo_Glasenapp.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.
[15] MASSON, Nathalia. **Direito de nacionalidade**. p. 308. Disponível em: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/soltas%20nath%20cap%206.pdf.. Acesso em: 07 aug. 2018.
[16] VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 263.

tido como os nacionais" [17] deste. "Tanto o Estado precisa do povo para a sua manutenção, como o povo clama pelo Estado. " [18]

Vale ressaltar que "povo" é diferente de "população", cujo engloba não só os nacionais, mas também os estrangeiros e os apátridas. "É um conceito meramente demográfico, mais amplo que o conceito de povo," [19] pois é o conjunto de todos os indivíduos que habitam determinado território, ainda que ali estejam temporariamente.

3 DO DIREITO DE NACIONALIDADE

Etimologicamente, a expressão nacionalidade deriva do termo em latim *natio* [20] ou "nação", entretanto, apesar da proximidade entre os vocábulos, estes não se confundem sob a perspectiva do direito, apenas na concepção sociológica, pois nação "não se apoia em vínculo jurídico, sendo utilizado para determinar" [21] um "agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros, fixados num território, são ligados por laços históricos, culturais, econômicos e linguísticos," [22] além de "possuírem as mesmas tradições, costumes e ideais coletivos. " [23]

> Conclui-se que nacionalidade não se confunde com nação, porque a primeira é vínculo jurídico-político que a pessoa mantém com o Estado, sendo este Estado-nação ou Estado multicultural. Uma pessoa pode se tornar nacional de um Estado estranho a ela culturalmente, como os filhos de estrangeiro, que ao nascerem no Brasil, têm direito a

[17] PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 309.
[18] CARTAXO, Marina Andrade. **A nacionalidade revisada: o direito fundamental à nacionalidade e temas correlatos,** Fortaleza, 2010, p. 26. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp133097.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.
[19] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 263.
[20] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 617.
[21] PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 309.
[22] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 189.
[23] MASSON, Nathalia. **Direito de nacionalidade**. p. 308. Disponível em: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/soltas%20nath%20cap%206.pdf.. Acesso em: 07 aug. 2018.

> nacionalidade, mas cedo passam a residir em outro país, não criando laços culturais com o Estado. Já Nação é um ideal de pertença, um sentimento de coletividade que os indivíduos mantêm uns com os outros. Portanto, é um aspecto muito mais sociológico do que jurídico-político. [24]

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 15, [25] bem como o Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 20, [26] reconhecem a nacionalidade como um direito fundamental do homem e essencial para sua identidade, [27] "garantido a todo ser humano, em nível global. " [28] "Corresponde ao direito de toda criança ter uma nacionalidade desde o seu nascimento. " [29]

Portanto, "a cada Estado incumbe legislar sobre sua própria nacionalidade, desde que respeitadas, no Direito Internacional, as regras gerais, assim como regras particulares com que acaso se tenha comprometido. " [30]

Além dessas regras, Zeballos, em 1924, estabeleceu alguns princípios a serem respeitados pelos Estados, que visam proteger e garantir o direito a nacionalidade da melhor forma, ele os denominou de "Axiomas dos Princípios da

[24] CARTAXO, Marina Andrade. **A nacionalidade revisada: o direito fundamental à nacionalidade e temas correlatos,** Fortaleza, 2010, p. 47 - 48. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp133097.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

[25] O artigo 15º da Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que: "1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. *In:* Declaração Universal dos Direitos do Homem. Paris: 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 08 aug. 2018.

[26] O artigo 20 do Pacto de San Jose da Costa Rica dispõe que: " 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. 3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la. " *In:* BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília, 06 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

[27] CASELLA, Paulo Borba. **Nacionalidade: direito fundamental, direito público interno e direito internacional**, São Paulo, jan./dez. 2016, p. 302. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133514/129526. Acesso em: 07 aug. 2018.

[28] JUNIOR, Ademar Pozzatti. Somos todos brasileiros: o instituto da nacionalidade no direito interno brasileiro. **Revista Ius Gentium Teoria e Comércio no Direito Internacional**, Santa Catarina, 2009, p. 158. Disponível em: www.iusgentium.ufsc.br. Acesso em: 07 aug. 2018.

[29] MATIAS, Talita Litza Molinet. O direito de nacionalidade e a proteção internacional aos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 3, Itajaí, 2007, p. 109. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 04 out. 2017.

[30] REZEK, Francisco. Le droit international de la nationalité. **Recueil des Cours de l'Académie du Droit International**, v. 198, 1986, p. 180.

Nacionalidade," [31] assim como também fez Carmen Tibúrcio, em 2014, ao concluir por meio de seus estudos os "princípios básicos envolvendo a determinação da nacionalidade de um indivíduo em direito internacional." [32]

O conceito de nacionalidade comporta simultaneamente duas definições principais ou uma única definição com duas dimensões, [33] sendo uma sob a ótica

[31] " (1) a nacionalidade é um laço voluntário, "bona fide"; (2) é imperativo ao indivíduo possuir uma nacionalidade;
(3) não se há de cogitar de dupla nacionalidade; (4) é facultado ao indivíduo a livre mudança de sua nacionalidade;
(5) como consectário do item 4, é vedado ao Estado impedir a mudança de nacionalidade; (6) é vedado ao Estado compelir o indivíduo à involuntária mudança de nacionalidade; (7) é facultada ao indivíduo a recuperação da nacionalidade abandonada; (8) é vedado ao Estado impor sua nacionalidade ao indivíduo domiciliado em seu território; (9) a nacionalidade original ou aquela que foi voluntariamente adquirida irá determinar a aplicabilidade do direito privado e público. " *In:* ZEBALLOS, Estanislao Severo. **La Nationalité**. Paris: Sirey, 1914, p. 233-235, apud TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 157-158. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[32] " (1) Cada Estado é habilitado para determinar quem são seus nacionais. (2) O Direito Internacional impõe algumas limitações ao poder do Estado de determinar quem são seus nacionais. (3) Nacionalidade não é um vínculo permanente. É possível que um nacional se torne estrangeiro. (4) Como corolário dos princípios anteriores, os Estados podem desnacionalizar os indivíduos, na medida em que haja clara previsão legal das hipóteses de destituição de nacionalidade, sem margem para a arbitrariedade. (5) Direito a uma nacionalidade - A grande maioria dos documentos internacionais de direitos humanos mencionam o direito à nacionalidade. No entanto, a aplicação prática dessas regras é objeto de debate. A interpretação mais apropriada do princípio é a que o considera como diretriz indicativa para os Estados ao legislarem sobre nacionalidade, no intuito de que se evite a apatrídia. Ademais, deve ser levado em conta na aplicação das normas internas sobre aquisição e perda da nacionalidade, sempre se adotando uma interpretação favorável à manutenção da nacionalidade. (6) Prevenção à Apatrídia - Como visto acima, face à relevância do vínculo da nacionalidade, a grande maioria das convenções internacionais tentam minimizar a possibilidade de sua ocorrência. (7) Apenas um nacional tem o direito de entrar, morar, locomover-se livremente e não ser expulso do território de determinado país. Como consequência, estrangeiros são, via de regra, privados desses direitos. (8) Também como consequência, nacionais de um Estado que tenham perdido a sua nacionalidade, na ausência de alternativas de destino, devem ser admitidos no Estado de sua última nacionalidade. (9) Nacionais têm o direito de deixar seu país. (10) O casamento não tem influência alguma na nacionalidade. Até recentemente, alguns Estados estabeleciam que uma nacional de determinado país perdia sua nacionalidade se casasse com um estrangeiro e, inversamente, quando uma mulher estrangeira se casasse com um nacional ela adquiriria automaticamente a nacionalidade do seu marido. Atualmente, entretanto, tem-se entendido que o casamento apenas tem o condão de facilitar o processo de aquisição de determinada nacionalidade. (11) Somente aos nacionais são atribuídos direitos políticos plenos. (12) Em casos de dupla nacionalidade, aplica-se o direito interno se uma das nacionalidades é a do Estado em questão. Em caso contrário, aplica-se o princípio da "nacionalidade efetiva". (13) Relativamente à aquisição da nacionalidade, filhos de pessoal diplomático constituem exceção à regra do "ius solis" e não adquirem a nacionalidade do país onde nasceram. (14) A aquisição derivada de nacionalidade deve ser voluntária. (15) As regras envolvendo nacionalidade devem ser estabelecidas por lei. (16) As regras sobre nacionalidade não podem se basear em discriminação com base em sexo, religião ou raça. " *In:* TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 32-34. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

jurídico-política e outra sob a ótica sociológica, pois um significado não exclui o outro, bem como suas definições não possuem uma distinção facilmente perceptível. [34]

> [...]. Cada uma prioriza um lado do vínculo. Quando um indivíduo se sente fortemente ligado ao Estado do qual é nacional, tem-se uma acepção fortalecendo a outra, ambas se sustentando mutuamente. Um povo unido e leal gera um Estado forte, pela submissão e aprovação incondicional de suas regras. [35]

Sob a perspectiva jurídica (dimensão horizontal), "nacionalidade é o vínculo jurídico-político, que liga o indivíduo ao Estado soberano," [36] "é um elo regulado pelo direito entre a pessoa física e um determinado Estado," [37] que escolhe os seus nacionais, habilitando o indivíduo, no qual teve esse status outorgado para si, "[...] a reivindicar sua proteção mediante o pleno exercício de seus direitos e cumprimentos de todos os deveres que lhe forem determinados," [38] uma vez que esse vínculo, é "formado por laços de lealdade. " [39] É um vínculo jurídico-político, pois é regulado pelo direito interno e representa uma escolha do Estado, "fazendo desse indivíduo um componente do seu povo. Assim o nacional continua preso ao Estado, de cujo povo é membro, mesmo quando se acha fora do alcance de seu poder, estabelecido em território de outro Estado. " [40]

---

[33] LAGARDE, Paul. **La nationalité française**. Paris: Dalloz, 1975, p.1.

[34] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 1-2. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[35] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 3. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[36] MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com emenda de 1969**. São Paulo: RT, 1974, p. 347

[37] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 43.

[38] MALHEIRO, Emerson. **Manual de direito internacional privado**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

[39] "Article 1: "nationality" is the status of a natural person who is attached to a state by tie of allegiance. " *In:* HARVARD. Research in international law. **Draft on nationality**. Supplement to the american journal of international law, v. 23, 1929, p.1. Disponível em: http://www.uniset.ca/naty/maternity/23AJILSS13.pdf. Acesso em: 31 mar. 2018.

[40] FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Comentários à constituição brasileira: emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1976**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 765.

Na mesma linha de raciocínio, mas acentuando o papel do indivíduo, a visão sociológica (dimensão vertical) compreende nacionalidade como um sentimento de fazer parte de determinado grupo, que ostenta atributos como língua, território, costumes e origem, em comum. [41]

Admitindo:

> [...] a existência do sentimento de nacionalidade antes mesmo da criação formal do Estado [...] uma vez que esses [...] atributos em comum podem vir a existir antes da ligação política ser nacionalizada. [...] A ideia de nacionalidade, contudo, não compreende apenas a noção de um grupo homogêneo, animado por atributos comuns. Requer, também, a busca de sua expressão no que é considerado a maior forma de atividade organizada, o Estado soberano. Assim, a nacionalidade é um estado de espírito que corresponde ou esforça-se para corresponder a um fato político. [...] Desse modo, à definição jurídico-política não é suficiente que o indivíduo se considere nacional de determinado Estado. [42]

Sendo o Estado livre para decidir os seus nacionais, o conceito de estrangeiro, "vocábulo derivado do latim *extraneus*, de extra, que significa de fora," [43] pode ser definido a partir da análise das hipóteses de nacionalidade de um país, ou seja, será estrangeiro todo indivíduo que não tiver a nacionalidade daquele Estado, seja ela nata ou naturalizada, "contrapõe-se ao nacional a figura do estrangeiro," [44] em outras palavra, "estrangeiros são todos aqueles que não são tidos por nacionais, em relação a um determinado Estado, isto é, as pessoas a que o direito do Estado não atribuiu a qualidade de nacionais," [45] e que ao deixarem o seu território, "rompem qualquer

[41] KOHN, Hans. The idea of nationalism. A study in its origins and backgrounds. Nova York: The Macmillan Company, 1946, p. 12.
[42] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journa**l, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 2. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.
[43] MALHEIRO, Emerson. **Manual de direito internacional privado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 74.
[44] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 618.
[45] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 264.

vínculo que com este tenham mantido," [46] diferente dos nacionais que os mantem onde quer que estejam.

> Considera-se estrangeiro, relativamente a um dado Estado, o indivíduo que, por força de lei, não é considerado seu nacional. Trata-se, portanto, de uma definição a contrário sensu, o que leva à conclusão de que apátrida, por exemplo, será sempre um estrangeiro, onde quer que esteja. Duas consequências se apresentam: primeiramente a importância do conceito de nacionalidade relativamente à definição de estrangeiro; e, em segundo lugar, o óbvio, porém despercebido, fato de que qualquer indivíduo é um estrangeiro fora do país da sua nacionalidade. Dessa forma, é importante notar que, se a condição de estrangeiro é aplicável a qualquer um de nós, não se pode admitir, em sua definição, qualquer elemento de conotação inerentemente inferior. [47]

O apátrida, fruto de um conflito negativo de nacionalidade, é considerado estrangeiro em qualquer Estado, já que nenhum Estado o reconhece como seu nacional, por outro lado, a polipátria, conflito positivo de nacionalidade, é quando um indivíduo possui mais de uma nacionalidade, pois mais de um Estado o reconhece como sendo um de seus nacionais.

Cabe destacar, que os termos "nacionalidade", "naturalidade" e "cidadania" se parecem, se aproximam, mas também não se confundem no âmbito nacional, apesar de serem muitas vezes confundidos entre si.

Naturalidade é o lugar de nascimento do indivíduo, "é apenas o local onde a pessoa efetivamente nasce, [...] assim esta é designada pela localidade do nascimento," [48] que pode ou não ter a nacionalidade do lugar onde nasceu, pois isso irá depender de cada Estado, bem como o indivíduo pode ter a nacionalidade de onde nasceu e nunca querer ter ela reconhecida.

---

[46] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137.

[47] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 134. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[48] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 620.

"Proveniente do latim civitas (de cives, cidadão), o termo cidadania denomina [...] direitos e deveres de natureza política, com evidente exclusão dos estrangeiros. " [49] No sentido jurídico (sentido estrito), significa detenção, posse de direitos políticos e a capacidade de exercê-los.

> [...]. Consiste na consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito de seu Estado, alcançados, em igualdade de direitos e dignidade, pela construção da convivência coletiva, com base num sentimento ético comum, capaz de torna-los participes no processo do poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público. [50]

No Brasil esses direitos podem ser representados como o direito de votar e ser votado, tomar parte em plebiscito e referendo, bem como ajuizar ação popular. São os direitos, em regra, de legitimidade exclusiva dos nacionais, seja nato ou naturalizado, com exceção dos portugueses que possuem um privilégio específico previsto na Constituição. A cidadania "tem por pressuposto a nacionalidade," [51] "que para o direito brasileiro, é condição necessária mas não suficiente da cidadania." [52] Na acepção sociológica, é um direito a ter direitos, que significa estar inserido em uma sociedade juridicamente organizada.

Posto isso, conclui-se que o Brasil é um Estado, pois possui os elementos essenciais constitutivos de um, e tem como fundamento a soberania, conforme prevê o artigo 1º [53], Dos Direitos Fundamentais, no Título I, da Constituição de 1988. Portanto, a República Federativa do Brasil é a única legitimada para estabelecer os

---

[49] SARTÓRIO, Milton Tiago Elias Santos; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **A nacionalidade potestativa na emenda 54/07**, São Paulo, p. 3. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/521855. Acesso em: 08 aug. 2018.

[50] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 624.

[51] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1327.

[52] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142.

[53] A Constituição da República Federativa do brasil de 1988 em seu artigo 1º, Título I, dos princípios fundamentais, prevê que: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; [...]" *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

critérios que determinam o seu elemento povo, legislando-o em sua Constituição, desde a época do Império.

4 HISTÓRIA DA ÚNICA EXCEÇÃO AO DIREITO DE NACIONALIDADE NATA AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Aludido os principais conceitos essenciais do instituto da nacionalidade, a seguir, será exposto de forma sucinta, como a aquisição da nacionalidade brasileira dos nascidos no Brasil, de pais estrangeiros a serviço de seu país, foi regulamentada pelas Constituições brasileiras passadas.

Por oportuno, vale destacar primeiramente que **os critérios de concessão da nacionalidade primária são diversos e variam de acordo com cada Estado, pois este é soberano em seu territorio. Dessa forma** "nenhum Estado se filia integralmente a um desses princípios, pois cada Estado vai se adequando de acordo com a sua realidade. " [54]

No Brasil, ao longo de sua história, preponderou o critério do *ius soli*, o que não significa dizer que o Brasil não conceda nacionalidade pelo *ius sanguinis*, pois ele concede, assim como existem situações em que este prepondera.

O Direito do Solo é um critério preponderante em Estados que recebem estrangeiros, países colonizados, que atraíram imigrantes para construir o país, logo, "[...] os descendentes dos imigrantes, que venham a nascer no solo do novo Estado, serão nacionais deste, e não do de origem" [55] de seus ascendentes. Esse critério foi bastante utilizado "no período feudal, quando a ideia dominante era manter o indivíduo preso à terra, época em que o solo era o centro da economia. " [56]

[54] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 923.
[55] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1328.
[56] JUNIOR, Ademar Pozzatti. Somos todos brasileiros: o instituto da nacionalidade no direito interno brasileiro. **Revista Ius Gentium Teoria e Comércio no Direito Internacional**, Santa Catarina, 2009, p. 7. Disponível em: www.iusgentium.ufsc.br. Acesso em: 07 aug. 2018.

Desta forma, “serão nacionais aqueles que nascerem no território do Estado, independentemente da nacionalidade de seus ascendentes” [57], a regra é nasceu no território brasileiro é brasileiro nato, independente da nacionalidade dos pais, entretanto, essa regra comporta uma exceção que será explorada em momento oportuno.

Por outro lado, o Direito do Sangue é o vínculo jurídico-político que está no sangue. “Entende que será nacional todo aquele que descender de nacionais (brasileiros) independentemente do território do nascimento. ” [58] Foi construído no Direito Internacional no Século XIX, na consolidação dos Estados europeus, notadamente na Itália e na Alemanha, sob o argumento de que ninguém deixava a pátria por vontade, mas sim por algum outro motivo necessário.

Desse modo, em algum momento, esse indivíduo iria voltar, e caso não voltasse, seu filho ou seu neto voltaria trazendo consigo a nacionalidade de seus ancestrais, razão pela qual é um critério que prepondera na Europa, em “países de emigração, a fim de se manter o vínculo com os descendentes. ” [59]

4.1 Constituição Política do Império do Brazil de 1824

Elaborada por um Conselho de Estado criado por Dom Pedro I, a Constituição do Império do Brasil foi outorgada após a independência do Estado brasileiro.

Regulamentava quem eram os seus nacionais no art. 6º, [60] Dos Cidadãos Brazileiros, do Título 2º, uma vez que não fazia distinção entre nacionalidade e

[57] FRAZÃO, Ana Carolina. Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade, **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000, p. 2. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=57. Acesso em: 20 mai. 2018.

[58] FRAZÃO, Ana Carolina. Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade, **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000, p. 2. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=57. Acesso em: 20 mai. 2018.

[59] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1328.

[60] O artigo 6º da Constituição do Império determinava que: “. São Cidadãos Brazileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brazileiro, e os illegitimos de mãi Brazileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de

cidadania, pois "considerava como cidadãos brasileiros todos quantos tivessem a nacionalidade brasileira, visto que no regime político da monarquia, a condição de nacional coincidia com a de súdito." [61]

> Para determinar quem faria parte da composição do seu povo, a Constituição Imperial optou pelo critério *jus solis* vez que tal sistema era indispensável para o povoamento de um Estado em formação. Para um Estado que recém havido sido declarado e reconhecido como independente, nada mais lógico do que declarar como seu povo todos aqueles que nascerem em seu território. [62]

Previa uma única exceção a nacionalidade originária, cujo os filhos nascidos no Brasil, de pai estrangeiro que residia no país a serviço de sua nação, não teriam a aquisição da nacionalidade nata brasileira.

4.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

Promulgada em 1891, por uma Assembleia Constituinte, após ser declarada a república, a primeira Constituição Republicana "manteve a igualdade entre nacionais e cidadãos (também não fazia distinção entre nacionalidade e cidadania), estabelecendo a capacidade eleitoral como resultante da diferença entre o simples nacional e o nacional com direito de voto – o cidadão ativo. " [63]

---

pai Brazileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalisados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização. " *In:* BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao24.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

[61] JUNIOR, Ademar Pozzatti. Somos todos brasileiros: o instituto da nacionalidade no direito interno brasileiro. **Revista Ius Gentium Teoria e Comércio no Direito Internacional**, Santa Catarina, 2009, p. 164. Disponível em: www.iusgentium.ufsc.br. Acesso em: 07 aug. 2018.

[62] GLASENAPP, Ricardo Bern. O direito de nacionalidade e a ec nº 54: a reparação de um erro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n.11, jan/jun. 2008, p. 159. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-155-Ricardo_Glasenapp.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

[63] JUNIOR, Ademar Pozzatti. Somos todos brasileiros: o instituto da nacionalidade no direito interno brasileiro. **Revista Ius Gentium Teoria e Comércio no Direito Internacional**, Santa Catarina: 2009, p. 8. Disponível em: www.iusgentium.ufsc.br. Acesso em: 07 aug. 2018.

Tendo em vista a quantidade expressiva de imigrantes e a recente proclamação da república, o legislador estabeleceu a possibilidade da naturalização tácita, conhecida como a Grande Naturalização, a qual estendia a nacionalidade brasileira aos estrangeiros, que ao preencherem certos requisitos teriam a naturalização concedida, a menos que expressamente desejassem o contrário. [64]

Determinou no artigo 69, [65] Das Qualidades do Cidadão Brasileiro, Seção I, do Título IV, os seus nacionais e assim como a Constituição do Império do Brasil, manteve em seu parágrafo 1º, do referido artigo, a mesma exceção a nacionalidade originária.

4.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Promulgada após a crise mundial de 1929, a Constituição de 1934 regulamentou o direito de nacionalidade no art. 106, [66] Dos Direitos Políticos, Capitulo I, Da Declaração de Direitos, no Título III, onde suprimiu todos os casos de naturalização tácita, ampliou as hipóteses de concessão da nacionalidade nata

[64] CARTAXO, Marina Andrade. **A nacionalidade revisada: o direito fundamental à nacionalidade e temas correlatos**, Fortaleza, 2010, p. 32. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp133097.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

[65] O artigo 69 da Constituição de 1891 dispõe que: " São cidadãos brasileiros: 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação; 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República; 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se; 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados." *In:* BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao91.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

[66] O artigo 106 da Constituição de 1934 dispõe que: "art. 106 - São brasileiros: a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do Governo do seu país; b) os filhos de brasileiro, ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os seus pais a serviço público e, fora deste caso, se, ao atingirem a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira; c) os que já adquiriram a nacionalidade brasileira, em virtude do art. 69, nºs 4 e 5, da Constituição, de 24 de fevereiro de 1891; d) os estrangeiros por outro modo naturalizados." *In:* BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 jun. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao34.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

brasileira pelo critério *ius sanguinis*, bem como manteve a mesma exceção a nacionalidade primária, apesar de ter modificado a sua redação ao trocar o termo "nação" por "governo do seu país", passando a ser: os nascidos no Brasil, de pai estrangeiro residindo este a serviço do governo do seu país, não terão nacionalidade originária.

4.4 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937

Fruto de um golpe de Estado, a Constituição do Estado Novo foi outorgada em 1937, e apesar de impor diversas mudanças, tendo em vista o regime extremamente autoritário, manteve os critérios de aquisição da nacionalidade brasileira os mesmos no art. 115, [67] Da Nacionalidade e da Cidadania, assim como ratificou a mesma exceção a nacionalidade nata trazida pela Constituição de 1934.

4.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

A Constituição de 1946 foi promulgada após a redemocratização do Brasil, restabeleceu

os valores republicanos e democráticos da Constituição de 1934, tendo em vista o termino da Segunda Guerra Mundial e o fim do Estado Novo. Quanto ao direito de nacionalidade, o regulamentou em seu artigo 129, [68] Da Nacionalidade e

[67] O artigo 115 da Constituição de 1937 dispõe que: " São brasileiros: a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do governo do seu país; b) os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os pais a serviço do Brasil e, fora deste caso, se, atingida a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira; c) os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do art. 69, nº 4 e 5, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891; d) os estrangeiros por outro modo naturalizados." *In:* BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao37.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

[68] O artigo 129 da Constituição de 1946 dispõe que: "São brasileiros: I - os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo estes a serviço do seu país; II - os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou, não o estando, se vierem residir no País. Neste caso, atingida a maioridade, deverão, para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro em quatro anos; III - os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do art. 69, nos IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891; IV - os naturalizados pela forma que a lei estabelecer, exigidas aos portugueses apenas residência no País por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física. " *In:* BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados

da Cidadania, Capitulo I, Da Declaração de Direitos, Do Título IV, e manteve a mesma exceção a nacionalidade primária, apesar de ter modificado a sua redação ao substituir o termo "pai" para "pais" e suprimir a palavra "governo" do texto, passando a ficar assim: os nascidos no Brasil, de pais estrangeiros residindo estes a serviço do seu país, não terão nacionalidade originária.

Com a nova redação da exceção a nacionalidade nata, a qual deixou de ser no singular e passou a ser no plural, a **Lei nº 818/1949 estabeleceu uma nova** hipótese de aquisição da nacionalidade originária no:

> Art. 2º Quando um dos pais fôr estrangeiro, residente no Brasil a serviço de seu govêrno, e o outro fôr brasileiro, o filho, aqui nascido, poderá optar pela nacionalidade brasileira, na forma do art. 129, nº II, da Constituição Federal. [69]

Dessa forma, a hipótese do inciso I do art. 129 da Constituição de 1946, passa a ser interpretado da seguinte forma com a nova lei, os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, são brasileiros (regra geral), mas caso seus pais estejam a serviço de seu país, seus filhos não terão direito a nacionalidade nata brasileira (exceção), todavia se um dos pais for estrangeiro a serviço de seu país e o outro brasileiro, o filho aqui nascido poderá optar pela nacionalidade originária brasileira, na forma do inciso II do art. 129 da Constituição de 1946 (exceção da exceção).

Ressalta-se, que o Estado, por ser soberano, é o único legitimado para decidir seu elemento essencial humano, assim as hipóteses de aquisição de nacionalidade, nata ou naturalizada, são taxativas e não exemplificativas, e por isso devem estar previstas expressamente no ordenamento jurídico interno de cada Estado.

Posto isso, a Lei nº 818/1949 veio evitar um possível equívoco na análise da redação do artigo que trata da nacionalidade, pois apesar desta vedar a nacionalidade nata dos filhos nascidos no Brasil de pais estrangeiros a serviço de seu país, no

---

Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao46.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

[69] BRASIL. Lei 818, de 18 de setembro de 1949. Regula a aquisição, a perda e reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos. Rio de Janeiro, 18 set. 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0818.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

plural, sua interpretação não seguiu a mesma linha, pois bastava um dos pais estar a serviço de seu país, para que seu filho aqui nascido não fosse brasileiro.

Desse modo, a fim de evitar que os filhos nascidos no Brasil, de pai estrangeiro a serviço de seu país e pai brasileiro, fossem excluídos de seus nacionais, o legislador regulamentou essa nova hipóteses, admitindo que estes também fossem brasileiros natos.

> Entendesse o legislador de 1949 que a exceção à regra da nacionalidade originária por força do *ius soli* só se dá ambos os pais são estrangeiros, mas, que se apenas um for estrangeiro – a serviço de seu país – e o outro for brasileiro, o filho é nato, integrado na regra do inciso I do art. 129 da Lei Maior, não teria a Lei nº 818 que prever em seu art. 2º o direito à opção daquele que estivesse enquadrado nestas circunstâncias. Não cabe conceder o direito à opção à pessoa que é brasileira nata, originariamente, por força da regra constitucional. Assim, o legislador de 1949 interpretou a Constituição, art. 129, inciso I, por ele reproduzido em seu art. 1º, no sentido de que o nascimento no Brasil de filho de estrangeiro (pai ou mãe) a serviço de seu país continua exceção ao princípio *ius soli*, e esta pessoa não seria automaticamente brasileira nata. Daí ter criado nova hipótese de brasileiro desde que esta pessoa – nascida no Brasil, filha de um estrangeiro a serviço de seu país e de um brasileiro – optasse pela nacionalidade brasileira. Dessa forma, trata-se de hipótese de nacionalidade criada pelo legislador ordinário. [70]

Logo, compreendesse que a verdadeira intenção do legislador na Constituição de 1946, ao mudar a redação da exceção, foi estabelecer que ambos os país fossem estrangeiros, por isso a alteração de “pai” no singular para “pais” no plural, bastando apenas um estar a serviço de seu país, não sendo necessários ambos estarem, para que a exceção fosse aplicada. Mas isso não fica muito claro na redação constitucional, dessa forma o legislador ordinário regulamentou o art. 2º da Lei nº 818/1949 para complementar a interpretação acima, sem deixar lacunas ou dúvidas. Foi feita uma interpretação sistemática entre o inciso I do art. 129 da Constituição de 1946 e o art. 2º da Lei nº 818/1949, pois sem o último, não é possível aplicar tal entendimento, uma vez que caso um dos pais fosse brasileiro e o outro estrangeiro a

[70] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 63-64.

serviço de seu país, o filho aqui nascido não teria a nacionalidade nata brasileira, pois preencheria a exceção, já que bastava apenas um dos pais estar a serviço do seu país estrangeiro, e essa não era a finalidade da norma.

> Não se trata da adoção pura e simples do critério *ius sanguinis* para exclusão da nacionalidade brasileira, mas da conjunção de dois requisitos: ambos os pais estrangeiros; um dos pais, no mínimo, deve estar no território brasileiro, a serviço do seu país de origem. Frise-se que não bastará outra espécie de serviço particular ou para terceiro país, pois a exceção ao critério do *ius soli* refere-se a uma tendência natural do direito internacional, inexistente na hipótese de país estrangeiros a serviço de um terceiro país, que não o seu próprio. [71]

4.6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Outorgada no período ditatorial, a Constituição de 1967 disciplinou no artigo 140, [72] Da

Nacionalidade, Capitulo I, Da Declaração de Direitos, do Título II, o direito de nacionalidade. Deu maior importância ao critério *ius sanguinis*, permitindo que os filhos de brasileiros nascidos no exterior fossem brasileiros natos por meio da inscrição em qualquer registro consular competente, todavia, por conta do momento histórico, "considerava nacional somente o cidadão cooperante, excluindo da cidadania os dissidentes ou perturbadores da ordem. " [73]

Quanto a exceção a nacionalidade nata, manteve esta a mesma, mas ampliou o termo "no Brasil" para "em território brasileiro" e suprimiu o verbo "residindo",

[71] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 211.

[72] O artigo 140 da Constituição de 1967 dispõe que: "São, brasileiros: I - natos: a) os nascidos em território brasileiro, ainda que de pais estrangeiros, não estando estes a serviço de seu país; b) os nascidos fora do território nacional, de pai ou de mãe brasileiros, estando ambas ou qualquer deles a serviço do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, não estando estes a serviço do Brasil, desde que, registrados em repartição brasileira competente no exterior, ou não registrados, venham a residir no Brasil antes de atingir a maioridade. Neste caso, alcançada, esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira; II- naturalizados: [...]. " *In:* BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao67.htm. Acesso em: Acesso em: 09 aug. 2018.

[73] JUNIOR, Ademar Pozzatti. Somos todos brasileiros: o instituto da nacionalidade no direito interno brasileiro. **Revista Ius Gentium Teoria e Comércio no Direito Internacional**, Santa Catarina: 2009, p. 10. Disponível em: www.iusgentium.ufsc.br. Acesso em: 07 aug. 2018.

passando a ficar: os filhos nascidos no território brasileiro, de pais estrangeiros a serviço de seu país, não terão nacionalidade originária.

O artigo 2º da Lei nº 818/1949, permaneceu em vigor, pois esta não foi revoga pela nova Constituição de 1967, que não estabeleceu em seus artigos nenhuma hipótese de exclusão a nacionalidade nata dos filhos nascidos no território brasileiro, de pai estrangeiro a serviço de seu país e pai brasileiro, bem como a nova hipótese de aquisição não violava materialmente a nova Constituição, produzindo seus efeitos normalmente.

4.7 Constituição da República Federativa do Brasil de 1969

A Constituição de 1969, ou Emenda Constitucional nº 1 de 1967, manteve em seu artigo

145, [74] Da Nacionalidade, Capitulo I, Da Declaração de Direitos, Do Título III, as aquisições de nacionalidade originária e a sua exceção as mesmas, não fazendo alterações em seu conteúdo ou em sua redação, bem como o artigo 2º da Lei nº 818/1949 permaneceu vigente [75], ou seja, previa cinco hipóteses de nacionalidade nata brasileira.

5 DIREITO BRASILEIRO DA NACIONALIDADE

[74] O artigo 145 da Constituição de 1969 dispõe que: "São brasileiros: I - natos: a) os nascidos em território, embora de país estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos fora do território nacional, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil; e c) os nascidos o estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, embora não estejam estes a serviço do Brasil, desde que registrados em repartição brasileira competente no exterior ou, não registrados, venham a residir no território nacional de atingir a maioridade; neste caso, alcançada esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira. II - naturalizados: [...]". *In:* BRASIL. Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969. Revoga artigos da Constituição Federal de 1967. Brasília, 17 out. 1969. Disponível em: http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[75] O Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível 53.454, acordão publicado no DJ de 6 de junho de 1979, decidiu que: "Nacionalidade. Opção. Lei n. 818/49, art. 2º. Quando apenas um dos pais for estrangeiro a serviço de seu governo, não pode ser negado à pessoa nascida n o Brasil o direito de opção pela nacionalidade brasileira." *In:* DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado – parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 61 e 64.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual é a atual vigente no

país, foi promulgada após o fim dos governos militares e regulamenta em seu artigo 12, [76] Da nacionalidade, Capitulo III, Dos direitos e Garantias Fundamentais, Título II, o direito de nacionalidade do povo brasileiro, dividindo-o em secundária (derivada, por naturalização, adquirida ou voluntária) e em primária (originária, nata ou involuntária).

Tanto a nacionalidade primária, quanto a nacionalidade secundária, formam o povo brasileiro, assim, com base no "princípio da igualdade (isonomia), a Constituição de 1988 vedou qualquer possibilidade de se estabelecer por lei distinção entre" [77] estes, salvo as exceções taxativas previstas no próprio texto constitucional, ou seja, a lei não pode fazer distinção entre os nacionais, [78] mas a própria Constituição Federal pode, assim como faz, reservando aos brasileiros natos os cargos de Chefia do Poder Legislativo e do Poder Judiciário,[79] bem como o

[76] O artigo 12 da Constituição de 1988 estabelece que são brasileiros: "I – natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira." *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[77] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1333.

[78] O § 2º do artigo 12 da Constituição Federal de 1988 dispõe que: "A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição. " *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[79] O § 3º do artigo 12 da Constituição Federal de 1988 dispõe que: " São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas. VII - de Ministro de Estado da Defesa. " *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

exercício de determinadas funções no Conselho da República, [80] vedando os naturalizados exercê-las. Além do mais, os naturalizados não podem ter, até preencherem determinados requisitos, a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, [81] assim como "podem perder a nacionalidade brasileira por atividade nociva ao interesse nacional [82] e podem ser extraditados por crimes relacionados com tráfico de drogas [83] ou crimes comuns cometidos antes da aquisição da nacionalidade brasileira." [84]

5.1 Nacionalidade derivada

Conhecida também como nacionalidade adquirida, secundária ou por naturalização, a nacionalidade derivada decorre sempre de ato voluntário, isto é, da vontade do interessado, que "poderá ser requerida tanto pelos estrangeiros como pelos apátridas. " [85] Ocorre sempre após o nascimento do indivíduo, pois "ao nascer,

[80] O inciso VII do artigo 89 da Constituição Federal de 1988 dispõe que: "O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: [...] VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução. " *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[81] O artigo 222 da Constituição Federal estabelece que: "a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. " *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[82] O § 4º do artigo 12 da Constituição Federal determina que " Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; [...]". *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[83] O inciso LI do artigo 5º da Constituição Federal prevê que: "nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; [...]. " *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[84] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 21. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[85] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1328.

o nascituro não possui direito à aquisição dessa nacionalidade, mas ao crescer e cumprir determinados requisitos, passa a ter direito a pleitear por esta. ” [86] É quando um indivíduo não é nacional de um determinado Estado e pede a este para ser, a isso se chama se naturalizar.

Em tese, “a plena satisfação das condições e dos requisitos não asseguram ao estrangeiro o direito à nacionalização,” [87] visto que “a concessão da naturalização é faculdade exclusiva do Poder Executivo; dá-se por ato discricionário do Chefe do Poder Executivo.” [88] Não é nacional e quer passar a ser, caso o Estado conceda essa nacionalidade passa a ser nacional de onde não era, entretanto, seus efeitos são *ex nunc*, começam desse reconhecimento para frente.

Previstas no inciso II do artigo 12 [89] da Constituição de 1988, as duas hipóteses de nacionalidade derivada são de naturalização expressa, pois sempre dependem de requerimento, isto é, da manifestação de vontade expressa do interessado em adquirir nova nacionalidade.

> [...] (1) ordinária e (2) extraordinária. No primeiro caso, aplica-se a Lei nº (13.445/2017) quanto aos requisitos e procedimento, ressaltando-se que o Ministro da Justiça pode negar o pedido ainda que preenchidos todos os requisitos legais, pois se trata de poder discricionário do Executivo; já no segundo caso, presentes os requisitos previstos no texto constitucional – residência no Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e inexistência de condenação penal no Brasil ou

[86] PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 310.
[87] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 268.
[88] FRAZÃO, Ana Carolina. Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade, **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000, p. 5. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=57. Acesso em: 20 mai. 2018.
[89] O artigo 12 da Constituição Federal de 1988 estabelece que: “São brasileiros: II - Naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. ” *In:* BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

> no exterior – a naturalização deve ser obrigatoriamente concedida. [90]

5.2 Nacionalidade originária

A nacionalidade originária é a nata, é aquela que o indivíduo sempre teve, pois ele a adquire ao nascer, sendo portanto involuntária. "Fala-se em involuntariedade porque, de maneira soberana, cada país estabelece as regras ou critérios para a outorga da nacionalidade aos que nascerem sob o seu governo. " [91]

O nascimento e o início da personalidade coincidem com a aquisição da nacionalidade nata, pois mesmo que esta seja pleiteada e reconhecida depois, ou nunca, caso o indivíduo não queira, ela sempre será um direito deste, uma vez que possui efeito *ex tunc*, ou seja, independente do momento que ela for reconhecida, esta irá retroagir até o nascimento.

Dessa forma, "o nacional de origem é conhecido entre nós como brasileiro nato, que é, quem nasceu brasileiro, o que adquiriu originariamente a nossa nacionalidade. " [92] " [...] É um

estado que se cria pelo simples e imediato implemento dos requisitos constitucionais. " [93]

Este tipo de nacionalidade está baseado em dois critérios jurídicos: o *ius sanguinis* e o *ius solis*, como já foi exposto, sendo o último o preponderante atualmente. Suas hipóteses são taxativas e estão previstas no inciso I do art. 12 da Constituição de 1988, a qual regulamenta em suas alíneas quatro hipóteses de aquisição da nacionalidade originária:

> Art. 12. São brasileiros:

---

[90] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 17-18. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.
[91] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1328.
[92] VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: 1980, p. 288.
[93] TENORIO, Oscar. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1970, p. 201.

> I - Natos:
>
> os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; [...] [94]

A primeira hipótese, é a regra geral, está prevista na alínea "a" e adota o critério do *ius soli*, assim será brasileiro quem nasce no território brasileiro, independentemente se seus ascendentes são brasileiros, estrangeiros ou apátridas.

> O território nacional deve ser entendido como as terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, com rios, baías, golfos, ilhas, bem como espaço aéreo e o mar territorial, formando o território propriamente dito; os navios e aeronaves de guerra brasileiros, onde quer que se encontrem; os navios mercantes brasileiros em alto mar ou de passagem em mar territorial estrangeiro; as aeronaves civis brasileiras em voo sobre o alto mar ou de passagem sobre as águas territoriais ou espaços aéreos estrangeiros.[95]

Entretanto, como já foi mencionado anteriormente, caso os pais sejam estrangeiros e estejam a serviço de seu próprio país, ou seja, prestem serviços diplomático, consular, serviço público de outra natureza aos órgãos da administração de seu país no Brasil, a criança aqui nascida não terá direito a nacionalidade brasileira, pois irá prevalecer a nacionalidade dos pais estrangeiros. Todavia se tiverem a serviço de outro país, que não seja o seu próprio de origem, a criança será brasileira. Por exemplo: um pai alemão a serviço da Alemanha, o filho não será brasileiro, porém pai alemão a serviço do Uruguai (ou a passeio, ou a serviço de empresa privada) o filho será brasileiro.

Apesar de aparentar ser simples, a única exceção a nacionalidade nata na atual Constituição, gera divergências doutrinarias quanto a sua real interpretação, as quais serão abordadas mais adiante, pois o entendimento adotado pelo legislador na Constituição de 1946 não é mais o mesmo amparado pelos atuais doutrinadores do

[94] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.
[95] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 45.

assunto, que estabeleceram suas próprias versões quanto ao tema, tendo em vista a incerteza quanto a constitucionalidade da Lei nº 818/1949.

> [...] b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; [...] [96]

Na segunda hipótese, prevista na alínea "b", o critério adotado é o do *ius sanguinis*, assim será brasileiro nato quem nascer no exterior com um dos pais, ou ambos, brasileiros, seja nato ou naturalizado, a serviço do Brasil, isto é, que tenham vínculo, permanente ou temporário, com o Estado Brasileiro, não importando se é com a União, Estado, Distrito Federal ou Município, seja na administração direta ou indireta, deve estar apenas ligado funcionalmente com o Brasil.

> [...] c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; [...] [97]

A alínea "c" "sofreu duas modificações em seu regramento constitucional inicial estabelecido pela Assembleia Nacional Constituinte, em 1988. " [98]

Na primeira vez, o texto original foi alterado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3/1994, que suprimiu a possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira pelo registro em repartição brasileira competente, resultando no caso dos brasileirinhos apátridas.

A segunda modificação corrigiu o erro da primeira emenda com a Emenda Constitucional n º 54/2007, voltando a permitir a aquisição da nacionalidade nata brasileira pelo registro em repartição brasileira competente.

---

[96] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[97] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

[98] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 266.

> [...]. Por fim, há que se mencionar que a inovação trazida pela EC 54/2007, que reintroduziu no sistema constitucional brasileiro a terceira hipótese acima mencionada, trouxe algumas perplexidades. Em primeiro lugar, o registro em repartição brasileira competente passou a ser atributivo da nacionalidade brasileira originária, pois uma vez feito, nenhuma outra condição se lhe impõe. Além disso, não há prazo para o registro. Assim, ainda que feito muitos anos após o nascimento no exterior, seu efeito será o mesmo. [99]

Desta forma, há duas possibilidades de aquisição de nacionalidade com fulcro na alínea "c", cujo ambas se assemelham com a segunda hipótese, pois também adotam o critério do *ius sanguinis*, com a diferença de que nessa o pai, ou a mãe, ou ambos, não estariam a serviço do Brasil no exterior, pois caso estivessem, seria aplicada a alínea "b".

A primeira possibilidade é a terceira hipótese de nacionalidade originária, aqui os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, seja esta nata ou naturalizada, podem ter a nacionalidade primária brasileira ao serem registrados, a qualquer momento, em uma repartição brasileira competente no exterior. Assim, "o mero registro já assegura, por si só, a nacionalidade brasileira. " [100]

A segunda possibilidade é a quarta hipótese de nacionalidade originária, conhecida como condição suspensiva de nacionalidade, ocorre nas mesmas condições da terceira hipótese mudando apenas o momento em que é reconhecida a nacionalidade nata, pois aqui os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro, ou de mãe brasileira, ou ambos brasileiros, não são registrados em uma repartição competente no exterior, podendo vir optar a ter a nacionalidade nata brasileira caso venham residir no território brasileiro e já tenham atingido a maioridade.

Decorre da vontade e tem caráter personalíssimo, devendo ser reconhecida em juízo mediante um processo de jurisdição voluntária, logo, antes do

[99] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 13. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.
[100] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 266.

reconhecimento judicial não se pode considerar o optante brasileiro nato. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o filho nascido no estrangeiro, ainda menor, que venha residir no Brasil, será considerado brasileiro nato sem restrições, pois enquanto menor este não tem capacidade plena para fazer a escolha.

Assim, ao atingir a maioridade, deve este manifestar a sua opção, e caso não o faça, estará suspensa a sua condição de brasileiro nato, "ou seja, a partir da data em que atingiu a maioridade, enquanto ele não manifestar a sua vontade, não será considerado brasileiro nato"[101] durante esse período. Vale ressaltar que opção de nacionalidade não é naturalização, estas não se confundem, uma vez que a primeira é nacionalidade nata.

6 QUINTA HIPÓTESE DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA BRASILEIRA

A quinta hipótese de nacionalidade originária surge por meio de uma lei ordinária, Lei nº 818/1949, durante a vigência da Constituição de 1946. Esta passa a ser regulamentada, a fim de sanar possíveis dúvidas, em virtude da interpretação feita a redação constitucional da exceção a nacionalidade nata.

Tendo sofrido alteração em seu texto, mas não em seu conteúdo, a única exceção a nacionalidade está prevista desde a Constituição do Império e atualmente está regulamentada na segunda parte da alínea "a" do inciso I do artigo 12 da Constituição Federal de 1988.

> Art. 12. São brasileiros:
>
> I - Natos:
>
> os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; [...] [102]

[101] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 268.
[102] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 08 ago. 2018.

O legislador ao criar essa exceção visou, de forma geral, evitar um golpe onde um estrangeiro a serviço de seu país teria um filho no território brasileiro, que por sua vez iria fazer parte do povo brasileiro, pois teria a nacionalidade originária brasileira, todavia pertenceria a nação do país de seus ascendentes. Assim, este filho poderia vir a ocupar cargos exclusivos dos nacionais natos, e ao ocupá-los, poderia vir a visar os interesses de outro Estado, que não fosse o do Estado soberano brasileiro.

> Excluem-se da atribuição da nacionalidade *ius soli* os filhos agentes de Estado estrangeiros (como diplomatas, cônsules, chefes de missão diplomática etc.), por entender-se que tais indivíduos estão mais intimamente ligados à nacionalidade de seus pais (*ius sanguinis*) e a sua respectiva função pública. Assim, por uma presunção de índole social, os filhos de agentes de Estado estrangeiros nascidos no Brasil não terão sua nacionalidade atribuída pelo critério ius soli, mas sim pelo critério do *ius sanguinis*, tendo em vista a função pública exercida pelos seus pais, representantes de determinado Estado estrangeiro no Brasil. [103]

Essas restrições, como por exemplo a exceção a nacionalidade nata e as distinções entre os nacionais natos e naturalizados, ocorrem em razão da segurança nacional, as quais são conjuntos de normas garantidoras dos interesses nacionais, que tem o objetivo de manter a integridade e a proteção do território e da população contra ameaças internas e externas, "cujo podem ficar à mercê de grupos estrangeiros, os quais, através de um membro naturalizado brasileiro (ou brasileiro nato, filho de estrangeiro a serviço de seu país), poderiam alcançar um enorme poder em nosso país." [104]

Quanto a distinção feita na alínea "a" do inciso I do artigo 12 da Constituição de 1988, não há do que se questionar, pois o Brasil é um Estado soberano, o qual positivou o direito humano da nacionalidade em seu texto constitucional, tornando-o um direito fundamental. Assim, ao estabelecer a exceção, exerceu a sua soberania

[103] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 624.
[104] JUNIOR, Ademar Pozzatti. Somos todos brasileiros: o instituto da nacionalidade no direito interno brasileiro. **Revista Ius Gentium Teoria e Comércio no Direito Internacional**, Santa Catarina, 2009, p. 15. Disponível em: www.iusgentium.ufsc.br. Acesso em: 07 aug. 2018.

dentro dos limites estabelecidos pelos princípios gerais de nacionalidade, visando apenas a proteção de seus interesses. O problema está na interpretação dada a redação do texto constitucional, que prevê a exceção, pois esta divide os doutrinadores quanto a sua real finalidade.

Existem três principais analises sustentadas pelos doutrinadores:

A primeira, de forma resumida pois já foi versada no artigo, é a adotada na Constituição de 1946, faz uma análise sistemática da norma ao interpretar a exceção com a lei ordinária, desse modo ambos os país devem ser estrangeiros, mas basta um estar a serviço de seu país, para que o filho nascido no Brasil não seja brasileiro, todavia se um dos pais for brasileiro e o outro estrangeiro a serviço de seu país, a lei ordinária garantiria a nacionalidade nata deste.

Rodrigo Padilha, segue essa mesma linha de pensamento, mas amplia a sua fundamentação quanto ao assunto:

> [...] se os pais estejam a serviço de seu país; mister aqui conjugar dois elementos: I - ambos os pais têm que ser estrangeiros (não podendo ter pai ou mãe brasileiros); II - um dos pais, pelo menos, deve estar no território brasileiro a serviço de seu país de origem. **Será brasileira a criança:** a) se os pais estiverem de outro país (que não seja o de origem**); b) se os pais, mesmo trabalhando para seu país de origem (do qual é nacional), estiverem por conta própria no Brasil, isto é, custeando sua própria estadia.** [105]

Todavia, há de ser feita uma observação quanto a essa primeira interpretação. Suponha que um dos genitores seja um estrangeiro não a serviço de seu país e residente no Brasil e o outro estrangeiro a serviço de seu país, tendo o último voltado ao seu Estado de origem, ficando o primeiro no território nacional com a criança, filha de ambos. Neste caso, o filho será brasileiro nato por força da primeira parte da alínea "a" do inciso I do art. 12 da Constituição de 1988, pelo critério *ius soli*, ou será um excluído da nacionalidade nata brasileira por força da segunda parte da alínea "a" do inciso I do art. 12 da Constituição de 1988? Apesar, dessa

[105] PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 312.

interpretação garantir uma nacionalidade aos filhos de brasileiros, os de estrangeiros não a serviço de seu país não possuem a mesma proteção.

A segunda interpretação faz uma leitura mais extensiva ao ampliar o sentido da norma além de sua redação. Defende que todo aquele que nasce no território brasileiro terá a nacionalidade nata brasileira, independente da nacionalidade dos pais, pois prevalece o *ius soli*. Todavia, se um dos pais estiver a serviço de seu país de origem, o filho nascido no Brasil não terá a nacionalidade nata brasileira, independentemente da nacionalidade do outro pai, pois irá prevalecer o critério do *ius sanguinis* do pai estrangeiro, ainda que o país de nacionalidade deste não utilize tal critério.

Dessa forma, apesar da redação da alínea "a" mencionar "pais" e não "pai ou mãe" como nas demais alíneas do artigo, deve-se interpretar de mãe ou pai, bastando apenas um dos pais ser estrangeiro a serviço do seu país de origem, para o filho não ter a nacionalidade originária brasileira, sendo irrelevante a nacionalidade do outro. Por exemplo: se uma mãe alemã e um pai canadense a serviço do Canadá, tiverem um filho em território brasileiro, este não será brasileiro nato, mesmo que a norma mencione "pais" no plural.

> Essa é uma exceção ao *jus soli*, optando o ordenamento jurídico pelo *jus sanguinis* desde que qualquer um de seus genitores esteja a serviço de seu país de origem [...] para a pessoa nascida no Brasil ser considerada estrangeira, não será preciso que ambos os pais estejam a serviço de governo estrangeiro, porque, se qualquer um exercer tal função, o filho não será considerado brasileiro [...][106]

A terceira perspectiva, faz uma interpretação literal, limitando-se a fixar o sentido do texto constitucional conforme a redação deste. Assim, ambos os país devem ser estrangeiros a serviço de seu país de origem, não bastando apenas um ser para aplicar a exceção, pois caso o legislador tivesse a intenção da primeira ou da segunda interpretação, este iria especificar como fez nos demais casos.

[106] AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 327.

Com isso, se uma mãe alemã e um pai canadense a serviço do Canadá, tiverem um filho em território brasileiro, este será brasileiro nato, pois a norma menciona "pais" no plural e não no singular. Mas caso a mãe alemã também esteja a serviço da Alemanha no Brasil, o filho destes não terá nacionalidade primária brasileira, pois ambos estariam a serviço de seus países no Brasil.

> Essa interpretação é a mais correta, pois trata-se de interpretação mais favorável ao indivíduo, critério que deve ser adotado em matéria de atribuição de nacionalidade brasileira, uma vez que ao se adotar (a primeira ou a segunda) interpretação, a criança aqui nascida pode ser estrangeira ou até mesmo apátrida, sem que essa seja a vontade expressa do legislador constituinte. [107]

6.1 Por meio do artigo 2º da Lei 818 de setembro de 1949

A quarta interpretação é na verdade uma crítica a segunda posição, pois surge por meio de uma indagação feita a esta. Traz um caso especifico e mais complicado, assim, o filho nascido no Brasil, cujo um dos pais é brasileiro e o outro estrangeiro a serviço de seu país, terá ou não nacionalidade nata? Nesse caso aplica-se o *ius sanguinis* do pai estrangeiro ou o *ius soli* e o *ius sanguinis* do pai brasileiro?

A **Lei nº 818/1949 resolvia essa dúvida ao regulamentar** esse caso especifico, admitindo uma quinta hipótese de nacionalidade originária brasileira, pois "quando um dos pais for estrangeiro, residente no Brasil a serviço de seu governo, e o outro for brasileiro, o filho, aqui nascido, poderá optar pela nacionalidade brasileira, na forma do art. 129, nº II, da Constituição Federal," [108] conforme defende a primeira interpretação.

Até então, o que se questionava quanto a essa quinta hipótese, era a sua constitucionalidade, a qual ensejou em mais uma divergência entre os doutrinadores,

[107] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 12. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[108] BRASIL. Lei 818, de 18 de setembro de 1949. Regula a aquisição, a perda e reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos. Rio de Janeiro, 18 set. 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0818.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

que se dividem entres os que acham a lei constitucional e os que acham que a lei é inconstitucional.

Partindo das interpretações acima expostas, os autores que consideram correta a terceira

interpretação da exceção a nacionalidade, a qual devem ser ambos os pais estrangeiros a serviço de seu país, entendem que "o art. 2º da Lei nº 818/1949 é inconstitucional, pois se a criança já é brasileira nata pelo nascimento, não há que se exigir a opção. " [109]

Alguns autores chegam a mesma conclusão, sob a fundamentação de que a lei ordinária não pode prever hipóteses de aquisição da nacionalidade originária, eis que cabe exclusivamente à Constituição fixar o direito a nacionalidade, [110] isto é, a lei ordinária não pode acrescer ou subtrair o texto constitucional, sendo este o entendimento majoritário desde o Império. [111]

Outra corrente entende que, com base em uma interpretação sistemática do art. 12 da Constituição Federal de 1988, a lei será inconstitucional, pois o legislador previu que a criança nascida no exterior, filho de brasileiro ou brasileira a serviço do Brasil será brasileiro nato, assim, não faz sentido tratar a hipótese inversa de forma diferente, [112] ou seja, no caso dos filhos, de estrangeiro a serviço de seu país, nascidos no território brasileiro, estes terão nacionalidade nata do país de origem de seus ascendentes, assim como os filhos de brasileiros nascidos no exterior tem a nacionalidade nata brasileira de seus país brasileiros.

Dessa forma:

---

[109] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 12. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[110] TENORIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1970, p. 200-201.

[111] FALCÃO, Alcindo Pinto. **Constituição anotada**. Rio de janeiro: José Konfino, 1956, p. 30.

[112] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 169. In: TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. Revista Cosmopolitan Law Journal, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 13. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

> (...) este dispositivo da Lei nº 818 contradiz o sistema de nacionalidade de nossa Constituição que estabeleceu na letra *b* que o filho nascido no exterior de pai ou mãe a serviço do Brasil é brasileiro nato. Considerar brasileiro o filho de pai ou mãe a serviço de outro país no Brasil redundaria na aplicação de dois critérios opostos: quando só um dos pais é brasileiro e está a serviço do Brasil no exterior, o filho lá nascido é brasileiro nato, e quando um estrangeiro (pai ou mãe) estiver no Brasil, a serviço de seu país, isto não afeta a nacionalidade do filho aqui nascido, que será brasileiro. [113]

"Quanto a esse último argumento, apesar de sua lógica, há que se lembrar que os dispositivos sobre nacionalidade são unilaterais e a reciprocidade não é critério determinante para sua aquisição. " [114]

Apesar do Brasil utilizar o critério *ius sanguinis* e prever a nacionalidade brasileira nata aos filhos nascidos no exterior, de pai ou mãe brasileiros a serviço do governo, não significa que o país de origem dos pais estrangeiros que estejam a serviço deste admitam e concedam o mesmo critério adotado no Brasil, aos filhos de seus nacionais nascidos no território estrangeiro, seja no Brasil ou em outro país, pois vai depender do direito interno de cada Estado, uma vez que compete somente a este legislar sobre os critérios a serem preenchidos pelo indivíduo, para que este possa fazer parte de seu povo.

Vale ressaltar, que o fato do Brasil conceder nacionalidade nata aos nascidos em território estrangeiro descendentes de brasileiros a serviço do Brasil, não exclui a possibilidade destes também terem a nacionalidade do Estado de onde são naturais, obtendo a polipátria, pois não é vedado possuir mais de uma nacionalidade nata, [115] o que se deve evitar é a possibilidade desse indivíduo vir a ser um apátrida.

---

[113] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 62.

[114] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 13. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[115] "Em matéria de polipatrídia, vigorava anteriormente o princípio de que a nacionalidade tinha que ser una. Ou seja, ainda que o indivíduo fosse binacional, ele seria considerado como tendo somente uma das nacionalidades em questão. Nessa linha, a Comissão de Direito Internacional da ONU, em 1954, estabeleceu a seguinte regra: "Toda pessoa tem o direito a uma nacionalidade – mas somente a uma". Essa tendência está sendo revista. Exemplo disso é a Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 1997 que admite a dupla nacionalidade em alguns casos. " *In:* TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à

6.2 Por analogia à possibilidade de opção prevista na alínea "c" do Inciso I do artigo 12 da Constituição da República Federativa de 1988

"Por outro lado, para aqueles que defendem a primeira interpretação, pode-se discutir a

constitucionalidade do art. 2º da Lei 818/1949, " [116] com o argumento de que o dispositivo é constitucional por analogia à possibilidade de opção prevista na alínea "c" do inciso I do art. 12 da Constituição de 1988.

Dessa forma, a quinta interpretação apresenta não só uma nova situação, bem como "defende a constitucionalidade e a aplicabilidade do dispositivo, ao sustentar que o indivíduo que se encontra (nascido no Brasil e filho de um dos pais brasileiro) é duplamente brasileiro: *ius soli*, porque nascido no Brasil, e *ius sanguinis*, porque de pai ou mãe brasileiro. " [117]

Esta corrente parte da seguinte situação: um dos pais é brasileiro e o outro é estrangeiro a serviço de seu país, todavia o filho destes não nascerá no território brasileiro, mas sim no território estrangeiro.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso desenvolveu seu raciocino:

> Figura-se um exemplo capaz de remarcar a procedência da tese. Suponha-se que uma brasileira se case com um oficial francês e tenha um filho em Paris. Se registrar essa criança na repartição competente ou se ela vier a residir no Brasil e manifestar opção tempestiva, será brasileira nata. Porém, se a mesma brasileira casar-se com este mesmo oficial francês, que houvesse sido mandado ao Brasil a serviço, e aqui tivessem um filho, se não existisse a previsão do art. 2º do Lei nº 818/1949, esta criança jamais poderia ser brasileira nata. E

luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 22. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[116] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 12. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[117] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 62.

> note-se que, ao contrário do filho anterior, este é nascido no Brasil. A incongruência seria flagrante, inaceitável. [118]

No caso exposto, aplica-se a este filho a hipótese de nacionalidade nata prevista na alínea "c". Desse modo, ele será brasileiro se nascer fora do Brasil, pelo critério *ius sanguinis*, todavia se o mesmo filho nascer em território brasileiro, preenchendo o critério do *ius soli* e o do *ius sanguinis*, ele não será brasileiro, pois irá entrar na exceção a nacionalidade, conforme entende a segunda interpretação. Por essa razão a lei é constitucional, uma vez que esta resolve a incoerência.

Por outro lado, Jacob Dolinger desenvolveu, sob o mesmo exemplo, seu posicionamento conforme a segunda interpretação e de forma oposta a análise acima elucidada:

> Por mais lógico que possa parecer o argumento (de Luis Roberto Barroso), não aceitamos esta hipótese de nacionalidade originária. Quando um estrangeiro(a) vem ao Brasil para aqui servir a seu país, o nascimento de seu filho em território brasileiro decorre de uma situação fortuita, eis que seus pais aqui se encontram tão somente em obediência a uma determinação de governo estrangeiro – daí não se aplicar à hipótese o critério do *ius soli*; quanto ao *ius sanguinis*, pesa mais forte no caso a ascendência daquele genitor estrangeiro que se encontra em nosso país a serviço de seu país, devendo considerar-se ainda que o próprio cônjuge brasileiro também se encontra no Brasil , de certa forma a serviço do governo estrangeiro, o que não ocorre na hipótese do nascimento ocorrer no exterior, em que o casal não tem laço de dependência em relação ao governo estrangeiro; cai assim o argumento do ius sanguinis e mantém-se a coerência com a letra b que considera brasileiro nato o filho de pai ou mãe brasileiro que esteja a serviço do Brasil no exterior e ainda se respeita a letra a que deve ser interpretada como atribuindo a nacionalidade brasileira a quem nascer no Brasil, desde que nenhum dos pais esteja a serviço de seu país. [119]

Contudo, ao ser indagado por uma aluna sobre a seguinte situação: o filho, de um pai estrangeiro a serviço de seu país no Brasil e uma mãe brasileira aqui residente, mas sem qualquer vínculo matrimonial entre os genitores, que fica com a

[118] BARROSO, Luis Roberto. Duas questões controvertidas sobre o direito brasileiro da nacionalidade. *In:* DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 52.
[119] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 62-63.

mãe aqui no Brasil e o pai retorna para sua pátria, será excluído da nacionalidade brasileira originária? Respondeu que: "como a mãe não depende do governo estrangeiro, como no caso da esposa do representante, o filho poderá ser considerado brasileiro. "[120]

Salienta-se que o último entendimento proporciona um ambiente inseguro de quando o filho poderá ser brasileiro nato, dando margem a algumas dúvidas, por exemplo: caso um dos pais seja estrangeiro a serviço de seu país e o outro seja brasileiro, a regra, por meio dessa perspectiva, é que o filho destes aqui nascido não será brasileiro nato, mas caso ambos genitores resolvam permanecer no país de forma regular e permanente, o filho será excluído dos nacionais ou passará a ser um brasileiro nato? Outro ponto a ser questionado é quando "o casal tem laço de dependência em relação ao governo estrangeiro? " [121] Porque esse laço existe no território brasileiro, prevalecendo assim a nacionalidade do genitor estrangeiro sobre o brasileiro, todavia fora do território brasileiro a nacionalidade estrangeira não prevalece sobre a brasileira? Presume-se que ambos estariam a serviço do país estrangeiro dentro do território nacional? Porque seria diferente em território estrangeiro?

"Diante da ausência de restrições no texto constitucional, não deve o intérprete criá-las."[122] Assim, deve-se adotar a melhor interpretação, que é aquela mais favorável à aquisição da nacionalidade brasileira, que pode vir a culminar com a nacionalidade nata do país estrangeiro de seu ascendente sem nenhum problema, sendo esta criança detentora de duas ou mais nacionalidades originárias distintas,

[120] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 63.
[121] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 63.
[122] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 13. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

como garante a Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 1997, em seus arts. 14 [123], 15 [124], 16 [125] e 17.[126]

> Como resultado da discricionariedade dos Estados relativamente à formulação de leis sobre nacionalidade, dois ou mais países podem, ao mesmo tempo, reconhecer determinado indivíduo como seu nacional. Veja-se, por exemplo, o caso de uma criança nascida em determinado Estado que adote a regra do ius solis, cujos genitores são nacionais de outro Estado, que aplique a regra do ius sanguinis. A criança terá duas nacionalidades ao nascer: uma do Estado nascimento, e outra do Estado da nacionalidade de seus pais. [127]

---

[123] "CAPÍTULO V. Pluralidade de nacionalidades. Artigo 14.º Casos de pluralidade de nacionalidades ex lege
1 - Os Estados Partes permitirão que: a) Os menores que possuem diferentes nacionalidades automaticamente adquiridas por nascimento possam conservar tais nacionalidades; b) Os seus nacionais possuam outra nacionalidade nos casos em que esta seja automaticamente adquirida por casamento. 2 - A conservação das nacionalidades referidas no n. º 1 fica sujeita às disposições pertinentes do artigo 7.º da presente Convenção. " *In:* ONU. **Convenção europeia sobre a nacionalidade**. Estrasburgo, 06 nov. 1997. Disponível em:< http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1. Acesso em: 03 aug. 2018.

[124] "Artigo 15.º Outros casos possíveis de pluralidade de nacionalidades. As disposições da presente Convenção não obstarão a que um Estado Parte estabeleça no seu direito interno que: a) Os seus nacionais que adquiram ou possuam a nacionalidade de um outro Estado conservem ou percam a sua nacionalidade; b) A aquisição ou conservação da sua nacionalidade fique sujeita à renúncia ou à perda de outra nacionalidade. " *In:* ONU. **Convenção europeia sobre a nacionalidade**. Estrasburgo, 06 nov. 1997. Disponível em:< http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1. Acesso em: 03 aug. 2018.

[125] "Artigo 16.º Conservação de nacionalidade anteriormente adquirida. Nenhum Estado Parte fará da renúncia ou da perda de outra nacionalidade condição para a aquisição ou conservação da sua nacionalidade, nos casos em que tal renúncia ou perda não se mostre viável ou não possa ser razoavelmente exigida. " *In:* ONU. **Convenção europeia sobre a nacionalidade**. Estrasburgo, 06 nov. 1997. Disponível em:< http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1. Acesso em: 03 aug. 2018.

[126] "Artigo 17.º Direitos e deveres relacionados com a pluralidade de nacionalidades. 1 - Os nacionais de um Estado Parte que possuam outra nacionalidade terão, no território do Estado Parte em que residem, os mesmos direitos e deveres dos demais nacionais desse Estado Parte. 2 - O disposto no presente capítulo não afecta: a) As normas de direito internacional relativas à protecção consular ou diplomática concedida por um Estado Parte a um dos seus nacionais que, simultaneamente, possua outra nacionalidade; b) A aplicação das normas de direito internacional privado de cada Estado Parte aos casos de pluralidade de nacionalidades. " *In:* ONU. **Convenção europeia sobre a nacionalidade**. Estrasburgo, 06 nov. 1997. Disponível em:< http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1. Acesso em: 03 aug. 2018.

[127] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 21-22. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

Destarte, o primeiro busca harmonizar a hipótese descrita no art. 2º da Lei nº 818/1949 com a alínea "c" do art. 12 do texto constitucional, enquanto no segundo, examina-a à luz da alínea "a" do art. 12 do texto constitucional, bem como busca-se sua coerência com as demais hipóteses de nacionalidade brasileira. [128]

Mas afinal, apesar das divergências doutrinarias, a Lei nº 818/1949 foi ou não recepcionada pela Constituição de 1988? Para responder essa pergunta primeiramente cabe verificar se a norma era ou não materialmente e formalmente compatível com a Constituição de 1946, pois segundo o princípio da contemporaneidade, uma lei apenas pode ser considerada inconstitucional ou constitucional em confronto a Constituição de sua época. Tendo em vista que a lei é de 1949, a Constituição vigente na sua criação é a Constituição de 1946.[129]

Assim, ao considerarmos que a Lei nº 818/1949 era inconstitucional formalmente ou materialmente com a Constituição de 1946, esta não poderá ser recepcionada pela Constituição de 1967, 1969 e 1988, pois o sistema brasileiro não comtempla a figura da constitucionalidade superveniente, em outra palavras, se a referida lei já tivesse sido retirada do ordenamento jurídico, pela sua revogação ou por ter sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, esta não poderá ser recepcionada pelas Constituições posteriores, mesmo que seja compatível com estas, pois a recepção apenas alcança as normas vigentes a época da promulgação da nova Constituição, não é admitido a sua convalidação, isto é, uma vez a que a lei foi produzida em desacordo com a Constituição vigente a sua época, esta jamais poderá ser recepcionada pelas demais Constituições. Desse modo, para os autores que consideram a lei inconstitucional, não cabe avaliar a sua recepção pela atual Constituição, pelos motivos expostos acima.[130]

[128] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 63.
[129] VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 45.
[130] VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 43-56.

Todavia, ao considerar que a Lei nº 818/1949 era constitucional materialmente e formalmente com a Constituição de 1946, passamos para a segunda análise, uma vez que o confronto entre uma lei e uma Constituição futura não se resolve pelo juízo de constitucionalidade, mas sim pela sua revogação, caso a lei seja incompatível materialmente com a Constituição futura, ou recepção, caso esta seja compatível materialmente com a Constituição futura, [131] pois o ordenamento jurídico brasileiro entende que as normas de grau inferiores são dependentes das normas consagradas superiores. Assim, por meio de uma hierarquia entre as normas, havendo incompatibilidade entre estas, a de grau superior prevalecerá sobre a de nível inferior. A norma constitucional está consagrada no topo da pirâmide, conforme estabelece o princípio constitucional da supremacia da Constituição, é a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, sendo a lei ordinária inferior a esta.

Dessa forma, ao analisar a vigência da referida lei conforme determina o artigo 2º [132] da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, concluímos que esta foi recepcionada pela Constituição de 1988, pois a lei não possuía vigência temporária, era constitucional com a Constituição de 1946, estava vigente na promulgação da Constituição de 1988, não foi modificada nem revogada expressamente, não era incompatível com as normas superiores, isto é, compatível materialmente com as Constituições futuras, bem como nenhuma outra lei regulou a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos inteiramente tratado por esta.

[131] VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 43-56.

[132] " Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. *In:* BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 04 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

Assim, a Lei nº 818/1949 entrou em vigor na Constituição de 1946 e permaneceu vigente naquilo que não foi alterado pela legislação subsequente, sendo recepcionada pelas Constituições de 1967, de 1969 e de 1988; até que a Lei nº 13.445/2017, no seu artigo 124, 133 revogou expressamente a referida lei e resolveu o conflito quanto a sua constitucionalidade.

Mas ensejou em outro, pois sem previsão do art. 2º da Lei nº 818/1949 na nova norma, a quinta hipótese de nacionalidade originária foi suprimida do ordenamento jurídico sem as devidas cautelas, findando com a argumentação jurídica daqueles que defendem a primeira, a quarta e a quinta interpretação, pois a lei garantia a possibilidade da nacionalidade dos filhos de pais estrangeiros nascidos no Brasil, quando um dos pais fosse brasileiro, uma vez que estes entendem que basta um dos pais ser estrangeiro a serviço de seu país, para que o filho não tenha nacionalidade nata. Restando nessa linha de pensamento, apenas a segunda interpretação, que veda qualquer possibilidade de nacionalidade brasileira para os filhos de pai ou mãe estrangeiro a serviço de seu país, não sendo mais possível fazer uma interpretação sistemática da norma, onde ambos deveriam ser estrangeiros e apenas um a serviço de seu país, para que fosse aplicada a exceção, pois esta agora deixa lacunas sem a complementação da lei ordinária, que ratificava esse entendimento ao regulamentar a possibilidade de nacionalidade nata dos filhos nascidos no Brasil, de pai estrangeiro a serviço de seu país e pai brasileiro, tendo em vista que o artigo que trata do direito de nacionalidade possui hipóteses taxativas e não exemplificativas, ou seja, deve estar previsto na norma interna as hipóteses de nacionalidade de um país, pois compete somente a este escolher seus nacionais. Assim, se o legislador ao criar a norma não restringiu a nacionalidade nata brasileira do filho de ambos os pais estrangeiros, bastando apenas um estar a serviço de seu país, não cabe o interprete fazê-la.

[133] O artigo 124 da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 dispõe que: "Revogam-se: I - a Lei no 818, de 18 de setembro de 1949; e [...]. " *In:* BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de migração. Brasília, 24 de mai. de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

Dessa forma, sob essa perspectiva, pode-se comparar o caso em tela com o famoso caso dos brasileirinhos apátridas,[134] onde o texto original da Constituição de 1988 foi alterado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3/1994, que suprimiu a possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira pelo registro em repartição brasileira competente, sendo esse corrigido apenas treze anos depois com a Emenda Constitucional n º 54/ 2007, a qual voltou a permitir a aquisição da nacionalidade brasileira pelo registro em repartição brasileira competente, possibilitando novamente a quarta hipótese de nacionalidade nata brasileira.

Destaca-se que "a aquisição dos direitos fundamentais não pode ser objeto de um retrocesso, ou seja, uma vez estabelecidos, não se admite que estes sejam limitados ou diminuídos. " [135] O direito de nacionalidade possui natureza jurídica de um direito fundamental, e em ambas as situações se violou a vedação do retrocesso, pois houve uma diminuição no direito de nacionalidade, "sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou

[134] "Por causa de um lapso em uma revisão constitucional de 1994, os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, deixaram de ser automaticamente brasileiros. Tais crianças vivem com passaportes brasileiros provisórios, com validade somente até a data em que completam a maioridade. Entretanto, para se tornarem brasileiros natos realmente, terão que fixar residência no Brasil a qualquer tempo, além de entrar com um processo judicial junto à Justiça Federal – que pode levar 07 anos - para ver reconhecida a sua nacionalidade brasileira. Tal problema fica ainda mais grave quando tomamos conhecimento que os filhos de brasileiros nascidos em países que reconhecem apenas o jus sanguinis como forma de aquisição da nacionalidade ficariam apátridas ao atingirem a maioridade. Isto porque tais países, como Alemanha, Suíça, Israel e Japão, não reconhecem como seus nacionais os filhos de imigrantes nascidos em seu território; reconhecem apenas como seus nacionais os filhos de seus nacionais, independentemente de aonde nasçam. Desta forma, os filhos de brasileiros nascidos nestes países eram considerados brasileiros somente temporariamente, até a maioridade; momento em que venciam seus passaportes. Atingida a maioridade, e não tendo fixado residência no País, as quase 200 mil pessoas nesta condição virariam apátridas. " *In:* GLASENAPP, Ricardo Bern. O direito de nacionalidade e a ec nº 54: a reparação de um erro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n.11, jan/jun. 2008, p. 166. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-155-Ricardo_Glasenapp.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

[135] JUNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749. Acesso em: 07 aug. 2018.

compensatórios, se traduzam na prática numa ´anulação` pura e simples desse núcleo essencial. ” [136]

> Por meio de tal característica, fica assegurada a proteção do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais, tendo origem no próprio Estado Democrático de Direito que se define pela proteção extremada da dignidade do Homem e plena eficácia das normas implementadas, sendo que os direitos sociais já realizados e efetivados pela legislação devem ser tidos como constitucionalmente garantido, tendo como consequência a invalidade das medidas que visam anular ou cancelar o núcleo dos direitos fundamentais, devendo as mesmas ser consideradas inconstitucionais. [137]

Dessa forma, salienta-se, no presente momento sob essa visão, a impossibilidade dos filhos nascidos na República Federativa do Brasil, de pais estrangeiros que estejam a serviço de seu país, de terem a nacionalidade originária brasileira, cabendo a estes a nacionalidade de seu pai estrangeiro a serviço de seu país, se este adotar o critério *ius sanguinis*, ou a naturalização brasileira, caso o Estado brasileiro conceda, e na falta dos dois últimos a apatrídia.[138]

Ao interpretar, a alínea “a” do inciso I do art. 12 da Constituição de 1988, no singular e com a Lei nº 818/1949 revogada, a norma estabelecida pelo Estado soberano não estaria sendo adequada, pois a intenção do legislador ao prevê-la foi

---

[136] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 518.

[137] JUNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749. Acesso em: 07 aug. 2018.

[138] “A apatrídia pode decorrer das seguintes situações: (1) renúncia voluntária da nacionalidade, quando tal renúncia é admitida; (2) conflito das leis de nacionalidade, isto é, uma criança nascida num país que adote as regras do ius sanguinis, cujos pais são de um país que adota a regra do ius soli; (3) mudanças territoriais e inadequação dos tratados sobre povoamento; (4) perda de nacionalidade, isto é, quando um Estado, em conformidade com suas próprias leis, priva o indivíduo de sua nacionalidade. Há algumas convenções em vigor que objetivam evitar a apatrídia. Merecem destaque, neste ponto, a Convenção de 1961 para Reduzir os Casos de Apatridia e a Convenção da Haia de 1930 sobre Determinadas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre a Nacionalidade e seus Protocolos. Os dois instrumentos, ainda que em contextos distintos, têm por objetivo reduzir as hipóteses de conflito negativo de leis em matéria de nacionalidade. Em relação à condição jurídica dos apátridas, é necessário mencionar a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas. ” *In:* TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro**. Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 26. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

proteger os interesses do Estado e não de ensejar no aumento dos apátridas, ainda mais dos filhos, de mãe ou pai brasileiro, nascidos no Brasil, bem como não há explicação razoável que esclareça a possibilidade desse filho ter a nacionalidade nata brasileira ao preencher o critério *ius sanguinis*, e não ter ao preencher o critério *ius soli* e *ius sanguinis*, desse modo, a lei não estaria atingindo a sua finalidade, pois bastaria o filho nascer fora do país, para que ele pudesse ser um brasileiro nato, adquirindo assim todos os direitos dele. Não é necessária, pois existe uma outra interpretação mais benéfica, que restringe o direito de nacionalidade, sem prejudicar a nacionalidade dos filhos aqui nascidos, de pais brasileiro com estrangeiro a serviço de seu país. Por fim, não é proporcional em sentido estrito, pois no caso apresentado o direito de nacionalidade prevalece sobre a soberania do Estado, tendo em vista a sua relevância no caso concreto, uma vez que o primeiro culmina na aquisição de demais direitos, entretanto, não é isso que ocorre por meio dessa interpretação, que ressalta a soberania do Estado sem observar princípios gerais e regras internacionais que norteiam o instituto da nacionalidade. Cabe também mencionar, que sob essa perspectiva o direito de nacionalidade sofreu um retrocesso, pois seu núcleo essencial foi limitado com a revogação da quinta hipótese de nacionalidade nata, o que é defeso.

Já para os autores que defendem a terceira interpretação, que é a literal e a mais benéfica ao indivíduo, a revogação da Lei nº 818/1949 não acarretou em nenhum prejuízo, pois ambos os pais precisam ser estrangeiros a serviço de seu país para que o filho deles, nascido no território nacional, não seja brasileiro nato. Desse modo, o filho de um pai estrangeiro a serviço de seu país e de um pai brasileiro ou estrangeiro que não esteja a serviço de seu país, seria brasileiro, independentemente da vigência da Lei nº 818/1949, pois preencheriam a regra do *ius soli* sem cair na exceção. Nessa interpretação, a referida lei já era considerada inconstitucional pelos doutrinadores que a defendiam, pois gerava mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que uma vez brasileiro nato pelo critério *ius soli*, não caberia a este mesmo

indivíduo ter que optar pela nacionalidade nata brasileira após completar a maioridade.

Sob essa visão, a norma estaria sendo adequada, pois há uma coerência entre o direito de nacionalidade a ser limitado e a finalidade que a norma pretende alcançar, visto que o objetivo da exceção a nacionalidade é proteger os interesses do Estado, e ele o garante restringindo os filhos, de ambos os pais estrangeiros a serviço de seu país, de ocupar cargos exclusivos dos nacionais natos, pois este poderá ser brasileiro apenas por meio da naturalização, caso o Estado o conceda. Assim, não basta apenas um pai ser estrangeiro a serviço de seu país para que o filho não possa ser um nacional nato brasileiro, pois a nacionalidade estrangeira não sobrepõe a nacionalidade brasileira, não há hierarquia entre estas. "O meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido," [139] sem violar o núcleo essencial do direito de nacionalidade e sem retroceder nas hipóteses de aquisição desta, ou seja, preenche o elemento da necessidade, pois não ultrapassa os limites indispensáveis à preservação do fim que a norma almeja, sendo esta a melhor forma de atender a proteção dos interesses do povo brasileiro, garantindo a soberania do Estado, bem como o direito a nacionalidade, assegurando a possibilidade de todo ser humano fazer parte não só da nação, mas do povo de um Estado, evitando assim a apatrídia. Por fim, é proporcional em sentido estrito, pois no caso apresentado, o direito de nacionalidade prevalece sobre a soberania do Estado, sem restringir o núcleo essencial da última. Dessa forma, a norma garante a nacionalidade daqueles que nascem no Brasil e que não são filhos de ambos os pais estrangeiros a serviço de seus países, sem perder a sua principal finalidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível perceber a relevância de qual interpretação e analise deve ser feita da redação da alínea "a" do inciso I do artigo 12

[139] BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** *P.* 76.

da Constituição Federal, pois essa acarreta na possibilidade ou impossibilidade dos filhos nascidos na República Federativa do Brasil, de pais estrangeiros que estejam a serviço de seu país, de terem a nacionalidade originária brasileira.

No presente trabalho, foi apresentado de um lado a soberania como fundamento do Estado, e do outro a nacionalidade como um direito fundamental do homem, chegando à conclusão de que ambos são elementos constitutivos do Estado, pressupostos indispensáveis para a sua formação, todavia não são absolutos, "sendo que deverão ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os limites fáticos e jurídicos existentes,"[140] devendo ser feita uma ponderação de valores a depender do caso concreto.

Diante do fenômeno da globalização [141] [142], a dicotomia entre o público e o privado é influenciada e o caráter absoluto da soberania do Estado passa a ser relativo diante dos direitos de nacionalidade. Apesar do primeiro ser o legitimado a determinar os seu nacionais, bem como os direitos e deveres decorrentes desta por meio de sua legislação interna, a nacionalidade vai além, pois "expressa um conceito de direto internacional, " [143] uma vez que existem princípios gerais e regras internacionais que limitam o poder dos Estados nesse tema.

---

[140] MARINI, Bruno. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo**, 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9708/o-principio-da-proporcionalidade-como-instrumento-de-protecao-do-cidadao-e-da-sociedade-frente-ao-autoritarismo. Acesso em: 31 ago. 2017.

[141] "A globalização pode ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. [...] O desenvolvimento de relações sociais globalizadas serve provavelmente para diminuir alguns aspectos de sentimento nacionalista ligado ao estados-nação (ou alguns estados) [...] envolvendo-se entre si na arena internacional e com outras organizações de tipo transnacional. " *In:* GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 69-71.

[142] "[...] a globalização é um facto bem concreto, cujos efeitos se fazem sentir por toda parte. [...]. As nações perderam uma boa parte da soberania que detinham, [..] não é um processo simples, é uma rede complexa de processos [...] de natureza econômica, política, tecnológica e cultural. " In: GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2000, p. 20-24.

[143] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro**. Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 26. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

> A nacionalidade é matéria das mais relevantes, tanto para o Estado como para o indivíduo. Para o primeiro, a nacionalidade implica a caracterização de seu elemento subjetivo. O Estado é formado por território, auto-governo e povo (conjunto de nacionais), elementos sem os quais não há Estado. Por outro lado, a nacionalidade é relevante para o indivíduo, principalmente devido ao instituto da proteção diplomática e por diversas outras garantias que dela decorrem, tal como o direito de entrar e residir no país da sua nacionalidade. [144]

Desse modo, o indivíduo deve ter, pelo menos, a nacionalidade de onde nasceu e ninguém pode ser privado desta de forma arbitrária. Embora advenham da legislação interna de cada Estado, o direito de nacionalidade deve ser consistente com as convenções, costumes e princípios internacionais, os quais norteiam e garantem esse instituto.

> Consequentemente, não é somente uma questão doméstica, mas também internacional. Por essa razão, o direito do Estado para decidir problemas relativos à nacionalidade pode, também, ser delimitado por convenções e costumes internacionais, e pelos princípios gerais de direito reconhecidos. [145]
>
> É incontestável que hoje quando se fala em Estado vem à mente a ideia de uma ordem estatal não submetida a outra ordem da mesma espécie. E essa ausência de subordinação é em última análise a soberania. Traço hoje reputado imprescindível ao Estado. Evidentemente isso não quer dizer que, sob o aspecto moral, não estejam as regras positivas subordinadas a outras normas nem que a organização estatal não possa subordinar-se a normas resultantes de seu acordo com outra organização da mesma natureza, ou resultantes do longo uso nas relações interestatais. [146]

Por isso, quando a lei limita os direitos fundamentais, não basta esta ser elaborada apenas segundo os requisitos formais, é imprescindível também estar de acordo com três elementos: 1º *adequação*, 2º *necessidade* e 3º

[144] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. Revista Cosmopolitan Law Journal, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 7. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[145] TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro**. Revista Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 26. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

[146] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76-77.

proporcionalidade em sentido estrito. [147] A norma decorrente da soberania do Estado deve ser coerente ao limitar o direito de nacionalidade, pois este possui natureza jurídica de um direito fundamental, devendo o fazer da forma menos prejudicial possível, apenas para alcançar a sua finalidade, sem violar o núcleo essencial desta.

Diante de tal cenário, com a revogação da Lei nº 818/1949, adotar a segunda interpretação não se mostra plausível, pois nesta o filho aqui nascido de pai ou mãe estrangeiro a serviço de seu país, poderá vir a preencher o requisito do *ius soli* ou do *ius sanguinis*, ou ambos, mas apenas poderá ser considerado um nacional brasileiro por meio da naturalização, não tendo os mesmos direitos que teria se fosse um nacional nato, o qual ele faz jus.

"O Estado não tem obrigação de admitir estrangeiros em seu território, mas uma vez admitidos, devem-lhes ser concedidos um mínimo de direitos [...],"[148] assim, "o status jurídico concedido aos estrangeiros não pode ficar abaixo de um certo padrão mínimo de civilização."[149]

Por isso, deve-se entender o texto constitucional conforme a terceira interpretação, pois diferente do caso dos brasileirinhos apátridas, não é necessário aguardar uma nova previsão legal regulamentar expressamente a quinta hipótese de nacionalidade nata brasileira, porque este conflito pode ser resolvido com a própria redação do texto constitucional, ao interpretar a norma de forma literal, permitindo que não só os filhos de pai brasileiro, mas também os de estrangeiro não a serviço de seu país, ou apátrida, com pai estrangeiro a serviço de seu país, possam ter uma nacionalidade garantida e por consequência uma cidadania e demais direitos exclusivos desta protegidos.

---

[147] MARINI, Bruno. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo**, 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9708/o-principio-da-proporcionalidade-como-instrumento-de-protecao-do-cidadao-e-da-sociedade-frente-ao-autoritarismo. Acesso em: 31 ago. 2017.

[148] DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 101.

[149] KELSEN, Hans. **Principles of international law**. 2. ed. Nova York: Halt-Rinehart and Winston, 1967, p. 101.

Finalmente, conclui-se que a hipótese apresentada no início da pesquisa foi confirmada, é possível os filhos nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros que estejam a serviço de seu país, terem a nacionalidade originária brasileira, à luz da interpretação literal da própria alínea "a" inciso I do art. 12 da Constituição de 1988, que tem como ponto de partida a análise do art. 2º da Lei nº 818/1949 e a analogia feita com a Emenda Constitucional nº 54/2007.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 905 p.

ARRUDA, Lucila Carla Squina Albertini. O regime jurídico do direito à nacionalidade na constituição da república federativa do brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**, **S**orocaba, v. 7, n. 1. 2013. Disponível em: http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav71/alunos/da.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.**

BARROSO, Luis Roberto. Duas questões controvertidas sobre o direito brasileiro da nacionalidade. *In:* DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao24.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao91.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 jun. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao34.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao37.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao46.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____. Constituição (1967). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao67.htm. Acesso em: Acesso em: 09 aug. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

_____. Decreto 1.570, de 13 de abril de 1937. Promulga as convenções sobre direitos e deveres dos estados e sobre asílo político. Montevidéo, 26 de dezembro de 1933. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1570-13-abril-1937-464789-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 08 aug. 2018.

_____. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília, 06 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____. Decreto n°. 21.798 de 06 de setembro de 1932. Promulga a convention concernant certaines questions relatives aux conflits de loi sur la nacionalize'. Haya, 12 de abril de 1930. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21798-6-setembro-1932-549005-publicacaooriginal-64268-pe.html. Acesso em: 08 aug. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 04 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____. **Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969**. Revoga artigos da Constituição Federal de 1967. Brasília, 17 out. 1969. Disponível em: http://

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 09 aug. 2018.

_____. Lei 818, de 18 de setembro de 1949. Regula a aquisição, a perda e reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos. Rio de Janeiro, 18 set. 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0818.htm. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de migração. Brasília, 24 de mai. de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Tribunal Federal de Recursos. Apelação cível 53.454. DJ: 06.06.1979. In: DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado – parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 61 e 64.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, 1522 p.

CARTAXO, Marina Andrade. **A nacionalidade revisada, o direito fundamental à nacionalidade e temas correlatos**, Fortaleza, 2010. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp133097.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

CARVALHO, Dardeau de. **Nacionalidade e cidadania**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CASELLA, Paulo Borba. **Nacionalidade: direito fundamental, direito público interno e direito internacional**, São Paulo, jan./dez. 2016. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133514/129526. Acesso em: 07 aug. 2018.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 567 p.

FALCÃO, Alcindo Pinto. **Constituição anotada**. Rio de janeiro: José Konfino, 1956.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 426 p.

_____. **Comentários à constituição brasileira: emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1976**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRAZÃO, Ana Carolina. Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=57. Acesso em: 20 mai. 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, 177 p.

_____. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2000, 91 p.

GLASENAPP, Ricardo Bern. O direito de nacionalidade e a ec nº 54: a reparação de um erro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 11, jan./jun. 2008. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-155-Ricardo_Glasenapp.pdf. Acesso em: 07 aug. 2018.

HARVARD. Research in international law. **Draft on nationality**. Supplement to the american journal of international law, v. 23, 1929. Disponível em: http://www.uniset.ca/naty/maternity/23AJILSS13.pdf. Acesso em: 31 mar. 2018.

JUNIOR, Ademar Pozzatti. Somos todos brasileiros: o instituto da nacionalidade no direito interno brasileiro. **Revista Ius Gentium Teoria e Comércio no Direito Internacional**, Santa Catarina, 2009. Disponível em: www.iusgentium.ufsc.br. Acesso em: 07 aug. 2018.

_____, José Eliaci Nogueira Diógenes. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749. Acesso em: 07 aug. 2018.

KELSEN, Hans. **Principles of international law**. 2. ed. Nova York: Halt-Rinehart and Winston, 1967.

KOHN, Hans. **The idea of nationalism**. Nova York: The Macmillan Company, 1946. 749 p.

LAGARDE, Paul. **La nationalité française**. Paris: Dalloz, 1975.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1590 p.

MALHEIRO, Emerson. **Manual de direito internacional privado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 128 p.

MARINI, Bruno. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo**, 2007. Disponível

em: https://jus.com.br/artigos/9708/o-principio-da-proporcionalidade-como-instrumento-de-protecao-do-cidadao-e-da-sociedade-frente-ao-autoritarismo. Acesso em: 31 ago. 2017.

MASSON, Nathalia. **Direito de nacionalidade**. Disponível em: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/soltas%20nath%20cap%206.pdf.. Acesso em: 07 aug. 2018.

MATIAS, Talita Litza Molinet. O direito de nacionalidade e a proteção internacional aos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 3, Itajaí, 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 04 out. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 990 p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com emenda de 1969**. São Paulo: RT, 1974.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 922 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 08 aug. 2018.

_____. Convenção europeia sobre a nacionalidade. Estrasburgo, 06 nov. 1997. Disponível em:<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1. Acesso em: 03 aug. 2018.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. 644 p.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. 1089 p.

REZEK, Francisco. Le droit international de la nationalité. **Recueil des Cours de l'Académie du Droit International**, v. 198, 1986.

SARTÓRIO, Milton Tiago Elias Santos; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **A nacionalidade potestativa na emenda 54/07**, São Paulo. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/521855. Acesso em: 08 aug. 2018.

TENORIO, Oscar. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1970.

TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. Revista Cosmopolitan Law Journal, v. 2, n. 1, jun. 2014. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/13733. Acesso em: 31 ago. 2017.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: 1980.

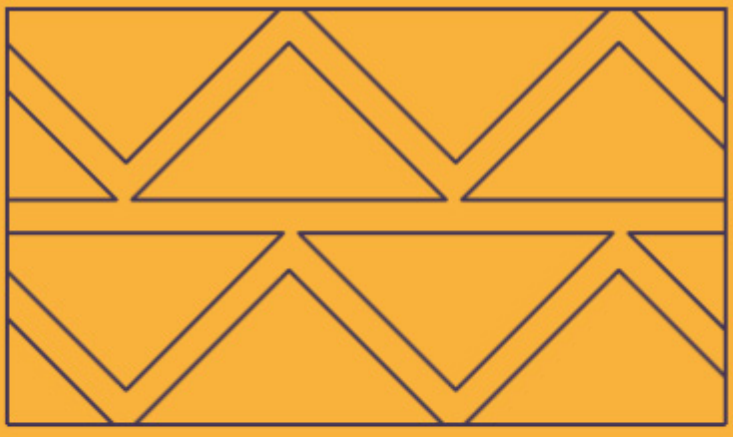
VARELLA. Marcelo D. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 561 p.

ZEBALLOS, Estanislao Severo. **La nationalité**. Paris: Sirey, 1914.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2

Direito Processual Civil



UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS E O INSTRUMENTO DE TRABALHO: ANÁLISE DA EFICÁCIA DA GARANTIA

Andressa Dos Santos

RESUMO

O objeto do estudo consiste em analisar o instituto da alienação fiduciária sob o prisma do bem dado em garantia, buscando entender qual a extensão desta garantia, e qual o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. Analisamos desde a formação do contrato até o seu término, seja pelo curso normal, seja pelo inadimplemento. Na fase de execução, foram abordados entendimentos jurisprudenciais do STJ, como a penhora dos direitos do bem e a possibilidade de inclusão do bem em alienação fiduciária na recuperação judicial. Com o objetivo de entender a extensão da garantia, foi estudado o aspecto da impenhorabilidade do bem, a qual serve como contrapeso às formas de execução acima citadas. A modalidade escolhida é a da impenhorabilidade do instrumento de trabalho, prevista no inciso V do art. 833 do CPC, e se justifica por dois motivos, o primeiro devido aos grandes números de contratos de alienação fiduciária que têm por objeto veículos automotores, que são bens frequentemente considerados como essenciais à atividade, e o segundo, é que a penhora dos direitos do bem, apesar de não ser de início uma penhora física deste, sofre as mesmas restrições como se o fosse. A metodologia utilizada é uma análise descritiva do instituto, com base na doutrina e em decisões judiciais, buscando delimitar a extensão da garantia no contrato e em observância à boa-fé objetiva com relação a terceiros no negócio jurídico. A conclusão encontrada é que cada caso deve ser analisado de forma concreta, a partir de suas peculiaridades, garantindo tanto os direitos dos cidadãos quanto respeito ao real objetivo da alienação fiduciária, que é a movimentação do mercado de capitais.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária. Garantia. Penhora de direitos. Impenhorabilidade. Recuperação Judicial. Direito adquirido. Terceiros.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar sob o ponto de vista jurídico a eficácia e extensão da garantia do bem no contrato da alienação fiduciária, ressaltadas as hipóteses jurisprudenciais mais recentes, como a situação de inadimplemento que pode ocasionar a penhora sobre os direitos daquele bem e na peculiaridade das empresas em recuperação judicial. O estudo conta também com a possibilidade da participação de terceiros na relação jurídica, e a abrangência da garantia perante este no instituto.

No primeiro momento é estabelecido o conceito de alienação fiduciária através da doutrina estudada, e há a análise da alienação fiduciária como procedimento, tanto quando o contrato segue seu curso esperado quanto nos caminhos a serem percorridos em caso de inadimplemento.

A partir desta compreensão, observam-se os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema, tais como a possibilidade de penhora dos direitos do devedor, e a possibilidade de inserção do bem alienado no plano de recuperação judicial de empresas recuperandas, com base no princípio da preservação da empresa e da indispensabilidade daquele bem para o exercício da atividade.

Dessa forma, passamos a estudar então o instituto da penhora, e quais são os efeitos práticos dessa solução para combater o inadimplemento, bem como tratamos da impenhorabilidade, pois em determinados casos tem a prerrogativa de afastar a garantia, e por isso, pela proximidade dos casos práticos, foram analisadas especialmente sobre o viés do instrumento de trabalho, pois a maioria dos contratos de alienação fiduciária tem por objeto a aquisição de veículos automotores, e que por algumas vezes são considerados bens impenhoráveis quando necessários ao exercício da atividade que desempenha o devedor.

Assim, se pretende concluir analisando quando é efetiva a garantia, e ainda, a viabilidade de estendê-la a terceiro, de modo a manter o objetivo idealizado quando o legislador expressamente instituiu a alienação fiduciária no ordenamento jurídico.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

2.1 Conceito

A alienação fiduciária é um negócio jurídico, firmado por meio de contrato bancário, como explica Orlando Gomes,[1] se trata da situação na qual o devedor transfere uma propriedade em favor do credor, mas permanece com a posse e coloca-se na posição de depositário, pois é obrigado a devolvê-la logo que venha a cessar a obrigação ou tenha sido solicitada a restituição.

O modelo atualmente utilizado teve origem no direito romano, e era utilizado em diferentes modalidades, com os ensinamentos de Schonblum[2], a alienação sempre se deu em caráter de confiança, mas, o costume foi alterado no tocante à forma da garantia, que antes era de natureza pessoal e com a evolução do direito às consolidações civis, passou-se a atribuir um elemento de natureza real, consistente na transmissão do direito ou da propriedade do bem objeto da garantia.

Em 1880 o doutrinador alemão Regelsberger[3] elaborou um novo tipo de negócio fiduciário, que, transferia o domínio ao credor, sob condição resolutiva, na qual este figuraria como titular do bem e o negócio se resolveria com o pagamento da dívida. Mais adiante, criou-se nos países da *Common Law* o *trust-receipt*, que se diferenciava dos modelos romano e germânico, explica Schonblum,[44]pois estes bens não mais integrariam o patrimônio do devedor, destinando-se apenas à formação de um patrimônio de afetação, de forma que não se transfere a propriedade, apenas a posse, com restrição quanto à sua disposição, sendo proibido ao devedor se desfazer do bem, para que este possa, efetivamente, servir de garantia da dívida.

Apesar das semelhanças do *trust-receipt* como modelo atual da alienação fiduciária, os mecanismos se diferem porquanto o *trust* enseja o financiamento da

---

1 GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975.
2 SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. **Contratos Bancários**. Rio de Janeiro: Forense. 2015.
3 Regelsberger definiu o negócio fiduciário como "um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo". CHALHUB, MelhinNamem. *op. cit.*, p.41.
4 SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. **Contratos Bancários.** Rio de Janeiro: Forense. 2015.

compra de bens e em que atuam no contrato além do vendedor e do comprador, o financiador, via de regra, uma financeira. Explica Aderbal Gonçalves,[5] que nesta modalidade o financiador tem a garantia das mercadorias sobre aquele financiamento e cuja liberação fica a depender da venda dessas, já na alienação, o bem é transmitido ao credor fiduciário e retornará ao domínio do devedor quando houver o implemento, ou seja, o pagamento do seu débito. Por isso, José Carlos Moreira Alves[6] entende que em razão do caráter resolúvel da propriedade na alienação, esta se aproxima mais ao *chattel mortgage* do direito inglês.

O *chattel mortgage* é uma forma de garantia mediante a qual o devedor transfere a propriedade da coisa móvel, que oferece em garantia, a favor do credor, conservando-lhe a posse. E assim como na alienação, em caso de inadimplemento não é necessária ação executiva para poder vendar o bem, basta simplesmente buscar e apreender a coisa. Como se vê, coincide com a alienação fiduciária.

Doutrina Alfredo Buzaid[7] que o instituto da Alienação Fiduciária integra no direito brasileiro o sistema de mercado de capitais. O legislador o adotou para atender à política de crédito e ao emprego de capitais em títulos e valores mobiliários, não se tratando se um simples negócio jurídico cômodo para os contratantes, mas sim de um mecanismo que objetiva melhorar vantajosamente as operações de crédito.

A alienação fiduciária está prevista no ordenamento jurídico atual no artigo 66 da Lei nº 4.728/195, regulamentada pelo Decreto-Lei 911 de 1º de outubro de 1969, popularmente conhecida como alienação em garantia, e é uma prática bastante comum no Brasil, principalmente em negociações de automóveis, apesar de ser também realizada em contratos que tem por objeto bens imóveis, como previsto na Lei 9.514/97, no Código Civil dos artigos 1.361 a 1.368 e ainda a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Cabe ressaltar, que só pode ser realizada por

[5] GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Da propriedade resolúvel**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed. p.260.
[6] MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Saraiva. 1973. p. 34.
[7] BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 401/19. n. 20.

instituições financeiras sujeitas a fiscalização do banco central, conforme estabelecido pelo STF.[8]

2.2 Propriedade Resolúvel

Existem duas teorias quanto aos efeitos da alienação fiduciária, a unitária e de duplo efeito. Esta última atua como se houvessem dois negócios inseridos na alienação, um real, relativo à transferência da propriedade do bem e o outro obrigacional, pelo qual se obriga o adquirente a devolvê-lo ao alienante quando paga a dívida ou atingida sua finalidade. De acordo com Buzaid,[9] adotamos a teoria unitária, que age limitando os efeitos do negócio real de transferência por intermédio da condição resolutiva, tendo nesta forma contratual conceitualmente uma propriedade resolúvel.

Nesse aspecto, na alienação fiduciária quando o devedor transfere a propriedade para o credor, ou seja, a posse indireta do bem em questão, por um período de tempo definido e estabelecido desde a origem do contrato, tem-se a chamada propriedade resolúvel. Assim, por imposição legal, desconsidera-se o princípio da propriedade absoluta ou ilimitada, já que o credor não pode dispor do bem durante o curso do contrato, com exceção do inadimplemento, devido à própria

---

[8] Schonblum citando "Alienação fiduciária em garantia. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de que somente as instituições financeiras e os consórcios autorizados de automóveis é que podem utilizar-se do instituto da alienação fiduciária em garantia. Admite a doutrina que as entidades estatais ou paraestatais são igualmente legitimadas para receber tal tipo de garantia, como resulta do art. 5. do Decreto-Lei n. 911-1969. Recurso conhecido e provido" (STF 2ª T., RE 111219-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 10.12.87); "Alienação fiduciária. Consórcios. Ação de depósito. II. O instituto da alienação fiduciária não tem aplicação restrita ao campo de atuação das entidades financeiras. A legitimidade da utilização da alienação fiduciária pelos consórcios advém de imposição normativa constante do art. 7º, da Lei n. 5.768/1971, e dos desdobramentos que se lhe seguiram (D. 79.951, art. 40 – redação dada pelo D. 72.411/1973. Instruções normativas ns. 31, de 21.08.1972 e 55, de 13.09.1972, da Secretaria da Receita Federal, e Portaria n. 446 do Ministro da Fazenda). III. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF 1ª T., RE 93433-PR, Rel. Min. Thompson Flores, j. 25.11.80). No mesmo sentido é a lição de Arnaldo Rizzardo: "Todas as sociedades de crédito, financiamento e investimento, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, podem figurar nas operações com alienação fiduciária em garantia, regidas pelo Dec.-Lei n. 911/1969. Não as demais pessoas jurídicas, eis que a Lei n. 4.728 foi criada para disciplinar o mercado de capitais e dar segurança às empresas de financiamento e ao consumidor." RIZZARDO, Arnaldo. op. cit. p. 376. 9GONÇALVES, Aderbal da Cunha. Da propriedade resolúvel.2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

[9] GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Da propriedade resolúvel**.2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 278 . *op. cit.* BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre alienação fiduciária em garantia.**

natureza, de forma que podemos classificar a propriedade fiduciária como revogável e transitória.[10]

Na alienação fiduciária, a limitação é originária, pois a causa extintiva consta do próprio título aquisitivo. Dessa forma, durante o contrato o devedor tem a posse direta do bem dado em alienação fiduciária, pois é ele que detém fisicamente o bem, de forma que o credor detém o bem de maneira ficta, uma vez que é considerado o dono legalmente, mas não detém a posse. Segundo Maria Helena Diniz[11], tanto a condição quanto o termo resolutivo operam retroativamente, de forma que, caso os adquirentes venham a perdê-los, não poderão reclamar prejuízos advindos dessa resolução, isto porque os danos são oriundos de sua própria negligência ou do fato de terem assumido os riscos dessa resolução.

Ainda quanto à teoria unitária, ressalta Aderbal da Cunha Gonçalves[12], que não se pode negar o desvirtuamento nos efeitos normais da propriedade resolúvel no inadimplemento, pois foi aceito pelo legislador que o bem poderá ser vendido extrajudicialmente para saldar a dívida. Assim, entende o autor que pode se falar de uma dupla face sobre o ponto de vista da condição, sendo o credor um proprietário sob condição resolutiva e o devedor proprietário sob condição suspensiva.

Cabe ressaltar a diferença entre propriedade resolúvel e a compra e venda com reserva de domínio, que na prática pode ser confuso pela similaridade dos contratos. A venda com reserva de domínio tem natureza suspensiva, é utilizada nos contratos firmados com o pagamento em variadas prestações, mas tendo o comprador, desde logo, a posse da *res vendita*, no mesmo sentido que se subordina a aquisição do domínio ao adimplemento da última prestação, só é possível em bens móveis por previsão expressa do código civil. Do outro lado, a propriedade resolúvel tem natureza de garantia e pode ser utilizada também sobre bens imóveis. Orlando

[10] RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 1300.
[11] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
[12] CUNHA GONÇALVES, Aderbal. Da Propriedade Resolúvel:**Sua Projeção na Alienação Fiduciária em Garantia**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1979.

Gomes[13] ressalta que o devedor, portanto, possui uma pretensão restituitória que se perfaz numa expectativa real, subordinada, dessa maneira, ao implemento da condição resolutiva.

A propriedade fiduciária é constituída com o registro do contrato celebrado por instrumento público ou particular, no cartório de Títulos e Documentos do domicilio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro, como preceitua o §10 do art. 66 da Lei n. 4.728/1965, com o objetivo de minimizar a vulnerabilidade dos terceiros que por acaso venham a adquiri-lo.

3 INADIMPLEMENTO E EXECUÇÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O inadimplemento é resultante da falta de cumprimento de uma obrigação, nas palavras de Agostinho Alvim[14] é quando a obrigação não foi cumprida e nem pode ser. As obrigações têm por objetivo serem extintas com seu adimplemento, não pretendem perdurar no tempo, então, se o devedor se exime de executar voluntariamente alguma obrigação, cabe ao credor a faculdade de forçá-lo ao pagamento.

Todavia, na lição de Orlando Gomes,[15] pode o inadimplemento resultar de fato imputável ao devedor ou evento estranho à sua vontade, que determine a impossibilidade de cumprir, ou seja,o não cumprimento não necessariamente resulta da má-fé do devedor, como a impossibilidade de cumprimento da obrigação por fato da natureza, como a de força maior ou caso fortuito ou até ação de terceiros, de maneira que estes casos exoneram a culpa do inadimplente.

[13] GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975. p.54.
[14] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 25.
[15] GOMES, Orlando. **Obrigações**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1976. p. 173.

Na alienação fiduciária, o próprio bem tem o escopo de garantir o pagamento da dívida, como explica Rizzardo,[16] em vez de oferecer o bem em penhor, ou de caucionar títulos, o devedor transfere a propriedade do bem ao credor, assim, caso a dívida não seja adimplida, o credor fica autorizado a vender este bem e aplicar o resultado da venda no pagamento do seu crédito.

Nesse aspecto, cabe ao credor, entre outras opções, a busca e apreensão, regulamentada pelo Decreto-Lei 911 com redação dada pela Lei nº 10.931/04, que estabelece procedimentos na alienação fiduciária. Este é o procedimento mais comum na prática, pois a propriedade e posse plena do bem gravados retornam em mãos do proprietário fiduciário, para buscar a satisfação do crédito.

Tratando das outras opções do credor, que de fato dispõe de quatro, ensina Sílvio de Salvo Venosa[17], a alienação da coisa para haver o preço do débito emaberto, se essa lhe for entregue efetivamente pelo devedor (§4º do art. 66 e art. 2o do Decreto-Lei n. 911/1969); ação de busca e apreensão, que autoriza a apreensão *initio litis* (art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969); ação de depósito na hipótese de o bem não ter sido encontrado na busca e apreensão que em pedido de depósito poderá ser convertida (art. 4º do Decreto-Lei n. 911/1969); ou em propositura autônoma de ação executória (art. 5º do Decreto-Lei n. 911/1969) pela qual pode optar o credor. Cabe ressaltar que, atualmente, não é admitido em nosso ordenamento jurídico a prisão por dívida de depositário infiel, conforme Súmula Vinculante do STF.

Nesta última opção, com relação à propositura de ação de execução, o mesmo artigo leciona que podem ser penhorados tantos bens quanto forem necessários para assegurar a execução, entretanto, no parágrafo único traz a previsão expressa de que não se incluem à penhora os incisos VII e VIII do art. 649 do Código de Processo Civil de 1973, trata-se de uma redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974. Os incisos correspondem aos mesmos do art. 833 do CPC/15 que tratam sobre a

[16] RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 370.
[17] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 3 ed. 2003. p. 601.

impenhorabilidade do seguro de vida e da pequena propriedade rural quando trabalhada pela família respectivamente. Outrossim, cabe ressaltar que atualmente não se faz distinção entre os bens impenhoráveis, de forma que não há que se falar em hierarquia ou proteção especial de um deles, ou seja, em caso de inadimplemento devem ser observadas todas as impenhorabilidades previstas no rol do artigo 833 dos incisos I à XII.

3.1 Penhora dos Direitos do Devedor

A penhora é um ato processual executório que se faz necessário para a expropriação de bens do devedor, para Marinoni[18] é o procedimento de seleção do(s) bem(ns) que efetivamente responderão em execução pela dívida inadimplida, por isso, o bem deve ser de propriedade do devedor, caso contrário, não surtiria efeito.

Parte-se da premissa de que na alienação fiduciária o devedor tem somente a posse do bem, de forma que a propriedade continua sendo do credor até que a obrigação seja cumprida, assim, buscando uma forma de viabilizar o instituto da garantia na alienação fiduciária o STJ[19] entendeu que apesar de não ser cabível a penhora do bem, podem ser constritos os direitos referentes ao bem, inclusive independentemente de anuência do credor.

Implica dizer que, ainda que o devedor só tenha recebido a posse do veículo, deve-se considerar que integram seu patrimônio os direitos e ações sobre a *res*, os quais são economicamente mensuráveis, portanto, podem ser objeto de constrição judicial. Coaduna também deste entendimento Jacomino[20], pois explica que

[18] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil: execução.** v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.p. 251.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 644.018/SP.** Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. DJe de 10/06/2016 ST. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.459.609/RS**. Segunda Turma. DJe 4/12/2014. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.051.642/RS**. Relator: Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. DJe 2/2/2010. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 910.207/MG**. Relator: Ministro Castro Meire. Segunda Turma. DJ 25/10/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 01 ago 2018.

[20] JACOMINO, Sérgio. **Penhora: alienação fiduciária de coisa imóvel**. Algumas considerações sobre o registro. Boletim Eletrônico IRIB 245. 09/01/2006, in Biblioteca Virtual Dr. Gilberto Valente da Silva.

ostentando um conteúdo econômico, direito atual disponível, parece lógico que esse direito também pudesse ser objeto de constrição judicial e consequentemente alienação forçosa.

Cabe ressaltar que a penhora, na espécie, não tem o condão de afastar o exercício dos direitos do credor fiduciário, pois não se pode permitir a ingerência na relação contratual sem lei que o estabeleça, visa apenas garantir a execução. A título de exemplo, há casos em que o Judiciário defere não apenas a penhora dos direitos contratuais, mas a restrição do veículo via Renajud no tocante à transferência, licenciamento e circulação do bem[21], assim, o devedor fica impedido de negociar o veículo no futuro, já que a restrição passa a ter efeito tão logo que finalizada a quitação das parcelas faltantes. Dessa forma, o mecanismo tem efeito prático na cobrança de dívidas.

3.2 Na Recuperação Judicial

O judiciário tem se envolvido bastante no tema de alienação fiduciária, tentando se adequar à realidade fática das negociações, prova disso é que além da penhora dos direitos do devedor, o STJ passou a autorizar que o bem garantidor da dívida de alienação, quando essencial à atividade da empresa, pode ser incluído no rol das dívidas do plano de recuperação judicial.

A Lei 11.101/2005 em seu art. 49, estabelece que estão sujeitos ao procedimento recuperacional todos os créditos existentes na data da distribuição do pedido, ainda que não estejam vencidos. O parágrafo 3º traz um rol de créditos que entram na modalidade de crédito extraconcursal, ou seja, não são incluídos no plano de recuperação.

[21] BRASIL. **Recurso Especial 1669427/RS**. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Mauro Campbell Marques. Julgado em 09/06/2017. **Agravo em Recurso Especial 1314270/MG**. Relator: Marco Buzzi. Publicado em: 14/09/2018. **Agravo em Recurso Especial 1062167/MG**. Relator: Antônio Calos Ferreira. Publicado em: 05/09/2017. **Agravo em Recurso Especial 1165070/MG**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Publicado em: 07/11/2017.Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 01 ago 2018.

Nesse contexto, o STJ[22]alterou a interpretação do referido parágrafo, com base no argumento do princípio da preservação da empresa, possibilitando que os bens necessários ao funcionamento da atividade fossem incluídos no rol das dívidas a serem pagas pelo plano de recuperação, cabendo ao juízo da recuperação judicial a valoração acerca da essencialidade dos bens. Com base na análise das decisões, alguns bens como o próprio imóvel da fábrica[23] ou casos em que o bem em alienação compunha todo o estoque da empresa[24] foram decretados comoindispensáveis.

É possível perceber que o instituto da alienação fiduciária vem sendo aprimorado de acordo com as mudanças da sociedade, observando não só as nuances estritamente contratuais. A inclusão dos direitos de crédito provenientes da alienação na recuperação judicial levou em conta a necessidade e utilidade do bem para o funcionamento das atividades econômico-produtivas, o que envolve aspectos trabalhistas, fiscais e até mesmo morais, buscando aplicar ao instituto, uma proteçãosimilar à dada aos bens impenhoráveis, especificamente aos instrumentos de trabalho.

3.3 Impenhorabilidade do Instrumento de Trabalho

O art. 833 do Código de Processo Civil traz um rol de bens impenhoráveis, conforme ensina Misael Montenegro Filho[25],o que implica dizer que eles são intocáveis e inatingíveis pela penhora. Embora haja em todo contrato a pretensão da satisfação dos créditos, a ação do credor é limitada por uma restrição que diz respeito à subtração da responsabilidade executiva dos bens patrimoniais, explica

[22] BRASIL. **Conflito de Competência 153.473/PR**. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Relator para Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em 09/05/2018. DJe 26/06/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/289320/conflito-de- competencia/jurisprudencia>. Acesso em: 01 ago 2018.

[23] BRASIL. **Conflito de Competência nº 127.629/MT**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/289320/conflito-de- competencia/jurisprudencia>. Acesso em: 01 ago 2018.

[24] BRASIL. **Conflito de Competência nº 105.315/PE**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/289320/conflito-de-competencia/jurisprudencia>. Acesso em: 01 ago 2018.

[25] FILHO. Misael Montenegro. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2 ed.

Dinamarco[26], não recai sobre aqueles bens sem os quais a pessoa ficaria impossibilitada de viver dignamente.

A impenhorabilidade não é novidade no ordenamento jurídico vigente, e tem a intenção de proteger determinados bens, dessa forma é preciso analisar os critérios utilizados para caracterizar um bem como impenhorável: O primeiro é a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, que são aqueles bens considerados imprescindíveis para uma vida digna, como exemplo o salário, alimentos, e instrumentos de trabalho; outro critério é o da valoração afetiva do bem, baseado em afetividade, deve advir de uma situação especial que foi de muita importância para a formação pessoal do executado, de forma que sua expropriação ocasionaria sérios gravames emocionais, e por fim, o critério da insuficiência de bens, quando a atividade jurisdicional que deveria satisfazer a pretensão de uma das partes, não atenderá a pretensão do autor, e ainda ocasionará prejuízos desnecessários ao réu.

O inciso que importa ao presente trabalho é o inciso V do artigo 833 do CPC[27], que diz serem impenhoráveis: os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado. Este inciso passa a tutelar os instrumentos de trabalho, objetos necessários ao funcionamento daquela fonte de renda, seja ela da pessoa física oupessoas jurídicas enquadradas em até microempresa e empresa de pequeno porte como determina a jurisprudência[28].

A impenhorabilidade não é absoluta, devendo-se observar a imprescindibilidade do bem para o exercício da atividade, não sendo suficiente apenas a utilidade ou conforto que o bem proporciona. Aplica-se o princípio da proporcionalidade para encontrar o “meio termo” e a “justa medida” na equação do

[26] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p.301.
[27] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>. Acesso em 30 jun 2018.
[28] A ministra Isabel Gallottidestacou no julgamento do RESP 1224774, que o entendimento do tribunal é de que a proteção só pode alcançar os empresários individuais, as pequenas e as microempresas nas quais os sócios exerçam sua profissão pessoalmente, e limitada aos bens necessários ao desenvolvimento da atividade.

problema. Exemplo prático é trazido por Assis[29]:o telefone (celular ou não) empregado como instrumento útil ao exercício de qualquer profissão, a exemplo do que acontece com o do médico, é impenhorável. O autor também determina quatro critérios para a identificação de quais os instrumentos necessários ou úteis não devem ser penhorados. São eles: a) uso total; b) quantidade razoável; c) utilidade ou necessidade; e d) trabalho pessoal.

Portanto, apesar dos critérios que tornam o bem impenhorável, é possível que haja uma relativização do bem, a partir de uma situação de caso concreto, isso vale para todo o instituto da penhora, inclusive na penhora sobre os direitos do bem.

4 DIREITO AQUISITIVO DO DEVEDOR

Ao realizar um negócio fiduciário através do contrato de alienação, odevedor possui a expectativa de consolidar a propriedade plena do bem objeto daquele contrato, no passo que, consolida a expectativa quando efetiva o pagamento da dívida que o onera. O Código Civil, em redação dada pela Lei 13.043de13.11.2014, por meio do artigo 1.368- B, diz que o contrato de alienação confere ao devedor o direito real de aquisição.

Desse modo, a razão determinante da forma legal imposta para a celebração de contratos de alienação fiduciária aplica-se fundada na cláusula resolutiva, que não pode deixar, enquanto produtora de efeitos reais, suscetíveis de afetar a consolidação do efeito aquisitivo do direito de propriedade pelo comprador - de revestir a formaexigida para o negócio pela lei civil. Assim, é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[30], em que os direitos do devedor fiduciante subsistirão

[29] ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 15 ed. Revista e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 252.

[30] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1697645/MG**. Relator: Ministro OG Fernandes. Segunda Turma. Julgado em 19/04/2018. DJe 25/04/2018.**AgInt no Aresp 644.018/SP**. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. DJe 10/06/2016. **Recurso Especial 1702678/MG.** Relator: Ministro Francisco Falcão. DJe 16/08/2018. **Recurso Especial 1745045/PA.** Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 10/08/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574621294/recurso-especial-resp-1697645-mg-2017- 0225797-9/inteiro-teor-574621304>. Acesso em: 01 ago 2018.

na medida e na proporção que este cumpre com as obrigações oriundas do contrato de alienação fiduciária.

E ainda, nesse contexto, é preciso ressaltar a possibilidade de cessão da posição contratual na alienação, o que opera a transmissão da propriedade fiduciária a terceiro, que passa a atuar como parte legítima. Dessa forma, durante o contrato exercem as partes o direito de propriedade, ainda que limitada pois o credor é proprietário sob condição resolutiva e devedor proprietário sob condição suspensiva.

Portanto, é possível a penhora dos direitos aquisitivos, o que corresponde à aplicação da norma contida no artigo 789, do Código de Processo Civil, segundo a qual o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, bem como a previsão expressa do artigo 835 do mesmo código que estabelece a ordem de penhora dos bens, em seu inciso XII traz a penhora dos direitos aquisitivos derivados de alienação fiduciária em garantia.

Cabe analisar um exemplo fático da aplicação. Supõem-se que "A" deliberadamente se desfaz de seu patrimônio de forma a tornar-se insolvente e concomitantemente cessa o pagamento à seus credores. O único bem restante de "A" é seu carro que está sob alienação fiduciária. "B" é credor de "A" em outra obrigação e ao executá-lo descobre que "A" está insolvente e que o carro também não é passível de penhora.

O terceiro, "B", pode, dentre as opções apresentadas no trabalho, penhorar os direitos sobre o carro, o que inclui desde a restrição veicular até o direito aquisitivo do devedor, ou seja, quando "A" terminar de pagar o bem, "B" pode solicitar a transferência de sua propriedade, que estará resguardada desde a penhora daquele direito. Cabe também analisar ainda a má-fé deste devedor, que sempre deve ser comprovada considerando que a boa-fé é presumida nos contratos, de forma que a depender do momento processual em que o devedor ficou insolvente, pois caso os bens tenham sido transferidos após a citação no processo de execução, fica

caracterizado fraude contra credores, e é possível anular os negócios realizados para que haja possibilidade de pagamento da dívida.

Se neste exemplo, "A" alegasse e comprovasse que o carro seria seu instrumento de trabalho, por exemplo, como motorista de aplicativo de transporte de passageiros (Uber), a resposta, entretanto poderia ser um pouco diferente. A análise a ser realizada pelo julgador deve analisar outros aspectos, tais como a necessidade do bem para o exercício da atividade, no presente caso, o carro é a atividade em si, e apesar da possibilidade de relativização da impenhorabilidade, como já vimos no decorrer do trabalho, o exercício da atividade laboral em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, em uma ponderação de princípios é, por vezes, superior à obrigação contratual em si.

Alguns autores, como Alexandre Camara[31] consideram, ainda, a relativização da impenhorabilidade como meio de ampliação da eficácia do processo, caso em que há o reconhecimento do poder do juiz de, em certas situações, admitir a penhora e expropriação de bens que, segundo a literalidade do texto legal, seriam absolutamente impenhoráveis, portanto é mister que o magistrado, no caso concreto, e fundamentando-se em princípios constitucionais, possa afastar a imunidade de determinado bem arrolado nos incisos do art. 833, por entender que naquele caso concreto o valor jurídico da "proteção da dignidade do executado" não está em jogo pelas próprias peculiaridades que envolvem a causa[32].

Assim, o direito aquisitivo do devedor, não é um direito absoluto pois é um risco inerente do descumprimento do contrato, devendo ser observadas as diversas nuances da obrigação, mormente naquelas em que o bem é utilizado para o exercício da atividade profissional, pois é possível que se conceda ao devedor a manutenção da posse do bem.

---

[31] CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis.São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual. n. 80. p. 14. nov. 2009.

[32] ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil.** Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 90.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo analisar a extensão da garantia sobre o bem em alienação fiduciária. Inicialmente, através de um estudo doutrinário foi possível conceituar os institutos necessários para visualizar como o contrato é na prática e assim justificar as mudanças jurisprudenciais recentes com relação ao tema. No decorrer do trabalho, houve certa dificuldade quanto às pesquisas jurisprudenciais, pois as decisões, no tocante aos direitos do devedor, se limitaram a uma resposta superficial, de forma que apenas mencionam a possibilidade da penhora dos direitos sem deixar claro quais direitos e de que forma eles serão incluídos pela penhora.

Nesse contexto, observa-se que a garantia da alienação fiduciária deve ser analisada em cada caso concreto para determinar a sua eficácia. O instituto da alienação fiduciária vigora há muito tempo e veio se desenvolvendo de forma a se adaptar às necessidades da sociedade e continuar sendo uma maneira hábil a aquisição de bens. Cabe ressaltar ainda, que no Brasil tem-se a chamada constitucionalização do direito civil, pois o Código de Direito Civil foi elaborado em 1973, o que significa dizer, que ele já nasceu em descompasso com a realidade almejada para a sociedade pela Constituição de 1988, que trouxe um viés inovador quando comparado ao Código, pois possui aspectos voltados ao social, baseada em direitos e garantias a todos os cidadãos, e assim deve-se olhar para o Código Civil, através da Constituição e não o contrário.

Diante disso, a relativização da impenhorabilidade no processo executivo, a possibilidade de inclusão dos bens em alienação fiduciária no processo de recuperação judicial e a penhora dos direitos do bem são entendimentos provenientes de decisões judiciais que levaram em conta a ponderação de princípios, e, além disso, buscaram garantir a função do contrato de alienação fiduciária, que é a movimentação do mercado de capital. Para tanto, consubstanciou-se os entendimentos acima indicados na legislação vigente, como por exemplo, no Novo Código de Processo Civil em seu artigo 833, e na Lei 11.101/2005 que trata das recuperações judiciais.

E dessa forma, sob a égide de um Direito Civil Constitucionalizado, a conclusão a que se chega, embora não se tenha ainda vasta doutrina e jurisprudência sobre o tema especificamente abordado, é que caberá ao magistrado no caso concreto, e de acordo com as peculiaridades fáticas apresentadas nos autos processuais, analisar a possibilidade de se penhorar direitos sobre bem utilizado como instrumento de trabalho pelo devedor, sopesando os princípios conflitantes, de modo que não se prejudique de forma desmedida o devedor apenas para se fazer cumprir o contrato celebrado em detrimento de sua dignidade e subsistência, e ao mesmo tempo, que não se dê salvo conduto para que devedores de má-fé se valham dessa proteção principiológica e legal apenas para lesar os seus credores, enriquecendo-se ilicitamente.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 15 ed. Revista e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

BRASIL. Agravo de Instrumento Nº 70069365047. Décima Sexta Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Cláudia Maria Hardt. Julgado em 13/10/2016. TRT-3. AP:00105774220155030086O010577-42.2015.5.03.0086. Relator: Vitor

Salino de Moura Eca. Décima Turma. Agravo de Instrumento Nº 70069365047. Décima Sexta Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Cláudia Maria Hardt. Julgado em 13/10/2016. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 01 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1697645/MG. Reator: Ministro OG Fernandes. Segunda Turma. Julgado em 19/04/2018. DJe 25/04/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574621294/recurso-especial-resp-1697645-mg-2017-0225797-9/inteiro-teor-574621304>. Acesso em: 01 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 644.018/SP. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. DJe de 10/06/2016 ST. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.459.609/RS. Segunda Turma. DJe 4/12/2014. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.051.642/RS. Relator: Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. DJe 2/2/2010.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 910.207/MG. Relator: Ministro Castro Meire. Segunda Turma. DJ 25/10/2007. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 01 ago 2018.

BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais. 401/19. n. 20.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual. n. 80. p. 14. nov. 2009.

BRASIL. Conflito de Competência 153.473/PR. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Relator para Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em 09/05/2018. DJe 26/06/2018. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/289320/conflito-de-competencia/jurisprudencia>. Acesso em: 01 ago 2018.

BRASIL. Conflito de Competência nº 127.629/MT. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/289320/conflito-de- competencia/jurisprudencia>. Acesso em: 01 ago 2018.

BRASIL. Conflito de Competência nº 105.315/PE. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/289320/conflito-de-competencia/jurisprudencia>. Acesso em: 01 ago 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2000. FILHO. Misael Montenegro. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2 ed.

GOMES, Orlando. Alienação Fiduciária em Garantia. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975.

GOMES, Orlando. Obrigações. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1976.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. Da propriedade resolúvel. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed.

JACOMINO, Sérgio. Penhora: alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro. Boletim Eletrônico IRIB 245. 09/01/2006, in Biblioteca Virtual Dr. Gilberto Valente da Silva.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. Curso de processo civil: execução. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Da alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Saraiva. 1973.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. Contratos Bancários. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie. 3 ed. 2003.

O CONTROLE EXTERNO NAS DESESTATIZAÇÕES DE BLOCOS DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9/1995

Larissa Ribeiro de Menezes Carvalho

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise do papel exercido pelo controle externo, principalmente pelo Tribunal de Contas da União, nas desestatizações de blocos exploratórios de petróleo, gás natural e seus derivados. Para tanto, primeiramente apresentou-se uma visão geral do setor de petróleo, descrevendo-se os principais conceitos e um breve histórico do setor. Foram enunciados, também, os conceitos e peculiaridades de cada um dos regimes jurídicos existentes no Brasil para a regulação dessas desestatizações, quais sejam: concessão e partilha de produção, além do contrato de cessão onerosa. Após a apresentação do setor petrolífero, discorreu-se sobre as licitações que precedem a contratação das empresas estatais ou privadas que realizarão as atividades de exploração e produção do petróleo e seus derivados. Por fim, foram analisadas as atribuições do controle externo, conforme a Constituição Federal de 1988, e o papel e a atuação do Tribunal de Contas da União nas desestatizações de blocos exploratórios de petróleo e derivados após a Emenda Constitucional nº 9/1995, que flexibilizou o monopólio da União sobre as atividades de exploração e produção de petróleo.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Blocos exploratórios de petróleo e gás natural. Concessão. Controle Externo. Tribunal de Contas da União.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho busca-se examinar as desestatizações de campos de exploração e produção de petróleo e gás natural já realizadas no Brasil e o papel do

controle externo, realizado pelo Tribunal de Contas da União, sobre essas desestatizações.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 176, estipula que as jazidas, os demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da propriedade do solo e pertencem à União, mas a propriedade do produto da lavra é garantida ao concessionário. Diz, ainda, que essa lavra de recursos minerais somente poderá ser efetuada mediante autorização ou concessão da União, na forma da lei, atendendo ao interesse nacional.[1]

O artigo 177, I, da Constituição Federal afirma que a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos constituem monopólio da União, porém, conforme o §1º do referido artigo, a União poderá contratar a realização dessas atividades com empresas estatais ou privadas, desde que observadas as condições estabelecidas em lei.[2]

A Emenda Constitucional nº 9 de 1995 e a promulgação da Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997, resultaram na flexibilização do monopólio estatal da exploração de petróleo e gás, antes cabível somente à Petrobras. Dessa forma, o país abriu o setor para investimentos privados e estrangeiros, extrapolando para além da obrigação do Estado os riscos e os altos investimentos necessários para a exploração dos recursos petrolíferos da União por meio do regime jurídico de concessão, utilizado prioritariamente até a descoberta do Pré-sal brasileiro.[3]

Atualmente, no Brasil, coexistem três regimes de regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural: Regime da Concessão, Regime da Partilha de Produção e Regime da Cessão Onerosa, sendo os dois últimos sistemas

[1] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.
[2] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.
[3] GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo*: *reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

utilizados para os contratos que envolvam as atividades de exploração e produção nas áreas do Pré-sal.

Segundo o artigo 23 da Lei nº 9.478/1997, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidas de licitação, ou serão exercidas sob o regime de partilha de produção, caso se situem nas áreas do pré-sal.[4]

Já o regime da cessão onerosa diz respeito a um único contrato realizado entre a União e a Petrobras, diretamente, com dispensa de licitação, para exploração e produção de áreas ainda não concedidas do pré-sal, limitado à produção de 5 bilhões de barris equivalentes de petróleo.[5]

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é o órgão regulador responsável pela realização das licitações, pela assinatura e pela fiscalização dos contratos delas decorrentes.

Além de abordar os principais conceitos do setor petrolífero, este trabalho explicitará as diferenças entre os três regimes jurídicos existentes no Brasil para a outorga de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, citados acima, e enunciará a maneira como as desestatizações desses blocos acontecem, principalmente no que diz respeito às licitações realizadas e aos contratos firmados entre as empresas contratadas e a União.

Será examinada, também, a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU), como órgão de controle externo, sobre as rodadas de licitação realizadas até o ano de 2018. Todas as rodadas de licitação para outorga de blocos exploratórios de petróleo

[4] BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm> Acesso em: 02 nov. 2017.

[5] BRASIL. Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm> Acesso em: 28 mar. 2018.

e seus derivados foram fiscalizadas pelo TCU, em virtude de abrangerem verbas e bens da União.

Finalmente, destaca-se a relevância do tema abordado no trabalho, visto que o setor de petróleo e gás corresponde a grande parte do PIB nacional, sendo importante que o Estado tenha capacidade de controlar de forma eficaz e adequada a renda auferida pela União por meio desse setor e as consequências jurídicas que dele decorrem.

2 CONCESSÃO DE BLOCOS EXPLORATÓRIOS DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

O primeiro capítulo deste trabalho busca apresentar uma visão geral sobre o setor petrolífero brasileiro, especificando os principais conceitos utilizados e um breve histórico do referido setor, além de explicitar os regimes jurídicos utilizados no Brasil para a outorga de blocos exploratórios de petróleo e gás natural e os principais agentes públicos e privados que atuam no setor.

2.1 Principais conceitos do setor de petróleo e gás natural

Busca-se com este trabalho examinar as desestatizações de campos de petróleo e gás natural já realizadas no Brasil, juntamente com o papel do controle externo sobre essas desestatizações. Porém, antes de entrar na análise principal dos referidos temas, é importante a apresentação de alguns conceitos específicos do setor de petróleo e gás natural, que não são corriqueiros e nem amplamente conhecidos.

Primeiramente, importante destacar que, de acordo com o artigo 6º da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, petróleo é "todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural...", enquanto o gás natural é:

> todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir

> de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros.[6]

Ainda conforme o artigo 6º da chamada Lei do Petróleo, jazida é o "reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção" e bloco é a:

> parte de uma bacia sedimentar, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices, onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural.[7]

Vale notar ainda que a partir do momento em que o bloco entra em produção, ele passa a ser chamado de Campo. Pode-se definir o campo como a

> área produtora de petróleo ou gás natural, a partir de um reservatório contínuo ou de mais de um reservatório, a profundidades variáveis, abrangendo instalações e equipamentos destinados à produção.[8]

Importante, também, explicitar a distinção entre pesquisa ou exploração e lavra ou produção. Pesquisa ou exploração é o "conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural", enquanto lavra ou produção é o "conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação"[9], consoante Lei nº 9.478/1997. Percebe-se, portanto, que a fase da pesquisa ou exploração é um pré-requisito para a fase de lavra ou produção, visto que é necessário primeiro explorar a área, ampliando o conhecimento das empresas e

---

[6] BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

[7] BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.

[8] TN PETRÓLEO. GLOSSÁRIO. Disponível em: <http://www.tnpetroleo.com.br/glossario/#g-D>. Acesso em: 24 maio 2018.

[9] BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.

do próprio Estado sobre as bacias sedimentares concedidas, para depois ser possível a produção do petróleo e seus derivados. Ressalte-se que nem sempre será possível a realização da produção, mas esse fato só será descoberto após a exploração da área concedida e a União não se responsabiliza por eventual impossibilidade de produção de petróleo em uma área desestatizada.

Conforme o portal eletrônico da ANP, as atividades de exploração e produção são a base da indústria do petróleo.[10] Como essas duas atividades geralmente estão associadas, é comum os autores utilizarem a sigla E&P ao se referirem às atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural.

Além dos conceitos já apresentados, é necessário destacar, ainda, o conceito de monopólio, tendo em vista que, nos termos do inciso I, do artigo 177, da Constituição Federal de 1988, a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural constituem monopólio da União11. Conforme dicionário on-line de português, monopólio é "Poder, domínio, controle absoluto do mercado por uma única empresa ou organização", sendo o monopólio estatal o "Controle do Estado sobre uma parte ou setor econômico, normalmente por motivos estratégicos."12. No caso em questão, trata-se de um monopólio estatal, instituído pela própria Constituição Federal. Porém, esse monopólio não é absoluto, visto que a Constituição Federal, em seu artigo 177, §1º permite que a União contrate com empresas estatais ou privadas a realização da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás, desde que obedecidas as condições estabelecidas em lei.13 A Lei nº 9.478/1997 reproduz o texto constitucional, também dispondo sobre o monopólio da União quanto às atividades do setor petrolífero. Essa questão do monopólio da União

[10] ANP. EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE ÓLEO E GÁS. *Disponível em*: <http://www.anp.gov.br/wwwanp/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas>. *Acesso em*: 17 mar. 2018.
[11] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.
[12] DICIO. MONOPÓLIO. *Disponível em*: <https://www.dicio.com.br/monopolio/>. *Acesso em:* 10 mar. 2018.
[13] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.

e de sua flexibilização já foi, inclusive, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3273/DF, como será abordado ao final do próximo tópico.

2.2 Breve histórico do setor de petróleo brasileiro

Em julho de 1934 foi promulgado o Código de Minas, que consolidava os regulamentos sobre a indústria mineral como um todo, incluindo a atividade petrolífera no Brasil. Ainda em 1934 o Serviço Geológico e Minerológico do Brasil (SGMB) foi transformado no Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que existe até hoje e tem a função de elaborar os estudos geológicos básicos para fundamentar a pesquisa de petróleo.[14]

Segundo Giambiagi e Lucas, a primeira legislação especificamente sobre petróleo no Brasil foi o Decreto nº 395, promulgado em 1938, que instituiu o Conselho Nacional de Petróleo (CNP) e declarou que o abastecimento nacional de petróleo consistia em atividade de utilidade pública. Cabia ao CNP a regulação do setor de petróleo e a formulação da política nacional de petróleo.[15]

No ano de 1953 a companhia de Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) foi criada pela Lei nº 2.004/1953, permitindo a construção de uma indústria de petróleo no Brasil que iria exercer as atividades de exploração, produção, refino e transporte de petróleo e gás natural, sujeitas ao monopólio da União. Com a sua criação, a Petrobras incorporou as operações do CNP, que passou a atuar como órgão fiscalizador e controlador das atividades da Petrobras e demais companhias que atuavam no setor petrolífero brasileiro.[16]

A Constituição Federal de 1988 consignou, em seu artigo 177, que a pesquisa, a lavra, a refinação, a importação, a exportação e o transporte de petróleo, gás natural e seus produtos e derivados constituem monopólio da União. Até o ano

[14] TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). *Marcos regulatórios da indústria mundial do petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia: EPE, 2011.
[15] GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo*: *reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[16] GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo*: *reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

de 1995, o §1º do referido artigo proibia a União de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural.

Porém, em 1995 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 9/1995, que alterou o § 1º do artigo 177 da Constituição Federal ao instituir que "A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei."[17] Tal Emenda Constitucional flexibilizou o monopólio da União sobre o petróleo, com a finalidade de ampliar a concorrência e permitir a atuação de empresas privadas nacionais e estrangeiras na exploração, importação e refino do petróleo e gás natural.

Trata-se apenas de uma flexibilização, porque o monopólio continua sendo da União. Contudo, com essa emenda, lhe foi facultado o direito de contratar outras empresas além da Petrobras para execução das atividades petrolíferas. Com isso, a Petrobras perdeu a exclusividade para executar as atividades supramencionadas, passando a concorrer com as outras empresas do setor.[18]

No ano de 1997 foi promulgada a Lei nº 9.478/1997, conhecida como "Lei do Petróleo", que regulamentou o dispositivo constitucional acrescentado pela EC nº 9/1995. Essa lei foi o marco regulatório do setor de petróleo e gás natural e regulamentou o regime da concessão dos blocos exploratórios de petróleo e derivados. Instituiu, também, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), responsável pela formulação de políticas para o setor petrolífero, e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), responsável pela implementação das políticas do setor e pela regulação, contratação e fiscalização da cadeia produtiva da indústria de petróleo e gás natural. A flexibilização do monopólio da União, com a consequente abertura para o setor privado, fez com que o papel do Estado na atividade petrolífera mudasse de executor para regulador e

[17] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.
[18] GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo*: *reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

fiscalizador dos serviços prestados pelas empresas contratadas, incluindo a Petrobras.[19]

Além das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, a Lei nº 9.478/1997 regulamentou, também, a importação e exportação de petróleo e seus derivados, consignando que, em virtude da flexibilização do monopólio da União, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atenda aos requisitos legais pode receber autorização da ANP para praticar essas atividades. Tal artigo já foi, inclusive, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3.273/DF, em 16/03/2005, conforme ementa que, por sua relevância e pertinência ao tema deste trabalho, é apresentada a seguir em sua quase totalidade:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I a IV e §§ 1º E 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, § 3º, DA LEI N. 9.478/97. MATÉRIA DE LEI FEDERAL. ART. 60, CAPUT, DA LEI N. 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88]. 1. O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões "monopólio da propriedade" ou "monopólio do bem". 2. [...] 3. A Constituição do Brasil enumera atividades

[19] GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo*: *reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

que consubstanciam monopólio da União [art. 177] e os bens que são de sua exclusiva propriedade [art. 20]. 4. A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção. 5. [...] 6. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CB/88]. 7. [...]. 8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normais legais. 12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de "concessionárias". Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil. 13. A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo - ANP. 14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§ 1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil. 15. [...]. 16. [...]. 17. A opção pelo tipo de contrato a ser

> celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. 18. Não há falar-se em inconstitucionalidade do art. 60, caput, da Lei n. 9.478/97. O preceito exige, para a exportação do produto da exploração da atividade petrolífera, seja atendido o disposto no art. 4º da Lei n. 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE [art. 84, II, da CB/88]. 19. Ação direta julgada improcedente. (ADI 3273, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102)[20]

A partir da análise desse julgado, percebe-se que a flexibilização do monopólio da União sobre a exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos é constitucional, e a propriedade dos produtos decorrente da lavra pode pertencer à empresa exploradora, sendo papel da ANP regular a comercialização desses produtos.

Além disso, tem-se a confirmação de que a Petrobras é empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito e, por isso, deve concorrer em igualdade de condições com as demais empresas nas licitações para concessão de blocos exploratórios de petróleo e gás natural.

Em 2010 houve uma nova mudança no marco regulatório do setor petrolífero, em função da descoberta das áreas do "pré-sal".

Houve a promulgação da Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, que autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras, dispensada a licitação, o exercício das atividades de E&P de petróleo e seus derivados em áreas ainda não

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3275/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 16 de março de 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PETROLEO+CONCESSAO+LICITACAO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8e9xkyfhttp://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PETROLEO+CONCESSAO+LICITACAO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8e9xkyf>. Acesso em: 15 abr. 2018

concedidas, localizadas no pré-sal, limitada à produção de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo.

Além da legislação acerca da cessão onerosa, em 2010 foi promulgada também a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que instituiu o regime de partilha de produção e determinou que a exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos na área do pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União sob este regime.

No presente momento, os três sistemas (concessão, partilha de produção e cessão onerosa) existem simultaneamente no Brasil para a outorga de blocos exploratórios de petróleo e gás natural.

2.3 Regimes jurídicos utilizados no Brasil para a concessão de blocos exploratórios de petróleo e gás natural e respectivos contratos resultantes de cada regime

Existem no Brasil, atualmente, dois regimes jurídicos principais para a outorga dos blocos exploratórios de petróleo e gás natural. São eles: o regime jurídico da Concessão e o regime jurídico da Partilha de Produção. Há, ainda, um terceiro regime, o regime jurídico da Cessão Onerosa, regulado pela Lei nº 12.276/2010, que disciplina um único contrato entre a União e a Petrobras.[21]

Até o ano de 2010, apenas o regime da concessão regia os contratos relativos às atividades de exploração e produção de petróleo e gás. Somente em 2010 foram promulgadas as leis que instituíram os regimes da partilha de produção e da cessão onerosa, quando, então, os três sistemas passaram a coexistir no Brasil.[22] Portanto,

[21] PETROBRAS. MARCO REGULATÓRIO. *Disponível em*: < http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/marco-regulatorio/>. *Acesso em*: 11 mar. 2018.

[22] PETROBRAS. MARCO REGULATÓRIO. *Disponível em*: < http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/marco-regulatorio/>. *Acesso em*: 11 mar. 2018.

em conformidade com o portal eletrônico da ANP, vigora atualmente no Brasil o regime regulador misto para E&P de petróleo e gás natural.[23]

A Lei nº 9.478/1997 é a legislação vigente que dispõe sobre a política energética nacional e que disciplina o regime da Concessão de petróleo e gás natural. Em seu artigo 23, a referida norma regulamenta que

> As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica.[24]

Portanto, conforme *site* da Petrobras, a Concessão é o sistema aplicado a todas as bacias sedimentares brasileiras que não sejam áreas de pré-sal ou áreas estratégicas, visto que estas são reguladas pelo sistema de Partilha de Produção. As áreas do pré-sal licitadas antes de 2010, quando entrou em vigor a lei que regula o regime de partilha de produção (Lei nº 12.351/2010), também são disciplinadas pelo regime da concessão.[25]

Nos termos dos artigos 23 e 26 da Lei nº 9.478/1997, no regime da Concessão, o concessionário é obrigado a explorar e produzir petróleo ou gás natural por sua conta e risco no bloco exploratório outorgado a ele mediante licitação, se tornando o proprietário dos bens extraídos (petróleo e derivados) e devendo pagar os tributos e participações legais ou contratuais estabelecidas.[26]

---

[23] ANP. EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE ÓLEO E GÁS. *Disponível em*: <http://www.anp.gov.br/wwwanp/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas>. *Acesso em*: 17 mar. 2018.

[24] BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. *Acesso em*: 10 mar. 2018.

[25] PETROBRAS. MARCO REGULATÓRIO. *Disponível em*: < http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/marco-regulatorio/>. *Acesso em*: 11 mar. 2018.

[26] BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. *Acesso em*: 10 mar. 2018.

Menezello, ao tecer comentários sobre a chamada Lei do Petróleo, explicou que no regime da concessão, o risco da atividade é exclusivo do concessionário, não havendo qualquer garantia de êxito tanto na exploração como na produção do petróleo e gás natural, porém, havendo êxito na produção, o petróleo extraído passa a ser propriedade exclusiva do concessionário, podendo dele usufruir conforme os seus interesses.[27]

Tolmasquim e Pinto Junior enunciam que no sistema de concessão a empresa concessionária realiza compromissos exploratórios mínimos a serem cumpridos no prazo do contrato de concessão, além de compromissos de pagamento de tributos, royalties e outras participações governamentais como o bônus de assinatura. Em contrapartida, a empresa recebe do Estado a titularidade do produto da lavra, visto que os riscos e os custos com a exploração do bloco de petróleo ao longo da concessão são exclusivamente da empresa concessionária.[28]

Cabe à ANP a promoção das licitações e a celebração dos contratos relativos à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás, nos termos do inciso IV, do artigo 8º da Lei nº 9.478/1997. Assim, as empresas que ganharem as licitações dos blocos de E&P de petróleo e derivados firmarão os contratos com a ANP.[29]

Partilha de produção, nos termos do artigo 2º da Lei nº 12.351/2010, é o:

> regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos,

[27] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à lei do petróleo*: lei federal Nº 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000.
[28] TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). *Marcos regulatórios da indústria mundial do petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia: EPE, 2011.
[29] BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. *Acesso em*: 10 mar. 2018.

> bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.[30]

Conforme consta no portal eletrônico da ANP, no regime de partilha de produção a União e a empresa contratada dividem o petróleo e o gás natural extraídos da área objeto do contrato de exploração e produção.[31]

No modelo de partilha, a empresa contratada também exerce as atividades de exploração e produção inteiramente por sua conta e risco, mas os seus custos e despesas com a exploração e produção do petróleo são ressarcidos com o óleo encontrado e produzido, o chamado óleo-custo. O excedente em óleo, que sobrar após deduzidos o óleo-custo e os royalties devidos, é o chamado óleo-lucro, que será de propriedade da empresa contratada e terá um percentual partilhado com a União. Inclusive, esse percentual sobre o óleo-lucro que será devido à União é o critério de julgamento do processo licitatório.[32]

A lei que instituiu o regime da partilha de produção no Brasil (Lei nº 12.351/2010), em seus artigos 4º e 8º, possibilitou ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) a contratação direta da Petrobras, dispensada a licitação, para exploração e produção dos blocos de petróleo e gás natural a serem contratados sob o regime da partilha de produção. Portanto, o CNPE pode decidir entre realizar licitações na modalidade leilão ou contratar diretamente a Petrobras, a depender do interesse nacional e dos objetivos da política energética. Mesmo que haja licitação para definir a empresa a ser contratada, a referida lei dispõe que a Petrobras deverá

[30] BRASIL. *Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm> *Acesso em*: 17 mar. 2018.

[31] ANP. EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE ÓLEO E GÁS. *Disponível em*: <http://www.anp.gov.br/wwwanp/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas>. *Acesso em*: 17 mar. 2018.

[32] PETROBRAS. MARCO REGULATÓRIO. *Disponível em*: < http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/marco-regulatorio/>. *Acesso em*: 17 mar. 2018.

indicar se deseja atuar como operadora dos blocos a serem contratados, tendo participação mínima de 30% nos consórcios constituídos para a contratação.[33]

Ainda no âmbito da Partilha da Produção, foi promulgada a Lei nº 12.304/2010 que criou a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) que tem por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União.[34]

Além da concessão e da partilha de produção, a Lei nº 12.276/2010 autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras, dispensada a licitação, o exercício das atividades de exploração e produção de petróleo e seus derivados, em áreas localizadas no pré-sal, ainda não concedidas, limitadas ao volume de 5 bilhões de barris equivalentes de petróleo. Na cessão onerosa, o exercício das atividades de pesquisa e lavra correm por conta e risco exclusivos da Petrobras.[35] Nesse modelo não há o pagamento de bônus de assinatura e nem de participações especiais.

Segue adiante uma parte considerável do Acórdão proferido em sede de Apelação Cível julgada pela 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que explicita as diferenças entre os três regimes jurídicos utilizados no Brasil para outorga de blocos exploratórios de petróleo e derivados:

---

[33] BRASIL. *Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm> *Acesso em*: 17 mar. 2018.

[34] BRASIL. *Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010*. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12304.htm> *Acesso em*: 15 abr. 2018.

[35] BRASIL. *Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010*. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm> Acesso em: 28 mar. 2018.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. CPC/1973. OUTORGA DO CONTRATO DE PARTILHA DE PRODUÇÃO DO "CAMPO DE LIBRA". LEILÃO DO PRÉ-SAL. PRIMEIRA RODADA.ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. 1.[...] 2. Até o advento da Lei nº 12.351/2010, o regime de exploração e produção vigente no Brasil era o de concessão, em que o concessionário, empresa de petróleo, exercia, por sua conta e risco, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, adquirindo, após a extração, a propriedade de todos os hidrocarbonetos produzidos, pagando ao poder concedente, em compensação, bônus de assinatura, royalties e participações especiais, cujos valores, no último caso, dependem, em regra, do volume de produção do petróleo e do gás natural extraídos.3. "Partilha de produção", art. 2º, I, da Lei nº 12.351/2010, é o "regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato". Se a área não for produtiva, a companhia não recupera os custos do investimento. 4. Distinguem-se os dois regimes – concessão e partilha – sobretudo quanto à propriedade do petróleo e do gás produzido: na concessão, a empresa de petróleo adquire a propriedade do petróleo extraído; na partilha de produção, o petróleo produzido pertence ao Estado, que ressarce a empresa petrolífera pelos custos ("custo em óleo", art. 2º, II, da Lei nº 12.351/2010) incorridos com a exploração e produção, e partilha o "excedente em óleo" (art. 2º, III, da Lei nº12.351/2010), conforme o percentual ofertado pelo vencedor do certame licitatório.5. O regime de partilha da produção é utilizado nas áreas inseridas no polígono do pré-sal e áreas estratégicas; para as demais áreas, mantém-se o regime de concessão, previsto na Lei nº9.478/1997, observando-se, para o pré-sal, o seguinte: (i) são ressarcidos os custos de investimentos na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações, apenas em caso de descoberta comercial; (ii) os royalties são de 15% do volume bruto da produção; (iii) após o ressarcimento dos custos e a apropriação do volume de produção relativa aos royalties, o excedente em óleo é partilhado entre a União e o contratado, em percentuais estabelecidos no contrato, que devem ser superiores ao

> percentual mínimo estabelecido pelo Conselho Nacional de Política Energética (art. 2º, III, da Lei nº 12.351/2010);(iv) a Petrobrás é operadora em todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, assegurada a participação mínima de 30% no consórcio que será obrigatoriamente criado entre ela e as empresas vencedoras do certame (art. 4º c/c 10, "c", da Lei nº 12.351/2010); (v) a União não assumirá os riscos das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção decorrentes do contrato de partilha da produção (art. 5º da Lei nº 12.351/2010); (vi) cabe ao Ministério de Minas e Energia propor ao CNPE o bloco a ser licitado, e os parâmetros técnicos e econômicos do contrato de partilha da produção, dentre eles: o percentual mínimo do excedente em óleo da União; participação mínima da Petrobras no consórcio; limites, prazos, critérios e condições para o cálculo e apropriação pelo contratado do custo em óleo e do volume da produção correspondente aos royalties devidos; conteúdo local mínimo e outros critérios relacionados ao desenvolvimento da indústria nacional; e valor do bônus de assinatura (art. 10 da Lei nº12.351/2010). 6. A União pode contratar diretamente a Petrobrás para realizar a exploração e produção do pré-sal (art. 8º da Lei nº 12.351/2010) ou optar pelo leilão sob o regime da partilha, cabendo à administração, sem intromissão do Judiciário, avaliar a opção mais adequada ao interesse público, o que, no caso da Primeira Rodada/"Campo de Libra", foi a segunda opção. Tampouco há que se impor à União, via Poder Judiciário, a decisão prevista no art. 12, da Lei nº 12.351/2010, que consiste em impor a contratação da Petrobrás exclusivamente para a "preservação do interesse nacional", pois o comando normativo não deixa dúvida de que a manifestação do CNPE excluindo a contratação privada constitui situação excepcional, a demandar justificativa específica, e não, como querem fazer crer os autores, a regra ou situação presumível. [...][36]

Portanto, pode-se consignar que em todas as modalidades de contratação as atividades de exploração e produção são de inteira responsabilidade da empresa contratada, não havendo nenhuma garantia de sucesso prestada pela União. O que

[36] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível/Reexame Necessário. Nº 0016076-76.2013.4.02.5101. Sexta Turma Especializada. Apelante: Vivaldo Vieira Barbosa e outro. Apelado: ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Des. Nizete Lobato Carmo. Rio de Janeiro, 20 de abril de 2016. *Disponível em*: <http://www10.trf2.jus.br/portal?movimento=cache&q=cache:thJUVUU_XCcJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201351010160764%26coddoc%3D145920%26datapublic%3D2016-05-03%26pagdj%3D601-+0016076-76.2013.4.02.5101&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. *Acesso em*: 13 maio 2018

diferencia as modalidades é a titularidade do produto obtido e a maneira de remuneração das empresas contratadas e da União.

Giambiagi e Lucas entendem que a nova regulamentação do setor de petróleo brasileiro inaugurou uma "era de incerteza" e insegurança jurídica, em virtude da convivência entre o regime jurídico da concessão e o regime jurídico da partilha de produção e, também, da maior intervenção do Estado no setor.[37]

2.4 Entidades que atuam no setor

Di Pietro afirma que a Administração Pública, em seu sentido subjetivo, compreende as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes públicos que exercem a função administrativa do Estado.[38]

A atividade administrativa é exercida, tipicamente, pelo Poder Executivo e atipicamente pelos poderes Judiciário e Legislativo. Porém, é inviável que o chefe do Poder Executivo exerça todas as funções administrativas do Estado e, por isso, há a desconcentração e a descentralização do poder. Conforme preleciona Marçal Justen Filho, a desconcentração ocorre quando há a criação de órgãos no âmbito de uma só pessoa jurídica. Na desconcentração os poderes e atribuições continuam na titularidade da mesma pessoa jurídica, havendo apenas uma distribuição interna do poder. Já na descentralização há a criação de novas pessoas jurídicas, com a transferência dos poderes e atribuições de uma pessoa jurídica para outra autônoma e distinta.[39]

A Constituição Federal instituiu como titular da função administrativa as pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), denominando-se como Administração Direta o conjunto desses entes políticos e de seus órgãos. Eles executam diretamente as atividades administrativas que lhes foram

[37] GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[38] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[39] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

delegadas pela Constituição. Porém, existe também o exercício das atividades administrativas de modo indireto, através da transferência de uma parcela de seus poderes e competências a outras pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado. Tais entidades constituem a chamada Administração Indireta do Estado.[40]

No setor de petróleo existem tanto órgãos da Administração Direta, como o Ministério de Minas e Energia e o Conselho Nacional de Política Energética, quanto entidades da Administração Indireta, como a ANP e a Petrobras.

Esses atores são os principais responsáveis por desenvolver a atividade econômica derivada da exploração e produção de óleo e gás nacional, regidos pelas leis que compõem o arcabouço legal do setor.

2.4.1 Atores governamentais

O Ministério de Minas e Energia (MME) é um órgão diretamente vinculado à Presidência da República e possui como competência a administração dos recursos naturais relativos às áreas de geologia; recursos minerais e energéticos; aproveitamento da energia hidráulica, mineração e metalurgia; petróleo, combustível e energia elétrica inclusive nuclear; e energização rural e agroenergia; conforme o Decreto nº 8.871, de 06 de outubro de 2016.[41]

O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) foi criado pela Lei do Petróleo e, conforme seu artigo 2º, é um órgão vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia. O CNPE assessora o Presidente da República, propondo políticas nacionais e diretrizes específicas para o

[40] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[41] BRASIL. *Decreto nº 8.871, de 6 de outubro de 2016*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério de Minas e Energia, remaneja cargos em comissão e funções gratificadas e substitui cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superior - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo Federal - FCPE. Brasília, 2016. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8871.htm>. *Acesso em*: 29 mar. 2018.

setor energético. Ainda de acordo com o artigo 2º da Lei nº 9.478/1997, cabe ao CNPE, dentre outras atribuições, definir os blocos de petróleo e derivados a serem objeto de concessão ou partilha de produção.[42]

A Lei nº 9.478/1997 também instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), nos termos do artigo 177, §2º, III da Constituição Federal, sob o regime de autarquia especial. A ANP é o órgão regulador do setor de petróleo e gás natural e é vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Nos termos do artigo 8º, da Lei do Petróleo, a finalidade da ANP é promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades da indústria petrolífera. Esse mesmo artigo, em seu inciso IV, dispõe que a ANP é a responsável por elaborar os editais e promover as licitações para concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural, devendo, também, celebrar e fiscalizar os contratos decorrentes dessas licitações.[43] Assim, a administração do monopólio da União foi passada para a ANP pela Lei nº 9.478/1997, o que fez com que a agência se tornasse agente da União.[44]

Por ser uma agência reguladora sob regime de autarquia especial, a ANP é uma pessoa jurídica de direito público, que integra a Administração Pública indireta. Ademais, é titular de competência regulatória setorial, podendo editar normas para o setor petrolífero.[45]

No que diz respeito à exploração e produção de petróleo e gás natural,

> a ANP promove estudos geológicos e geofísicos para ampliar o conhecimento sobre as reservas brasileiras de petróleo e gás; guarda e organiza os dados coletados nestes estudos; sugere ao

[42] BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. *Acesso em*: 10 mar. 2018.

[43] BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. *Acesso em*: 10 mar. 2018.

[44] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[45] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

> governo as áreas a serem licitadas; promove as rodadas de licitações e assina os contratos de concessão em nome da União.[46]

A Petróleo Brasil S.A. (Petrobras) é uma sociedade de economia mista, que teve sua criação autorizada pela Lei nº 2.004/1953. É uma empresa de capital aberto, cuja maioria das ações pertence à União, que detém o seu controle. Conforme seu portal eletrônico, a Petrobras é uma companhia que "atua de forma integrada e especializada na indústria de óleo, gás natural e energia".[47]

Por ser uma sociedade de economia mista, a Petrobras é uma pessoa jurídica de direito privado, sob a forma de sociedade anônima, integrante da Administração Pública indireta. O seu capital social é formado por uma conjugação de capital público e privado e ela também está sujeita à Lei das Sociedades por Ações, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.[48]

A Petrobras exerceu o monopólio das atividades petrolíferas no Brasil até o ano de 1997, quando houve a flexibilização do monopólio da União sobre a pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e seus derivados. Após a flexibilização, a União pôde contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de exploração e produção de petróleo. Com isso, a Petrobras perdeu o seu monopólio e concorre com as demais empresas nas mesmas condições, atuando como uma empresa concessionária.[49]

Com a descoberta do pré-sal, a Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010 autorizou a criação da empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), sob a forma de sociedade anônima.

---

[46] ANP. INSTITUCIONAL. *Disponível em*: <http://www.anp.gov.br/institucional>. *Acesso em*: 08 abr. 2018.
[47] PETROBRAS. PERFIL. *Disponível em*: <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/>. *Acesso em*: 08 abr. 2018.
[48] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[49] TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). *Marcos regulatórios da indústria mundial do petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia: EPE, 2011.

A PPSA é uma empresa vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo MME. Conforme o artigo 4º, I da Lei nº 12.304/2010, à PPSA compete a prática dos atos necessários à gestão dos contratos de partilha de produção, especialmente representando a União nos consórcios instituídos para a execução dos contratos de partilha de produção e defendendo os interesses da União nos comitês operacionais.[50]

É, ainda, competência da PPSA, fornecer à ANP todas as informações necessárias ao exercício da sua função regulatória, consoante Decreto nº 8.063, de 1º de agosto de 2013, que criou a empresa PPSA.[51]

Esses são, portanto, os principais entes estatais, tanto da administração direta quanto da indireta, que compõem o setor petrolífero brasileiro.

2.4.2 Entes privados

Um dos entes privados de maior atuação no setor petrolífero é o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP), que é uma associação sem fins lucrativos e que, conforme descrito em seu portal eletrônico, atua abertamente em toda a cadeia petrolífera, buscando o equilíbrio de interesses e a cooperação entre os representantes da indústria de petróleo, gás e biocombustíveis. O IBP participa dos fóruns e audiências públicas em que se discutem a fiscalização e a regulamentação do setor, atuando em defesa da indústria petrolífera.[52]

---

[50] BRASIL. *Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010*. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12304.htm> *Acesso em*: 15 abr. 2018.

[51] BRASIL. Decreto nº 8.063, de 1º de agosto de 2013. Cria a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. - PPSA, aprova o seu Estatuto Social, e dá outras providências. Brasília, 2013. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8063.htm>. *Acesso em*: 20 maio 2018.

[52] IBP. QUEM SOMOS. *Disponível em*: < https://www.ibp.org.br/quem-somos/>. *Acesso em*: 15 abr. 2018.

As demais entidades privadas que atuam no setor de petróleo são as empresas concessionárias, que participam das licitações e, ao serem vencedoras, realizam os contratos de concessão ou partilha de produção, a depender dos blocos de petróleo a serem outorgados. Tais empresas desenvolvem as atividades de exploração, produção, refino, exportação, importação de petróleo, gás natural, biocombustíveis e seus derivados. A título de exemplo, algumas dessas empresas são: Shell, Statoil, Chevron, British Petroleum, OGX.

Conforme discorrido neste capítulo, a partir da Emenda Constitucional nº 9/1995 o monopólio da União sobre "a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos"[53] foi flexibilizado, nos termos do artigo 177, inciso I e § 1º da Constituição Federal de 1988. Em consequência à referida flexibilização, a Constituição Federal de 1988 autorizou a União a contratar empresas estatais ou privadas para realizar a exploração dos blocos de petróleo e derivados. Essas contratações devem ocorrer por meio de licitações e devem ser firmadas mediante contrato administrativo, conforme será exposto no capítulo a seguir.

3 LICITAÇÕES E CONTRATOS APLICADOS À DESESTATIZAÇÃO DOS BLOCOS DE PETRÓLEO E GÁS DA UNIÃO

Conforme será explicitado a seguir, a exploração dos blocos de petróleo, gás natural e seus derivados constitui monopólio da União, mas é possível a contratação de empresas públicas ou privadas para a realização dessas atividades. Assim, neste capítulo será abordado o fato de que a desestatização dos blocos exploratórios de petróleo e gás natural deve ser, na maioria das vezes, precedida de licitação e realizada por meio de contrato administrativo.

3.1 Disposições gerais

[53] BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mar. 2018.

3.1.1 Licitações

Licitação é um procedimento administrativo formal que, conforme o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, deve preceder a contratação de obras, serviços, compras e alienações públicas.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi editada para regulamentar o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, citado acima, instituindo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

Um artigo importante da referida lei de licitações e contratos é o seu artigo 3º, que dispõe sobre as finalidades da licitação:

> A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.[54]

Com esse dispositivo é possível identificar que a licitação não possui um fim em si mesma, mas é um instrumento para o alcance de determinadas finalidades.[55]

O princípio constitucional da isonomia está relacionado ao princípio da impessoalidade e é prestigiado nas licitações quando é assegurada a igualdade de condições de todos os concorrentes. Assim, é proibida a discriminação arbitrária ou o favorecimento de determinada empresa com base em interesses particulares.[56] No caso do setor petrolífero, todas as empresas participantes do certame para outorga de

[54] BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. *Acesso em*: 15 abr. 2018.

[55] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[56] NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacinto Arruda; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

um bloco de exploração de petróleo e seus derivados, inclusive a Petrobras, devem concorrer em igualdade de condições, para que o princípio da isonomia seja atingido. Portanto, mesmo a Petrobras sendo uma empresa estatal, com capital social majoritariamente público, ela não deve ter vantagens nos processos licitatórios de outorga de blocos de petróleo para exploração e produção, a não ser nos casos excepcionais, previstos em lei.

Somente no regime da cessão onerosa essa regra não é atendida, visto que a Lei nº 12.276/2010 deixa explícito, em seu artigo 1º, que a licitação é dispensada e, com isso, a União foi autorizada a ceder onerosamente à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e seus derivados em áreas localizadas no pré-sal, que ainda não tiverem sido concedidas, dentro dos limites legais.[57]

Em regra, a proposta mais vantajosa para a administração é aquela que contempla a maior qualidade e o melhor custo-benefício econômico para a administração, visto que os recursos públicos são escassos e devem ser bem aproveitados.[58] Os critérios para avaliação das propostas devem estar fixados no edital do certame, para que a proposta mais vantajosa para a administração seja escolhida com base em critérios objetivos, previamente definidos.[59]

Outro objetivo das licitações, conforme artigo 3º, da Lei nº 8.666/1993, é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e, portanto, a licitação deve ter em seu instrumento convocatório requisitos que exijam que as empresas

[57] BRASIL. *Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010*. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm> Acesso em: 28 mar. 2018.

[58] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[59] NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacinto Arruda; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

participantes além de produzirem com máxima efetividade, atendam às necessidades humanas e preservem o meio ambiente.[60]

No setor petrolífero, essa preocupação com a sustentabilidade é de suma importância, visto que acidentes que ocorram em plataformas de petróleo ou no transporte do petróleo e seus derivados causam grandes repercussões no meio ambiente.

Um exemplo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável encontra-se no edital da quarta rodada de licitações de partilha de produção, publicado pela ANP em abril de 2018. Nesse instrumento convocatório, há a computação de pontos favoráveis às empresas que tenham experiência em atividades de E&P em áreas ambientalmente sensíveis e que sigam as melhores práticas da indústria do petróleo. Há também o cômputo de pontuação para empresas que possuam uma política de Segurança, Meio ambiente e Saúde (SMS).[61]

As modalidades de licitação estão previstas no artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, sendo elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Existe, ainda, a modalidade chamada de pregão, disciplinada pela Lei nº 10.520/2002.

Conforme será abordado no item 2.3 deste trabalho, a legislação do setor de petróleo e gás natural determina que as licitações para outorga de blocos exploratórios de petróleo e derivados no regime da partilha de produção sejam realizadas na modalidade leilão. Não há determinação expressa quanto à modalidade a ser utilizada nas licitações realizadas no regime da concessão, mas o costume é que a ANP, responsável por realizar as licitações, adote a modalidade leilão também para esse regime.

---

[60] NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacinto Arruda; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[61] ANP. EDITAL DE LICITAÇÕES. 4ª RODADA DE LICITAÇÕES DE PARTILHA DE PRODUÇÃO. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P4/Edital/edital_lp4.pdf>. *Acesso em*: 12 maio 2018.

3.1.2 Contratos

Marçal Justen Filho conceitua contrato administrativo em sentido amplo como sendo "o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa"[62]

O contrato administrativo é um acordo de vontades entre o particular e a administração pública, com a finalidade de constituir uma relação jurídica que satisfaça as necessidades da administração pública ou delegue ao particular o exercício de determinadas competências públicas.[63]

Por ser um acordo de vontades, o contrato administrativo só se aperfeiçoa com o assentimento do particular, que passa a ter direitos e obrigações perante o poder público contratante.[64]

Após a escolha da empresa com a melhor proposta para a administração, por meio da licitação, a ANP é a responsável por celebrar o contrato para a exploração e produção de petróleo, gás natural e biocombustíveis entre a Administração Pública e a empresa ou consórcio de empresas concessionárias, conforme artigo 8º, IV, da Lei nº 9.478/1997.[65]

Tais contratações são realizadas por meio de contratos de concessão, em sentido amplo, mesmo se regerem outorgas de blocos de E&P pelos regimes de partilha de produção ou cessão onerosa.

---

[62] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 302.
[63] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
[64] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[65] BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. *Acesso em*: 10 mar. 2018.

Nos contratos de concessão, a Administração concede a particulares o direito de exploração econômica de determinada atividade que seria de atribuição do Estado.[66]

Esse é justamente o caso da outorga de blocos exploratório de petróleo, na qual a União, que detém o monopólio da atividade de exploração e produção de petróleo e derivados, concede às empresas concessionárias o direito de realização dessas atividades nos blocos outorgados, por sua conta e risco, conforme o disposto no artigo 177, § 1º, da CF/1988.[67] Desse modo, as concessionárias se tornam proprietárias do produto da lavra, mas têm que remunerar a União da maneira especificada no contrato de concessão assinado pelas partes.

3.2 Obrigatoriedade de licitação

Nos termos do artigo 2º da chamada Lei de licitações e contratos administrativos,

> As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.[68]

Portanto, de acordo com o artigo 37, XXI, da Constituição Federal e com o artigo 2º da Lei nº 8.666/1993, a ocorrência de licitação como pressuposto para a contratação é a regra geral, sendo sua eventual ausência admitida somente como exceção, nas hipóteses estabelecidas em lei.[69]

---

[66] NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacinto Arruda; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) . *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[67] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.

[68] BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. *Acesso em*: 15 abr. 2018.

[69] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

A lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) também consignou, em seu artigo 23, que os contratos de concessão serão precedidos de licitação, na forma da lei. Além do mais, a Lei nº 12.351/2010 determinou, em seu artigo 8º, que os contratos de partilha de produção serão contratados mediante licitação na modalidade leilão ou diretamente com a Petrobras, caso em que será dispensada a licitação.

Outro regime de contratação que dispensou explicitamente a licitação foi o regime da cessão onerosa, conforme é possível verificar no artigo 1º da Lei nº 12.276/2010:

> Fica a União autorizada a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal. (grifo nosso)[70]

Na cessão onerosa, a União contratou diretamente a Petrobras, mas trata-se de um único contrato, somente para áreas localizadas no pré-sal e com o limite de extração de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo pela Petrobras.

Portanto, a contratação direta continua sendo uma exceção, enquanto a realização de licitação para a desestatização dos blocos de petróleo e gás natural é a regra geral.

3.3 Desestatização dos blocos exploratórios de petróleo e gás natural

A União, conforme artigo 177, I, da Constituição Federal, possui o monopólio da pesquisa e da lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, porém, o parágrafo 1° do mesmo artigo concede à União a possibilidade de contratar empresas públicas ou privadas para realizar as referidas

[70] BRASIL. *Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010*. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm> Acesso em: 28 mar. 2018.

atividades. A esse procedimento dá-se o nome de desestatização, visto que o Estado deixa de realizar a exploração e produção do petróleo e seus derivados de maneira direta e concede o direito de realização dessas atividades para empresas estatais ou privadas. As jazidas e demais recursos minerais continuam sendo de propriedade da União, conforme artigo 176 da CF, mas as empresas contratadas se tornam proprietárias do produto da lavra produzido por elas.[71]

Conforme abordado no item 2.1.2, a desestatização ocorre mediante concessão, que, de acordo com Wald, é o ato pelo qual o Poder Público concede a outra pessoa jurídica o direito de explorar uma atividade econômica, que no caso em questão é a atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural, durante certo período. Com a concessão, a exploração da atividade ocorre por conta do concessionário, que possui encargos ou obrigações estabelecidas no contrato de concessão.[72]

O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), conforme já falado anteriormente neste trabalho, é o responsável por definir quais os blocos que serão objeto de concessão ou partilha de produção, definindo, também, se será dispensada a licitação em virtude da contratação direta da Petrobras nos contratos de partilha de produção. Entretanto, cabe à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) promover as licitações, tanto no regime da concessão quanto no regime da partilha de produção, e celebrar os contratos de concessão em nome da União.[73]

Conforme Resolução nº 18, de 18 de março de 2015, da ANP, a referida Agência conduzirá todas as etapas da licitação, mas poderá contratar agentes externos para realizarem serviços de apoio.[74]

---

[71] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.
[72] WALD, Arnoldo. *Pareceres*: Direito das concessões. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. v.3.
[73] QUINTANS, Luiz Cesar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015.
[74] BRASIL. Resolução ANP nº 18, de 18 de março de 2015. *Disponível em*: <http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/resolucoes_anp/2015/mar%C3%A7o/ranp%2018%20-%202015.xml?f=templates&fn=document-frameset.htm>. *Acesso em*: 20 maio 2018.

Conforme descrito no portal eletrônico da ANP, nas licitações de blocos de petróleo sob o regime jurídico da concessão, as empresas interessadas oferecem um valor em bônus de assinatura e propõe um Programa Exploratório Mínimo, se comprometendo a realizar determinadas atividades. Assim, a empresa ou consórcio vencedor, consoante artigo 40 da Lei nº 9.478/1997, será o que oferecer a proposta mais vantajosa, de acordo com os critérios legais e com os critérios do edital da licitação.[75]

O artigo 42 da Lei do Petróleo consignou que, em caso de empate entre a Petrobras e outras empresas concorrentes a licitação será decidida a favor da Petrobras, se ela estiver concorrendo sozinha, sem fazer parte de um consórcio de empresas.[76]

A Lei nº 9.478/1997 dispôs, ainda, que o contrato de concessão deverá conter duas fases: a fase de exploração, na qual são incluídas as atividades de avaliação e descoberta das jazidas de petróleo e gás natural e de sua rentabilidade e comercialidade; e a fase de produção, na qual são incluídas as atividades de desenvolvimento para viabilização da exploração e as atividades de extração de petróleo e derivados.[77]

No caso dos contratos sob o regime da partilha de produção, quando o CNPE decide realizar as licitações ao invés de contratar diretamente a Petrobras, ele ainda deve oferecer à Petrobras a preferência para ser a operadora dos blocos a serem contratados, nos termos do artigo 4º da Lei da Partilha de Produção (Lei nº 12.351/2010). Caso a Petrobras aceite ser a operadora dos blocos, se tornando a responsável pela execução do contrato, essa informação constará no edital de licitação e a empresa vencedora da licitação formará um consórcio com a Petrobras, que terá uma participação de, no mínimo, 30% do consórcio. Conforme artigo 20, §

[75] ANP. OS REGIMES DE CONCESSÃO E DE PARTILHA. RODADAS DE LICITAÇÕES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/entenda-as-rodadas/os-regimes-de-concessao-e-de-partilha>. *Acesso em*: 20 mai. 2018.
[76] QUINTANS, Luiz Cesar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015.
[77] QUINTANS, Luiz Cesar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015.

2º da referida lei, os direitos e obrigações dos contratados e da Petrobras serão proporcionais à sua participação no consórcio.[78]

O referido consórcio contará, ainda, com a participação da empresa estatal PPSA, que conforme artigo 8º, § 2º, Lei nº 12.351/2010,

> não assumirá os riscos e não responderá pelos custos e investimentos referentes às atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção decorrentes dos contratos de partilha de produção.[79]

Importante consignar que a PPSA participará do consórcio formado entre as empresas contratadas pela União para explorar os blocos de petróleo e gás natural sob o regime da partilha de produção, mesmo se a Petrobras não aceitar ser a operadora dos blocos, consoante artigo 20, da Lei nº 12.351/2010, visto que a PPSA participa como representante dos interesses da União.[80]

Na visão de Giambiagi e Lucas, essa obrigatoriedade de participação da Petrobras nos consórcios decorrentes das licitações sob o regime da partilha de produção, nas quais a Petrobras escolhe ser a operadora dos blocos, retoma, em

[78] BRASIL. *Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm> *Acesso em*: 17 mar. 2018.

[79] BRASIL. *Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm> *Acesso em*: 17 mar. 2018.

[80] BRASIL. *Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm> *Acesso em*: 17 mar. 2018.

menor grau, o monopólio da Petrobras que vigorava antes da Emenda Constitucional nº 9/1995.[81]

Nas licitações de blocos a serem concedidos sob o regime da partilha de produção, promovidas pela ANP, será vencedora a empresa que oferecer à União a maior parcela do excedente em óleo, ou seja, a maior parcela de petróleo e gás natural.[82]

Para o regime da concessão, não há obrigatoriedade de que a licitação ocorra na modalidade leilão, visto que a Lei nº 9.478/1997 dispõe apenas que os contratos de concessão serão precedidos de licitação, nos termos da lei. Já no caso da partilha de produção, a Lei nº 12.351/2010 deixa claro em seu artigo 8º, II, que, se o CNPE decidir realizar a licitação, a mesma ocorrerá na modalidade leilão.

As licitações ocorrem por rodadas e, a cada Rodada de Licitações, a ANP institui, mediante Portaria, uma Comissão Especial de Licitação (CEL), que se torna responsável pela contratação das atividades de exploração e produção de petróleo e seus derivados. Compete a essa comissão, a apreciação e julgamento da habilitação dos concorrentes, a análise e classificação das propostas apresentadas pelos interessados, a divulgação do resultado da licitação, dentre outras atribuições.[83]

Ao todo, a ANP já realizou 15 Rodadas de Licitação de Blocos sob o regime da concessão. A 15ª Rodada de Licitação de Blocos ocorreu no dia 29 de março de 2018 e arrecadou mais de 8 bilhões em bônus de assinatura, conforme portal eletrônico da ANP.[84]

Do mesmo modo, no dia 24 de novembro de 2017 foi publicada a Resolução nº 21 do CNPE, que autorizou a ANP a realizar a 4ª Rodada de Licitações sob o

[81] GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo*: *reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[82] ANP. OS REGIMES DE CONCESSÃO E DE PARTILHA. RODADAS DE LICITAÇÕES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/entenda-as-rodadas/os-regimes-de-concessao-e-de-partilha>. *Acesso em*: 20 mai. 2018.
[83] QUINTANS, Luiz Cesar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015.
[84] ANP. 15ª RODADA DE LICITAÇÃO DE BLOCOS. RESULTADOS. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/15-rodada-de-licitacao-de-blocos/resultado>. *Acesso em*: 20 maio 2018.

regime de partilha de produção. Essa rodada aconteceu no dia 07 de junho de 2018, arrecadou R$ 3,15 bilhões em bônus de assinatura e, conforme *site* da ANP, gerará R$ 738 milhões em investimentos previstos para a fase de exploração. A quarta rodada ainda está em andamento, pois a assinatura dos contratos de partilha de produção deverá acontecer até o dia 30 de novembro de 2018.[85]

Está em andamento, também, a 5ª Rodada de Licitações sob o regime de partilha de produção, cuja sessão pública para apresentação das ofertas pelas empresas participantes ocorrerá no dia 28 de setembro de 2018, conforme cronograma disponibilizado no portal eletrônico da ANP.[86]

Como as desestatizações apontadas neste segundo capítulo dizem respeito a bens e atividades privativas da União e envolvem recursos públicos federais, cabe ao TCU a fiscalização de todo o procedimento licitatório e a fiscalização da execução dos contratos de outorga firmados entre a União e as empresas concessionárias, consoante será abordado e exemplificado no próximo capítulo.

4 CONTROLE EXTERNO NAS DESESTATIZAÇÕES DE BLOCOS DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL

4.1 Controle Externo

Conforme preleciona Di Pietro, o controle da Administração Pública pode ser definido como:

> o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.[87]

[85] ANP. 4ª RODADA DE PARTILHA DE PRODUÇÃO – PRÉ-SAL. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/4-rodada-de-partilha-de-producao-pre-sal>. *Acesso em*: 29 ago. 2018.
[86] ANP. 5ª RODADA DE PARTILHA DE PRODUÇÃO – PRÉ-SAL. CRONOGRAMA INDICATIVO. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/5-rodada-de-partilha-de-producao-pre-sal/cronograma-indicativo >. *Acesso em*: 29 ago. 2018.
[87] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 882.

Assim, de acordo com Maria Di Pietro, a Constituição estabelece um sistema de controle dos órgãos e entidades da Administração Pública em sentido amplo, a fim de assegurar que a Administração Pública como um todo exerça sua função em conformidade com os princípios jurídicos como a legalidade, finalidade pública, publicidade e os demais dispostos na Constituição e nas leis infraconstitucionais. Esse controle deve se limitar ao que está estabelecido na Constituição Federal, visto que é um tipo de interferência de um Poder sobre os outros e, portanto, trata-se de uma exceção ao princípio da separação dos poderes que não deve ser ampliada pela legislação infraconstitucional. [88]

Di Pietro explica ainda que, em decorrência da sua finalidade corretiva, o exercício do controle não pode ser negligenciado pelos órgãos a que a legislação constituiu esse poder-dever, sob pena de responsabilização pela omissão do responsável.[89]

Existem várias modalidades de classificação do controle, sendo uma delas a classificação do controle em interno e externo. O controle interno é aquele realizado em cada um dos Poderes sobre os seus próprios agentes e atos. Já o controle externo é exercido por um Poder sobre atos de outro Poder.[90]

Em relação às outorgas de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural o controle exercido é o controle externo, visto que o TCU, prestando auxílio ao Congresso Nacional, fiscaliza os procedimentos licitatórios, a realização dos contratos de concessão e a execução desses contratos realizados pela União, representada pela ANP e pelo CNPE. Portanto, têm-se uma fiscalização do Poder Legislativo sobre atos do Poder Executivo.

O artigo 70 da Constituição Federal de 1988 consigna que:

> A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade,

[88] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[89] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[90] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

> aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.[91]

Consoante Justen Filho, "o controle externo consiste na submissão da atividade administrativa à fiscalização exercitada por órgãos externos à estrutura do Poder que os praticou". [92]

O controle externo se constitui em uma função específica e diferenciada que a Constituição Federal reservou a Poderes e órgãos determinados e que também se manifesta como um poder-dever desses órgãos.[93]

Porém, conforme discorre Justen Filho, existem limites para o exercício do controle externo, visto que o seu exercício não significa a supressão da separação de Poderes e sim a manutenção do equilíbrio entre eles. Assim, em regra, o titular do controle externo não adentra no mérito dos atos administrativos controlados e não tem competência para editar atos administrativos em lugar dos atos defeituosos. A competência para edição de atos continua sendo do órgão controlado e ao órgão controlador, em regra, cabe a desconstituição de atos administrativos defeituosos.[94]

A Constituição Federal dispõe sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Estado na seção IX do capítulo que trata sobre o Poder Legislativo, nos artigos 70 a 75, o que demonstra e confirma que a fiscalização, mediante o exercício do controle externo, é função precípua do Poder Legislativo, juntamente com a sua função legislativa.

4.2 Papel do Tribunal de Contas da União

[91] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 29 jul. 2018.
[92] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1072.
[93] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
[94] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Nos termos do artigo 71 da Constituição Federal, o Congresso Nacional detém a titularidade do controle externo, mas ele o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU).[95] Esse mesmo artigo dispõe sobre as atribuições do TCU no que diz respeito ao exercício do controle externo.

Porém, é necessário consignar que o entendimento doutrinário é no sentido de que o TCU, apesar de prestar auxílio ao Congresso Nacional no exercício do controle externo, não possui nenhum vínculo de dependência hierárquica com o Poder Legislativo ou com qualquer outro Poder. Esse entendimento é fortalecido com o artigo 44 da Constituição Federal, que dispõe sobre os órgãos do Poder Legislativo e não inclui o TCU entre eles.[96]

O artigo 4º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992) diz, ainda, que o tribunal "tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência."[97]

Nos termos do artigo 5º da Lei Orgânica do TCU, estão sujeitas à jurisdição do Tribunal, dentre outras constantes no referido artigo, qualquer pessoa física, órgão ou entidade da administração direta e indireta da União que "utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária".[98]

Uma das principais atribuições do TCU é o exercício do controle externo na modalidade de fiscalização. De acordo com o artigo 70 da CF/1988, tal fiscalização

---

[95] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 29 jul. 2018.

[96] JUSTEN FILHO, Marçal**.** *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[97] BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm> *Acesso em*: 03 ago. 2018.

[98] BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm> Acesso em: 03 ago. 2018.

deve ser contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta.[99]

Como as atividades de pesquisa e exploração dos blocos de petróleo e gás natural constituem monopólio da União e este monopólio foi flexibilizado com a EC nº 9/1995, que permitiu que a União contrate empresas públicas ou privadas para realização dessas atividades[100], tal contratação deve ser fiscalizada pelo TCU, visto que essa é uma das atividades sujeitas à sua jurisdição.

A Lei Orgânica do TCU, em seu artigo 41, I, "b", dispõe que o TCU efetuará a fiscalização de atos de que resulte receita ou despesa, a fim de assegurar a eficácia do controle, competindo-lhe o acompanhamento dos editais de licitação e dos contratos, inclusive administrativos.[101]

As outorgas de blocos exploratórios de petróleo e seus derivados geram elevadas receitas à União, tanto no regime de concessão quanto no regime da partilha de produção, visto que as empresas outorgadas recebem o direito de explorar os blocos de petróleo, mas têm que pagar à União royalties, bônus de assinatura e participações especiais.[102] Portanto, a outorga de blocos de exploração e produção de petróleo e seus derivados resulta receitas à União e deve ser fiscalizada pelo TCU.

4.3 O controle externo nas desestatizações de blocos de petróleo e gás natural no Brasil, após a Emenda Constitucional nº 9/1995

Como esclarecido anteriormente neste trabalho, as licitações para a concessão de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural são regidas pelos

[99] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 29 jul. 2018.
[100] BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mar. 2018.
[101] BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm> Acesso em: 03 ago. 2018.
[102] ANP. EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE ÓLEO E GÁS. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/wwwanp/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas>. Acesso em: 17 mar. 2018.

artigos 175 a 177 da Constituição Federal, pela legislação específica, especialmente, as Leis nº 9.478/1997 e nº 12.351/2010 e pela Resolução nº 18/2015 da ANP.

Além das diretrizes emanadas pelas normas acima mencionadas, a outorga de áreas para exploração e produção de petróleo e seus derivados segue, também, as estratégias definidas pela Presidência da República e pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). Cabe ao CNPE, entre outras atribuições, definir os blocos que serão objeto de concessão ou partilha de produção e definir a estratégia de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria petrolífera. A ANP, conforme descrito no primeiro capítulo deste trabalho, é responsável pelas atividades operacionais inerentes ao planejamento e execução da outorga dos blocos exploratórios, incluindo a realização das licitações das áreas a serem outorgadas, bem como pela regulamentação do setor petrolífero.[103]

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a matéria atualmente encontra-se disciplinada pela Instrução Normativa nº 27/1998, editada pelo próprio TCU, que dispõe sobre o acompanhamento dos processos de desestatização, como consta em seu artigo 1º:

> Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes.[104]

O artigo 7º da IN nº 27/1998 do TCU dispõe que a fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas da União sobre os processos de outorga de concessão deverá ser prévia ou concomitante e deverá seguir quatro estágios determinados pela Instrução

[103] QUINTANS, Luiz Cesar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015.
[104] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018*.

Normativa, mediante análise dos documentos enviados ao Tribunal em cada estágio, conforme explicitado a seguir.[105]

No primeiro estágio, o TCU analisa o relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, o relatório dos estudos, levantamentos, projetos, obras e despesas já efetuados e vinculados à outorga e o relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais do empreendimento.[106]

No segundo estágio, conforme inciso II do artigo 7º da IN 27/1998 do TCU, ocorre a análise dos documentos relacionados à pré-qualificação dos licitantes, incluindo os recursos que forem interpostos e as decisões proferidas, além da análise do edital de licitação, da minuta do contrato e das comunicações e esclarecimentos eventualmente enviados às empresas participantes, bem como as impugnações ao edital e as respostas às impugnações.[107]

O inciso III do referido artigo dispõe sobre o terceiro estágio da fiscalização do TCU, que abrange a análise das atas e relatórios da fase de habilitação dos licitantes e das atas e relatórios da fase de julgamento das propostas, bem como de eventuais recursos e suas respostas.[108]

[105] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018*.

[106] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018*.

[107] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018*.

[108] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018*.

No último estágio, o TCU analisa o ato de outorga e o contrato de concessão realizado entre as empresas vencedoras do certame e a União.[109]

Nos termos do artigo 10 da IN nº 27/1998, mesmo se o processo de outorga de concessão se enquadrar nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstos em lei, o órgão ou entidade federal responsável pela outorga deverá encaminhar ao TCU, semestralmente, relatório sintético sobre as outorgas realizadas e sobre os contratos firmados no semestre anterior.[110]

Além dos processos de outorga das concessões de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, o TCU também é o responsável por fiscalizar a execução dos contratos de concessão, depois de finalizada a outorga. Conforme artigo 11 da IN nº 27/1998 do TCU, a fiscalização da fase de execução contratual observará se as normas pertinentes e as cláusulas contratuais estão sendo fielmente cumpridas pelos concessionários, bem como avaliará as ações e as diretrizes do órgão concedente e da agência reguladora do setor.[111]

Importante consignar que esse ano foi aprovada pelo TCU a Instrução Normativa nº 81/2018, que terá vigência a partir de janeiro de 2019 e revogará a IN nº 27/1998 do TCU, alterando o rito das fiscalizações instituído pela Instrução Normativa utilizada até dezembro de 2018[112].

---

[109] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018*.

[110] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018*.

[111] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018*.

[112] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 81 de 20 de junho de 2018*. *Disponível em:* < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO:%2528%22Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%22%2529%20NUMATO:%2281%22%20NUMANOATO:%222018%22/DTRELEVANCIA%20desc,NUMATO%20desc/0/%20> . *Acesso em*: 23 ago. 2018.

Todas as rodadas de licitação que ocorreram desde a Emenda Constitucional nº 9/1995 até a finalização deste trabalho (setembro de 2018), tanto na modalidade de concessão quanto na modalidade de partilha de produção, foram fiscalizadas pelo TCU e tiveram sua fiscalização regida pela IN nº 27/1998 do TCU, visto que a primeira rodada de licitação de blocos exploratórios de petróleo ocorreu em junho de 1999, pelo regime da concessão.[113]

Conforme descrito no portal eletrônico da ANP, já aconteceram 15 rodadas de licitação de blocos no regime de concessão e 5 rodadas de licitação de blocos no regime de partilha de produção, sendo que a décima quinta rodada de concessão e a quarta e a quinta rodadas de partilha de produção ainda estão em andamento.[114]

A título de exemplificação, seguem algumas decisões tomadas pelos Ministros do TCU no âmbito dos processos de fiscalização de algumas das referidas desestatizações.

Na primeira rodada de licitação de blocos exploratórios pelo regime de concessão, o TCU detectou a existência de falhas, mas elas não prejudicaram o andamento do procedimento licitatório. Entretanto, o TCU fez algumas determinações, tais como o envio de documentações faltantes e a regulamentação de itens do contrato a ser assinado, como visto a seguir:

> ACOMPANHAMENTO DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA ANP, VISANDO A CONCESSÃO DE ÁREAS NO TERRITÓRIO NACIONAL PARA A EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. DETECÇÃO DE FALHAS QUE, ENTRETANTO, NÃO PREJUDICARAM O ANDAMENTO DO PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO. DETERMINAÇÕES. O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1 aprovar com ressalva os três estágios da "Primeira Rodada de Licitações para Concessão de Permissão para Exploração e Produção de

[113] ANP. 1ª RODADA DE LICITAÇÃO DE BLOCOS. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/concessao-de-blocos-exploratorios-1/1-rodada-de-licitacao-de-blocos>. *Acesso em*: 25 ago. 2018.

[114] ANP. AS RODADAS DE LICITAÇÕES. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/entenda-as-rodadas/as-rodadas-de-licitacoes>. *Acesso em:* 25 ago. 2018.

> Petróleo e Gás Natural, realizada pela Agência Nacional de Petróleo (ANP); 8.2 determinar à Agência Nacional do Petróleo (ANP) que: 8.2.1 em relação ao primeiro estágio, encaminhe ao Tribunal de Contas da União, em futuras licitações, os estudos de viabilidade econômica para todos os blocos que façam parte dessas licitações, conforme previsto na alínea "a", inciso I, art. 7º, da Instrução Normativa TCU nº 27/98; 8.2.2 em relação ao segundo estágio: 8.2.2.1 regulamente o inciso I do art. 39 da Lei nº 9.478/97 uma vez que a regulamentação promovida pela Portaria ANP nº 105/1999 não atendeu ao disposto no item 8.1.1 da Decisão nº 351/1999; 8.2.2.2 adote para os contratos decorrentes da "Primeira Rodada de Licitações para Concessão de Permissão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural" o mesmo padrão utilizado nos contratos já assinados com a PETROBRÁS no que se refere à aplicação de penalidades, ante o que dispõe o art. 43, inciso XII, da Lei nº 9.478/93; 8.2.2.3 edite regulamentação relativa às penalidades previstas nos contratos assinados com a PETROBRÁS; [...][115]

Na quinta rodada de licitação para outorga de blocos exploratórios de petróleo e derivados, pelo regime de concessão, a ANP realizou a alteração de alguns procedimentos que eram adotados nas rodadas anteriores, e incluiu diretrizes ambientais relativas aos blocos marítimos ofertados. O TCU não encontrou falhas ou irregularidades em nenhum dos quatro estágios de fiscalização e, por isso, a rodada de licitação foi aprovada, como pode ser visto no voto do ministro relator, colacionado a seguir:

> Apresentada a documentação prevista no art. 7º da IN/TCU nº 27/98, não foram detectadas falhas ou irregularidades nos procedimentos adotados pela ANP, razão pela qual eles estão em condições de serem aprovados. 2.A registrar que, nesta quinta rodada de licitações, a ANP modificou alguns aspectos da sistemática que vinha sendo adotada nas rodadas anteriores. Modificaram-se, por exemplo, a forma de definição das áreas a serem licitadas (fls. 69/70, 72/73, v.p), as regras para as ofertas a serem apresentadas (fls. 70/71, v.p), os critérios de julgamento das propostas (fls. 78/81, v.p). Foi incluída a variável ambiental no processo de licitação (fls. 74/75, v.p).

[115] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 005.109/1999-0. Decisão nº 493/1999. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 04 de agosto de 1999. *Disponível em*: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC04933399P.pdf>. *Acesso em*: 25 ago. 2018.

> 3.Foram também atendidas as determinações feitas pelo TCU na Decisão nº 232/2002 - Plenário - TCU, relativa à terceira rodada de licitações, com a edição de norma definidora das penalidades aplicáveis às atividades da indústria de petróleo (Portaria ANP nº 234) e com a retirada, dos contratos de concessão, dos mecanismos de aprovação tácita ou automática (fl. 77, v.p). Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.[116]

A nona rodada de licitação dos blocos exploratórios de petróleo e seus derivados pelo regime da concessão ocorreu em 2007 e o valor agregado de bônus de assinatura alcançou o valor de R$ 2,1 bilhões, conforme *site* da ANP.[117] No processo de acompanhamento dessa rodada pelo TCU, o primeiro e o terceiro estágios de fiscalização foram aprovados sem ressalvas, por estarem de acordo com os requisitos determinados pela IN nº 27/1998 do TCU. O segundo estágio, porém, foi aprovado com ressalvas e o TCU fez algumas determinações à ANP, conforme acórdão colacionado a seguir:

> ACOMPANHAMENTO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. OUTORGA DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. NONA RODADA DE LICITAÇÕES. APROVAÇÃO DO PRIMEIRO E TERCEIRO ESTÁGIOS. APROVAÇÃO DO 2º ESTÁGIO COM RESSALVAS. DETERMINAÇÕES. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de acompanhamento da 9ª rodada de licitações com vistas à outorga de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. aprovar o 1º e 3º estágios da 9ª rodada de licitações em epígrafe; 9.2. aprovar com ressalvas o 2º estágio da 9ª rodada de licitações; 9.3. determinar à ANP que: 9.3.1. envie a este Tribunal a documentação pertinente à regulamentação do

[116] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas. TC 018.103/2002-4. Acórdão 520/2004. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 05 de maio de 2004. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/quinta%2520rodada%2520de%2520licita%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520desestatiza%25C3%25A7%25C3%25A3o/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/19/false>. *Acesso em*: 25 ago. 2018.

[117] ANP. 9ª RODADA DE LICITAÇÃO DE BLOCOS. *Disponível em*: <http://rodadas.anp.gov.br/pt/concessao-de-blocos-exploratorios-1/9-rodada-de-licitacao-de-blocos>. *Acesso em*: 30 ago. 2018.

> processo de certificação de conteúdo local relativo aos contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural e discrimine, pormenorizadamente, a sistemática que será adotada na fiscalização de conteúdo local; 9.3.2. atente quanto à inclusão, nos editais de licitações para concessões de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, das cláusulas obrigatórias previstas nos artigos 37 a 39 da Lei nº 9.478/1997; [Item tornado insubsistente pelo AC-0015-02/09-P.] 9.3.3. promova aditivos nos contratos decorrentes da presente 9ª rodada de licitações, de modo que conste indicação no sentido de que caberá ao concessionário o pagamento das indenizações devidas por desapropriações ou servidões necessárias ao cumprimento do contrato, em consonância com o art. 23, inciso IV, da Portaria ANP nº 174/1999, c/c art. 37, inciso V, da Lei nº 9.478/1997; [Item tornado insubsistente pelo AC-0015-02/09-P.] 9.4. [...].[118]

A décima quinta rodada de licitação para outorga de concessão de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural foi iniciada em dezembro de 2017 e ainda está em andamento, tendo o seu final previsto para o dia 30/11/2018. Porém, o TCU já analisou e encontrou indícios de irregularidades no primeiro estágio de fiscalização.

Uma das irregularidades foi o descumprimento do prazo para envio da documentação relativa ao primeiro estágio. Outra irregularidade, que resultou na edição de uma medida cautelar pelo TCU, foi a inclusão de dois blocos adjacentes à "Área de Saturno", um polígono do pré-sal, nessa rodada de licitação pelo regime da concessão. O TCU entendeu que a totalidade da "Área de Saturno" deveria ser declarada como estratégica e licitada na modalidade de partilha de produção. A escolha do CNPE de dividir a "Área de Saturno" e licitar uma parte pelo regime da concessão e a outra parte pelo regime de partilha de produção (na quarta rodada) levaria a União a uma situação desvantajosa, na qual perderia US$ 1,25 bilhão em bônus de assinatura, sem contar as demais parcelas governamentais. Assim, não

[118] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 007.195/2007-9. Acórdão 1283/2008. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 02 de julho de 2008. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/rodada%2520de%2520licita%25C3%25A7%25C3%25A3o/ANOACORDAO%253A%25222008%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/5/false>. *Acesso em*: 30 ago. 2018.

houve justificativa fundamentada para que a União suportasse essa renúncia de receitas e o TCU determinou, cautelarmente, a retirada dos dois blocos de exploração da décima quinta rodada, para que eles entrassem em uma das rodadas de licitação a serem realizadas pelo regime da partilha de produção. Segue acórdão do TCU:

> DESESTATIZAÇÃO. 15ª RODADA DE LICITAÇÕES PARA OUTORGA DE CONCESSÃO DE BLOCOS TERRESTRES E MARÍTIMOS PARA ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES AFETAS AO PRIMEIRO ESTÁGIO. DESCUMPRIMENTO DE DISPOSIÇÕES DA IN-TCU 27/1998 E DE DETERMINAÇÕES DESTA CORTE. PUBLICAÇÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO ANTES DA CONCLUSÃO DO EXAME DO PRIMEIRO ESTÁGIO. OMISSÃO NO ENCAMINHAMENTO DE TODOS OS DOCUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM A ESCOLHA DOS BLOCOS A SEREM OFERTADOS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS PARA DECISÃO DE SE PARTILHAR A ÁREA DE SATURNO EM BLOCOS OUTORGADOS MEDIANTE CONCESSÃO E EM BLOCOS OUTORGADOS POR PARTILHA DE PRODUÇÃO. CONTRADIÇÃO DE NOTAS TÉCNICAS APRESENTADAS. RISCO DE SUBAVALIAÇÃO DE ATIVOS. OITIVA PRÉVIA. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCARACTERIZAR A FUMAÇA DO BOM DIREITO E O PERIGO NA DEMORA. AUSÊNCIA DE PERIGO NA DEMORA REVERSO. MEDIDA CAUTELAR SUSPENSIVA DO CERTAME APENAS NO QUE SE REFERE AOS BLOCOS S-M-645 E S-M-534. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS À UNIDADE TÉCNICA PARA INSTRUÇÃO DE MÉRITO. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de desestatização referente à 15ª Rodada de Licitações para blocos terrestres e marítimos, com vistas à outorga de contratos de concessão para atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em: 9.1. com fundamento no art. 276, **caput**, do Regimento Interno, determinar a suspensão cautelar dos procedimentos de oferta pública dos blocos S-M-645 e S-M-534, no âmbito da 15ª Rodada de Licitações, até que o Tribunal se pronuncie definitivamente quanto ao mérito das irregularidades apontadas nos autos; 9.2. encaminhar cópia deste Acórdão ao

> Conselho Nacional de Política Energética, à Agência Nacional do Petróleo, ao Ministério de Minas e Energia e à Secretaria-Geral da Presidência da República; e 9.3. [...].[119]

Esta recente atuação do TCU demonstrou a importância do controle externo ao realizar a fiscalização e o acompanhamento das rodadas de licitação para outorga dos blocos de exploração e produção de petróleo e derivados, visto que anteviu um prejuízo para a União de mais de um bilhão de dólares e determinou a correção do edital de licitação a tempo de evitar a renúncia de receitas.

A primeira rodada de licitação de blocos exploratórios de petróleo pelo regime da partilha de produção aconteceu no ano de 2013 e a rodada foi aprovada com ressalvas pelo TCU, em virtude de a ANP não ter observado o prazo determinado na IN 27/1998 do TCU para envio da documentação relativa ao quarto estágio da fiscalização ao Tribunal. Em relação ao primeiro estágio, a ANP cumpriu a determinação feita pelo TCU no Acórdão nº 2.736/2013 e obteve junto ao CNPE a aprovação para alteração do modelo do custo em óleo. Segue o acórdão proferido no processo de fiscalização e acompanhamento desta rodada:

> ACOMPANHAMENTO DA PRIMEIRA RODADA DE LICITAÇÕES NO REGIME DE PARTILHA PARA OUTORGA DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO PRÉ-SAL. ANÁLISE DO SEGUNDO, TERCEIRO E QUARTO ESTÁGIOS, CONFORME INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU 27/1998. APROVAÇÃO COM RESSALVAS. CIÊNCIA. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: 9.1. aprovar o segundo e o terceiro estágios de acompanhamento de outorga de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, relativos à Primeira Rodada de Licitações no regime de partilha de produção, com espeque no art. 7º da Instrução Normativa TCU 27/1998; 9.2. aprovar, com ressalva, o quarto estágio de acompanhamento de outorga de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, relativo à Primeira Rodada de

[119] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 000.016/2018-7. Acórdão 672/2018. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP; Ministério de Minas e Energia. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 28 mar. 2018. *Disponível em*: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/rodada%2520de%2520licita%25C3%25A7%25C3%25A3o/ANOACORDAO%253A%25222018%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/22/false>. *Acesso em*: 30 ago. 2018.

> Licitações no regime de partilha de produção, com fulcro no art. 7º da Instrução Normativa TCU 27/1998; 9.3. dar ciência à ANP que, no encaminhamento dos documentos relativos ao quarto estágio de acompanhamento do leilão em epígrafe, não foram atendidos os prazos estabelecidos na Instrução Normativa TCU 27/1998; 9.4. considerar implementada a recomendação constante do subitem 9.2 do Acórdão 2.736/2013-TCU-Plenário; 9.5. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Voto e do Relatório que o abalizam, ao Ministério de Minas e Energia, ao Conselho Nacional de Política Energética e à ANP; 9.4. encerrar o processo, forte no inciso V, do art. 169 do Regimento Interno do TCU.[120]

Na segunda rodada de licitação de blocos para exploração e produção de petróleo e derivados em áreas do pré-sal pelo regime da partilha de produção, o TCU aprovou o primeiro, segundo e terceiro estágios, por terem sido atendidos todos os requisitos da IN nº 27/1998 do TCU. Fez ainda uma recomendação ao CNPE para que haja uma ampliação das atividades interinstitucionais entre o MME, a ANP e os órgãos ambientais no sentido de realizarem avaliações conjuntas que gerem o aperfeiçoamento dos procedimentos prévios às contratações das áreas exploratórias quanto aos licenciamentos ambientais de cada área. A referida recomendação pode ser vista no acórdão a seguir colacionado:

> DESESTATIZAÇÃO. 2ª RODADA DE LICITAÇÕES PARA OUTORGA DE BLOCO PARA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM ÁREA DO PRÉ-SAL NO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO. EXAME DE PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO ESTÁGIOS NOS TERMOS DA IN-TCU 27/1998. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. CIÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS À UNIDADE TÉCNICA PARA EXAME DO QUARTO ESTÁGIO. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de desestatização referente à Segunda Rodada de Licitações para outorga de blocos, em áreas do pré-sal, para exploração e produção de petróleo e gás natural em

[120] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 015.934/2013-6. Acórdão 2643/2015. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Brasília, 21 de outubro de 2018. *Disponível em*: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1593420136.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. *Acesso em*: 25 ago. 2018.

> regime de partilha de produção, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, em: 9.1. com fundamento no art. 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU, considerar que, sob o ponto de vista formal, foram atendidos os requisitos do primeiro, do segundo e do terceiro estágios da outorga previstos no art. 7º, incisos I, II e III, e no art. 8º, incisos I, II e III, da Instrução Normativa TCU 27/1998; 9.2. com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) que, no âmbito das ações interinstitucionais entre as entidades da área de energia e meio ambiente, promovidas pelo Conselho, seja desenvolvida avaliação conjunta que aponte opções de aperfeiçoamento de procedimentos prévios às contratações das áreas exploratórias de petróleo e gás natural que possam conferir maior segurança e previsibilidade aos respectivos licenciamentos ambientais, de modo a conferir maior valorização às áreas licitadas e a evitar atrasos para os inícios dos projetos e para seus frutos econômicos; 9.3. [...] 9.4. [...].[121]

Com essa decisão é possível perceber que o TCU fiscaliza não só a viabilidade técnica e financeira das concessões como também verifica a viabilidade ambiental dos blocos a serem outorgados.

A quarta rodada de licitações pelo regime de partilha de produção aconteceu no dia 07/06/2018 e arrecadou, conforme portal eletrônico da ANP, R$ 3,15 bilhões em bônus de assinatura e gerará R$ 738 milhões em investimentos previstos para a fase de exploração.[122] Como o procedimento licitatório ainda não foi concluído, o TCU examinou apenas o primeiro e segundo estágios, sendo que o acórdão a seguir se refere à análise do segundo estágio, que foi aprovado por atender aos requisitos da Instrução Normativa nº 27/1998 do TCU.

---

[121] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 021.357/2017-0. Acórdão 1388/2018. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 20 de junho de 2018. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/rodada%2520licili%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520outorga%2520petr%25C3%25B3leo/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/fafal> *Acesso em*: 30 ago. 2018.

[122] ANP. 4ª RODADA DE PARTILHA DE PRODUÇÃO – PRÉ-SAL. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/4-rodada-de-partilha-de-producao-pre-sal>. *Acesso em*: 29 ago. 2018.

> DESESTATIZAÇÃO. 4ª RODADA DE LICITAÇÕES PARA OUTORGA DE BLOCO PARA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM ÁREA DO PRÉ-SAL NO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO. EXAME DO SEGUNDO ESTÁGIO NOS TERMOS DA IN-TCU 27/1998. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. CIÊNCIA. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS À UNIDADE TÉCNICA PARA EXAME DOS DEMAIS ESTÁGIOS. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de desestatização referente à Quarta Rodada de Licitações no Regime de Partilha de Produção, com vistas à outorga de bloco para exploração e produção de petróleo e gás natural em áreas do pré-sal, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) ; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, em: 9.1. com fundamento no art. 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU, considerar que, sob o ponto de vista formal, foram atendidos os requisitos do segundo estágio da outorga previstos no art. 7º, inciso II, e no art. 8º, inciso II, da Instrução Normativa TCU 27/1998; 9.2. [...]; 9.3. [...].[123]

Importante consignar que, conforme relatório do TCU sobre a quarta rodada de licitações, em decorrência da medida de urgência proferida no processo de fiscalização da décima quinta rodada de licitações no regime da concessão explicitada anteriormente, o MME e a ANP resolveram excluir o "Bloco de Saturno" da quarta rodada de licitações no regime da partilha de produção, a fim de que fosse possível a continuidade dessa rodada. Assim, foi definido que o "Bloco de Saturno", juntamente com os dois blocos excluídos da décima quinta rodada no regime de concessão que também fazem parte da "Área de Saturno", será ofertado no âmbito da quinta rodada de partilha de produção, que já está em andamento.[124]

---

[123] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 003.403/2018-1. Acórdão 1386/2018. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 20 de junho de 2018. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/4%2520rodada%2520licita%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520outorga%2520petr%25C3%25B3leo/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/false> *Acesso em*: 30 ago. 2018.

[124] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 003.403/2018-1. Acórdão 1386/2018. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 20 de junho de 2018. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/4%2520rodada%2520licita%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520outorga%2520petr%25C3%25B3leo/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/false> *Acesso em*: 30 ago. 2018.

É possível observar, por meio dos exemplos supracitados, a importância do Controle Externo nas desestatizações de blocos de exploração de petróleo e gás natural que são realizadas no âmbito das Licitações promovidas pela ANP.

Pode-se ver, por meio dos casos analisados, que as decisões proferidas pelo TCU induziram, desde a sua origem, um aprimoramento regulatório por parte da Agência na condução dos leilões realizados. Como visto no caso recente da licitação ocorrida no âmbito da 15ª Rodada de Concessão, o TCU em uma de suas decisões ajudou a evitar um prejuízo financeiro para a União que passaria despercebido caso não houvesse a fiscalização da Corte de Contas.

Confirma-se, assim, a relevância do órgão no exercício de sua competência constitucional ao auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, materializada aqui por meio das desestatizações de suas reservas petrolíferas.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho buscou evidenciar as semelhanças e as diferenças entre os regimes jurídicos coexistentes atualmente no Brasil para a regulação do setor petrolífero e das desestatizações de blocos exploratórios de petróleo e seus derivados. Discorreu, também, sobre os principais conceitos do setor de petróleo.

Como explicitado ao longo deste trabalho, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 9/1995 as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural eram monopólio da União, sendo exercidas exclusivamente pela Petrobras. A referida Emenda Constitucional flexibilizou o monopólio da União, permitindo a contratação de empresas estatais ou privadas para a realização das atividades de exploração e produção. Importante consignar que o monopólio continua sendo da

União, mas a Constituição Federal não exige mais que essas atividades sejam exercidas diretamente pela União.[125]

Em virtude da flexibilização do monopólio da União, foi possível a existência dos três regimes analisados nesse trabalho para outorga dos blocos exploratórios de petróleo e gás natural, quais sejam: concessão, partilha de produção e cessão onerosa.

Desse modo, a União deixou de realizar as atividades de exploração e produção de petróleo e derivados de maneira direta e passou a poder contratar empresas estatais ou privadas para realização dessas atividades. Essas contratações devem ser precedidas de licitação, exceto no regime da cessão onerosa, conforme determinado nos artigos 37, XXI, 173, §1º, III e 175 da Constituição Federal e nas Leis nº 9.478/1997 e nº 12.351/2010.

A coexistência dos três regimes de regulamentação das outorgas de blocos de exploração e produção de petróleo e derivados causa falta de uniformidade entre os procedimentos licitatórios e, consequentemente, entre as fiscalizações realizadas pelo TCU. Portanto, a título de contribuição acadêmica, sugere-se a edição de uma nova legislação que institua um regime único para regulamentação das outorgas dos blocos exploratórios de petróleo e gás natural.

O objetivo principal deste trabalho foi analisar a atuação do controle externo, por meio do Tribunal de Contas da União, nas rodadas de licitação dos blocos exploratórios de petróleo e gás natural.

Conforme consignado no terceiro capítulo deste trabalho, o TCU fiscaliza todas as rodadas de licitações para outorga de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural promovidas pela ANP. Ele acompanha e analisa toda a documentação referente às etapas das licitações, tais como viabilidade dos blocos, ao edital de licitação, às propostas e qualificações dos licitantes, à assinatura do

[125] GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo*: *reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

contrato de concessão, além de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos decorrentes das referidas licitações.

Com a análise da jurisprudência do TCU, pôde-se perceber que o Tribunal fiscaliza não só a viabilidade técnica e financeira das concessões como também verifica a viabilidade ambiental dos blocos petrolíferos que serão outorgados.

Caso o TCU verifique alguma irregularidade nas licitações cabe a ele proferir determinações à ANP ou ao CNPE, dependendo do que for encontrado, para que regularizem o procedimento licitatório.

Uma dessas determinações foi proferida em março de 2018 no processo de fiscalização da décima quinta rodada de licitações pelo regime da concessão, como medida cautelar, e impediu a ocorrência de uma renúncia de receita pela União, superior a um bilhão de dólares.

Confirma-se, assim, a relevância do órgão no exercício de sua competência constitucional ao auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, materializada aqui por meio das desestatizações de suas reservas petrolíferas. Ao exercer o controle externo a ele imputado pela Constituição Federal, o TCU preserva os interesses da União e pode evitar diversos prejuízos ao erário.

REFERÊNCIAS

ANP. 1ª RODADA DE LICITAÇÃO DE BLOCOS. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/concessao-de-blocos-exploratorios-1/1-rodada-de-licitacao-de-blocos>. *Acesso em*: 25 ago. 2018.

ANP. 15ª RODADA DE LICITAÇÃO DE BLOCOS. RESULTADOS. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/15-rodada-de-licitacao-de-blocos/resultado>. *Acesso em*: 20 maio 2018.

ANP. 4ª RODADA DE PARTILHA DE PRODUÇÃO – PRÉ-SAL. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/4-rodada-de-partilha-de-producao-pre-sal>. *Acesso em*: 29 ago. 2018.

ANP. 5ª RODADA DE PARTILHA DE PRODUÇÃO – PRÉ-SAL. ÁREAS OFERECIDAS. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/5-rodada-de-partilha-de-producao-pre-sal/areas-oferecidas>. *Acesso em*: 20 maio 2018.

ANP. 5ª RODADA DE PARTILHA DE PRODUÇÃO – PRÉ-SAL. CRONOGRAMA INDICATIVO. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/5-rodada-de-partilha-de-producao-pre-sal/cronograma-indicativo >. *Acesso em*: 29 ago. 2018.

ANP. 9ª RODADA DE LICITAÇÃO DE BLOCOS. *Disponível em*: <http://rodadas.anp.gov.br/pt/concessao-de-blocos-exploratorios-1/9-rodada-de-licitacao-de-blocos>. *Acesso em*: 30 ago. 2018.

ANP. AS RODADAS DE LICITAÇÕES. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/entenda-as-rodadas/as-rodadas-de-licitacoes>. *Acesso em:* 25 ago. 2018.

ANP. EDITAL DE LICITAÇÕES. 4ª RODADA DE LICITAÇÕES DE PARTILHA DE PRODUÇÃO. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P4/Edital/edital_lp4.pdf>. *Acesso em*: 12 maio 2018.

ANP. EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE ÓLEO E GÁS. *Disponível em*: <http://www.anp.gov.br/wwwanp/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas>. *Acesso em*: 17 mar. 2018.

ANP. INSTITUCIONAL. *Disponível em*: <http://www.anp.gov.br/institucional>. *Acesso em*: 08 abr. 2018.

ANP. OS REGIMES DE CONCESSÃO E DE PARTILHA. RODADAS DE LICITAÇÕES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. *Disponível em*: < http://rodadas.anp.gov.br/pt/entenda-as-rodadas/os-regimes-de-concessao-e-de-partilha>. *Acesso em*: 20 mai. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Brasília, 1988. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> *Acesso em*: 10 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 8.063, de 1º de agosto de 2013*. Cria a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. - PPSA, aprova o seu Estatuto Social, e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8063.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. *Decreto nº 8.871, de 6 de outubro de 2016.* Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério de Minas e Energia, remaneja cargos em comissão e funções gratificadas e substitui cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superior - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo Federal - FCPE. Brasília, 2016. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8871.htm>. *Acesso em*: 29 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm> *Acesso em*: 03 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. *Acesso em*: 15 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. *Acesso em*: 10 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010*. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm> *Acesso em*: 28 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010*. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá outras providências. Brasília, 2010. *Disponível em*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12304.htm> *Acesso em*: 15 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências.

Brasília, 2010. *Disponível em*: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm> *Acesso em*: 17 mar. 2018.

BRASIL. Resolução ANP nº 18, de 18 de março de 2015. *Disponível em*: <http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/resolucoes_anp/2015/mar%C3%A7o/ranp%2018%20-%202015.xml?f=templates&fn=document-frameset.htm>. *Acesso em*: 20 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3275/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 16 de março de 2005. *Disponível em*: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PETROLEO+CONCESSAO+LICITACAO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8e9xkyfhttp://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PETROLEO+CONCESSAO+LICITACAO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8e9xkyf>. *Acesso em*: 15 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. *Disponível em*: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm>. *Acesso em: 15 ago. 2018.*

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 81 de 20 de junho de 2018. Disponível em:* < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO:%2528%22Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%22%2529%20NUMATO:%2281%22%20NUMANOATO:%222018%22/DTRELEVANCIA%20desc,NUMATO%20desc/0/%20>. *Acesso em*: 23 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 005.109/1999-0. Decisão nº 493/1999. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 04 de agosto de 1999. *Disponível em*: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC04933399P.pdf>. *Acesso em*: 25 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 007.195/2007-9. Acórdão 1283/2008. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 02 de julho de 2008. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/rodada%2520de%2520licita%25C3%25A7%25C3%25A3o/ANOACORDAO%253A%25222008%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/5/false>. *Acesso em*: 30 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 015.934/2013-6. Acórdão 2643/2015. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Brasília, 21 de outubro de 2018. *Disponível em*: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1593420136.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. *Acesso em*: 25 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 021.357/2017-0. Acórdão 1388/2018. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 20 de junho de 2018. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/rodada%2520licili%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520outorga%2520petr%25C3%25B3leo/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/fafal> *Acesso em*: 30 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 003.403/2018-1. Acórdão 1386/2018. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 20 de junho de 2018. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/4%2520rodada%2520licita%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520outorga%2520petr%25C3%25B3leo/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/false> *Acesso em*: 30 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 000.016/2018-7. Acórdão 672/2018. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP; Ministério de Minas e Energia. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 28 mar. 2018. *Disponível em*: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/rodada%2520de%2520licita%25C3%25A7%25C3%25A3o/ANOACORDAO%253A%25222018%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/22/false>. *Acesso em*: 30 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas. TC 018.103/2002-4. Acórdão 520/2004. Plenário. Entidade: Agência Nacional do Petróleo – ANP. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 05 de maio de 2004. *Disponível em*: < https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/quinta%2520rodada%2520de%2520licita%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520desestatiza%25C3%25A7%25C3%25A3o/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/19/false>. *Acesso em*: 25 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível/Reexame Necessário. Nº 0016076-76.2013.4.02.5101. Sexta Turma Especializada. Apelante: Vivaldo Vieira Barbosa e outro. Apelado: ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Des. Nizete Lobato Carmo. Rio de Janeiro, 20

de abril de 2016. *Disponível em*: <http://www10.trf2.jus.br/portal?movimento=cache&q=cache:thJUVUU_XCcJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201351010160764%26coddoc%3D145920%26datapublic%3D2016-05-03%26pagdj%3D601-+0016076-76.2013.4.02.5101&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. *Acesso em*: 13 maio 2018

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.*

DICIO. MONOPÓLIO. *Disponível em*: <https://www.dicio.com.br/monopolio/>. *Acesso em:* 10 mar. 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo*: *reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IBP. QUEM SOMOS. *Disponível em*: < https://www.ibp.org.br/quem-somos/>. *Acesso em*: 15 abr. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à lei do petróleo*: lei federal Nº 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacinto Arruda; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PETROBRAS. PERFIL. *Disponível em*: <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/>. *Acesso em*: 08 abr. 2018.

PETROBRAS. MARCO REGULATÓRIO. *Disponível em*: < http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/marco-regulatorio/>. *Acesso em*: 11 mar. 2018.

QUINTANS, Luiz Cesar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015.

TN PETRÓLEO. GLOSSÁRIO. *Disponível em*: <http://www.tnpetroleo.com.br/glossario/#g-D>. *Acesso em*: 24 maio 2018.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). *Marcos regulatórios da indústria mundial do petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia: EPE, 2011.

WALD, Arnoldo. *Pareceres*: Direito das concessões. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. v.3

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE AO INSTITUTO E A SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Monise de Souza Lima

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma breve análise ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), passando pelo direito inglês e alemão – fontes inspiradoras do instituto – e delinear sobre a sua aplicabilidade no âmbito dos juizados especiais. Para isso, com base em referências bibliográficas e na legislação, inicia-se abordando os procedimentos do *Group Litigation Orders* e *Musterverfahren.* Em seguida, é feita uma análise ao incidente processual brasileiro, passando por suas peculiares mais controvertidas academicamente e, por fim, analisa-se a possibilidade de aplicação do instituto aos juizados especiais, sob a ótica do art. 985, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, concluindo pela constitucionalidade deste dispositivo e o cabimento do rito do IRDR ao microssistema dos juizados.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Juizados especiais. Procedimento modelo. *Musterverfahren. Group litigation* orders. Direito Processual Civil.

1 INTRODUÇÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas foi uma das novidades trazidas pelo legislador do Código de Processo Civil aprovado em 2015. Esse

instituto foi pensado como uma técnica processual capaz de lidar com os milhares de processos com matérias semelhantes que se acumulam no judiciário[1].

Com o advento do Estado Democrático de Direito, trazido pela Constituição Federal de 1988, surgiu para o poder legislativo a necessidade de estabelecer sintonia dos Códigos vigentes com a CF e sanar os problemas da prestação jurisdicional. O Código de Processo Civil de 1973 já não mais conseguia assegurar as garantias constitucionais, como o acesso à justiça[2], com seus instrumentos, e nem acompanhar as mudanças sociais[3].

As ações coletivas, concebidas como o instrumento responsável para lidar com os direitos homogêneos violados, já não eram mais eficazes no cumprimento de suas funções conforme o idealizado pelo legislador processual. Foram impostas a ela uma série de restrições, que acabaram por estimular as demandas individuais de direitos homogêneos[4].

Esse trabalho, produzido com base em referências bibliográfica e na legislação, busca delinear um paralelo com o direito comparado, para compreender em qual instituto estrangeiro o legislador inspirou-se, para construir o instituto de demandas repetitivas brasileiro. Em seguida, do que se trata o incidente de resolução

---

1 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador, JusPodivm, 2015, p. 415.

2 "[...] o efetivo acesso à justiça depende de múltiplos fatores, como, por exemplo, (i) a organização judiciária adequada à realidade do país, com sua modernização e realização de pesquisa permanente para conhecimento dessa realidade e dos conflitos que nela ocorrem; (ii) a organização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, inclusive com a utilização de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação; (iii) a adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direito individuais e coletivos dos jurisdicionados; (iv) a organização adequada dos serviços de assistência jurídica integral, que propicie não somente o acesso aos órgãos judiciários, como também orientação e informação jurídica; (v) a formação adequada dos juízes e seu permanente aperfeiçoamento; (vi) a remoção dos diferentes obstáculos (econômico, social, cultural, e de outras espécies) que se anteponham ao aceso à ordem jurídica justa; (vii) e pesquisa interdisciplinar permanente para o aperfeiçoamento do direito material." (GRINOVER, A. P. et al. Conferência de Seoul 2014: Constituição e processo: acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. **Revista de Processo**. São Paulo, Vol. 250. Dez. 2015. p.19.).

3 BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

4 MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 23.

de demandas repetitivas e quais os principais pontos de divergência à luz da doutrina e da legislação. Por fim, estabelecerá a possibilidade ou não da aplicação do instituto aos juizados especiais, sob a análise de constitucionalidade do art. 985, I, do CPC.

2 MODELOS ESTRANGEIROS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Quando da elaboração do projeto de lei que deu origem ao IRDR, o legislador pautou-se em institutos já existentes e aplicados no direito estrangeiro. Dentre os modelos estrangeiros de solução de conflitos advindos de demandas repetitivas, o instrumento processual brasileiro assemelha-se, principalmente, a dois: *Group Litigation Orders* (inglês) e o *Musterverfahren* (alemão). A seguir, será analisada a origem e o funcionamento desses instrumentos no direito estrangeiro e estabelecer qual deles melhor se adapta a realidade brasileira.

2.1 Group litigation orders

Historicamente, no direito processual inglês, os mecanismos de resolução coletiva de litígios coletivos foram consolidados somente com o advento do *Rules of Civil Procedure – RCP* – no ano de 1999. Em um contexto anterior a esse marco temporal, o judiciário inglês frequentemente se deparava com situações de litígios coletivos de grandes repercussões e proporções, os quais encontravam, "dificuldades práticas para a efetivação da adequada tutela jurisdicional coletiva"[5].

Naquela conjuntura, aqueles que enfrentavam a aventura judicial, precisavam lidar com a morosidade, o alto custo, complicações e uma imensidão de incertezas. Surgiu, então, para os ingleses, a necessidade de estabelecer uma nova regulamentação para as demandas coletivas[6].

[5] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 348.

[6] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 349.

Quem teve a inciativa de oferecer sugestões, para solucionar a insustentável situação do judiciário, foi o *Lord Woolf of Barnes*. Ele promoveu uma pesquisa para averiguar qual era a real situação em judiciário encontrava-se. A relevância dessa pesquisa foi tamanha, que ela virou referência nos anos seguintes, no que diz respeito às soluções criadas para a unificação do Código de Processo Civil inglês[7].

Pautado nos relatórios de *Lord Woolf*, o *Rules of Civil Procedure* cuidou de concretizar regras para a resolução coletiva de litígios coletivos. Nessas regras, os mecanismos foram subdivididos em duas classificações: as *representative actions* (ações por representação) e as *group litigation orders* (*GLO*) (ordens de litígio em grupo)[8].

As *representative actions* são as ações coletivas propriamente ditas, em que a parte, individualmente, ajuíza uma ação, na qual ela fará sua própria representação e de toda uma classe que também possui interesse no julgamento da causa. Aqueles que possuem interesse na demanda, mas não compõem a lide serão submetidos à decisão que a ela for proferida, muito embora não se façam representados nela, com as devidas ressalvas para o caso daqueles que optam expressamente por não se fazer representar na demanda[9].

Na prática, as ações por representação são pouco utilizadas e desestimuladas, uma vez que são de elevado custo e contam com risco de uma sucumbência altamente onerosa. Entende-se, então, que esses sejam os principais motivos para que as ações coletivas não tenham inibido os pleitos individuais na Inglaterra[10].

---

[7] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, p. 74-83, jul./set. 2000. p. 76.

[8] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014,p. 335.

[9] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 335.

[10] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 335.

Já as *group litigation orders* são, basicamente, ordens de litígio em grupo emitidas pelo magistrado de "gerenciamento e de administração de demandas com questões comuns ou simplesmente relacionadas, de fato ou de direito".[11] Esse mecanismo alternativo de solução de conflitos poderia ser invocado na iminência, em potencial ou efetiva, de demandas múltiplas, bastando somente que o tribunal identifique a necessidade do gerenciamento, mediante provocação ou de ofício. O que se busca com esse instrumento é possibilitar que o poder judiciário gerencie e julgue em grande escala demandas que se repetem[12].

Trata-se, portanto, de um incidente do direito processual e não de uma nova ação[13]. Previamente ao requerimento da ordem de litígio em grupo, é necessário que o interessado verifique se não existem outros meios, como o litisconsórcio ou a ação coletiva, para sanar a lide de forma eficaz[14].

O *Rules of Civil Procedure* determina que será selecionada uma ação-modelo (*test claim)* pelo Tribunal Gestor, o qual identificará as questões comuns e as particularidades atinentes a todos os processos que se encontrem na condição de ordem de litígio em grupo e fará o julgamento de todas essas ações-modelo. O mérito da decisão proferida por esse Tribunal Gestor, seja relacionado às questões de fato ou de direito, é aplicado em todas as ações que se repetem sobre o mesmo assunto.

Dentro desse contexto de julgamento da *test claim*, existe a possibilidade de o Tribunal Gestor, quando da identificação de uma pluralidade de ações com

[11] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 351.

[12] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 351.

[13] Leia Aluisio Gonçalves Castro Mendes, em "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas", p. 101, para compreender a distinção existente entre ação e incidente no âmbito do direito processual civil.

[14] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos De resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 238, dez. 2014. 353.

particularidades em comum, crie um grupo dessas ações com questões particulares. Essa divisão permite que uma ação, ainda que dotada de pontos atípicos com relação às demais ações afetadas, continue participando do procedimento coletivo das questões comuns. Essas particularidades serão apreciadas em separado no momento oportuno[15].

Nos casos em que a *test claim* é afetada, em razão de acordo celebrado entre as partes, o Tribunal Gestor seleciona outra ação registrada no cadastro coletivo – acervo de informações das demandas repetitivas afetadas pela ordem de litígio – para dar continuidade ao procedimento[16].

O julgamento das questões comuns pelo Tribunal Gestor possui força vinculante abarcando inclusive as ações posteriores ao julgamento. Entretanto, existe a possibilidade de o Tribunal Gestor modular os efeitos e o alcance do julgado com relação as ações posteriores ao julgamento[17].

2.2 Musterverfahren (procedimento-modelo)

A despeito da dificuldade enfrentada pelo poder judiciário alemão, quanto ao adequado tratamento a processos repetitivos, fez-se necessária a criação de instrumentos processuais de tratativa para tais demandas. Nesse contexto, foi inserido no direito alemão o procedimento-modelo, inicialmente aplicável aos investidores no mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren – KapMuG)*[18].

---

[15] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 354.

[16] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 355.

17 CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 355.

[18] CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 147, maio 2007, p. 131.

Nesse primeiro momento, o legislador alemão editou a lei de introdução do procedimento-modelo para proteger os investidores em mercados de capitais em razão do caso Telekom[19]. Estima-se que de 2001 a 2003 foram propostas, pelo menos, 13 (treze) mil ações individuais sobre esse caso[20]. O intuito era de "estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves políticos das ações coletivas de tipo representativo"[21].

A priori, a Lei do *KapMuG* fora idealizada para viger por prazo determinado. Entretanto, durante a sua vigência e aplicação, observou-se que seria necessário estender o seu prazo, assim como estender a ideia da lei para outros casos, que também abarrotavam a rotina do judiciário local[22].

> Portanto, **existem na Alemanha três textos legais** que preveem o cabimento do *Musterverfahren* para a resolução coletiva de conflitos de massa. São eles: (a) o § 114a da Lei dos Tribunais Sociais (*SGG*); (b) o art. 93a do Código da Justiça Administrativa (*VwGO*); e (c) a nova Lei de Introdução

[19] Sobre o caso Telekom: "O "Caso Telekom" ocorreu durante os anos de 1999 e 2000, quando a empresa Deutsche Telekom ofertou publicamente suas ações no mercado financeiro da Bolsa de Valores de Frankfurt, fazendo constar dos prospectos informativos da empresa elementos e subsídios falsos e equivocados a seu respeito.52 Pouco tempo depois da oferta pública de ações, o valor mobiliário sofreu considerável desvalorização, trazendo enormes prejuízos aos mais de 3 milhões de acionistas da empresa. Inconformados, os investidores ingressaram com milhares de ações individuais contra a empresa Deutsche Telekom, o Estado alemão e alguns bancos participantes da operação, requerendo o ressarcimento pelos prejuízos sofridos. Basicamente, o argumento utilizado foi no sentido de que os elementos e os subsídios constantes dos prospectos informativos eram lacunosos e errôneos, no sentido de que o patrimônio da empresa estava avaliado em mais de 2 bilhões de euros, o que se verificou, posteriormente, não ser verdadeiro. Somente no período 2001 a 2003, mais de 13 mil ações individuais foram propostas ao tribunal de primeira instância (*Landesgericht*) de Frankfurt, as quais representavam, em conjunto, mais de 150 milhões de euros de prejuízos dos investidores. Essas ações individuais levaram a total paralisia da Câmara de Direito Comercial do *Landesgericht* de Frankfurt, que tinha competência exclusiva para processar e julgar essas demandas. " CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 358.

[20] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 338.

[21] CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 147, maio 2007, p. 132.

[22] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 339.

> do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*KapMuG*). [23] (Grifou-se)

No que tange ao procedimento aplicado na justiça administrativa e social, é necessária a existência de, pelo menos, 20 casos semelhantes, para que haja suspensão das ações. Depois disso, as causas-piloto[24] são escolhidas para resolução da questão. Por conseguinte, cabe ao tribunal de primeira instância admitir, processar e julgar o incidente[25].

Já nas controvérsias do mercado de capitais (*KapMuG)*, é possível que seja feita análise de questões de fato e de direito. Para que o incidente desses casos seja instaurado, é necessário que um autor ou um réu das ações repetitivas requeira, sem margens para a instauração de ofício pelo julgador. Esse requerimento deverá ser dirigido ao juízo das ações repetitivas, para análise de admissibilidade[26].

Sendo admitido, provoca-se o tribunal de instância superior àquele juízo (*Oberlandesgericht – OLG*) para a resolução. O *Oberlandesgericht* baseará a sua análise na amplitude definida pelo juízo de origem na decisão de admissibilidade do incidente. Por ocasião, essa mesma decisão de admissibilidade (*Vorlagebeschluss)*, cujo caráter é irrecorrível, faz suspender todas ações repetitivas que estão tramitando, inclusive as das partes que não formularam pedido de instauração do incidente[27].

Instaurado o procedimento, são selecionados representantes dos autores e dos réus das demandas para figurarem como partes no incidente, já os demais litigantes

---

[23] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 339.

[24] Vide o tópico 2.1.1.

[25] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 340.

[26] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 341.

[27] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas**. Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 343.

não selecionados podem a qualquer momento do procedimento fazer intervenção para proteger seus direitos. Esse representante dos autores, intitulado de autor-principal, pode perder essa qualidade se não puder representar de forma adequada os interesses coletivos[28].

Quando maduro está o procedimento, é proferida uma decisão-modelo resolvendo a controvérsia, cuja aplicabilidade se dará em todos os processos suspensos. Entretanto, essa decisão não será aplicável às demandas individuais futuras, vez que não se fizeram suspensas durante o processamento do incidente, razão essa que impede a extensão dos efeitos da decisão[29].

O procedimento-modelo do *KapMuG* em muito se assemelha com o incidente processual inserido no Código de Processo Civil de 2015. Na exposição de motivos do referido diploma legal, o legislador deixou bem clara a sua inspiração no direito alemão, entendo por ser um modelo necessário e compatível com a legislação brasileira.

> Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.[30]

Diante do apresentado, nos tópicos que se seguem, analisado será o incidente de resolução de demandas repetitivas, perpassando sobre seus principais aspectos alvos de controvérsia e analisando a sua compatibilidade com o microssistema dos juizados especiais.

3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

[28] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 344.

[29] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 348.

[30] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28 maio 2018.

Com as ondas renovatórias do processo de facilitação ao acesso à justiça[31], o Código de Processo Civil de 1973, com sua essência individualista, tornou-se insuficiente para lidar com a crescente demanda de causas isomórficas[32]. Diante de um cenário crítico do judiciário, assoberbado com milhares de processos com idênticas discussões de matéria de direito, o legislador optou por "importar" um instrumento capaz de resolver as demandas repetitivas[33].

> A opção representa uma opção política no sentido de considerar a gravidade dos problemas existentes, destacando-se o número excessivo de demandas repetitivas, o congestionamento de processos no Poder Judiciário, a demora no julgamento dos processos, a diversidade de pronunciamentos em torno de questões comuns, a necessidade de fortalecimento da isonomia e da segurança jurídica.[34]

O incidente de resolução de demandas repetitivas é um instrumento do direito processual de solução de conflitos cujo o objetivo é resolver múltiplos processos que versem sobre uma mesma questão de direito[35] diminuindo "a dispersão de atividade jurisdicional inútil ou repetida"[36].

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 8.046/2010, muito se discutiu sobre o risco de engessamento do direito com o instituto. Entretanto, o que se almeja com a fixação de tese em IRDR é assegurar aos jurisdicionados maior homogeneidade nos posicionamentos dos tribunais em relação a um mesmo dispositivo legal[37]. Sofia

---

[31] Para melhor entender sobre acesso à justiça, leia: CAPPELLETTI, Mauro. Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998, p.31

[32] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, maio 2015, p.284 .

[33] TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador, JusPodivm, 2016, p.31.

[34] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 119.

[35] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p.43.

[36] CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (org.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1435.

[37] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Demandas repetitivas: direito jurisprudencial: tutela plurindividual segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência. **Revista do Tribunal Regional Federal Da Primeira Região**, Brasília, TRF 1ª Região, v. 28, n. 08/10, set. /out. 2016. p.65.

Temer entende que o IRDR sustenta-se na tríade de direitos fundamentais isonomia-segurança-celeridade[38]:

> O incidente tem potencial para concretizar isonomia entre os jurisdicionados, através do tratamento uniforme das questões comuns, **assegurando que a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação** [...] A isonomia, por sua vez está intimamente ligada com a **previsibilidade** e com a **estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica** [...] Do mesmo modo, o IRDR tem potencial para consagrar o direito à razoável duração do processo, por permitir a **redução do tempo de duração dos processos judiciais**, sob duas perspectivas distintas.[39] (Grifou-se)

Por tratar-se de um instituto novidadeiro na experiência brasileira, sua regulação está permeada de aspectos polêmicos que estão causando divergências entre os pesquisadores do direito processual. Neste tópico serão abordados tais pontos que têm sido alvo de debate.

3.1 Características do incidente

Quando da definição da natureza jurídica do IRDR, existem duas correntes entre os processualistas divergentes sobre a temática. A divergência se dá em razão das lacunas deixadas pelo legislador quando da positivação do instituto. Afinal, o IRDR cria uma tese ou julga a causa?[40]

3.1.1 Causa-piloto

O primeiro modelo a ser exposto é o de julgamento da causa. Essa modalidade tem como um de seus defensores Alexandre Freitas Câmara. Para ele, o processo que gera a instauração do incidente sofre afetação e é julgado pelo órgão competente do tribunal. Com isso, ele entende que se trata de uma causa-piloto, ou

[38] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 41.
[39] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 41.
[40] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016,p. 65.

seja, o processo será julgado em concreto pelo tribunal e a decisão que sobrevier dele constituirá a tese aplicável às demais causas já existentes e futuras naquela jurisdição que versarem sobre a mesma demanda material. [41]

Antonio do Passo Cabral estabelece que, na causa-piloto, o órgão julgador faz apreciação da matéria de direito e também julga o processo que deu origem como se fosse um julgamento por amostragem. Sendo assim, há uma "unidade cognitiva seguida da reprodução da tese definida no incidente"[42].

3.1.2 Processo-modelo

O outro modelo é o de fixação de tese. Sofia Temer conceitua como a possibilidade de "dirimir a controvérsia quanto a questão de direito" com a fixação de uma tese em abstrato, sem o julgamento do processo.[43] Para isso, são analisados os temas comuns a todos os casos, deixando para o julgador competente pela cognição da ação originária a análise das demais controvérsias pontuais do caso concreto. Logo, há um rompimento do cognitivo com o decisório, estabelecendo limites e competências para cada julgador – juiz competente e o colegiado do tribunal. Esse molde é conhecido como procedimento-modelo[44].

3.1.3 Posicionamento do trabalho

Para este trabalho, adota-se o entendimento de que o IRDR fixa tese jurídica. A adoção de entendimento diverso implicaria na admissão da supressão de instâncias, incompatível com a legislação processual brasileira. Nos moldes da causa-piloto, o tribunal tomaria para si a competência de julgar as questões de fato e

[41] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 3ª edição. Atlas, 2017, p.473.
[42] CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**. vol. 231. p. 201. São Paulo: Ed. RT, maio 2014, p.203.
[43] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p.67.
[44] CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**. vol. 231. p. 201. São Paulo: Ed. RT, maio 2014, p.203.

de direito do processo padrão, ainda que o juiz singular, de primeira instância, fosse o julgador responsável pelo processo antes da afetação[45].

> [...]o tribunal de segundo grau decide apenas em relação à questão jurídica, fixando a tese respectiva, para que haja a apreciação dos casos concretos pelo juiz natural, ou seja, o órgão competente perante o qual tramita o processo, seja ele de primeira instância ou o próprio tribunal.[46]

Em contrapartida, o procedimento-modelo faz uso de um processo para representar a controvérsia e estabelecer a tese que será aplicada pelo juiz singular e pelo tribunal nele e a todos os demais casos semelhantes em tramitação ou futuros. Nessa segunda corrente, o duplo grau de jurisdição estaria preservado e não haveria margem para a alegação de inconstitucionalidade do instituto sob o argumento de supressão de instâncias, já que depois da constituição da tese do IRDR, o processo afetado retorna o seu curso de onde houver parado quando fora afetado para servir representativo.

O art. 976, §1º, do Código de Processo Civil[47], revela o caráter objetivo do IRDR na fixação de tese quando trata da possibilidade de julgamento do mérito do incidente quando houver abandono ou desistência do processo. Se fosse adotado o posicionamento de causa-piloto, o julgamento do mérito da ação-modelo restaria afetado em razão do vínculo existente entre o cognitivo e o decisório[48], como ocorre nas *test claims*[49] do direito inglês.

> Caso a ação indicada para ser processada como ação-modelo (*test claim*) seja extinta por acordo entre as partes, o Tribunal Gestor poderá determinar que outra ação já registrada no

[45] MENDES Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 119

[46] MENDES Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 119.

[47] Art. 976, § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28 maio 2018

[48] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 77-80.

[49] Temática abordada de forma mais aprofundada no tópico 1 deste artigo.

> cadastro coletivo a substitua. Nesse caso, toda decisão proferida na ação-modelo até a data da substituição é vinculante em relação à ação substituída, salvo determinação diversa do tribunal.[50]

Quanto ao IRDR, a desistência em nada obstaria o prosseguimento do julgamento de mérito da demanda, uma vez que a cisão do cognitivo com o decisório permite ao julgador a análise das questões de direito controvertidas com o julgamento em abstrato do incidente[51].

3.1.4 Mecanismo repressivo ou preventivo?

Existe na comunidade jurídica o receio com incidentes pautados em causas imaturas e pouco debatidas. Em razão disso, questiona-se se o incidente possui somente o caráter repressivo apresentado no art. 976, I, ou se seria possível a assunção de um caráter preventivo.

No texto inicial do PLS nº 166/2010, estava estabelecido que o IRDR seria admissível "[...] sempre que identificada controvérsia com **potencial** de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito [...]"[52]. Com essa redação, depreendia-se que o incidente poderia ser utilizado tanto em situações de efetiva repetição, quanto em situações em que o magistrado entendesse como potencialmente capaz de gerar numerosas demandas, ainda que efetivamente não houvesse controvérsia de grandes proporções[53].

Entende-se por mecanismo preventivo a possibilidade de uso do instrumento processual pelo magistrado, sempre que identificado o potencial de multiplicação de

---

[50] CAVALCANTI, Marcos. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, p. 354.

[51] CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (org.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 1437

[52] BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&disposition=inline>. Acesso em: 9 maio 2018.

[53] OLIVEIRA, Guilherme J. Braz. Técnicas de uniformização da jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista do advogado**, São Paulo, v. 126, p. 107-114, maio. 2015, p. 110.

uma demanda que verse sobre específica questão de direito. Essa era a ideia do IRDR no projeto inicial que tramitou no Senado Federal. Entretanto, na redação final aprovada do CPC, ficou expresso no art. 976, I, que a instauração do incidente tem como requisito a **efetiva** repetição de processos[54].

Depois da publicação do texto final, discutiu-se se ainda seria possível estender a aplicação do IRDR para o aspecto preventivo. Na exposição de motivos do CPC/15 é possível verificar que persistiu no legislador o anseio pelo caráter preventivo do instituto[55]. Contudo, o posicionamento que tem prevalecido é o de que a redação do 976, I, não deixou margens para tal interpretação, não cabendo afastar o requisito da efetiva repetição em face de mera potencialidade.

Vale ressaltar que, a legislação não obstaculiza e nem impede a instauração do incidente em uma demanda que efetivamente se repete, mas que ainda não foi alvo de numerosas decisões de mérito a seu respeito. Entretanto, recomenda-se, em prol do debate, que haja uma quantidade considerável de julgamentos para análise mais eficaz da temática[56].

3.2 Requisitos para a instauração do incidente

O art. 976 do CPC[57] cuida de estabelecer os requisitos necessários e de presença simultânea para a instauração do IRDR. Nele estão previstos requisitos positivos, como a efetiva repetição de processos e o risco à isonomia e à segurança jurídica, e o requisito negativo da ausência de causa pendente de julgamento em recursos repetitivos e repercussão geral, os quais serão esmiuçados a seguir.

---

[54] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador, JusPodivm, 2015, p. 417.

[55] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

[56] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 105.

[57] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28 maio 2018.

3.2.1 Efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito

O requisito da efetiva repetição encontra-se expresso no inciso I, do art. 976, do CPC[58]. Trata-se de um pressuposto que exige a existência de múltiplos processos que versem sobre uma mesma temática de direito. Esse critério é absoluto e não dá brecha para o uso do instituto diante de uma mera potencialidade[59] de iminência de uma controvérsia repetitiva[60].

O legislador não cuidou de fixar padrões numéricos para definir quando uma demanda será considerada repetitiva. Ficará à cargo da doutrina e da jurisprudência, portanto, estabelecer um critério quantitativo crível[61].

> Sobre o quantum de demandas repetitivas, não há um número mágico ou indicação cartesiana, cabendo à doutrina e à jurisprudência balizar a aplicação do incidente pela construção de parâmetros. Não há necessidade de uma enorme quantidade de causas repetitivas (como expresso no Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), mas deve haver uma quantidade razoável, na casa das dezenas ou centenas, a fim de justificar a adoção dessa técnica.[62]

A opção do legislador de tornar a efetiva repetição de processos um requisito necessário para a instauração do incidente se dá em razão do cuidado com a preservação do contraditório e da ampla defesa[63]. Entende-se que a necessidade de existência de numerosos casos sobre uma mesma controvérsia é uma forma de

---

[58] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28 maio 2018

[59] Explicação no tópico 2.2.4.

[60] CAVALCANTI, , Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 417.

[61] CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (org.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1440.

[62] CABRAL, , Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (org.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1440.

[63] CAVALCANTI, , Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 418.

oportunizar o debate do assunto[64], de modo a evitar decisões pautadas em causas prematuras, sem oportunizar à comunidade o devido diálogo sobre o tema[65].

3.2.2 Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

Além da efetiva repetição, houve preocupação com a segurança jurídica diante de ofensas à isonomia. Isso se deu em razão da multiplicidade de decisões judiciais divergentes em relação a determinadas temáticas[66].

Nesse caso, não basta a mera potencialidade em abstrato de ocorrência de decisões divergentes – assim como no requisito da efetiva repetição, em que não basta a mera potencialidade de a temática vir a se repetir. É necessário que exista o risco em concreto, ou seja, numerosas decisões divergindo sobre a mesma questão[67].

De forma divergente, entende Marcos de Araújo Cavalcanti que basta a existência de diversos processos repetitivos para a ocorrência de risco à isonomia e à segurança jurídica[68]. Entretanto, é de se ponderar que, se assim o fosse, bastaria o requisito da efetiva repetição para a instauração do IRDR[69].

Por fim, é importante ressaltar que, se ainda houver decisões conflitantes, comprometendo a isonomia e a segurança jurídica, depois da fixação da tese do IRDR, a instauração deste novamente não se fará necessária.

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

---

[64] CAVALCANTI, , Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015,p. 418

[65] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 290.

[66] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador, JusPodivm, 2015, p. 421.

[67] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 110.

[68] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador, JusPodivm, 2015, p. 421.

[69] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 110.

> [...]
>
> IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de **incidente de resolução de demandas repetitivas** ou de incidente de assunção de competência; (grifou-se)[70]

Nessas situações, cabe a parte interessada interpor recurso para o tribunal competente pelo IRDR, se for o caso, ou então reclamação, conforme o art. 988, inciso IV[71].

3.2.3 (Des)necessidade de processo pendente de julgamento no tribunal

Quando se fala na instauração do IRDR, existem dois posicionamentos. Há quem entenda pela necessidade de um processo pendente de julgamento no tribunal, para que a matéria fática seja apreciada. Há também quem entenda pela dispensabilidade do requisito do processo em pendência de julgamento no tribunal. Essa necessidade ou desnecessidade foi uma temática alvo de controvérsia durante a tramitação do projeto de lei que resultou no CPC de 2015.

De fato, em determinado momento da tramitação do PL 8.046/2010, foi inserido no texto substitutivo o requisito de que o incidente somente poderia ser instaurado quando da presença de uma causa pendente de julgamento de competência do tribunal.

> Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.
>
> § 1.º O incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal.

---

[70] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

[71] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 110.

> **§ 2.º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.[72] (Grifou-se)**

Entretanto, no texto final publicado pelo Senado Federal no PLS n. 166/2010, os requisitos ficaram restritos aos do atual art. 976[73]:

> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
>
> I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
>
> II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Para os defensores do posicionamento de que é desnecessária pendência de julgamento, há o entendimento de que art. 977, I,[74] ao autorizar o pedido de instauração do incidente pelo juiz singular estaria possibilitando levar ao tribunal discussão de temáticas que ainda se encontram sob competência da primeira instância[75]. Nesse diapasão está o Parecer nº 256 do Senado Federal:

> O caput do art. 988 do SCD merece ser desmembrado em incisos em nome da boa técnica legislativa, além de reivindicar modificações redacionais para fins de clareza.
>
> Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 988 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência[76].

---

[72] BRASIL. **Projeto de Lei nº 8046/2010**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-RDF+1+%3D%3E+PL+8046/2010>. Acesso em: 08 maio 2018.

[73] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

[74] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

[75] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 287.

[76] BRASIL. **Parecer n. 956, de 2014**, da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&disposition=inline>. Acesso em: 24 set. 2018.

Sofia Temer, adepta dessa primeira corrente, deixa claro seu posicionamento afirmando que:

> Ora, embora não sejamos adeptos da tendência de buscar a "vontade do legislador" para compreender o sentido da lei, parece incoerente continuar defendendo a existência de um requisito que foi clara e expressamente retirado da versão aprovada e sancionada[77].

Em 2015, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) editou o Enunciado n. 22 em conformidade com esse posicionamento cujo teor é: "A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal"[78].

Já os que defendem a necessidade de processo pendente de julgamento no tribunal, apontam para a possibilidade de ocorrência de descolamento de competência na ausência deste requisito[79]. Esse entendimento prospera quando se considera que o IRDR, além de fixar a tese, julga o processo que o originou. Entretanto, o incidente fora idealizado para fixar uma tese, por meio de um julgamento em abstrato, que só é possível graças à cisão do cognitivo com o decisório. Por essa razão, o argumento de necessidade de causa pendente de julgamento no tribunal não se sustenta.

Além disso, asseveram que a instauração desde o primeiro grau comprometeria o debate democrático e o amadurecimento da causa, comprometendo inclusive o requisito da efetiva repetição de causas. Para isso, é necessária a tramitação de inúmeros processos pelo primeiro grau, com a suas sentenças devidamente prolatadas, para que o debate restasse completo e maduro. Nesse sentido, discorre Marcos de Araújo Cavalcanti:

---

[77] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p.105.

[78] Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). **Seminário - o poder judiciário e o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em:8 maio 2018.

[79] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p.290.

> Vejam o que diz o parágrafo único do art. 978 do NCPC: "O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de ficar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente".
>
> Como se verifica, o parágrafo único do art. 978 exige que algum recurso, remessa necessária ou o processo de competência originária do tribunal tenha dado origem ao IRDR ("de onde se originou o incidente"). Além disso, o IRDR somente poderá ser julgado em conjunto com o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária ("julgará igualmente").
>
> Mas não é só. O art. 976, §1º, do NCPC, estabelece que "a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente"). Ora, que desistência e abandono seriam esses? É claro que o NCPC quis estabelecer que o abandono ou a desistência da *causa pendente no tribunal*, que deu origem à instauração do incidente, não impedirá o julgamento do mérito do IRDR. Não haverá nenhuma razão para o NCPC fazer essa previsão se não fosse necessária a pendência de causa no tribunal.
>
> Conclui-se, assim, que a pendência de causa no tribunal (recurso, remessa necessária, ou processo de competência originária) pressuposto de instauração de julgamento do IRDR, mesmo com a conclusão do texto final do NCPC daquilo que constava no §2º, do art. 988 do substitutivo da Câmara dos Deputados[80]. (Grifos do autor)

Nesse liame, entende também o Fórum Permanente de Processualistas Civis que editou o Enunciado n. 344, o qual estabelece que "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal"[81].

Para este trabalho, adota-se o primeiro posicionamento.

Carece de razão o raciocínio de que o art. 978 do CPC remete à ideia de necessidade processo pendente de julgamento do art. 988, §2º, excluído do PLS n. 166/2010, uma vez aquele artigo somente torna prevento no tribunal o órgão julgador do IRDR para apreciação de possíveis e futuros recursos, remessas

[80] CAVALCANTI, , Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 431.

[81] Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciados do fórum permanente de processualistas civis – **Carta de Recife**. Recife, mar. 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/36177656/Carta_de_Recife_-_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis >. Acesso em: 8 maio 2018.

necessárias ou processos de competência originária do tributal, para o julgamento das causas afetadas pelo incidente.

Além disso, o art. 976, §1º, estabelece a possibilidade de o julgador dar prosseguimento à análise da matéria de direito alvo de repetidas demandas ainda que a parte do processo representativo desista de continuar a ação. Essa situação somente é possível, pois quando do julgamento do IRDR há cisão cognitiva virtual para a formação da tese jurídica[82].

3.2.4 Requisito negativo

Para além dos requisitos expressos nos incisos I e II do art. 976, o §4º deste mesmo artigo institui que a questão jurídica em discussão no incidente não pode estar afetada em sede de recurso especial ou extraordinário repetitivo. A tramitação simultânea de IRDR e recursos repetitivos ou repercussão geral sobre uma mesma matéria poderia ocasionar em decisões divergentes. Entretanto, é sabido que nessa hipótese há preponderância na decisão de tribunais a nível nacional em relação aos tribunais de segunda instância[83].

> A razão é a falta de interesse, pois a questão de direito, nesta hipótese, já será resolvida, em grau superior e com efeito vinculativo em âmbito nacional[...] Portanto, o desejo de suscitar o IRDR esbarrará no requisito indicado no requisito anterior, pois não haverá mais o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, porque pacificada a questão.[84]

[82] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p.287

[83] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p.112.

[84] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p.111.

Nesse diapasão, vale salientar a possibilidade de recursos especiais e extraordinários serem desafetados. Por conseguinte, é perfeitamente possível que a temática abordada nos recursos desafetados possa vir a ser alvo de IRDR[85].

Além disso, a afetação de uma questão, em IRDR, em um determinado tribunal não representa um obstáculo para a propositura de novos incidentes em outros tribunais. Entretanto, se um desses incidentes obtiver decisão ordenando a suspensão de todos os processos sobre aquela matéria no país, novos incidentes não poderão ser propostos[86].

3.3 Aplicação da tese jurídica

No art. 985 do CPC ficou estabelecido que com o julgamento do incidente, a tese jurídica fixada será aplicada "a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal**,** inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região" e "aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal"[87]. Por conseguinte, os efeitos da tese fixada serão aplicáveis tanto aos casos pendentes de julgamento bem como aos futuros.

Assim, julgado o IRDR, a aplicação da sua tese será obrigatória a todos os que versem sobre o tema e vinculará todos órgãos da administração pública – quando se tratar de prestação de serviços públicos. Isso se dá em razão dos

[85] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p.111.

[86] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 112.

[87] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28 maio 2018.

princípios que o legislador optou por primar quando da criação do instituto: isonomia e segurança jurídica[88].

4 APLICABILIDADE DO IRDR NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A Constituição de 1988 trouxe como uma de suas garantias o acesso à justiça. Nesse sentido, por conseguinte, foram propostos os Juizados Especiais, que sucederam os extintos Juizados de Pequenas Causas.

Os juizados foram pensados como meio de garantia do acesso à justiça de forma célere e dotado de segurança jurídica para causas mais simples e de menor valor econômico que se acumulavam nos gabinetes da justiça comum[89].

> E hoje podemos afirmar que, embora haja muitas providências a serem adotadas, se avançou muito na primeira onda renovatória do acesso à justiça, identificada por Cappelletti, assegurando-se o acesso à Justiça dos menos favorecidos pelos Juizados Especiais[...][90]

Entretanto, como consequência da efetivação do uso reiterado do sistema dos juizados, surgiu a problemática da pluralidade de decisões conflitantes sobre uma mesma matéria. Tal situação não se revelava novidadeira, uma vez que o mesmo já ocorria no procedimento comum[91].

Diante disso, o legislador, por meio das leis 10.259/2001 e 12.153/2009, criou formas de tentar dirimir as controvérsias existentes no âmbito dos juizados

[88] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 243, maio/2015, p. 301.
[89] GRINOVER, A.P. et al. Conferência de Seoul 2014: Constituição e processo: acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. **Revista de Processo**. São Paulo, Vol. 250. Dez. 2015. p. 20.
[90] GRINOVER, A.P. et al. Conferência de Seoul 2014: Constituição e processo: acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. **Revista de Processo**. São Paulo, Vol. 250. Dez. 2015. p. 20.
[91] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema dos Juizados Especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, p. 275-310, jul. 2015, p. 289.

especiais. Contudo, essas soluções criadas mostraram-se deficientes para alcance do objetivo desejado[92].

> A primeira deficiência interna diz respeito à própria abrangência dos mecanismos de uniformização de jurisprudência atualmente existentes, que **não alcançam os juizados especiais cíveis estaduais**, como adiante haveremos de comentar. A segunda deficiência interna consiste na **limitação material imposta pelo legislador aos mecanismos de uniformização de jurisprudência** que não alcançam, como adiante teremos oportunidade de analisar, questões de direito processual, mas unicamente questões de direito material. Por fim, a terceira deficiência, que anteriormente referimos como externa, diz respeito à **ausência de instrumentos que permitam a uniformização de jurisprudência dos juizados com os respectivos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais**, em decorrência do que se faz possível a existência de posicionamentos conflitantes a respeito de um mesmo tema, no âmbito de um mesmo Estado ou Região, sem que haja qualquer mecanismo por meio do qual esse impasse possa ser superado.[93] (Grifou-se)

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, no art. 985, I,[94] a previsão de que a tese julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicável aos juizados especiais. Entretanto, esse dispositivo tem sido alvo de controvérsias entre os acadêmicos do direito processual civil e também entre os aplicadores do direito.

Muito se discute sobre a constitucionalidade do referido artigo e sobre a compatibilidade do IRDR com os juizados especiais. Tais temáticas serão melhor delineadas a seguir.

4.1 Da constitucionalidade do art. 985, I, do CPC

[92] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema dos Juizados Especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, p. 275-310, jul. 2015, p. 290.

[93] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema dos Juizados Especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, p. 275-310, jul. 2015, p. 290.

[94] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28 maio 2018.

Não é incomum que juizados e tribunais julguem matérias idênticas, tendo suas competências definidas de forma distinta em razão da barreira econômica do valor da causa. Entretanto, essa competência concorrente entre os juizados especiais e a justiça comum de julgar causas com idênticas matérias enseja a possibilidade de existirem múltiplas decisões, inclusive divergentes. Nesse sentido, o legislador do IRDR, estendeu sua aplicação para os juizados[95].

O art. 98, inciso I, da Constituição Federal dispõe:

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
>
> I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o **julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau**; (Grifou-se)

O dispositivo constitucional estabelece que compete às turmas recursais, compostas de juízes togados, o julgamento dos recursos oriundos de juizados especiais. Ocorre que, o IRDR não possui natureza recursal[96]. Um primeiro indício para se chegar a essa afirmação é a colocação do IRDR em título diferente ao dos recursos. Além disso, o que se busca com o julgamento do incidente é a fixação de uma tese para uma determinada questão de direito, seja material ou processual, a qual será aplicada a diversas ações e não somente à uma específica, como é o caso dos recursos[97].

Quando analisado o art. 935, I, do CPC, conjuntamente com o art. 98, I, da CF, nota-se que não há qualquer óbice para os incidentes de uniformização de jurisprudência no âmbito dos juizados especiais. Tanto é verdade que isso já ocorre

[95] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema dos Juizados Especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, p. 275-310, jul. 2015, p. 301.
[96] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador, JusPodivm, 2015, p. 503.
[97] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador, JusPodivm, 2015, p. 503.

nos juizados especiais federais, quando a controvérsia de direito material pende em relação a matéria de lei federal, havendo divergências jurisprudenciais entre a TNU e o STJ. Isso também ocorre nos juizados especiais da fazenda pública, quando há divergência entre as Turmas de Estados distintos ou entre a Turma e o STJ, sendo dirigido ao STJ pedido para dirimir a divergência[98].

Se em matéria de uniformização de jurisprudência é possível que os juizados especiais sejam submetidos ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses previstas em lei, em prol da segurança jurídica, então, não cabe para o caso do IRDR afirmar que os juizados não se submetem às teses formuladas pelos tribunais. Nesse sentido, no Parecer Final n. 956, do SDC do CPC, o Senador Vital do Rêgo concluiu:

> Quanto ao art. 995 do SCD, que estende o alcance da tese jurídica fixada pelo pertinente Tribunal a toda área de sua jurisdição, com inclusão dos juizados especiais do respectivo estado ou região, é preciso reconhecer a sua adequação. De fato, contra a extensão dos efeitos do julgamento do incidente de demandas repetitivas aos Juizados Especiais, ergue-se a tese da inconstitucionalidade, que, em um primeiro momento, falsamente convence. Alega-se, em suma, que, como a Carta Magna não deferiu competência recursal aos Tribunais para decisões prolatadas no âmbito dos Juizados Especiais, seria inconstitucional estender os efeitos de julgamentos feitos por aqueles aos Juizados. No entanto, essa não é a melhor leitura da Carta Magna. Em primeiro lugar, recorda-se que, no arranjo de competência desenhado pela Constituição Federal, com posterior esclarecimentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pela legislação ordinária, o Superior Tribunal de Justiça (STF) assumiu o papel de, em última instância, pacificar a interpretação da legislação infraconstitucional, ao passo que o STF, o de uniformizar a interpretação da Carta Magna. Causas provenientes dos juizados especiais desaguarão no STJ ou no STF para uniformização de teses jurídicas, seja por conta da reclamação (admitida pelo STF para os Juizados Especiais Estaduais), seja na forma da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 (para os Juizados Especiais Federais). Esse fato demonstra que a intenção do legislador é a de garantir, ao máximo, que todos os brasileiros tenham acesso a uma resposta jurisdicional uniforme. O incidente de

[98] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema dos Juizados Especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, p. 275-310, jul. 2015, p. 291.

> resolução de resolução de demandas repetitivas segue essa orientação constitucional.[99]

Cumpre deixar claro aqui o caráter subsidiário do CPC em relação a legislação especial dos Juizados Especiais. Quando for possível dirimir a divergência dentro do sistema dos juizados, não há que se falar na aplicação do IRDR ao caso. Porém, diante das lacunas deixadas pelo legislador, no que tange a fixação de uma tese aplicável a dezenas de casos em concreto que se acumulam, não havendo nenhum meio na legislação específica para solucionar a controvérsia, é perfeitamente cabível a aplicação do IRDR.

A submissão dos juizados especiais aos tribunais para dirimir controvérsias já é uma realidade na prática jurídica. Isso se observa, por exemplo, com o Enunciado de Súmula n. 428 do Superior Tribunal de Justiça: "compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária".

Isso implica dizer que, assim como nos casos do julgamento dos conflitos de competência, o entendimento firmado pelo tribunal em IRDR pode também ser aplicado aos juizados especiais, sem que haja violação à insubordinação dos juizados especiais aos tribunais.

A ausência de subordinação dos juizados à jurisdição dos tribunais é real e deve ser reconhecida.[100] Contudo, é cediço que, ao atribuir aos tribunais o papel de firmar teses aplicáveis à todas as demandas que versem sobre a mesma temática,

---

[99] BRASIL. **Parecer n. 956, de 2014**, da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&disposition=inline>. Acesso em: 24 set. 2018.

[100] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema dos Juizados Especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, p. 275-310, jul. 2015, p. 291.

estar-se-ia primando pelos princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito: segurança jurídica e isonomia.[101]

Além disso, reconhecer a competência dos tribunais para fixação de teses em nada viola a independência do microssistema dos juizados especiais. Se assim o fosse, cada vez que um enunciado de súmula dos tribunais a nível nacional fosse oposto nos juizados, haveria uma violação ao art. 98, I, da CF, o que não ocorre.

Portanto, reconhecer que a tese do IRDR é aplicável aos juizados não implica na mitigação da independência jurisdicional destes.

4.2 Da compatibilidade do instituto com os Juizados Especiais

Superada a questão de inconstitucionalidade da aplicação do IRDR aos juizados especiais, parte-se para a análise da compatibilidade do instituto com os juizados. Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, o legislador deixa bem clara a sua opção pelo procedimento-modelo, inspirado no *Musterverfahren* alemão. Essa opção se deu em razão da melhor adequação do modelo à realidade processual brasileira.

Em razão da adoção do procedimento-modelo, é possível que o incidente seja instaurado inclusive no âmbito dos juizados especiais. Isso se dá, pois, uma vez suscitado o incidente, em decorrência dele será firmada uma tese cuja aplicação irá abranger todo o território de competência do tribunal julgador, garantindo igualdade de julgamento e segurança jurídica aos jurisdicionados.

A tese firmada em IRDR em nada se confunde com o julgamento da causa que a dera origem, conforme o que já foi exaustivamente explanado neste trabalho. Assim, firmada a tese jurídica, cabe ao juízo em que tramitam as ações semelhantes fazer a aplicação tese, dentro da sua competência de analisar as questões de fato e de

[101] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 20.

direito ali demandas[102]. O papel do tribunal é criar uma abstração, com base em casos reais de processos-modelo, para constituir um entendimento que pacifique todas as divergências jurisprudenciais existentes.

> A tese jurídica será aplicada em seguida às demandas repetitivas, por ocasião do julgamento propriamente dito da causa perante o juízo em que tramitar o processo, momento este em que será feita também a análise e julgamento das questões fáticas e das questões jurídicas não comuns pelo juízo competente, esgotando-se a análise da pretensão ou demanda propriamente dita.[103]

Assim sendo, quando identificada uma demanda de massa no âmbito dos juizados especiais, ainda não pacificada e nem passível de pacificação pelos mecanismos próprios do microssistema, poderão os legitimados do rol do art. 977 do CPC[104] formular o pedido de instauração do incidente perante o Tribunal do Estado ou da Região, o qual seguirá o rito normal do IRDR previsto nos artigos 976 a 987 do CPC.

Portanto, a extensão do entendimento do IRDR aos juizados representa uma alternativa às diversas deficiências do microssistema no que tange a questão de uniformização jurisprudencial. Não reconhecer essa inovação processual, seria privar os jurisdicionados do direito de ter um julgamento justo, no sentido de ser igualitário e eivado de segurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que for apresentado neste trabalho, entende-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas fora pensado para funcionar como no *Musteverfahren*, ou seja, um processo-modelo servindo de paradigma para a criação

[102] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p.287.

[103] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p.287 .

[104] Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil.** Brasília, DF, 17mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

de uma tese em abstrato que será aplicada à todas as demandas que se repetem sobre a mesma questão.

O disposto no art. 985, I, do CPC, no que tange a extensão dessa tese aos juizados especiais, representa uma alternativa do legislador às inúmeras lacunas e deficiências deixadas nas Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.156/2009. Com isso, estar-se-ia viabilizando a supressão das lacunas deixas, garantindo aos jurisdicionados que dependem dos juizados especiais segurança jurídica e tratamento igualitário.

Muito embora existam limitações legais e jurisprudenciais à extensão de entendimentos dos tribunais aos juizados, face à insubordinação jurisdicional destes, conforme o defendido, é totalmente possível que os tribunais fixem teses que serão aplicadas a todos àqueles que demandem sobre ela, partindo do pressuposto que não há nenhuma violação constitucional quando se aplica nos juizados o entendimento estabelecido pelos tribunais a nível nacional.

Além disso, esclarecida a natureza incidental, e não recursal, do IRDR, afastado está o entendimento de que há inconstitucionalidade no art. 985, I, CPC[105], já que, no âmbito do texto constitucional, não existe nenhuma vedação expressa ao julgamento de incidentes, que abarcam os juizados especiais, pelos tribunais de segunda instância.

Por fim, haja vista estar diante de um procedimento-modelo, a aplicabilidade do IRDR aos juizados se faz possível, vez que cindido foi o cognitivo do decisório, de modo que forçoso é entender que nesses casos há o deslocamento de competências.

REFERÊNCIAS

[105] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil.** Brasília, DF, 17mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil., Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. **Parecer n. 956, de 2014**, da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&disposition=inline>. Acesso em: 24 set. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (org.**). Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 231. p. 201, maio 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 147, p. 123-145, maio 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas**. Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, p. 333-364, dez. 2014.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015.

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). **Seminário - o poder judiciário e o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 8 maio 2018.

Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciados do fórum permanente de processualistas civis – **Carta de Recife**. Recife, mar. 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/36177656/Carta_de_Recife_-_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis >. Acesso em: 8 maio 2018.

GRINOVER, A.P. et al. Conferência de Seoul 2014: Constituição e processo: acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250, p. 17-31, dez. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema dos Juizados Especiais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, p. 275-310, jul. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, 238-331, maio 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, p. 74-83, jul./set. 2000.

OLIVEIRA, Guilherme J. Braz. Técnicas de uniformização da jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista do advogado**, São Paulo, v. 126, p. 107-114, maio 2015.

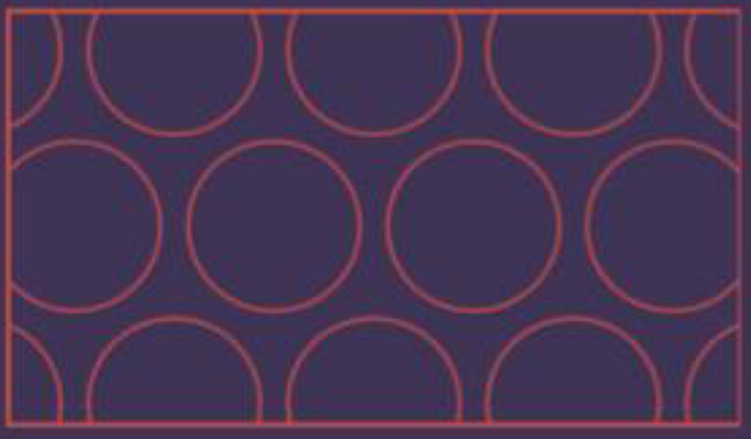
TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Demandas repetitivas**: direito jurisprudencial: tutela plurindividual segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência. Revista do Tribunal Regional Federal Da Primeira Região, Brasília, TRF 1ª Região, v. 28, n. 08/10, set. /out. 2016.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2

Direito Público



UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL ESTATAL EM FACE DO ERRO JUDICIÁRIO E DA PRISÃO INDEVIDA

Evandro Brandão De Oliveira Filho

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da responsabilização extracontratual estatal em face dos atos jurisdicionais, mais especificamente o erro judiciário ou prisão indevida, disciplinados no art. 5°, LXXV, da Constituição Federal. Para tanto, inicialmente será abordado o conceito de responsabilidade civil do Estado, adentrando na responsabilidade extracontratual estatal pelo erro judiciário ou prisão fora dos trâmites legais. Posteriormente, será feita uma evolução histórica sobre o presente tema, explicando as principais teorias da responsabilidade extracontratual do Estado, até se chegar naquela que foi contemplada na Magna Carta. Depois partiremos para a conceituação do erro judiciário e da prisão indevida, observando a extensão do dano causado. O trabalho será realizado com a exposição de opiniões doutrinárias sobre o respectivo assunto e a análise de acórdãos proferidos de acordo com o deferimento ou indeferimento do pedido indenizatório contra o erário, observando os motivos de fato e de direito que levaram a construção da decisão judicial.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Responsabilidade Extracontratual. Erro Judiciário. Prisão Indevida.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para a realização deste trabalho é extremamente relevante ao Direito, pois coloca o Estado como sujeito capaz de suportar o dano que uma determinada vítima possa sofrer ao utilizar do sistema judiciário brasileiro, em especial pelo erro judiciário ou prisão indevida. A responsabilidade que rege as relações jurídicas onde não existe um contrato administrativo é a extracontratual, neste basta que siga o ordenamento jurídico para sua ocorrência. O excesso da

procura pelo poder judiciário tem o deixado sobrecarregado, e mais suscetível a proferir decisões com erro judiciário ou de não obedecer princípios do processo penal como do in dubio pro reo e da presunção da inocência, no momento de determinar a privação da liberdade de um indivíduo.

De acordo com o jurista Celso Antônio Bandeira de Melo, a responsabilidade patrimonial extracontratual é o dever do Estado de suportar economicamente o dano causado à terceiro, em que o mesmo deu causa, por atos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos[1]

A França foi o primeiro país a romper com a ideia da irresponsabilidade estatal, concedendo autonomia ao Direito Administrativo. O acontecimento que foi marcante, para essa nova fase foi o julgamento do chamado Caso Blanco, em 1873, no Tribunal de Conflitos, que consagrou a posição do Direito Administrativo como ciência autônoma.[2] A famosa decisão Blanco responsabilizou o Estado pela sua conduta de um funcionário de uma empresa estatal, que atropelou uma menina e a feriu gravemente.

Nesse contexto, surgiram conceitos como o da culpa administrativa, esse de cunho subjetivo, com isso conferindo responsabilidade ao Estado, frente aos danos culposos causados pelos agentes estatais. A partir desse momento nasce a possibilidade do Estado indenizar, sob o fundamento da faute du service publique.[3]

No Brasil, o conceito da responsabilidade civil do Estado passou por diversas mudanças. Inicialmente se adotava a teoria da irresponsabilidade absoluto da Fazenda Pública, até se alcançar, como regra geral, a responsabilidade objetiva do Estado, com direito a regresso contra o funcionário que causou determinado prejuízo, em casos previstos em lei.

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1025.
[2] HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 116.
[3] Ibidem, p. 112.

Para se alcançar o que foi adotado na Constituição Federal de 1988, a respeito da responsabilidade objetiva do Estado, foi percorrido um longo caminho. O seu conceito nasce junto com a primeira Constituição Federal Brasileira de 1824, que responsabilizava os agentes públicos pessoalmente, sem onerar o erário em face da adoção da teoria regaliana, ou seja, da irresponsabilidade estatal.[4] Com a proclamação da república em 1889, o governo editou novas leis, com elas vieram a possibilidade do Estado ser colocado como responsável direto por danos causados ao cidadão, seja ele por erro judiciário reconhecido em uma sentença de reabilitação, ou simplesmente por problemas enfrentados na inscrição de imóvel ou direito real.[5]

Em 1891, nasce a Constituição Republicana que acabou por repetir a ideia da Constituição Imperial, passando a adotar o princípio da não responsabilização estatal pela conduta dos seus funcionários públicos, devendo esses responder pessoalmente pelos seus atos.[6]

Com o Código Penal de 1890 o Estado passou a ter dever de indenizar o réu reabilitado após sentença que o condenou, deixando de existir a responsabilidade pessoal do magistrado.[7]

Em 1916, com o primeiro Código Civil brasileiro nasceu a teoria da responsabilidade direta do Estado, estabelecendo que as pessoas jurídicas que agirem em nome do Estado e praticarem atos que poderão gerar indenização, repercutirá ao Estado tal prejuízo, porém surge o direito regressivo contra o causador do dano.[8]

Com a Revolução de 1930, liderada pelo Governo Vargas, foi promulgado um novo Decreto que traria novamente a ideia de que a União, o Estado ou Município não responderiam por atos dos seus funcionários, mesmo que eles estivessem agindo como seus legítimos representantes. Essa ideia vigorou apenas até

[4] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo Exercício da função jurisdicional no Brasil. Cadernos do programa de pós-graduação em Direito: PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, v. 2, n. 4, ago. 2014. Disponível em: . Acesso em: 2 abr. 2018.
[5] Ibidem.
[6] Ibidem.
[7] Ibidem.
[8] Ibidem.

1934, quando foi originado uma nova Constituição Federal, consolidando-se a teoria da responsabilidade direta estatal.[9]

Com a Constituição de 1937, nasce a solidariedade estatal frente ao erro do funcionário público decorrente de culpa. Com a Magna Carta de 1946, a solidariedade estatal foi mantida, porém com a possibilidade do estado ajuizar ação regressiva contra o funcionário público que cometeu tal erro passivo de indenização.

Após toda evolução histórica sobre a responsabilidade do Estado e dos agentes estatais em face dos atos jurisdicionais, em 1988, os constituintes disciplinaram na Constituição Federal, no art. 37, § 6º:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regress contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[10]

Sobre a possibilidade do Estado indenizar o condenado pelo erro judiciário ou o preso que cumpriu pena além do estabelecido em sentença, o art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, disciplinou:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.[11]

[9] Ibidem.
[10] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.
[11] Ibidem

A atividade jurídica estatal pode gerar futuras indenizações. Uma vez que possui poder de gerar danos, como qualquer outra exercida pelo Estado, devendo ser respeitado diversos princípios de cunho constitucional, como o da liberdade e da igualdade perante a lei.

No Brasil a ideia de que ao responsabilizar o Poder Judiciário por seus erros, poderia abalar a soberania estatal se desfaz. Porque em países europeus, onde foi admitido e positivado em diversos ordenamentos, se manteve a soberania, independência e liberdade dos julgadores.

O erro judiciário acontece quando os fatos são analisados de maneira equivocada, levando por consequência a aplicação equivocada do direito ao caso prático. Levando o magistrado a proferir sentença que possa ser objeto de revisão ou rescisão, esse erro pode ser em decorrência de culpa ou dolo do julgador, ou em decorrência de uma determinada falha do serviço.

A Constituição Federal, no momento que responsabiliza o ente estatal pelo erro judiciário ou prisão indevida, rompe com a ideia do art. 630 do Código de Processo Penal, que só admitia a responsabilização do Estado, após do ofendido impetrar ação de revisão criminal e ter seu pedido julgado como procedente. Assim, deixando claro que o Estado deve indenizar a vítima do erro judiciário, ou seja, todo erro que importe repressão carcerária equivocada a cidadão inocente.[12]

1RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

1.1 Conceito da reponsabilidade extracontratual do Estado

O vocábulo responsabilidade, deriva da palavra em latim *respondere*, que significa, responder. Devendo ser concedida uma resposta a um terceiro prejudicado,

[12] FRANCO, João Honorio de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. 2012. 307 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: . Acesso em: 2 abr. 2018.

sendo responsável pela prática de um ato ou fato jurídico que deu causa e deve-se suportar seus prejuízos.[13]

A responsabilidade civil do Estado pode ser conceituada como sendo a obrigação legal, que lhe é atribuída, pelos danos causados a terceiros, decorrentes das suas atividades. [14]Assim, devendo onerar o erário, suportando o prejuízo atribuído ao prejudicado, seja ele de ordem moral ou ordem material.

O Código Civil de 2002 determinou como, regra geral, a adoção da responsabilidade subjetiva nas relações entre os particulares, ou seja, podendo apenas responsabilizar o causador de danos, quando esse tiver culpa ou dolo na sua conduta. Nos casos específicos, admite-se a responsabilização sem a aferição do critério subjetivo devendo o responsável suportar os danos causados em face do risco da atividade desenvolvida.

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.[15]

Os sujeitos de direitos que causarem prejuízos a alguém, deverão recompor o dano, o Poder Público, tem a obrigação de recompor os agravos patrimoniais em que deu causa, seja por uma ação, ou por uma omissão. [16]

Confere-se ao Estado, três espécies de funções: Administrativa, Legislativa e Judiciária. Devendo o ente público responsabilizar-se por todas elas. Porém é mais comum se observar a responsabilização estatal em face dos atos administrativos, mas

[13] BORGES, Paulo Cézar Corrêa. Reparação do crime pelo Estado. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 187.
[14] CAHALI, Youssef Said. Reponsabilidade civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11.
[15] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: . Acesso em: 9 maio.2018.
[16] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1025.

em casos específicos em que o ordenamento jurídico positivou pode-se responsabilizar pelos atos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O Estado se responsabiliza pela ação ou omissão dos seus agentes estatais, que agem em seu nome exercendo uma função pré-determinada. Assim, sendo possível a responsabilização do ente estatal na maioria dos casos, sem a possibilidade do agente de responder de forma solidária, salvo em casos que ficar provado culpa ou dolo, que ocorrendo, nasce o direito de pleitear ação de regresso com o causador do dano, de forma pessoal.

1.1.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva

Dentro da Constituição Federal brasileira estão presentes a responsabilidade objetiva estatal e a responsabilidade subjetiva. A primeira determina que o Estado deve se responsabilizar pelo risco das suas atividades, sendo necessário para sua ocorrência apenas o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Já a segunda ocorre quando existe uma falta de serviço público ou pelo atraso da sua prestação traz danos a um terceiro.

A responsabilidade subjetiva do Estado passa a existir no momento em que ocorre uma falha em um determinado serviço tido como essencial, seja pelo seu atraso, ou pela sua não prestação. Nessa hipótese não se analisa a conduta do agente, e sim deve-se aferir a qualidade do serviço público.

O ordenamento jurídico pátrio admite o direito de regresso do Estado contra o agente que deu causa ao resultado danoso, por culpa, dolo ou fraude. Nessa hipótese o Estado responde solidariamente pela conduta do agente, mas posteriormente poderá ajuizar ação contra o mesmo.

O agente público atua com culpa, quando age com imprudência, imperícia, ou negligência. Dolo, é quando há uma vontade consciente do agente público de obter um resultado que é contrário ao ordenamento jurídico.

É importante salientar que caso agente público cause um dano a um terceiro, para ser possível a responsabilização da Administração Pública deve-se o mesmo está em pleno exercício de suas funções públicas ou ter praticado tal conduta em razão do cargo que ocupe.

A palavra agente público, tem um sentido bastante amplo, devendo englobar todos as pessoas que prestam serviço para o Estado, seja de maneira direta ou indireta. Caso o agente público durante a sua atividade cause algum dano a um terceiro inocente, é possível ajuizar ação diretamente contra o Estado. Porém em hipóteses de abuso de autoridade merecem tratamento distinto, deve-se ser obedecida a Lei. 4.898/1995, permitindo que à vítima pleiteie indenização perante o agente responsável, sem o prejuízo de responsabilização do poder público.[17]

A reponsabilidade subjetiva do agente público é aferida no momento em que se conhece quem deu causa ao dano, sendo necessário a aferição da culpa ou dolo. Na hipótese que ficar comprovado o critério subjetivo da responsabilização, surge no mundo jurídico a possibilidade do direito de regresso em favor da União pelo prejuízo sofrido. Todavia, inicialmente se ajuíza ação contra o Estado somente após a condenação deve-se ajuizar a ação de regresso.

Assim, que nasce a possibilidade de ação regressiva da União contra os seus servidores, deve-se observar a Lei 4.619/1965, que trata especificamente sobre presente assunto. Caso ocorra a condenação da Fazenda Pública começa a correr o prazo de 60 (sessenta dias) do ajuizamento da ação contra o responsável pelo dano.[18]

1.1.2 Hipóteses da exclusão da responsabilidade do Estado

O Estado goza de diversos direitos, como por exemplo, o poder de polícia, a possibilidade da desapropriação nos casos previstos em lei, em ambas as

[17] MEDAUR, Odete. Direito administrativo moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 421.
[18] Ibidem

modalidades, quando o Estado atuar dentro da esfera comum e com proporcionalidade, não é possível onerar o ente estatal. Além disso, existem outras hipóteses que se exclui a responsabilidade do Poder Público.

A responsabilização estatal pode ser afastada nos casos como fortuito, força maior, ou a vítima tenha dado causa ao resultado. Sendo caso fortuito uma falha material ou acidente, sem precisão do motivo, já força maior seria, por exemplo, fenômenos da natureza inesperados. A possibilidade do afastamento da responsabilidade do Poder Público pelo fato da vítima ter dado causa ao seu prejuízo sofrido, deve-se levar em conta a extensão da sua conduta no seu dano, caso a conduta lesiva tenha levado sozinha a totalidade do dano, isenta o Estado a sua responsabilidade. Porém, se a conduta contribuiu apenas por uma parte do dano e o Estado tenha dado causa a outra parte caberá à Fazenda Pública responder por esse.[19]

Todas as hipóteses de exclusão da reponsabilidade civil do Estado, só podem existir quando se se tratar da teoria do risco administrativo, não podendo existir tais hipóteses, quando for adotado a teoria do risco integral.

Segundo a monografia produzida sobre *La Responsabilitá dela Publlica Ammnistazione,* por Renato Alessi, só é cabível falar em responsabilidade, quando se viola um direito alheio. Se na hipótese ocorre apenas um sacrifício de direito, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não é possível adentrar no presente tema.[20]

1.1.3 Responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais

A responsabilidade extracontratual do Estado pelos danos causados oriundos da atividade jurisdicional é um tema complexo e apresenta discussões acerca da extensão da sua aplicabilidade.

[19] Ibidem, p. 423.
[20] ALESSI, Renato, 1995 apud MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1026.

A responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, ainda não é um tema superado, havendo ainda diversas discursões doutrinárias e nos tribunais sobre o presente assunto. Porém, sempre que se falar sobre o assunto é indispensável utilizar a garantia constitucional do art. 5º da CF, LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"[21]

A ideia inicial sobre a responsabilidade do Estado em face aos atos jurisdicionais, é a da soberania do Poder Judiciário, especialmente quanto à posição de independência dos magistrados, no momento de proferir decisões. Esse direito busca assegurar maior segurança jurídica, afim de impedir que os julgadores sintam-se ameaçados ao proferir decisões. Mesmo com o direito a independência dos juízes para a realização de suas tarefas inerentes a sua função, o Novo Código de Processo Civil, enumera, alguns casos em que o magistrado poderá se responsabilizar pessoalmente pela sua atuação.

> Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
>
> II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.[22]

Os Três Poderes presentes no ordenamento jurídico não podem ser considerados soberanos, pois devem prestar subordinação a lei, em especial a Constituição Federal. Caso pudesse considerar o Poder Judiciário soberano, poderíamos também considerar o Executivo, assim o Estado não deveria suportar quaisquer danos causados.[23]

[21]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 2 abr. 2018.
[22] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: . Acesso em: 2 abr. 2018
[23]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 735.

O argumento mais consistente é o que admite responsabilidade do Estado pela atividade jurisdicional que trouxer ofensa a coisa julgada. Porém de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é entendido que o ente estatal só irá se responsabilizar pelos erros judiciários e pelas prisões fora dos limites pré-estabelecidos na sentença.[24]

A jurisprudência tem se manifestado no sentido de que o Estado não carece se responsabilizar por todos os atos jurisdicionais que ocasionarem danos a terceiros. Devendo apenas se responsabilizar pela hipótese prevista pelo art.5º, LXXV, da Constituição Federal, ou seja, pelos erros judiciários ou prisões indevidas. Nesse sentido foi decidido o Recurso Extraordinário com agravo nº 939966/ MG, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

> EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual Civil e Administrativo. Indeferimento de prova testemunhal. Ausência de repercussão geral. Responsabilidade civil do Estado. Prisão cautelar determinada no curso de regular inquérito policial. Não indiciamento do investigado. Danos morais. Dever de indenizar. Descabimento. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. (...) 2. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não foram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que a prisão preventiva a que foi submetido o ora agravante foi regular e se justificou pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário posterior não indiciamento do investigado. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário, de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento

[24] Ibidem, p. 736.

> jurídico. 4. Agravo regimental não provido.[25] (grifo nosso).

No estudo acerca da responsabilidade extracontratual do Estado-juiz, é necessário distinguir função jurisdicional de função judiciária. Sendo a última, como gênero, por ser mais abrangente, equiparam-se todos os atos praticados pelo Estado-juiz que tenham como natureza jurídica teor decisório.[26]

A regra da irresponsabilidade impera no ordenamento jurídico brasileiro, quando se trata dos atos ou fatos decorrentes da atividade jurisdicional estatal. O Estado não responde qualquer prejuízo oriundos de uma sentença. Caso fosse possível pleitear indenização por uma sentença que foi desfavorável a terceiro, estaria rompendo com o princípio da imutabilidade da coisa julgada. Todavia, o Estado deve responder judicialmente somente quando a lei lhe imputar a devida obrigação, como por exemplo, quando existir o erro judiciário ou a prisão indevida.

1.1.4 Direito Comparado

Ao observar o Direito Comparado, pode-se analisar o tratamento que o tema conferido, pelo ordenamento jurídico Francês. Igualmente com o que ocorre na jurisdição brasileira, na França é consagrado como regra geral a irresponsabilidade do Estado em face dos danos decorrentes da coisa julgada. A exceção fica por conta do erro judiciário, reconhecendo direito de indenização pelos danos morais e materiais em decorrência da condenação de um inocente.[27]

Em Portugal a possibilidade de pleitear indenização em virtude do ato jurisdicional encontra-se com maior amplitude. O ordenamento jurídico português admite a possiblidade de responsabilização estatal pelos atos jurisdicionais que

[25]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 939966/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 de março de 2016. Disponível em: . Acesso em: 11 abr. 2018.
[26]CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 423.
[27]LEITE. Rosimeire Ventura. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 87

causarem lesões a direitos de terceiros, também admitindo direito de regresso contra o agente que causou o dano, quando agiu com dolo ou culpa. A possibilidade quanto ao erro judiciário é a mesma encontrada no Brasil, todavia, pode haver responsabilização do Estado, também pela demora na prestação jurisdicional.[28]

Na Espanha a possibilidade de responsabilização do erário pela atuação do Poder Judiciário é aceita no que tange ao erro judiciário, mal funcionamento da Administração da Justiça e pela prisão preventiva, que em seguida, foi determinado a absolvição do inocente.[29]

1.2 Evolução histórica

O tema responsabilidade do Estado por dano causado a um terceiro foi uma gradativa conquista do Estado de Direito, superando diversos obstáculos. Iniciando a longa evolução histórica, com a irresponsabilidade estatal em faca do Estado Absolutista, até se conquistar a responsabilização estatal por danos decorrentes do erro judiciário e da prisão indevida.

A teoria da irresponsabilidade do Estado foi predominante por séculos, também conhecida como teoria feudal, regalista ou regaliana. Essa hipótese tinha como fundamento a ideia de que o monarca tinha origem divina, ou seja, não era passível do cometimento de erros, portanto, não poderia se falar em responsabilização pelos danos causados.[30]

Diante desses fundamentos, prevalecia na Europa a teoria do irresponsabilidade do Estado. Nascendo na Europa no século XVI diversas proposições como: o rei não pode fazer mal (le roi ne peut mal faire) ou o rei não pode errar (the king can no wrong).[31]

[28]Ibidem, p. 94.
[29]Ibidem, p. 95
[30]CRETELLA JÚNIOR, José, apud DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 21.
[31]DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

Ainda quando vigorava o princípio da irresponsabilidade civil do Estado, os indivíduos lesados deveriam ser indenizados pelos agentes que cometerem o dano, na sua devida extensão. Os agentes públicos respondiam pessoalmente mesmo que em pleno exercício da sua função pública.[32]

1.2.1 Teoria civilista da responsabilidade do Estado

Com o nascimento dos princípios norteadores do Direito Civil, entre eles o da culpa, passou-se a admitir a responsabilização do Estado, em alguns casos específicos. Devendo porém fazer a diferenciação entre atos de império e atos de gestão, pois o Estado só se responsabilizaria pelos atos de gestão, não podendo ter a sua soberania lesada.[33]

Os atos de império ocorriam quando o Estado exercia seu Poder Soberano. Assim, esses atos não poderiam ser julgados e darem ensejo a obrigação indenizatória, tendo em vista a sua natureza.[34]

O Estado quando pratica um ato de gestão iguala-se ao particular, portanto, tem sua responsabilidade reconhecida, podendo gerar direito à reparação. Porém o seu pressuposto seria a culpa, em casos em que ela estiver configurada, nasce o direito a pleitear indenização, já em casos em que não haver culpa, não há de se falar em direito indenizatório.[35]

1.2.2 Teoria publicista da responsabilidade do Estado

O julgamento do caso *Blanco* e do pronunciado caso *Pelletier*, ambos julgados de ocorridos em 1873, são considerados significativos para a formação de

[32]VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. Revista de informação legislativa. v. 24. n. 26, out. 1987. Disponível em: . Acesso em: 9 maio. 2018
[33]PEREIRA, Caio Mário da Silva, apud CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20
[34]CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20.
[35]Ibidem.

novas teorias acerca da responsabilidade do Estado em face do Direito Público. A apreciação de ambos os casos foi realizada pelo Tribunal do Conflitos na França, e a partir deles, foi possível formar uma boa jurisprudência sobre o tema.[36]

Uma criança cujo nome era Agnés Blanco, foi atropelada por uma vagonete de uma empresa estatal. Em decorrência do acidente, a menina sofreu diversas lesões significativas, como a amputação de suas pernas. O Tribunal de Conflitos chegou à conclusão que não era de sua alçada tal julgamento, uma vez que sua jurisdição era comum, e o caso narrado adentrava na jurisdição administrativa, por está tratando da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados pelo serviço público.[37]

Um jornalista Pellitier, em meados de julho de 1873, teve seu jornal apreendido, em razão do exercício normal do poder de polícia pelo Estado francês. Inconformado o editor ajuizou ação de perdas e danos perante o Tribunal dos Conflitos, buscando responsabilizar o funcionário público que causou seus prejuízos. Nesse caso, ocorreu a diferenciação entre culpa pessoal do funcionário público e a culpa do serviço público, além de estabelecer a competência para julgamento de ambos institutos. [38]

A primeira teoria que responsabilizou o ente estatal foi a da culpa administrativa e foi ela que responsabilizou o Estado por ambos casos narrados. Essa teoria adota o fundamento que o Estado deve suportar os danos causados ao particular, desde que seja provado falha ou falta de um serviço prestado por agente públicos. Na conduta do agente, não deve analisar o critério subjetivo, existindo uma culpa, mas do Poder Público.

Com o surgimento das teorias publicistas, de acordo com o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, foi possível a evolução da responsabilidade subjetiva,

[36]DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 28.
[37]Ibidem, p. 29.
[38]Ibidem, p. 30.

derivada da culpa, para uma responsabilidade objetiva, tendo como justificativa o simples nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado.[39]

1.2.3 Evolução histórica no Brasil

No Brasil, o caminho percorrido acerca da responsabilidade extracontratual do Estado não foi muito diferente do resto do mundo. Passando da irresponsabilidade do ente estatal, até a responsabilização, em casos previstos no ordenamento jurídico vigente.

Após a independência brasileira no ano de 1822, o Brasil ficou sem um ordenamento jurídico bem definido, até a promulgação da primeira Constituição Republicana de 1891.[40]

Nessa Constituição se estabeleceu a irresponsabilidade estatal, ficando positivado em seu: "Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos".[41]

Desse modo se estabeleceu a responsabilidade subjetiva dos funcionários públicos do Estado, admitindo a possibilidade de responsabilização pessoal caso fica-se demonstrado que o mesmo deu causa para o dano de maneira direta, seja por fazer ou um não fazer.

O Código Civil de 1916 no seu art. 15 já previa a possibilidade de estabelecer a responsabilidade as pessoas jurídicas de direito público pelos atos de seus

[39]MELLO, Celso Antônio Bandeira de, apud DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 20.
[40]CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.
[41]1BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 9 maio.2018.

representantes, que nessa qualidade, causarem danos a terceiros, sendo detentor do direito de ação regressiva contra o causador do dano.[42]

O Código Civil de 2002, absorveu tal artigo. “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.[43]

Foi estabelecido na Constituição de 1934 a solidariedade entre o agente público e a Fazenda Pública, desde que o agente tenha agido com culpa, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. A redação do art.171 da Constituição de 1934 é a seguinte:[44] “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.”[45]

No mesmo sentido do que foi fixado no Código Civil de 1916, a Constituição de 1946 no seu art. 194, dispôs sobre a responsabilização entre as pessoas jurídicas de direito público interno e os funcionários, pelos danos causados a terceiros, ressalvando hipóteses em que o funcionário agir com culpa, pois caso ocorra, nasce o direito de regresso.[46]

> Art.194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.[47]

[42]CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.
[43]BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: . Acesso em: 9 maio. 2018
[44]CAHALI, Yussef Said. Reponsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.
[45]BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 9 maio. 2018.
[46]CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.
[47]BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 9 maio. 2018

Seguindo os mesmos conceitos e posicionamento foi positivado na Constituição Federal de 1967 em seu art. 105,[48] que vigorou durante toda a ditadura militar enfrentada no Brasil.

> Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.[49]

A Constituição Federal de 1988, a primeira após o regime militar e vigente até os dias atuais, deu maior extensão quanto ao tema responsabilidade extracontratual do Estado, estabelecendo que qualquer que seja a pessoa jurídica de direito público ou privado, se estiver prestando um serviço público, poderá o Estado ser responsável pelos danos.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[50]

1.3 O risco administrativo e o risco integral

Há distinções entre o risco administrativo e o risco integral. O risco integral, segundo Jean Defroidmont, pode ser considerado "brutal" e iníquo, pois não admite

[48]CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.
[49]BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 9 maio. 2018.
[50]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 9 maio. 2018.

temperamentos, não admite discussão quanto a culpa da vida, no evento danoso, o que faz com que o Estado arque com a totalidade da indenização.[51]

A teoria do Risco Administrativo amparou o surgimento da responsabilidade objetiva do Estado. De acordo com essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo existe como mera consequência do serviço público, não analisando se o funcionamento foi bom ou ruim. Porém, basta a análise do nexo causal entre a conduta do Estado e os danos provocados.[52]

Na teoria da do risco administrativo o dever de indenizar nasce com o dano injusto causado a vítima pelo Estado. Para sua configuração não é exigido falta do serviço público, nem é analisado o critério subjetivo, bastando-se apenas lesão a um direito, e o nexo de causalidade, sem concorrência de culpa com o terceiro ofendido.[53]

A teoria mais radical sobre a responsabilidade civil da Administração Pública, a integral. Levando-se em conta tal proposição, o erário ficaria obrigado a indenizar todo e qualquer prejuízo que causar a terceiros, independentemente de concorrência de culpa ou dolo com a vítima.[54]

O ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria do risco administrativo como regra da responsabilidade extracontratual do Estado. A única hipótese onde se adotou a teoria do integral fica por conta dos danos nucleares ocasionados pela atividade estatal.

2 O ERRO JUDICIÁRIO COMO ATO JURISDICIONAL CAPAZ DE RESPONSABILIZAR O ESTADO

[51] DEFROIDMONT, Jean, apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. Revista de informação legislativa. v. 24. n. 26, out. 1987. Disponível em: . Acesso em: 9 maio. 2018.
[52]VELOSSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. Revista de informação legislativa. v. 24. n. 26, out. 1987. Disponível em: . Acesso em: 9 maio de 2018.
[53]3MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. ed. 26. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 611.
[54]Ibidem, p. 612.

2.1 Conceito de erro judiciário

Após analisar a responsabilidade extracontratual do Estado em toda sua extensão, conclua-se que as únicas hipóteses de responsabilizar o ente estatal pelos danos causados por um ato jurisdicional é quando ocorre com a ocorrência do erro judiciário e da prisão indevida.

A responsabilidade do Estado por erro judiciário, é aplicável da teoria do risco (atos comissivos lícitos) e também a teoria da falta do serviço (atos comissivos ilícitos e omissivos). Na última hipótese, os danos são causados por culpa ou dolo do agente público e desse modo caberia ação regressiva contra o funcionário que deu causa ao fato danoso.[55]

De acordo com Luiz Antonio Soares Hentz, não seria preciso identificar o erro judiciário para nascer o direito a indenização. Devendo apenas que ocorrer o dano indenizável imputado ao ente público, que deu causa para ocorrência do fato danoso.[56]

Prima Facie, comumente vemos o erro judiciário estar associado apenas com erro no julgamento penal, pois no âmbito criminal está sendo tutelado direitos tratados pelo Estado com mais cuidado, como o da liberdade e da própria vida Todavia, está é apenas uma modalidade em que pode ocorrer o erro.[57]

O erro judiciário ocorre em todo e qualquer área do Direito, seja ela cível, penal, trabalhista e etc. Ele emana de todo e qualquer *error in procedendo* ou *in judicando*. Porém a competência para apreciação do mérito é do juízo civil, devendo estar de acordo com o direito material próprio.[58]

---

[55]DERGINT, Augusto de Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 171.
[56]HENTZ. Luiz Soares. 1996, apud FRANCO, João Honorio de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. 2012. 307 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.Disponível em: . Acesso em: 2 abr. 2018.
[57] CAMARGO, Luiz Antonio de. A responsabilidade Civil do Estado e o erro judiciário. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 70.
[58]Ibidem, p. 71.

O erro judiciário é qualquer dano provocado pela atividade jurisdicional, que venha a violar direitos protegidos no ordenamento jurídico. Podendo o magistrado ser responsável pessoalmente, em casos de fraude e dolo, de acordo com o Código de Processo Civil e da Lei da Magistratura.

Após o reconhecimento do erro judiciário, surge a possibilidade do ofendido ser indenizado pelo Estado. Todavia, esse dever de reparação não se baseia na assistência ou solidariedade social. A indenização é criada no mundo jurídico baseada na obrigação do Estado de suportar os danos causados a um terceiro ofendido.[59]

A identificação do erro judiciário e a devida responsabilização do Estado, é garantida pelo ordenamento jurídico. Assim, buscando reforçar à garantia aos direitos individuais, protegidos na Constituição Federal, e imputando ao Poder Público, um dever legal.

O erro pode ser manifestado por um engano ou falsa concepção sobre determinada coisa ou fato. Em se tratando da modalidade responsabilidade civil extracontratual do Estado, para ocorrência do erro é necessário que seja decorrente da atividade jurisdicional, podendo ser derivado de uma ação, de um juiz ou de qualquer serventuário da justiça, que venha a participar do litígio. Também pode ocorrer por uma omissão na prestação jurisdicional, ou em virtude da demora da solução do processo, ocasionando danos aos terceiros envolvidos.[60]

A simples revisão criminal, no âmbito penal, ou a ação rescisória no cível, não garantem o suporte ideal para os danos causados. Sendo imprescindível para garantir que os prejuízos sofridos sejam amenizados, ação própria, que responsabiliza o Estado e faz com que arque com os danos ocasionados.

[59]DERGINT, Augusto de Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 169.

[60]KNOERRR, Viviane Sellos; VERONESSE, Eduardo Felipe. O erro judiciário e a Responsabilidade Civil do Estado: The judicial error and liability of stated. Prisma Jurídico. São Paulo, v. 15, n.2, p. 1-23, jul/dez. 2016. Disponível em: . Acesso em: 15 maio. 2018.

O princípio da coisa julgada não é oposto ao princípio da indenização. Quando ocorrer violação em uma sentença em trânsito em julgado, é preciso primeiro ajuizar uma ação de revisão, para só após pleitear o direito a indenização.[61]

A Primeira Turma do Supremo Tribunal entende que quando o Ministério Público denúncia um acusado cumprindo com suas obrigações institucionais e logo em seguida o mesmo vem a ser absolvido em juízo não seria possível a responsabilidade extracontratual do Estado. Pode-se observer no seguinte Recurso .....Extraordinário com Agravo:

> EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. VINCULAÇÃO AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO JUDICIAL. HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. PRECEDENTES. (...) 2. A responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais só é possível nas hipóteses previstas em lei, sob pena de contenção da atividade do Estado na atividade jurisdicional regular. No caso dos autos, não houve prisão além de tempo fixado em sentença, nem erro judiciário. A mera denúncia pelos promotores não enseja dano moral indenizável, mesmo que posteriormente o acusado tenha sido considerado inocente.[62] (grifo nosso)

Desse modo é possível concluir, em analogia com o julgado acima descrito, que quando Poder Judiciário atua dentro do que lhe é exigido no ordenamento jurídico não será possível a responsabilização extracontratual do Estado.

2.2 O erro judiciário no âmbito penal

Ao tratar de erro judiciário, em regra, fala-se da sua configuração no âmbito penal. Consistindo na aplicação da pena a pessoa inocente, que venha a ter sua

[61]DUEZ, Paul, apud JÚNIOR, José Cretella. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
[62]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 833909/SC. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 02 de maio de 2017. Disponível em: . Acesso em: 17 maio. 2018.

liberdade individual, restrita ou nula, atingindo direitos fundamentais, tutelados na Constituição Federal, como a moral, a vida, os bens, a honra e a família.[63]

As sentenças contrárias a lei penal ou à evidência dos autos, fundada em depoimentos, exames, documentos comprovadamente falsos, são exemplos práticos de erros judiciários. Além disso, pode ser suscitado o pedido de revisão criminal, quando surgir novas provas de inocência do condenado.[64]

Após configuração do erro judiciário penal, mediante processo de revisão criminal, faz-se imprescindível o restabelecimento do *status quo ante* à condenação, em todos os campos do Direito, onde houve lesão aos direitos do condenado.[65]

O Código de Processo Penal, em seu art. 630, disciplinou que o Tribunal poderá reconhecer o direito a uma indenização justa, quando:

> Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. §1o Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. §2o A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada.[66]

A Constituição Federal garante ao revisionando, quando for caso de erro judiciário, o direito a justa indenização independentemente se o processo decorreu de denúncia ou queixa. Todavia, para que faça jus a indenização, deve-se requerer.[67]

2.2.1 Ação de Revisão Criminal

[63]CAMARGO, Luiz Antonio de. A responsabilidade Civil do Estado e o erro judiciário. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 102.
[64]MÉDICI, Sergio de Oliveira. Revisão Criminal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 202.
[65]DERGINT, Augusto de Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 169.
[66]BRASIL. Decreto- Lei n° 3.689, de 03 de out de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm . Acesso em: 21 maio. 2018 .
[67]CAMARGO, Luiz Antonio de. A responsabilidade Civil do Estado e o erro judiciário. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 76.

A sustentação do pedido de revisão criminal está previsto no art. 621, do Código de Processo Penal:

> Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.[68]

A ação de revisão criminal ao julgado que determinou a condenação, deve ser proposta afim de desconstituir a sentença. Somente após é possível ajuizar ação para obter a reparação dos danos materiais e morais, causados pelo erro judiciário.[69]

Quando o resultado da revisão criminal for positivo não obrigatoriamente o Tribunal estará reconhecendo o seu erro judiciário. Somente quando um colegiado, mediante provocação do interessado, se manifestar expressamente o erro estará plenamente configurado.[70]

Ao pleitear o pedido de revisão criminal, o autor do pedido de revisão, pode requerer o reconhecimento do erro judiciário no processo. Buscando assegurar a possibilidade de receber o *quantum* indenizatório, suficiente a amenizar os danos sofridos pelo erro, perante o juízo cível.[71]

O Código de Processo Penal brasileiro, estabeleceu, no art. 622, que inexiste prazo para o pedido da ação de revisão criminal. "A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas".[72]

---

[68]BRASIL. Decreto- Lei n° 3.689, de 03 de out de 1941. Disponível em: . Acesso em: 21 maio. 2018
[69]STOCO, Rui. Responsabilidade Civil por erro judiciário em ação penal condenatória (exigência de que, no julgamento da revisão criminal, as Câmaras, Turmas Conjuntas ou Tribunal Pleno, reconheça, expressamente o erro quanto o direito à justa indenização. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.3, n.12, p. 295-302, out/dez. 2002
[70]Ibidem
[71]Ibidem
[72]BRASIL. Decreto- Lei n° 3.689, de 03 de out de 1941. Disponível em: . Acesso em: 21 maio. 2018.

O Poder Judiciário deve ser provocado, para que ocorra a indenização por erro judiciário, não se trata porém de um dos efeitos da ação revisional. Em face disso é necessário que exista requerimento por parte do ofendido, para que tal direito assegurado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, seja conferido. Em regra, o tribunal não irá reconhecer a possibilidade à justa indenização. Todavia, não afasta o direito de ajuizar à ação perante a Fazendo Pública, ou em outro juízo cível, buscando como pedido principal a reparação do dano sofrido, nesse caso em especial será necessário demonstração do nexo de causalidade da conduta do Estado e o prejuízo suportado, em sede de processo de conhecimento.[73]

No juízo cível é feito apenas liquidação e *quantum* indenizatório, que deverá ser pago pelo Estado em favor do condenado que teve seu pedido de revisão criminal deferido. A condenação do Estado é determinada no acórdão que reconheceu o erro judiciário.[74]

A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, entende que quando for procedente o pedido revisional, deve-se também buscar corrigir o erro judiciário, quando for o caso. Assim, foi julgado o Acórdão a seguir exposto:

> REVISÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE ERRO JUDICIÁRIO. COMPROVAÇÃO. EXCLUSÃO DO NOME DO REQUERENTE DO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL. ERRO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE. 1. Evidenciado nos autos, inclusive por laudo pericial, que o requerente não é a pessoa que cometeu o crime, mas terceira pessoa que utilizou ilicitamente seus documentos pessoais, impõe-se a procedência da revisão criminal para corrigir o erro judiciário. 2. Se o erro não decorreu de falha imputada ao requerente e consta dos autos pedido expresso da Defesa, além

[73]NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 881.
[74]STOCO, Rui. Responsabilidade Civil por erro judiciário em ação penal condenatória (exigência de que, no julgamento da revisão criminal, as Câmaras, Turmas Conjuntas ou Tribunal Pleno, reconheça, expressamente o erro quanto o direito à justa indenização. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.3, n.12, p. 295-302, out/dez. 2002.

> de não haver os óbices previstos no artigo 630, alíneas "a" e "b", do Código de Processo Penal, mostra-se cabível a indenização. (...)[75](grifo nosso)

Na ação penal citada, o erro ocorreu quanto ao nome do réu. No momento da prisão em flagrante o autor do crime se identificou com Wesley Jairo dos Santos Silva, porém posteriormente ao chegar na delegacia, assinou os documentos como Wedson Bruno dos Santos Pereira Silva. Ambos eram irmãos, enquanto um cometeu o ilícito penal o outro estava estudando em um Centro Educacional, porém o que cometeu o crime e foi preso em flagrante se identificou como seu irmão, todavia as digitais não eram compatíveis.

O *Parquet* mesmo tendo ciência do equívoco ocorrido, tentou resolver a questão do ocorrido na audiência de instrução e julgamento, ocorre que o acusado foi declarado revel, e o verdadeiro autor do ilícito penal faleceu, por esse motivo, não compareceu. Após a audiência foi dado prosseguimento ao feito, e o Ministério Público não aditou a denúncia, para corrigir o nome do réu. Ele veio a ser condenado a 4 anos de prisão, pelo crime que seu irmão cometeu.

O Ministério Público teria o dever de corrigir o erro ocorrido e não o fez, desse modo deu causa ao feito. Além disso, o acusado não concorre em culpa, quanto a responsabilidade do erro. A responsabilidade objetiva do Estado é aplicável ao caso narrado, e após a procedência da ação revisional, nasce o direito a pleitear a indenização perante o juízo cível.

O Código de Processo Penal determinou em seu art.627, que após absolvição do condenado, todos os direitos perdidos, em razão da condenação, deverão ser restabelecidos. “A absolvição implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, devendo o tribunal, se for caso, impor a medida de segurança cabível”.[76]

---

[75]DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1094936. Rel. Roberval Casemiro Belinati; Rev. Silvanio Barbosa dos Santos. Brasília, 30 de abril de 2018. Disponível em: . Acesso em: 17 maio. 2018.

[76]BRASIL. Decreto- Lei n° 3.689, de 03 de out de 1941. Disponível em: . Acesso em: 21 maio. 2018.

2.2.2 O emblemático Caso dos irmãos Naves

Na década 30, ocorreu o caso mais emblemático acerca do erro judiciário no Brasil, foi acerca dos irmãos Naves, onde a vítima de um homicídio apareceu viva, após passado algum tempo da condenação do acusado.

Em uma cidade de Minas Gerais chamada Araguari, dois irmãos, passaram por humilhações, torturas em face de um Estado militar e autoritário. Ambos foram condenados por um crime de roubo seguido de homicídio, mas não havia cadáver da hipotética vítima e nem teria sido encontrado objetos do roubo com nenhum dos acusados.[77]

O Ministério Público em 1938 ofereceu a denúncia, arrolou diversas testemunhas, como pediu a prisão preventiva, pois segundo o Promotor de Justiça, um dos irmãos teria confessado o crime. A justificativa para o pedido cautelar se deu na possibilidade de fuga dos acusados, bem como, no obstáculo que poderia ser criado para a ação da justiça.[78]

Durante o interrogatório de Joaquin Naves, ele confessou o crime, todavia, foi alvo de torturas físicas e psicológicas, para tomar tal atitude. Ele não cometera tal crime nem seu irmão. As testemunhas ouvidas apenas narraram que disseram ouvir dizer quem era o autor do crime, desse modo não haveria provas suficientes para tal condenação.[79]

A condenação dos irmãos Naves chegaram a vinte e cinto anos e seis meses de prisão além de multa sob o valor roubado. Eles foram considerados culpados perante o Tribunal de Justiça Minero.[80]

---

[77]FERREIRA JÚNIOR, José Carlos Macedo de Pinto. A verdade real não pode ser buscada a qualquer preço – Análise de um dos maiores erros judiciários do país: o célere caso dos irmãos Naves. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 951, n. 104, p. 287-305, jan. 2015.
[78]FERREIRA JÚNIOR, José Carlos Macedo de Pinto. A verdade real não pode ser buscada a qualquer preço – Análise de um dos maiores erros judiciários do país: o célere caso dos irmãos Naves. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 951, n. 104, p. 287-305, jan. 2015.
[79]Ibidem.
[80]Ibidem.

Após cumprimento de 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 7 (sete dias), os irmãos obtiveram o livramento condicional. A revisão criminal foi interposta em 1949, teve êxito e diminuiu a pena a 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Dias depois, Joaquim Naves veio a falecer.[81]

A hipotética vítima foi encontrada viva em 1952, Benedito. Assim em 1953, foi ajuizado novo pedido de revisão criminal, buscando alcançar indenização civil pelo erro judiciário. Em 1956, foi proferida sentença favorável ao pedido, todavia enfrentou diversos recursos do Estado de Minas Gerais, até que em 1960, o STF confirmou direito a indenização a Sebastião Naves e os herdeiros de Joaquim Naves, pelo erro judiciário enfrentado.[82]

2.3 Erro judiciário cível

A Constituição Federal vigente em seu art. 5º, LXXV, disciplina que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário. Todavia, ela não o conceitua, nem muito menos, estabelece qual erro será passível de indenização. Assim, pode-se afirmar que todo erro decorrente da atividade jurídica danosa, independente do ramo do Direito, pode dar ensejo a responsabilização estatal. "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".[83]

O erro judiciário mais conhecido é o erro penal, pelo fato de violar direitos fundamentais mais sensíveis, e de difícil reparação. Porém, nada impede que ocorra erros judiciários nos processos cíveis, que venham a trazer danos morais ou patrimoniais ao jurisdicionado.[84]

O erro judiciário civil pode ocasionar danos injustos, por consequência, devem ser reparados. O dano causado no processo cível é fruto do mau

[81]Ibidem.
[82]Ibidem.
[83]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 5 jun. 2018.
[84]ODONE, Serrano Júnior. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais. Curitiba: Juruá, 1996. p. 152.

funcionamento do serviço público deve-se ser indenizado pelo Estado em face do art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988.[85] "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".[86]

Com base na teoria da faute du service, tanto no processo penal quanto no civil, o juiz atua como representante do Estado. Desse modo, quando ele comete um ato danoso,

o próprio Estado que está cometendo, salvo nas hipóteses em que agir com dolo ou culpa. Até em faltas danosas impessoais, a responsabilidade da devida reparação é do Estado.[87]

Os litígios cíveis tutelam em regra, direitos patrimoniais, já os criminais buscam assegurar bens jurídicos de maior valor, como a vida, liberdade e honra. Por essa justificativa, alguns doutrinadores, se posicionam contra a reparação do erro judiciário cível.[88]

2.3.3 Ação rescisória

Assim como existe a ação de revisão criminal no processo penal, existe a ação rescisória no processo civil, ambas buscam resolver possíveis erros e nulidades absolutas que passaram despercebidos ao longo de todo processo, fazendo com que o magistrado profira um decisão injusta.

[85]Ibidem, p. 152.
[86]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018
[87]ODONE, Serrano Júnior. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais. Curitiba: Juruá, 1996. p. 152.
[88]PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1990 apud DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 183

As hipóteses da ação rescisória estão dispostas no art. 966, do Código de Processo Civil:

> Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou coação entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.[89]

A hipótese prevista no art. 966, VIII, do Código de Processo Civil, admite a possibilidade da rescisão do processo, quando no mesmo estiver presente o erro de fato, ou seja, quando ocorre uma análise equivocada dos fatos. Desse modo, decidiu o Acórdão 1092809 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. REQUISITOS COMPROVADOS. ERRO DE FATO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA PRÁTICA. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. 1. Consoante artigo 966, VIII, do Código de Processo Civil, a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. O §1º dispõe que "há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado". 2. Para que seja admitida a ação rescisória com fundamento nesse dispositivo legal, é necessário que o erro de fato seja o fundamento essencial da decisão rescindenda, ou seja, não fosse o erro de fato, a decisão teria sido em outro sentido. Ademais, o erro de fato que autoriza a rescisão do julgado é o que decorre da desatenção ou desconsideração do julgador quanto à prova, não dizendo respeito ao acerto ou não do julgado. 3. No caso,

[89]BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

> restou demonstrado erro de fato no fundamento do julgado rescidendo, impondo-se reconhecer o direito do candidato à nomeação, já que ele comprovou satisfeitas todas as exigências previstas no certame para o preenchimento do cargo. (...)[90](grifo nosso)

Para surgir a responsabilidade do Estado por ato danoso, que transito em julgado, é necessário que antes ocorra a sua desconstituição. O erro judiciário provado durante os trâmites da ação rescisória, poderá dar ensejo para oneração do Poder Público.[91]

O prazo para proposição da ação rescisória é de 2 (dois) anos, conforme previsto no art. 975 do Código de Processo Civil: "O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo"[92]

Se caso o fundamento jurídico do ajuizamento da ação rescisória seja o surgimento de uma prova nova, o prazo se dilata até 5 (cinco), contados da última sentença que trânsito em julgado. "§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo".[93]

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal admite responsabilização do Estado pelo erro judiciário cível, sem que haja necessidade da ação rescisória, como o caso em que ocorre uma penhora online (BACENJUD), em processo em qual o autor não era parte. O Poder Público deverá além de ressarcir no valor da penhora realizada, também deverá arcar com os danos morais ocasionados pela realização da penhora errônea. Nesse sentido está o acórdão:

---

[90]DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1092809. Rel. Sebastião Coelho. Brasília, 09 de abril de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> Acesso em: 7 de jun de 2018.

[91]1SILVA, Juary C, apud DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 186.

[92]2BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018

[93]Ibidem.

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DO PODER JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. (...) "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO JUDICIÁRIO. PENHORA ONLINE (BACENJUD) EM PROCESSO DO QUAL O AUTOR NÃO FAZIA PARTE. ERRO JUDICIÁRIO CARACTERIZADO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO". 4. Agravo regimental DESPROVIDO.[94] (grifo nosso)

2.4 *Error in procedendo e error in judiciando*

O erro judiciário é consequência de qualquer *error in procedendo* ou *in judicando,* podendo surgir em todos os processos judiciais, seja qual for a matéria em litígio. Todavia, independente onde o erro ocorrer, a sua justa reparação e liquidação, será realizada dentro do processo civil, por meio de uma ação própria de indenização.

Os *errores in judicando*, de acordo com a doutrina majoritária, são aqueles cometidos pelo magistrado, em face de qualquer juízo de direito, seja material ou processual. Assim pode ser definido, como qualquer aplicação errada da lei no caso concreto, pelo juiz singular ou tribunal. [95]

O *error in procedendo*, ocorre quando o juiz não observa de corretamente as normais processuais, levando-se aplicar decisões, sem a decida obediência legal.

[94]4BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 830953/GO. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=830953&origem=AP>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[95] 5FRANCO, João Honorio de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. 2012. 307 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/pt-br.php>. Acesso em: 6 jun. 2018.

[96]Essa espécie de erro ocorre quando os procedimentos que compõe um determinado processo não são respeitados.

Todo processo termina com uma sentença ou acórdão, passando por um processo de julgamento. Quando ocorre erro durante a subjunção do fato a norma, ou seja, aplicação errônea do ordenamento jurídico, ocorre o erro de julgamento, nessa espécie de erro, pelo fato de ficar mais simples tal configuração, é mais comum que ocorra a responsabilidade extracontratual, salvo nos casos em que lei não admitir.

A responsabilidade extracontratual em face do *error in judicando* é objetiva e deriva do risco administrativa. Caberá assim regressiva contra o prolator da sentença que comer tal erro, com culpa ou dolo, nos termos do Código de Processo Civil, e da Lei da Magistratura.

Quando o erro surgir em face de decisão interlocutória ou despacho, considera-se como erro de procedimento. Como nesse caso o processo não chegou

o seu fim, nem atingiu seu objetivo originário, fica complicado de se configurar tal erro passível de indenização. [97]

2.5 Ação de Indenização

A exclusão do Estado do polo passivo na ação de indenização, deve ocorrer quando a causa do erro judiciário foi consequência de um fato em que os órgãos do Poder Judiciário apenas cumprirão com o seus deveres legais, em face de todas as provas e fatos trazidos em um determinado processo.

O processo de indenização poderá vir em forma de execução, quando tiver relacionado aos erros penais. Após prévio reconhecimento do erro durante a revisão

[96] MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Revisão criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 209
[97] HENTZ, Luiz Soares, 1996 apud FRANCO, João Honorio de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. 2012. 307 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/pt-br.php>. Acesso em: 6. jun. 2018

criminal. Nessa hipótese o lesado deverá ingressar, perante o juízo cível contra a Fazenda Pública, onde deve ocorrer a liquidação do dano, em toda sua extensão.[98]

A ação de indenização também pode ser ocorrer, quando for iniciada dentro do processo de conhecimento, devendo passar por todas as fases processuais, independentemente da revisional, bem como dos erros judiciais, fora do âmbito penal. Assim, buscando deixar o direito indenizatório claro, por meio das provas dos fatos que constituíram todo o processo, onde ocorreu lesão a um bem jurídico tutelado.[99]

A devida reparação dos danos causados pelo erro judiciário, deve ocorrer em toda sua extensão, abarbando o dano patrimonial e moral. A demonstração do erro judiciário deve atribuir a culpa anônima do serviço público ao Estado.[100]

O erro deve ser observado no caso real, excluindo a aspiração indenizatória, em situações meramente interpretativas. Não podendo ser considerado como erro judiciário, as divergências de posicionamento jurídico. Deve-se assegurar a soberania do juiz para sentenciar, mesmo que seja contra a posição do Tribunais Superiores.[101]

Exemplos de erros podem dar ensejo a indenizações, são: os equívocos graves na averiguação do Direito e das provas, especialmente as decorrentes de culpa; decisões que vão contra súmulas vinculantes ou contra o ordenamento jurídico, desde que não seja a lei não seja declarada incidentalmente inconstitucional.[102]

[98]CAMARGO, Luiz Antonio de. A responsabilidade Civil do Estado e o erro judiciário. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 81.
[99]CAMARGO, Luiz Antonio de. A responsabilidade Civil do Estado e o erro judiciário. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 81
[100]Ibidem, p. 83.
[101]MACEDO. Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade Civil em Danos Decorrentes do Poder Judiciário. Revista IOB de Direito Civil e Processo civil, São Paulo, v. 9. n. 56, p. 57-74, nov/dez. São Paulo. 2008.
[102]Ibidem

O erro judiciário pode ser danoso em todas as áreas do Direito, seja ela, criminal, civil, trabalhista, militar ou eleitoral. Podendo surgir durante qualquer fase processual, mesmo que de forma provisória, como é o caso das cautelares. Em todos os casos há necessidade de demonstrar os direitos que foram sofridos.[103]

3 PRISÃO INDEVIDA

3.1 Conceito de prisão indevida

Para definir o conceito de prisão indevida é fundamental antes definir o conceito apenas de prisão. Portanto, pode-se definir prisão como a privação da liberdade de locomoção a partir de uma ordem escrita de uma autoridade competente, ou na hipótese de flagrante delito.[104]

A palavra prisão deriva da palavra em latim prehensione, que significa ato de prender ou capturar, sendo o prisioneiro aquele privado de liberdade.[105] Consistindo-se na sanção jurídica que retira liberdade de locomoção, bem como o direito de ir e vir do cidadão, seja por ordem jurídica escrita e fundamentada, por autoridade judiciária ou em flagrante delito.

O Direito brasileiro admite duas espécies de prisão, a prisão pena ou prisão penal, e a prisão sem pena ou prisão processual.[106] Ambas tem suas características e pressupostos para aplicação, devendo estar em consonância com as leis que a disciplinam, para não poder ser considerada como uma prisão indevida.

Conceitua-se a prisão indevida como aquela decorrente de um erro judiciário, ou qualquer outro motivo não estando em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, essa modalidade de prisão restringe a liberdade individual do terceiro lesado, podendo trazer inúmeros danos seja de natureza moral ou material.

---

[103]Ibidem
[104]CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296
[105]FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio do século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1639.
[106]CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

O texto constitucional presente na Magna Carta 1988 assegura o direito a reparação da vítima que sofreu um erro judiciário, bem como aquela que ficar presa além do tempo fixado na sentença. Sendo essa apenas uma das modalidades de prisão indevida.

O Poder Público, no momento do exercício de suas atividades, por meio dos seus órgãos, sujeita-se ao cometimentos de erros passíveis de indenização em nome do terceiro particular. Porém em se tratando de prisão indevida, o resultado dos danos causados são incalculáveis, tendo em vista o violação a liberdade, bem supremo do homem.[107]

O conceito geral de liberdade é não estar preso de nenhuma maneira, é estar livre de limitações, de qualquer espécie de determinação proveniente de fora, não se limitando a faculdade de autoderminar-se espontaneamente.[108]

As liberdades individuais e sociais devem ser apreciadas em face aos direitos fundamentais do homem. O Estado de Direito, busca assegurar as liberdades sociais, em virtude de alguns deveres correspondentes.[109]

Para garantir uma maior segurança jurídica na aplicabilidade do Direito foi assegurado na Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXV, c.c. art. 37, § 6º, a garantia a indenização por erro judiciário ou prisão indevida, desse modo assegurando um equilíbrio imprescindível para a vida social. A prisão de alguém sem uma justa condenação procedida por órgão estatal competente para tal finalidade fere não apenas o direito abstrato, mas de forma concreta, os direitos protegidos constitucionalmente, mais precisamente o da liberdade.110 O

[107]7HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 88.
[108] HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 88.
[109]BOBBIO, Noberto, apud HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 29.
[110]HENTZ. Luiz Soares, 1996 apud FRANCO, João Honorio de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. 2012. 307 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em:

ordenamento jurídico brasileiro admite como sanção de diversas condutas a retirada da liberdade individual. Sendo essa solução a *ultima ratio*, para assegurar a paz e segurança da coletividade. Desse modo, é possível concluir que não existe direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, pois se o cidadão não cumprir os limites impostos pela ordem legal, poderá ter direitos fundamentais restringidos.

O direito à liberdade é a regra, sendo a sua retirada, ou seja, a decretação de prisão, sua exceção, devendo sempre estar amparada pela legislação, que a partir dela, determina um medida judicial para retirada de tal direito. Qualquer modalidade de prisão que afronte a legislação ou a ordem judicial, deve ser considerada indevida ou ilegal, podendo nascer o direito a indenização em nome do terceiro ofendido.

A prisão indevida não pode ser vista somente como aquele fruto de uma condenação injusta. Pois deve ser entendida, como toda privação injustificada de liberdade, independentemente do momento, podendo ocorrer, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, como as prisões cautelares ilegais, o excesso no tempo do cumprimento de prisão, ou ainda o cumprimento de pena fora do regime previamente determinado.[111]

3.1.1 Espécies de prisões

O Código Penal regula a prisão pena, determinando o seu prazo e regime de cumprimento. Ademais, o Código de Processo Penal, regula as prisões de natureza cautelar e provisória, devendo obedecer todas suas regras, para a devida aplicabilidade.

Ao admitir a medida cautelar que retira a liberdade, o Estado rompe com a ideia inicial de aplicação da pena somente após o trânsito em julgado. A custódia

---

http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/ptbr.php>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[111] 1PANTALEÃO, Juliana; MARCOCHI, Marcelo. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 416, ago. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/5642>. Acesso em: 12 ago. 2018.

antecipada deve ser vista como uma aplicação da pena antecipada. O amparo ao direito fundamental da liberdade, deve-se estar em consonância com o devido processo legal para ser possível sua retirada, segundo o art. 5º, LVII, da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".[112] A prisão no Brasil, deve-se ser amparada por decisão de magistrado competente, com a sua respectiva motivação e escrita, ou pode ocorrer de flagrante delito, podendo ser concretizada por qualquer um do povo.[113]

A prisão pena é aquela imposta em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Trata-se da privação de liberdade, após o devido processo legal, na qual ocorreu condenação e se determinou o cumprimento de pena privativa de Liberdade.[114]

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou no Agravo Regimental no Habeas Corpus 153143/SP, a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório, que ainda padece de recurso especial ou recurso extraordinário.

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, 'D' E 'I'. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO

[112]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 de ago. de 2018

[113]NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 519.

[114]CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

> TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. PLEITO POR CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, consoante julgamento do ARE 964.246 (..)[115](grifo nosso)

O Recurso Extraordinário 964246/SP julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu que o cumprimento de pena após acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, desse modo admitindo a prisão pena, após condenação em 2ª instância. Admitindo-se o cumprimento e pena, antes do trânsito em julgado.

> Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da

[115]5BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. HC 153143/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 27 abril. 2018. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+153143%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+153143%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao s&url=http://tinyurl.com/y9tak63m. Acesso em: 8 ago. 2018

> presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. (...).[116](grifo nosso)

No ordenamento jurídico brasileiro, as formas de prisões cautelares são as seguintes: prisão temporária; prisão em flagrante; prisão preventiva.

A prisão temporária, disciplinada pela Lei 7.960 de 1989, é uma das modalidades de prisão cautelar. Deve-se ser aplicada quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou quando o indiciado não tiver endereço fixo e tiver praticado crime de natureza grave. O seu prazo é de 5 (cinco) dias, podendo ser prorrogado por mais 5 (cinco), em casos de extrema e comprovada necessidade. Quando se tratar de crime hediondo, positivados na Lei 8.072 de 1990, o prazo sobe para 30 (trinta) dias, prorrogados por mais 30 (trinta). Tal modalidade de prisão cautelar, pode-se ser convertida em prisão preventiva.[117]

A prisão em flagrante é prisão cautelar de natureza administrativa, concretizada no momento da prática da infração penal. Desse modo, não é necessário a análise de um juiz de Direito. Todavia, ao receber o auto de prisão em flagrante, cabe ao magistrado, relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, desde presente os requisitos legais; ou ainda conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.[118]

Em 2015, por influências do Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, foi disciplinado que toda pessoa presa, deve-se apresentar a autoridade judicial no prazo de 24h, todavia tal regra ainda não se tornou norma, estando presente apenas na Resolução nº 213 de 2015 do CNJ.

---

[116]RASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 964246/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+964246%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EPRCR%2E+ADJ2+964246%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/qhjsvao> Acesso em: 8 ago. 2018.

[117]NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 533.

[118]NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 533.

A prisão preventiva está disciplinada no art. 311 ao 316 do Código de Processo Penal, as suas regras são as seguintes:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.[119]

Inexiste determinação de prazo legal para a prisão preventiva. Em regra dura, enquanto houver necessidade. Entretanto, torna-se muito importante, que seja respeitado a razoabilidade de sua duração, não devendo ultrapassar a necessidade efetiva.[120]

A finalidade da prisão preventiva é garantir o bom andamento da instrução criminal, não podendo ser prolongado de maneira definitiva, por culpa do magistrado ou por atos procrastinatórios do Ministério Público.[121]

3.1.2 As falsas causas que justificam a prisão indevida

Quando houver desobediência às regras do convívio social, determinadas pelo Poder Legislativo, o transgressor fica sujeito a perda de direitos, decorrentes de uma sanção pré-determinada no ordenamento jurídico. O direito de aplicação de sanção penal, surge para o Estado como um dever, sendo imposto pela coletividade, buscando a garantir o cumprimento às regras jurídicas.[122]

A prisão indevida praticada pelo Estado se confirma com a configuração de abuso de poder, por parte do órgão tem competência de determinar a privação de liberdade. Nessa hipótese, estaria aferido o caso típico regulado pelo Direito Administrativo. A forma mais comum de indevida privação da liberdade é verificada

[119]9BRASIL. Decreto- Lei n° 3.689, de 03 de out de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 8 ago. 2018.
[120] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. . Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 550.
[121]Ibidem
[122]HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 89

na prisão cautelar, sem a devida verificação legal, sem vista do acusado ter ou não cometido tal ilícito penal. A apreciação das condições do crime e da condição fática serão aferidas ao longo do decurso processual. Assim, trata-se de uma medida preventiva em favor da sociedade, mas por outro lado, produz diversos erros e causa frequente prejuízos a interesses particulares, que pouco se analisa, por ser fruto do dever estatal de proteção da sociedade.[123]

A prisão indevida para o cumprimento de pena devidamente imposta, quanto a medida cautelar que retira a liberdade de um indivíduo, se processa do mesmo modo, ou seja, sujeitando o sujeito ao constrangimento físico pela força e pela lei. A proteção ao processo legal, não são garantidas disponíveis ao particular no ato de prisão, pois são amparos legais posteriores, a ser assegurados por meios indiretos. A maneira em que estão dispostas as garantias processuais em face do sistema prisional, favorece a prisão indevida, em se tratando de prisão cautelar, pois deixa o Estado mais vulnerável ao cometimento de erros, na privação da liberdade.[124]

No momento em que o Estado admite a aplicabilidade da prisão cautelar, ele rompe com a garantia da imposição de prisão somente como sanção jurídica. Assim, a medida cautelar que retira a liberdade, acaba na prática sendo uma forma de cumprimento antecipado da pena.[125]

Ao restringir a liberdade individual, busca proteger o interesse coletivo, pois a supressão desse direito só se justifica para a proteção da sociedade. Na prisão cautelar, se quebra fundamentos sólidos, como o princípio do devido processo legal, para a retirada da liberdade individual.[126]

Os órgãos que são competentes para executar uma prisão, só podem agir, devidamente amparados pela legislação, seja ela qual for. Desse modo, a prisão que

[123]HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 90
[124]Ibidem, p. 94.
[125]Ibidem, p. 95.
[126]Ibidem, p. 96.

não estiver sob égide do ordenamento jurídico, deve ser relaxada pela autoridade que tiver tal competência.

A prisão cautelar se justifica na busca pela materialidade e autoria do crime, além de garantir que todos os procedimentos que formam um processo, sejam respeitados. Só deve restringir a liberdade de um cidadão, sem o devido processo legal, quando necessário para a realização do inquérito policial, ou para garantir o resultado útil do processo.

A retirada da liberdade de um indivíduo de forma cautelar, além de haver necessidade de obedecer todas as regras, trazidas pelo Código de Processo Penal, só mostra a sua respectiva eficácia, quando é realizada antes da condenação penal. A prisão antecipada, que não confirmada por uma sentença condenatória penal, será tida como indevida *a posteriori*.[127]

Os fundamentos que asseguram a prisão preventiva em qualquer fase do processo, bem como a antecipação da cautela, estão assentados no *periculum in mora* e o *fumus boni juris.* Diante de uma situação que esteja presente tais argumentos, para determinar a prisão cautelar do acusado, é imprescindível a justificativa pelo magistrado competente.

Ao legislar sobre a possibilidade da prisão cautelar, o Estado assume riscos. Todavia, se questiona-se sobre a manutenção da custódia preventiva em face do interesse da sociedade.

A partir da prisão preventiva podem ocorrer pesados encargos para o cidadão quando tornada materialmente injusta, podendo o acusado ser libertado, ou condenado por uma infração que impossibilitava a aplicação da pena restritiva de

[127] 7HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 100.

liberdade, ou ainda o condenado cumpriu uma pena superior à aquela sentenciada.[128]

O confiabilidade na atuação jurídica é algo intrínseco ao sistema. O Estado é responsável por zelar pela ordem pública, desse modo, deve-se adotar a prisão cautelar, todavia devendo obedecer o direito vigente e arcar com os prejuízos que um eventual prejudicado, possa a vir sofrer.[129]

O Estado não pode abrir mão de restringir a liberdade de um indivíduo, pois antes de tudo, deve assegurar a proteção da coletividade. A manutenção da liberdade de um determinado acusado no curso do processo, pode trazer inúmeros perigos para a sociedade, bem como, é possível que o mesmo fuja e não cumpra a pena sentenciada. Assim, deve-se fazer o bom uso desse instrumento jurídico, devendo apenas verificar se aquela prisão cautelar está amparada pela legislação vigente.

Ante todo o exposto é latente que prisão cautelar só deve ser aplicada de maneira excepcional. Nesse sentido o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, disciplina que só deve-se aplicar a prisão preventiva, quando não cabível outra medida de cautelar. "§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar".[130]

O Habeas Corpus nº 425.563 do Rio de Janeiro, julgado pela sexta turma do STJ, ressaltou a importância de um Estado de Direito, ter a prisão cautelar, como uma medida de caráter provisório e excepcional.

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RESISTÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E PREJUDICIALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA

[128]CANOTILHO, José Gomes, 1974 apud HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 105.
[129]9HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996. p. 106.
[130]BRASIL. Decreto- Lei n° 3.689, de 03 de out de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 ago. 2018.

> NA SENTENÇA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE DA MATÉRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. LESÃO SOFRIDA NO MOMENTO DA PRISÃO AINDA SEM TRATAMENTO. WRIT CONHECIDO EM PARTE. ORDEM CONCEDIDA EM MENOR EXTENSÃO. (...) 3. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312 do CPP (...)".[131] (grifo nosso)

3.2 Modalidades de Prisão indevida

A responsabilidade do Estado pela prisão ilegal e o direito a indenização a respectiva indenização estão dispostos na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXXV e no art. 37, § 6º. A retirada do direito à liberdade individual tem seu enfoque na proteção da coletividade, durante esse processo podem ocorrer erros e equívocos, devendo o erário se suportar os possíveis danos que possam vir a ocorrer.

A legislação e jurisprudência brasileira já consolidaram entendimentos sobre diversas formas de prisões indevidas. Passa-se então para a análise de cada espécie, buscando esclarecer o momento da sua configuração e como o Estado deve-se se responsabilizar pelos danos causados ao indivíduo lesado.

A prisão onde se busca retirar a liberdade de um cidadão, pela prática de um ilícito penal, após sentença condenatória penal, é a prisão pena. De acordo com a Constituição Federal e seu art. 5º, inciso LVII, o indivíduo só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado de decisão condenatória em face do princípio constitucional da presunção da inocência.

[131]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 425.563/RJ. Sexta turma. Rel: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 19 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201703005284> Acesso em: 25 de ago. 2018.

No ano de 2016, em sede de Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que o cumprimento de pena após o trânsito em julgado não viola a presunção de inocência. Assim admitindo-se o cumprimento da prisão pena após o acórdão proferido em 2ª instância.

A responsabilidade estatal pela prisão pena é possível após à ação da revisão criminal, interposta após o trânsito em julgado da decisão, quando a essa for contrária a lei penal ou diversa das evidências presentes nos autos processuais. Busca-se antes determinar a inocência do réu, normalmente por fatos posteriores ao julgamento do feito, seja novas provas, novo entendimento jurisprudencial ou até modificação da lei, nesse último caso basta requerimento, peticionado pelo magistrado, ou mera impetração de habeas corpus.[132]

Para ser possível responsabilizar o Estado, pelos danos decorrentes de uma prisão indevida, faz-se fundamental a análise do nexo causal entre a conduta e o resultado lesivo. Dessa forma só é possível responsabilizar o Estado pela retirada indevida do direito à liberdade, pela prisão pena, quando provado a inocência por meio da revisão criminal, com base na não aplicação da lei vigente na data do fato, ou pela errônea análise dos fatos.

O princípio do devido processo legal, assegura ao indivíduo que serão respeitados todas as formalidades impostas pela legislação, entre elas, o direito a defesa, devidamente assegurado. A Constituição Federal no momento que determina em seu art. 5º, inciso LIV, que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal, assegura-se o direito à liberdade como regra, sendo sua retirada a exceção.[133]

O processo deve-se cumprir todos seus procedimentos, dentro de um prazo razoável, nesse sentido está o art. 5º, LXXVIII: “A todos, no âmbito judicial e

[132]OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1013.
[133]3JESUS, Tanelli Fiorin de. A decretação da prisão indevida e a responsabilização civil do Estado sob a óptica dos Direitos Humanos. (Re)pensando Direito. v. 2. n. 4. p. 119-146, 2012. Disponível em: <http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/52/47> Acesso em: 29 ago. 2018.

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".[134]

A prisão indevida é aquela que retira a liberdade individual de um determinado indivíduo, sem estar amparada pelo ordenamento jurídico pátrio. Podendo essa prisão ser configurada após a ação de revisão criminal onde se prova a inocência do acusado, vindo a cumprir pena injusta e por aquele que cumpriu prisão além do prazo fixado em decisão judiciária, seja essa prisão cautelar ou prisão pena.

Na modalidade de prisão cautelar, para sua devida aplicabilidade deve-se estar atento as possibilidades previstas na legislação processual penal brasileira. Após alcançar o resultado pretendido com a medida cautelar que retira a liberdade, faz-se necessário relaxar a prisão, até a condenação condenatória penal em 2ª instância.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, reafirmou que prisões cautelares que ultrapassarem o prazo previsto na legislação deve conferir indenização em favor do terceiro prejudicado. Além disso, afirmou a possibilidade de responsabilização estatal pela prisão cautelar em face do um acusado absolvido após decisão judiciária.

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL. GARANTIA DE RESPEITO À IMAGEM E À HONRA DO CIDADÃO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. PRISÃO CAUTELAR. ABSOLVIÇÃO. ILEGAL CERCEAMENTO DA LIBERDADE. PRAZO EXCESSIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PLASMADO NA CARTA CONSTITUCIONAL. MANIFESTA CAUSALIDADE ENTRE O "FAUTE DU SERVICE" E O SOFRIMENTO E HUMILHAÇÃO SOFRIDOS PELO RÉU.2. O cerceamento oficial da liberdade fora dos parâmetros legais, posto o recorrente ter ficado custodiado 741 (setecentos e quarenta e um) dias, lapso temporal amazonicamente superior àquele estabelecido em (...) Lei - 81 (oitenta e um) dias - revela a ilegalidade da prisão. (..) 4. A contrário senso, empreendida a prisão cautelar com

[134]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 29 ago. 2018.

> excesso expressivo de prazo, ultrapassando o lapso legal em quase um décuplo, restando, após, impronunciado o réu, em manifestação de inexistência de autoria, revela-se inequívoco o direito à percepção do dano moral. (...) 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenização por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (notoria no egent probationem). (..)[135] (grifo nosso)

A doutrina e jurisprudência já tem admitido a responsabilização do Estado pela prisão cautelar, onde ao final do processo o condenado veio a ser absolvido. Desse modo, deverá o Poder Público, conferir justa indenização, pelos direitos fundamentais violados do acusado.

3.2.1 Direitos fundamentais violados

O Estado deve-se se responsabilizar por toda extensão do dano, buscando indenizar o ofendido no tamanho da sua lesão, buscando assegurar o restabelecimento mais próximo possível da situação anterior ao erro judiciário. Todavia, tal indenização não pode gerar enriquecimento ilícito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.[136]

A prisão ilegal provoca inúmeros danos morais e patrimoniais ao ofendido, pois esse perdeu sua liberdade por um ilícito penal que se quer cometeu. O Estado juiz tem por dever proteger o cidadão, bem como garantir o cumprimento de todos

[135]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 872630/RJ. Primeira Turma. Rel: Francisco Falcão. Brasília, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8686654/recurso -especial-resp-872630-rj-2006-0132523-1/inteiroteor-13726871> Acesso em: 29 ago. 2018.
[136]DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 664

os direitos do indivíduo, assegurados na Constituição Federal e em Tratados de Direitos Humanos.[137]

O cumprimento de pena imputado de maneira injusta, fere a honra do condenado, além de retirar o indivíduo do convívio social e com a sua família, lesando direitos morais e patrimoniais. Para uma devida reparação, desse nefasto erro, não basta apenas uma sentença de reabilitação, devendo quantificar o que pode ser quantificado, tamanha a tragédia consumada.[138]

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, determina alguns direitos que são invioláveis, devendo serem retirados apenas em situações excepcionais, como o caso da retirada da liberdade individual para o bem estar e segurança coletiva. Todavia quando tais direitos forem retirados de maneira arbitrária, deve-se conferir indenização, a título de danos morais e materiais. "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".[139]

A retirada de direitos fundamentais deve ser sempre ser justificada e amparada pela legislação pátria, sob pena de responsabilização. A regra é a liberdade individual, sendo a sua retirada a exceção, sendo esse direito restringindo, em nome de um bem maior, que é o direito do bem estar e segurança de toda coletividade.

A prisão injusta ofende a honra e a imagem do indivíduo, além de violar os direitos fundamentais, tido como os mais admiráveis, o direito a uma vida livre e digna. Uma futura absolvição, gera o direito a pleitear indenização em face do ente estatal, afim de ser ressarcido pelos danos sofridos, pois os danos de uma prisão sem amparo legal, são inequívocos e de difícil reparo.

---

[137]JESUS, Tanelli Fiorin de. A decretação da prisão indevida e a responsabilização civil do Estado sob a óptica dos Direitos Humanos. (Re)pensando Direito. v. 2. n. 4. p. 119-146, 2012. Disponível em: <http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/52/47> Acesso em: 29 ago. 2018.
[138]SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do estado por atos judiciais. Curitiba: Juruá, 1996. p. 150.
[139]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

Os danos morais ocasionados por uma prisão indevida não devem ser provados estando intrínsecos a todo sofrimento que a retiradas de direitos fundamentais, tidos como invioláveis, traz para a vida de um cidadão. Ademais, os danos materiais carecem de provas, devendo ser demonstrados todos os valores perdidos, ou deixados de ganhar, por consequências da retirada da sua liberdade individual.

A indevida retirada da liberdade individual trata-se de um ilegalidade, decorrente da atuação do Poder Público, originando o direito a justa indenização em face do erário. Para a decretação da prisão, é imprescindível que seja observado todos os critérios legais, bem como, a subjunção correta do fato a norma.

3.3 Sistema carcerário nacional precário

No momento que um indivíduo pratica uma determinada conduta que tem como sanção a retirada da liberdade individual, o Estado tem o dever de puni-lo. Todavia, como já dito anteriormente deve-se obedecer todos os parâmetros legais.

A prisão no Brasil é tido como problema social, pois além das modalidades indevidas, já descritas, ainda se tem o rompimento de direitos fundamentais aos que habitam o sistema carcerário nacional, mesmo que tido como culpados e enfrentando todos os procedimentos processuais previstos.

O Estado é responsável pelo indivíduo preso, devendo garantir que sua dignidade humana seja cumprida dentro das prisões, bem como, a função social da pena. Todos os danos ocasionados pelo sistema carcerário, devem ser devidamente reparados pelo Poder Público.

O agravo interno no agravo no Recurso Especial 937384/PE, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgou que a morte ocorrida dentro do sistema prisional se trata de hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, pois é dever do Estado zelar pela segurança de todos os prisioneiros.

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

> ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. MORTE DE PRESO. NATUREZA OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. (..) 2. A responsabilidade do Estado pela morte ocorrida dentro do estabelecimento prisional é objetiva, pois é dever do ente público realizar a vigilância e oferecer segurança aos presos sob sua custódia. (...)[140] (grifo nosso)

Pode-se afirmar que o Estado tem por dever cuidar e respeitar todos os indivíduos, especialmente ao que tange aos direitos fundamentais, assegurados pelo constituinte em 1988. A prisão tem que estar amparada pela lei, não apenas na sua determinação, mas também ao longo de todo seu cumprimento.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Brasileira de 1946, foi afastada a possibilidade da exclusão da responsabilidade objetiva do Estado. O ente estatal deve suportar os danos causados por todos os órgãos de sua responsabilidade, em face da teoria do risco administrativo.

O Estado deve se responsabilizar pela atividade jurídica desempenhada pelos seus agente públicos, inclusive, em casos restritos como o erro judiciário e a prisão indevida, pois desse modo a soberania estatal não estaria violada.

A responsabilização estatal é amparada nos fundamentos da culpa administrativa e do risco administrativo. A culpa administrativa ampara a responsabilidade subjetiva, pois envolve além do nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o resultado danoso, o elemento subjetivo, no caso a culpa. Já o risco administrativo, da sustentação a responsabilidade objetiva, onde não é necessário analisar o critério subjetivo, importando apenas os danos e o nexo causal entre conduta e o resultado.

---

[140]0BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Agravo em Recurso Especial. AgInt no AREsp947384/PE. Segunda Turma. Rel: Og Ferandes. Brasília, 26 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESPONSABILIDADE+OBJETIVA+DO+ESTADO&b=ACOR&p=true&l=10&i=2> Acesso em: 29 ago. 2018.

Com base na Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, o critério adotado no Brasil, para a responsabilização do Estado, é o do risco administrativo, desse modo o erário responde objetivamente pelos danos causados a terceiros. Como exceção, tem-se à aplicabilidade da responsabilidade subjetiva do Estado pelos danos causados pela demora ou falta de um determinado serviço público.

A responsabilidade contratual do Estado é aquela que decorre de um contrato, advindo por exemplo de uma licitação, onde estão presente todas as regras de cumprimento do certame, entre o particular e a Administração Pública. Ao estudar à responsabilidade extracontratual do Estado, tem-se como objeto de análise, não um mero contrato, mas sim princípios jurídicos e normas positivadas no ordenamento jurídico.

Existem hipóteses em que se admite a exclusão da responsabilidade estatal. O Estado possui diversos direitos, entre eles estão o poder de polícia e a possibilidade da realização de uma desapropriação, em casos onde há previsão legal. Vale ressaltar que ambos os casos deve-se ser aplicado todos os princípios inerentes ao Direito Administrativo, em especial o da proporcionalidade.

Também admite-se afastar a responsabilidade do ente público, em situações de força maior, caso fortuito ou casos em que a vítima deu causa ao resultado. Ainda existem casos em que o particular deu causa apenas a uma parte do resultado, nesse caso específico, deve-se onerar o erário, na extensão da sua culpa, a partir do aferimento do critério subjetivo.

Quando ficar caracterizado que o agente público agiu com dolo ou culpa e desse modo deu causa a um resultado danoso, caberá ao Estado o direito de regresso contra ele. Se esse agente for um magistrado, aplica-se o art. 143, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, somado a Lei da Magistratura, e sua respectiva punição.

A jurisprudência tem se manifestado no sentido de que o Estado não deve se responsabilizar por todos os atos jurisdicionais que ocasionarem danos a terceiros.

Devendo apenas se responsabilizar pela hipótese prevista pelo art.5º, LXXV, da Constituição Federal, ou seja, pelos erros judiciários e pelas prisões indevidas.

A responsabilidade por erro judiciário está atrelada a teoria do risco administrativo (atos comissivos lícitos), bem como a teoria da falta de serviço (atos comissivos ilícitos e omissivos). Na última hipótese, os danos decorrem de dolo ou culpa do agente público, desse modo cabendo direito de regresso do Estado.

O erro judiciário ocorre em todos os ramos do Direito, mas de maneira errônea é associado apenas ao campo penal pelo fato de tutelar direitos fundamentais com maior amparo constitucional. Assim, o erro judiciário é qualquer dano provocado pela atividade jurisdicional, que venha a violar direitos protegidos no ordenamento jurídico.

Em se tratando da modalidade responsabilidade civil extracontratual do Estado, para ocorrência do erro é necessário que seja decorrente da atividade jurisdicional, podendo ser derivado de uma ação, de um juiz ou de qualquer serventuário da justiça, que venha a participar do litígio.

A simples revisão criminal, no âmbito penal, ou a ação rescisória no cível, não garantem o suporte ideal para os danos causados. Sendo fundamental para garantir que os prejuízos sofridos sejam amenizados, ação própria, que responsabiliza o Estado, e faz com que arque com os danos ocasionados.

Os Direitos Humanos no Brasil têm sua eficácia respeitada em face do reconhecimento constitucional. Assim, é dever do Estado assegurar o cumprimento de todos os direitos inerentes a dignidade humana, respeitando os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal e os Direitos Humanos, incorporados à legislação pátria.

A hipótese da responsabilização estatal pelo erro judiciário, em especial o erro penal, surge como uma medida para igualar as relações entre o particular e o Estado. O Poder Público, não deve agir de maneira arbitrária, todas suas medidas

devem ser amparadas pela lei e fundamentadas, desse modo, garantindo maior segurança jurídica.

No Brasil, admite-se a prisão pena, ou seja, aquela fruto de uma condenação condenatória em 2ª instância, respeitando assim o duplo grau de jurisdição. Como também aceita a prisão cautelar, com o objetivo específico de garantir que sejam cumpridos todos os procedimentos inerentes ao processo, sem empecilho, devendo essa modalidade ser utilizada apenas em situações excepcionais, onde não existirem outra medida que possa a vir cumprir o objetivo desejado. Toda prisão deve ser a ultima ratio, desse modo só deve ser aplicada quando não restar mais nada que se possa fazer para assegurar o bem estar e segurança da sociedade.

A prisão indevida é aquela onde o indivíduo tem sua liberdade de locomoção retirada em face de um erro judiciário, seja pela má subjunção da norma ao fato, ou por um equívoco na análise do feito. A Constituição Federal de 1988 admite a possibilidade de responsabilização do Estado por aquele que ficar preso além do tempo fixado em sentença, como também aceita outras modalidades de prisão que violam o ordenamento jurídico pátrio.

O Estado durante o exercício de suas atividades típicas, pode a vir a cometer erros, como durante o atuação do Poder Judiciário. Faz-se necessário responsabilizar o ente público pelos danos ocasionados pelo terceiro vítima de uma prisão indevida, pois tem o bem mais precioso retirado de maneira errônea, o direito à liberdade.

Em um Estado Democrático de Direito, tem-se direitos e deveres pré-estabelecidos na legislação, sendo um contraposto ao outro. Assim para ter todos os seus direitos integrais, sem restrições, é de salutar importância que sejam cumpridos suas obrigações, não existindo direito absoluto, que não possa ser restringindo.

Toda restrição a um direito fundamental deve ser amparada pela norma legal, devendo essa ser obedecida, sem excessos. No momento em que se retira a liberdade individual de um terceiro acusado por um ilícito penal e que posteriormente venha a ser considerado inocente, passa-se a ter uma prisão injusta.

Todavia a prisão indevida não deve ser restrita apenas aquela fruto de uma condenação injusta. Podendo ocorrer modalidades antes do trânsito em julgado, nas prisões cautelares injustificadas, ou aquelas além do tempo fixado em sentença, e também aquelas cumpridas em regime diferente do determinado pela autoridade.

O direito à liberdade é a regra, sendo a sua retirada, ou seja, a decretação de prisão, sua exceção, devendo sempre estar amparada pela legislação, que a partir dela, determina uma medida judicial para retirada de tal direito. Qualquer modalidade de prisão que afronte a legislação ou a ordem judicial, deve ser considerada indevida ou ilegal, podendo nascer o direito a indenização em nome do terceiro ofendido.

A mais comum prisão indevida é a prisão cautelar, aquela concedida durante a fase processual. Já se entende que o indivíduo que ficar preso de forma cautelar e vier a ser absolvido, faz jus a justa indenização em face do Estado, como também aquele que sofrer a perpetuação da medida cautelar, ou seja, ficando preso além do previamente determinado.

Em hipóteses que a prisão cumpriu todas as formalidades devidas e foi considerada devida, o Estado deve responsabilizar por todo prisioneiro que habitar o sistema carcerário nacional, devendo zelar pela sua integridade e respeitar seus direitos inerentes a todos humanos. Desse modo admite-se a responsabilização do ente público por presos que vierem a morrer dentro dos presídios nacionais.

A título de contribuição acadêmica, sugere-se a realização de uma reforma penal, sob um processo de democratização, buscando assegurar os direitos fundamentais e diminuir as injustiças e acabar com a seletividade penal. Faz-se necessário respeitar o direito a igualdade de todos em face do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a reforma penal buscaria dar maior eficácia as penas sentenciadas, como possibilitaria um controle do Estado quanto ao cumprimento do tempo de pena. Além disso, é fundamental que se estabeleça melhor as possibilidades de

prisões cautelares e seus prazos, deixando o mais claro possível, com requisitos de cunho objetivo, evitando quaisquer arbitrariedades.

Para cumprir com as reformas propostas é imprescindível que ocorra um melhoramento do sistema carcerário nacional, buscando dar sentindo a função social da pena, possibilitando a ressocialização e inclusão social do preso, bem como, diminuiria a reincidência em ilícitos penais. Uma solução obrigar todos os presos a estudar ou trabalhar durante o cumprimento de pena, assim como ocorre em outros países desenvolvidos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo Exercício da função jurisdicional no Brasil. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito**: PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, v. 2, n. 4, ago. 2014. Disponível em: <http://www.http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49181/30818>. Acesso em: 2 abr. 2018.

BORGES, Paulo Cézar Corrêa. **Reparação do crime pelo Estado.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 9 maio.2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 9 maio. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 9 maio. 2018

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 9 maio. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto- Lei n° 3.689, de 03 de out de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 maio. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 9 maio.2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Agravo em Recurso Especial. **AgInt no AREsp 947384/PE**. Segunda Turma. Rel: Og Ferandes. Brasília, 26 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESPONSABILIDADE+OBJETIVA+DO+ESTADO&b=ACOR&p=true&l=10&i=2> Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC 425.563/RJ**. Sexta turma. Rel: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 19 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201703005284> Acesso em: 25 de ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 872630/RJ**. Primeira Turma. Rel: Francisco Falcão. Brasília, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8686654/recurso-especial-resp-872630-rj-2006-0132523-1/inteiro-teor-13726871> Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. **HC 153143/SP**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 27 abril. 2018. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+153143%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+153143%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9tak63m>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. **ARE939966/MG.** Segunda Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 de março de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=939966&origem=AP>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. **ARE 833909/SC**. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 02 de maio de 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=833909& origem=AP>. Acesso em: 17 maio. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. **ARE 830953/GO**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=830953& origem=AP>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. **ARE 964246/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+964246%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EPRCR%2E+ADJ2+964246%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/qhjsvao> Acesso em: 8 ago. 2018.

CAHALI, Youssef Said. **Reponsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMARGO, Luiz Antonio de. **A responsabilidade Civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERGINT, Augusto de Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena**. Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1092809**. Rel. Sebastião Coelho. Brasília, 09 de abril de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> Acesso em: 7 de jun de 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1094936**. Rel. Roberval Casemiro Belinati; Rev. Silvanio Barbosa dos Santos. Brasília, 30 de abril de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 17 maio. 2018.

FERREIRA JÚNIOR, José Carlos Macedo de Pinto. A verdade real não pode ser buscada a qualquer preço – Análise de um dos maiores erros judiciários do país: o célere caso dos irmãos Naves. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 951, n. 104, p. 287-305, jan. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio do século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANCO, João Honorio de Souza. **Indenização do erro judiciário e prisão indevida**. 2012. 307 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/pt-br.php>. Acesso em: 2 abr. 2018.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização da prisão indevida**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996.

JESUS, Tanelli Fiorin de. A decretação da prisão indevida e a responsabilização civil do Estado sob a óptica dos Direitos Humanos. **(Re)pensando Direito**. v. 2. n. 4. p. 119-146, 2012. Disponível em: <http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/52/47> Acesso em: 29 ago. 2018.

JÚNIOR, José Cretella. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KNOERRR, Viviane Sellos; VERONESSE, Eduardo Felipe. O erro judiciário e a Responsabilidade Civil do Estado: *The judicial error and liability of stated*. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 15, n.2, p. 1-23, jul/dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B %5D=7013>. Acesso em: 15 maio. 2018.

LEITE. Rosimeire Ventura. **Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

MACEDO. Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade Civil em Danos Decorrentes do Poder Judiciário**.** *Revista IOB de Direito Civil e Processo civil,* São Paulo, v. 9. n. 56, p. 57-74, nov/dez. São Paulo. 2008.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. ed. 26. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ODONE, Serrano Júnior. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PANTALEÃO, Juliana; MARCOCHI, Marcelo. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 416, ago. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5642>. Acesso em: 12 ago. 2018.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil por erro judiciário em ação penal condenatória (exigência de que, no julgamento da revisão criminal, as Câmaras, Turmas Conjuntas ou Tribunal Pleno, reconheça, expressamente o erro quanto o direito à justa indenização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.3, n.12, p. 295-302, out/dez. 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de informação legislativa**. v. 24. n. 26, out. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181802>. Acesso em: 9 maio. 2018

O LICENCIAMENTO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIAS AMBIENTAIS: PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS NA REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADES POTENCIALMENTE POLUIDORAS.

Karolyne Amorim De Lima

RESUMO

A presente pesquisa tem como tema o licenciamento ambiental e tem como objetivo precípuo demonstrar a importância deste procedimento administrativo para determinadas atividades econômicas, a fim de que se possa proteger o meio ambiente e, consequentemente, todos os indivíduos. Com o estudo foi possível realizar uma ordem cronológica a respeito do ramo do direito ambiental e o reconhecimento a esta proteção. Com o andamento do estudo realizado percebeu-se que o grande problema neste ramo do direito é o de se estabelecer um equilíbrio entre o meio ambiente sustentável e o crescimento econômico. A pesquisa foi embasada em levantamentos bibliográficos, a fim de se utilizar várias opiniões acerca do tema. Utiliza, de forma geral, do método descritivo e explanatório, porém existem alguns casos práticos que foram paradigmáticos para o direito ambiental em relação ao licenciamento. Ao findar, a pesquisa teve como resultado o reconhecimento da importância da educação e consciência ambiental em relação ao tema, até mesmo superior à importância dada às legislações que regulam o licenciamento ambiental. Ademais, demonstrou-se ser possível construir um desenvolvimento econômico sustentável, sem que acarrete em maiores consequências para as partes envolvidas, quais sejam, o meio ambiente, empreendedores e a comunidade em geral.

Palavras-chaves: Desenvolvimento. Equilíbrio. Consciência. Crescimento. Meio Ambiente.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo precípuo abordar a importância do processo de licenciamento no direito ambiental frente à economia e, ainda, analisar a fragilidade da natureza diante do desenvolvimento econômico, procurando um ponto de equilíbrio entre ambos, pois ainda persistem discussões acerca da possibilidade do desenvolvimento sustentável coexistir com o crescimento econômico.

Dedicar-se-á a entender a problemática que engloba o tema em razão da enorme burocratização em se conceder o licenciamento ambiental e sua eventual influência para o desenvolvimento econômico do país, porém haverá também uma análise das possíveis consequências decorrentes de obras de grande magnitude em relação ao meio ambiente e à população em geral. Observar-se-á sobre as questões políticas que envolvem o tema.

Preliminarmente haverá uma análise sistemática sobre a evolução histórica da proteção ao meio ambiente que, posteriormente, consolidou-se dando ensejo para o que se conhece hoje como o direito ambiental. Ademais será possível verificar a importância do campo filosófico para que se dê a devida eficácia às diversas legislações que versam sobre o tema em questão.

Posteriormente ocorrerá uma minuciosa análise do procedimento administrativo, denominado de licenciamento ambiental, como as suas fases, seus principais princípios, as legislações específicas que tratam do tema, assim como a Constituição Federal que dispõe em seu texto legal sobre a proteção ao meio ambiente. Além disso, haverá, ainda, o estudo de alguns casos emblemáticos para o direito ambiental sob a perspectiva do licenciamento ambiental e das principais atividades econômicas.

Ao findar da pesquisa espera-se encontrar equilíbrio entre a burocratização do procedimento administrativo, denominado de licenciamento ambiental, e o crescimento econômico.

2 A PROTEÇÃO AMBIENTAL E O LICENCIAMENTO NA HISTÓRIA DO BRASIL

2.1 A proteção ao meio ambiente na fase Colonial:

A ideia de proteção ao meio ambiente emergiu por longos anos em todo o mundo. Segundo Juraci Perez, "Platão lembrava o papel preponderante das florestas como reguladoras do ciclo da água e defensoras dos solos contra a erosão e em Roma, Cícero considerava inimigos do Estado os que abatiam as florestas de Macedônia".[1]

Este período compreende o descobrimento do Brasil até a chegada da família Real Portuguesa em 1808.[2] Nesta fase "a proteção ambiental era feita de uma forma mediata, indireta e reflexa, não sendo o meio ambiente tutelado de modo autônomo."[3] Inicialmente a economia apresentava-se como interesse central e primordial, já a preservação ao meio ambiente era visualizada em um segundo plano, principalmente na época colonial. Assim explica Marcos da Cunha e Souza:

> "No Brasil Colônia, no século XVII, já havia normas que restringiam o corte do pau-brasil e proibiam o abate de árvores frutíferas e o lançamento do bagaço de cana-de-açúcar nos rios. Essas leis, contudo, tinham uma preocupação ambiental secundária. [...] Nesse passo, não se buscava proteger o meio ambiente em si, mas apenas os interesses imediatos de algumas pessoas, ignorando-se até as condições de sobrevivência das futuras gerações." [4]

É importante frisar que a economia do Brasil Colônia era destinada apenas para o benefício de Portugal. As principais atividades desenvolvidas neste contexto histórico foram a extração do pau-brasil, a produção de açúcar, a mineração e a pecuária. A mão de obra utilizada era a escrava. A extração mineral, uma das

[1]MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do direito ambiental no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 2.

[2]SIRVINSKSA, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 77. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547212513/pageid/4> Acesso em: 04 abril 2018.

[3]FURLAN, Anderson e FRACALOSSI, Willian. *Direito Ambiental*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2010, p. 43.

[4]SOUZA, Marcos da Cunha e. Licenciamentos Ambientais. In: VENERAL, Débora Cristina (Org.). et al. *Coleção Direito Processual Civil e Direito Ambiental: Responsabilidade civil e penal ambiental, Aspectos processuais ambientais e Licenciamentos ambientais*. 1ª. ed. Curitiba: Intersaberes, p. 154. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788544300411/pages/155> Acesso em: 01 out. 2017.

atividades que mais sustentou a Coroa com ouro, levou ao esgotamento de inúmeras jazidas e empobreceu as zonas de extração.[5]

Percebe-se que nesse contexto social e histórico a única visão era econômica, almejavam riquezas sem se preocuparem com os recursos naturais. Neste período houve uma devastação ambiental em grande escala, pois não havia consciência e muito menos educação ambiental, institutos que foram se aperfeiçoando ao longo dos anos e que, ainda hoje, passam por processo de evolução.

Ademais, a legislação demonstrava uma enorme preocupação em relação à preservação das florestas[6], porém, o intuito não era de cunho ambiental e sim econômico. Ocorre que, não havia uma ideia sedimentada de meio ambiente e, consequentemente, não era possível desenvolver uma política ambiental[7] que fosse capaz de oferecer a devida proteção aos recursos naturais e toda à geração futura.

2.2 Direito ambiental na fase Imperial: período de 1822 a 1889

Este período compreende inúmeros acontecimentos de suma importância para o Brasil. Primeiramente, no ano de 1822, o Brasil torna-se independente por Dom Pedro I, o qual se tornou o primeiro imperador do país.[8]

Em 1824 criou-se a primeira Constituição responsável por estabelecer as instituições do Império. Vale ressaltar que nesta Constituição não houve menção alguma ao direito ambiental e, consequentemente, à proteção do meio ambiente. É importante salientar que este período foi marcado por uma enorme expansão na qual resultou em uma larga devastação ambiental.

[5]História: Vestibular + Enem. Revista Guia do Estudante. São Paulo, ed. 8, 2015, p. 98-100.
[6]CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A obrigação legal de preservar o meio ambiente*. Campinas: ME Editora, 2004, p.57.
[7]CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Letras & Letras 1991, p. 91.
[8]HENDGES, Antonio Silvio. *Histórico e evolução da Legislação Ambiental no Brasil*. EcoDebate, 2016. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2016/11/14/historico-e-evolucao-da-legislacao-ambiental-no-brasil-parte-13-artigo-de-antonio-silvio-hendges/> Acesso em: 27 abril 2018.

No Brasil, anteriormente, perpetuava a concepção de desproteção ao meio ambiente e o uso desregulado dos recursos naturais, talvez em virtude de uma criação cultural ou apenas pela falta de normatização acerca do tema.

2.3 Direito ambiental na fase Republicana: período de 1889 à atualidade

2.3.1 República Velha: período de 1889 a 1930

Nos primeiros cinco anos de República o Brasil foi governado por militares.[9] Com o fim da monarquia o Brasil adentrava-se no modelo presidencialista tendo como amparo a primeira Constituição Republicana de 1891. Nos termos do texto constitucional o assunto referente ao meio ambiente, mais uma vez, passou-se de forma despercebida, havendo apenas menção à competência da União para legislar sobre as minas e terras (art. 34).[10]

Posteriormente o meio ambiente começou a receber uma pequena proteção, porém, o objetivo ainda não era o esperado, ou seja, o de preservar uma geração futura, mas sim, relacionava-se com o direito privado, protegendo-o nos conflitos de vizinhança. O Código Civil de 1916 em seu artigo 554, preceituava que o proprietário poderia "impedir que o mau uso da propriedade vizinha pudesse prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam".[11]

2.3.2 Era Vargas à Constituição Federal de 1988

Este período compreende a consolidação do direito ambiental, "pela primeira vez, em nosso país, esboçou-se o estabelecimento de uma política ambiental

[9] HISTÓRIA: VESTIBULAR+ENEM. Revista Guia do Estudante. São Paulo, ed. 8, 2015, p. 120.
[10] HENDGES, Antonio Silvio. *Histórico e evolução da Legislação Ambiental no Brasil*. EcoDebate, 2016. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2016/11/14/historico-e-evolucao-da-legislacao-ambiental-no-brasil-parte-13-artigo-de-antonio-silvio-hendges/> Acesso em: 27 abril 2018.
[11] BRASIL. *CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 17 set. 2018.

nacional".[12] É nesse cenário que surgem, através da Lei n. 8.938/81, os órgãos do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e o Sistema Nacional do Meio Ambiente –SISNAMA. Ademais, surgiu a possibilidade do Ministério Público propor Ação Civil Pública para garantir a reparação e responsabilização pelo eventual dano ambiental[13], proporcionando força jurídica para esse ramo do direito.

O legislador já não se importava apenas com o aspecto econômico, mas também com o aspecto ecológico.[14] Após a Constituição de 1934, o direito ambiental adquire maior relevância e é neste viés que começam a surgir inúmeras regulamentações jurídicas acerca deste tema, como por exemplo, o Código Florestal de 1934 e o Código de Mineração de 1967 e claro, com este novo pensamento surgiram também inúmeros órgãos fiscalizadores. Vale ressaltar que nesse cenário as leis ordinárias foram responsáveis por iniciar essa longa caminhada.

A década de 1960 foi de importância ímpar para o desenvolvimento do direito ambiental. "Em 1964, pela primeira vez em nossa história normativo-ambiental, é utilizado o conceito de função social da propriedade"[15]. Vale ressaltar que anteriormente a propriedade era vista apenas como um direito individual e por essa razão toda a conscientização acerca da mesma tinha como objetivo final preservar o indivíduo e não a coletividade, dessa forma regulamentava o Código Civil de 1916.

Percebe-se que a partir da década de 60 as novas legislações, com o intuito de tratar de forma mais específica o direito ambiental, preocuparam-se com os recursos naturais, porém, a regulamentação do meio ambiente não era realizada de uma maneira unificada, mas sim, com legislações esparsas e fragmentadas, como

[12]MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do direito ambiental no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.49.
[13]Ibidem, p.50.
[14]MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do direito ambiental no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 40.
[15]LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e Cultura*: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009, p. 94.

verdadeiras pioneiras no ramo ambiental. Este período, diferente do primeiro, tinha interesse na proteção da saúde humana.[16]

Foi elaborado, em 1971, o I Plano Nacional de Desenvolvimento, aprovado pela Lei n. 5.727/91. O mesmo foi um verdadeiro desastre em matéria ecológica, causando uma enorme degradação ambiental, tinha como *slogan* "o milagre econômico."[17]

Por tratar-se de um assunto de imensa relevância jurídica, a matéria foi regulamentada, inclusive, no âmbito internacional e, consequentemente, em junho de 1972, em Estocolmo, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente com o intuito de proporcionar um desenvolvimento sustentável e combater eventuais problemas globais relacionados ao tema, "que não se resumem em simples degradação do ambiente físico e biológico, mas que incorporam dimensões sociais, políticas e culturais, como a pobreza e a exclusão social."[18]

A partir da Conferência de Estocolmo vários outras foram realizadas com o intuito de reconhecer a imensa importância do meio ambiente e, ainda, de estabelecer medidas a serem seguidas por todos para atingir um objetivo comum, a preservação de todo o meio ambiente e, consequentemente, proteger as gerações futuras.

O II Plano Nacional de Desenvolvimento foi aprovado pela Lei n. 6.151/74 e mudou totalmente a estratégia do I PND, tratou da matéria ambiental de maneira abrangente. Já em 1979 foi criado o III Plano Nacional de Desenvolvimento,

[16]FURLAN, Anderson e FRACALOSSI, Willian. *Direito Ambiental*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2010, p. 43-44

[17]BORGES, Luís Antônio Coimbra; REZENDE, José Luiz Pereira de; PEREIRA, José Aldo Alves. *Evolução da legislação ambiental no Brasil.* Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mJcOd5jQ8_8J:periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rama/article/download/1146/852+&cd=21&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 04 abril 2018.

[18]CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A obrigação legal de preservar o meio ambiente*. Campinas: ME Editora, 2004, p.49.

responsável pela construção do elo entre o "período de evolução e consolidação do direito ambiental no Brasil."[19]

A Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e o Sistema Nacional do Meio Ambiente, ambos dotados de suma importância. Este é integrado pela União, Estados e Munícipios para serem responsáveis pela preservação do meio ambiente e das gerações presentes e futuras[20]. Ademais, designou maior reponsabilidade por parte dos Estados na busca do objetivo comum, criando legislações estaduais capazes de suprir a federal naquilo que a mesma fosse omissa. Ora, percebe-se que a ideia do legislador foi desenvolver realmente uma política ambiental, porém, ao mesmo tempo, reconheceu ser esse ramo do direito investido de tamanha dificuldade e que poderia vir a surgir problemáticas não recepcionadas, ainda, pela legislação vigente.

Em 1985 a Lei n. 7.347 foi responsável pelo enorme avanço no ramo do direito ambiental e, ainda, ofereceu imenso poder à comunidade. Esta lei criou a denominada ação civil pública capaz de proteger todo o meio ambiente e estabelecer uma maior segurança jurídica[21]. Em 1989 a Lei n. 7.735, de 22 de fevereiro, criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. E, posteriormente, a Lei n. 7.797, de 10 de julho, foi a responsável pela criação do Fundo Nacional do Meio Ambiente – FNMA.[22]

Não se pode negar que a matéria relativa ao meio ambiente obteve seu ápice na Constituição Federal de 1988. Um ambiente equilibrado e saudável tornou-se um direito de todos correlacionando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana,

[19]BORGES, Luís Antônio Coimbra; REZENDE, José Luiz Pereira de; PEREIRA, José Aldo Alves. *Evolução da legislação ambiental no Brasil.* Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mJcOd5jQ8_8J:periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rama/article/download/1146/852+&cd=21&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 04 abril 2018.

[20]CARLI, Vilma Maria Inocêncio. Op. cit. p.69.

21SIRVINSKSA, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 81. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547212513/pageid/4> Acesso em: 04 abril 2018.

22SIRVINSKSA, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547212513/pageid/4> Acesso em: 04 abril 2018.

um dos direitos fundamentais mais importantes da nossa Carta Magna. Segundo Vilma Maria, "a responsabilidade histórica das nações pela preservação da natureza para o presente e o futuro, encontra-se, pois, profundamente impregnada pelos valores e direitos assegurados pela Constituição Federal".[23] Nesse sentido, assim dispõe o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal:

> "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações".[24]

Percebe-se a extrema importância em regulamentar este ramo do direito, tanto que a própria Constituição Federal, norma hierarquicamente superior, previu em seu texto normativo a proteção ao meio ambiente, criando-se assim o direito difuso.

2.3.3 Nova República: período posterior ao ano de 1988

Percebe-se que a grande dificuldade em regulamentar este ramo do direito está intrinsecamente interligado ao fato de inexistir um "Código Ambiental" capaz de gerir todas as causas relacionadas ao meio ambiente. O que temos hoje são inúmeros Códigos que tratam de assuntos específicos deste ramo do direito, como o Código Florestal, Código de Mineração, Código de Pesca, entre outros. Por essa razão, a matéria é incessantemente discutida por tantos anos. Ora, trata-se de uma assunto extremamente sensível e de enorme importância que, sem dúvida alguma, necessita de uma legislação que seja capaz de regulamentar o tema abordado de maneira mais abrangente possível.

Embora o direito ambiental tenha sido reconhecido em tempos remotos, o mesmo não foi capaz de acompanhar o crescimento social. Os recursos naturais

23CARLI, Vilma Maria Inocêncio. A obrigação legal de preservar o meio ambiente. Campinas: ME Editora, 2004, p.67.
24BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04 out. 2017.

tornaram-se escassos, a população cresceu de forma desordenada e a degradação ambiental aumenta gradativamente. Ora, pela ausência de legislações capazes de regulamentar tudo o que se tornou necessários atualmente é que os princípios ganham uma imensa relevância jurídica.

No dia 14 de junho de 1992 na cidade do Rio de Janeiro ocorreu a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, um outro evento oriundo da Conferência de Estocolmo que teve papel precípuo para o tema em questão. Nesse evento reuniram-se as "ONGs do mundo inteiro, redes nacionais e internacionais e Movimentos Sociais, onde firmaram compromissos para o futuro."[25] Nesta Conferência foram criados inúmeros princípios que são extremamente necessários e rotineiramente utilizados no direito ambiental, principalmente o princípio da precaução e prevenção bem como o do desenvolvimento sustentável.

Outra lei responsável pela consolidação e reconhecimento desse ramo do direito foi a Lei n. 9.605/98 referente aos crimes ambientais, tornando-se possível reconhecer a responsabilização penal no âmbito ambiental[26]**.** Vale ressaltar que a mesma é de suma importância, inclusive no âmbito do licenciamento ambiental, onde inúmeras vezes ocorrem liberações de atividades econômicas irregulares que podem ocasionar danos inimagináveis e irreversíveis. Nesse sentido oferece uma maior proteção ao meio ambiente e à comunidade.

Indubitavelmente é de se reconhecer que o ramo do direito ambiental está intrinsecamente enraizado na cultura e no desenvolvimento humano. Segundo Paulo de Bessa, o significado de natureza precisa ser interpretado em conjunto com o ser humano e este não pode, em hipótese alguma, fazer parte de um papel subalterno. De acordo com o referido autor, natureza e meio ambiente seriam criações culturais,

[25]CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A obrigação legal de preservar o meio ambiente*. Campinas: ME Editora, 2004, p.51.
[26]FACIO, Wilson José Girardi; GODOY, Sandro Marcos. *Uma evolução histórica do direito ambiental e a Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3321/3073> Acesso em: 04 abril 2018.

dessa forma o ordenamento jurídico encontra dificuldades para interpretá-los. Nas suas palavras "esta compreensão é fundamental, pois é a partir do correto enfrentamento [...] que será possível ao investigador perquirir sobre a eficácia da proteção jurídica do meio ambiente."[27]

Paulo de Bessa afirma, ainda, que foi a partir da natureza que o homem foi capaz de viver de forma autônoma desta e inserir-se no meio social.[28] É a partir da conscientização humana que a percepção ganha forma ao demonstrar a diferença do ser humano em relação aos outros seres vivos que compõe o meio ambiente.

Foi com a Filosofia e a capacidade de pensar que o homem conseguiu se desvencilhar da natureza e é neste momento que percebe ser apto a "intervir no mundo natural e transformá-lo de acordo com sua conveniência".[29] Porém, utilizando-se do antropocentrismo o homem interfere de tal modo no meio natural que o devastou de maneira significativa e, pelo fato de ter se visto como um ser independente da natureza agiu como se esta tivesse sido criada apenas para satisfazer seus anseios. Ocorre que, com o passar dos anos essa forma de pensar foi se impregnando de tal modo que nos dias de hoje, infelizmente, barbaridades são presenciadas corriqueiramente em relação ao meio ambiente e tudo que o compõe.

É neste viés que a conscientização humana tem uma importância imensurável, pois é a partir dela que a lei produz eficácia e no ramo do direito ambiental inexistem regulações específicas capazes de atenderem à todas situações jurídicas. Nesse mesmo sentido, afirma Vilma Maria:

> "O Direito é uma ciência social e em razão disso, está intimamente ligado à dinâmica social, como fato ou fenômeno social, o direito não existe senão na sociedade. Por esse motivo, a evolução social comanda a evolução dessa ciência social. Cada época tem seus acontecimentos relevantes, tem

[27] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: Uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 2-3
[28] Ibidem, p. 122-124.
[29] Ibidem, p. 10.

> seus pensadores que explicam e contribuem para as mudanças sociais."[30]

Nesse sentido surgem controvérsias acerca do antropocentrismo frente ao biocentrismo. Segundo José Renato, por meio da ética, este surgiu para substituir aquele. A ideia mais importante do biocentrismo seria a conscientização de que o homem não possui uma relação de superioridade em relação aos outros seres vivos apenas pelo motivo de fazer parte de uma outra espécie.[31] É inegável que nós, seres humanos, vivemos uma vida em comunidade e necessitamos de uma composição harmônica, visando sempre o bem estar coletivo. E o que seria melhor do que a natureza para nos ensinar a viver em comunidade?

Ocorre que, o ser humano tende a piorar a maneira como se coloca acima da natureza e de tudo que a compõe se não houver educação ambiental desde o princípio. José Renato afirma em sua obra que "uma deformação do antropocentrismo tornou a criatura humana pretensiosa e arrogante"[32], pois a partir do momento que o ser humano se viu independente da natureza e capaz de viver fora desta, acabou deturpando seu pensamento no sentido de que o meio ambiente serve para satisfazer seus anseios e que precisa necessariamente se adequar à humanidade e não ao contrário. Dessa forma, a destruição e degradação do meio ambiente só pioraram com o passar dos anos, ameaçando as futuras gerações.

Contudo, Paulo de Bessa afirma não ser esse o ponto central do ramo do direito ambiental. O mesmo acredita que o entendimento de que o direito ambiental surge para romper com o antropocentrismo é arcaico, pois o "direito positivado é uma construção humana para servir propósitos humanos" e assim o sendo, não há que se falar em reconhecimento de outros sujeitos de direito para compor o centro do mundo jurídico, porém afirma que "a atitude de respeito e proteção às demais formas

[30]CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A obrigação legal de preservar o meio ambiente*. Campinas: ME Editora, 2004, p.68.
[31]NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001, p.3.
[32]NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001, p.1.

de vida ou aos sítios que as abrigam é uma prova de compromisso do ser humano com a própria raça e, portanto, consigo mesmo.” [33]

É importante salientar que mesmo que o homem esteja em constante crescimento ele ainda precisa da natureza para sobreviver. Nesse sentido Samuel Murgeu afirma que “o grande problema da civilização moderna, industrial e tecnológica é talvez o de ela não ter percebido que ainda depende da natureza, ao menos em termos globais.”[34] Nesse sentido afirma José Renato:

> “Serviu-se a humanidade da natureza como se fosse um supermercado gratuito. Tudo estava a serviço e à disposição do senhor da Terra. Essa irresponsabilidade está prestes a chegar ao fim. Depois de verificar a finitude dos bens naturais, o comprometimento e a deterioração daquilo que restou, o ser pensante precisa reciclar.” [35]

É dever do Estado promover o desenvolvimento sustentável, porém, é claro, em conjunto com toda a sociedade. Agir individualmente em uma vida em comunidade não resulta em efeito algum, é preciso que todos estejam em harmonia e tenham plena consciência da importância da natureza para a vida humana. José Renato afirma que “antes de jurídica, a responsabilidade cidadã reveste-se da mais nítida eticidade”[36] e é justamente esse o ponto central, não adianta existir regulamentação jurídica se não houver consciência para cumpri-la, pois sozinha não é capaz de coordenar todos os prováveis problemas advindos das relações humanas.

3 PRINCÍPIOS REFERENTES AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

No ramo do direito ambiental, em razão da constante evolução do corpo social, os casos concretos são dotados de imensa complexidade, tornando ineficientes as legislações existentes e é neste viés que os princípios ganham uma enorme relevância jurídica, pois os mesmos surgem com o intuito de preencher lacunas e regulamentar assuntos que não foram recepcionados pela legislação

[33] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19 – 20.
[34] BRANCO, Samuel Murgel. *O meio ambiente em debate*. São Paulo: Moderna, 1997, p. 22.
[35] NALINI, José Renato, op. cit. p. 139.
[36] NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001, p.140.

vigente. Paulo de Bessa afirma que no campo do direito ambiental os princípios são os responsáveis por regularem "matérias que ainda não foram objeto de legislação especifica" e proporcionar que as mesmas sejam objeto de análise do Poder Judiciário.[37]

Destarte, o direito ambiental é investido de inúmeros princípios, porém os elencados a seguir são os que possuem maior relevância jurídica. É importante salientar que todos eles surgem à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos principais direitos fundamentais reconhecidos em nossa Constituição Federal de 1988.

Muitas vezes os princípios que versam sobre a proteção ambiental são barganhados no processo de licenciamento para beneficiar determinado empreendedor ou determinada atividade econômica. Por essa razão percebe-se a extrema necessidade de serem criadas normas reguladoras que caminhem com a crescente modificação social, evitando-se insegurança jurídica.

Em suma, não há que se questionar sobre a importância dos princípios, em especial no âmbito do direito ambiental. Ocorre que, por inexistir normas suficientes que regulem todas as causas concretas ocorridas nesse cenário, os princípios adquirem maior relevância jurídica, porém esse entendimento não é pacífico na doutrina e nem na jurisprudência, ocasionando, de forma errônea, a aplicação discricionária dos mesmos.

3.1 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

O princípio do desenvolvimento está interligado com a conscientização de que a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico devem coexistir.[38] O resultado deste entendimento surge com medidas que gradativamente são adotadas para que se alcance um desenvolvimento ecologicamente equilibrado

[37] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22.
[38] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; MORITA, Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26

sem que haja a destruição da atividade econômica, dotada de imensa relevância para o desenvolvimento de qualquer país.

A partir do marco introdutório denominado de "Revolução Industrial" todo o contexto social foi modificado na medida em que novas ideias surgiram. Vale ressaltar que o pilar desta Revolução foi a promessa de um enorme desenvolvimento econômico e científico capaz de proporcionar um estilo de vida jamais sonhado até aquele momento.

Com toda inovação técnico-cientifica trazida pela Revolução Industrial houve, consequentemente, construção de uma utopia sobre o meio ambiente e que o mesmo tinha sua existência fundada apenas para satisfazer as necessidades humanas. Em razão dessa construção social houve uma enorme crise ambiental que precisava ser regulamentada imediatamente, sob pena de toda perspectiva de uma geração futura tornar-se extinta.

Com toda essa problemática vivenciada tornou-se necessário a implementação de medidas com o fim de se estabelecer limites e construir um verdadeiro equilíbrio entre o crescimento econômico desenfreado e os recursos naturais esgotáveis. Nesse viés surge a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada na cidade de Estocolmo no ano de 1972, e foi neste evento mundial que foram discutidos assuntos sobre a preservação do meio ambiente e possíveis soluções para a crise ambiental vivenciada.[39]

O evento foi de suma importância para todo o ramo do direito ambiental, pois foi a partir do mesmo que vários outros foram desencadeados até que se chegou aos legisladores brasileiros o entendimento de que o assunto precisava de incentivo estatal a fim de se alcançar o objetivo comum de toda a humanidade, ou seja, a preservação das gerações.

[39]CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A obrigação legal de preservar o meio ambiente*. Campinas: ME Editora, 2004.

É de se salientar que a forma pela qual cada país implementa medidas com o fim de se alcançar o objetivo comum e mundial - a possibilidade de desenvolver uma vida duradoura e de qualidade -, pode ser distinta a depender da cultura e da sociedade em que está inserido. No Brasil criou-se diversas legislações com o fim de regular o desenvolvimento econômico e ao mesmo tempo de preservar os bens naturais, pois mesmo o país adotando o modelo de livre iniciativa de produção capitalista, existem limites para que o impacto ambiental causado em decorrência de tais atividades, que é natural, seja ao menos minimizado.[40] Por essa razão utiliza-se a palavra "equilíbrio", pois o intuito do legislador não é extinguir a atividade econômica ou, ainda, o meio ambiente, mas sim de encontrar um meio termo entre ambos.

Tamanha é a importância de se manter a conscientização de um desenvolvimento sustentável que a matéria foi recepcionada, inclusive, pela Constituição Federal em seu artigo 225, *caput*.

Com o modelo de sociedade totalmente distinto da época da Revolução Industrial foram criados os direitos denominados de terceira dimensão, direitos estes que versam sobre a coletividade em geral, ou seja, direitos metaindividuais. O ser humano deixa de ser visto como um ser individual e passa a compor uma comunidade que precisa de amparo e proteção. "Com estes direitos, surgiu um novo ideal de Estado de Direito, o Estado de Direito Ambiental, cujos princípios estruturantes acompanharam, da mesma forma, essas novas demandas sociais."[41] Desta forma, percebe-se a importância do desenvolvimento deste ramo do direito.

3.2 Princípio Democrático

[40]VIANA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 58.

[41]MORAIS, Kamila Guimarães de. Princípios Estruturantes do Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável: O princípio do desenvolvimento sustentável na política nacional de resíduos sólidos. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. (Org.). Princípios do Direito Ambiental. Vol. 1. RS: Educs, 2012, p. 8.

O princípio democrático está associado especialmente aos direitos à informação e à participação.[42] Como a matéria do direito ambiental é demasiadamente complexa e capaz de alterar de maneira significativa o modo como determinada população vive é de suma importância a informação e publicidade presentes, inclusive, no processo de licenciamento.

O princípio da participação possui uma dinâmica um pouco distinta, pois o seu objetivo primordial é alcançado a longo prazo, porém sua eficiência engloba uma extensão incalculável.[43] Objetiva-se construir uma consciência ambiental para que seja possível a alteração do corpo social. Muitos, de forma errônea, acreditam que a principal característica de uma comunidade é a criação de um ordenamento jurídico, porém nada possui significância alguma sem a implementação de uma consciência crítica, pois ela sim é capaz de alterar todo um contexto social e é exatamente isto que o direito ambiental incessantemente busca ao longo dos anos para que, por fim, seja possível preservar uma geração futura.

É importante salientar que o trabalho a ser alcançado – construção de uma consciência ambiental- tem participação tanto do meio social quanto do Estado[44] na implementação, por exemplo, da educação ambiental, com o intuito de fazer com que o princípio democrático ganhe uma maior relevância jurídica. É a partir dessa consciência que torna-se possível exercer o direito previsto na Constituição Federal em seu artigo 225, *caput*, o dever de preservar e defender o meio ambiente.[45]

[42]ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.
[43]RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental esquematizado. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 314. Disponível em: < https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547202125/cfi/0 > Acesso em: 09 mar. 2018.
[44]RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental esquematizado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 315. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547202125/cfi/0> Acesso em: 09 mar. 2018.
[45]BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 03 mar. 2018

O meio ambiente e a sua eventual proteção constitui direito de todos, portanto, o participação deixa de ser uma faculdade e torna-se um dever jurídico.[46] A informação deve ser de amplo acesso já que trata-se de um direito coletivo. Nesse mesmo sentido pontua Marcelo Abelha:

> "Tendo em vista o exposto, percebe-se que o acesso efetivo à informação é elemento fundamental à democracia não só pelo princípio da publicidade, mas também porque a partir dessa "transparência" permite-se a possibilidade da participação e evita-se o autoritarismo, servindo, pois, como mecanismo de controle democrático dos atos públicos".[47]

A ideia de instituir um princípio democrático que englobe tanto a informação como a participação e, que ainda, seja dotado de ampla eficiência no âmbito nacional e internacional, foi objeto de discursão na Conferência das Nações Unidas, realizada na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1992. Esta Conferência surgiu com o intuito de reafirmar o que foi discutido na Conferência de Estocolmo e de criar inúmeros princípios capazes de proteger e equilibrar o meio ambiente. O seu décimo princípio assim dispõe:

> "(…) Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos".[48]

Indubitavelmente é reconhecida a importância deste princípio para que se atinja o objetivo comum, preservação das gerações futuras e construção de uma educação ambiental capaz de formar uma consciência crítica.

3.3 Princípio da precaução e prevenção

Os princípios da precaução e prevenção têm como finalidade prevenir eventuais danos ambientais, porém são conceituados de maneira distinta. O princípio

[46]OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Direito Ambiental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 117.
[47]RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit. p. 344.
[48]BRASIL. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente: Relatório da Delegação Brasileira, 1992. Brasil: FUNAG, 1993.

da precaução é, sem dúvida alguma, causador de grandes polêmicas no direito ambiental, mas também é um dos mais importantes, pois o que se objetiva é prevenir e não reparar. Segundo Paulo de Bessa:

> "O princípio da precaução tem origem no Direito Alemão [...]. Foi na década de 70 do século XX que o Direito alemão começou a se preocupar com a necessidade de avaliação prévia das consequências sobre o meio ambiente dos diferentes projetos e empreendimentos que se encontravam em curso ou em vias de implantação. Daí surgiu a ideia de precaução."[49]

Como bem pontua Alexandre Kiss, este princípio é considerado "quando o risco é elevado – tão elevado que a total certeza cientifica não deve ser exigida antes de se adotar uma ação corretiva [...]".[50] É nítido como este princípio é extremamente importante para a preservação do meio ambiente.

É preciso reconhecer a importância que tem o meio ambiente e como é difícil e, em alguns casos, até mesmo impossível, reparar um dano ambiental. Portanto, nesse cenário deve prevalecer o princípio da precaução e não da reparação. Ocorre que, inúmeras vezes, este princípio é interpretado como um verdadeiro entrave para o desenvolvimento econômico, nesse sentido pontua Paulo Affonso Leme:

> "A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta."[51]

Percebe-se que a polêmica que envolve este princípio em muitos casos é ocasionada pela interpretação e aplicação errônea de seu objetivo precípuo. Tamanha é sua importância e seu enorme reconhecimento que o princípio quinze da Conferência da Nações Unidas do Rio de Janeiro, assim dispõe:

---

[49] ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

[50] KISS, Alexandre. Os direitos e Interesses das Gerações Futuras e o Princípio da Precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del rey, 2004, p. 11.

[51] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Princípio da Precaução no Direito Brasileiro e no Direito Internacional e Comparado*. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del rey, 2004, p. 353.

> "Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental."[52]

Claramente percebe-se a ligação deste princípio com o do desenvolvimento sustentável. Ora, este exige medidas de crescimento que não prejudique as gerações futuras, afastando danos irreparáveis. Aquele, previne para que não se chegue a esse dano, resguardando um meio ambiente ecologicamente equilibrado e propício para uma vida de qualidade.[53]

Vale ressaltar que este princípio deve ser interpretado e aplicado com certa cautela para que não se torne um verdadeiro obstáculo para toda e qualquer atividade em razão da incerteza científica e técnica. Há que prevalecer em qualquer caso a proporcionalidade e razoabilidade para que se construa um verdadeiro equilíbrio.

Infelizmente este princípio inúmeras vezes é barganhado, principalmente no licenciamento ambiental e, consequentemente, danos ambientais surgem com certa frequência e a reparação não é capaz de restabelecer o *status quo ante* do ambiente, prejudicando dessa forma todo o habitat natural e, portanto, ameaçando, inclusive, a espécie humana.

Já o princípio da prevenção difere do da precaução em razão da previsibilidade dos danos ambientais, ou seja, é aplicado em situações em que se estabelece nexo de causalidade que seja suficiente para identificação dos impactos futuros mais prováveis."[54]

Nesse cenário temos como exemplos o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) em conjunto com o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), ambos exigidos de

[52]BRASIL. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente: Relatório da Delegação Brasileira, 1992*. Brasil: FUNAG, 1993.
[53]WOLFRUM, Rudiger. *O Princípio da Precaução.* In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del rey, 2004, p. 24.
[54]ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

forma pretérita ao alvará de licenciamento ambiental. É a partir desses estudos que é possível verificar eventuais danos ambientais e desenvolver medidas que proteja e preserve o meio ambiente e, portanto, os recursos naturais.

3.4 Princípio do poluidor pagador

O princípio do poluidor pagador tem a intenção de impor um mecanismo econômico no mercado de consumo para que tenhamos consciência do valor do custo ambiental.[55] Ele pode ser analisado sob duas óticas, a primeira seria os custos que o poluidor teria de arcar com medidas de prevenção dos eventuais danos oriundos de sua atividade econômica, já a segunda ocorreria no caso de ter existido, de fato, um dano ocasionado pela atividade econômica, gerando ao poluidor o dever de reparação.[56]

A partir deste princípio surge a incidência da responsabilidade civil e no âmbito do direito ambiental, punindo o causador de danos, ou seja, afasta o custo econômico da coletividade e o direciona diretamente ao utilizador dos recursos naturais.[57] Vale ressaltar que esta responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de demonstração de culpa. Ora, mais do que justificável, já que os danos causados em sua grande maioria causam desastres incalculáveis e irreparáveis.

O princípio dezesseis da Declaração do Rio de Janeiro assim dispõe:

> "As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais."[58]

[55] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.
[56] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; MORITA, Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.
[57] GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Ambiental*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522488520/pageid/4> Acesso em: 14 mar. 2018.
[58] BRASIL. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente: Relatório da Delegação Brasileira, 1992. Brasil: FUNAG, 1993.

É de se salutar a imensa importância deste princípio e o seu enorme reconhecimento. Introduziu-se neste cenário a caracterização da responsabilidade objetiva, ou seja, não há necessidade de comprovar o tripé da culpa, do dano e do nexo de causalidade, facilitando, dessa maneira, a reconstrução e o restabelecimento do *status a quo ante* do meio ambiente.

4 PROCEDIMENTO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A definição de licenciamento ambiental pode ser encontrada no artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar n.140/2011, que o conceitua da seguinte maneira: "procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental."[59] O licenciamento ambiental surge para proporcionar e resguardar o direito fundamental de que todos têm de viverem em um ambiente ecologicamente equilibrado, previsto e resguardado pela própria Constituição Federal de 1988.

É importante ressaltar que esta modalidade de procedimento administrativo será exigida, de forma obrigatória, sempre que determinada atividade econômica encontrar-se disciplinada na Resolução CONAMA n. 237 de 1997.[60]

Em relação à competência para a concessão da licença ambiental é necessário a verificação da área em que a atividade econômica se encontra. No âmbito federal, o responsável por esta formalidade será o IBAMA, já os Estados irão ter competência sempre que a localização estiver dentro de seus limites regionais. É importante salientar que os Estados possuem o poder de delegação para os Municípios.[61]

[59]BRASIL. Lei complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm> Acesso em: 14 maio 2018.
[60]FEITOSA, I.R.; LIMA, L.S.; FAGUNDES, R.L.; *Manual de licenciamento ambiental*: guia de procedimento passo a passo. Rio de Janeiro: GMA, 2004, p. 3. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/cart_sebrae.pdf> Acesso em: 08 set. 2018.
[61]Ibidem, p. 7-8.

Um dos fundamentos para a existência do licenciamento no direito ambiental baseia-se no equilíbrio entre a economia e a sustentabilidade respeitando, desta forma, os recursos naturais. Neste ramo do direito existem diversas controvérsias sobre a competência para regular este processo administrativo, o que acarreta, consequentemente, insegurança jurídica.[62] Outro ponto bastante discutido é a ausência de uma lei própria que regule este procedimento administrativo, já que se trata de um assunto de suma importância para toda a coletividade. Dessa forma, não seria razoável e nem prudente basear-se apenas em legislação complementar, hoje, a Lei Complementar nº 140/11.

O licenciamento ambiental se resume nos alvarás ambientais que, muitas vezes, tornam-se centro de diversas polémicas em decorrência de suas formalidades exacerbadas.[63] Existem três etapas a serem cumpridas para que se chegue ao alvará, a primeira refere-se à Licença prévia, a segunda à Licença de instalação e a última, à Licença de operação.

O artigo 8º da Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, assim dispõe:

> "Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:
>
> I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
>
> II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;
>
> III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

[62] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 187.
[63] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 188.

> Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade."64

Vale ressaltar que no direito ambiental não há norma unificadora a tratar do licenciamento nacional, posto que, ele pode variar de acordo com a localidade em que a obra se instalará[65], emergindo outro problema acerca da segurança jurídica.

Há quem acredite que a exagerada burocratização deste procedimento administrativo é empecilho para o desenvolvimento econômico do país, porém "o licenciamento ambiental não se destina a inviabilizar a implantação de um empreendimento"[66], o seu fundamento encontra amparo na proteção ao meio ambiente. A economia e a sustentabilidade podem e devem coexistir.

Assim como qualquer outro ramo do direito, o direito ambiental também é norteado por princípios que são dotados de extrema importância e relevância.[67] Em relação ao licenciamento ambiental, o princípio da informação ganha relevância ímpar por dar oportunidade para todos aqueles que tenham interesse de fiscalizar a sua legalidade.[68]

Há ainda "um dos mais importantes instrumentos de proteção ao meio ambiente"[69], denominado de estudo prévio de impacto ambiental, dando ensejo posteriormente ao relatório de impacto ambiental (RIMA). Este tem como principal

---

[64]BRASIL. *Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em:<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> Acesso em: 05 out. 2017.
[65]ANTUNES, op. cit., p. 193.
[66]GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 427. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597000016/pageid/471> Acesso em: 03 out. 2017.
[67]SOUZA, Marcos da Cunha e. Licenciamentos Ambientais. In: VENERAL, Débora Cristina (Org.). et al. Coleção Direito Processual Civil e Direito Ambiental: Responsabilidade civil e penal ambiental, Aspectos processuais ambientais e Licenciamentos ambientais. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, p. 154. Disponível em:
<http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788544300411/pages/155> Acesso em:01 out. 2017.
[68]ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 192.
[69]FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 202, Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215255/cfi/0> Acesso em: 03 out. 2017.

objetivo auxiliar no princípio da publicidade, ou seja, serve para auxiliar o público na compreensão do estudo técnico.

Muitas vezes a norma ambiental é considerada imprecisa, justamente pela complexidade do tema abordado. Por essa razão, discute-se bastante o significado da concessão da licença, pois esta surge apenas após o cumprimento de requisitos legais impostos pela própria Administração Pública, que não pode utilizar-se da discricionariedade para negá-la.[70] Ocorre que, no direito ambiental em razão da complexidade que o engloba, muitas vezes não basta o cumprimento das normas é, ainda, necessário um estudo aprofundado realizado por técnicos, para que se chegue a um alvará ambiental.

Existe uma linha bastante tênue entre licença e autorização. Como já foi abordado anteriormente, na licença não há como se falar em discricionariedade, pois o Estado se vincula ao contrato administrativo e aos seus requisitos para admissão do licenciamento. Já em relação a autorização, não há um direito adquirido de poluir ou degradar, por exemplo, portanto, há a possibilidade de uma revogação sem a necessidade de restituir o empreendedor sob forma de uma indenização.[71] Conclui-se, portanto, que "a licença ambiental é ato administrativo de natureza muito mais próxima da autorização do que da licença."[72]

Destarte, o direito ambiental é importantíssimo, porém na maioria das vezes não tem o devido reconhecimento legal. Atualmente o meio ambiente encontra-se em constante ameaça em relação aos seres humanos que, na essência da ganância, realizam atos que podem mudar de maneira significativa, inclusive, definitiva, o ecossistema. Dessa forma, há enorme anseio por uma legislação própria e unificadora, capaz de regulamentar o procedimento administrativo em questão.

---

[70] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 431. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597000016/pageid/471> Acesso em: 03 out. 2017.

[71] Ibidem, p. 434.

[72] Ibidem, p. 436.

4.1 Licenciamento ambiental e a mineração: atividade não sustentável

A mineração é o ato de extração de minérios do subsolo[73] que sempre desempenhou um papel fundamental em nosso país, porém não se pode negar os impactos que são gerados pelo progresso desta atividade. Como bem pontua Paulo Bessa, "a mineração desempenhou um papel importante na economia nacional"[74], sendo por longo anos a principal atividade desenvolvida no período da colonização do Brasil e que, ainda hoje, mantém sua imprescindibilidade.

Para melhor explicar a atividade econômica minerária é importante compreender como ocorreu sua evolução histórica no país. Até o ano de 1934 preponderou o entendimento de que o proprietário da superfície também o era do subsolo, isto ocorria pela interpretação do princípio de que o acessório segue o principal. Com a Constituição de 1934 os bens minerais foram considerados autônomos e foram submetidos à autorização federal.[75] Nesse sentido, explica Bruno Feigelson: "a Constituição de 1934, por sua vez, teve o condão de alterar abruptamente compreensões básicas do Direito Minerário vigente".[76]

Segundo Celso Antonio, é inviável tutelar os recursos minerais nos dias atuais por intermédio do Código de Mineração em razão de sua natureza jurídica, ou seja, por ser um decreto-lei pode, a qualquer tempo, ser alterado por normas posteriores, havendo sempre a necessidade de verificar as relações jurídicas dos minerais à luz da Constituição Federal de 1988, norma hierarquicamente superior.[77] Vale ressaltar que apesar de regulamentação própria em decreto-lei e sua menção na Constituição Federal de 1988, a extração do minério no Brasil é muito

[73]SIRVINSKSA, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 530. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547212513/pageid/530> Acesso em: 01 out. 2017.
[74]ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.191.
[75]CORRÊA, Jacson. *Proteção Ambiental & Atividade Minerária*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004, p.100.
[76]FEIGELSON, Bruno. *Curso de Direito Minerário*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.
[77]FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 808. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547215255/pageid/4> Acesso em: 01 set. 2017.

ultrapassado[78], criando-se, portanto, enorme probabilidade de eventuais danos ambientais.

No Código de Mineração há a distinção do que vem a ser mina e jazida. De acordo com o artigo 4º do Código de Mineração, esta seria "[...] toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico [...]" e aquela seria "[...] a jazida em lavra, ainda que suspensa".[79] Esta distinção deve ser observada antes de se conceder a licença ambiental e detém grande relevância para a exploração econômica.

O artigo 2º, inciso III do Código de Mineração, assim dispõe:

> "Art. 2º. Os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, para efeito deste Código, são: (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)
>
> III - regime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)."[80]

Para que seja possível realizar a pesquisa e a lavra dos recursos minerais é imprescindível uma prévia autorização ou concessão por parte da União[81], já que é o ente estatal competente para regular esta atividade de forma privativa. Vale ressaltar que a pesquisa terá um prazo determinado para ser realizada e é a responsável por analisar e conectar a exploração dos recursos com a viabilidade econômica. É

[78]SIRVINSKSA, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 530. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547212513/pageid/530> Acesso em: 01 set. 2017.
[79]BRASIL. *Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm> Acesso em: 05 out. 2017.
[80]Ibidem, artigo 2º.
[81]AMADO, Frederico. *Direito Ambiental esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 440.

importante salientar que para realização da pesquisa há dispêndio ao meio ambiente, por essa razão, é necessário que o agente recupere a área afetada.[82]

A licença para a extração de recursos minerais ocorre, em um primeiro momento, com o pedido do alvará de pesquisa realizado pela empresa que tem o interesse de explorar, este pedido é apresentado perante o Departamento Nacional de Produção Mineral.[83] O referido órgão, após analisar o pedido expedirá autorização para realização da pesquisa, seu prazo de validade não será inferior a um ano, nem superior a três anos, havendo possibilidade de prorrogação, mediante requerimento do interessado, protocolizado até sessenta dias antes do prazo da autorização vigente expirar.[84] Caso a pesquisa encontre realmente uma reserva mineral, a empresa realizará um relatório final, ou seja, irá demonstrar o real e verdadeiro aproveitamento econômico.[85] Por fim, pede-se a concessão da lavra – "exploração da jazida industrialmente"[86] - por tempo determinado, claro, após a licença.

É importante salientar que o direito ambiental é norteado por diversos princípios e em relação à atividade minerária existe um em específico que possui relevância ímpar, princípio da prioridade. Segundo Bruno Feigelson, este princípio garante o direito de realizar a pesquisa e, consequentemente, explorar a área, após o preenchimento dos requisitos instituídos pelo Poder Público[87], responsável por regular o licenciamento ambiental.

É inquestionável a importância da atividade econômica em questão, porém é inevitável reconhecer os danos decorrentes da exploração de minerais. Neste cenário

[82]SIRVINSKSA, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 531. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547212513/pageid/530> Acesso em: 01 set. 2017.
[83]BRASIL. *Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Artigo 16. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm> Acesso em: 08 set. 2018.
[84]BRASIL. *Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Artigo 22. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm> Acesso em: 08 set. 2018.
[85]SIRVINSKSA, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 538. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547212513/pageid/530> Acesso em: 01 set. 2017.
[86]Ibidem, p. 530.
[87]FEIGELSON, Bruno. *Curso de Direito Minerário*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

surgem diversos contrapontos em relação ao meio ambiente sustentável, portanto, o que deve ocorrer é um equilíbrio entre ambos.

É neste viés que é possível verificar a imprescindibilidade do prévio licenciamento ambiental na exploração deste recurso natural. Em relação a esta atividade econômica, há o caso concreto ocorrido em Mariana-MG, com o rompimento da barragem da empresa Samarco Mineração SA, ocasionando a matança de praticamente toda a diversidade biológica que fazia parte daquele habitat, sendo considerado um dos maiores desastres ambientais ocorridos no país. Indubitavelmente percebe-se que no direito ambiental deve prevalecer o princípio da precaução e, portanto, o processo de licenciamento pretérito ao alvará para realização de atividade econômica dessa magnitude, principalmente minerária, é de uma importância desmedida.

A mineração constitui atividade extremamente necessária para a crescente economia do país e os princípios que a norteiam podem e devem caminhar lado a lado com a sustentabilidade. Percebe-se que existe uma diversidade de regulamentação acerca do tema, porém, infelizmente, trata de decretos leis ou resoluções que podem ser alterados a qualquer momento, tendo menção na Constituição Federal de 1988 de forma mais genérica.

Ocorre que, mesmo com tamanha formalidade, ainda assim, verificam-se casos em que houve danos ambientais imensuráveis e irreparáveis, como o infeliz caso ocorrido em Mariana-MG. Percebe-se a necessidade de uma maior fiscalização nestas atividades econômicas para que se faça eficaz o princípio da precaução.

4.2 Licenciamento ambiental e as hidrelétricas: utilização de um recurso esgotável

Indubitavelmente a energia é imprescindível, por essa razão, inúmeras usinas hidrelétricas são instauradas para que seja possível atender aos anseios de toda uma sociedade. A nossa Carta Magna faz referência à energia e a necessidade da mesma ter amparo jurídico por tratar-se de um recurso ambiental. Nesse viés dispõe o artigo

20, inciso VIII, CF: "Art. 20. São bens da União: VIII - os potenciais de energia hidráulica;"[88]

Em um contexto histórico, o Brasil teve mudanças significativas em relação ao fornecimento de energia após a Segunda Guerra Mundial, pois até meados do ano de 1940, a fonte primária de energia se resumia à utilização de lenha. Porém, com as consequências deste marco introdutório, como o enorme crescimento populacional e industrial, este modelo de fonte de energia mostrou-se insuficiente em suprir as necessidades humanas, desta forma, implantou-se o sistema elétrico.[89]

Com diversas mudanças na distribuição deste serviço público e pelo enorme crescimento populacional, o Estado encontrou-se em uma situação crítica, não haviam meios para fornecer tal serviço de maneira exclusiva e, portanto, iniciou-se o processo de concessão de serviços públicos à empresas privadas.[90] Foi em meados da década de 80 e 90 que várias concessionárias se instalaram em nosso país, a fim de suprir as necessidades humanas[91], porém, não devemos nos olvidar que com os benefícios surgem, também, impactos negativos, principalmente em relação ao meio ambiente e é nesse viés que torna-se possível identificar a importância do processo administrativo responsável por instituir o licenciamento ambiental em relação a esta atividade econômica.

O Brasil por ser possuidor de inúmeras bacias hidrográficas utiliza a água como elemento central para a produção de energia elétrica, porém, o uso

[88]BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*, Artigo 20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 maio 2018.
[89]CARVALHO, Joaquim Francisco de. Energia e sociedade. São Paulo. vol. 28. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142014000300003> Acesso em 26 maio 2018.
[90]REZENDE, Leonardo Pereira. Dano Ambiental e Licenciamento Ambiental de Barragens Hidrelétrica. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 20.
[91]PORTAL SÃO FRANCISCO. História da eletricidade no Brasil. Disponível em: <https://www.portalsaofrancisco.com.br/curiosidades/historia-da-eletricidade-no-brasil> Acesso em 26 maio 2018.

desordenado deste recurso tem causado inúmeros prejuízos ambientais.[92] A água é recurso ambiental não renovável e que, infelizmente, enfrenta uma enorme crise, pois a mesma encontra-se em um nível extremamente reduzido. A entidade estatal, a fim de controlar tal situação, implanta medidas de políticas públicas na tentativa de resguardar este recurso e conscientizar a população para um uso responsável.

Percebe-se, portanto, a extrema importância deste recurso para que não só a vida humana, como qualquer outra, seja capaz de subsistir, portanto, o mesmo não deve ser utilizado indistintamente, pois dessa maneira há uma enorme probabilidade de ameaçar a geração futura e de violar o direito assegurado pela própria Constituição Federal, qual seja, viver em um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.93

Ademais, há uma grande problemática que norteia o tema, pois mesmo que as usinas hidrelétricas gerem fonte de energia renovável, ainda assim, as mesmas são capazes de causar danos catastróficos ao meio ambiente e, até mesmo, à sociedade.94 Portanto, torna-se mais do que necessário uma maior regulamentação do Estado para a autorização deste tipo de concessão, mesmo que muitos afirmam tratar-se de um retrocesso para o crescimento econômico do país.

Neste modelo de atividade econômica percebe-se certo "alívio" na aplicação do princípio democrático que dá ensejo ao direito à informação, pois é a partir da desinformação generalizada que as usinas hidrelétricas conseguem instalar-se em determinada região e realizar sua atividade econômica.95 Infelizmente, quase em todo o procedimento administrativo do licenciamento ambiental, percebe-se como

[92]CERQUEIRA, Wagner e Francisco. Energia Hidrelétrica. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/energia-hidreletrica.htm> Acesso em 07 jun. 2018.

[93]BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*, Artigo 225. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 07 jun. 2018.

[94]CORREDOR ECOLÓGICO. Energia hidrelétrica: uma fonte de energia renovável?. Publicado em 16 out. 2017. Disponível em: <http://www.corredorecologico.com.br/imprensa/artigos/13/energia-hidreletrica-uma-fonte-de-energia-renovavel> Acesso em 07 jun. 2018.

[95]CORREDOR ECOLÓGICO. Energia hidrelétrica: uma fonte de energia renovável?. Publicado em 16 out. 2017. Disponível em: <http://www.corredorecologico.com.br/imprensa/artigos/13/energia-hidreletrica-uma-fonte-de-energia-renovavel> Acesso em 07 jun. 2018.

diversos princípios são mitigados para que este exercício econômico se sobreponha ao direito ao meio ambiente equilibrado e a preservação das futuras gerações, direitos estes reconhecidos pela própria Constituição Federal.96 Vale ressaltar que, como mencionado no capítulo anterior, os princípios no ramo do direito ambiental são extremamente importantes para regular o procedimento do licenciamento, justamente pela insuficiência de legislações específicas a tratar do assunto em questão.

O que ocorre com certa frequência e que está, sem dúvida alguma, atrelado à desinformação, é que muitos empreendedores e até mesmo o ente estatal costumam demonstrar apenas os benefícios de determinada atividade econômica sem explicar, ou até mesmo mencionar, quais são os possíveis riscos e perigos que podem advir com este tipo de empreendimento.97 Portanto, ao almejar lucro por parte das empresas e maiores benefícios por parte da população é que muitas informações pertinentes não são compreendidas.

Não há que se discutir sobre a extrema importância das hidrelétricas que tiveram papel primordial para acompanhar o crescimento populacional, porém, para que seja possível a instauração deste tipo de empreendimento é necessário um enorme dispêndio aos recursos naturais e ao meio ambiente, portanto, exige-se prévio licenciamento ambiental.98 Percebe-se que as usinas hidrelétricas são potencialmente poluidoras, criando-se, portanto, uma fiscalização mais rigorosa e exigindo, para tanto, um estudo prévio de impacto ambiental para a instauração deste modelo de empreendimento. A Constituição Federal, em seu artigo 225, parágrafo 1o, inciso IV, assim dispõe:99

[96]BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*, Artigo 225. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26 maio 2018.
[97]REZENDE, Leonardo Pereira. *Dano Ambiental e Licenciamento Ambiental de Barragens Hidrelétrica.* 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 20.
[98]PENA, Rodolfo F. Alves. Fontes de Energia do Brasil. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/fontes-energia-brasil.htm> Acesso em 26 maio 2018.
[99]Ibidem.

> "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> (...)
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> (...)
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;"[100]

É importante salientar que a responsabilidade pela realização da Avaliação do Impacto Ambiental (AIA) é do próprio empreendedor que deseja a licença para realizar determinada atividade econômica por intermédio do licenciamento ambiental. Posteriormente ocorrerá o EIA.[101] Como resultado destes procedimentos surge o RIMA que, de certa forma, faz uma conclusão em linguagem de fácil compreensão.

Como já abordado anteriormente em capítulo especifico, o licenciamento ambiental possui três fases, compostas de inúmeros procedimentos para que seja possível chegar à licença ambiental.[102] Um fase extremamente importante durante este procedimento técnico-administrativo é justamente a realização de audiências públicas para informações acerca da atividade econômica, de forma clara e objetiva, demonstrando, sempre que possível, os benefícios e eventuais prejuízo acerca do empreendimento. Ademais, toda a linguagem utilizada deve ser a mais clara possível e de fácil compreensão, pois estas audiências em sua grande maioria são compostas pela própria sociedade que não possui conhecimentos específicos acerca do tema.

---

[100] BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*, Artigo 225. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 07 jun. 2018

[101] REZENDE, Leonardo Pereira. Apud AGRA FILHO, S.S., 1993. *Dano Ambiental e Licenciamento Ambiental de Barragens Hidrelétrica*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 27.

[102] BRASIL. *Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997*. Artigo 8º. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> Acesso em: 07 jun. 2018.

É importante salientar que mesmo tratando-se de uma "fonte de energia renovável e não emitir poluentes, a energia hidrelétrica não está isenta de impactos ambientais e sociais".[103] A respeito deste tema, Leonardo Pereira Rezende assim entende:

> "Vários são os impactos causados pela construção de barragens hidrelétricas. Entre os impactos ecológicos identificam-se os seguintes: perda de terras e de fauna à montante, alagadas pelo reservatório da barragem, assoreamentos dos rios (...) e em relação aos impactos socioeconômicos, o mais evidenciado e destacado em toda a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (...) é o dano material sofrido pelas populações, com a perda das terras, plantações, casas e demais benfeitorias a serem inundadas."[104]

Diante do que foi explanado, percebe-se a extrema importância deste procedimento técnico-administrativo, o licenciamento ambiental, para que seja possível realizar efetiva proteção e fiscalização e, consequentemente, torna-se real o direito resguardado pela nossa Carta Magna, da proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e das gerações futuras (art. 225, CF). É importante salientar, em um contexto geral, que este modelo de proteção por intermédio do licenciamento ambiental não viabiliza apenas a defesa do meio ambiente, o que se busca é um equilibro entre este, o crescimento econômico e o bem-estar populacional.

4.3 O licenciamento ambiental e a rodovia federal: BR- 163

Não há que se discutir acerca da necessidade de se adotar o procedimento do licenciamento ambiental para obras de infraestrutura que são essenciais para o desenvolvimento econômico, especialmente em relação à construção de rodovias. A grande dificuldade encontrada pelos empreendedores é estabelecer o ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente sustentável.

---

[103]CERQUEIRA, Wagner e Francisco. Energia Hidrelétrica: a energia hidrelétrica obtém energia traves do potencial hidráulico de um rio. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/geografia/energia-hidreletrica.htm> Acesso em 26 maio 2018.

[104]REZENDE, Leonardo Pereira. Apud ROTHMAN, 1999. *Dano Ambiental e Licenciamento Ambiental de Barragens Hidrelétrica*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 30-31.

No ano de 1970, na era da ditadura-militar, iniciou-se os trabalhos para a implementação de uma das mais conhecidas rodovias federais, a BR-163, composta por 3.467 quilômetros compreendendo a região Centro-Oeste ao Baixo Amazonas.[105]

No ano de 1976 houve a tão esperada inauguração, porém, apenas seu traçado foi concluído. Após longos anos a obra foi totalmente abandonada, o que ocasionou em diversas consequências, tanto em relação à comunidade que ali residia como também ao ecossistema e ao meio ambiente que compreendem esta região. Apenas no ano de 1991 é que foi realizada a licitação para, por fim, realizarem a pavimentação, porém, mais uma vez, este procedimento permaneceu inerte. No ano de 2000, com um olhar totalmente voltado para a economia, o processo de licitação motivou de maneira significativa os empreiteiros em razão da enorme produtividade de grãos.[106] Em razão da morosidade do Governo no término da obra, vários saques na região ocorrem rotineiramente, esgotando inúmeros recursos naturais que ali se encontram.

No presente ano ainda é possível verificar a situação precária que se encontra a rodovia e o enorme dispêndio de quem necessita desta rota para realizar seu trabalho, os caminhoneiros reclamam da situação constantemente, como demonstrou uma reportagem realizada pelo Jornal Nacional. É importante frisar que além de inúmeras horas para realizar o trajeto ainda correm risco de graves acidentes, pois é uma rodovia com enorme tráfego e com pouquíssima segurança.[107]

A previsão de conclusão da pavimentação da rodovia é apenas para o ano de 2019,[108] ou seja, mais de quarenta anos após a implementação da mesma. É importante frisar que a obra, por si só, é capaz de gerar danos catastróficos para o

[105] ALENCAR, Ane A. C. Estudo de caso: a rodovia BR-163 e o desafio da sustentabilidade. 2005, p. 2. Disponível em: <http://ipam.org.br/wp-content/uploads/2005/03/estudo_de_caso_a_rodovia_br-163_e_o_desa.pdf> Acesso em 12 ago. 2018

[106] ALENCAR, Ane A. C. Estudo de caso: a rodovia BR-163 e o desafio da sustentabilidade. 2005, p. 3. Disponível em: <http://ipam.org.br/wp-content/uploads/2005/03/estudo_de_caso_a_rodovia_br-163_e_o_desa.pdf> Acesso em 12 ago. 2018

[107] JORNAL NACIONAL. Um ano depois, BR-163, no Pará, continua na mesma precariedade [online]. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/02/um-ano-depois-br-163-no-para-continua-na-mesma precariedade.html> Acesso em 12 ago. 2018.

[108] Ibidem.

meio ambiente e a consequência da extrema demora em finaliza-la tem contribuído de forma direta para que estes danos aumentem em grande escala. É por essa razão que todo empreendimento que seja capaz de gerar danos ao meio ambiente e, inclusive, à população que ali reside, necessita de um prévio licenciamento ambiental interpretado, em sua grande maioria, por ser um procedimento dotado de enorme burocracia. Percebe-se que a implementação da rodovia federal BR-163 era, de fato, extremamente benéfico para todo o país, porém o que se viu na realidade foi um ambiente demasiadamente desgasto e uma população extremamente insatisfeita.

Outro ponto que precisa ser analisado nesta obra foi a aproximação dos militares e construtores com tribos indígenas que habitavam aquela localidade, sendo necessário, até mesmo, a presença de um intermediador. Vale ressaltar que a grande maioria destas tribos nunca tinham tido contato com a civilização.[109] É possível perceber as inúmeras mudanças trazidas pela implementação de um empreendimento desta magnitude, tanto em relação aos recursos naturais como também ao ambiente social em que determinadas pessoas estão inseridas. Dessa forma, com o passar do tempo o licenciamento ambiental ganha maior reconhecimento, como seus princípios inerentes e todas as suas fases, em especial as audiências públicas que são capazes de colocar em pé de igualdade, em questão de conhecimentos específicos, toda a coletividade em relação ao empreendedor.

A princípio, a BR-163 era uma obra modelo, onde o Governo propôs realizá-la sob uma perspectiva totalmente sustentável, seu objetivo precípuo era de que a Floresta Amazônica gerasse renda, promovesse qualidade de vida e, ainda assim, permanecesse em pé[110], porém vários problemas impediram do mesmo se concretizar. Ora, já se passaram mais de quarenta anos e, ainda assim, parte da rodovia federal encontra-se sem pavimentação.

[109]ROTA DO OESTE. BR- 163, a Rodovia da Integração. Disponível em: < http://www.rotadooeste.com.br/pt-br/rodovia/historia-da-rodovia> Acesso em 12 ago. 2018.
[110]MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Projeto BR-163. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/florestas/projeto-br-163> Acesso em 15 ago. 2018.

Indubitavelmente há que se reconhecer a tamanha importância da área de influência da BR-163, pois a mesma abriga "uma das regiões mais importantes da Amazônia do ponto de vista econômico, diversidade biológica, riquezas naturais e diversidade étnica e cultural."[111] Dessa forma, em razão do desejo de realizar uma obra de infraestrutura sustentável e preservar todas essas riquezas, adotou-se o procedimento do licenciamento ambiental. O primeiro passo adotado foi, portanto, a concessão da licença prévia dada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- IBAMA para o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes- DNIT, onde se permitiu que fosse pavimentada a rodovia federal BR-163. É possível verificar o conceito de licença ambiental na Resolução nº 237 em seu artigo 1º, inciso II, que assim dispõe:

> "Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
>
> II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental."[112]

Quando se iniciou o procedimento de pavimentação, o trecho que compreende Cuiabá-Santarém e a Transamazônica foi objeto do Estudo de Impacto Ambiental- EIA e, posteriormente, houve a elaboração do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente- RIMA, fases extremamente importantes do licenciamento ambiental. Nesse mesmo viés, assim dispõe o artigo 3º da Resolução nº 237:

> "Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á

[111] Ibidem.
[112] BRASIL. *Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> Acesso em 15 ago. 2018.

> publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação."[113]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de se reconhecer que existe uma enorme burocratização no sistema jurídico brasileiro e principalmente no direito ambiental e talvez este fato resulte em circunstâncias prejudiciais ao desenvolvimento econômico, mas será que o Brasil está preparado para uma desburocratização neste ramo do direito? Esse é um questionamento de grande relevância, pois o que se procura constantemente é instituir um procedimento mais célere para as atividades econômicas, porém mesmo com essa "enorme" burocratização que nos norteia hoje, ainda assim, existem danos ambientais catastróficos e uma enorme impunidade em relação aos responsáveis.

Indubitavelmente percebe-se que no direito ambiental os princípios são dotados de imensa relevância e, infelizmente, barganhados no processo de licenciamento. No direito ambiental deve prevalecer o princípio da precaução, pois caso ocorra algo, os danos são imensuráveis e na maioria das vezes, irreparáveis. Portanto, o prévio processo de licenciamento exigido para determinadas atividades econômicas é de uma importância desmedida.

O licenciamento ambiental necessita ser regulado por legislação específica, pois trata de um assunto de relevância ímpar para que fique à mercê de decretos e resoluções. Vale ressaltar que o contexto social foi alterado de tal forma que o ordenamento jurídico existente para regulamentar este ramo do direito mostrou-se insuficiente, surgindo uma enorme insegurança jurídica.

A desburocratização mostra-se necessária em alguns casos para alavancar a economia do país, existem licenciamentos que demoram anos até que se chegue ao alvará e muitos empreendedores desistem de investir no Brasil pela imensa demora de se conceder a licença. O que não pode ocorrer, de maneira alguma, é que alguns

[113]BRASIL. *Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> Acesso em 15 ago. 2018.

princípios, que no direito ambiental possuem uma imensa relevância, sejam barganhados pela necessidade de um crescimento econômico desesperado.

Ao longo da pesquisa foi possível perceber que alguns empreendimentos emblemáticos para o direito ambiental atenderam aos requisitos exigidos pela legislação e adotaram o procedimento do licenciamento e, ainda assim, causaram danos irreparáveis ao meio ambiente e à sociedade. Ora, percebe-se que há necessidade de uma efetiva fiscalização por parte do ente estatal para que situações como estas não ocorram, pois a cada obra inacabada ou eventuais acidentes decorrentes da atividade econômica, o meio ambiente é atingido de maneira definitiva.

Constatou-se, também, a imensa importância que a consciência e educação ambiental possuem nesse ramo do direito, pois os indivíduos são os únicos capazes de alterar a perspectiva em relação ao meio ambiente e à natureza e o modo como foram intitulados e interpretados ao longo dos anos. Foi possível verificar, portanto, que há uma saída benéfica para todos, desde que haja equilíbrio para que se torne possível a construção de um desenvolvimento econômico sustentável.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ane A. C. Estudo de caso: a rodovia BR-163 e o desafio da sustentabilidade. 2005. Disponível em: <http://ipam.org.br/wpcontent/uploads/2005/03/estudo_de_caso_a_rodovia_br163_e_o_desa.pdf> Acesso em 12 ago. 2018

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 440.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: Uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRANCO, Samuel Murgel. *O meio ambiente em debate.* São Paulo: Moderna, 1997.

BRASIL. *CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 17 set. 2018.

BRASIL. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente: Relatório da Delegação Brasileira, 1992*. Brasil: FUNAG, 1993.

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm> Acesso em: 05 out. 2017.

BRASIL. *Lei complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm> Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. *Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> Acesso em: 05 out. 2017.

BORGES, Luís Antônio Coimbra; REZENDE, José Luiz Pereira de; PEREIRA, José Aldo Alves. *Evolução da legislação ambiental no Brasil*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mJcOd5jQ8_8J:periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rama/article/download/1146/852+&cd=21&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 04 abril 2018.

CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A obrigação legal de preservar o meio ambiente*. Campinas: ME Editora, 2004.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Letras & Letras 1991.

CARVALHO, Joaquim Francisco de. Energia e sociedade. **São Paulo**. vol. 28. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142014000300003> Acesso em 26 maio 2018.

CERQUEIRA, Wagner e Francisco. Energia Hidrelétrica. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/energia-hidreletrica.htm> Acesso em 07 jun. 2018.

CERQUEIRA, Wagner e Francisco. E*nergia Hidrelétrica: a energia hidrelétrica obtém energia traves do potencial hidráulico de um rio*. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/geografia/energia-hidreletrica.htm> Acesso em 26 maio 2018.

CORRÊA, Jacson. *Proteção Ambiental & Atividade Minerária*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CORREDOR ECOLÓGICO. Energia hidrelétrica: uma fonte de energia renovável?. Publicado em 16 out. 2017. Disponível em: <http://www.corredorecologico.com.br/imprensa/artigos/13/energia-hidreletrica-uma-fonte-de-energia-renovavel> Acesso em 07 jun. 2018.

FACIO, Wilson José Girardi; GODOY, Sandro Marcos. *Uma evolução histórica do direito ambiental e a Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3321/3073 > Acesso em: 04 abril 2018.

FEIGELSON, Bruno. *Curso de Direito Minerário*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEITOSA, I.R.; LIMA, L.S.; FAGUNDES, R.L.; *Manual de licenciamento ambiental*: guia de procedimento passo a passo. Rio de Janeiro: GMA, 2004. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/cart_sebrae.pdf> Acesso em: 08 set. 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 202, Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215255/cfi/0> Acesso em: 03 out. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; MORITA, Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FURLAN, Anderson e FRACALOSSI, Willian. *Direito Ambiental*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597000016/pageid/471> Acesso em: 03 out. 2017.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Ambiental*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522488520/pageid/4> Acesso em: 14 mar. 2018.

HENDGES, Antonio Silvio. *Histórico e evolução da Legislação Ambiental no Brasil*. EcoDebate, 2016. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2016/11/14/historico-e-evolucao-da-legislacao-ambiental-no-brasil-parte-13-artigo-de-antonio-silvio-hendges/> Acesso em: 27 abril 2018.

HISTÓRIA: VESTIBULAR+ENEM. Revista Guia do Estudante. São Paulo, ed. 8, 2015.

JORNAL NACIONAL. Um ano depois, BR-163, no Pará, continua na mesma precariedade [online]. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/02/um-ano-depois-br-163-no-para-continua-na-mesma precariedade.html> Acesso em 12 ago. 2018.

KISS, Alexandre. *Os direitos e Interesses das Gerações Futuras e o Princípio da Precaução.* In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del rey, 2004.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e Cultura*: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Princípio da Precaução no Direito Brasileiro e no Direito Internacional e Comparado.* In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del rey, 2004.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do direito ambiental no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Projeto BR-163. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/florestas/projeto-br-163> Acesso em 15 ago. 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Sai licenciamento para pavimentação da BR-163. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/2978-sai-licenciamento-para-pavimentacao-da-br-163> Acesso 15 ago. 2018.

MORAIS, Kamila Guimarães de. *Princípios Estruturantes do Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável: O princípio do desenvolvimento sustentável na política nacional de resíduos sólidos.* In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. (Org.). Princípios do Direito Ambiental. Vol. 1. RS: Educs, 2012.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Direito Ambiental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017.

PENA, Rodolfo F. Alves. Fontes de Energia do Brasil. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/fontes-energia-brasil.htm> Acesso em 26 maio 2018.

PORTAL SÃO FRANCISCO. História da eletricidade no Brasil. Disponível em: <https://www.portalsaofrancisco.com.br/curiosidades/historia-da-eletricidade-no-brasil> Acesso em 26 maio 2018.

REZENDE, Leonardo Pereira. *Dano Ambiental e Licenciamento Ambiental de Barragens Hidrelétrica.* 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental esquematizado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547202125/cfi/0> Acesso em: 09 mar. 2018.

ROTA DO OESTE. BR- 163, a Rodovia da Integração. Disponível em: <http://www.rotadooeste.com.br/pt-br/rodovia/historia-da-rodovia> Acesso em 12 ago. 2018.

SIRVINSKSA, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547212513/pageid/4> Acesso em: 04 abril 2018.

SOUZA, Marcos da Cunha e. Licenciamentos Ambientais. In: VENERAL, Débora Cristina (Org.). et al. *Coleção Direito Processual Civil e Direito Ambiental: Responsabilidade civil e penal ambiental, Aspectos processuais ambientais e Licenciamentos ambientais*. 1ª. ed. Curitiba: Intersaberes. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788544300411/pages/155> Acesso em: 01 out. 2017.

VIANA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

WOLFRUM, Rudiger. *O Princípio da Precaução.* In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del rey, 2004.
18 nov. 2017.

AUTONOMIA DO PACIENTE: O DIREITO DE ESCOLHA DE TRATAMENTO MÉDICO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE

Ketlen Maize Cajado Pires

RESUMO

O uso da transfusão de sangue é um costume que foi difundido no decorrer dos anos como o único meio de salvar vidas, em virtude disso, perdura no Brasil ampla polêmica envolvendo questões relativas à negativa de transfusão de sangue. A temática proposta é importante e merece atenção, pois inúmeras vezes o Poder Judiciário é acionado para dirimir litígios que envolvem o direito de escolha do paciente. Dessa forma, a presente monografia tem por objetivo elucidar os aspectos relevantes inerentes à recusa de tratamentos médicos com o uso de transfusão de sangue alogênico, em especial em pacientes da religião Testemunhas de Jeová, visto que muitos profissionais da saúde buscam conseguir uma autorização judicial para realizar o procedimento hemoterapeutico nessas pessoas. Assim sendo, no primeiro capítulo serão examinados os direitos e garantias constitucionais que visam assegurar o direito à vida digna, autônoma e livre, preservando a personalidade e dignidade de cada cidadão, bem como o direito civil e penal aplicáveis ao tema. No segundo capítulo, o trabalho se ocupa do direito médico cabível, e também pondera acercado princípio da autonomia e o consentimento esclarecido. Por fim, o terceiro capítulo destina-se a análise de casos concretos, com o intuito de averiguar os posicionamentos firmados pelos Tribunais brasileiros, no que tange a recusa aos procedimentos transfusionais pelos pacientes.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Liberdade religiosa. Testemunhas de Jeová. Transfusão de sangue.

INTRODUÇÃO

A escolha do tema proposto se deu em virtude da polêmica que envolve a autonomia do paciente em relação a escolha de tratamentos médicos. O conflito é suscitado devido as situações onde os médicos entendem ser necessário adotar

determinado tipo de procedimento, aos quais os pacientes não estão dispostos a se submeter, por razões estritamente pessoais ou de cunho religioso.

A divergência ocorre como consequência do paternalismo inserido na comunidade médica durante o período hipocrático. Por outro lado, a Constituição Federal assegura a liberdade aos cidadãos brasileiros, bem como estabelece as garantias fundamentais, entre as quais estão, o direito à vida, a liberdade religiosa, e a autonomia de vontade do paciente, que são indispensáveis para o debate supracitado.

O dissenso mencionado tem por ponto de partida a preservação do bem jurídico maior – a vida do paciente. Evidente que os médicos querem salvar a vida de seus pacientes, porém, verificam-se situações em que o tratamento sugerido por eles se confronta com princípios éticos, morais e religiosos do paciente. Assim, será analisado que o direito à vida não está delimitado apenas à mera existência, e o que isso envolve.

Esse conflito chama a atenção em razão do crescente número de pessoas que estão rejeitando tratamento com transfusão de sangue, por convicções religiosas ou pessoais, na atualidade.

Partindo desse ponto, surgem questionamentos essenciais ao tema: O paciente pode se negar a receber tratamento médico transfusional? O médico possui total liberdade para realizar transfusão de sangue, a fim de salvar a vida do paciente, mesmo que este tenha expressamente informado a recusa a determinada terapia? Quais as opções terapêuticas existentes?

Compreender as questões ligadas aos questionamentos mencionados, poderá contribuir para melhoria nas relações médico-pacientes, para reduzir o preconceito entorno da não aceitação de transfusão sanguínea, bem como contribuirá para o exercício da democracia e das liberdades individuais.

Portanto, o presente trabalho tem por objetivo elucidar aspectos relevantes inerentes à recusa de tratamentos médicos com uso de transfusão de sangue

alogênico, visto que muitos profissionais da saúde apelam para o Poder Judiciário para conseguir uma medida judicial que autorize a realização forçada do procedimento.

Sendo assim, serão apresentados os direitos do paciente no que concerne ao tema abordado.Tendo por objetivo analisar se a escolha do tratamento médico sem transfusão de sangue é um direito do paciente amparado pelo ordenamento jurídico pátrio, e apresentar algumas opções terapêuticas disponíveis atualmente.

A monografia será delimitada aos pacientes adultos capazes de externar sua vontade, abordando ainda o caso dos pacientes religiosos Testemunhas de Jeová, que não aceitam tratamentos médicos que envolvam o uso dos componentes primários do sangue: glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma.

O presente trabalho foi estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo pretende analisar o direito brasileiro e o marco normativo aplicável ao tema, na medida em que serão abordadas as duas dimensões: 1) A constitucional, que visa apresentar os direitos e garantias fundamentais estabelecidas na Carta Magna, no que concerne ao direito à vida, à dignidade e à liberdade; 2) as dimensões infraconstitucionais, que versará sobre o disciplinamento civil e penal referente a aludida temática.

O segundo capítulo tratará da análise do direito médico aplicável ao tema. É feita uma abordagem à luz do disciplinamento profissional da matéria, com o auxílio do princípio da autonomia. Por fim, o estudo dessa seção visa demonstrar a importância do consentimento esclarecido, visto que é responsável pela harmonização do diálogo entre médico e paciente, possibilitando a escolha livre e consciente, além de um relacionamento médico-paciente humanizado.

O terceiro capítulo destina-se a análise dos fundamentos para a recusa às transfusões de sangue, bem como demonstrar qual o impacto emocional causado pela imposição da terapia transfusional. Assim como a análise de algumas decisões brasileiras frente ao aparente conflito entre direitos fundamentais, objetivando

demonstrar os posicionamentos firmados, e por fim uma crítica ao cenário que se apresenta diante da recusa de um paciente à transfusão de sangue.

Este trabalho será embasado em pesquisa bibliográfica, utilizando referencial teórico, documental, doutrinário e jurisprudencial, sendo respaldado por artigos médicos, periódicos e pareceres jurídicos reconhecidos sobre o tema. Será empregado o método dedutivo, realizando uma análise dos sistemas normativos pertinentes a temática, visando relacioná-las ao direito do particular.

1 O DIREITO BRASILEIRO E O MARCO NORMATIVO APLICÁVEL AO TEMA: UM ESTUDO SOBRE OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS CORRELATOS À VIDA, À DIGNIDADE E À LIBERDADE.

Inicialmente, serão apresentados os aspectos constitucionais relativos à temática abordada, na medida em que serão analisados os direitos e garantias fundamentais correlatos à vida, à dignidade e à liberdade.

O direito brasileiro é regido por um ordenamento hierárquico, de modo que a Constituição Federal é a maior das leis, devendo prevalecer sobre as demais, visto que nela estão centralizados os aspectos mais significativos da vida humana.

Contudo, serão considerados pontos relevantes do Código Civil, Código Penal e do Código de Ética Médico, pois são normatizações reconhecidas como marco legal aplicável ao direito de recusa às transfusões sanguíneas pelo paciente.

1.1 DIMENSÕES CONSTITUCIONAIS DO TEMA

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) garante aos indivíduos o direito à vida, a liberdade, a saúde, bem como o direito de exercer livremente os cultos religiosos. Os direitos e garantias fundamentais estão elencados no art. 5º da

CF/1988[1], portanto, visam assegurar aos cidadãos brasileiros a vida em sua total plenitude.

Ao abordar o direito à vida, a CF/1988 assegura a liberdade de escolhas próprias aos seres humanos, correlacionadas ao plano das liberdades individuais. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pela Carta Constitucional, se trata de um direito natural, inerente a cada indivíduo, entretanto, não deve suprimir os demais direitos.

Nessa perspectiva, o direito à vida integra dos os outros direitos fundamentais, pois a existência humana é pressuposto indispensável aos demais direitos e liberdades elencados e protegidos pela Constituição brasileira. Não trata-sedo direito de mera existência, como será visto nas seções subsequentes,trata-se do direito à vida digna, autônoma e livre.

Além disso, serão abordados aspectos importantes com relação à liberdade de consciência e de crença, pois são entendimentos necessários à compreensão da temática abordada. A análise desses dispositivos constitucionais visa demonstrar o que envolve as garantias fundamentais estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito e quais as suas consequências.

1.1.1 O DIREITO À VIDA

O direito à vida está previsto no art. 5º, *caput*, da CF/1988[2], portanto, a vida é direito personalíssimo, amparado e protegido pela ordem jurídica. A palavra vida possui um conceito bastante amplo; no *stricto sensu*, significa a mera existência, está intimamente relacionado ao período entre o momento do nascimento até o momento da morte do indivíduo; por outro lado, no *lato sensu*, significa a vida em sentido

[1]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.
[2]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.

pleno, ou seja, resguarda o estado físico, psicológico, espiritual, emocional e moral de cada ser humano.

O direito à vida não se limita somente a mera existência biológica. Assim, a CF/1988 ao estabelecer o direito à vida como garantia fundamental, determina a defesa dos interesses dos cidadãos, ou seja, preserva a personalidade do indivíduo, protegendo seus anseios morais, espirituais e psicológicos.

Ressalta-seque a Constituição Federal protege a vida, pois consagra a inviolabilidade do direito à vida, prevista no art. 5º, *caput*,CF/1988. No entanto, algumas pessoas argumentam que a vida é um bem jurídico indisponível, sendo assimé direito primário e superior aos demais. Segundo Fagundes de Deus, ao se realizar juízo de ponderação entre os direitos à vida e outro direito, deve-se reconhecer a preponderância e prevalência do direito à vida, por se tratar de direito natural e inerente aos seres humanos.[3]Portanto, seria dever do Estado protegê-la, consequentemente, por esse ângulo, entende-se que há conflito entre princípios constitucionais(direito à vida, à liberdade religiosa, à liberdade de crença, e à autonomia), nessa perspectiva o direito à vida seria preponderante ao direito de escolha do paciente, bem como à liberdade religiosa assegurada pela Constituição Federal.

Há contudo outro entendimento, no qual é possível dispor deste direito, pois deve ser respeitada a vontade livremente manifestada do paciente, segundo Gustavo Binenbojm.[4]Igualmente, Celso Ribeiro Bastos defende este posicionamento, baseando-se nos seguintes argumentos:

[3]BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento 2009.01.00.010855-6/GO. Quinta Turma. Agravante: Universidade Federal de Goiás. Agravado: Manoel Batista Alves. Relator: Fagundes de Deus. Brasília, 20 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=2009.01.00.010855-6&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 1 maio 2018.

[4]BINENBOJM, Gustavo. Parecer09/2009 – GUB. Disponível em: < http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=a25069b8-b42b-4cc0-8813-8e3f9a4a9d2d&groupId=132971>. Acesso em: 5 mai. 2018.

1) Os termos inviolabilidade e indisponibilidade não se confundem.[5] Observa-se que as duas palavras possuem distintos significados, “Violação e violar vem do Latim *violare*, que se refere a tratar com violência, ultrajar, desonrar, possivelmente relacionada a força, violência”.[6] Já a palavra “Dispor se refere a resolver, decidir, determinar, estabelecer”.[7]Ou seja, a inviolabilidade resguarda o direito contra ato de terceiro; já a indisponibilidade remete ao próprio indivíduo dispor do seu direito.

2) A legislação brasileira reprova, mediante punição de quem instiga, induz e auxilia o suicídio, contudo, nada dispõe contra o indivíduo que tenta deliberadamente retirar a própria vida.[8]

Em virtude disso, é apropriado esclarecer que suicídio apenas estará configurado quando a pessoa decidir pôr fim à própria vida. Portanto, tal ato não se aplica ao paciente que dispensa a transfusão de sangue, mas que aceita outros tratamentos alternativos a ela.

Dessa forma, é necessário compreender o conceito da palavra suicídio. Essa palavra foi criada por Desfontaines, original do latim – *sui* (si mesmo) e *caederes* (ação de matar). Faz referência à necessidade que o indivíduo possui de buscar a morte como um refúgio para o sofrimento que se torna insuportável.[9]

---

[5]BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas: Parecer. Disponível em:<http://www.academia.edu/23683434/CELSO_RIBEIRO_BASTOS._Direito_de_recusa_de_pacientes_submetidos_a_tratamento_terap%C3%AAutico_%C3%A0s_transfus%C3%B5es_de_sangue_por_raz%C3%B5es_cient%C3%ADficas_e_convic%C3%A7%C3%B5es_religiosas>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[6]ORIGEM da Palavra. Site de Etimologia. Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/violar/>. Acesso em: 27 fev. 2018.

[7]BRECHARA, Evanildo. Minidicionário da língua portuguesa. Dispor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p.311.

[8]BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas: Parecer Jurídico. Disponível em:<http://www.academia.edu/23683434/CELSO_RIBEIRO_BASTOS._Direito_de_recusa_de_pacientes_submetidos_a_tratamento_terap%C3%AAutico_%C3%A0s_transfus%C3%B5es_de_sangue_por_raz%C3%B5es_cient%C3%ADficas_e_convic%C3%A7%C3%B5es_religiosas>. Acesso em: 27 abr. 2018.

[9]SANTANA, Ana Lucia. Suicídio. Info Escola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/suicidio/>. Acesso em: 4 mai. 2018.

Portanto,evidencia-seque o ato suicida não é compatível com a ação do paciente que, ao perceber a enfermidade, busca auxílio médico com o intuito de ser curado por meio do tratamento adequado e harmonioso com as suas convicções.

Além disso, analisando o suicídio pela perspectiva religiosa, nota-se que tal prática é considerada um grave pecado, pois Deus é o dador da vida, portanto, a vida é uma dádiva divina que não deve ser violada. Assim, o paciente religioso que busca tratamentos alternativos à transfusão não tem a intenção de retirar a própria vida, mas deseja preservá-la, pois entende que a vida é um dom dado por Deus.

Por outro lado, as pessoas que pretendem cometer o suicídio fazem isso de forma deliberada, sem dar o fato conhecido a ninguém, pois não desejam ser impedidas. Assim sendo, jamais procurariam auxílio médico.Consequentemente, o argumento de que as pessoas que recusam tratamento médico transfusional são suicidas reputa-se falso.

Alexandre de Moraes afirma que o paciente religioso, ao recusar o uso de transfusão sanguínea, "[...] está apenas zelando pela sua vida, pela sua autonomia e liberdade de escolha de tratamento. Dessa forma, exercendo o seu direito à vida em sentido pleno".[10]Portanto, é razoável que,no âmbito da relação médico-paciente, ambos busquem o melhor tratamento possível, respeitando-se a consciência do enfermo e buscando-se a proteção à vida.

Por outro lado, evidente que durante o século XX, as transfusões de sangue foram consideradas revolucionárias e fundamentais para salvar a vida das pessoas que estavam em iminente risco.Porém, com a evolução da Medicina, esse método tem sido considerado ultrapassado por diversos profissionais, pois, diante das novas tecnologias e do avanço da Medicina,tornaram-se possíveis e acessíveis os métodos alternativos à transfusão sanguínea, que inclusive diminuem os custos do tratamento médico e a taxa de mortalidade.

[10]MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.44.

Nesse sentido, Ludhmila Abrahão Hajjar, Coordenadora da Unidade de Terapia Intensiva Cirúrgica do Instituto do Coração, realizou estudo prospectivo e randomizado das estratégias liberal e restritiva de transfusão de hemácias em cirurgia cardíaca, no qual analisou um grupo de512 pacientes do InCor, em São Paulo. Os pacientes possuíam perfis parecidos e foram submetidos a cirurgia cardíaca, sendo que metade do grupo recebeu transfusão de sangue quando o nível de hemoglobina caiu a 10gramas por decilitro(g/dL). A outra metade só passou pela transfusão quando o índice ficou abaixo de 7 g/dL. Nesse primeiro grupo, foi constatado que os pacientes que receberam menos sangue se recuperaram tão bem quanto os que receberam mais sangue.

Diante disso, a pesquisadora optou por realizar uma segunda comparação, entre pacientes graves que foram transfundidos e pacientes que não foram transfundidos em nenhuma hipótese, chegando, portanto, à seguinte conclusão: a transfusão sanguínea aumenta em 20% a taxa de mortalidade e o número de complicações clínicas aumenta a cada bolsa de sangue recebida.[11]

O direito à vida deve ser analisado sob um novo prisma, o da dignidade da pessoa humana, princípio matriz do constitucionalismo, visto que não é possível viver plenamente sem os atributos da personalidade.

1.1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Primeiramente, é apropriado elucidar acerca do conceito de princípio, pois a expressão indica fundamentos iniciais. Para José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios são espécies de normas. Sobre o assunto, pondera o mencionado constitucionalista:

> "Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado [...] são normas de natureza estruturante

[11] HAJJAR, Ludhmila Abrahão. Estudo prospectivo e randomizado das estratégias liberal e restritiva de transfusão de hemácias em cirurgia cardíaca. 2010. 169 fls. Tese (Doutorado) – Programa de Anestesiologia, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

> ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito) [...] os princípios são vinculantes radicados nas exigências de justiça". [12]

A dignidade humana é um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito, visto que o princípio da dignidade da pessoa humana resguarda o direito do indivíduo de escolher o que é melhor para si, livre de interferências externas.Assim, este princípio pode ser entendido como termo que impõe limites às ações do Estado.

O princípio da dignidade humana está elencado no rol de Preceitos Fundamentais da Constituição Federal,em seu art. 1º, III:

"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento [, entre outros,]:[...] III - a dignidade da pessoa humana".[13]

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

> "[...] à dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional de dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de meroobjeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos por parte de tutela por parte dos órgãos estatais,no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de

[12]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002. p. 1146.
[13]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.

medidas positivas prestações) o devido respeito e promoção".[14]

Partindo desse pressuposto, é possível notar que existe um vínculo entre a dignidade humana, a autonomia e a liberdade, pois as duas últimas integram a primeira. Isso significa, portanto, que a pessoa possui total legitimidade para recusar-se a receber transfusão de sangue alogênico.

Danilo Porfírio, ao abordar a temática em epígrafe, afirmou que "o tema está intimamente ligado à dignidade humana, consequentemente, esta dignidade compõe a soma de todos os princípios de direito natural".[15]

A vida digna é direito intrínseco do ser humano, ou seja, a pessoa o possui desde o nascimento. Nesse sentido, é direito intangível sob o qual cada ser humano delibera individualmente, por se tratar de um direito natural.

Assim sendo, a indicação do tratamento médico a ser adotado deve respeitar as convicções de cada pessoa, tendo em vista que a imposição de uma determinada terapia pode ferir o princípio constitucional da dignidade humana.

Ademais, a Revista A Sentinela enfatiza: "respeitar a dignidade pessoal de outros significa também aceitá-los assim como são, sem tentar enquadrá-los num ideal".[16]Não é preciso concordar com a opinião e as opções alheias, porém o respeito é fundamental para uma convivência harmônica na sociedade. Não nos cabe julgar certa ou errada a escolha pessoal de alguém, e, nesse caso, é preciso se despir do preconceito, ser razoável, na medida em que cada ser humano é dotado de personalidade própria e pode fazer suas escolhas existenciais.

14SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

[15]VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. Considerações jusnaturalistas sobre a transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. Brasília: Instituto Processos, 2011. P. 49-53. Disponível em:<http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/6_edicao1.pdf>. Acesso em 29 mar. 2018.

[16]ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. A SENTINELA. Respeita a dignidade deles? São Paulo, p. 28-31, abr. 1998.

A temática abordada comumente é encarada como polêmica, haja vista a necessidade de enquadrar os indivíduos em um determinado padrão ideal imposto pela sociedade, no qual a dignidade e a autonomia das pessoas não são levadas em consideração.

O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado ao livre direito de escolha do indivíduo, o que implica na liberdade que o paciente possui no que tange à escolha de tratamento médico. Nesse segmento, Álvaro Villaça Azevedo destaca que a dignidade humana se insere no texto constitucional como cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos, quais sejam, direito à vida, à liberdade, (art. 5º,*caput*), à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI) previstos no ordenamento jurídico.[17]

Em outras palavras, a dignidade humana está atrelada a todos os outros direitos fundamentais resguardados pela CF/1988. Não é possível que o indivíduo exerça uma vida plena sem que a sua dignidade seja preservada. Nessa situação,obrigar um cidadão a receber transfusão sanguínea constitui grave violação ao princípio analisado, resultando na privação da dignidade e da liberdade.

Constata-se ainda que o texto constitucional positivou o plano das liberdades, incluindo nessa esfera as liberdades de consciência, de crença e de religião.Assim, torna-se imprescindível a análise das liberdades, portanto, esse aspecto será visto na próxima subseção.

1.1.3 O DIREITO À LIBERDADE

O direito à liberdade também é resguardado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, apresentando às prerrogativas guarnecidas e estimuladas pelo Estado

[17]AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e direito de escolha médico sem transfusão de sangue, mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010. p.17.

Democrático de Direito, pois a liberdade resguarda a capacidade do indivíduo de autogerir sua vida de acordo com as suas próprias convicções.

Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes:

> "Segundo a doutrina filosófica de Kant a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo o único direito inato daquele. Aqui, a liberdade é compreendida como autonomia (capacidade de autogerir sua vida e escolhas a partir da razão)".[18]

A liberdade é direito natural do indivíduo, isto é, inerente a ele desde o seu nascimento. A capacidade de autodeterminação,que se constitui por meio da liberdade, é protegida pelo ordenamento jurídico, com o objetivo de resguardar as escolhas individuais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu artigo 1º, estabelece: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados que são de razão e consciência, devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".[19]A sociedade atual é marcada pela complexidade, mas é necessário ter consideração pelos nossos semelhantes, o espírito de fraternidade é demonstrado através da tolerância, que permite que cada um viva de acordo com as próprias convicções.

A DUDH, ao estabelecer que todos as pessoas são livres e iguais em dignidade e direitos, visa promover o respeito a esses direitos e liberdades. Ela reconhece a liberdade como faculdade inerente ao ser humano, que, dotado de razão e consciência, é capaz de autogerir suas próprias decisões.

Além disso, o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que ninguém será submetido a tratamento cruel, desumano ou

[18]FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279-280.
[19]ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos, de 5 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

degradante.[20]Considera-se degradante impor a alguém a obrigação de se submeter a fazer algo que não queira. Ademais, o artigo 18º assegura a liberdade de crença e religião.[21] Isto é, o direito de manifestar essa religião livremente.

Nessa perspectiva, dispõe o art. 5º,II, CF/1988 – "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".[22]Partindo desse pressuposto, é possível concluir que todo ser humano capaz pode tomar suas próprias decisões livre de limitações e coação, desde que não estejam em desconformidades com a lei.

Nesse aspecto, as liberdades são proclamadas em diversos momentos no texto constitucional, abarcando, portanto, de maneira ampla, a concepção desse direito.

Será analisado na sequência, o tratamento jurídico dado às liberdades religiosa, de consciência, e de crença.

1.1.4 O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Nesta seção, primeiramente, é adequado esclarecer o conceito de religião. Segundo Alexandre de Moraes: "a religião é um complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto".[23]

A liberdade religiosa é reconhecida pelo constituinte. Com o advento da República Federativa, o Brasil se estabeleceu como país laico, isto é, um país neutro, sem religião específica, em virtude de não haver uma religião oficial.[24]Diante disso,

[20]ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos, de 5 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.
[21]ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos, de 5 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.
[22]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.
[23]MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.47.
[24]DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

importante destacar que,devido à laicidade adotada pelo constituinte, o Estado não pode interferir na crença ou religião adotada pelo indivíduo.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988expressa claramente:

> "Art. 19º - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".[25]

Contudo, "o dever de neutralidade axiológica do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal".[26] Assim sendo, a Constituição Federal assegura a liberdade religiosa independente de credo, abarcando inclusive os que não professam credo algum (ateus e agnósticos).

O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota a preocupação do constituinte no que tange às convicções mais íntimas do homem, pois a liberdade religiosa promove os valores pessoais e a identidade de cada indivíduo.

De fato, a liberdade ideológica ou de religião não pode ser ignorada. Por outro lado, não cabe ao Estado exigir que os cidadãos brasileiros adotem determinada crença ou concepções, pois a liberdade religiosa é um direito fundamental que proclama a dignidade humana. Através dela o ser humano pode expressar os preceitos da fé professada. Manoel Gonçalves Ferreira Filho deu a seguinte declaração em um parecer proferido para Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados:

> "[...] a liberdade religiosa é uma das formas porque se explicita a liberdade, está é, de per si, um dos direitos

[25]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.

[26]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada.STA 389/MG. Tribunal Pleno. Agravante: Centro de educação religiosa judaica. Agravado: União. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília: 14, de maio de 2010. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000104426&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 14 mar. 2018.

> fundamentais conforme está no art. 5º da Constituição em vigor. Mais do que isto, é ela para todos os que aceitam um direito superior ao positivo, um direito natural. É o mais alto dentre todos os direitos naturais. Realmente, é a principal especificação da natureza humana, que se distingue dos demais seres animais pela capacidade de autodeterminação consciente de vontade".[27]

Na sequência, será analisada a liberdade de consciência e de crença, mais especificamente dentro da temática central abordada neste trabalho. Conforme já mencionado na introdução, apresente monografia tem por objetivo elucidar os aspectos relevantes inerentes à recusa de tratamentos médicos com uso de transfusão de sangue alogênico em pacientes da religião Testemunhas de Jeová, visto que muitos profissionais da saúde apelam ao Poder Judiciário para conseguir uma autorização judicial para realizar o procedimento hemoterapeutico nessas pessoas.

1.1.5 O DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA

A liberdade de consciência e religião está prevista no texto constitucional no art. 5º, VI, CF que declara ser "[...] inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".[28]

Inicialmente, é adequado conceituar:

> "A liberdade de consciência ou de pensamento tem que ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O estado não pode interferir nessa esfera intima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos. Deve, por outro lado – eis um aspecto positivo dessa liberdade, propiciar

[27]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusões de sangue. Parecer jurídico, São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1994. p.20.
[28]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.

> meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas".[29]

Bernardo Gonçalves Fernandes afirma: "O termo 'liberdade de crença' nos parece mais acertado do que a expressão 'liberdade religiosa' uma vez que o ateísmo representa uma opção a ser respeitada e protegida pelo Estado".[30]Assim, a liberdade de crença é aquela que assegura ao indivíduo o direito que crer ou não, no que lhe parecer conveniente. Isto é, o indivíduo tem a liberdade de manifestar suas crenças a partir das suas próprias convicções.

Seja como for, negar ao indivíduo o direito de exercer a liberdade de consciência e de crença consiste em ato inconstitucional, tendo em vista que significa negar a própria personalidade humana – Art. 1º, III, da Constituição Federal.[31]

Neste tópico,a abordagem será especificamente a respeito dos pacientes que, por suas convicções religiosas, se negam receber tratamento médico com hemotransfusão.É o caso das Testemunhas de Jeová, na medida em que se trata de um número expressivo de adeptos, são cerca de 8.457.107 Testemunhas de Jeová, em 240 países.[32]Os membros desse grupo religioso não aceitam tratamentos médicos que envolvam transfusão de sangue – componentes primários: glóbulos brancos, glóbulos vermelhos, plaquetas e plasma.Essas pessoas baseiam suas crenças na Bíblia Sagrada[33], pois acreditam que ela é a Palavra de Deus Jeová.Dessa forma, consideram o sangue algo sagrado.

Assim, em respeito à ordem bíblica de abster-se de sangue, os seguidores dessa religião não utilizam o sangue nem mesmo para salvar as próprias vidas.

---

[29]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.318.

[30]FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.287.

[31]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.

[32]JW,ORG. Testemunhas de Jeová. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/worldwide/>. Acesso em: 03 mar.2018.

[33]A título de exemplo, os textos bíblicos que fundamentam a decisão das Testemunhas de Jeová de não receber transfusões de sangue são: Gênesis 9;3,4; Levíticos 17:10 e Atos 15:19,20.

Diante disso, muitos profissionais da saúde apelam ao Poder Judiciário,visando conseguir uma autorização judicial para realizar transfusões de sangue nessas pessoas. Daí a importância da temática abordada.

Realmente, o assunto é considerado polêmico, pois a grande maioria da população desconhece que as transfusões de sangue são apenas realizadas pela tradição, e que são métodos considerados ultrapassados, acreditando somente no que é transmitido pelas mídias sensacionalistas que pregam "apenas o sangue pode salvar a vida".

No entanto, é verdade que, quando do surgimento da transfusão sanguínea "braço a braço" (se trata de transfusão direta, com a utilização da artéria do doador e a veia do receptor),[34]este método era realmente considerado moderno e eficaz, entretanto, como já abordado anteriormente, com os avanços tecnológicos, tornaram-se possíveis descobertas que trouxeram métodos mais seguros, eficazes e baratos.

Corroborando o mencionado acima, Aryeh Shander afirmou:

> "A crença que transfusão de sangue é um meio rápido e fácil de melhorar a condição do paciente e acelerar sua recuperação é mantida por muitos. Entretanto, encarando mais e mais evidências da falta de segurança e eficácia das transfusões de sangue, está se tornando mais claro que estas crenças são amplamente sem substância e carregadas de mitos".[35]

Estudos realizados por Ludhmila Hajjar confirmam que as transfusões de sangue são realizadas em diversos pacientes apenas pela tradição. Ludhmila afirmou: "Não podemos continuar fazendo medicina em 2011 baseados num relato de 1942".[36]Com os vários estudos científicos atuais que demonstram a eficácia e os benéficos de um tratamento isento de sangue, seria lamentável continuar a utilizar o

[34]INSTITUTO HOC HEMOTERAPIA. História da transfusão de sangue. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.institutohoc.com.br/historia-transfusao.html>. Acesso em: 5 abr. 2018.
[35]SHANDER, Aryeh. A indústria do sangue.Época, jun. 2011. Nota: entrevista concedida a SAGATTO, Cristiane. Disponível em: <http://www.doutorcoracao.com.br/noticias/a-industria-do-sangue-1661.html> Acesso em: 7 abr. 2018.
[36]HAJJAR, Ludhmila Abrahão. A indústria do sangue. Época, jun. 2011. Nota: entrevista concedida a SAGATTO, Cristiane. Disponível em: <http://www.doutorcoracao.com.br/noticias/a-industria-do-sangue-1661.html> Acesso em: 7 abr. 2018.

método transfusional apenas por ser um costume arraigado e histórico. Esse posicionamento impede o progresso da medicina. Portanto, os médicos precisam acompanhar os avanços tecnológicos e os estudos científicos mais recentes.

Nesse sentido, pesquisas demonstram que tratamentos que envolvem terapia transfusional sanguínea são caríssimos e arriscados.Nesse sentido, Cristiane Segatto acrescenta:

> "Embora o mercado anual de plasma seja bem inferior (20 bilhões de dólares), o sangue vale muito mais do que o petróleo. O preço de um barril de plasma bruto é de 16 mil dólares. O valor dos hemoderivados contidos num barril é de 70 mil dólares".[37] .....

É possível observar que as transfusões de sangue são terapias de alto custo. Portanto, considerando o elevado custo dos tratamentos transfusionais, os riscos, as possíveis complicações, bem como os avanços da medicina moderna, são compreensíveis os posicionamentos que algumas pessoas possuem acerca deste método.

No ponto, Cristiane Sagatto,pondera ainda:

> "Quem já precisou internar um parente num hospital particular para fazer uma cirurgia cardíaca, por exemplo, provavelmente já passou pela experiência de se surpreender com o tamanho da conta a acertar antes da saída. Só de banco de sangue, a família pode gastar R$ 10 mil ou mais.E quando o paciente é atendido pelo SUS num hospital de grande porte que também recebe doações de sangue? Aí a coisa fica difícil de entender e de aceitar. O sangue que chega de graça à instituição passa a valer cerca de R$ 1.500 por litro depois de armazenado". [38]

No que diz respeito a pesquisa realizada Ludhmila Hajjar, acrescenta:[39]

[37]SAGATTO, Cristiane.A indústria do sangue.Época, jun. 2011. Disponível em: <http://www.doutorcoracao.com.br/noticias/a-industria-do-sangue-1661.html> Acesso em: 7 abr. 2018.
[38]SAGATTO, Cristiane.A indústria do sangue. Época, jun. 2011. Disponível em: <http://www.doutorcoracao.com.br/noticias/a-industria-do-sangue-1661.html> Acesso em: 7 abr. 2018.
[39]HAJJAR, Ludhmila Abrahão. A indústria do sangue. Época, jun. 2011. Nota: entrevista concedida a SAGATTO, Cristiane. Disponível em: <http://www.doutorcoracao.com.br/noticias/a-industria-do-sangue-1661.html> Acesso em: 7 abr. 2018.

> "O excesso de transfusões aumenta o risco de infecções por bactérias ou vírus. Nem todos os bancos fazem o teste rápido do HIV. Se o doador estiver na janela imunológica (período que o organismo leva, a partir de uma infecção, para produzir anticorpos que possam ser detectados por exames), o paciente poderá ser infectado. Também poderão ocorrer disfunções vasculares ou inflamações no pulmão".[40]

Os fiéis da organização religiosa Testemunhas de Jeová possuem uma postura firme que evidencia a fé que professam.Dessa forma eles, alegam que a imposição de hemoterapias viola a consciência dessas pessoas, e que obrigá-los a receber tratamento transfusional sanguíneo representa ação inconstitucional, pois a recusa ao tratamento hemoterápico por parte desses pacientes é legítima e em total conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, pontua Nelson Nery Junior:

> "Não pode o Estado obrigar o cidadão a se submeter a tratamento que degrade a sua dignidade, liberdade e sua fé, até porque, essa conduta seria, no mínimo, contraditória, afinal de nada valeria assegurar o direito à liberdade religiosa no texto constitucional e o negá-lo na prática. [...] Assegurar a liberdade religiosa no texto constitucional, mas ver no mundo fático, ser tal garantia suprimida pelo Estado, obrigando seus cidadãos a se submeter a tratamentos que violem sua convicção, força a conclusão de que essa liberdade ficaria apenas enunciada no plano normativo-constitucional (simbólico). [...] obrigar as Testemunhas de Jeová a realizarem transfusão de sangue contra sua vontade constitui uma ação inconstitucional". [41]

Em suma, constata-se que, sendo o indivíduo adulto, gozando integralmente das suas faculdades perceptivas e mentais, e, portanto, lúcido com capacidade absoluta para tomar decisões acerca do tratamento médico desejado, não poderá ser obrigado a realizar tratamento que não queira. Assim sendo, fica o Estado desautorizado constitucionalmente a impor tratamento transfusional aos pacientes

[40]HAJJAR, Ludhmila Abrahão. Estudo prospectivo e randomizado das estratégias liberal e restritiva de transfusão de hemácias em cirurgia cardíaca. 2010. 169 fls. Tese (Doutorado) – Programa de Anestesiologia, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

[41]NERY JUNIOR, Nelson. Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais: Parecer Jurídico.São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2009, p. 20, 21.

Testemunhas de Jeová ou a qualquer outro que se negue a fazê-lo independente das razões.

Cabe ao Estado respeitar e proteger a liberdade religiosa, visto que a CF/1988 determina a laicidade do Estado e assegura a liberdade de religião e crença aos indivíduos. Assim sendo, o Estado não deve ter vinculação com nenhuma influência religiosa, mas deve proteger e resguardar as garantias estabelecidas no texto constitucional.

Portanto, será analisado na sequência, a não privação dos direitos em razão da fé professada.

1.1.6 A NÃO PRIVAÇÃO DE DIREITOS POR MOTIVO DE CRENÇA RELIGIOSA OU DE CONVICÇÃO FILOSÓFICA

À luz da Constituição Federal, a liberdade religiosa é indisponível e inviolável. Assim, no que se refere à privação de direitos por convicção religiosa ou filosófica, a sua objeção consiste em desrespeito ao direito basilar predisposto.

O preceito fundamental está expresso no art. 5º, VIII, da CF/88.[42] Este inciso assegura a não privação de direitos por convicção religiosa. Portanto, base normativa para que o cidadão enfermo possa executar sua escolha de se absterde tratamentos hemoterapeuticos em razão de crenças religiosas.

Além disso, o art. 5º, II, CF/1988[43] preceitua que nenhum cidadão brasileiro está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Portanto, quando não há regra proibitiva para a prática de determinada ação ou omissão não há que se restringir o exercício da liberdade do indivíduo.

[42]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.
[43]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.

Deve haver uma ponderação entre os direitos coletivos e os individuais. “A objeção de consciência admitida pelo Estado traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo”.[44]Nessa proposição, busca-se o equilíbrio, pois o Estado possui o direito de estabelecer normas.Em face da liberdade de consciência, porém, as pessoas possuem o direito de autodeterminação.

Consequentemente,o Estado não possui direito superior ao do particular.Por essa razão,não poderia o Estado obrigar o paciente a se submeter ao tratamento médico que viole a liberdade de consciência ou de crença, pois estaria retirando o direito inerente ao indivíduo, limitando, portanto, a sua capacidade de viver de acordo com os seus próprios valores.

Portanto, é dever do Estado proporcionar aos cidadãos tratamento médico que não desrespeite a fé deles, tendo em vista o disposto no art. 196 da CF/1988,[45] que garante o amplo direito à saúde.

Acrescenta-se o posicionamento deLuís Roberto Barroso:

> “Não cabe ao Estado avaliar o mérito da convicção religiosa, bastando constatar a sua seriedade. Em outras palavras, o que interessa aqui não é o acerto ou desacerto do dogma sustentado pelas testemunhas de Jeová, mas sim o direito, ostentado por cada um de seus membros, de orientar sua própria vida segundo esse padrão ético ou abandoná-lo a qualquer momento, segundo sua própria convicção”.[46]

A CF/1988 reconhece no art. 5°, § 2°, que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal"não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a epública Federativa do Brasil

[44]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.319.
[45]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.
[46]BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais: Parecer jurídico. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010. p. 33.

seja parte."[47]Assim, é possível afirmar que o rol do artigo 5º da CF/1988não é taxativo, admitindo o tratamento do tema também pornormas infraconstitucionais.

1.2 DIMENSÕESINFRACONSTITUCIONAIS DO TEMA:

A seguir, será abordado o disciplinamento civil e penal referente a aludida temática.

Serão analisados o artigo 15 do Código Civil bem como as práticas delitivas enunciadas no Código penal: Omissão de socorro, prevista no artigo 135 do Código Penal,e constrangimento ilegal, expresso no artigo 146 do Código Penal, em virtude da relevância infraconstitucional desses dispositivos ao tema.

1.2.1 O DISCIPLINAMENTO CIVIL

O Código Civil brasileiro acentua a prerrogativa que o paciente possui para recusar tratamento médico que não considera favorável. Dessa forma, é respaldo de natureza legal que inviabiliza o uso de hemoterapias sem o consentimento do indivíduo.

De fato, indispensável ressaltar o disposto no artigo15 do Código Civil, que declara: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. [48]Portanto, o disciplinamento civil não vislumbra exceções que autorizem o desrespeito a vontade do paciente.

Segundo Azevedo:

> “A alegação médica de que o paciente está em ―iminente risco de vida não retira deste o seu direito constitucional de preservar a sua dignidade e sua liberdade escolhendo o seu tratamento. [...] o conceito de ―iminente risco de vida é extremamente volátil variando de profissional para

[47]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.
[48]BRASIL. Lei nº 10.206, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

> profissional [...] A transfusão de sangue, portanto não é o único meio de preservara vida do paciente, que não pode ser a ela constrangido por direito moral, reconhecido pela legislação ordinária (art. 15 do Código Civil). Além disso, não há qualquer disposição no nosso ordenamento jurídico que permita a desconsideração da personalidade e/ou autonomia da pessoa caso ela esteja em uma situação de risco ou emergencial".[49]

Em que pese ao Brasil ser um país de sociedade plural, não seria compatível esperar que todos os cidadãos tivessem o mesmo ponto de vista no que tange às decisões pessoais, logo, é razoável que haja pacientes que aceitem ou não o uso de tratamentos transfusionais.

Assim, o Estado exerce um papel de suma importância, pois é responsável por garantir interesses diversos, isto é, em uma sociedade diversificada é natural haver divergências de opinião, mas "o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças".[50]

Notório que nenhum médico pode garantir cura ou salvação da vida do paciente por apenas realizar a terapia transfusional. Contudo, o médico tem condições de informar ao paciente os benefícios e riscos acerca do tratamento sugerido, cabendo somente ao paciente escolher se deseja ou não correr os riscos atinentes à intervenção proposta.

Nesse diapasão, é impossível negar que as terapias transfusionais são, em suma, tratamentos médicos arriscados. Nesse aspecto, as ponderações de Ludhmila Hajjar:

> "Nos últimos 20 anos, a preocupação com efeitos adversos da transfusão de sangue é crescente, na medida em que se identificam mais relatos de transmissão de agentes infecciosos, reações hemolíticas e não hemolíticas, imunodepressão e

[49]AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010. p.50.
[50]BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 64.

> aumento na ocorrência de infecção bacteriana, além de injuria pulmonar relacionada à transfusão".[51]

Portanto, se o Código Civil estabelece que ninguém poderá ser constrangido a se submeter a tratamento médico que não deseja, agir em desconformidade com a lei gera responsabilização civil e penal sobre o médico que aplica forçosamente a conduta terapêutica recusada.

O mesmo ponto de vista é corroborado pelas ponderações de Felipe Augusto Basílio:

> "As consequências jurídicas só surgirão no caso de atuação médica sem consentimento e o efeito danoso se dará por agir sem autorização, pelo que responderá por perdas e danos. Por este artigo, o risco de morte do paciente cria a obrigação do médico de colher o seu consentimento sobre o método terapêutico a ser aplicado, sob pena de responder civilmente pelos danos aos seus direitos de personalidade que o tratamento forçado pode causar".[52]

Surgem questões infraconstitucionais ligadas à normatização penal, principalmente no que tange às práticas delitivas previstas nos artigos 135 e 146, ambos do Código Penal.

Portanto, será analisada, na sequência,a relevância destes perante a temática abordada.

1.2.2 A NORMATIZAÇÃO PENAL

O Código Penal não tipifica como criminosa a conduta do médico que respeita a vontade do paciente. Contudo, faz-se indispensável a análise dos artigos

[51]HAJJAR, Ludhmila Abrahão. Estudo prospectivo e randomizado das estratégias liberal e restritiva de transfusão de hemácias em cirurgia cardíaca. 2010. 169 fls. Tese (Doutorado) – rograma de Anestesiologia, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

[52]BASÍLIO, Felipe Augusto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a recusa a tratamentos médicos com hemotransfusão por motivos de convicção religiosa. Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7311/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-recusa-a-tratamentos-medicos-com-hemotransfusao-por-motivos-de-conviccao-religiosa.> Acesso em 21 abr. 2018. Teresina, ano 9, n.º 809, 20 set. 2005.

135 e 146, ambos do Código Penal,pois recorrentemente são associados às questões atinentes à autonomia do paciente no que tange à escolha de tratamento médico isento de transfusão sanguínea e suas consequências.

Primeiramente, o disposto no artigo 135 do Código Penal, com esta redação:

> "Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública".[53] .....

O aludido dispositivo faz referência ao tipo penal omissão de socorro. Entretanto, não há que se falar em omissão de socorro nos casos em que os pacientes se recusam a receber transfusões de sangue alogênico, pois o médico que respeita a vontade do paciente não incorre na conduta criminosa.Para que assim fosse, seria necessário o elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, a intenção de omitir, por livre vontade, a assistência médica ao enfermo, podendo fazê-lo. Portanto, necessário o dolo específico, sem o qual a conduta se torna atípica, consequentemente, não passível de punição estatal. No mesmo sentido, salienta Álvaro Villaça Azevedo:

> "[...] o dolo é indispensável à caracterização do crime. Deve o agente atuar consciente e deliberadamente, com vontade de não prestar assistência. Por essa razão, o médico que presta assistência ao seu paciente respeitando as determinações deste, não age com o dolo de omitir socorro. Seria incoerência. Desse modo, se o paciente recusar o tratamento de transfusão de sangue e optar por tratamento médico que a dispensem, não se consumará o crime em pauta, não se configurando a omissão dolosa do profissional de medicina. Além disso, o tipo penal se perfaz por "deixar de prestar assistência". Isso significa que o médico, mediante vontade livre e consciente, nega qualquer tipo de assistência ao paciente. Em outras palavras, o paciente é abandonado pelo médico. Cuidar de um paciente por utilizar tratamentos médicos que dispensem o uso

[53]BRASIL. Decreto lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

> de transfusão de sangue não configura o tipo penal de "deixar de prestar assistência".[54]

À luz das considerações expostas,o médico que deixar de prestar tratamento alternativo à transfusão sanguínea, tendo ao seu dispor outras opções terapêuticas que não a hemoterapia,estaria dando margens para a caracterização da prática delitiva prevista no artigo 135 do Código Penal, pois o paciente apenas recusa a hemotransfusão.

O paciente que é uma Testemunha de Jeová não deseja morrer, apenas almeja receber um tratamento médico isento de sangue, aceitando quaisquer outros métodos disponíveis para salvar sua vida. Dessa forma, não pode o profissional da medicina deixar o paciente sem qualquer amparo ou assistência, sob pena de ser aplicada a justa causa que configuraria o tipo penal – omissão de socorro.

O Código Penal criminaliza o constrangimento ilegal, portanto, coagir o paciente a realizar terapia transfusional caracteriza crime. O artigo 146, *caput*, do Código Penal, versa sobre a prática delitiva supramenciona, preceituando que: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda".[55]

Ademais, a punição estatal para o crime de constrangimento ilegal é devida, pois nenhum cidadão brasileiro está obrigado a procurar tratamento médico, tão pouco a se submeter a tratamentos terapêuticos que violem os seus padrões éticos e morais. A própria Constituição Federal assegura essa faculdade aos indivíduos e estabelece que ninguém será obrigado a fazer algo senão em virtude de lei, conforme o disposto no artigo 5º, II, da CF/1988.

---

[54]AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros: Parecer jurídico. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010. p. 39-40.

[55]BRASIL. Decreto lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

Assim sendo, quando um paciente se recusa terminantemente a receber tratamento médico com uso de transfusão sanguínea, e o profissional da saúde lhe impõe tal intervenção, o mencionado profissional estaria,na verdade, incorrendo no crime de constrangimento ilegal, caracterizado pela coação.

> Relevante mencionar a excludente de ilicitude prevista no artigo 146, § 3º, I,Código Penal que assim prescreve:
>
> "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida".56

No que tange ao dispositivo supramencionado, verifica-se que tal excludente não se aplica quando o consentimento do paciente foi expressado previamente, seja por meio verbal ou escrito.Esse dispositivo aplica-se somente aos casos excepcionais em que o consentimento deverá ser presumido,visto que é possível o surgimento de situações em que o paciente esteja inconsciente, sem quaisquer documentos que informem a recusa de ao tratamento médico transfusional.

Em outra hipótese, o paciente estaria desacompanhado por um responsável legal ou pessoa que pudesse informar a sua vontade. Nesse caso, o responsável médico poderá administrar tratamento que julgar conveniente, pois considerar-se-á o consentimento presumido do enfermo, visto que não pode manifestar própria vontade na oportunidade.

Em nítido contraste, o profissional de medicina não possuirá o amparo legal da excludente de ilicitude, ao administrar tratamento recusado pelo paciente**,** se este expressou a sua determinação de não receber aplicação de intervenções hemoterapeuticas previamente, ainda que esteja inconsciente ou em iminente perigo de vida.

[56]BRASIL. Decreto lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

Segundo Nelson Nery Junior:

> Sobre a excludente de ilicitude prevista no CP, 146, §3, I, importa ressaltar que inexiste o constrangimento ilegal quando o médico, por motivo de iminente perigo de vida, realiza intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente. Isso não quer significar, todavia, que o médico possa realizar a intervenção contra o consentimento do paciente. É dizer, se o praticante da religião Testemunha de Jeová tiver emitido declaração de vontade válida e prévia a situação de iminente perigo, expressando sua recusa em receber a transfusão de sangue, não poderá o médico, sob a alegação de que o paciente corria risco de vida, constrange-lo a receber a transfusão contra a sua vontade.[57]

No mesmo sentido, o Estado não poderia constranger o paciente a se submeter a tratamento que não deseja, pois estaria ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da autonomia de vontade, por anular a sua autodeterminação, e negligenciando os pressupostos constitucionais estabelecidos na CF/1988.

Consoante as considerações realizadas, cabe mencionar que as Testemunhas de Jeová utilizam documentos que atestam antecipadamente sua vontade.É um documento firmado em cartório com antecedência, que eximem os médicos de serem legalmente responsabilizados, por não realizarem tratamentos transfusionais nesses pacientes. Além disso, é um documento em que o paciente de livre escolha constitui um procurador para cuidar dos seus interesses em caso de inconsciência.A escolha do procurador é feita de forma livre, consciente e autônoma, portanto, o paciente pode indicar qualquer pessoa, da família ou não, para representá-lo.[58]

Evidencia-se que a não observância das orientações fornecidas previamente no documento caracteriza crime de constrangimento ilegal, podendo haver responsabilização legal e ética do profissional.

[57]NERY JUNIOR, Nelson. Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer Jurídico. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2009. p. 31.
[58]ANEXO A - Documento: Diretivas antecipadas e procuração para tratamento médico de saúde.

2 O DIREITO MÉDICO APLICÁVEL À INVESTIGAÇÃO: UM OLHAR PARA O DISCIPLINAMENTO PROFISSIONAL E DISCIPLINAR DA MATÉRIA

Quanto ao direito médico aplicável á investigação, serão examinados alguns dispositivos do Código de Ética Médico, bem como os princípios norteadores das ações médicas, pois o disciplinamento profissional da matéria se faz indispensável para elucidar os aspectos relevantes acerca do direito de recusa às transfusões de sangue pelo paciente.

Saliente-se que, apesar de a Medicina possuir regulamentação própria, as suas disposições devem se submeter aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal. Caso contrário, a normatização será considerada inconstitucional, não devendo prevalecer em hipótese alguma.

2.1 A BIOÉTICA MODERNA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

O direito médico tem por objetivo regulamentar as relações médico-pacientes, pois visa à proteção integral da saúde dos indivíduos, bem como estabelecer segurança jurídica aos profissionais da saúde e aos enfermos.

Diante disso, a bioética assume papel norteador pretendendo trazer reflexões multidisciplinares, ou seja, estabelecer comunicação e conciliar as diversas áreas do conhecimento, visando dirimir todas as questões que implicam nas condutas humanas.

A medicina permaneceu no período hipocrático.A vontade do paciente não era respeitada, isso se dava porque o profissional da saúde era considerado superior ao paciente em virtude do conhecimento técnico que aquele possuía.

No entanto, surgiu a necessidade de proporcionar aos cidadãos o direito de decidir sobre si mesmo. Assim, sobreveio a chamada teoria dos princípios, a bioética

baseada nos seguintes princípios: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Diante disso, será analisado, na sequência, o princípio da autonomia.

A palavra autonomia deriva do grego Autós (próprio, si mesmo) e Nomos (lei, norma, regra). [59]Ou seja, ideia de autodeterminação.

Para Immanuel Kant, a autonomia é uma ação individual, na qual o indivíduo constrói suas ações a partir da moralidade, baseando-se na escolha racional.[60]Isto é, a habilidade para dirigir a própria vida, da capacidade de regular as próprias ações, decisões e atitudes.

Para o livre exercício da autonomia, torna-se necessário que a sociedade haja com base no respeito recíproco, pois está é lei interna individual.

Portanto, a autonomia visa proteger a capacidade de autodeterminação dos indivíduos e o seu direito de decidir livremente o que é bom e favorável a seu bem-estar e modo de viver. Nesse sentido, o paciente é um ser autônomo, e, portanto, possui capacidade para optar pelo tratamento médico que julgar mais adequado.

Segundo Sergio Ibiapina Ferreira Costa, Gabriel Oselka e Volnei Garrafa:

> "Princípio da autonomia não deve ser confundido com o princípio do respeito da autonomia de outra pessoa. Respeitar a autonomia é reconhecer que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista e que é ele quem deve deliberar e tomar decisões segundo seu próprio plano de vida e ação, embasado em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando divirjam daqueles dominantes na sociedade ou daqueles aceitos pelos profissionais de saúde. O respeito à autonomia requer que se tolerem crenças inusuais e escolhas das pessoas desde que não constituam ameaça a outras pessoas ou à

[59]GRAMÁTICA. Etimologia de Autonomia.<https://www.gramatica.net.br/origem-das palavras/etimologia-de-autonomia/> Acesso em: 1 de maio de 2018.
[60]KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições Calouste Gulbenkian, 1948.

> coletividade. Afinal, cabe sempre lembrar que o corpo, a dor, o sofrimento, as doenças são da própria pessoa".[61]

Essa análise é necessária porque comumente a autonomia pessoal é desrespeitada, haja vista que os interesses coletivos são sobrepostos aos individuais. Nesse aspecto, os interesses coletivos apenas devem ser considerados superiores quando o direito individual colocar em risco a coletividade.

Os pacientes que rejeitam tratamento médico com transfusão de sangue não pretendem colocar ninguém em perigo, nem eles próprios. Na verdade, objetivam resguardar suas próprias vida, com base na proteção à saúde por meio de métodos alternativos modernos, seguros e eficazes.

A medicina moderna proporciona métodos pelos quais autonomia do paciente pode ser totalmente preservada. O novo modelo adotado pela sociedade médica proporciona aos indivíduos o direito de escolher livremente o tratamento que mais se adeque aos valores individuais dessas pessoas.

2.2 A ÉTICA MÉDICA

O Código de Ética vigente é solidário e humanista, pois abandonou completamente o paternalismo adotado no período hipocrático. Além disso, verifica-se que seu conteúdo preconiza os princípios da autonomia e da beneficência.Abarca, portanto, a individualidade e as razões de cada paciente, permitindo que este possa escolher o tratamento médico que mais se adeque a sua realidade, seus anseios e ideologias.

O Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo I, item VI, expressa:

> "O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o

[61]COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 58.

> extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade".[62]

Nesse sentido, a ética médica deve se submeter aos dispositivos constitucionais. Haja vista que a medicina é uma profissão que objetiva cuidar da saúde física e mental dos seres humanos, é notório, que o médico deve sempre se preocupar com o bem-estar do paciente. Assim, é de sua integral responsabilidade zelar por esses indivíduos, protegendo sua saúde física e sempre procurando proteger sua dignidade, identidade e integridade, ou seja, resguardar também a saúde mental e moral do paciente.

Além disso, não há qualquer previsão legal que possa ser aplicada ao paciente que rejeita terapia transfusional. Se nem mesmo a Constituição Federal determina que o enfermo é obrigado a se submeter a tratamento médico, poderia o médico impor tal conduta ao paciente? O artigo 24 do CEM veda categoricamente ao médico: "Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo".[63]

Nesse ponto de vista, acrescentam-se as considerações de Sebastião Alves Junqueira:

> "O Código de Ética Médica se trata de mera resolução administrativa do Conselho Federal de Medicina. Não sendo lei, não há como ser imposto a terceiros, sendo que eventual dever de salvar a vida por parte do médico se restringe tão somente ao seu campo moral ou deontológico [...] Na verdade, a frequente exaltação que vemos do Código de Ética Médica ou de outros atos dos Conselhos de Medicina, como se tivessem emanado do Poder Legislativo, acaba levando

[62]BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

[63]BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

> médicos a condutas absolutamente ilegais e até passíveis de reparação".[64]

Fica evidente que, quando estiverem em desconformidade com as garantias constitucionais estabelecidas na Carta Magna, as diretrizes médicas podem ser consideradas inconstitucionais. A Constituição Federal é soberana e, por ser a lei maior, todas as outras normas devem estar sujeitas à sua supremacia, ou seja, em total conformidade com ela.

Dessa forma, merecem consideração as prerrogativas pertencentes ao referido Código de Ética Médica - CEM que estão em harmonia com a Constituição Federal. Nesse sentido, o Capítulo I, item XXI, expressa:

> "No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com os ditames de consciência e as previsões legais, **o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos**, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas".[65](Grifos acrescidos)

Portanto, é dever do médico respeitar os padrões morais dos pacientes, buscando sempre a melhor terapia disponível ao seu alcance para tratamento do enfermo.

No caso dos pacientes Testemunhas de Jeová que priorizam pelo não recebimento de tratamento transfusional, o médico deverá optar por terapias alternativas, pois a medicina moderna possibilita diversos tratamentos eficazes e isentos de transfusão sanguínea. Em muitas ocasiões, o sangue poderá ser substituído por fluidos (substâncias líquidas)[66] compatíveis.

Acrescenta-se, portanto, o disposto no Capítulo V do artigo 32 do CEM: "É vedado ao médico: Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e

[64]JUNQUEIRA, Sebastião Alves. Transfusão de sangue e o direito de escolha de tratamento: tempo de mudanças, Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, jan. 2010, p. 71
[65]BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.
[66]FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio. Rio de Janeiro: Positivo. 2017. p.354.

tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente".Portanto, havendo opções terapêuticas disponíveis o médico deverá utiliza-las em benefício do enfermo.

Dessa forma, estando em conformidade com o disposto na Constituição Federalbrasileira, verifica-se que o médico tem o dever de respeitar as opiniões de seus pacientes, resguardando seus interesses, sejam eles de cunho religioso ou não, pois os pacientes,ainda que em eminente perigo de vida, possuem direito à dignidade e à liberdade em seus mais amplos aspectos.

No entanto, de acordo com a Resolução CREMERJ n. 136/99[67], o médico pode constranger o paciente a receber a transfusão sanguínea em caso de iminente perigo de vida.Ocorre que está previsão é incompatível com os ditames da soberana Constituição Federal.

Assim, ao que parece,tal resolução deve ser considerada inválida no que diz respeito ao tratamento imposto, pois é totalmente incompatível se interpretada à luz dos princípios basilares da carta constitucional.

Nenhum indivíduo pode ser constrangido a realizar tratamento médico que não queira, pois, conforme será analisado, para que o médico possa realizar qualquer tipo de tratamento terapêutico em um paciente é necessário que ele ou seu responsável legal manifeste livremente o consentimento. Diante disso, é de extrema importância entender o que está envolvido na manifestação de vontade.

[67]Art. 1º O médico, ciente formalmente da recusa do paciente em receber transfusão de sangue e/ou seus derivados, deverá recorrer a todos os métodos alternativos de tratamento ao seu alcance. Art. 2º O médico, sentindo a impossibilidade de prosseguir o tratamento na forma desejada pelo paciente, poderá, nos termos do Parágrafo Primeiro, do artigo 61, do Código de Ética Médica, renunciar ao atendimento. [...] Art. 3º O médico, verificando a existência de risco de vida para o paciente, em qualquer circunstância, deverá fazer uso de todos os meios ao seu alcance para garantir a saúde do mesmo, inclusive efetuando a transfusão de sangue e/ou seus derivados, comunicando, se necessário, à Autoridade Policial competente sobre sua decisão, caso os recursos utilizados sejam contrários ao desejo do paciente ou de seus familiares. Rio de Janeiro. Conselho Regional de Medicina. Resolução CREMERJ nº 136/99, de 19 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/crmrj/resolucoes/1999/136_1999.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Na sequência, serão abordados os aspectos relativos ao consentimento esclarecido.

2.3 O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

Segundo Nelson Nery Junior, o consentimento informado é um direito constitucional do cidadão, portanto, este deve orientar e embasar toda a relação entre médico e paciente. Nesse sentido, o médico ficaria impedido de realizar qualquer procedimento que contrarie a livre e consciente vontade do paciente.[68]

Assim, verifica-se que consentimento informado é desdobramento do princípio da autonomia. Dessa forma, é dever do médico prestar ao pacientetodos esclarecimentos inerentes ao seu estado de saúde, informando as possíveis opções de tratamento e as consequências da não aceitação do procedimento sugerido. Entretanto, a decisão de aceitar ou rejeitar o tratamento sugerido é apenas do paciente.

Os pacientes Testemunhas de Jeová apenas recusam tratamento médico que envolvam terapia transfusional, ou seja, rejeitam os tratamentos médicos à base dos componentes primários do sangue, isto é, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma. No entanto, existem diversos tratamentos médicos alternativos que poderão ser aplicados sem quaisquer prejuízos à vida, à saúde e aos princípios religiosos dessas pessoas.

Silvio Romero Beltrão comenta que:

> "[...]o papel do médico, na tomada de decisão quanto a que tipo de tratamento que um paciente receberá ou se é que receberá algum tratamento, é explicar as várias opções de diagnóstico ou tratamento que existem para o caso em

[68]NERYJUNIOR, Nelson**.** Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer Jurídico. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2009. p.3.

> concreto e os possíveis riscos de cada um desses tratamentos".[69]

Ademais, o consentimento esclarecido possui amparo na Lei n. 8.080/90, artigo 7º, II, IV e V.O instituto assegura a autonomia do paciente na defesa de seus interesses, resguardando, assim, a integridade física e moral dos enfermos, o direito à informação adequada e ao atendimento livre de preconceitos.

Outrossim, o Código de Ética Médica – CEM, nos artigos 22, 24, 31 e 34,dispõe sobre o direito à informação/dever de informar.

Na sequência será analisada a redação dos supramencionados dispositivos.

O artigo 22 do CEM, por sua vez, declara: é vedado ao médico "deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em casos de risco eminente de morte".[70]Esse dispositivo determina que o profissional da saúde tem o dever de esclarecer ao enfermo questões atinentes ao seu diagnóstico e tratamento, ou seja, resguarda o direito de informação que o paciente possui. Isto é, o médico deve prestar os esclarecimentos acerca do tratamento com clareza, de forma que o paciente que não possui entendimento técnico consiga ainda assim compreender os perigos e benefícios derivados da intervenção médica proposta.

Essa relação médico-paciente é decorrente de um processo continuo, na qual, desde o primeiro contato do profissional com o paciente,é estabelecida uma franca comunicação entre eles objetivando facilitar a decisão posterior. Nesse sentido,o segundo aspecto referente ao dispositivo legal citado acima determina obrigação de obter o consentimento do doente, assim, não se refere à mera aceitação ou rejeição da terapia sugerida, trata-se de uma decisão esclarecida e autônoma.

---

[69]ROMERO Beltrão, Silvio.O Médico e o Respeito às Crenças Religiosas. Disponível em: <http://www.faculdademarista.com.br/argumentum/volume1/Silvio.htm> Acesso em: 10 maio 2018.

[70]BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Dessa forma, só será considerada válida a decisão que for tomada de forma consciente, sendo necessário para tanto que as informações e os esclarecimentos prestados pelo profissional sejam feitos adequadamente.

O artigo 24 do CEM expressa ser vedado ao médico "deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo".[71]O aludido dispositivo deixa claro que o direito do paciente sobre o seu corpo e sua autodeterminação não varia de acordo com o seu estado clínico, isto é, ainda que o estado clínico do paciente seja emergencial, este é titular de um direito, portanto, sua vontade livre e consciente deverá ser respeitada.

Consequentemente, é dever do médico cuidar diligentemente do enfermo, garantido que suas decisões sejam respeitadas, assegurando tratamento adequado e de qualidade, considerando os recursos e terapias aceitáveis ao paciente.

O artigo 31 do CEM declara que é vedado ao médico "desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte".[72]

O supramencionado dispositivo afirma que é vedado ao médico desprezar o direito de escolha do paciente, entretanto, ao final, destaca que, em caso de eminente risco de morte, tal conduta poderá ser adotada pelo profissional da saúde.

Evidentemente que esse comportamento não é adequado, pois desrespeitar o direito de escolha do paciente acarretaria em constrangimento ilegal por parte do médico, com sua consequente responsabilização civil.

---

[71]BRASIL.Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

[72]BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Conforme anteriormente mencionado, o Código de Ética Médico deve se submeter aos preceitos estabelecidos na CF/1988, assim, a parte final do artigo 31 do CEM deve ser considerada inconstitucional por estar em desconformidade com a suprema Constituição Federal.

O artigo 34 do CEM alude ser vedado ao médico "deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal".[73]Nesse artigo, pode-se extrair a obrigação que o médico possui, o dever de informar aos seus pacientes o diagnóstico e o prognóstico relativos à situação em que eles se encontram, sendo vedada a omissão de informações importantes e necessárias ao doente ou àsua família.

Essa responsabilidade decorre da autonomia. Diante disso, o Código de Ética Médica consagrou o direito à informação ao paciente, objetivando o bom relacionamento médico-paciente. Desta feita, será analisada na sequência, a autonomia no relacionamento médico-paciente.

2.4 AUTONOMIA NO RELACIONAMENTO MÉDICO-PACIENTE

Na relação médico-paciente, a autonomia possui um papel fundamental, pois é responsável pela harmonização da relação, que acontece através do diálogo entre o médico e paciente. Nesse caso, o médico tem o dever de abandonar a atitude paternalista e prestar os esclarecimentos necessários aos pacientes, o que, por sua vez, dará ao paciente a compreensão necessária para tomar uma decisão autônoma.

Edmund Pellegrino aduz que a relação médico-paciente" é uma equação moral marcada pela reciprocidade com direitos e obrigações tanto do lado do paciente quanto do médico. Deve ser equilibrada de forma que ambos busquem o

[73]BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

bem um do outro e se respeitem em suas autonomias".[74]Assim sendo, constituem elementos essenciais dessa relação a responsabilidade, o respeito e a confiança.

Nesse aspecto, é fundamental que a relação médico-paciente seja baseada em um atendimento humanizado. A franca comunicação entre o doente e o profissional da saúde deve ser baseada na empatia, levando em conta as circunstâncias morais, éticas, emocionais, religiosas e psíquicas do paciente, visando à proteção da integridade e da autonomia dos indivíduos.

Revista da Associação Médica Brasileira recapitulou:

> "No final de 2001, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo lançou e distribuiu a todos os médicos do Estado de São Paulo, o Guia da Relação Médico-Paciente. O documento reafirma, de forma didática, preceitos que apesar de já existentes no Código de Ética Profissional de 1988, relativos aos denominados 'direitos do paciente', ainda necessitam ser permanentemente lembrados e ressaltados: o respeito dos valores éticos e pessoais de cada paciente; a garantia que a pessoa possa consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, sobre procedimentos, diagnósticos e terapêuticos a ela propostos; o recebimento de informações adequadas, acessíveis aos diversos padrões culturais e ao estado psicológico da pessoa; informação clara, objetiva, sobre hipóteses diagnósticas, diagnósticos realizados, exames solicitados, ações terapêuticas; a interdição da realização de exames compulsórios, sem autorização do paciente, para internação, admissão ou continuidade de empregos ou cargos; a anotação em prontuário das medicações prescritas e ministradas, registro de transfusão sanguínea recebida, assim como manifestações colaterais; o direito de opção do local de morte, conforme preceitua a lei estadual paulista 10241/99; o respeito à privacidade, à confidencialidade das informações, mantendo o sigilo profissional, desde que não acarrete danos a terceiros ou à coletividade; o livre acesso do paciente a seu prontuário, com identificação do nome do profissional responsável e número de registro no órgão de regulamentação e controle da profissão médica; a necessidade de obtenção do consentimento livre e esclarecido, com a devida informação, em tratamentos experimentais ou para a participação em pesquisas científicas,

[74]PESSINI, Leo. Autonomia do Paciente. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/modificacaocem/include/apresentacoes/apresentacoes.asp.> Acesso em: 20 set. 2009.

> de acordo às normas e diretrizes nacionais emitidas pelo Conselho Nacional de Saúde, através da Resolução 196/96". [75]

Fica evidente a importância da humanização no relacionamento médico-paciente, pois o objetivo maior nessa relação é a satisfação de ambos, tendo em vista que o resultado almejado pelo médico é atingir a sua missão de salvar vidas, enquanto o paciente almeja ser curado.

O Código de Ética Médica em seu Capítulo I, inciso V, impõe ao médico o dever de "aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso cientifico em benefício do paciente".[76] Ou seja, é dever do médico acompanhar o avanço da medicina, isso significa, muitas vezes, deixar de lado os procedimentos adotados pela tradição, passando a utilizar todos os recursos disponíveis e modernos a favor da saúde e sobrevivência dos pacientes.

Nesse contexto, observa-se que atualmente existem inúmeros tratamentos alternativos às transfusões alogênicas, os quais são considerados eficazes e seguros. Assim sendo, tendo em vista que o ônus da escolha é sempre do indivíduo, o paciente tem total autonomia para optar pelo tratamento que julgar mais adequado.

3 CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS POSICIONAMENTOS FIRMADOS PELOS TRIBAUNAIS BRASILEIROS ACERCA DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAISDIANTE DA RECUSA DE TRANSFUSÕES DE SANGUE

Diante das controvérsias mencionadas no decorrer do trabalho monográfico, é possível perceber que o poder de decisão atualmente tem sido concentrado no domínio do Judiciário, ficando a cargo da jurisprudência e da doutrina resolver o conflito com total imparcialidade.

---

[75]FORTES, Paulo Antônio De Carvalho.Por uma Melhor Relação Médico-Paciente.Revista Da Associação Médica Brasileira, São Paulo: v. 48, n. 2, abr./jun. 2002.

[76]BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Assim, neste capítulo serão considerados os fundamentos a recusa às transfusões de sangue, o impacto emocional causado ao paciente quando o tratamento recusado é imposto, algumas das opções terapêuticas disponíveis para evitar o uso de transfusões de sangue em doentes que não desejam fazer uso do tratamento transfusional, bem como o posicionamento dos Tribunais brasileiros acerca do direito à vida e do direito de escolha por convicções religiosas.

3.1 FUNDAMENTOS PARA A RECUSA ÀS TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS

De acordo com o estudo realizado nos capítulos anteriores, não faltam fundamentos jurídicos para assegurar o respeito às preferências pessoais de cada indivíduo, principalmente quando envolvem tratamentos médicos, nos quais as opções terapêuticas são recusadas pelo doente. Nesse sentido, muitas pessoas se recusam a receber tratamentos médicos com o uso de terapia transfusional, em que pese haver muitas outras alternativas.

Ademais, a medicina moderna vem demonstrando os perigos do uso do sangue alogênico, haja vista a existência de efeitos adversos. Além dos vários efeitos colaterais já esperados, as transfusões são associadas aos mais diversos tipos de infecção, bem como têm sido relacionadas à transmissão de uma série de doenças, tais como a AIDS (causada pelo vírus HIV), as hepatites (causadas pelo vírus B e C), a malária, a sífilis, entre outras. Quanto a isso, Ligiera (1993)*apud* Mollison Engelfriet e Contrera, declaram:

> "A maioria das mortes causadas por transfusão de sangue são devidas a transmissão de vírus, bactérias ou protozoários [...] Testes apropriados para exames sistemáticos das unidades de sangue doado estão disponíveis para a maioria dos agentes infecciosos capazes de causar significativa morbidade nos receptores; porém, a maioria dos testes não detectam todos os doadores infectados".[77]

[77]LIGIERA *apud* MOLLISON, P. L.; ENGELFRIET, C. P.; CONTRERAS, Marcela. Blood transfusion in clinical medicine. 9th ed. London, England: Blackwell Scientific Publications, 1993.

Como verificado anteriormente, o uso do sangue em transfusão foi difundido pelo costume. No entanto, não faltam argumentos científicos para corroborar que esse tratamento é ultrapassado, afinal, a ciência vem demonstrando que o uso do sangue é prejudicial para a saúde do doente. Com efeito, note a informação registrada no *Bloodless*:

> "Em 2009, descobriu que não são apenas estas, mas há pelo menos 68 (sessenta e oito) agentes infecciosos entre vírus, bactérias e protozoários passíveis de serem transmitidos através de uma transfusão de sangue. Além disso, pesquisas recentes revelam outros efeitos graves à saúde do paciente que recebe uma hemotransfusão, tais como infarto do miocárdio ("ataque cardíaco"), arritmias cardíacas, acidente vascular cerebral ("derrame cerebral"), problemas pulmonares, falência dos rins, falência de múltiplos órgãos. Estas descobertas têm preocupado a comunidade médica. No entanto, o questionamento maior com a prática transfusional está acontecendo na época atual, devido a vários estudos demonstrarem que o sangue (alogênico) transfundido por si só tem o potencial de causar a morte do paciente. Isto vai contra, de acordo com estas pesquisas, a tudo aquilo que a medicina um dia orientou sobre a utilização do sangue".[78]

Diante disso, é natural esperar que diversas pessoas estejam recusando o tratamento hemoterapeutico. Afinal, ao se deparar com uma enfermidade, o paciente busca um tratamento que não lhe resulte em mais moléstias, pois almeja a cura. Imagine um paciente que recebe o diagnóstico de um câncer, ele busca tratar a doença, no entanto, ao invés de receber uma intervenção médica adequada às suas necessidades e à sua individualidade moral, ele recebe uma transfusão de sangue infectada com o vírus da AIDS, com certeza essa seria uma situação lamentável e desgastante.

Assim, ressalta-se que é dever do profissional da saúde zelar pela integridade física, moral e psicológica do seu paciente. Isso significa não estar apegado apenas às técnicas tradicionais da medicina, mas estar disposto a buscar o melhor tratamento que se adeque à realidade de seus pacientes, avaliando os riscos envolvidos e se

[78]BLOODLESS. Medicina Moderna Não Transfusional. Disponível em: <http://bloodless.com.br/medicina-moderna-nao-transfusional/>. Acesso em: 28 ago. 2018.

certificando de acompanhar os avanços da ciência, objetivando sempre o bem-estar dos pacientes.

Por outro lado, muitas pessoas recusam o tratamento hemoterapeutico não somente em virtude das demonstrações de ineficácia delas pela ciência, mas por fundamento de cunho religioso, é o caso das Testemunhas de Jeová. A preocupação primária dessas pessoas é não desagradar a Deus, pois têm a firme convicção de que o sangue é sagrado aos olhos de Jeová. Portanto, na sequência, serão abordados os fundamentos religiosos baseados na Bíblia Sagrada.

As Testemunhas de Jeová creem que a Bíblia é a palavra de Deus, e consideram que é um livro inspirado por Ele. Possuem a convicção de que a bíblia não é um livro desatualizado, pelo contrário, acreditam ser um manual oportunamente deixado por Jeová Deus para que as pessoas alcancem uma harmonia espiritual e a felicidade.[79]

O uso do sangue como tratamento médico ou para quaisquer outros fins é expressamente negado pelas Testemunhas de Jeová, visto que o sangue simboliza a vida. Elas seguem a ordem bíblica de se absterem do sangue e, por isso, recusam-se terminantemente a receber tratamentos que envolvam transfusão de sanguíneas – componentes primários: glóbulos brancos, glóbulos vermelhos, plaquetas e plasma.

Diversos relatos bíblicos corroboram a crença supramencionada. Logo no primeiro livro das Escrituras Sagradas Deus deu a seguinte ordem a Noé:

[79]TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DA BÍBLIA SAGRADA. Tradução por Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Timóteo 3:16,17: "Toda a Escritura é inspirada por Deus e proveitosa para ensinar, para repreender, para endireitar as coisas, para disciplinar em justiça, a fim de que o homem de Deus seja plenamente competente, completamente equipado para toda boa obra". 2018.

"Todo animal que se move e que está vivo pode servir-lhes de alimento. Assim como dei a vocês a vegetação verde, eu lhes dou todos eles. Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida".[80]

Nesse versículo, foi elucidado que o sangue simboliza a vida e, portanto, não se deve fazer mau uso dele.

Na sequência, a ordem de se abster do sangue foi mencionada diversas outras vezes. Em Levítico 17:13,14 a determinação foi dirigida à nação de Israel:

> "Se algum israelita ou algum estrangeiro que mora entre vocês, ao caçar, apanhar um animal selvagem ou uma ave que se pode comer, ele terá de derramar o sangue e cobri-lo com pó. Pois a vida de todo tipo de criatura é seu sangue, porque a vida está no sangue. Por isso eu disse aos israelitas: Não comam o sangue de nenhuma criatura, porque a vida de todas as criaturas é seu sangue. Quem o comer será eliminado". [81]

Essa ordem deveria ser levada a sério pela nação de Israel, pois o mandamento bíblico demonstra claramente que aquele que não observasse a ordem seria eliminado, isto é, morto. Em Levítico 17:10, lê-se:

> "Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras deceparei dentre seu povo".[82]

O mandamento não mudou com o passar do tempo, contudo, foi reafirmado em Deuteronômio 12:23-25, observa-se:

> "Apenas esteja firmemente decidido a não comer o sangue, porque o sangue é a vida; não coma a vida junto com a carne.

[80]TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DA BÍBLIA SAGRADA. Tradução por Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Gênesis 9:3,4. 2018.

[81] TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DA BÍBLIA SAGRADA. Tradução por Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Levítico 17:13,14.2018.

[82]TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DA BÍBLIA SAGRADA. Tradução por Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Levítico 17:13,14. 2018.

> Não o coma. Você deve derramá-lo na terra como se fosse água. Não o coma, para que tudo vá bem com você e com os seus filhos, por estarem fazendo o que é certo aos olhos de Jeová".[83]

Nesse contexto, abster-se de sangue tem uma consequência positiva para aqueles que obedecem ao mandamento, pois fazer o certo aos olhos do Criador é recompensador. Deus é o dador da vida e Ele promete gratificar aqueles que seriamente o buscam e fazem a sua vontade.

O mandamento foi ratificado, dessa vez a ordem veio aos cristãos do primeiro século, e encontra-se em Atos 15:19, 20, 28, 29:

> "Por isso, a minha decisão é não causar dificuldades a essas pessoas das nações, que estão se convertendo a Deus, mas lhes escrever para que se abstenham de coisas contaminadas por ídolos, de imoralidade sexual, do que foi estrangulado e de sangue. Pois pareceu bem ao espírito santo e a nós não impor a vocês nenhum fardo além destas coisas necessárias: que persistam em se abster de coisas sacrificadas a ídolos, de sangue, do que foi estrangulado e de imoralidade sexual. Se vocês se guardarem cuidadosamente dessas coisas, tudo irá bem com vocês. Saudações! "[84]

A ordem expressa no Novo Testamento demonstra que o conceito de Deus sobre o sangue não mudou, portanto, o mandamento não foi apenas direcionado aos primeiros cristãos. As palavras de Paulo no livro de Atos são claras e inequívocas, dessa forma, ela se aplica a todos os cristãos até a atualidade. Por essa razão, as Testemunhas de Jeová continuam a observar o preceito bíblico, pois, para elas, a questão envolvida é a lealdade a Deus.

Muitos talvez questionem se os princípios bíblicos fazem alusão às transfusões de sangue, ou se a ordem se aplica somente ao consumo oral do sangue. Nesse aspecto, é relevante ilustrar: se um indivíduo alcoólatra deixasse de ingerir

[83]TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DA BÍBLIA SAGRADA. Tradução por Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Deuteronômio 12:23-25. 2018.

[84]TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DA BÍBLIA SAGRADA. Tradução por Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Atos 15:19,20,28,29. 2018.

álcool oralmente, mas o consumisse na forma injetável, estaria ele se abstendo do álcool? E se um paciente precisasse fazer um jejum, não podendo se alimentar pela boca, mas o fizesse endovenosamente, o jejum não estaria sendo igualmente quebrado?

A analogia proposta demonstra que a transfusão de sanguínea é uma violação à ordem bíblica de abster-se de sangue, visto que não faria nenhum sentido o indivíduo deixar de consumir o sangue através da alimentação, mas deixasse que este fosse injetado diretamente em suas veias.

No entanto, ao recusar terapias transfusionais, o paciente não escolhe a morte. As Testemunhas de Jeová respeitam a vida e querem viver, elas não esperam a cura milagrosa, tão pouco excluem diversos outros tratamentos disponíveis atualmente. Essas pessoas acreditam nos avanços da medicina e estão dispostas a aceitar quaisquer outras técnicas terapêuticas isentas de sangue.

Em razão disso, os que professam essa religião fazem estudos de formas alternativas de cirurgias sem transfusão. As Testemunhas de Jeová criaram uma rede mundial chamada Comissões de Ligação com Hospitais (COLIHs), o objetivo dessas comissões é fornecer informações conceituadas sobre estratégias clínicas sem o uso de transfusões de sangue. Além disso, facilitam o acesso a tratamentos de saúde para os pacientes.[85]

Álvaro Villaça Azevedo acrescenta:

> "A postura das Testemunhas de Jeová quanto a escolha de tratamento médico sem sangue jamais visou confrontar a classe médica. Para tanto, elas estabeleceram uma rede de mais de cem Comissões de Ligação com Hospitais (COLIHs) no Brasil, nas principais cidades e centros médicos do país. Quando permitido ou solicitado, esses colaboradores treinados e bem informados podem interagir com médicos, administradores hospitalares, assistentes sociais e membros do judiciário. Eles colocam-se à disposição para apoiar médicos

[85]COMISSÕES DE LIGAÇÃO COM HOSPITAIS: para as Testemunhas de Jeová. Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. Disponível em https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/estrategias-downloads/comissoes-ligacao-hospitais-testemunhas-de-jeova/. Acesso em 28 ago. 2018.

> dispostos a tratar pacientes Testemunhas de Jeová, fazendo apresentações pessoal profissional, provendo informações clínicas e científicas pertinentes, participando em eventos médicos e muitas outras atividades de suporte a classe médica. Em apoio às COLIHs, existe a provisão dos Grupos de Visitas a Pacientes (PVPs), que proveem apoio espiritual, emocional e, se necessário, suporte físico para os pacientes internados em hospitais. Em resumo, as Testemunhas de Jeová não são avessas à medicina. Na realidade, apenas desejam que seu direito de escolher um tratamento médico sem transfusão de sangue seja respeitado".[86]

Em síntese, os religiosos Testemunhas de Jeová fundamentam suas decisões na palavra inspirada de Deus, a Bíblia, não colocam sua integridade e lealdade à prova, consideram o sangue sagrado e respeitam a vida. Entretanto, no que se refere a tratamentos médicos, guiam suas decisões nos avanços da medicina, desejam o melhor tratamento, não deixando de preservar seus valores morais e éticos, pautando seus interesses nos direitos fundamentais previstos nos dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e princípios do direito positivado.

3.2. O IMPACTO EMOCIONAL DA TRANSFUSÃO DE SANGUE IMPOSTA

O tratamento imposto produz um efeito emocional negativo. Impor uma transfusão de sangue pode resultar em mais dor ao paciente, isto é, além da dor física decorrente da administração endovenosa, há que se falar também da dor psicológica causada ao enfermo, pois ao administrar um tratamento recusado, o médico, na verdade, está infringindo os preceitos internos do indivíduo, contrariando a sua moral individual e violando a dignidade humana, causando traumas ao doente.

Quando a pessoa é transfundida de maneira forçada, o sentimento que prevalece é o de violação. Para compreender, é possível comparar com o estupro, no caso em que a pessoa é violentada sexualmente o resultado é um enorme trauma físico e psicológico. Igualmente, no caso em que é ministrado um tratamento

[86] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e direito de escolha médico sem transfusão de sangue, mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros: Atualizado conforme o novo Código de Ética Médica: Resolução CFM 1931/2009. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010. p.5.

forçado, o sentimento é terrível, pois essa violência não é exclusiva do ato sexual, mas também se aplica perfeitamente a pessoa que teve o seu corpo violado diante da intervenção realizada contra a sua vontade.

Neste sentido, Almeida Junior relata que uma a senhora, Testemunha de Jeová com 63 anos de idade, procurou o Hospital para submeter-se a uma cirurgia de um tumor maligno no fígado, informando ao médico que não aceitaria transfusões de sangue por motivos religiosos. No entanto, os médicos não respeitaram a autonomia da paciente e ministraram uma transfusão. Posteriormente, o caso foi julgado e quando interrogada, a Sra. Misae, com voz trêmula, descreveu o trauma emocional que sofrido: 'Senti-me violentada, como uma mulher que foi estuprada'.[87]

O impacto emocional, nesse caso, é gigantesco, pois a consciência dessa pessoa a acusa diariamente, sendo que ao relembrar o trauma ela é acometida por um sentimento terrível, que a faz se sentir indigna e impura perante Deus e suas crenças.

Quando a pessoa recebe uma transfusão sanguínea, o sangue indesejado corre pelas suas veias, sendo impossível retirá-lo depois de inserido no corpo. Dessa forma, não há o que a pessoa possa fazer para aliviar a sensação de impureza, e por essa razão essas pessoas sofrem um grave abalo psicológico.

Um paciente ao se deparar com uma grave enfermidade, deve ao menos ter o conforto de poder escolher o tratamento que mais se harmoniza às suas convicções, ainda que isso não signifique uma sobrevida maior,visto que a transfusão imposta também não assegura vida ao doente, mesmo porque o enfermo estará sujeito as adversas reações causadas pela hemoterapia. Ademais, não existe dispositivo legal que obrigue o adoentado a buscar tratamento médico. Assim sendo, seria legal impor ao paciente um tratamento que atinge a esfera mais íntima do indivíduo? Existe alguma vantagem em fazer uma transfusão de sangue forçada quando tal tratamento será causador de um profundo dano psicológico ao doente? Seria sensato impor essa terapia mesmo sabendo que isso constitui grave violação a consciência do enfermo?

[87]ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Direitos Fundamentais e Cidadania. São Paulo. Método, 2008.

Nessa perspectiva, oportunos são os comentários de Brumley, Del Claro e Andrade:

> "Sem entrar no mérito de se a sua crença é certa ou errada, o importante é que ela é uma convicção fundamental para esse grupo. Quando essa convicção é respeitada, na verdade está-se honrando um valor moral, ético, pessoal e profundamente prezado. Olhando desse ângulo, forçar esses pacientes a receber uma transfusão de sangue pode eventualmente lograr resultados físicos, mas certamente será emocional e espiritualmente devastador".[88]

Essa convicção mencionada faz referência à consciência individual dessas pessoas. Assim, interessante destacar que a consciência está relacionada à capacidade intrínseca que os seres humanos possuem, a de formular ideias acerca das suas próprias preferências e das coletivas.

Em relação a isso, é interessante destacar que transfusão de sangue forçada provoca sérios impactos emocionais no paciente e em sua família, pois viola as escolhas existências tomadas em consonância com a consciência treinada dos indivíduos desse grupo religioso, pois recusar a transfusão sanguínea é forma de externar a sua fé.

Anteriormente foram mencionados os aspectos religiosos ligados à crença da sacralidade do sangue, em virtude disso, para os adeptos Testemunhas de Jeová, o recebimento do sangue transfundido, mesmo que involuntariamente, significa uma "sentença de morte", pois essa imposição interfere não somente na saúde física e psicológica do paciente, mas também na sua espiritualidade, isto é, diretamente na sua relação com Deus.

Para uma Testemunha de Jeová, recusar o sangue é uma atitude que transcende o momento atual, não se trata apenas da vida imediata delas. Obriga-las a receber uma transfusão interfere diretamente na esperança que essas pessoas têm para o futuro. Elas creem que a lealdade a Deus agora significa vida eterna no futuro

[88]BRUMLEY, Philip, DEL CLARO, José Cláudio e ANDRADE,Miguel Grimaldi Cabral de. Porque respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue, Julho de 1999, Cesário Lange, SP.

sob as bênçãos do governo justo de Deus, onde nenhum mal existirá, nem mesmo as doenças.

3.3 TRATAMENTOS ALTERNATIVOS

Ao passo que a sociedade se vê confrontada com os altos custos e os riscos médicos decorrentes das transfusões, a preservação do sangue se tornou uma necessidade. Diante disso, surgiram diversas opções terapêuticas isentas do sangue total – glóbulos brancos, glóbulos vermelhos, plaquetas e plasma.

Estudos recentes, elaborados por Ludhmila Hajjar, já mencionados nos capítulos anteriores, demonstram que são tratamentos práticos, seguros, de baixo custo, eficazes e com perspectivas melhores para o paciente. Ainda, verifica-se outra benesse, qual seja, o benefício ético, pois, ao respeitar o desejo do paciente, o médico honra a liberdade de decisão do doente, haja vista que o médico tem a obrigação de levar em conta o desejo dos que estão sob os seus cuidados.

Os Estados Unidos foram pioneiros em cirurgias sem sangue. Na sequência, a Europa aderiu aos procedimentos e, por fim, no Brasil muitos especialistas começaram a utilizar tratamentos sem o uso de transfusões de sangue. No Distrito Federal, existem hospitais que possuem recursos físicos para realizar cirurgias e procedimentos sem sangue,cita-se o Hospital de Base (HBDF) que realizou cirurgia sem transfusão de sangue e com sucesso em um paciente.[89]

Atualmente, existem diversas opções terapêuticas substitutas para às transfusões sanguíneas, portanto, o intuito não é catalogar e especificar como cada uma funciona. A finalidade é propagar conhecimento, dando ciência de algumas técnicas disponíveis e acessíveis a todos, bem como demonstrar que, para cada enfermidade, existe um tratamento adequado, sendo desnecessário transfundir em todas as situações.

89OLIVEIRA, Raquel. Cirurgia sem transfusão de sangue a um paciente Testemunha de Jeová é garantida. Disponível em: http://www.defensoria.df.gov.br/defensoria-garante-transplante-sem-transfusao-de-sangue-a-um-paciente-testemunha-de-jeova/. Acesso em: 30 ago 2018.

> "As transfusões de sangue podem ser evitadas por se adotar estratégias otimizadas para controlar a perda de sangue, gerenciar o sangue autólogo, aumentar a hematopoese e maximizar a tolerância à anemia. Pode-se conseguir isso por meio de uma combinação apropriada de técnicas médicas e cirúrgicas para a conservação de sangue, aparelhos e fármacos". [90]

Corroboram as informações supramencionadas os princípios gerais do tratamento médico sem o uso de transfusão de sangue, assim como mencionadas por Goodnough (2003) *apud*Nery Junior, são eles:

> "1- Formular um plano de tratamento para evitar e controlar perdas sanguíneas, feitas sob medida para o tratamento clínico individualizado de pacientes, incluindo procedimentos antecipados. 2- Empregar um enfoque de tratamento multidisciplinar para conservação do sangue usando uma combinação de intervenções. 3- O chefe clínico precisará adotar uma conduta pró-ativa: antecipando e estando preparado para enfrentar possíveis complicações. 4- Investigar e tratar prontamente a anemia, preferivelmente no préoperatório. 5- No caso de pacientes com sangramento ativo, que recusam transfusões de sangue alogênico, não se deve protelar uma intervenção decisiva, incluindo a cirurgia. Em geral, no caso de paciente com sangramento evite a ideia de observar e esperar. 6- Exercendo um bom senso clínico, estar preparado para mudar a prática rotineira quando apropriado. 7- Se houver uma deterioração fisiológica ou se surgirem complicações, consultar prontamente um especialista com experiência em conservação de sangue, de preferência, logo no estágio inicial. 8- Se necessário, transferir para um centro maior um paciente estável, antes que o estado dele piore. 9- Restringir a coleta de sangue para exames laboratoriais. 10- Diminuir ou evitar o uso Perioperatório de agentes anticoagulantes e antiplaquetários. 11- Nas emergências, estabelecer previamente um plano de conduta para a localização rápida e suspensão da hemorragia, bem como para a transferência para um centro adequado".[91]

90ESTRATÉGIAS CLÍNICAS PARA EVITAR TRANSFUSÕES DE SANGUE.Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 2012. Disponível em: https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/estrategias-downloads/estrategias-clinicas-para-evitar-transfusoes-sangue/. Acesso em: 30 ago 2018.

[91]NERY JUNIOR, Nelson. Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais: Parecer Jurídico. 2009, p.33.*apud* GOODNOUGH, Lawrence T. et al, Bloodless medicine: clinical care without allogeneic blood transfusion, p.669.

Em resumo, adotar medidas preventivas é uma estratégia correta e o mais adequado. Esses métodos alternativos não são apenas para as Testemunhas de Jeová, eles estão disponíveis para todas as pessoas. A questão, portanto, não é a falta desses recursos, mas sim falta de conhecimento e disseminação deles.

O objetivo,portanto,não é fazer objeção à doação de sangue. Os adeptos aos tratamentos não transfusionais não são contra as pessoas que fazendo o uso medicinal dele. No entanto, verifica-se que atualmente muito se fala sobre doação e transfusão sanguíneas, porém, as terapias alternativas isentas de sangue não são comunicadas amplamente. Assim, apenas se faz uma colocação necessária para a conscientização, pois há pouca divulgação acerca das opções terapêuticas disponíveis, seguras e modernas. Sendo assim, percebe-se a necessidade de políticas públicas informativas.

As técnicas sobre transfusão podem ser agrupadas sobre três princípios ou pilares básicos, o primeiro é: tolerância à anemia. Os glóbulos vermelhos transportam o oxigênio vital ao corpo. Quando o paciente está anêmico o número de glóbulos vermelhos fica reduzido em relação ao volume sanguíneo corporal. Então, se pessoa sofrer um acidente ou cirurgia e perder grande volume de sangue, ainda assim o corpo pode tolerar a anemia relativamente bem. Isso ocorre porque a anemia é tolerável quando o corpo tem um volume circulatório suficiente para funcionar. Então a anemia pode ser compensada com um fluido expansor, volume.[92]

O segundo é: estimulação de produção dos glóbulos vermelhos. Essa é uma estratégia muito útil. Ela pode ser realizada ainda no pré-operatório, para isso pode-se utilizar o medicamento eritropoietina. Esse fármaco estimula aceleração da produção de glóbulos vermelhos, e por isso serve para substituir as transfusões.[93]

[92]VIEIRA, Tompson. Sem Sangue: A medicina encarou o desafio. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=b_LDAEN8rQk> 2015. (29m23s). Acesso em 04 de out. 2018.
[93]VIEIRA, Tompson. Sem Sangue: A medicina encarou o desafio. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=b_LDAEN8rQk> 2015. (29m23s). Acesso em 04 de out. 2018.

O terceiro é: reduzir a perda sanguínea. Para evitar a perda de sangue existem diversos tipos de instrumentos, por exemplo: eletrocautérios. Eles permitem um corte rápido, preciso e o mais importante, cauterizam os vasos sanguíneos imediatamente. Além deles, existem vários remédios que podem ser utilizados para reduzir a hemorragia, por exemplo: um tampão de cola de fibrina. Essa é uma cola cirúrgica biológica e natural, ela é aplicada diretamente na região onde há o sangramento para estancá-lo.[94]

Vale destacar ainda a seguinte opção terapêutica: recuperação sanguínea. Essa técnica é realizada por meio de um aparelho (*cell saver*) que recupera o sangue perdido durante as cirurgias ou acidentes. Trata-se de uma reciclagem do sangue do próprio paciente.Ela permite a recuperação intraoperatória de células e evita a transfusão de sangue alogênico.[95]

O jornal Correio Braziliense informou que alguns hospitais em Brasília possuem esse aparelho:

> "A medida oferece mecanismos que podem descartar a bolsa sanguínea, garante Rolam Costa. Ele cita o aparelho Cell Saver (salvador de células), disponível nos centros cirúrgicos do HBDF e de três hospitais particulares do DF. O equipamento aspira sangue do ferido, limpa e devolve a substância purificada ao paciente. Não há dação de sangue alheio".[96]

Certamente, existem diversos outras opções terapêuticas disponíveis.

3.4 ANÁLISES DOS POSICIONAMENTOS EXISTENTES EM TORNO DO TEMA

A análise dos posicionamentos existentes acerca do tema se faz necessária para compreender qual o comportamento do Estado perante os conflitos envolvendo

[94] VIEIRA, Tompson. Sem Sangue: A medicina encarou o desafio. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=b_LDAEN8rQk> 2015. (29m23s). Acesso em 04 de out. 2018.

[95] BLOODLESS. Disponível em: <http://bloodless.com.br/perguntas-frequentes/>. Que opções e/ou alternativas de tratamento temos para evitar uma transfusão de sangue? Acesso em: 30 ago 2018.

[96] RELIGIÃO: um embate delicado chega cada vez mais a justiça: de um lado, testemunhas de Jeová que se recusam a receber transfusões de sangue. De outro, médicos, cuja missão é tentar salvar a vida dos pacientes. Correio Brasiliense. Brasília, 2 mai. 2009.

o direito à vida, à liberdade religiosa e de crença, bem como para verificar qual a atuação do Poder Judiciário frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A controvérsia a respeito do direito à vida e a transfusão de sangue imposta é objeto de litígios constantes no âmbito judicial. Diante disso, será feita uma abordagem em face de casos concretos que foram julgados pelo Poder Judiciário. Em que pese haver uma divergência, a análise terá por objetivo demonstrar como os tribunais têm apreciado o exercício desses direitos.

3.4.1 PREPONDERÂNCIAS DO DIREITO À VIDA SOBRE A LIBERDADE DE CRENÇA

Existe posicionamento no sentido de que deve haver um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais, na medida em que se considera que a recusa ao tratamento transfusional significa abdicar do direito à vida, estabelecendo, assim, um enfretamento entres direitos constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, o juízo de ponderação é responsável por estabelecer qual dos direitos fundamentais deve prevalecer.

Nesse sentido, destaca-se a decisão da 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro. No caso em comento, narra a exordial que a paciente foi acometida por anemia severa e insuficiência renal, diante do quadro clínico os médicos entenderam por bem que a paciente fosse tratada com hemoterapia. Ocorre que a doente é Testemunha de Jeová, e diante das suas convicções não aceitou o tratamento proposto, requerendo tratamento diverso isento de transfusões de sangue. Apesar da expressa recusa a transfusão, a equipe médica local entendeu que o procedimento deveria ser realizado, de modo que buscou a tutela judicial para autorizar que a paciente fosse transfundida. Ao final, o pleito foi deferido, pois entendeu o magistrado que o direito

à vida deve ser preservado em detrimento da liberdade religiosa.[97] Seguem-se alguns trechos oportunos da decisão que merecem ser indicados:

> "A liberdade religiosa é garantia fundamental, estampada no art. 5º, VI da Constituição da República, de modo que a legislação infraconstitucional não crie embaraços ao exercício de determinada crença [...].Ocorre, porém, que tal garantia não pode se contrapor à vida, bem indisponível e de valor maior, sem a qual não existe qualquer credo ou crença religiosa [...].Deve, por conseguinte, prevalecer a proteção à vida sobre a liberdade de convicção religiosa [...]".[98]

Em que pese o objetivo desse posicionamento ser a ponderação entre os direitos fundamentais, faz-se essencial pautar que o critério intermediador entre o suposto conflito deve ser o princípio da dignidade da pessoa humana, já analisada anteriormente. Assim, no caso em epígrafe a decisão deixou de proteger a autonomia e a dignidade da doente, visto que a paciente estava lúcida e manifestou a sua vontade livre e consciente.

3.4.2 AUSÊNCIA DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A POSSIBILIDADE DE RECUSA ÀS TRANSFUSÕES DE SANGUE

Outra perspectiva foi apresentada pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região. No caso em apreço, a paciente foi diagnosticada com Leucemia Linfoblástica Aguda, por consequência da enfermidade também foiacometida por anemia.Os médicos recomendaram a transfusão de sangue, no entanto, em virtude das suas convicções religiosas e científicas a paciente optou por tratamento sem a

[97]BRASIL. 26ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Jeová. Ação Ordinária nº 0014856-61.2014.402.5101. Requerido: Vera Lúcia de Oliveira. Juíza Federal: Frana Elizabeth Mendes. Brasília, Rio de Janeiro, 08 de Julho de 2015. Disponível em:<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=EC1DE2E8961240AEB644F098016DC10E&timeIni=81400,4&P1=71636321&P2=8&P3=&NPI=215&NPT=215&TI=1&NV=542973&MAR=S>. Acesso em: 14 set. 2018.

[98]BRASIL. 26ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Jeová. Ação Ordinária nº 0014856-61.2014.402.5101. Requerido: Vera Lúcia de Oliveira. Juíza Federal: Frana Elizabeth Mendes. Brasília, Rio de Janeiro, 08 de Julho de 2015. Disponível em:<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=EC1DE2E8961240AEB644F098016DC10E&timeIni=81400,4&P1=71636321&P2=8&P3=&NPI=215&NPT=215&TI=1&NV=542973&MAR=S>. Acesso em: 14 set. 2018.

utilização de hemocomponentes, manifestando sua vontade na forma verbal e escrita. Apesar da expressa recusa a transfusão, a equipe médica local entendeu que o procedimento deveria ser realizado, de modo que buscou a tutela judicial para autorizar que a paciente fosse transfundida. Ao final, a decisão proferida foi favorável à paciente, pois o entendimento firmado é que não há colisão entre os direitos fundamentais.[99] Portanto, oportuno consignar algumas das ponderações feitas pelo Relator:

> "Não há qualquer ilicitude em escolher um tratamento médico em detrimento do outro. Assim, diante dos elementos dos autos, verifico a possibilidade da agravante eleger o tratamento que lhe aparenta mais pertinente e adequado à sua pronta recuperação, direito esse assegurado, independente da crença religiosa. [...] A opção de escolha pela modalidade e características do tratamento médico que lhe pareça mais conveniente, sob os aspectos biológico, científico, ético, religioso e moral, é conduta que possui a natureza de direito fundamental, protegida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. [...] É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e induvidoso, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal".[100]

Da análise da referida decisão é possível extrair que a vontade do enfermo deve ser respeitada, pois a transfusão forçada constitui grave violação aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial quando estão disponíveis outras opções terapêuticas. Além disso, pacientes adultos e capazes possuem o direito de optar por um tratamento em detrimento do outro, não

[99]BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Agravo de Instrumento nº 0017343-82.2016.4.01.0000/MG. Agravante: Maria Mylena Silva Teixeira. Agravado: Empresa Brasileira De Servicos Hospitalares Ebserh. Desembargador Federal: Kássio Nunes Marques. Brasília, 16 maio 2016. Disponívelem:<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00173438220164010000&pA=&pN=173438220164010000>. Acesso em: 14 set. 2018.

[100]BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Agravo de Instrumento nº 0017343-82.2016.4.01.0000/MG. Agravante: Maria Mylena Silva Teixeira. Agravado: Empresa Brasileira De Servicos Hospitalares Ebserh. Desembargador Federal: Kássio Nunes Marques. Brasília, 16 maio 2016.Disponívelem:<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00173438220164010000&pA=&pN=173438220164010000>. Acesso em: 14 set. 2018.

decorrendo em qualquer ilícito, afinal, o direito de decidir possui amparo constitucional.

3.5 ANÁLISE CONJUNTA DOS POSICIONAMENTOS ESTUDADOS: UM ESTUDO DO CENÁRIO BRASILEIRO.

As decisões supramencionadas configuram uma divergência entre os posicionamentos adotado pelo Poder Judiciário, pois os julgados refletem uma falta de unidade nas convicções dos Tribunais.

No tocante à atuação estatal, em que pese as intrínsecas questões relacionadas à vida, à dignidade, à autonomia e aos direitos fundamentais, é absolutamente incoerente que dentro de um Estado Democrático o Judiciário se veja tão livre para subjetivar questões que afetam a espera mais íntima do indivíduo.

Merecem consideração as oportunas ponderações feitas por Renato de Freitas Souza Machado:

> "[...] a lei não pode estabelecer limites aos direitos fundamentais visando a proteção do próprio titular, porque somente a este se reconhece o poder de decidir em cada caso concreto de suposto conflito, em que o exercício de um direito signifique a renúncia a outro, a qual direito dará maior prevalência".[101]

Na medida em que se trata de conteúdo tão humano, o adequado seria que o próprio interessado fosse responsável por definir os seus valores e como exercer seus direitos. Assim sendo, é incompatível o Estado restringir os direitos dos indivíduos e interferir nas escolhas do paciente.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa abordou aspectos dos direitos constitucionais, com ênfase no direito à vida, a saúde e as liberdades que visam assegurar aos cidadãos

[101]MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. MACHADO, Renato de Freitas Souza. Recomendação PRDC-RJ nº 18/2016. Inquérito Civil 1.30.001.003183/2012-62. Rio de Janeiro, 5 set. 2016.

brasileiros a vida em sua total plenitude. Nessa perspectiva, foi possível perceber que o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pela Carta Constitucional, pois não se trata do direito a mera existência, mas do direito à vida digna, autônoma e livre.

Portanto, ao elencar o direito à vida no texto constitucional, o legislador visou assegurar a preservação da personalidade do indivíduo, protegendo também os seus anseios morais, espirituais e psicológicos. A vida digna é direito intrínseco do ser humano, portanto, é direito intangível sob o qual cada ser humano deve deliberar individualmente.

Atrelado ao direito à vida, há ainda o princípio da dignidade da pessoa humana. Este é um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito, visto que este princípio resguarda o direito de o indivíduo escolher o que é melhor para si, livre de interferências externas, bem como é responsável por impor limites às ações do Estado.

Diante disso, a presente monografia analisou a escolha do tratamento médico sem transfusão de sangue como um direito do paciente amparado pelo ordenamento jurídico pátrio. Foi possível concluir que não há qualquer ilegalidade em um paciente escolher determinado tratamento médico em detrimento dos outros.

Em suma, verificou-se que, sendo o indivíduo adulto, gozando integralmente das suas faculdades perceptivas e mentais, estaria apto a tomar decisões acerca do tratamento médico desejado, e que, portanto, não é obrigado a realizar tratamento que não queira. Razão pela qual fica o Estado desautorizado constitucionalmente a impor tratamento transfusional aos pacientes se negue a fazê-lo independentemente das razões.

Quanto aos pacientes que se recusam às transfusões por motivos religiosos, constatou-se que a imposição de hemoterapias aos enfermos Testemunhas de Jeová viola a consciência dessas pessoas, e que obrigá-las a receber o tratamento transfusional sanguíneo representa ação inconstitucional, pois a recusa ao tratamento

hemoterápico por parte desses pacientes é legítima em pese a total conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, verificou-se que no Brasil parte da comunidade médica trata a questão da recusa de transfusões de sangue sob a óptica paternalista. Por essa razão, o Poder Judiciário sempre é acionado para dirimir os conflitos que permeiam a temática.

Contudo, com o avanço da medicina moderna, estudos vem sendo realizados e demonstram que é possível adotar diversos protocolos clínicos isentos de transfusões de sangue, haja vista a existência opções terapêuticas eficazes, seguras e de baixo custo.

Ademais, a recusa aos tratamentos transfusionais é legítima, na medida em que o procedimento hemoterapeutico não assegura de forma efetiva a vida do paciente, ao contrário, pois se trata de procedimento arriscado em que os enfermos ficam suscetíveis a contaminação por doenças infecciosas tais como a AIDS e a hepatite, bem como as reações adversas as transfusões e ao erro humano, diante da possibilidade de transfusão de sangue incompatível.

Dessa forma, o uso de hemoterapias sem o consentimento do indivíduo viola os preceitos constitucionais aduzidos pela CF/88, bem como os dispositivos infraconstitucionais, sendo que ao agir em desconformidade com a lei o médico que forçosamente aplica a conduta terapêutica recusada poderá ser responsabilizado na ceara civil e penal.

Portanto, é dever do médico respeitar os valores individuais e morais dos pacientes, buscando sempre a melhor terapia disponível ao seu alcance para tratamento do enfermo, pois o paciente é um ser autônomo, e, portanto, possui capacidade para optar pelo tratamento médico que julgar mais adequado.

Além disso, constatou-se que o consentimento informado é desdobramento do princípio da autonomia, responsável por capacitar o indivíduo a obter a compreensão necessária para tomar uma decisão autônoma.

Portanto, é necessário que o médico preste ao paciente todos esclarecimentos inerentes ao seu estado de saúde, informando as possíveis opções de tratamento e as consequências da não aceitação do procedimento sugerido. Entretanto, a decisão de aceitar ou rejeitar o tratamento é apenas do paciente.

Quanto à imposição da terapia transfusional através da concessão de liminares pelo Poder Judiciário, conclui-se que há uma falta de unidade nas convicções dos Tribunais, em que pese às intrínsecas questões relacionadas à vida, à dignidade, à autonomia e os direitos fundamentais. No tocante à atuação estatal, é absolutamente incoerente que dentro de um Estado Democrático o Judiciário se veja tão livre para subjetivar questões que afetam a espera mais íntima do indivíduo.

Portanto, na medida em que se trata de conteúdo tão humano, o adequado seria que o próprio interessado fosse responsável por definir os seus valores e como exercer seus direitos. Assim sendo, é incompatível o Estado restringir os direitos dos indivíduos e interferir nas escolhas do paciente, visto que eles são sujeitos de direito e não objetos, o direito de escolha é deles e não pra eles.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Direitos Fundamentais e Cidadania. São Paulo. Método, 2008.

ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. A SENTINELA. Respeita a dignidade deles? São Paulo, p. 28-31, abr. 1998.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e direito de escolha médico sem transfusão de sangue, mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010.

BASÍLIO, Felipe Augusto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a recusa a tratamentos médicos com hemotransfusão por motivos de convicção religiosa. Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7311/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-recusa-a-tratamentos-medicos-com-hemotransfusao-por-motivos-de-conviccao-religiosa.> Acesso em 21 abr. 2018. Teresina, ano 9, n.º 809, 20 set. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas: Parecer. Disponível em:<http://www.academia.edu/23683434/CELSO_RIBEIRO_BASTOS._Direito_de_recusa_de_pacientes_submetidos_a_tratamento_terap%C3%AAutico_%C3%A0s_transfus%C3%B5es_de_sangue_por_raz%C3%B5es_cient%C3%ADficas_e_convic%C3%A7%C3%B5es_religiosas>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais: Parecer jurídico. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010.

_____. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BLOODLESS. Medicina Moderna Não Transfusional. Disponível em: <http://bloodless.com.br/medicina-moderna-nao-transfusional/>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2018.

_____. Decreto lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento 2009.01.00.010855-6/GO. Quinta Turma. Agravante:Universidade Federal de Goiás. Agravado: Manoel Batista Alves. Relator: Fagundes de Deus. Brasília, 20 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=2009.01.00.010855-6&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 1 maio 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/09, de 17 de setembro de 2009**.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada.STA 389/MG. Tribunal Pleno. Agravante: Centro de educação religiosa judaica. Agravado: União. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília: 14, de maio de 2010. Disponível

em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000104426&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. 26ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Jeová. Ação Ordinária nº 0014856-61.2014.402.5101. Requerido: Vera Lúcia de Oliveira. Juíza Federal: Frana Elizabeth Mendes. Brasília, Rio de Janeiro, 08 de Julho de 2015. Disponível em:< http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=EC1DE2E8961240AEB644F098016DC10E&timeIni=81400,4&P1=71636321&P2=8&P3=&NPI=215&NPT=215&TI=1&NV=542973&MAR=S>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Agravo de Instrumento nº 0017343-82.2016.4.01.0000/MG. Agravante: Maria Mylena Silva Teixeira. Agravado: Empresa Brasileira De Servicos Hospitalares Ebserh. Desembargador Federal: Kássio Nunes Marques. Brasília, 16 maio 2016. Disponível em: < https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00173438220164010000&pA=&pN=17343822016401000>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRECHARA, Evanildo. Minidicionário da língua portuguesa. Dispor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p.311.

BRUMLEY, Philip, DEL CLARO, José Cláudio e ANDRADE, Miguel Grimaldi Cabral de. Porque respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue, Julho de 1999, Cesário Lange, SP.

BINENBOJM, Gustavo. Parecer 09/2009 – GUB. Disponível em: < http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=a25069b8-b42b-4cc0-8813-8e3f9a4a9d2d&groupId=132971>. Acesso em: 5 mai. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002. p. 1146.

COMISSÕES DE LIGAÇÃO COM HOSPITAIS: para as Testemunhas de Jeová. Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. Disponível em https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/estrategias-downloads/comissoes-ligacao-hospitais-testemunhas-de-jeova/. Acesso em 28 ago. 2018.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTRATÉGIAS CLÍNICAS PARA EVITAR TRANSFUSÕES DE SANGUE. Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 2012. Disponível em:

https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/estrategias-downloads/estrategias-clinicas-para-evitar-transfusoes-sangue/. Acesso em: 30 ago 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio. Rio de Janeiro: Positivo. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusões de sangue. Parecer jurídico, São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1994. p.20.

FORTES, Paulo Antônio De Carvalho.Por uma Melhor Relação Médico-Paciente. Revista Da Associação Médica Brasileira, São Paulo: v. 48, n. 2, abr./jun. 2002.

GRAMÁTICA. Etimologia de Autonomia. <https://www.gramatica.net.br/origem-das palavras/etimologia-de-autonomia/> Acesso em: 1 de maio de 2018.

HAJJAR, Ludhmila Abrahão. Estudo prospectivo e randomizado das estratégias liberal e restritiva de transfusão de hemácias em cirurgia cardíaca. 2010. 169 fls. Tese (Doutorado) – Programa de Anestesiologia, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. A indústria do sangue. Época, jun. 2011. Nota: entrevista concedida a SAGATTO, Cristiane. Disponível em: <http://www.doutorcoracao.com.br/noticias/a-industria-do-sangue-1661.html> Acesso em: 7 abr. 2018.

INSTITUTO HOC HEMOTERAPIA. História da transfusão de sangue. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.institutohoc.com.br/historia-transfusao.html>. Acesso em: 5 abr. 2018.

JUNQUEIRA, Sebastião Alves. Transfusão de sangue e o direito de escolha de tratamento: tempo de mudanças, Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, jan. 2010, p. 71

JW,ORG. Testemunhas de Jeová. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/worldwide/>. Acesso em: 03 mar.2018.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições Calouste Gulbenkian, 1948.

LIGIERA *apud* MOLLISON, P. L.; ENGELFRIET, C. P.; CONTRERAS, Marcela. Blood transfusion in clinical medicine. 9th ed. London, England: Blackwell Scientific Publications, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.318.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. MACHADO, Renato de Freitas Souza. Recomendação PRDC-RJ nº 18/2016. Inquérito Civil 1.30.001.003183/2012-62. Rio de Janeiro, 5 set. 2016.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais: Parecer Jurídico. 2009, p.33. *apud* GOODNOUGH, Lawrence T. et al, Bloodless medicine: clinical care without allogeneic blood transfusion, p.669.

ORIGEM da Palavra. Site de Etimologia. Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/violar/>. Acesso em: 27 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos, de 5 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

PESSINI, Leo. Autonomia do Paciente. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/modificacaocem/include/apresentacoes/apresentacoes.asp.> Acesso em: 20 set. 2009.

OLIVEIRA, Raquel. Cirurgia sem transfusão de sangue a um paciente Testemunha de Jeová é garantida. Disponível em: http://www.defensoria.df.gov.br/defensoria-garante-transplante-sem-transfusao-de-sangue-a-um-paciente-testemunha-de-jeova/. Acesso em: 30 ago 2018.

RELIGIÃO: um embate delicado chega cada vez mais a justiça: de um lado, testemunhas de Jeová que se recusam a receber transfusões de sangue. De outro, médicos, cuja missão é tentar salvar a vida dos pacientes. Correio Brasiliense. Brasília, 2 mai. 2009.

ROMERO Beltrão, Silvio. O Médico e o Respeito às Crenças Religiosas. Disponível em: <http://www.faculdademarista.com.br/argumentum/volume1/Silvio.htm> Acesso em: 10 maio 2018.

SAGATTO, Cristiane.A indústria do sangue. Época, jun. 2011. Disponível em: <http://www.doutorcoracao.com.br/noticias/a-industria-do-sangue-1661.html> Acesso em: 7 abr. 2018.

SANTANA, Ana Lucia. Suicídio. Info Escola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/suicidio/>. Acesso em: 4 mai. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

SHANDER, Aryeh. A indústria do sangue. Época, jun. 2011. Nota: entrevista concedida a SAGATTO, Cristiane. Disponível em: <http://www.doutorcoracao.com.br/noticias/a-industria-do-sangue-1661.html> Acesso em: 7 abr. 2018.

TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DA BÍBLIA SAGRADA. Tradução por Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2018.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. Considerações jusnaturalistas sobre a transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. Brasília: Instituto Processos, 2011. P. 49-53. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/6_edicao1.pdf>. Acesso em 29 mar. 2018.

VIEIRA, Tompson. Sem Sangue: A medicina encarou o desafio. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=b_LDAEN8rQk> 2015. (29m23s). Acesso em 04 de out. 2018

ANEXOS

Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde

1. Eu, _____
_____
_____
preencho este documento para determinar diretivas relativas ao tratamento de minha saúde e nomear um procurador para o caso de eu vir a ficar inconsciente.
2. Sou Testemunha de Jeová, e não aceito **NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma** em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida. (Atos 15:28, 29) Recuso-me a fazer doações antecipadas e a armazenar meu sangue para posterior infusão.
3. **Com respeito a questões que envolvam fim da vida:** [Apus minha assinatura abreviada (rubrica) na opção que se aplica ao meu caso.]
(a) ____ Não desejo que minha vida seja prolongada se, conforme certo grau razoável de certeza médica, meu quadro clínico for considerado em fase terminal, em razão de enfermidade grave e incurável.
(b) ____ Desejo que minha vida seja prolongada tanto quanto possível, nos limites dos padrões médicos geralmente aceitos, mesmo que isso signifique ser mantido vivo por anos com a ajuda de aparelhos.
4. **Instruções com respeito a outros tratamentos de saúde** (tais como medicamentos em uso, alergias, problemas de saúde ou qualquer outra instrução sobre minha vontade com relação a tratamentos médicos). É minha vontade que:
_____
_____
_____
_____
_____
_____
_____
5. Não concedo a ninguém (incluindo meu procurador) autoridade para desconsiderar ou anular minhas instruções expressas neste documento. Familiares, parentes ou amigos talvez discordem das minhas decisões, mas qualquer discordância da parte deles não diminui a força ou a substância da minha recusa de sangue ou de outras instruções.
6. À parte das questões acima abrangidas, nomeio a pessoa indicada neste documento como meu procurador para tomar em meu nome decisões sobre tratamentos de saúde. Outorgo-lhe plenos poderes para solicitar informações de meus médicos, requerer e receber cópias de meus prontuários médicos, tomar medidas legais para garantir que minha vontade seja respeitada e representar-me judicial e extrajudicialmente (cláusula *ad judicia et extra*). Se meu primeiro procurador não estiver disponível, estiver incapacitado ou não estiver disposto a servir, nomeio um procurador alternativo, conforme indicado neste documento, para atuar com os mesmos poderes e autoridade.

Página 1 de 2

(Assinatura)

(Local e data)

DECLARAÇÃO DAS TESTEMUNHAS: Declaro, para os devidos fins de direito, que o outorgante assinou este documento na minha presença, estando em pleno gozo de suas faculdades mentais e livre de qualquer erro, dolo ou coação. Tenho 18 anos de idade ou mais. **Também, não sou o procurador nem o procurador alternativo do outorgante, nomeados mediante este documento.**

(Assinatura da testemunha)

(Nome e n.º do RG)

(Assinatura da testemunha)

(Nome e n.º do RG)

PROCURADOR

Nome e qualificação:

Endereço:

Telefone(s):

PROCURADOR ALTERNATIVO

Nome e qualificação:

Endereço:

Telefone(s):

Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde
(O documento está assinado na parte interna)

NÃO APLIQUE SANGUE

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Lígia Barros De Aquino

RESUMO

O presente artigo situa-se, inicialmente, no estudo sobre os negócios jurídicos processuais qual o seu conceito, características, o papel das partes no negócio jurídico, as possibilidades de aplicação. Em seguida este artigo analisará a colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico, os requisitos para esta caracterização e a utilização da colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Palavras Chave: Direito Processual Civil, Colaboração Premiada, Negócios Jurídicos Processuais, Improbidade Administrativa, Código de Processo Civil de 2015.

INTRODUÇÃO

O tema das convenções processuais encontra-se na pauta do dia. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma transformação no modo de ver o processo civil, atualmente ele é orientado de maneira a viabilizar a negociação entre as partes, de acordo com Fredie Didier Jr[1], é possível referir-se ao Novo Código de Processo Civil (NCPC) de "código das partes".

[1] DIDIER JR, Fredie, BOMFIM, Daniela, Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.** A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

Dentre essas novidades estão os negócios jurídicos processuais, para Didier[2] a existência destes geraria uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, visto que causaria uma flexibilização dos procedimentos definidos em lei.

Uma das contribuições mais notáveis sobre a ampliação do espectro de possibilidades das convenções processuais em relação ao Código anterior[3] consiste justamente na promoção do acesso à justiça mediante a criação de um novo caminho de resolução de conflitos.

Diante dessa nova sistemática do Código de Processo Civil de 2015, é possível que as partes convencionem sobre os atos que podem ser praticados dentro de uma futura ação judicial, ou de uma que já esteja em trâmite. Tal ideia ganhou força com a previsão do artigo 190 do CPC/2015, que permite às partes convencionarem sobre mudanças no procedimento, e ainda, sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Assim sendo, surgem as seguintes perguntas: É viável um acordo sobre procedimentos definidos em lei? Como escolher que tipo de prova utilizar no processo? É admissível definir um prazo diferente do que já está proposto no código? É possível convencionar sobre uma forma de rateio das despesas processuais? Qual o papel do juiz nessa nova forma de procedimento? Qual seria o limite de aplicação desses "negócios"?

Todos esses questionamentos instigam os operadores do direito a procurar saber mais sobre o assunto, pois mostra uma forma de "pensar" o processo judicial de maneira totalmente distinta da que é ensinada nos cursos de Direito. A ideia atual ainda é a de sempre agir de forma litigiosa, que o processo é o único meio de

[2] DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no código de processo civil de 2015.** Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo. v. 1. n. 1. p. 59-84, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=ff39e72857de439170dd395b356f75df>. Acesso em 8 ago 2017.

[3] O Código de Processo Civil de 1973 já albergava em seu artigo 158 uma cláusula geral de negociação processual atípica para além das hipóteses típicas espalhadas ao longo do diploma.

solucionar as lides e que o Estado é o único capaz de propor regras sobre os procedimentos, o que leva sempre a uma "adequação" das partes ao processo.

É certo que as formas processuais correspondem à necessidade de ordem, certeza e eficiência. A sua observância representa uma garantia de andamento regular e legal do processo e, acima de tudo, respeito às partes. O formalismo é indispensável ao processo. Não obstante, é preciso que o estrito cumprimento das normas não prejudique a garantia do direito. Princípios constitucionais, como a duração razoável do processo, a celeridade e a efetividade devem ser observados de forma a garantir que a tutela jurisdicional seja eficaz.

Baseada nesse contexto, a necessidade de flexibilização procedimental ganhou força, e a busca da promoção de uma justiça mais célere e efetiva obteve mais espaço com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

O Código de 2015 busca, em sua essência, valorizar a consensualidade e o diálogo, desconstruindo a ideia de processo como um espaço destinado apenas ao julgamento e à jurisdição. Revalorizou-se a relação jurídica processual e o processo como instrumento de resolução de conflitos. Desse modo, o Poder Judiciário tem o seu papel redimensionado para garantir um modelo de prestação jurisdicional mais democrático que permita a participação dos sujeitos processuais na construção da decisão que solucionará a questão conflituosa.

O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 é o cerne dessas mudanças, portanto as disposições contidas nesse artigo serão objeto deste estudo. Tudo que é novo causa estranhamento, apreensão e expectativa e, principalmente, dúvidas sobre qual será a aplicação prática desta técnica inovadora, fazendo, com isso, que o estudo dos negócios jurídicos processuais se torne uma disciplina interessante para futuros operadores do direito.

Resultado de uma tendência de Justiça Consensual, a colaboração premiada, regulamentada na Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa), é

um meio especial de obtenção de prova que auxilia a persecução penal em crimes de maior complexidade, como os que envolvem organizações criminosas.

Segundo Didier Jr. e Bonfim[4], a colaboração premiada é um "acordo de vontades" entre o Ministério Público (ou o delegado de polícia) e o acusado/investigado, em que este deve dar informações que facilitem o esclarecimento do ilícito. Em troca, o agente arrependido, que efetivamente colaborou com a Justiça, tem a sua pena diminuída ou mesmo não aplicada (perdão judicial). De acordo com os citados a colaboração premiada, devido às suas características, seria um negócio jurídico processual atípico.

O instituto da colaboração premiada é uma das formas mais eficazes de se combater os crimes organizados e a sua importância nos dias atuais é evidente. Portanto, nada mais instigante do que estudar a sua natureza jurídica, e a sua possível aplicação no âmbito da improbidade administrativa.

A admissibilidade do instituto da colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa é bastante discutida pela doutrina atualmente[5]. O questionamento central é esclarecer se: nos crimes que, a um só tempo, por sua própria natureza, possuem o condão de gerar, além da criminal, a responsabilização cível por improbidade é possível, tomar por empréstimo os prêmios legais da colaboração premiada (Lei n. 12.850), transportando-os, por analogia, às ações de improbidade administrativa.

Nesse aspecto, este trabalho analisará a colaboração premiada como negócio jurídico processual, os requisitos para esta caracterização e a utilização da colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa.

---

[4] DIDIER JR, Fredie, BOMFIM, Daniela Santos. Colaboração premiada (lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 62, p. 23-59, out/dez. 2016.

[5] TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães**. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.** p. 29-51. In: Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5° Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: Disponível em http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes. Acesso em: 05/06/2018.

No primeiro capítulo, serão tratados aspectos atinentes ao negócio jurídico processual, conceito, características, o papel das partes no negócio jurídico, as possibilidades de aplicação e demais aspectos relacionados ao tema.

Já no segundo capítulo, será comentada a colaboração premiada, seu conceito, natureza jurídica e sua importância no âmbito do combate à corrupção. Por fim, e não menos importante, a improbidade administrativa, seu conceito, importância e características.

O assunto escolhido busca contribuir para o debate jurídico acerca das inovações advindas com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 por meio de pesquisas bibliográficas, utilizando posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicabilidade do art. 190 do Código de Processo Civil nos processos de improbidade administrativa como meio de admitir a celebração da colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico.

1 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL.

O negócio jurídico consiste na modalidade de ato jurídico (em sentido amplo) cujo conteúdo e efeitos específicos são delineados pela manifestação de vontade do sujeito que o celebra. A voluntariedade é importante não só para a prática do ato em si, mas na obtenção e definição das suas consequências.

Havia divergência na doutrina quanto à existência, propriamente dita, do negócio jurídico processual. Para a corrente majoritária[6], existiam negócios jurídicos materiais com consequências processuais, ou seja, a vontade do sujeito era relevante para a definição do conteúdo e efeitos materiais, mas o efeito processual seria prefixado em lei. Compartilham dessa ideia Alexandre Freitas Câmara[7] que

[6] TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: notas sobre os negócios jurídicos processuais.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044 Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em: 15 ago. 2017

[7] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 25° ed. São Paulo, ed. Atlas, 2014, v.1, p.276. apud CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil

assevera: "os atos de vontade praticados pelas partes produziriam no processo apenas os efeitos ditados pela lei" e Cândido Rangel Dinamarco[8]:

> Negócio jurídico seria ato de autorregulação de interesses, firmado no princípio da autonomia da vontade; todo negócio jurídico pressupõe, para ele, que seus efeitos sejam, exata e precisamente aqueles que as partes querem, o que não ocorre no processo, pois a lei estabelece as consequências dos atos praticados no processo, sem conferir qualquer margem de intervenção às partes.

A natureza jurídica das normas processuais é de direito público e, em decorrência dessa percepção, tais normas possuem um caráter cogente, obrigatório, que impossibilitava qualquer tentativa de interpretação do processo judicial como uma relação de direito obrigacional entre os sujeitos processuais.[9] De acordo com Chiovenda[10]: "*não existe, pois, um processo convencional, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo*". Dessa forma, firmou-se o entendimento de que convenções processuais possuíam limitado campo de atuação.

No Código de Processo Civil de 1973, a autonomia para alterar procedimentos mandamentais restringia-se a poucas opções, tais como: redução ou ampliação dos prazos dilatórios (art. 181), adiamento de audiência (artigo 453, I), eleição de foro (artigos 111 e 112).

---

brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), Negócios Processuais. Salvador, Juspodivm, 2015, p.34.

[8] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6° ed. São Paulo, ed. Malheiros, 2009, vol.2, p. 484. apud CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), Negócios Processuais. Salvador, Juspodivm, 2015, p.34.

[9] PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334, jul/dez.2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/19968/14311> Acesso em 18 ago. 2017

[10] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v.10. São Paulo, Bookseller, 1998 apud PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334, jul/dez.2015

Contudo, não havia no Código prescrição que impossibilitasse a "ampliação" das possibilidades de utilização de tais procedimentos, fosse para dispor sobre situações processuais ou para regular o procedimento, adequando-o às particularidades do direito material envolvido na demanda.

A natureza de direito público e a força cogente das normas processuais não são óbices à decisão legislativa de se admitir a ampliação da convenção no tocante às regras de procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres, ou de compartilhamento da gestão do procedimento em conjunto com o magistrado.

Essa concepção, em que a rigidez era prevalente, foi mudando com o tempo e, atualmente, a doutrina[11] já admite a existência de negócios processuais. As opiniões favoráveis se baseavam no disposto no artigo 158 do CPC de 1973 que assim determinava: "Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais".

José Carlos Barbosa Moreira[12] admite a existência das chamadas convenções processuais, convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual.

José Eduardo Carreira Alvim, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo Greco[13] também acreditam na existência dos negócios jurídicos

[11] TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: notas sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044 Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em: 15 ago. 2017

[12] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**, Temas de direito processual - terceira séria. São Paulo, ed. Saraiva, 1984, p.87-98 apud CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), Negócios Processuais. Salvador, Juspodivm, 2015, p. 52.

[13] CUNHA, Leonardo Carneiro. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro.** In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), *Negócios Processuais.* Salvador, Juspodivm, 2015, p.52.

processuais. De igual modo, Didier e Nogueira[14] também reforçam que os negócios jurídicos processuais existem.

O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 trata de esclarecer que, em processos sobre causas que admitam autocomposição, as partes podem estipular mudanças no procedimento judicial, de forma a ajustá-lo às especificidades da demanda. Tais modificações podem versar sobre: meios de prova, distribuição de ônus das provas, poderes e faculdades processuais, antes ou durante do processo. Tratando-se de negócio jurídico, a referida convenção deverá obedecer a todos os requisitos exigidos pela legislação civil, principalmente com relação a possíveis nulidades.

Com relação à autonomia das partes no processo, poucos autores se manifestaram sobre o assunto, dentre eles, Moreira[15], que definiu as convenções processuais da seguinte forma:

> Convenções processuais são atos constituídos por duas declarações de vontade com conteúdo igual. Assim, não são contratos, de acordo com a concepção de que estes são formados por declarações de vontades diversas, mas correspondentes.

Do mesmo modo, a definição de Leonardo Greco[16]:

> O processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social. […] Entre esses atos de disposição, encontram-se as convenções

[14] DIDIER JR, Fredie, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador, ed.Juspodvim, 2011, p.54-64. Apud CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), Negócios Processuais. Salvador, Juspodivm, 2015, p.41.

[15] MOREIRA. José Carlos Barbosa (org). ***Temas de Direito Processual:*** **Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98. apud PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334, jul/dez.2015. p.308

[16] GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual: primeiras reflexões.** *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v.01, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <http:www.redp.com.br>. Acesso em: 08 ago 2017.

> das partes, assim entendidos todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes. O que caracteriza as convenções processuais ou é a sede do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo -, ou é a sua finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro.

Segundo Ponte e Romão[17], a negociação acerca do procedimento possui fundamento no princípio da cooperação processual, que impõe a colaboração dos sujeitos processuais entre si, conjugando seus interesses em busca da solução da controvérsia. Tal entendimento é pacífico na doutrina e encontra-se positivado no artigo 6° do Código de Processo Civil de 2015[18].

As possibilidades de convenções processuais vão desde a fixação de obrigações e sanções até a ampliação de prazos de qualquer natureza, dispensa de efeito suspensivo da apelação, de assistentes técnicos e de execução provisória, dentre outras possibilidades. Há, em verdade, uma introdução da autonomia privada dentro da esfera processual, o que denota a sagacidade do Novo Código em propiciar um procedimento mais democrático e aliado às expectativas das partes, pois estas poderão adequá-lo às suas pretensões[19].

Esse poder das partes não pode ser entendido como uma privatização do processo, mas retrata a inteligência de que aquelas, como alvo da prestação jurisdicional, possuem interesse em deliberar sobre as atividades meio e, em determinadas situações, encontram-se mais habilitadas do que o juiz para escolher os rumos do procedimento e estabelecer providências em consonância com o caráter

[17] PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334, jul/dez.2015.p. 309. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index. Acesso em: 08 ago 2017.

[18] BRASIL. Lei n° 13.105/2015. Art. 6°. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[19] PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. **Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil.** Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334. p. 311. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index. Acesso em: 08 ago 2017.

publicista do processo civil, relativos à tutela da paz social e à preservação da ordem pública.

Na redação do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, é possível identificar dois comandos relacionados às convenções processuais: o primeiro refere-se à flexibilização do procedimento; o segundo dispõe sobre o que as partes podem convencionar (ônus, poderes, faculdades e deveres das partes).

1.1 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO.

No Código de Processo Civil de 1973, o procedimento era comandado diretamente pelo magistrado que desempenhava o papel de protagonista do processo. Agora, com o Código de Processo Civil de 2015, a gestão desse procedimento seria compartilhada entre as partes.

A variedade de conflitos que chegam ao Poder Judiciário fez com que o legislador fosse levado a instituir técnicas processuais atinentes à prestação jurisdicional efetiva, de acordo com Marinoni[20]: "O legislador tem o dever, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de instituir as técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material".

O problema é a diferença de velocidade entre as necessidades da vida e do direito material e a previsão, na legislação, de normas capazes de conferir uma prestação jurisdicional plena, efetiva, tempestiva e justa. O direito codificado sempre se encontra desatualizado diante das imposições da sociedade.

A flexibilização do procedimento permitiria ao juiz adequar o rito processual com o objetivo de atribuir a solução mais adequada ao caso concreto. Segundo Liebman[21]:

[20] MARINONI. Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.33.

[21] LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil.** v. 1, p.35 apud GAJARDONI. Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento

> O estudo do direito processual civil deve ser levado a cabo sempre com viva atenção às suas ligações com o direito material, sem o que se corre o risco de reduzi-lo em um pouco interessante computar de formalidades e prazos.

Ainda que o procedimento legal seja a garantia do tratamento isonômico de todos os cidadãos, a lei deve atribuir certa flexibilidade para assegurar a paridade de armas e a ampla defesa, bem como para fazer valer a natureza instrumental dos atos processuais. Contudo, o legislador brasileiro ateve-se a uma rigidez procedimental incompatível com o respeito às garantias do processo um exemplo disso são os prazos peremptórios[22] (artigo 182 do Código de Processo Civil de 1973). Não seria o caso da flexibilização desses prazos trazer uma maior celeridade ao processo?[23]

Gajardoni[24] salienta que: "[...] O procedimento flexibilizado não viola a cláusula do devido processo legal, eis que conservarão na operação todas as garantias constitucionais do processo, especialmente o contraditório [...]". O princípio da eficiência, assim como o princípio da adequação, impõe ao órgão jurisdicional o dever de adaptar regras processuais com o propósito de atingir a eficiência.

A formalidade excessiva é um obstáculo encontrado pela flexibilização do procedimento. De acordo com Oliveira[25]:

---

em matéria processual. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de São Paulo. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. p.201.

[22] BRASIL, Lei 5.869/1973. art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias.

[23] PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. **Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil.** Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334. p. 312.

[24] GAJARDONI. Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito de São Paulo. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2007.p.246.

[25] OLIVEIRA. Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** São Paulo: Saraiva, 2010. apud PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334, jul/dez.2015.

> Classicamente, o formalismo processual reveste-se de poder ordenador e organizador, limitando o arbítrio judicial, pois, na medida em que enseja a igualdade entre as partes, assegura a segurança jurídica, com vistas a promover a justiça do provimento judicial. No fundo, na essência de todas as relações entre processo e o direito material está um específico problema da justiça, só sendo justo aquele que transcorre conforme seus princípios fundamentais e resulta em consonância com os ditames do sistema, nos planos infraconstitucional e constitucional.

Acerca da necessidade do desapego à formalidade excessiva, José dos Santos Bedaque[26] diz:

> É preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Este constitui fator de garantia do resultado e de segurança para as partes, não podendo ser objeto de culto. [...]. Daí porque, muito embora a forma do ato processual seja fator de garantia para as próprias partes, o apego exagerado a ela também constitui óbice à consecução dos objetivos do processo. O sistema da liberdade das formas, se bem compreendido e aplicado, é o mais adequado à natureza instrumental do método estatal de solução de controvérsias. Liberdade não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente, inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação, sem que isso implique violação às garantias do devido processo constitucional.

Tal formalismo vem perdendo a força, o processo passou a ser composto por valores como igualdade, justiça, participação, efetividade e segurança. Tais valores são a base axiológica de onde se extrai valores, regras e postulados para a

[26] BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** 6 ed. São Paulo. Malheiros. 2011. apud PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334, jul/dez.2015.

elaboração, organização, interpretação e aplicação. Por essa nova perspectiva, Oliveira[27] assevera:

> A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso.

O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo[28], limitando-se minimamente o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Segundo Leonardo Greco[29]

> A adoção da flexibilização procedimental não implica na supressão do formalismo, imprescindível para se evitar a anarquia e agraciar previsibilidade à continuidade dos atos processuais; e sim na materialização de uma ampla racionalidade ao processo, atribuindo-lhe máxima eficiência ao alcance de suas finalidades, mediante a aplicação do que Gajardoni conceituou como "princípio da adaptabilidade", investindo a maior efetividade possível ao direito processual no exercício de sua função de realização do direito material e de outorga de justiça.

A interpretação do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 demonstra que o legislador tratou o tema de maneira aberta, deixando margem a diferentes possibilidades de estruturação. Dessa forma, poderão ser objeto de negociação:

1. Os atos processuais praticados pelas partes;

---

[27] PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. *apud* OLIVEIRA. Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

[28] O artigo 5° da LINDB e o artigo 8° do Código de Processo Civil de 2015 determinam que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

[29] GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo.** Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http: egov.ufsc.br>. apud PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire, Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334. p. 316.

2. A forma que os envolverá, englobando o local e o momento de sua realização (exemplo: intimação por meio de ligação telefônica);

3. A conveniência e a oportunidade dos comportamentos dos sujeitos processuais;

4. A ordem das fases e dos atos processuais e;

5. O tipo de procedimento a ser adotado pelo magistrado.

A título de exigências para a sua aplicação, destacam-se a autonomia da vontade, a capacidade, a aquiescência, o engajamento dos litigantes com o modelo adotado e a coerência das modificações acordadas com as individualidades da demanda. Há, portanto, nessas hipóteses, uma derrogação da máxima de que a direção do processo compete diretamente ao magistrado, passando ela a ser encargo comum dele e dos demais sujeitos do processo, materializando um modelo participativo e democrático de processo[30].

1.2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAL ATÍPICOS.

O negócio jurídico processual, de acordo com Fredie Didier Jr[31], é definido da seguinte forma:

> Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

O negócio jurídico é fruto da vontade das partes que o celebram, e é por tal vontade modulado quanto a conteúdo e efeitos.

[30] PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire, Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334. p. 318.

[31] DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 376-377.

O Código de Processo Civil de 2015, por meio do artigo 190, traz uma ampliação da utilização do negócio jurídico processual[32] autorizando a celebração de convenção entre as partes no que diz respeito ao procedimento judicial ou às próprias posições jurídicas processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais). Tal celebração pode ser realizada "antes ou durante" o processo.

Os negócios jurídicos processuais podem ser classificados de acordo com a expressão da vontade das partes (unilaterais, bilaterais ou plurilaterais). Neste artigo os negócios bilaterais, também chamados de convenções processuais, serão objeto de discussão.

O negócio processual, através da sua modalidade bilateral, institui, como objeto, duas situações: o acordo procedimental e as posições processuais. Ambos são autônomos e podem recair tanto para uma quanto para as duas partes. O exercício dessa liberdade negocial subordina-se a determinados requisitos. Nesse sentido, existem pressupostos subjetivos e objetivos[33].

Como requisito subjetivo para a celebração de negócios jurídicos em geral, é preciso que o sujeito tenha personalidade jurídica e capacidade para o exercício de direitos. O enunciado do fórum permanente dos processualistas (FPPC) trouxe previsão sobre a validade dos negócios jurídicos processuais em seu Enunciado n° 403[34]: "A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei".

---

[32] BRASIL, Lei n° 13.105. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

[33] TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: notas sobre os negócios jurídicos processuais.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044 Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em: 15 ago. 2017. p.4

[34] BRASIL. Enunciado nº 403 - art. 190; art. 104 Código Civil - Carta de Vitória- Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wpcontent/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>. Acesso em 22 ago. 2017.

O requisito objetivo genérico, definido no artigo 190 do NCPC, para celebração de convenções processuais é que o "direito" a ser negociado admita a autocomposição.

> Definição de autocomposição[35]: Termo jurídico que faz parte de uma das formas de Soluções de Conflitos que consiste em: quando um dos indivíduos, ou até mesmo todos aqueles, abrem mão dos seus interesses, total, ou parte dele. A **autocomposição** se dá de três formas, quais sejam: Desistência, Submissão e Transação.

De acordo com Eduardo Talamini[36], não só as causas que envolvem direito material disponível admitem autocomposição. Segundo ele: "[...] a autocomposição abrange qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio"[37].

Além do requisito objetivo genérico acentuado no artigo 190 do NCPC, existe a necessidade da definição de algum requisito específico nos casos concretos, como por exemplo, um negócio em que as partes negociem a previsão de julgamento em um único grau de jurisdição, suprimindo a apelação. Tal negócio jurídico só será admissível se a causa por ele tratada não se submeter ao duplo grau de jurisdição obrigatório (artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015). Assim, é necessário analisar não só o preenchimento de seus pressupostos gerais, mas também se não existe alguma especificidade adicional no caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015 também veda o abuso no negócio processual. O juiz não aplicará o negócio processual se ele estiver inserido

---

[35] Definição retirada de: VANIN, Carlos Eduardo. **O que é autocomposição.** Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/192097736/o-que-e-autocomposicao>. Acesso em 29 ago. 2017.

[36] TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais.** Revista de Processo, vol.128, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais_2005_. Acesso em: 23 ago. 2017

[37] TALAMINI, Eduardo. op. cit., p.5.

abusivamente em um contrato de adesão, ou seja, a vulnerabilidade[38] de uma das partes é levada em conta na avaliação da eficácia do negócio processual[39].

Com a implementação do artigo 190, faz-se imperioso demonstrar alguns exemplos de negócios jurídicos processuais permitidos pela referida disposição legal: a) acordo de impenhorabilidade; b) de instância única; c) de ampliação e redução de prazos; d) para a superação da preclusão; e) de substituição do bem penhorado; f) de rateio das despesas processuais; g) para retirar o efeito suspensivo da apelação; dentre tantos outros que poderão ser realizados entre as partes[40].

Tal diversidade de espécies tem como elemento comum a produção dos efeitos jurídicos-processuais. Segundo Talamini[41], a fórmula geral utilizada para a definição do pressuposto objetivo dos negócios processuais é a admissibilidade de autocomposição.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) elenca uma série de direitos, em seus Enunciados n. 19[42] e 21[43]:

---

[38] De acordo com AMORIM "[...] Uma parte em difícil situação econômica e que precisa de qualquer forma celebrar um contrato – ainda que não seja de adesão – para se manter, certamente está em situação de vulnerabilidade econômica, e nesse caso o negócio jurídico processual pode ser nulo, desde que seu objeto imponha um sacrifício injustificado à parte vulnerável [...]". Em: AMORIM, Daniel Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil.** 8° ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.478.

[39] BRASIL. art. 190, parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

[40] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª Ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, 2015, p. 381-382.

[41] TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: notas sobre os negócios jurídicos processuais.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044 Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[42] BRASIL. Enunciado nº 19 - art. 190 - Carta de Vitória - Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wpcontent/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf> Acesso em 20 ago. 2017.

43 BRASIL. Enunciado nº 21 - art. 190 - Carta de Vitória - Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wpcontent/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

> 19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.
>
> [...]
> 21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

Os direitos explicitados incluem os integrantes da relação jurídica a certa "participação procedimental" em um processo futuro ou em trâmite, permitindo que estes sejam capazes de decidir a melhor forma de resolução do conflito, podendo, ainda, adequar os procedimentos conforme a necessidade destes[44].

O desafio da doutrina será identificar os limites para os negócios jurídicos processuais. O próprio artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 deixa claro que há possibilidade de negociação sobre procedimento e sobre regras processuais.

A licitude do objeto do negócio processual passa pela importância de observação das garantias fundamentais do processo. Não é possível um negócio processual que permita, por exemplo, a admissibilidade de uma prova ilícita no processo. Tal instituto deve situar-se no espaço disponibilizado pela lei, não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes. A legislação impõe, por exemplo, observância às normas de competência absoluta, permitindo, entretanto,

[44] NASCIMENTO, Vinícius Pereira; CANANEA, Thiago Nunes Abath. **O negócio jurídico processual e os direitos que admitem autocomposição.** Revista eletrônica direito FPB, 2016.

negócios jurídicos típicos sobre competência relativa, ou seja, não é possível a celebração de negócio processual que modifique a competência absoluta[45].

Os negócios jurídicos processuais, como visto, pertencem ao grupo dos institutos que correm na esteira da consensualidade. Ou seja, pretendem viabilizar uma participação maior dos próprios sujeitos envolvidos na relação jurídica, substituindo regras gerais por regras estabelecidas em comum acordo pelos sujeitos processuais.

Tal possibilidade fora alargada com o advento do Código de Processo Civil de 2015, cujo art. 190, *caput*, consagra, de vez, a existência de negócios jurídicos processuais. A previsão visa atender à necessidade já compreendida pela doutrina de que os métodos de solução de conflitos devem se adequar às características da lide, objetivando um direito processual que prestigie a "cultura da pacificação" em detrimento da "cultura da sentença"[46].

Num primeiro momento, examinam-se as prerrogativas e sujeições do Poder Público, através do princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público; para, então, analisar as possibilidades e restrições da aplicação das convenções processuais às pessoas de direito público[47].

1.3 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: A POSSIBILIDADE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

[45] CUNHA, Leonardo Carneiro. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro.** In: CABRAL, Antonio do passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), *Negócios Processuais.* Salvador, Juspodivm, 2015, p.59.

[46] WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: CIANCI, Mirna; e MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e Negócios Processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1; coordenador geral, Fredie Didier Jr.), p. 651.

[47] CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. **Fazenda Pública e Negócios Processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo.** In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1; coordenador geral, Fredie Didier Jr.), p. 619.

A administração publica está sujeita a princípios, que servem como diretrizes não somente para sua composição, como também para sua atuação perante a sociedade como um todo. Pode-se afirmar que os princípios mais caros ao regime jurídico-administrativo são a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse publico.

A supremacia do interesse público é interpretada no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Por princípio, há prevalência do interesse público sobre o interesse dos particulares, ainda que considerados em grupos. A indisponibilidade indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, configurando-se como uma decorrência de sua supremacia. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma[48]:

> Significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Tendo em vista a indisponibilidade do interesse público, coloca-se em questão a possibilidade de autocomposição no âmbito da administração pública. Mirna Cianci [49] explica, resumidamente:

> A tese de que (x) o princípio da indisponibilidade do interesse público implica a indisponibilidade de todos os direitos da Administração Pública e, por consequência, nenhum deles é passível de transação ou autocomposição; e a tese de (y) embora indisponível o interesse público, é possível transação e autocomposição sobre direitos da Administração, tanto quanto é possível dispor desses direitos por meio de outros negócios jurídicos bilaterais (contratos), plurilaterais (sociedades) e até mesmo unilaterais (assistência social)

[48] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, São Paulo, Malheiros, p.76.
[49] CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. **Fazenda Pública e Negócios Processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo.** In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1; coordenador geral, Fredie Didier Jr.), p. 619.

Inicialmente, compreende-se que a indisponibilidade do interesse público não implica numa automática indisponibilidade de todos os direitos da administração pública. De acordo com Di Pietro[50]:

> O interesse público é sempre indisponível pela administração pública, porque ele é de titularidade da coletividade, e não do poder público. A administração pública apenas o administra, protege e tem o dever de dar-lhe efetividade. Mas não pode dela dispor livremente porque não lhe pertence. Portanto é correto afirmar que o interesse público é indisponível, mas isso não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação. A título de exemplo, cite-se o direito do contratado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Aceita-se essa medida porque é do interesse público garantir a continuidade dos contratos administrativos.

Dessa forma, é possível entender que os direitos da Administração Pública não estão excluídos do grupo de "direitos disponíveis" sujeitos à transação.

A Administração Pública já realiza transações. No âmbito administrativo, são vários os exemplos, como nos acordos em contratos administrativos (artigos 65 e 79 da Lei n. 8.666/93), os acordos nos procedimentos sancionatórios do CADE (artigo 53 da Lei n. 8.884/94), os termos de ajustamento de conduta da Lei de Crimes Ambientais (artigo 79-A Lei n. 9.605/1998), as previsões contidas na Lei de Concessões (Lei n. 8.987/1995, artigo 23, XV). A possibilidade de a administração pública confessar, desistir, fazer transação, firmar compromissos, sem que se alegue qualquer óbice de natureza jurídica fica evidente na Lei Complementar n. 73/1993 (Lei da Advocacia-Geral da União), que outorgou ao advogado-geral da União a competência para "desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente" (artigo 4°, VI).

[50] Di PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2. Aceso em 18/09/2018.

Mais recentemente, a Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), autoriza expressamente parte das pessoas jurídicas que compõem a Fazenda Pública[51] a recorrer a meios de solução autocompositiva para resolver a lide sem a necessidade de ir ao Poder Judiciário.

Permite-se concluir, portanto, que a administração pública é capaz de celebrar negócios jurídicos processuais. Ainda que a regra da indisponibilidade do interesse público seja prevalente, é possível mitigar esse preceito para que as demandas da sociedade possam ser atendidas de forma mais eficiente.

2 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO.

Normas legais que garantam benefícios ao agente criminoso em troca da sua colaboração à atividade de persecução penal não é novidade na legislação brasileira, sua introdução ocorreu por meio das Ordenações Filipinas em 1603, mas ficou relegada ao esquecimento durante vários anos e só voltou a ser efetivamente utilizada com a Lei n. 8.072/1990[52] – Lei dos crimes hediondos.

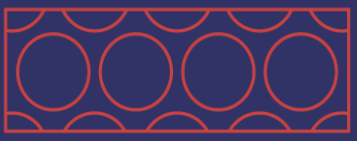
Agora, existe previsão deste instituto em vários tipos/ordenamentos jurídicos penais, dentre os quais[53]: Código Penal (artigo 159, §4º), Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional – n. 7.492/1986 (artigo 25, §2º), Lei dos crimes contra a ordem tributária e econômica – n. 8.137/1990 (artigo 16, parágrafo único.), Lei dos crimes hediondos – n. 8.072/1990 (artigo 8°, parágrafo único), Lei dos crimes de

[51] O conceito de "Fazenda Pública" utilizado compreende toda a Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como as autarquias e fundações públicas (pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta).

[52] MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Delação Premiada Não Serve Para Fins de Admissibilidade de Ação de Improbidade Administrativa.** Revista Síntese: Direito Administrativo. São Paulo, v 11, n.131, p.35-49. nov. 2016. Acesso em: 04/2018 Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/106752;

COSTA, Fernando José da. **Delação premiada: uma prova a ser usada com ressalvas.** Revista Jurídica Consulex, ano. XVIII, n. 426, out./2014, p. 19.

[53] CAVALO, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013.** In: MOURA, Maria Thereza de Assis, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Colaboração Premiada. Revista dos Tribunais, 2017. p. 256.



lavagem de capitais – n. 9.613/1998 (artigo 1º, §5º), Lei de proteção a vítimas e testemunhas – n. 9.807/1999 (artigos 13 e 14), Lei de drogas – n. 11.343/2006 (artigo 41), Lei antitruste – n.12.529/2011 (artigo 87, parágrafo único).

Todavia, foi a partir da Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas) que o sistema penal brasileiro passou a prever uma nova modalidade de colaboração processual[54]. A "colaboração premiada" é utilizada como meio de obtenção de prova (art. 3°, I), regrando-se nos seus artigos. 4° a 7°.

Badaró[55] comenta sobre a natureza "mista" da delação premiada que pode ser utilizada como "meio de obtenção de prova" ou como "meio de prova"[56].

> Todavia, não é possível considerar que a colaboração premiada, como um todo, seja um meio de obtenção de prova. Já se viu que os meios de obtenção de prova não são diretamente valoráveis pelo juiz. E, se fosse pura e simplesmente um meio de obtenção de prova, a colaboração – enquanto conteúdo do que foi declarado pelo colaborador – em si não seria diretamente valorável pelo magistrado. O teor do que foi declarado apenas permitiria que, perante as informações dadas pelo colaborador, fontes ou elementos de prova pudessem vir a ser obtidos e, estes sim, seriam valorados e influenciariam o convencimento judicial.

A normatização apresentada pela Lei n. 12.850/2013 reflete um amadurecimento no trato com o instituto[57], desde a definição de sua denominação, passando pelos benefícios conferidos ao colaborador (perdão judicial e substituição

[54] BOTTINO, Thiago. **Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava-Jato".** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 122, p.359-390. Ago. 2016. Nesse artigo o autor descreve a evolução histórica sobre as medidas de cooperação (confissão, delação e colaboração) no direto penal brasileiro de forma a compreender o contexto em que a colaboração premiada foi introduzida no Brasil.

[55] Para o autor é mais importante saber se a colaboração é só mais um mecanismo probatório atuante em um modelo epistêmico de justiça penal ou é um novo modelo de Justiça Penal. BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?** In: MOURA, Maria Thereza de Assis, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Colaboração Premiada. Revista dos Tribunais, 2017. p. 128-133.

[56] A doutrina ainda não chegou a um consenso sobre a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada, existindo muita controvérsia a esse respeito.

[57] SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 14, n. 27, jan.-jun./2011, p. 191-205. Acesso em: 04/2018 Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/81134

da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, além da redução de pena) e pelos efeitos pretendidos com a colaboração (abrangendo resultados preventivos da prática de infrações penais). Estabelece, ainda, aspectos procedimentais antes inexistentes na legislação brasileira, dando lastro a um verdadeiro microssistema de tratamento do instituto da colaboração premiada no Brasil[58].

O Superior Tribunal de Justiça[59] conceituou que "o instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime [...]".

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 127.483, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, avançou conceitualmente e definiu a colaboração premiada como um negócio jurídico processual[60].

> A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal (...).
>
> Note-se que a Lei 12.850/2013 expressamente se refere a um 'acordo de colaboração' e às 'negociações' para a sua formalização, a serem realizadas 'entre delegado de polícia', o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou conforme o caso, entre o ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (art. 4°, § 6°), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.

[58] BADARÓ, Gustavo. **O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13.** Revista Jurídica Consulex, ano XIX, n. 433, fev./2015, p. 26-27.
[59] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, HC 90.962/SP, 6° Turma. DJe 22/06/2011.
[60] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 127.483/PR, DJe 27/08/2015 (Informativo STF n.796)

O conceito mais moderno de colaboração premiada, contudo, é dado por Renato Brasileiro de Lima[61] da seguinte forma:

> Colaboração premiada é uma técnica especial de investigação por meio da qual o coator e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Portanto, é possível afirmar que a colaboração (ou delação) premiada consiste em um negócio jurídico celebrado entre a autoridade policial ou o Ministério Público, de um lado, e o investigado (ou acusado), de outro, por meio do qual o Poder Público admite conceder ao investigado (ou acusado) benefícios penais ou processuais penais (perdão judicial, redução de pena privativa de liberdade, substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, progressão de regime sem observância a requisitos objetivos) em troca de informações capazes de viabilizar a identificação de coautores e partícipes do delito, a prevenção de infrações penais, a localização de vítima com sua integridade física preservada, dentre outras hipóteses. A colaboração premiada objetiva, além de outras finalidades, a obtenção de provas capazes de dar lastro à condenação criminal dos envolvidos na prática do delito.

A colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013 tem como elemento principal a exteriorização da vontade das partes[62], que, no caso, são o acusado, assistido por seu defensor, e o acusador (Ministério Público ou delegado de polícia, conforme a fase processual do caso). O juiz não participa do negócio na fase de formação (exteriorização das vontades), sua participação ocorre posteriormente com a homologação do negócio, sendo um fator de eficácia negocial, conforme exposto

[61] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4° ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2016. P.799.

[62] DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *Civil.* Procedure Review, v. 07, n. 02, maio.-ago./2016, p. 144. Disponível em <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em 30/03/2018.

no art. 4°, §6° da Lei[63]. Outros dispositivos corroboram essa conclusão, a exemplo do §10°[64] do mesmo artigo, que permite a retratação da proposta de colaboração premiada, e, especialmente, do art. 6°, que regula o termo de acordo de colaboração premiada[65].

O artigo 4°, §2°, da Lei[66] assevera que o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o delegado de polícia, durante o inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, exteriorizam a sua vontade como parte relacionada ao direito de persecução, em favor da sociedade. Isto é, sem a vontade do órgão ministerial ou da autoridade policial, não há acordo de colaboração.

Não se pode deixar de analisar o artigo 4°, §14°, da Lei que assim preceitua: "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade".

Essa disposição gera bastante polêmica na doutrina[67], por criticar a violação do direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), prevista no artigo 5°,

---

[63] BRASIL. Lei 12.850/2013. Art.4°,§6°: "O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

[64] BRASIL. Lei 12.850, art. 4°, §10. "As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor."

65 BRASIL. Lei 12.850. art. 6o O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

[66] BRASIL. Lei 12.850, art. 4°,§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

[67] MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A delação no direito brasileiro.** *Revista Jurídica Consulex*, ano XIX, n. 433, fev./2015, p. 44; SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.** *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 14, n. 27, jan.-jun./2011, p. 195-196.

LXII, da Constituição Federal. Cézar Roberto Bitencourt [68] esclarece que a exigência da renúncia do direito ao silêncio dos depoimentos que o colaborador prestar é uma inversão da ordem natural da hierarquia do nosso ordenamento jurídico, de modo que, com um simples acordo há uma "revogação" da norma constitucional. Por outro lado, a jurisprudência[69] tem um entendimento uniforme de que só há violação ao direito ao silêncio, se for imprescindível, para o reconhecimento da nulidade, a demonstração do prejuízo sofrido pelo réu. O disposto no §14° do artigo 4° (obrigação de colaborar e a consequente renúncia ao silêncio) são consequências jurídicas definidas em razão do ato de escolha dos negociantes.

As partes também definem as vantagens (tanto de conteúdo material quanto processual) que o colaborador terá em razão de sua cooperação. Assim sendo, com base no *caput* do artigo 4°, poderá ser concedido perdão judicial (natureza penal material), redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou de sua substituição por restritivas de direitos. Além dos benefícios quanto à pena, existe a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia (natureza processual penal) contra aquele que colabora (Artigo 4°, §4°). Ou seja, o benefício que se pactua em favor do colaborador é consequência jurídica definida, dentro dos limites permitidos na Lei, em razão do acordo celebrado entre as partes.

Dessa forma, Didier e Bonfim[70] afirmam que:

> [...] A vontade, portanto, não é apenas pressuposto fático do ato jurídico, mas ela também atua no âmbito de sua eficácia, no âmbito da escolha de categoria eficacial e de seu conteúdo, sempre dentro dos limites traçados pelo sistema. Cuida-se, pois, claramente, de um negócio jurídico.

---

[68] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Delação premiada na "lava-jato" está eivada de inconstitucionalidades.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato> Acesso em 08/06/2018.

[69] STJ, RHC 67.493/PR, Dje 02/05/2016.

[70] DIDIER JR, Fredie, BOMFIM, Daniela Santos **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.** A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan. /mar. 2017.

Segundo Didier e Bonfim[71] a natureza negocial da colaboração premiada é reconhecida pela própria Lei que utiliza expressões como "negociações", "acordos de colaboração", "voluntariedade", "homologação de acordo[72]." Tais termos seriam indicativos de que o sistema jurídico deixou um espaço para o exercício do autorregramento da vontade[73]. O fato de as consequências serem permitidas legalmente não retira a característica negocial do ato. Ao contrário, a permissão expressa, na norma jurídica, para a atuação da vontade das partes é, justamente, a imputação do poder negocial para que as partes possam celebrar o negócio da colaboração.

O exercício do autorregramento não cria nova categoria de efeitos jurídicos: cuida-se de poder de escolha, que pode atuar também quanto à estruturação e o conteúdo, mas sempre de situações jurídicas admitidas pelo sistema.

Portanto, segundo Didier:

> A colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013 é, assim, um negócio jurídico. E mais. É um negócio jurídico bilateral, já que formado pela exteriorização de vontade de duas partes: a do Ministério Público ou do delegado de polícia, complementada pela manifestação do *parquet* e a do colaborador. O órgão jurisdicional, como visto, não é parte no negócio; ele não exterioriza a sua vontade para a sua formação. A atuação do órgão jurisdicional corresponde ao juízo de homologação; ele atua no âmbito da eficácia do negócio, e não de sua existência.

[71] DIDIER JR, Fredie, BOMFIM, Daniela Santos. Colaboração premiada (lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 62, p. 23-59, out/dez. 2016.

[72] No HC 127.483/PR do STF, o Ministro Dias Toffoli também faz referência a tais expressões.

[73] O autorregramento da vontade é entendido como o espaço que o direito destina às pessoas, dentro de limites prefixados, para tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. Retirado de: Lôbo, Paulo. **Autorregramento da vontade – um insight criativo de Pontes de Miranda. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 05/08/2018. Ver também: Fredie Didier Jr. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil.** Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspod*i*vm, 2015, p.21

Em síntese, de acordo com os autores[74], a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013 é:

1. Ato jurídico em sentido lato, visto que o elemento principal do seu suporte fático é a exteriorização da vontade;
2. É negócio jurídico, pois a vontade atua também no campo da eficácia do ato, mediante escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo (autorregramento da vontade das partes);
3. É negócio jurídico bilateral, pois é formado pela exteriorização da vontade de duas partes (acusado e acusador), e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas são de natureza processual e penal material;
4. É um contrato haja vista a contraposição dos interesses envolvidos.

A inserção da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, o advento de leis que ampliaram as hipóteses de sua utilização, os benefícios dela advindos e as finalidades a que se destina; o refinamento de seu regramento processual e a atribuição do caráter negocial, revela uma abertura do ordenamento jurídico penal à consensualidade. O princípio da obrigatoriedade da ação penal pode ser relativizado[75], esta abertura poderá ser capaz de conferir maior eficiência à própria

[74] DIDIER JR., Fredie, BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.** A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. p.116.

[75] A transação penal e a suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89 da Lei 9.099/1995, respectivamente) inauguraram um microssistema penal e processual penal cuja lógica é distinta daquela que rege o sistema tradicional, de caráter punitivo, conflituoso e pautado na premissa da indisponibilidade da ação penal. Para saber mais leia: CABRAL, Antônio do Passo. **A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais.** In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), *Negócios Processuais.* Salvador, Juspodivm, 2015; SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio**

persecução penal e à prevenção de infrações penais. O instituto da colaboração premiada retrata uma tendência típica da Administração Pública Consensual e de Resultados.

2.1 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A ação de improbidade administrativa é aquela por meio da qual se busca o reconhecimento judicial de condutas que firam o princípio da moralidade, lançado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, bem como a aplicação de sanções (artigo 37, §4°, da Constituição Federal) com o objetivo de preservar o patrimônio público. Trata-se de instrumento de controle judicial da Administração Pública sobre atos caracterizados como de improbidade. A ação de improbidade busca o reconhecimento judicial de condutas que firam a moralidade administrativa, ou seja, condutas não pautadas pela ética, moral e boa-fé, as quais devem ser observadas na prática da boa administração dos recursos e procedimentos públicos.

José dos Santos Carvalho Filho[76] conceitua a ação de improbidade como sendo:

> Aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa.

---

da obrigatoriedade da ação penal. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 14, n. 27, jan.-jun./2011, p. 195-196; SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **Sistema penal consensual não punitivo – Lei 9.099/95.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, v. 762, abr./1999, p. 506; PRADO, Geraldo. **Justiça Penal Consensual.** In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Diálogos Sobre a Justiça Dialogal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. P. 81-98; LOPES JR, Aury. **Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista.** In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Diálogos Sobre a Justiça Dialogal. *Rio de Janeiro*, Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

[76] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.1111.

A identificação dos atos de improbidade administrativa e as suas disciplinas material e processual foram integradas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 8.429/1992, batizada de Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

No que tange a natureza jurídica, é pacífico que a ação de improbidade possui natureza civil[77], mas não impede a apuração de responsabilidades na esfera administrativa e penal. Por se tratar de lei que define sanções administrativas que causem danos diretos ou indiretos ao erário, sua competência legislativa é privativa da União, nos termos do artigo 22, CF/1988. Desse modo, a lei de improbidade possui abrangência nacional e não somente federal.

Os agentes públicos, delineados no artigo 2º da Lei nº 8.429/92, são, conforme aponta Carvalho Filho[78].

> Todos aqueles que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º da lei.

Os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa são as pessoas jurídicas da Administração Pública Direta, Indireta e ainda as entidades privadas que recebem custeio para a sua formação de capital (artigo 1°, *caput* e parágrafo único).

Os atos de improbidade administrativa estão elencados, nos artigos 9, 10, 10-A e 11, compreendendo cada um desses dispositivos uma espécie de improbidade, quais sejam: a) os atos que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9); b) os atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10); c) os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11); e d) atos para aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário indevido

[77] De acordo com Matheus Carvalho: É cediço que as instâncias penal, administrativa e cível são independentes e que os atos de improbidade podem ser sancionados nas três instâncias. Importante saber, no entanto, que as sanções de improbidade previstas na Lei 8.429/1992 têm natureza civil, não impedindo, contudo, a apuração de responsabilidades na esfera administrativa e na esfera penal. Frise-se, todavia, mais uma vez, que a natureza a ação de improbidade é cível. Em: CARVALHO, Matheus. **Manual de direito Administrativo.** 3° Ed., Salvador, Bahia. Editora Juspodivm, 2016.

[78] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.1117.

(artigo 10-A, incluído pela Lei Complementar n. 157/2016). No que se refere ao conteúdo dos artigos 9, 10, e 11 da Lei n. 8.429/1992, deve-se ressaltar que tais dispositivos não importam em rol taxativo, mas sim exemplificativo.

As sanções estão estabelecidas no artigo 12 da Lei de Improbidade, sendo as mesmas para todos os atos de improbidade administrativa – perda da função pública, indisponibilidade e perda dos bens adquiridos ilicitamente, multa, suspensão dos direitos políticos e impossibilidade de contratar com o Poder Público nem de receber benefícios fiscais –, mudando apenas a gradação da penalidade de acordo com o ato praticado.

O procedimento para a ação de improbidade administrativa está previsto no artigo 17 da Lei n. 8.429/92. De acordo com este dispositivo o procedimento comum do Código de Processo Civil[79] é o que deve ser adotado.

O artigo 17, §1°, da Lei n. 8.429/92, veda, expressamente, a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Tal dispositivo chegou a ser revogado pela Medida Provisória n. 703/2015, que, todavia, perdeu sua eficácia, não tendo sido convalidada no Congresso Nacional.

Entretanto, de acordo com o entendimento doutrinário[80], tal dispositivo já não tem mais aplicação nos tempos atuais, em razão das intensas transformações ocorridas no campo da convencionalidade, podendo ser considerado implicitamente revogado.

Embora os regimes jurídicos sejam distintos, a proximidade entre a ação penal (de direito penal) e a ação de improbidade (de direito administrativo ou civil

[79] BRASIL. Lei 13.105/15. Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

[80] DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória.** *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.457-458.

em sentido amplo) é evidente e inquestionável[81]. À época da edição da Lei n. 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era refratário a qualquer solução negociada. Portanto, a proibição de negociação na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no campo penal.

Nessa época, ainda não havia se notabilizado a justiça penal consensual, que tem como referência a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995)[82]. O Direito Penal (por natureza sancionador) passou a admitir a possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/1995, respectivamente).

Mais tarde, com o advento da Lei n. 12.850/2013, houve ainda maior ampliação do âmbito de consensualidade no processo penal, com a atribuição, ao instituto da colaboração premiada, de autêntico caráter negocial misto (penal e processual penal), expandindo ainda mais as possibilidades de negociação entre autor e réu.

De acordo com Antônio do Passo Cabral[83] a impossibilidade de negociação no âmbito da improbidade administrativa levava a uma situação incoerente, pois seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema, porque

---

[81] DIDIER JR, Fredie, BOMFIM, Daniela, Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.** A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

[82] CABRAL, Antônio do Passo. **A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais.** In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), *Negócios Processuais.* Salvador, Juspodivm, 2015; SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 14, n. 27, jan.-jun./2011, p. 195-196; SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **Sistema penal consensual não punitivo – Lei 9.099/95.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, v. 762, abr./1999, p. 506; PRADO, Geraldo. **Justiça Penal Consensual.** In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 81-98; LOPES JR, Aury. **Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista.** In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal. Rio de Janeiro,* Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

[83] CABRAL, Antônio do Passo. **A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais.** In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), *Negócios Processuais.* Salvador, Juspodivm, 2015. p.547; DIDIER JR, Fredie, BOMFIM, Daniela, Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.** A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

decorrente da prática de crimes, mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa[84].

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)[85], juntamente com a Lei de Improbidade Administrativa, compõem um verdadeiro microssistema de combate a atos lesivos à Administração Pública[86]. A previsão de celebração de acordos de leniência (artigos 16 e 17 da Lei n. 12.846/2013), que guarda um espaço de interseção com o âmbito de aplicabilidade da Lei de Improbidade, sustenta o posicionamento doutrinário quanto à possibilidade de uso atípico desse instituto em ações de improbidade[87].

A jurisprudência ainda é escassa nesse ponto, contudo o entendimento é pela possibilidade de acordos no âmbito da ação de improbidade administrativa. Nesse sentido, segue trecho da decisão do Agravo de Instrumento que recebeu a Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa na 5° Vara Federal de Curitiba[88] do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, confirma essa questão:

> [...] O artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92 veda a "transação, acordo ou conciliação" nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa

---

[84] Um exemplo foi dado por BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público.** Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia. Salvador, Bahia. 2016. p.81-86.

O agente público que, por exemplo, aplicasse verba pública de modo irregular estaria sujeito a ter a sua conduta enquadrada, a um só tempo, como ato de improbidade administrativa (art. 10, XI, da Lei nº 8.429/1992) e como crime contra a Administração Pública (emprego irregular de verbas ou rendas públicas, sujeito a pena de detenção de um a três meses ou multa – art. 315 do CP). Diante desse quadro, o agente poderia, na esfera penal, celebrar transação penal ou obter a suspensão condicional do processo com superveniente extinção da punibilidade. Mas não poderia, segundo disciplinava o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, celebrar acordo concernente à conduta caracterizada como improbidade administrativa, mesmo que se tratasse de ato de pequena repercussão financeira.

[85] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção). Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, p. 9-21, jan./mar. 2014.

[86] DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória.** *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Juspodivm, 2015.

[87] CABRAL, Antônio do Passo. **A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais.** In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), *Negócios Processuais.* Salvador, Juspodivm, 2015. p.547

[88] TRF-4 - AG: 5051034-52.2015.404.0000, juntados aos autos em 11/12/2015; e TRF4, AG 5001689-83.2016.404.0000, QUARTA TURMA, data de Julgamento: 21/01/2016, DJe. 28/01/2016

> vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada.
>
> Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativo, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais.
>
> Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa.
>
> [...]

O entendimento da 5° Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal[89] é no mesmo sentido:

> Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei nº 8.429/1992, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra.

Outro argumento que corrobora a revogação do artigo 17, §1°, da Lei de Improbidade é o fato que a Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), em seu artigo 36, §4°, admite expressamente a autocomposição em ação de improbidade

[89] Ministério Público Federal. 5° Câmara de Coordenação e Revisão. Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. Voto nº 9212/2016, no bojo do Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42. In: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães**. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.** p. 47. In: Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5° Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: Disponível em http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes. Acesso em: 05/06/2018.

administrativa[90]. O dispositivo legal, de caráter genérico, disciplina a temática relativa à convencionalidade na ação de improbidade administrativa de forma dissonante e incompatível com aquela estabelecida no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992. Assim fazendo, promoveu, indubitavelmente, a revogação tácita desse texto normativo, nos termos do art. 2º, §1º, da LINDB[91].

Dessa forma, é possível concluir que o artigo 17, § 1º, da LIA se encontra tacitamente revogado, admitindo-se o instituto da colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa. Como visto, tal dispositivo já não tem mais aplicação nos tempos atuais, em razão das intensas transformações ocorridas no campo da convencionalidade, bem como da previsão expressa do art. 36, § 4º, da Lei de Mediação, que admite a autocomposição em tais ações.

Não há que se perder de vista, ademais, duas premissas fundamentais: a) os acordos de colaboração premiada são espécie de negócio jurídico processual; b) o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê expressamente uma cláusula geral de autorregramento das partes, permitindo a ampla realização de negócios processuais atípicos (art. 190). Diante de tal situação, é possível utilizar a colaboração premiada em ações de improbidade administrativa como espécie de negócio processual atípico, tomando por empréstimo o regramento da Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2012) e da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), aplicadas por analogia.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O Código de Processo Civil de 2015 tem, entre as suas premissas, o estímulo à utilização de métodos autocompositivos para solução de conflitos e a valorização

[90] BRASIL. Lei 13.140/2015. Art. 36, §4°. Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

[91] BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB). Artigo 2°, §1°. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

da consensualidade. A preocupação do legislador de 2015 com a abertura do espaço de consensualidade no processo não se limitou, porém, à composição do seu objeto litigioso. Reforçando o poder de autorregramento das partes e ampliando o espectro de abertura e de flexibilidade dos procedimentos jurisdicionais, o Código de Processo Civil de 2015, por intermédio de seu artigo 190, conferiu às partes o poder de moldar o procedimento, ajustando-o às peculiaridades da causa, e de dispor sobre suas situações jurídicas processuais.

A ideia de consensualidade, que permeia não somente a cláusula geral de negociação processual do artigo 190 do CPC/2015, mas todo o novo diploma processual espalhou-se por toda a atuação estatal. Nas mais diversas áreas do Direito (Penal, Administrativo, Processual), institutos são normatizados ou aprimorados com vistas a ampliar o âmbito de atuação consensual do Poder Público.

O disposto no artigo 190 do CPC/2015 consagra cláusula geral de negociação processual, pondo termo às divergências doutrinárias, existentes ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, quanto à possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

A colaboração premiada é apenas uma das decorrências de uma tendência de Justiça Consensual. Trata-se de um instituto que não é novo no ordenamento brasileiro, sua origem remonta as Ordenações Filipinas, todavia ficou relegado ao esquecimento durante vários anos. Foi recentemente, em meados de 1980-1990, que a aplicação da ideia da “colaboração” começou a se espalhar por diversos dispositivos normativos, ganhando, por fim, aplicabilidade com maior eficácia e amplitude na Lei n.12.850/2013.

O instituto foi criado basicamente para facilitar as investigações e punições das atividades ilícitas praticadas pelas organizações criminosas. A sua importância nas situações em que o órgão de persecução penal não logra êxito na busca de elementos probatórios capazes de desvendar o litígio penal é evidente.

De acordo com o que foi explanado, são muitas as controvérsias sobre o instituto da colaboração premiada, mas, conforme ficou evidenciado, a colaboração premiada é uma espécie de negócio jurídico processual atípico, bilateral (pois é formado pela exteriorização de vontade de duas partes) e de natureza mista (material e processual).

Por fim, buscou-se destacar a aplicabilidade da colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa. Defende-se o posicionamento de que, sendo o patrimônio indisponível, a colaboração premiada é sim apta a ser realizada no curso da ação de improbidade administrativa, porque aqui se almeja desconstruir não apenas crimes esparsos, mas também uma organização criminosa como um todo.

A doutrina e a jurisprudência caminham no sentido da aceitação dessa possibilidade. É importante ressaltar, todavia, que somente será possível a celebração de negócios atípicos "versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição" conforme o disposto no artigo 190 do Código de Processo Civil. Porém, o Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis pontua que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual”, mostrando que “direito indisponível” e “direito que não admite autocomposição” não são sinônimos. É possível, por conseguinte, negociação em processo que envolva direito indisponível (direitos coletivos, por exemplo), eis que, embora assim qualificados, admitem autocomposição[92]. O entendimento parece aplicável às ações de improbidade administrativa, seja porque o próprio Direito Penal admite convencionalidade (por exemplo, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada), seja porque a Lei Anticorrupção admite a celebração de acordos de leniência, seja pelo permissivo da Lei de Mediação.

[92] TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos.** Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/ download/4545/2958>. Acesso em: 30/07/2018.

REFERÊNCIAS:

AMORIM, Daniel Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil.** 8° ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.478.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada**: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Colaboração Premiada. Revista dos Tribunais, 2017. p. 128-133.

BADARÓ, Gustavo. **O valor probatório da delação premiada**: sobre o §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Revista Jurídica Consulex, ano XIX, n. 433, fev./2015, p. 26-27.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público.** Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia. Salvador, Bahia. 2016. p.81-86.

BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** 6 ed. São Paulo. Malheiros. 2011. apud PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334, jul/dez.2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Delação premiada na "lava-jato" está eivada de inconstitucionalidades**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato> Acesso em 08/06/2018.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava-Jato".** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 122, p.359-390. Ago. 2016.

BRASIL, Lei 5.869/1973.

BRASIL, Lei n° 13.105/15

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB).

BRASIL. Enunciado nº 19 - art. 190 - Carta de Vitória - Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wpcontent/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf> Acesso em 20 ago. 2017.

BRASIL. Enunciado nº 21 - art. 190 - Carta de Vitória - Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wpcontent/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

BRASIL. Enunciado nº 403 - art. 190; art. 104 Código Civil - Carta de Vitória- Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wpcontent/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>. Acesso em 22 ago. 2017.

BRASIL. Lei 12.850/2013

BRASIL. Lei 13.140/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, HC 90.962/SP, 6° Turma. DJe 22/06/2011.

BRASIL. STJ, RHC 67.493/PR, Dje 02/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 127.483/PR, DJe 27/08/2015 (Informativo STF n.796)

BRASIL. TRF-4 - AG: 5051034-52.2015.404.0000, juntados aos autos em 11/12/2015; e TRF4, AG 5001689-83.2016.404.0000, QUARTA TURMA, data de Julgamento: 21/01/2016, DJe. 28/01/2016

CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), **Negócios Processuais.** Salvador, Juspodivm, 2015;

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 25° ed. São Paulo, ed. Atlas, 2014, v.1, p.276. apud CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), **Negócios Processuais**. Salvador, Juspodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus**. Manual de direito Administrativo**. 3° Ed., Salvador, Bahia. Editora Juspodivm, 2016.

CAVALO, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Colaboração Premiada. **Revista dos Tribunais,** 2017. p. 256.

CHIOVENDA, Giuseppe**. Instituições de direito processual civil**, v.10. São Paulo, Bookseller, 1998.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. **Fazenda Pública e Negócios Processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo.** In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), Negócios Processuais. Salvador, Juspodivm, 2015.

COSTA, Fernando José da. Delação premiada: uma prova a ser usada com ressalvas. **Revista Jurídica Consulex,** ano. XVIII, n. 426, out./2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro.** In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), *Negócios Processuais.* Salvador, Juspodivm, 2015.

Di PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2. Aceso em 18/0902018.

DIDIER JR, Fredie, BOMFIM, Daniela Santos. **Colaboração premiada (lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 62, p. 23-59, out/dez. 2016.

DIDIER JR, Fredie, BOMFIM, Daniela, Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.** A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

DIDIER JR, Fredie, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador, ed.Juspodvim, 2011, p.54-64. Apud CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), *Negócios Processuais.* Salvador, Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no código de processo civil de 2015.** Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo. v. 1. n. 1. p. 59-84, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=ff39e72857de439170dd395b356f75df>. Acesso em 8 ago 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. Negócios Processuais** - Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6° ed. São Paulo, ed. Malheiros, 2009, vol.2, p. 484. apud CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), **Negócios Processuais**. Salvador, Juspodivm, 2015.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GAJARDONI. Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processua**l. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de São Paulo. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2007.p.246.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo.** Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http: egov.ufsc.br>. apud PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire, *Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento:* as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334. p. 316.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.01, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <http:www.redp.com.br>. Acesso em: 08 ago 2017.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil. v. 1, p.35 apud GAJARDONI. Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito de São Paulo. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4° ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2016. P.799.

LÔBO, Paulo. Autorregramento da vontade – um insight criativo de Pontes de Miranda. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 05/08/2018.

LOPES JR, Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos Sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.33.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Delação Premiada Não Serve Para Fins de Admissibilidade de Ação de Improbidade Administrativa. **Revista Síntese: Direito Administrativo**. São Paulo, v 11, n.131, p.35-49. nov. 2016. Acesso em: 04/2018 Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/106752;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, São Paulo, ed. Malheiros, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**, Temas de direito processual - terceira séria. São Paulo, ed. Saraiva, 1984, p.87-98 apud CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), Negócios Processuais. Salvador, Juspodivm, 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A delação no direito brasileiro.** *Revista Jurídica Consulex*, ano XIX, n. 433, fev./2015, p. 44; SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.** *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 14, n. 27, jan.-jun./2011, p. 195-196.

MOREIRA. José Carlos Barbosa (org). ***Temas de Direito Processual:*** **Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

NASCIMENTO, Vinícius Pereira; CANANEA, Thiago Nunes Abath. **O negócio jurídico processual e os direitos que admitem autocomposição.** Revista eletrônica direito FPB, 2016.

OLIVEIRA. Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. **Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil.** Revista eletrônica de direito processual – REDP, Rio de Janeiro, v.16, p. 305-334, jul/dez.2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/19968/14311> Acesso em 18 ago. 2017

PRADO, Geraldo. **Justiça Penal Consensual.** In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 14, n. 27, jan.-jun./2011, p. 191-205. Acesso em: 04/2018 Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/81134

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **Sistema penal consensual não punitivo – Lei 9.099/95.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, v. 762, abr./1999, p. 506;

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais.** Revista de Processo, vol.128, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais_2005_. Acesso em: 23 ago. 2017

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães**. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.** p. 29-51. In: Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5° Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: Disponível em http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes. Acesso em: 05/06/2018.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e**

práticos. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4545/2958>. Acesso em: 30/07/2018.

VANIN, Carlos Eduardo. **O que é autocomposição.** Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/192097736/o-que-e autocomposicao>. Acesso em 29 ago. 2017.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: MIRNA, Cianci; e MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e Negócios Processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.), Negócios Processuais. Salvador, Juspodivm, 2015.

A IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA

Maíra Carvalho Capatti Coimbra

RESUMO

O presente trabalho acadêmico busca analisar a impossibilidade de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoras e Serviços – ICMS – sobre a demanda contratada de energia elétrica, bem como o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ – sobre o tema.

Palavras chave: Direito Tributário. ICMS. Direito de Energia. Setor Elétrico Brasileiro. TUST. TUSD. Direito Administrativo. Agências Reguladoras. ANEEL.

ABSTRACT

This present paper proposes an analysis of the impossibility of incidence of ICMS on the contracted electric energy demand, as well as the positioning adopted by the Superior Court of Justice (STJ).

Keywords: Tax Law. ICMS. Energy Law. Electric Energy Law. ICMS. Taxation in the Electric Sector.

INTRODUÇÃO

O tema proposto para discussão da presente monografia perpassa pelas áreas do direito tributário e administrativo, mais especificamente na subárea de direito de energia, tendo em vista a recente prática adotada pelas concessionárias de transmissão e distribuição no sentido de repassar aos seus contratantes, por meio dos mecanismos de preços, o ICMS incidente sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST – e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD.

Nesse sentido, optou-se por pesquisar o referido tema dado o impacto expressivo do ICMS na demanda contratada de energia, com destaque especial para o caso dos consumidores livres, que adquirem a energia elétrica diretamente das empresas geradoras e utilizam os sistemas de distribuição e transmissão para receber o produto contratado.

Todas as fontes que abrangem a temática foram consultadas, a fim de propiciar os melhores subsídios para o debate acadêmico. Não se pretende esgotar todas as discussões sobre o assunto, pelo contrário, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar uma das linhas de argumentação contrárias à incidência do imposto.

A temática será abordada de maneira metodológica com o intuito de inserir o leitor no universo do direito de energia e, logo após, demonstrar as razões pelas quais as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão não podem ser confundidas com o conceito de mercadoria e serviços, fatos geradores da incidência do mencionado imposto.

Desta feita, o primeiro capítulo será dedicado à elucidação da estrutura basilar que circunda o direito de energia no Brasil, tal como, como ocorre o funcionamento do setor elétrico, quais são suas diretrizes básicas, quais os são principais agentes e as atividades básicas, bem como o *modus operandi* desse mercado. Destaca-se também que, à luz da legislação pátria, será realizada uma análise da evolução histórica do setor. Isto porque, faz-se necessário demonstrar toda a estruturação do setor para delinear uma solução à questão jurídica posta.

A segunda parte trará uma análise da relação jurídica tributária, questões como a aplicação da competência tributária, os elementos constitutivos do tributo e o contexto fático-tributário em que está inserido o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS e as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão constarão nesse capítulo.

Por fim, a terceira parte será dedicada à análise da aplicação do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, isto é, o presente trabalho abordará o fato gerador do referido tributo, as razões pelas quais não se pode tributar a demanda contratada de energia elétrica, bem como a situação peculiar em que se encontra a energia quando elevada à categoria de mercadoria. E, para fechar o capítulo, o referido trabalho também contará com um breve diagnóstico acerca da recente posição jurisprudencial adotada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

1 O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

O emprego intensivo de energia tem como marco a Revolução Industrial, momento de grande importância para a história. Diversos fatores externos influenciaram o início da mencionada revolução, entre eles a celebração de acordos comerciais, vantajosos do ponto de vista econômico; a grande reserva de ferro e carvão mineral e a expansão de uma iniciativa privada capitalizada, isto é, dotada de métodos próprios de gestão e alta tecnologia. Durante esse período, a nova distribuição do trabalho passou a refletir, de forma significativa, nos planos econômico, social, ambiental e jurídico dos países, de modo geral.

No Brasil, o desenvolvimento da energia elétrica iniciou-se no período monárquico (1822-1889), mais precisamente na última década do Império. Foi durante o reinado de D. Pedro II que o país passou a incentivar a indústria de energia elétrica, vale a pena frisar que o próprio Imperador convidou Tomas Alva Edson para vir ao país e trazer consigo aparelhos e técnicas de produção que utilizavam a energia elétrica como insumo principal[1].

[1] SILVA, Bruno Gonçalves da. **Evolução do Setor Elétrico Brasileiro no contexto econômico nacional: uma análise histórica e econométrica de longo prazo** / Bruno Gonçalves da Silva; orientadora Virgínia Parente. São Paulo, 2011. p. 29. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-12032012-091848/publico/BrunoVersaoRevisada.pdf> Acesso em: 06 de fev. de 2018.

Os primeiros empreendimentos do setor foram fomentados por empresários locais, fazendeiros e comerciantes ligados à agricultura de exportação e transporte urbano, que tinham por objetivo suprir as demandas de iluminação e transporte.

Em 1879 foi inaugurada a iluminação elétrica interna da Estação Central da Estrada de Ferro Dom Pedro II, hoje conhecida como Central do Brasil. Posteriormente, foram viabilizadas as implantações das seguintes usinas de geração de energia elétrica: (i) usina Ribeirão do Inferno, instalada em 1883 no munícipio de Diamantina; e (ii) usina Viçosa, instalada no mesmo ano pela Companhia Fiação e Tecidos São Silvestre[2].

Com o advento dos equipamentos elétricos, emergiu a necessidade de alterar a matriz energética da iluminação pública brasileira de gás para eletricidade. Em 19 de setembro de 1891, o Decreto de n. 59 concedeu à Agencia Constructora do Banco Impulsor e ao Dr. Pedro Caminada[3] autorização para "*iluminar por luz electrica os theatros do Rio de Janeiro"*. O referido instrumento é considerado o marco inicial dos investimentos privados no setor energético. A partir desse momento, começava-se a observar o aporte financeiro de pessoas físicas, que tinham por objetivo a geração de energia para autoprodução de eletricidade.

1.1 Aspectos histórico-legislativo

A reviravolta do setor ocorreu na última década do século XIX, com a chegada da companhia canadense Light, que concentrou sua atuação no eixo Rio-São Paulo incorporando usinas que estavam sob o domínio de pequenos empresários locais[4].

---

[2] CORRÊA, Maria Letícia. **O setor de energia elétrica e a constituição do Estado no Brasil: O Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (1934-1954)**. Niteroi, 2003. p. 77. Disponível em: http://www.historia.uff.br/stricto/teses/Tese-2003_CORREA_Maria_Leticia-S.pdf. Acesso em: 07 de fev. 2018.

[3] SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de Direito de energia: da história, tomo I.** São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011. p. 70.

[4] LEITE, Antonio Leite. *A energia do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 53.

Originalmente, o regime jurídico de exploração de energia no Brasil, especialmente a elétrica, ficou à cargo dos municípios. "A energia nascia como um componente essencial da necessidade de se criarem melhoramentos urbanos, tais como distribuição de água, coleta de esgoto e arruamento para bondes de tração animal, todos movidos a eletricidade"[5].

Havia uma dificuldade em se estabelecer legislações aplicáveis a exploração dessa nova atividade, justamente pela precariedade na compreensão dos elementos jurídicos que serviam como fonte para o crescimento do setor.

Em 1911, o presidente Hermes da Fonseca aprovou o Decreto n. 9.032-A, que regulamentou o serviço de iluminação pública, particular, a gás e a eletricidade, bem como instituiu a "Inspectoria Geral de Iluminação" no estado do Rio de Janeiro. Essa norma é considerada como o primeiro regulamento republicano de energia.

Contudo, a necessidade jurídica-regulatória ainda não havia sido sanada. Vários grupos de investimentos internacionais passaram a demonstrar interesse em aportar capitais no Brasil. O legislativo não acompanhava a curva de crescimento do setor até que em 1934, após anos de tramitação, o Congresso Nacional aprovou o Código de Águas:

> O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições que lhe confere o art. 1º do decreto nº 19.398, de 11/11/1930, e:
>
> Considerando que o uso das águas no Brasil tem-se regido até hoje por uma legislação obsoleta, em desacôrdo com as necessidades e interesse da coletividade nacional;
>
> Considerando que se torna necessário modificar esse estado de coisas, dotando o país de uma legislação adequada que, de acôrdo com a tendência atual, permita ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas;
>
> Considerando que, em particular, a energia hidráulica exige medidas que facilitem e garantam seu aproveitamento racional;

[5] SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de Direito de energia: da história, tomo I.** São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011. p. 73.

> Considerando que, com a reforma porque passaram os serviços afetos ao Ministério da Agricultura, está o Governo aparelhado, por seus órgãos competentes, a ministrar assistência técnica e material, indispensável a consecução de tais objetivos;
>
> Resolve decretar o seguinte Código de Águas, cuja execução compete ao Ministério da Agricultura e que vai assinado pelos ministros de Estado (....).[6]

O referido código estabeleceu ainda o ente federado dotado de competência exclusiva para legislar sobre assuntos ligados a energia, isto é, a União, de modo que o Governo Federal passou a figurar como o poder concedente, responsável por prever a fixação de tarifas pelo custo dos serviços de aproveitamento hidrelétrico.[7]

Diante desse cenário, se fez necessário a instituição de agências regulamentadoras, responsáveis por promover o estudo das águas no país e atuar no controle e fiscalização dos serviços de energia elétrica. Para tanto, foram criados órgãos vinculados ao Ministério da Agricultura, tais como o Serviço de Águas, que posteriormente transformou-se em Divisão de Águas, e o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE. Vale ressaltar que as primeiras agências reguladoras, responsáveis por organizar especificamente as atividades ligadas ao setor elétrico, foram instituídas no governo provisório de Getúlio Vargas[8].

Isto significa dizer que, durante o período correspondente a Primeira República, todas as atividades ligadas à exploração dos serviços de eletricidade eram reguladas por contratos de concessão. Esses instrumentos não supriam a necessidade de uma legislação mais abrangente, em verdade permitiam que diversas companhias estrangeiras se beneficiassem de condições contratuais vantajosas. Entre tantas

---

[6] BRASIL. **Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. *Diário Oficial, 27 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 06 de fev. de 2018.

[7] BRANDI, Paulo. **ELETROBRAS (Centrais Elétricas Brasileiras S. A.)**. Seção de verbetes temáticos. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/eletrobras-centrais-eletricas-brasileiras-s-a>. Acesso em 06 de mar. de 2018.

[8] CORRÊA, Maria Letícia. **O setor de energia elétrica e a constituição do Estado no Brasil: O Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (1934-1954)**. Niteroi, 2003. p. 114. Disponível em: http://www.historia.uff.br/stricto/teses/Tese-2003_CORREA_Maria_Leticia-S.pdf. Acesso em: 18 de fev. 2018

benesses, destaca-se a instituição da cláusula-ouro, que permitia a correção das tarifas em função das desvalorizações cambiais.

Em 1939 foi criado o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE – com o objetivo de regular e solucionar as dificuldades advindas da utilização dos recursos hidráulicos.

Em que pese as significativas mudanças promovidas pelo Código de Águas, observa-se que, as infraestruturas essenciais do setor elétrico não eram objeto de maior atenção legislativa ou regulatória, pois (i) as atividades eram exercidas de forma concentrada, ou seja, uma mesma empresa exercia as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; e (ii) os consumidores, em regra, não tinham a opção de contratar o fornecimento de energia com agente outro que não o agente de distribuição local.

As mudanças instituídas pelo Código de Águas não surtiram o efeito esperado, isto porque ainda não havia uma uniformidade no processo de exploração de energia. Foi diante desse cenário que, em 22 de julho de 1960, a Lei n. 3.782 criou o Ministério de Minas e Energia – MME, órgão do Poder Executivo cujo objetivo principal era formular e operacionalizar políticas públicas, em âmbito nacional, relacionadas ao planejamento e desenvolvimento energético. O referido ministério também possuía como atribuição zelar pela exploração dos combustíveis, além de incentivar meios de produção de energia renovável.

Apesar da criação e implementação de políticas públicas pelo MME, a complexidade do setor demandava uma estrutura de apoio ainda maior, por essa razão na década de 90, mais precisamente em 1995, iniciou-se a reforma do setor elétrico brasileiro, cujo episódio mais recente consistiu na edição da Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, e do seu respectivo regulamento, o Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004.

A propósito da reforma do setor elétrico, assim anotou o eminente Ministro Gilmar Mendes:

De um sistema baseado na ampla intervenção estatal, passamos a um novo paradigma, voltado ao investimento privado e às regras de mercado, com uma atuação do Estado em posição outra, especialmente como agente regulador.[9]

Entre os marcos regulatórios dessa mudança de paradigma no setor elétrico está a Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, a qual conferiu a determinados consumidores a prerrogativa de escolher seu fornecedor de energia elétrica[10]. Essa relativização do monopólio dos agentes de distribuição tornou necessária a disciplina do acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição.

Sobre o tema, destaca-se o seguinte trecho do livro *Regulação da atividade econômica* (SALOMÃO FILHO, 2001)[11]:

> Diante dessas situações em que o acesso à infraestrutura detida por um agente é indispensável para a atuação de seus concorrentes, a teoria das "essencial facilities" é utilizada pelo Estado para impor o compartilhamento das infraestruturas. A propósito, vale reproduzir o magistério de Calixto Salomão Filho e Alexandre Wagner Nester, respectivamente:
>
> '[...] reconhecida a inviabilidade de uma solução estrutural para o problema, dada a impossibilidade de o bem ser duplicado, o legislador intervém diretamente na forma como a atividade será prestada, exigindo que o acesso aos bens essenciais seja garantido com preços e condições que tornem viável e competitiva a atividade das empresas que deles dependem'.

Em outras palavras, o i. Autor frisa que sem o acesso às infraestruturas essenciais, a opção de adquirir energia de agente distinto do distribuidor local não

[9] P. 7 do voto proferido na ADI 3.090-MC/DF.

[10] "Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

§ 1º Decorridos três anos da publicação desta Lei, os consumidores referidos neste artigo poderão estender sua opção de compra a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do sistema interligado.

§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado."

[11] (SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50).

seria factível, pois não haveria como conduzir a energia da unidade de geração até o ponto de consumo[12].

Diante de tal cenário, os legisladores editaram a Lei n. 9.074/95, que além de prever a possibilidade de determinados consumidores escolherem seu fornecedor de energia, garantiu, no § 6º do seu artigo 15, o livre acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição[13].

1.2 As atividades básicas e as entidades públicas vinculadas ao setor

O Setor Elétrico Brasileiro, se comparado aos primórdios, possui uma estrutura bem delineada, a fim de garantir o funcionamento de toda sua complexa forma. Para tanto, os tópicos a seguir cuidarão de esclarecer a função dos principais agentes que atuam de maneira direta no referido setor.

1.2.1 Geração

A atividade de geração é caracterizada pela produção de energia elétrica a partir de usinas de diferentes fontes primárias de energia quais sejam, (i) hidrelétrica – base da matriz energética nacional –, (ii) termelétrica – carvão, gás natural, nuclear –, (iii) eólica e (iv) biomassa, entre outras

A Resolução Normativa n. 514/2012 da ANEEL define como gerador "o titular de concessão para geração de energia elétrica, renovada ou licitada nos termos do disposto no Decreto nº 7.805, de 2012, que alocar Cotas".

1.2.2 Transmissão e Distribuição

[12] Conforme salienta o jurista e economista espanhol Jorge Fabra Utray, *"não há produção sem consumo nem consumo sem transporte ou distribuição"*. (UTRAY, Jorge Fabra. Liberación o regulation: um mercado para eletricidad. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 75).

13 "§ 6º É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livres acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente".

As atividades de transmissão e de distribuição são desenvolvidas com base em suportes materiais através dos quais o fluxo de energia é conduzido da central de geração até a unidade de consumo.

Os referidos suportes materiais são as linhas de transmissão e de distribuição, as subestações, os transformadores, as instalações de conexão etc. O conjunto desses bens materiais constitui um sistema, que pode ser de transmissão ou de distribuição.

Aspecto marcante dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica consiste na impossibilidade de sua duplicação, por motivos econômicos, ambientais e urbanísticos.

Na maioria dos países em que se promoveu a introdução da livre concorrência no setor elétrico, determinou-se, como medida estrutural destinada a conformar um ambiente propício à livre competição, a separação das atividades de comercialização e transporte (transmissão e distribuição) de energia elétrica.

Discorrendo sobre a "liberalização dos serviços públicos", o Professor espanhol Juan de la Cruz Ferrer observa:

> O gestor das redes de transporte e distribuição deve ser independente e não ter interesses nas atividades competitivas ou, pelo menos, não poder aproveitar a gestão das redes para beneficiar suas próprias atividades na concorrência.[14]

Também analisando a necessidade de separação entre a atividade de comercialização e a atividade exercida com base em infraestrutura essencial (transporte), Fernando Antonio Santiago Junior anota, com enfoque no Direito Comunitário Europeu:

> (...) esse foi o modelo adotado pela maior parte dos países onde existe efetiva concorrência no setor elétrico. As grandes empresas de distribuição foram obrigadas a separar sua atividade de distribuição da de venda – para todo e qualquer cliente, e não somente para os livres – a fim de evitar subvenções cruzadas de uma atividade à outra e dar mais

[14] FERRER, Juan de la Cruz. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: modelos y análisis de la Ley 54/1997. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 18.

> transparência às decisões sobre o acesso às infra-estruturas essenciais.
>
> Dada a amplitude das reformas engendradas, o Direito Comunitário Europeu nos fornece um paradigma para a presente análise.
>
> Efetivamente, as Diretivas Comunitárias impuseram aos países membros a determinação de separar – inicialmente sob o plano contábil, em seguida sob o plano jurídico – a exploração da atividade de distribuição de eletricidade da de comercialização. A norma comunitária impôs ainda a independência operacional da empresa gestora das redes de distribuição em relação ao seu proprietário – se este for uma empresa verticalmente integrada (normalmente o distribuidor histórico) – a fim de oferecer máxima garantia de neutralidade aos operadores interessados em seu acesso.
>
> Como se não bastasse, para não deixar dúvidas quanto à 'nova' natureza jurídica da atividade de distribuição de eletricidade, a Diretiva nº 2003/54 CE, em seu artigo 2º, redefiniu a atividade: 'Distribuição: o transporte de eletricidade em redes de distribuição de alta, média e baixa tensão, para entrega ao cliente, sem incluir o fornecimento'.

No Brasil, os agentes de transmissão exercem apenas a atividade de transporte, mas os agentes de distribuição, embora detenham infraestrutura essencial, exercem tanto a atividade de transporte quanto a atividade de comercialização de fornecimento de energia elétrica.

1.2.3 Comercialização

A energia elétrica, produzida pelas usinas geradoras, pode ser comercializada de duas formas: (i) de maneira regulada, obedecendo aos preços e quantidades definidos pelo Poder Público; ou (ii) de forma livre, podendo ser negociada no mercado de energia elétrica.

No primeiro cenário surgem os denominados consumidores cativos, isto é, aqueles que consomem energia elétrica em montante inferior a 3.000 kW. Nesses casos, o Poder Público é quem detém a prerrogativa de estabelecer os preços bem como a forma de aquisição. Essa categoria abrange as residências e comércios de pequeno porte.

O segundo cenário, por sua vez, corresponde à realidade dos consumidores livres, que detêm a prerrogativa de adquirir energia no livre mercado. Esse nicho abrange, geralmente, as grandes indústrias, visto que para se enquadrar nessa categoria é necessário apresentar uma demanda por carga superior a 3.000 kW.

Por óbvio, em ambos os casos há interferência do Poder Estatal seja para determinar os preços e formas de aquisição (consumidores cativos) seja para homologar as operações de compra e venda (consumidores livres).

Os agentes comercializadores, assim como os transmissores e geradores, também são fiscalizados pelo Estado, que atua por intermédio de uma agência reguladora, conhecida como ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

É importante frisar que tal atividade é uma das mais complexas do setor. Diversos órgãos atuam em conjunto para garantir a eficiência desse modelo e, consequentemente, permitir a entrega de energia nos montantes devidamente contratados.

A Lei n. 10.848/2004 é responsável por regular a atividade de comercialização. Logo em seu art. 1º dispõe sobre os agentes autorizados a atuar no setor, bem como as regras básicas que devem ser observadas. Há inúmeras outras resoluções normativas da Agência Nacional de Energia Elétrica[15], bem como um manual que contempla as regras de comercialização de energia elétrica a serem observadas no Mercado Livre.

1.2.4 O Sistema Interligado e o Sistema Isolado

Por ser um país extenso, o Brasil possui um grandioso sistema elétrico, fundado, basicamente, em matrizes hidrelétricas, térmicas e eólicas. Esse sistema possui um alto nível de ramificação e interligação, de modo que para garantir o

[15] Resolução Normativa n. 109/2004; Resolução n. 552/2002; Resolução Normativa n. 622/2014; Resolução Normativa 545/2013; Resolução Normativa 783/2017.

fornecimento de energia elétrica em todas as regiões do país fez-se necessário a criação de um Sistema Interligado Nacional, mais conhecido como "SIN".

As regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte já estão interligadas ao SIN. Atualmente, esse sistema é responsável por 98% de toda energia elétrica consumida no país.[16]

De acordo com as informações disponibilizadas no site do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS –, "a capacidade instalada de geração do SIN é composta, principalmente, por usinas hidrelétricas distribuídas em dezesseis bacias hidrográficas nas diferentes regiões do país".[17]

Basicamente, os geradores produzem energia elétrica por demanda, isto é, o Operador Nacional do Sistema Elétrico emite uma ordem, tecnicamente conhecida como despacho, que determina a quantidade de energia a ser gerada. Os critérios de escolha levam em consideração a capacidade física de geração e a disponibilidade de cada agente. Essa energia será alocada em determinada região, a ser definida pelo próprio operador.

Nesse cenário, se a usina despachada sofrer problemas de geração, que a impeçam de injetar no sistema a quantidade de energia demandada, outras usinas irão suprir, imediatamente, essa carga, evitando, portanto, a interrupção do serviço de fornecimento de energia elétrica.

Em suma, o principal objetivo do SIN é compensar as falhas oriundas das fases de geração e transmissão de energia elétrica. Esse sistema gera maior segurança aos usuários.

Em contrapartida, por razões técnicas e econômicas, uma parcela da região Norte não possui suas linhas de transmissão interligadas ao restante do país. Nesse cenário, prevalece o Sistema Isolado, composto por pequenas unidades geradoras

[16] GEDRA, Ricardo Luis, BARROS, Benjamim de, BORELLI, Reinaldo. **Geração, Transmissão, Distribuição e Consumo de Energia Elétrica**. Érica, 06/2014. [Minha Biblioteca].

[17] -------. O que é o SIN. Acesso em 18 de fevereiro de 2018 às 01h44. Disponível em: http://ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/o-que-e-o-sin

que atuam sob a coordenação do Grupo Técnico Operacional da Região Norte – GTON. O referido grupo, por sua vez, é coordenado pela Eletrobrás e compõe-se de representantes oriundos de empresas públicas e privadas.

1.2.5 A ANEEL

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – é uma agência reguladora, em regime de autarquia especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia que foi criada pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996 para:

> Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.
>
> Parágrafo único. No exercício de suas atribuições, a ANEEL promoverá a articulação com os Estados e o Distrito Federal, para o aproveitamento energético dos cursos de água e a compatibilização com a política nacional de recursos hídricos.
>
> Art. 3º Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:
>
> I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;
>
> II - promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;
>
> III - definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;
>
> IV - celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;
>
> V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores

> independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;
>
> VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação.

A referida agência possui como estrutura base (i) a diretoria, composta por um Diretor-Geral e outros quatro diretores; (ii) a procuradoria-geral, que fornece suporte técnico-jurídico à diretoria; e (iii) as superintendências de processos organizacionais, que cooperam e instruem os assuntos pautados pela diretoria.

Em suma, a ANEEL tem por objetivo garantir o desenvolvimento equilibrado do setor elétrico e para tanto institui regras para o funcionamento das redes de fornecimento de energia elétrica.

1.2.6 A CCEE

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE – é uma operadora do mercado de energia elétrica e tem por finalidade viabilizar um ambiente seguro e estável para as tratativas comerciais.

Em seu site institucional[18], a CCEE assim descreve:

> A CCEE promove discussões e propõe soluções para o desenvolvimento do setor elétrico nacional, fazendo a interlocução entre os agentes e as instâncias de formulação de políticas e regulação. O foco de atuação da instituição é a evolução do segmento de comercialização, pautado pela neutralidade, liquidez e simetria de informações.
>
> No âmbito operacional, uma das principais atividades da CCEE é contabilizar as operações de compra e venda de energia elétrica, apurando mensalmente as diferenças entre os montantes contratados e os montantes efetivamente gerados ou

[18] --------. *O que somos*. Acessado em 16 de maio de 2018 às 11h41. Disponível em: https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos?_adf.ctrl-state=szwgc34se_46&_afrLoop=18 5580809921169#!%40%40%3F_afrLoop%3D185580809921169%26_adf.ctrl-state%3Dszwgc34se_50

> consumidos pelos agentes de mercado. Para tanto, registra os contratos firmados entre compradores e vendedores, além de medir os montantes físicos de energia movimentados pelos agentes.
>
> A CCEE também determina os débitos e créditos desses agentes com base nas diferenças apuradas, realizando a liquidação financeira das operações. Para valorar tais diferenças, a instituição calcula o Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).
>
> As operações de comercialização de energia elétrica realizadas pela CCEE são regidas por regras e procedimentos. Assim, outra importante atribuição da Câmara de Comercialização é desenvolver, aprimorar e divulgar essas normas aos participantes do mercado de energia elétrica.
>
> Na esfera do mercado regulado, a CCEE é responsável por promover os leilões de compra e venda de energia, assim como gerenciar os contratos firmados nesses leilões.
>
> Zelar pela segurança do ambiente comercial também é função da CCEE. Para isso, a instituição realiza o monitoramento contínuo do mercado, identificando e analisando ações dos agentes em desacordo com a legislação ou condutas incompatíveis com as boas práticas comerciais.

Portanto, foi a partir da instituição da CCEE que se possibilitou a criação de dois ambientes diferenciados, no âmbito do Sistema Interligado Nacional, para comercialização de energia elétrica. Isto ocorreu tendo em vista a função de controle contratual intrínseca a essa operadora de mercado.

1.2.7 O ONS

O Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS –, pessoa jurídica de direito privado, instituída na forma de associação civil sem fins lucrativos pela Lei n. 9.648/98, é o órgão responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado

Nacional (SIN) e pelo planejamento da operação dos sistemas isolados do país, sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)[19].

Em resumo, o ONS é o operador responsável pelo controle e gestão do sistema físico de energia no âmbito do Sistema Interligado Nacional.

1.3 Os tipos de consumidores admitidos no setor elétrico

A previsão, contida na Lei nº 9.074/95, da prerrogativa de escolha do fornecedor de energia elétrica dividiu os consumidores do setor elétrico em 3 (três) grandes categorias:

(i) a dos chamados consumidores livres, os quais exerceram a prerrogativa de contratar seu fornecimento com agente outro que não a distribuidora em cuja área de concessão estão localizados;

(ii) a dos chamados consumidores potencialmente livres, os quais, embora a detenham, ainda não exerceram a prerrogativa de contratar seu fornecimento de energia elétrica com agente distinto da distribuidora local; e

(iii) a dos chamados consumidores cativos, os quais não têm a opção de contratar o fornecimento de energia elétrica com agente diferente da distribuidora local.

Posteriormente, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, previu, no § 5º de seu artigo 26, que determinados consumidores, denominados consumidores especiais, podem contratar seu fornecimento junto a agentes que comercializam energia elétrica de fontes incentivadas.

1.4 Os ambientes de comercialização de energia elétrica

[19] ------. O que é o ONS. Acesso em 16 de maio de 2018 às 11h59. Disponível em: http://ons.org.br/paginas/sobre-o-ons/o-que-e-ons.

Em torno das diferentes categorias de consumidores erigiram-se 2 (dois) ambientes de comercialização de energia elétrica: (i) o Ambiente de Contratação Regulada – ACR – e (ii) o Ambiente de Contratação Livre – ACL.

No Ambiente de Contratação Regulada, ocorre:

(i) a comercialização – fornecimento –, pelos agentes de distribuição, de energia elétrica aos consumidores cativos e aos consumidores potencialmente livres; e

(ii) a aquisição, junto aos agentes de geração, da energia elétrica de que os agentes de distribuição necessitam para atender seu mercado, composto por consumidores cativos e potencialmente livres.

Destarte, participam do Ambiente de Contratação Regulada:

(i) os agentes de distribuição, comprando energia elétrica dos geradores, mediante procedimento licitatório disciplinado na Lei nº 10.848/04 e no Decreto nº 5.163/04, e vendendo-a, fornecendo-a, aos seus consumidores;

(ii) os agentes de geração, vendendo energia aos agentes de distribuição mediante os procedimentos licitatórios – os leilões; e

(iii) os consumidores integrantes do mercado regulado, quais sejam, os consumidores cativos e os potencialmente livres, os quais, como contraprestação pela energia fornecida pelos agentes de distribuição, pagam a tarifa de fornecimento fixada pela ANEEL.

Ao passo que o Ambiente de Contratação Regulada gravita em torno dos consumidores cativos e potencialmente livres, o Ambiente de Contratação Livre tem como figuras centrais o consumidor livre e o consumidor especial.

No Ambiente de Contratação Livre, figuram:

(i) os agentes de geração;

(ii) os agentes comercializadores;

(iii) os importadores de energia; e

(iv) os consumidores livres e especiais, ou seja, os consumidores que exerceram a opção de contratar seu fornecimento de energia com agente distinto da distribuidora local.

O Ambiente de Contratação Livre é marcado pela livre negociação da compra e venda de energia elétrica, vale dizer, os consumidores livres e especiais pagam o preço livremente negociado com o agente gerador, comercializador ou importador do qual compraram a energia elétrica.

À diferença do que ocorre no Ambiente de Contratação Regulada, o fomento à prática de melhores ofertas de energia aos consumidores no Ambiente de Contratação Livre não ocorre mediante a fixação de procedimentos licitatórios que reduzem os custos de transação, mas sim por meio da promoção dos valores constitucionais da livre concorrência e da livre competição.

A lógica do Ambiente de Contratação Livre reside, pois, na estruturação de um modelo de comercialização em que, em obediência aos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, a competitividade garanta preços módicos, "liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor", o qual, no ACL, pode escolher seu fornecedor de energia.

1.4.1 A atuação dos agentes de distribuição em cada ambiente de contratação de energia elétrica

Observe-se que o consumidor, ao migrar para o mercado livre e assumir a condição de consumidor livre ou especial, deixa de contratar o fornecimento de energia com a distribuidora local, mas continua utilizando o mesmo sistema de distribuição, ou seja, continua utilizando as redes da distribuidora local, através das quais a energia será transportada até sua unidade de consumo.

Essa circunstância revela a existência de duas diferentes formas de prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Aos consumidores cativos e potencialmente livres é prestado o que se pode denominar de serviço de distribuição de energia elétrica em sentido amplo, uma vez que a distribuidora local não só transporta (distribui) como também fornece (vende) a energia por eles consumida.

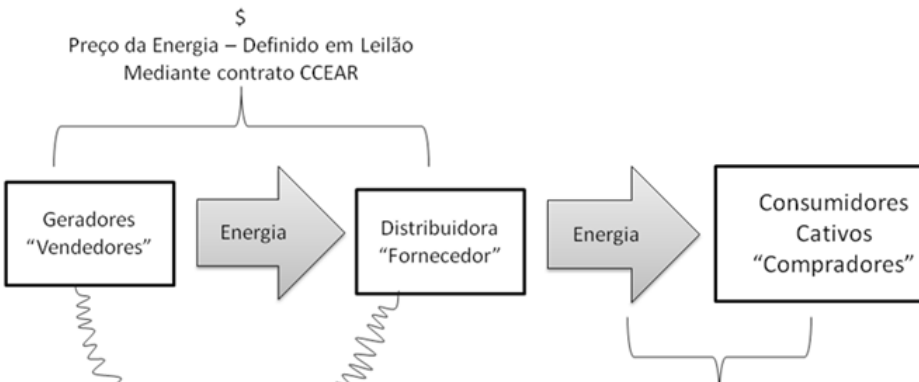
Já aos consumidores livres e especiais, que optaram por contratar o fornecimento de energia com outro agente que não a distribuidora local, é prestado, por parte das distribuidoras, o serviço de distribuição de energia elétrica em sentido estrito, prestação essa imposta por lei, a qual assegura aos agentes e consumidores do Ambiente de Contratação Livre o livre acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição.

Por outras palavras, para os consumidores livres e especiais, a distribuidora local, por imposição da lei, apenas disponibiliza a infraestrutura essencial que detém, propiciando, por meio de sua rede de distribuição, que a energia fornecida por outro agente alcance a unidade de consumo.

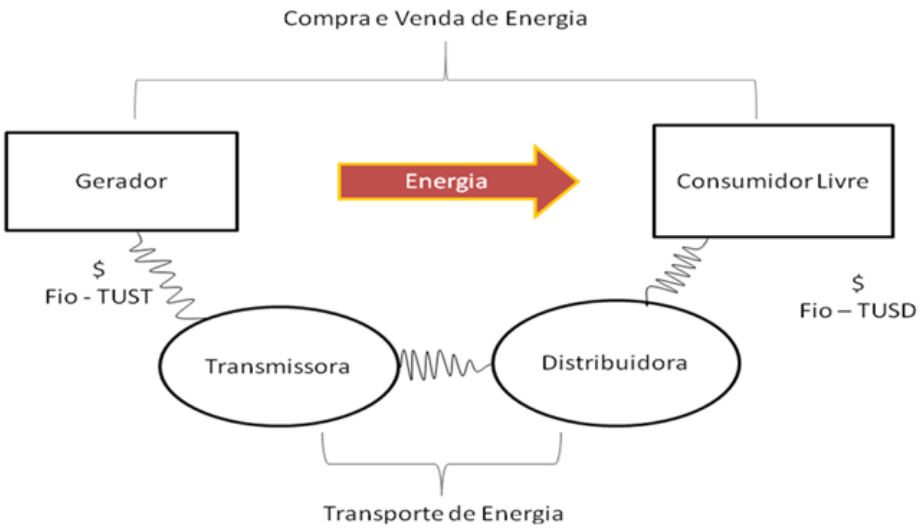
Percebe-se, assim, que os consumidores livres e especiais apenas acessam e usam o sistema de distribuição da distribuidora local como instrumento para receber montante de energia correspondente ao adquirido de um terceiro agente, gerador ou comercializador de energia elétrica, no Ambiente de Contratação Livre.

Vale ilustrar o funcionamento do Ambiente de Contratação Regulada e do Ambiente de Contratação Livre, respectivamente:

(i) Ambiente de Contratação Regulada



(ii) Ambiente de Contratação Livre



Constata-se, pois, que os agentes de distribuição não vendem energia elétrica aos consumidores livres e especiais, mas apenas lhes disponibilizam o acesso à rede de distribuição, apenas prestam o serviço de transporte (distribuição em sentido estrito).

2 A RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA

Alguns elementos são essenciais para compreensão do Sistema Tributário Nacional como um todo. Para tanto, existem duas teorias fundamentais que explicam a tributação no ocidente, quais sejam (i) teoria do benefício e (ii) teoria do sacrifício comum.

A primeira ganhou força no Estado Moderno, visto que durante essa época prevalecia a figura do Estado abstencionista. Em linhas gerais, a teoria do benefício consignava que a sociedade seria obrigada a pagar tributos sempre que se beneficiasse diretamente das benesses concedidas pelo Estado. Portanto, quem não recebesse benefícios do Estado não estaria obrigado a pagar tributos. Nesse período da história, o principal serviço que o Estado poderia ofertar aos seus condescendentes era a proteção da propriedade privada, mais especificamente a proteção militar.

Contudo, ao observar a evolução do Estado Liberal, constatou-se a ineficiência dessa primeira ideia. Nesse contexto, surge a teoria do sacrifício comum, defendida por John Stuart Mill. Essa premissa consignava que os tributos deveriam ser pagos ao poder estatal por todas as pessoas, indiscriminadamente, isto porque todos da sociedade poderiam usufruir dos benefícios implementados pelo Estado, de maneira direta ou indireta.

Em que pese a adoção dessas duas linhas de tributação, a legislação tributária brasileira incute em seu bojo o princípio da igualdade tributária, que determina a aplicação da lei de maneira equânime. Portanto, todos aqueles que estão na mesma situação jurídica devem receber o mesmo tratamento tributário, a fim de evitar a seleção de pessoas e a submissão dessas à tributação mais gravosa.

Nas palavras de Roque Antonio Carrazza[20]:

[20] CARAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 72/2013. Editora Malheiros. São Paulo, 2013. Pág. 85

> Não é porque o Estado, para sobreviver, precisa de meios pecuniários (dinheiro) que os contribuintes podem ter seus direitos atropelados. Constitucionalmente, pois, um tributo não pode ter outro escopo que o de instrumentar o Estado a alcançar o bem comum. (...) Qualquer exação que não persiga essa finalidade é inconstitucional.

2.1 A competência tributária na Constituição de 1988

O Estado, historicamente, é a figura social que detém o poder de tributar seus condescendentes, seja em razão dos serviços que a estes presta seja pelo dever de angariar fundos para seu auto custeio. Entretanto, para evitar os famigerados excessos de exação, a Constituinte de 1988 determinou mecanismos de limitação ao poder de tributar, são eles a instituição de regras de competência, de princípios basilares, de direitos e garantias fundamentais.

O autor Humberto Ávila, em sua obra *Sistema Constitucional Tributário*, assim esclarece[21]:

> O conceito de limitação ao poder estatal, em termos gerais, e o de limitação ao poder de tributar, em termos particulares, enfrenta vários paradoxos, cuja compreensão permite verificar com mais agudeza o seu próprio significado.
>
> Em primeiro lugar, as limitações instituem restrições ao poder estatal, mas, paradoxalmente, precisam do seu próprio reconhecimento e intermediação para serem realizadas. A efetividade das limitações, por exemplo, depende de procedimentos e de instrumentos normativos secundários que são estabelecidos pelo próprio Estado que se verá limitado por eles.
>
> Em segundo lugar, as limitações servem de oposição ao poder estatal, mas paradoxalmente servem para gera-lo, e de instrumento para sua participação. O princípio democrático, por exemplo, é tanto instrumento de insistência ao poder estatal, quanto meio de participação no próprio poder estatal. Por assim dizer, a limitação forma o poder que vai limitar. Mais do que isso, aquele que é protegido pelas limitações (contribuinte) participa, via processo democrático, das decisões de quem é destinatário das limitações (ente estatal).

[21] AVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário, 5ª edição. Saraiva, 11/2011. Retirado de Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502157361/ [Minha Biblioteca].

> Em terceiro lugar, as limitações, que estabelecem limites, são paradoxalmente limitadas. A capacidade contributiva, por exemplo, é limite ao poder estatal, ao mesmo tempo que é limitada por outros princípios, como aqueles relativos a finalidades extrafiscais; a legalidade é limite, mas é limitada pelas regras de competência extraordinária; as regras de competência são limites, mas são limitadas pelo princípio da igualdade e pelo postulado da razoabilidade; a imunidade recíproca é limite, mas é limitada por outros princípios, como o da livre concorrência. E assim por diante.
>
> Todos esses paradoxos revelam a complexidade das limitações ao poder estatal. Como as limitações decorrem de normas, e as normas são multidimensionais, a riqueza do seu significado normativo normalmente ultrapassa o seu significado preliminar.

No Brasil, por força do princípio da legalidade, as hipóteses de tributação são definidas pela Constituição e a instituição dos tributos é realizada por meio de lei, conforme assim determina a Carta Magna em seu art. 151:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
>
> II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Nesse sentido, a competência tributária se revela como um mecanismo de criação de tributos, *in abstracto*, que determina, legislativamente, as hipóteses de incidência tributária, bem como os sujeitos ativos e passivos, as alíquotas e bases de cálculo.

Carraza (2013)[22] melhor descreve ao dizer que:

> A competência tributária é a habilitação ou, se preferirmos, a faculdade potencial que a Constituição confere a determinadas pessoas (as pessoas jurídicas de direito público interno) para

[22] CARAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 72/2013. Editora Malheiros. São Paulo, 2013.

> que, por meio de lei, tributem. Obviamente, quem pode tributar (criar unilateralmente o tributo, com base em normas constitucionais), pode, igualmente, aumentar a carga tributária (agravando a alíquota ou a base de cálculo do tributo, ou ambas), diminuí-la (adotando o procedimento inverso) ou, até suprimi-la, através da não tributação pura e simples ou do emprego de mecanismos jurídicos de isenções. Pode, ainda, perdoar débitos tributários já nascidos ou parcela-los, anistiando, se entender que é o caso, as eventuais infrações tributárias cometidas.

Em que pese a faculdade de aumentar, diminuir, perdoar e isentar determinados cidadãos da exação, o ente federado, titular da competência tributária, não poderá renunciar a tal poder. Poderá deixar de exercitá-lo, como no caso dos Impostos sobre grandes fortunas, mas a renúncia a esse dever é inadmissível.

Esclarece-se, ainda, que a competência tributária se esgota no momento em que a legislação é criada, porquanto uma vez editada não há mais que se falar em competência tributária, mas tão somente em capacidade tributária ativa, isto é, o direito de arrecadar o tributo após a ocorrência do fato oponível.

A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios detêm o direito de obrigar terceiros, ainda que estes não consintam, a pagarem-lhes tributos quando houver a ocorrência de uma das hipóteses de exação, definidas constitucionalmente.

Existem cinco espécies de competência tributária, quais sejam: (i) privativa; (ii) comum; (iii) residual; (iv) extraordinária; e (v) cumulativa[23].

A competência será privativa ao ente federado que recebeu sua outorga através do comando constitucional, isto é, a Constituição Federal determina o rol de impostos que cada ente poderá instituir. A exemplo, o art. 153 do Código Tributário especifica alguns impostos de competência privativa da União, ao passo que os artigos 156 e 147 disciplinam as hipóteses de incidência de impostos de competência dos Estados e Municípios.

[23] Artigos 145 a 162 da Constituição Federal.

Já a competência comum diz respeito aos tributos vinculados, oriundos de atividades do Estado. A nomenclatura "comum" assim foi utilizada porque expressa a faculdade de os entes federados instituírem e cobrarem tributos com a mesma nomenclatura, a exemplo cita-se as taxas e contribuições de melhoria. É essencial que para o exercício da referida competência haja uma contraprestação estatal, seja pelo exercício do Poder de Polícia da Administração seja pela prestação de um determinado serviço ao cidadão.

Por sua vez, a competência residual diz respeito à faculdade de a União, por força do art. 154, inciso I da CF/88, instituir novos impostos, inclusive criar hipóteses de incidência diferente daquelas já previstas, desde que por Lei Complementar. Além desses fatores, o novo imposto não poderá cumular a mesma base de cálculo e fato gerador de outro já existente. Esse cenário também se aplica às contribuições sociais, com a ressalva de que o Supremo Tribunal Federal admite a criação de contribuição social com a mesma base de cálculo de um imposto já existente[24].

Vale destacar que o rol constitucionalmente estabelecido, mencionado nos parágrafos anteriores, é exaustivo apenas com relação aos Estados e Municípios, tendo em vista que estes entes não estão autorizados a instituir impostos para além das possibilidades já delineadas na própria Constituição. É importante frisar que apenas a União detém a competência residual.

Ainda com relação às espécies de competência, tem-se que a competência extraordinária refere-se à faculdade de a União, em casos de situações específicas como uma fase recessão ou durante o período de guerra declarada, instituir novos tributos, por força do artigo 148 da Constituição. Tais tributos podem contemplar a mesma base de cálculo e fato gerador de impostos já existentes.

Por fim, a competência cumulativa refere-se ao dever de a União e o Distrito Federal, por força do art. 147, arrecadarem os impostos de competência estadual e

[24] ADC 3, rel. min. Nelson Jobim, j. 1º-12-1999, P, DJ de 9-5-2003.

municipal dos Territórios Federais, sendo a União responsável pela arrecadação dos impostos estaduais e o Distrito Federal deverá zelar pela arrecadação dos impostos municipais.

Logo, conclui-se que (i) as hipóteses de instituições de tributos são delineadas pela Constituição Federal; e (ii) os tributos serão arrecadados pelos órgãos delegados por lei para exercerem a cobrança de tal atividade.

2.2 Elementos constitutivos do tributo

Inicialmente, antes de adentrar nos elementos constitutivos, faz-se necessário estabelecer a conceituação de tributo a fim de viabilizar o melhor entendimento de suas características.

O artigo 3º do Código Tributário Nacional assim estabelece:

> Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Aliomar[25] Baleeiro explica que:

> O CTN adotou a teoria segundo a qual tributos se caracterizam pelo caráter compulsório e, para distingui-los das multas e penalidades, inseriu a cláusula "que não constitua sanção de ato ilícito".
>
> (...)
>
> (1) **Compulsoriedade**. Os tributos situam-se, portanto, entre os ingressos coativos. Esse sempre foi o requisito essencial com que a jurisprudência diferenciou as taxas, como espécie tributária, dos preços e tarifas (atributários).
>
> (2) **Indenizações e demais compensações financeiras**. Embora sendo compulsórias, as espécies tributárias guardam a sua especificidade, pois as indenizações ou compensações de toda natureza, ainda que inexistentes a prévia ilicitude, não são tributos, tampouco o são as entradas sancionatórias, impostas à prática de ato ilícito.

[25] BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

(3) **Atividade Administrativa, plenamente vinculada.** Finalmente, os tributos são de destinação pública, pois são "cobrados mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Em complemento às anotações tecidas pelo i. doutrinador Baleeiro, frise-se que todo tributo deve ser instituído por lei. Isto é, o ordenamento jurídico não admite a criação de tributos mediante decreto, portaria ou ato administrativo, para que haja tributo há de se editar uma Lei.

Portanto, diante desse cenário, podemos considerar o tributo como uma prestação pecuniária instituída por lei, de caráter compulsório, oriunda de uma atividade estatal vinculada – denominada lançamento do crédito tributário - que não terá ligação com a possível punição do cidadão pela prática de um ilícito.

As receitas públicas[26] obtidas com a arrecadação dos tributos têm natureza derivada, porque provém da exploração do patrimônio do particular com emprego do direito público de maneira compulsória.

[26] "A Receita Pública pode ser vista sob diversas óticas: 1 - a entrada de recursos que, integrando-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto como elemento novo e positivo; 2 - toda arrecadação de rendas autorizadas pela Constituição Federal, leis e títulos creditórios à Fazenda Pública; 3 - conjunto de meios financeiros que o Estado e as outras pessoas de direito público auferem, livremente e sem reflexo no seu passivo e podem dispor para custear a produção de seus serviços e executar as tarefas políticas dominantes em cada comunidade. Em sentido restrito, receitas são as entradas que se incorporam ao patrimônio como elemento novo e positivo; em sentido lato, são todas quantias recebidas pelos cofres públicos, denominando-se entradas ou ingressos. Nem todo ingresso constitui receita pública; o produto de uma operação de crédito, por exemplo, é um ingresso, mas não é receita nessa concepção porque, em contraposição à entrada de recursos financeiros, cria uma obrigação no passivo da entidade pública; 4 - no sentido de caixa ou contabilístico, são receitas públicas todas e quaisquer entradas de fundos nos cofres do Estado, independentemente de sua origem ou fim; 5 - no sentido financeiro ou próprio, são receitas públicas apenas as entradas de fundos nos cofres do Estado que representem um aumento do seu patrimônio. Outra maneira de definir a receita pública é considerar que, para que exista uma receita pública, é necessário que a soma de dinheiro arrecadada seja efetivamente disponível, isto é, que possa, em qualquer momento, ser objeto dentro das regras políticas e jurídicas de gestão financeira, de uma alocação e cobertura de despesas públicas. 6 - de acordo com o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, a receita pública engloba todos os créditos de qualquer natureza que o governo tem direito de arrecadar em virtude de leis gerais e especiais, de contratos e quaisquer títulos de que derivem direitos a favor do Estado". ------. Glossário do Senado Federal. Acesso em 15 de julho de 2018, às 17h15. Disponível em https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/receita-publica.

Também é de relevante interesse para compreensão da tese ora posta a conceituação do que vem a ser obrigação tributária. Tal conceito deve ser extraído à luz do direito das obrigações, matéria atinente a seara do direito civil.

Washington de Barros Monteiro[27] define obrigação como:

> Obrigação é uma relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio.

A relação jurídico-tributária tem cunho obrigacional porquanto detém de um lado o credor, isto é, o ente político – União, DF, Estados ou Municípios – ou qualquer outra pessoa jurídica de direito público com capacidade tributária ativa, e de outro lado o devedor, um particular obrigado a adimplir com a obrigação que lhe foi imposta.

Diante desse cenário, a obrigação tributária pode se revelar de três maneiras distintas: primeiro poderá compelir as pessoas jurídicas e físicas arcarem com o pagamento do tributo, o que se caracterizaria, na linguagem civilista, como obrigação de dar; segundo poderá obrigar a realização de escrituração de livros fiscais e entrega de declarações tributárias, o que se constituiria como obrigação de fazer, e terceiro, como obrigação de não fazer, poderá compelir as pessoas físicas e jurídicas a não rasurarem a escrituração fiscal e a não receberem mercadorias sem os documentos fiscais previstos na legislação pertinente[28].

À luz do Código Tributário Nacional – CTN – a obrigação tributária se divide em principal e acessória:

> Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
>
> § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade

[27] MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das obrigações – Parte 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.
[28] ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. pag. 270.

> pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.
>
> § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.
>
> § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

De acordo com o supramencionado artigo, será principal a obrigação que tiver por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária – obrigações de dar – ao passo que será acessória todas as outras obrigações, positivas ou negativas, que convergirem para o interesse da arrecadação de tributos ou da fiscalização destes.

Em linhas mais claras, a obrigação principal tem natureza patrimonial porque obriga o sujeito passivo a adimplir ao pagamento com pecúnia, enquanto a obrigação acessória contempla as modalidades obrigacionais de fazer ou não fazer.

Posta a conceituação necessária, faz-se imperioso mencionar que os tributos são constituídos por: (i) fato gerador; (ii) alíquota; e (iii) base de cálculo. Além disso, para que o ciclo tributário se complete há, necessariamente, a presença de dois elementos subjetivos, quais sejam os sujeitos ativo e passivo.

Entende-se por fato gerador a ocorrência de uma situação concreta, descrita como uma hipótese de incidência tributária pela Constituição, que autoriza a cobrança de tributos por um ente político. Para a doutrina, a situação definida em lei deve ser denominada como "hipótese de incidência", nesse sentido, Ricardo Alexandre[29] esclarece que:

> O CTN, em seu art. 114, afirma que "o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência". Ora, se apenas está definida em lei, a situação não poderia ser denominada de "fato". Por isso, a boa doutrina afirma que a previsão abstrata deve ser denominada "hipótese", pois se refere a algo que pode vir a ocorrer no mundo, tendo como consequência a

[29] ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. pag. 275.

> incidência tributária. Daí a famosa terminologia "hipótese de incidência".
>
> Já o art. 113, §1º do CTN, afirma que "a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador", neste caso o Código se refere efetivamente a um fato da vida, verificado no mundo concreto, sendo lícito denominar a situação de "fato gerador". Alguns doutrinadores preferem as denominações "fato imponível", "fato jurídico tributário" ou "fato jurígeno tributário", mas o que é relevante é utilizar a palavra fato apenas para situações concretas, jamais para se referir a meras hipóteses.

O CTN divide os fatos geradores em dois grandes grupos, são eles (i) os definidos com base em situações de fato; (ii) os definidos com base em situações jurídicas. A separação dos fatos geradores se fez necessária porque as regras relativas aos momentos em que cada um se completa são diferentes.

Alexandre assim dispõe[30]:

> As situações definidas como fatos geradores de tributos se enquadram com precisão em alguma hipótese já prevista em lei como geradora de consequências jurídicas. Noutras palavras, mesmo antes de a lei tributaria definir determinada situação como fato gerador de um tributo, já há norma, de outro ramo do direito, estipulando efeitos jurídicos para o mesmo fato. Neste caso, pode-se dizer que o fato gerador do tributo configura uma situação jurídica.
>
> Em outras hipóteses, a situação escolhida pelo legislador para a definição do fato gerador do tributo possuía apenas relevância econômica, mas não era definida em qualquer ramo de direito como produtora de efeitos jurídicos. Nestes casos, é correto afirmar que o fato gerador foi definido com base numa situação de fato.

Ao estabelecer essa distinção o CTN se preocupou em identificar se aquela situação já produzia efeitos no mundo jurídico por consequência de outro ramo do direito.

Superado o entendimento de fato gerador, tem-se ainda a breve conceituação de outros dois elementos. A alíquota corresponde ao percentual que será aplicado para viabilizar o cálculo do valor de um tributo, ao passo que a base de cálculo

[30] Ob. cit. pag. 279.

corresponde à grandeza econômica, isto é, o montante sobre o qual deverá incidir a alíquota de determinado tributo.

Além desses elementos, a relação tributária demanda a figura de dois sujeitos, o ativo, ente político ou qualquer entidade de direito público dotada de capacidade tributária, credor da obrigação, e o sujeito passivo, pessoa física ou jurídica compelida a adimplir a obrigação tributária.

No caso do ICMS o critério da territorialidade é a regra geral para definição do sujeito ativo. Em geral é distrital ou estadual a competência sobre operações ocorridas dentro dos respectivos territórios. Entretanto, há casos em que para evitar conflitos entre entes federativos é necessária a criação de regras específicas de distribuição de competência tributária, mas será sempre estadual ou distrital

2.3 Natureza tributária do ICMS, da TUST e da TUSD

Os tributos se subdividem em cinco grandes espécies: (i) impostos; (ii) taxas; (iii) contribuições de melhoria; (iv) empréstimos compulsórios e (v) contribuições especiais.

Nas palavras de Eduardo Sabbag[31], o imposto é:

> Tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa à vida do contribuinte, à sua atividade ou a seu patrimônio (art. 16 do CTN). Esta figura tributária também é prevista pelo art. 145, I, da CF. É tributo não ligado à atividade estatal, ou seja, refere-se à atividade do particular, estando limitado ao âmbito privado do contribuinte.

Os impostos são previstos taxativamente pela Constituição Federal nos artigos 153 a 156. Há impostos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[31] SABBAG, Eduardo. Série Método de Estudo OAB - Direito Tributário. Método, 10/2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973513/

Já as taxas são contribuições pagas pelo indivíduo para remunerar um serviço diretamente recebido[32]. Amaro Cavalcânti assim complementa "enquanto pelas taxas, o individuo procura obter um serviço que lhe é útil pessoalmente, o Estado, ao contrário, procura pelo imposto os meios de satisfazer as despesas necessárias da administração ou indispensáveis ao bem comum[33].

As taxas têm como fato gerador a utilização de serviços públicos ou exercício do Poder de Polícia. A taxa de polícia, também conhecida como taxa de fiscalização, será exigida em razão de atos de polícia realizados pela Administração Pública, pelos mais variados órgãos ou entidades fiscalizatórias. O exercício do poder fiscalizatório através da polícia administrativa tem por objetivo limitar os direitos individuais em benefício da coletividade[34]. Enquanto o Poder de Polícia é um poder-dever, o serviço público é uma comodidade, um benefício, que o cidadão pode ou não usufruir.

Os serviços públicos são distintos dos serviços particulares pelo critério da titularidade, isto é, a Constituição discrimina quais são os serviços de titularidade dos entes federados, além disso para serem remunerados via taxa precisam deter os seguintes requisitos: compulsoriedade, especificidade e divisibilidade.

Em contrapartida, as contribuições de melhoria "são tributos vinculados, uma vez que sua cobrança depende de uma específica atuação estatal, qual seja a realização de uma obra pública"[35]. Esse tributo não tem como fato gerador a realização de obra pública, em verdade, para que a hipótese de incidência opere seus efeitos práticos é necessário que decorra uma valorização imobiliária em razão da obra pública.

---

[32] BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
[33] CAVALCÂNTI, Amaro. Elementos de Finanças. Editora Imprensa Nacional, 1896, pag. 170.
[34] SABBAG, Eduardo. Série Método de Estudo OAB - Direito Tributário. Método, 10/2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973513/
[35] ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. pag. 40.

Assim explica Alexandre[36]:

> Como a contribuição é decorrente de obra pública e não para a realização de obra pública, não é legítima a sua cobrança com o intuito de obter recursos a serem utilizados em obras futuras, uma vez que a valorização só pode ser aferida após a conclusão a obra. Excepcionalmente, porém, o tributo poderá ser cobrado em face de realização de parte da obra, desde que a parcela realizada tenha inequivocadamente resultado em valorização dos imóveis localizados na área de influência.
>
> (...)
>
> A melhoria exigida pela Constituição é, segundo o STF, o acréscimo de valor à propriedade imobiliária dos contribuintes, de forma que a base de cálculo do tributo será exatamente o valor acrescido, ou seja, a diferença entre os valores inicial e final do imóvel beneficiado[37].

Por outro lado, o empréstimo compulsório, previsto no art. 148 da Constituição Federal, são instituídos para atender despesas extraordinárias incorridas com calamidades públicas, guerras externas ou sua iminência. Também poderão ser exigidos no caso de investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional.

Cumpre esclarecer que os empréstimos compulsórios, apesar de deterem caráter coativo, são restituíveis. Frise-se que a obrigação tributária nessa espécie advém de uma determinação legal, isto é, uma vez verificada a ocorrência do fato gerado o sujeito passivo estará obrigado a emprestar dinheiro ao Estado.

Por fim, as contribuições especiais estão previstas no art. 149 da constituição e poderão ser assim instituídas:

> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[36] Ob. cit. pag. 41
[37] STF, 2ªT., RE 114.069-1/SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, j. 30.09.1994, DJ 02.05.1994, p. 26.171.

Diante desse cenário, temos o ICMS, que se enquadra na categoria de imposto, e é uma espécie de tributo, e as Tarifas de Transmissão e Distribuição de energia elétrica, que não podem ser enquadradas como uma espécie de tributo pois são preços públicos.

Os preços públicos não são compulsórios e decorrem de uma relação contratual estabelecida com um ente de direito público. As tarifas, por sua vez, são espécies de preços públicos, geralmente cobradas pelo prestador de serviços em regime de delegação de serviço público ou por empresas estatais.

O Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento a respeito do tema e esclareceu que:

> Súmula 545. Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e tem sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as institui.

O precedente que deu origem à referida súmula bem destaca que:

> "As taxas, segundo a lição do eminente Professor Caio Tácito, correspondem aos serviços particulares prestados pelo Estado, no exercício de sua soberania (taxas judiciárias, de polícia, de registro). Preços públicos se chamam as contra-prestações requeridas pelos serviços ferroviários, telefônicos e postais.
>
> Taxa é, em síntese, o custeio de serviços jurídicos-administrativos, tipicamente estatais. Preço público é o pagamento de serviços que, embora exercidos pelo Estado, não lhe são, em tese, privativos (Rev. Direito Administrativo, vol. 44, pág. 522)".
>
> (RE 54996/PE, Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, Primeira Turma, j. 27.05.1968, DJ. 19.06.1968)

Nesse sentido, enquanto as taxas e demais impostos se submetem ao regime jurídico tributário, as tarifas dispensam tal rigor, de modo que podem ser instituídas a despeito de lei ou previsão constitucional. Acrescente-se, por fim, que as tarifas são receitas originárias, isto é, aquelas arrecadadas pela exploração do patrimônio do Estado como empresa, de maneira voluntária, ao passo que os tributos têm suas

receitas derivadas, ou seja, os valores são arrecadados pelo Estado, através da exploração do patrimônio do particular, de maneira compulsória.

3 O ICMS E A COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA

Do quanto exposto a propósito do funcionamento do setor elétrico, cumpre reter, em especial, duas premissas, quais sejam:

(i) os agentes de distribuição não comercializam energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre, mas apenas prestam, por imposição legal, o serviço de transporte da energia elétrica, dado que detêm a infraestrutura essencial para que a energia elétrica seja conduzida aos pontos de consumo; e

(ii) a energia elétrica não é armazenável, de maneira que os correspondentes contratos de compra e venda não implicam entrega física da mercadoria pelo vendedor.

Retidas essas premissas e apresentadas noções gerais sobre o funcionamento do setor elétrico, é possível avançar para a análise da aplicação do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.

3.1 Noções de demanda contratada e mercadoria para fins de tributação

Os consumidores livres, categoria abrangida pelas indústrias e grandes prestadores de serviço, com o fito de garantir o suprimento do insumo mais imprescindível para suas atividades, qual seja a energia elétrica, muito comumente mantém contratos individualizados de fornecimento de energia com as distribuidoras.

Nesse contexto, a demanda contratada pode ser conceituada, nas palavras de Roque Antonio Carraza[38]:

[38] CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo, 2009. p. 273.

> Para que melhor se compreenda: atualmente as distribuidoras atendem ao ―mercado cativo‖ (pequenos e médios consumidores, que não podem escolher livremente seus fornecedores de energia elétrica) e ao ―mercado livre‖ (grandes consumidores aos quais a legislação faculta escolherem seus fornecedores, valendo-se de critérios empresariais). Quando as distribuidoras atendem aos ―consumidores cativos são por eles remunerados por meio de tarifas (tarifas de energia e tarifas de fio) e são responsáveis, na condição de substitutas tributárias, pelo recolhimento do ICMS-Energia Elétrica. Já, quando as distribuidoras atendem aos consumidores livres limitam-se a receber as tarifas de fio, cobradas pela utilização das infraestruturas de transmissão e/ou distribuição (TUST – Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão, ou TUSD – Tarifa do Sistema de Distribuição). São os agentes de comercialização (ou de geração) que vendem a energia elétrica aos consumidores livres, deles cobrando o respectivo preço, sobre o qual, sim, é calculado o ICMS a pagar.

O art. 2º, inciso XXI, da Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL conceitua demanda contratada como:

> XXI – demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

Walter Tolentino[39] tece importantes considerações sobre o tema, destaca-se em especial o trecho a seguir transcrito:

> O encargo da demanda baseia-se em dado oferecido sobre o máximo de uso de carga durante certo período, devendo, por conseguinte, a concessionária estar preparada para fornecer energia dentro daquela exigência do consumidor. Em consequência, torna-se necessário cobrir os encargos de capital da usina, que deve estar constantemente pronta para atender ao consumidor, e então o elemento de demanda foi concebido como maneira de reembolso dos investimentos das instalações, enquanto que a tabela do quilowatt-hora se refere ao custo da produção e distribuição da energia consumida. Em resumo: - a despesa de demanda representa uma contribuição, por assim dizer, para compensar o investimento de capital nas instalações da companhia, sempre à disposição do consumidor,

[39] ÁLVARES, Walter Tolentino. Direito da Energia. Belo Horizonte, 1974, p 659-660.

> enquanto que o encargo de consumo se refere ao efetivo custo de produção e distribuição.

Portanto, pode-se considerar a demanda contratada como o montante de energia disponibilizado pela distribuidora aos contratantes, qual seja, os consumidores livres, no ponto de entrega acordado, conforme as condições de preço e tempo também descritas no instrumento contratual.

Além do conceito de demanda contratada, para melhor entender a tributação do ICMS faz-se necessário apreciar outros dois aspectos, quais sejam (i) a hipótese de incidência do imposto, bem como (ii) o conceito de mercadoria para fins tributários.

A Constituição Federal, em seu artigo 155, inciso II, assim dispõe:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> (...)
>
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

Infere-se do referido dispositivo legal que o ICMS "incide sobre operações com mercadorias. Apenas a passagem de mercadoria de uma pessoa para outra, por força da prática de um negócio jurídico, abre espaço à tributação via ICMS[40]".

O Estado e o Distrito Federal são os entes federativos responsáveis pela instituição e arrecadação desse tributo. O imposto deverá ser recolhido na localidade onde a operação se realizou, independentemente da localização do destinatário da mercadoria.

A mercadoria, por sua vez, pode ser entendida como o bem móvel corpóreo que está sujeito às operações mercantis, em outras palavras, a mercadoria é o objeto da atividade mercantil. Vale acrescentar ainda que para que um bem seja

[40] CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo, 2009. p. 49.

considerado mercadoria ele precisa carregar um pressuposto extrínseco, qual seja, o propósito da destinação comercial.

José Souto Maior Borges esclarece[41]:

> Mercadoria é o bem móvel, que está sujeito à mercancia, porque foi introduzido no processo econômico circulatório. Tanto que o que caracteriza, sob certos aspectos, a mercadoria é a destinação, porque aquilo que é mercadoria, no momento em que se introduz no ativo fixo da empresa, perde essa característica de mercadoria, podendo ser reintroduzido no processo circulatório, voltando a adquirir, consequentemente, essa conotação de mercadoria.

Portanto, o fato imponível do ICMS se completará após a realização da operação mercantil, isto é, com a transferência de titularidade da mercadoria. Se não houver transferência de titularidade a obrigação tributária não nascerá.

3.2 A atividade de comercialização de energia e a incidência do ICMS

Em tempos recentes, as concessionárias de transmissão e distribuição têm destacado o ICMS sobre os valores recebidos a título de TUST e TUSD, repassando aos contratantes – por meio do mecanismo dos preços – o respectivo ônus econômico.

Aspecto importante acerca do funcionamento do setor elétrico guarda relação com a circunstância de a eletricidade não ser armazenável, característica singular que torna a energia elétrica uma mercadoria distinta de qualquer outra.

A impossibilidade de armazenamento da energia elétrica conduz à necessidade de uma atividade de coordenação que garanta a satisfação de toda a demanda efetiva de energia elétrica.

Nesse contexto, o alcance do equilíbrio instantâneo entre o consumo e a geração pressupõe o despacho centralizado das usinas, cuja responsabilidade recai

[41] BORGES, José Souto Maior. Questões tributárias. 1ª ed., São Paulo.,0 Resenha Tributária, 1975, p. 85.

sobre o Operador do Sistema, o qual, com vistas à eficiência do sistema, usualmente adota o menor custo de produção como critério para despacho.

Acerca da relação entre essa marcante característica física da eletricidade e o funcionamento dos sistemas elétricos, vale conferir lições de Jorge Fabra Utray e Juan de La Cruz Ferrer, respectivamente:

> […] a não armazenabilidade da eletricidade é uma característica singularíssima que torna distinta a eletricidade, de maneira determinante, de qualquer outro fornecimento de bens convencionais.
>
> A transcendência da não armazenabilidade da eletricidade é enorme. A não armazenabilidade quer dizer que estamos diante do bem mais perecível que podemos conceber. Tão perecível que carece de existência temporal perceptível. Se consome no mesmo instante em que se produz, o que implica que a decisão de sua produção seja tomada pelo consumidor no mesmo ato do consumo. Disso se deduz a existência de equivalência instantânea entre produção e consumo de eletricidade e a inevitabilidade de um funcionamento em sistema cuja gestão (consistente na programação de geração, porque o consumo é uma variável exógena no curto prazo) constitui a responsabilidade básica do Operador do Sistema. É puro dogma negar a transcendência econômica deste feito evidente (a não armazenabilidade), ainda que não justifique, como não justifica, a exclusão da eletricidade das normas da sua competência.
>
> Satisfazer instantaneamente toda a demanda efetiva de eletricidade é uma exigência inafastável de todos os equilíbrios técnicos do Sistema Elétrico. A perda desse equilíbrio é inadmissível a partir de qualquer ponto de vista, haja vista o papel que a eletricidade cumpre no funcionamento das sociedades desenvolvidas.[42]
>
> A principal característica da energia elétrica é que ela transita pelas redes à velocidade da luz e não pode ser armazenada. Ademais, a rede deve ser mantida em uma tensão constante para que não ocorram danos aos equipamentos conectados.
>
> Por tudo isso, a produção de energia elétrica deve responder à demanda a cada momento.

[42] UTRAY, Jorge Fabra. **Un Mercado Para La Eletricidad**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 67 e 68.

> Para conseguir que a oferta e demanda se ajustem a cada momento, os mercados utilizam o denominado 'despacho central de cargas': sobre a base das previsões de demanda realizadas para cada momento do dia, o despacho central determina quais centrais do sistema elétrico devem funcionar a cada momento. Para conseguir uma sequência economicamente eficiente, as centrais deveram entrar em funcionamento de acordo com seu custo de produção, a partir daquelas de menor custo. Ademais, o despacho também mantém na reserva centrais para o caso de a demanda real superar a previsão, podendo ordenar seu acionamento imediato para injetar mais energia na rede.[43]

Em virtude de a energia elétrica não ser armazenável e de o despacho das usinas ser feito de forma centralizada, o vendedor, via de regra, não promove a entrega física da energia elétrica ao comprador com quem contratou.

A obrigação do vendedor, diante da celebração de contrato de venda de energia, consiste em disponibilizar ao sistema, seja por meio de empreendimento de geração próprio ou por meio de contratos de compra, lastro físico de energia em montante equivalente àquele por ele vendido.

A simples disponibilização do lastro físico permite a execução dos contratos de venda independentemente da produção de energia elétrica pelas usinas constitutivas do lastro, pois o Operador do Sistema é quem define (i) quais usinas devem produzir energia elétrica, (ii) o montante a ser produzido e (iii) o momento em que ocorrerá a produção.

Essa particularidade do funcionamento do setor elétrico faz com que o consumidor utilize energia elétrica que não provém necessariamente do empreendimento de geração do agente vendedor junto ao qual contratou o fornecimento.

[43] Ob. cit. pp. 19 e 20.

Por isso, é assente a noção de que os contratos de compra e venda de energia elétrica não são físicos, mas apenas financeiros, eis que não implicam a entrega física da energia elétrica pelo vendedor[44].

Nesse contexto, embora prestem o serviço de transporte da energia elétrica comercializada no Ambiente de Contratação Livre, as distribuidoras não participam da relação jurídico-tributária ou da relação comercial estabelecida entre agentes de geração ou comercializadores e consumidores livres e especiais.

Além disso, a operação de compra e venda de energia elétrica e a prestação do serviço de distribuição em sentido estrito – transporte de energia – são relações distintas e paralelas, sem que uma possa ser considerada anterior à outra.

A atividade de distribuição de energia elétrica é exercida pelas distribuidoras mediante condições reguladas, enquanto que a atividade de comercialização de energia elétrica é exercida, pelas comercializadoras autorizadas e geradoras, em regime de livre negociação.

Ademais, cabe ainda ressaltar que o imposto não admite o enquadramento das referidas tarifas de energia na categoria "mercadoria", isto porque os contratos de comercialização de energia e de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição são autônomos por força da Lei n. 9.648/98. Portanto, não constituem nenhuma das hipóteses integrantes da base de cálculo do imposto elencadas no art. 13, §1º, II, *a e b* da Lei Complementar n. 87/1996.

Isto é, não podem ser enquadrados como (i) seguro, juro ou desconto adicional, (ii) despesa paga, recebida ou creditada entre o vendedor e o comprador da energia; (iii) frete em transporte efetuado pelo próprio remetente ou por terceiro por conta e ordem deste e cobrado em separado do comprador.

[44] Conforme observa Roberto P. Sobre Casas, *"los contratos bilaterales no puedem ser fisicos sino comerciales y financeiros"*. (CASAS, Roberto P. Sobre. **Los contratos en el mercado eléctrico**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 236).

Também não há que se falar em pagamento a título de prestação, por parte das empresas de transmissão e distribuição, de serviço de transporte de energia, porque o transporte pressupõe a identidade entre a coisa confiada ao transportador e aquele entregue ao destinatário, mesmo que se trate de bem fungível.

Nesse sentido, embora a venda de energia entre os agentes do sistema seja contratada em bases bilaterais, os transportadores e distribuidores lançam a energia em um sistema único e integrado pelas empresas de transmissão e distribuição.

Em outras palavras, o que se contrata são as quantidades de energia, que são liberadas nas linhas de transmissão e de distribuição e apreendidas por cada agente no limite da demanda que lhe é autorizada.

Portanto, não é possível identificar a origem da energia que está suprindo determinado comprador, já que todos os geradores entregam a energia ao Sistema Elétrico.

O Gerador recebe pela energia contratada independentemente do nível de geração de suas usinas. Pode vender até o limite de sua energia assegurada, o qual é estabelecido, como direito, pela ANEEL. Isto é, o Gerador vende um direito e não um produto físico efetivo. Ao obter o direito, tem como contrapartida a obrigação de gerar de acordo com o programado pelo ONS[45].

Diante desse contexto, não havendo na Constituição outras hipóteses de incidência do imposto, a conclusão há de ser pela inexigibilidade do ICMS sobre as mencionadas tarifas.

3.3 Notas sobre o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

A respeito da temática, o Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento no sentido de que a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD não era devida.

[45] A hipótese de imposição do ICMS nas operações com energia elétrica: Peculiaridades nas operações Interestaduais. In Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: RT, n. 39, p. 237- 254, jul./ago. 2001. p. 238-239.

Entretanto, em recentíssimo julgado, a 1ª Turma da c. Corte Superior passou a adotar posicionamento diverso, ao argumento de que as parcelas relativas à transmissão e distribuição compõem a tarifa de energia definida pela ANEEL e que, portanto, essas parcelas integrariam o preço final do produto entregue ao consumidor.

Os Ministros favoráveis à aplicação do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica defendem que não é possível a dissociação entre as operações de fornecimento de energia, visto que a base de cálculo do imposto inclui tanto os custos de geração, como os de distribuição e transmissão.

O Ministro Gurgel de Faria, à época relator do RESP n. 1.163.020, que alterou o precedente até então consolidado no âmbito da eg. Corte Superior, afirmou em seu voto que:

> O fato gerador do ICMS em questão diz respeito à circulação jurídica da energia elétrica fornecida ao consumidor "livre". Em razão de sua peculiar realidade física, sabe-se que a circulação da energia elétrica se dá com a ocorrência simultânea de sua geração, transmissão, distribuição e consumo, concretizando-se em uma corrente elétrica que é acionada quando do fechamento do circuito físico existente desde a fonte geradora até a unidade do usuário.
>
> (...)
>
> Essa realidade física revela, então, que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo. Não trata a etapa de transmissão/distribuição de mera atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável. Nessa esteira, cabe salientar que a Constituição Federal, no art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao tratar da responsabilidade tributária das concessionárias distribuidoras em relação aos consumidores que hoje permanecem "cativos", deixou claro que todas as etapas do processo de fornecimento da energia elétrica devem ser consideradas na composição do preço final da mercadoria a ser suportada pelo usuário.
>
> (...)
>
> Por fim, cumpre lembrar que o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes

> consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.
>
> (RESP 1.163.020, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, Data de Julgamento: 21/03/2017, Data de Publicação: 27/03/2017)

Entretanto, com a devida vênia, o i. Ministro deixou de observar dois fatores essenciais, já mencionados no tópico anterior. O primeiro refere-se ao fato de que o imposto não admite o enquadramento das tarifas de transmissão e distribuição na categoria "mercadoria", justamente porque os contratos de comercialização de energia e de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição são autônomos por força da Lei n. 9.648/98. Portanto, geração, transmissão e distribuição não formam uma unidade. O segundo fator é que tais tarifas, por não se enquadrarem no conceito de mercadoria, não constituem nenhuma das hipóteses integrantes da base de cálculo do imposto elencadas no art. 13, §1º, II, *a e b* da Lei Complementar n. 87/1996.

A contrario sensu, a segunda turma da mesma Corte Superior entende que:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.
>
> [...]
>
> 4. "(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).[46]
>
> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
>
> LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. UTILIZAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO E DE

[46] AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016.

> DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE TARIFA DE USO DOS SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL.
>
> 1. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012.[47]

O cenário atual gera insegurança jurídica no mercado, motivo pelo qual a controvérsia encontra-se sobrestada em todo país. O STJ irá decidir, em sede de recurso repetitivo, sob a ótica dos casos paradigmas, o posicionamento que deverá ser adotado pela Corte Superior e por todos os tribunais estaduais que se depararem com essa temática.

CONCLUSÃO

Com a devida compreensão do que sejam os serviços de transmissão de energia elétrica e de distribuição de energia elétrica em sentido estrito, identificam-se ao menos dois fatores impedem a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, ambos relacionados à circunstância de que a incidência do imposto pressupõe (i) a ocorrência de operação comercial de circulação de mercadoria; e (ii) a transferência de titularidade da mercadoria posta em circulação.

O artigo 155, inciso II, da Constituição Federal revela que o fato gerador do ICMS envolve "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação".

Nesse sentido, o ICMS incide especificamente sobre a operação jurídica subjacente à circulação de mercadoria, uma vez que é "imposto sobre negócio jurídico bilateral, consensual de que se irradia a circulação"[48].

[47] AgRg no REsp 1.278.024/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013

[48] Comentários à Constituição de 1967, 2ª Ed. 2 tir, vol. II, São Paulo, Ed. RT, 1973, p. 504.

Não por outro motivo, Geraldo Ataliba afirmava que "a compreensão e a exegese dos textos normativos a ele referentes [ICMS] evidencia prontamente que toda ênfase deve ser posta no termo 'operação' mais do que no termo 'circulação', pois "[a] incidência é sobre operações e não sobre o fenômeno da circulação."[49]

No setor elétrico, a operação comercial de circulação de mercadoria consiste na comercialização de energia elétrica, ou seja, na venda de energia elétrica, venda essa remunerada por meio de (i) preço livremente negociado, no caso dos contratos bilaterais livremente negociados; ou (ii) tarifa de energia, no caso em que o serviço de fornecimento é prestado pela distribuidora.

É mediante a comercialização de energia elétrica que ocorre a transferência de titularidade da mercadoria.

As atividades de transmissão e de distribuição em sentido estrito, remuneradas, respectivamente, pela TUST e pela TUSD, consistem apenas no transporte da energia elétrica através dos suportes materiais – redes de transmissão e de distribuição – sem os quais a eletricidade não flui das usinas de geração até os pontos de consumo.

Portanto, as atividades de transporte de energia, seja em alta ou baixa tensão, não perfazem a "mudança de titularidade da mercadoria", motivo pelo qual "não há falar em tributação por meio de ICMS", conforme entende o STF e a melhor doutrina tributária (Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cléber Giardino e Roque Antonio Carrazza)[50].

A deixar mais evidente que o transporte de energia elétrica não envolve transferência de titularidade da mercadoria energia elétrica, é importante ter presente outra noção fundamental quanto ao funcionamento do setor elétrico, a qual reside na dissociação entre operação física e operação comercial.

[49] ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. 1ª Ed., São Paulo, Editora RT. 1996, P. 246.
[50] CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. Malheiros Editores Ltda., 11ª Edição. São Paulo. Pg.39.

No Brasil, "com vistas à otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados"[51], foram cometidas[52] ao ONS as funções de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica no âmbito do SIN.

Em razão de a operação física das usinas integrantes do SIN ser centralizada no ONS, que toma em consideração "condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas"[53], o agente responsável de uma determinada usina sujeita a despacho centralizado não detém o controle sobre sua produção, pois esse controle passa a ser atribuição do ONS.

Dado que o gerador não tem controle sobre a produção de energia elétrica de sua usina, faz-se necessário desenvolver mecanismos para que a sua atuação comercial não fique plenamente vinculada à produção da usina[54].

Isso porque, se não houvesse mecanismos de dissociação entre operação comercial e operação física da usina, o gerador não saberia nem quando nem quanto poderia comercializar.

Neste cenário sem a dissociação entre operação comercial e operação física de usinas, não haveria a mínima condição de se estimar o fluxo de caixa dos projetos de geração, o que praticamente inviabilizaria a realização de investimentos em geração.

Portanto, além de sistema de transporte marcado por operação integrada, a confiabilidade e a eficiência na busca pelo equilíbrio instantâneo entre oferta e demanda pressupõem também que a disciplina jurídica da comercialização de energia elétrica seja estruturada de maneira a: (ii) refletir os imperativos técnicos e

[51] Artigo 13, parágrafo único, alínea "a", da Lei nº 9.648/98.
[52] Artigo 13, caput, da Lei nº 9.648/98.
[53] Artigo 1º, § 4º, inciso I, da Lei nº 10.848/04.
[54] No ponto, vale trazer a lume observação do Diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica Edvaldo Alves de Santana:
"... os agentes de geração sujeitos ao despacho centralizado não possuem controle sobre seu nível de geração, sendo o atendimento de seus compromissos comerciais de venda de energia e/ou auto-atendimento estabelecidos com base na sazonalização da energia assegurada de suas usinas hidrelétricas." (trecho extraído do voto condutor da Resolução Normativa nº 261, de 17 de abril de 2007).

econômicos de operação e (ii) permitir, ao menor custo possível, retorno sobre os investimentos sem os quais não há a expansão do parque de geração.

Nesse sentido, a legislação estabeleceu dissociação entre operação física e operação comercial no setor elétrico brasileiro, de maneira que se assentou a noção de que os contratos de compra e venda de energia elétrica não são físicos, mas apenas comerciais e financeiros, pois não pressupõem a entrega física da eletricidade pelo vendedor[55].

Em razão dessa marcante característica do setor elétrico brasileiro, dificilmente a energia produzida por determinado gerador será fisicamente entregue ao comprador dessa energia. A energia do gerador é disponibilizada ao sistema, ao passo que a efetiva produção, bem como a destinação física do montante produzido, é determinada pelo ONS.

O direito de livre acesso de geradores e consumidores às redes de transmissão e de distribuição é necessário, pois, apenas para que haja a injeção de energia no sistema e o consumo de energia do sistema. Isso porque é praticamente impossível que a energia elétrica consumida por determinado consumidor seja aquela produzida por seu vendedor/fornecedor.

Dito de outra maneira, os compromissos comerciais dos vendedores de energia elétrica são honrados independentemente da destinação física da energia de titularidade desse vendedor.

Nesse contexto, a operação de compra e venda de energia elétrica, com a consequente transferência de titularidade da energia transacionada, é completamente descolada do transporte de energia.

Com efeito, o fato gerador do ICMS somente ocorre na operação de comercialização da energia, de maneira que exigir o ICMS sobre as tarifas que

[55] Conforme observa Roberto P. Sobre Casas, "los contratos bilaterales no puedem ser fisicos sino comerciales y financeiros". (CASAS, Roberto P. Sobre. Los contratos en el mercado eléctrico. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 236).

remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica é fazer incidir o tributo sobre transporte, fato completamente distinto da comercialização de energia elétrica, ou seja, fato que a Constituição Federal e a legislação vigente não elegem como gerador do ICMS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

--------. **Glossário do Senado Federal**. Acesso em 15 de julho de 2018, às 17h15. Disponível em https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/receita-publica.

--------. **O que somos**. Acessado em 16 de maio de 2018 às 11h41. Disponível em: https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos?_adf.ctrl-state=szwgc34se _46&_afrLoop=185580809921169#!%40%40%3F_afrLoop%3D185580809921169 %26_adf.ctrl-state%3Dszwgc34se_50.

--------. **O que é o SIN**. Acesso em 18 de fevereiro de 2018 às 01h44. Disponível em: http://ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/o-que-e-o-sin.

--------. **Mercado de eletricidade**. Acesso em 18 de fevereiro de 2018 às 00h19. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/mercado-de-eletricidade

--------. **Verbete temático.** Acesso em 05 de março de 2018 às 16h45. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/eletrobras-centrais-eletricas-brasileiras-s-a

--------. **Histórico do Ministério de Minas e Energia.** Acesso em 05 de março às 12h43. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/acesso-a-informacao/institucional/o-ministerio.

AMARO, Luciano da Silva. **Conceito e classificação de tributos**. RDTributário 55/239 e ss. São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/1991.

ARZUA, Heron. **Créditos de ICMS e IPI.** RDTributário 64/255 e ss. São Paulo, Malheiros Editores.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. 1ª ed., São Paulo, Editora RT. 1996.

ÁLVARES, Walter Tolentino. Direito da Energia. Belo Horizonte, 1974, p 659-660.

AMARO, Luciano da Silva. **Conceito e classificação de tributos**. RDTributário 55/239 e ss. São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/1991.

ARZUA, Heron. **Créditos de ICMS e IPI.** RDTributário 64/255 e ss. São Paulo, Malheiros Editores.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. 1ª ed., São Paulo, Editora RT. 1996.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária.** 6ª ed., 15ª tir., São Paulo: Malheiros, 2014.

AVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**, 5ª edição. Saraiva, 11/2011. Retirado de Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502157361/ [Minha Biblioteca].

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1ª ed., 4ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BLANCO, Alejandro Vergara. **Derecho Electrico**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Setor Elétrico Brasileiro: visão crítica da geração de energia. Aspectos jurídicos, ambientais e econômico-financeiros.** São Paulo: D'Plácido Editora, 2016.

CAMPILONGO, Paulo Fernandes. **ICMS: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

CASAS, Roberto P. Sobre. **Los contratos en el mercado eléctrico**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 236.

CARAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 72/2013. Editora Malheiros. São Paulo, 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 17ª Edição. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALCÂNTI, Amaro. **Elementos de Finanças**. Editora Imprensa Nacional, 1896, pag. 170.

COSTA, Maria D Assuncão. **Dicionário Brasileiro do Direito da Energia, do Petróleo e do Gás Natural**. Atlas, 04/2014. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/boo ks/9788522489060/.

GEDRA, Ricardo Luis, BARROS, Benjamim de, BORELLI, Reinaldo. **Geração, Transmissão, Distribuição e Consumo de Energia Elétrica**. Érica, 06/2014. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536518084/.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). – 10ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **ICMS doutrina e prática**. 1ª ed. - São Paulo: Atlas, 2017.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

FADEL, Marcelo Costa. **O Direito da Energia Elétrica sob a Ótica do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

FERRER, Juan de la Cruz. **La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: modelos y análisis de la Ley 54/1997**. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 18.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco et al. **Curso de Direito da Energia**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Pacheco. **Curso de direito da energia**, 3ª edição. Saraiva, 5/2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502174504/pageid/0.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho. **Tributos em Espécie**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações – Parte 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

RIBEIRO, Afonso Assis; NASCIMENTO, Iran Machado. **Consolidação da Legislação no Setor Elétrico**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010.

RODRIGUES, Maurício Camilo Cesconetto. **ICMS sobre a Demanda Contratada de energia elétrica.** Universidade Federal do Paraná. 2014. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/37550.

ROLIM, Maria João Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SABBAG, Eduardo**. Série Método de Estudo OAB - Direito Tributário**. Método, 10/2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973513/.

SANTOS, Amanda Duque dos; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **A Legitimidade Ativa do Contribuinte de Fato do ICMS (Energia Elétrica) para Pleitear Repetição de Valores Pagos a Maior ou indevidamente – Uma Breve Análise Crítica da Jurisprudência do STJ**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 214, jul. 2013.

SILVA. Edson Luiz da. **Formação dos Preços em Mercados de Energia Elétrica**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo da Economia**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PINTO, Milton Oliveira. **Energia Elétrica - Geração, Transmissão e Sistemas Interligados**. LTC, 11/2013. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-216-2526-1/.

TOMÉ, Fabiana Del Padre**. A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo**. O Princípio da Tipicidade no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2004.

UTRAY, Jorge Fabra. **Un Mercado Para La Eletricidad**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PSICOPATAS: COMO RESPONSABILIZÁ-LOS PENALMENTE?

Natan Monte Silva

RESUMO

O presente trabalho visa estudar e compartilhar a figura do psicopata na sociedade, analisando a resposta do Direito Penal, em face aos crimes por eles cometidos. Em primeiro momento o psicopata é conceituado, abordando características, elencando os tipos de psicopatas existentes, incluindo um diagnóstico que determina quem é o psicopata. Analisando a relação da psicopatia no âmbito penal, institutos como a culpabilidade, imputabilidade, medida de segurança e exames criminológicos necessitam de uma atenção especial. O Brasil, atualmente têm a necessidade de um método eficaz para o tratamento dos criminosos acometidos pela psicopatia. Por fim, sob a ótica do Direito Penal, o artigo pondera sobre críticas e propostas explanadas. O objetivo de demonstrar o atual tratamento dos psicopatas no ordenamento jurídico, em consequência da deficiência do aparelho estatal ao determinar a penalidade razoável para os criminosos, bem como especificar também, motivos e possibilidades que seriam vetores de uma possível criação e regulamentação de meios eficazes para um tratamento seguro.

Palavras-chave: Psicopatas. Psicopatia. Direito Penal. Criminosos. Tratamento.

INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema se justifica, por questões de ordem social, uma vez que os efeitos negativos e desumanos realizados por psicopatas atingem a sociedade como um todo, colocando em risco a integridade física de inúmeros brasileiros que podem ser os próximos alvos destes indivíduos.

Para tanto, no primeiro capítulo será abordado sobre o conceito do que é a Psicopatia, bem como especificar os tipos de psicopatas existentes, para que, de forma clara o assunto possa ser entendido, abordando as suas características, de

acordo com os traços emocionais e interpessoais dos psicopatas. Com base no estilo de vida instável e antissocial destes indivíduos, existe uma enorme dificuldade em diagnosticar uma pessoa acometida pela psicopatia.

O segundo capítulo tem como objetivo expor as consequências jurídico-penais propriamente ditas, refletidas na culpabilidade e na aplicação da pena, bem como qual seria a medida mais indicada para o tratamento desses indivíduos, e a prevenção de novos delitos no âmbito penal. Serão estudadas formas de penalizar os portadores dessa psicopatologia, observando requisitos da aplicação feitas por um juiz, relacionando com questões sobre a culpabilidade, inimputabilidade, possíveis causa de exclusão, como também, os possíveis tratamentos no âmbito do Direito Penal.

No terceiro capítulo, verificar-se-á falhas do sistema punitivo, referente aos crimes praticados pelo agente acometido pela psicopatia, bem como a falta de elementos necessários para o exame criminológico. Destarte, a situação em que os psicopatas não recebem a atenção necessária e específica do ordenamento jurídico brasileiro, serão analisadas críticas e propostas, através de um levantamento dos temas tratados com o intuito de sanar falhas, e omissões que eventualmente ocorrem no sistema punitivo, buscando a resposta ideal do Estado.

1 PSICOPATIA

O presente capítulo tem por objetivo conceituar o que é a Psicopatia, bem como determinar como são diagnosticados os criminosos acometidos por este transtorno. Os tipos e classificações existentes proporcionam conhecimento, e ajudam a saber um pouco mais sobre como tratar, e lidar com os agentes psicopatas.

1.1 O que é a psicopatia?

O psicopata, segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID - 10), recebe um termo oficial designado à sua personalidade, que divide-se em personalidade dissocial ou personalidade antissocial. Possui uma alta tendência à

agressividade e repúdio às normas sociais, que de maneira impulsiva, apresenta ausência de medo, o que no geral, não muda o seu o modo e de agir, mesmo após ser punido. Não tolera a frustração, que o faz colocar a culpa nos outros pelas ações já externadas. Possuindo uma predisposição à violência, aliado à um comportamento errático, que enaltece um comportamento criminoso.

Atingindo cerca de 3 a 5%[1] da população e tem como principal característica a ausência de sentido moral. A qualidade das interações interpessoais dos psicopatas é marcada pela frieza e pela ausência de remorso. Inobstante, esses indivíduos são capazes de verbalizar e expressar com exatidão princípios e regras de conduta dos quais usualmente se lançam mão em nossas relações cotidianas. Sua capacidade cognitiva, o que os torna "sadios" perante o direito penal, razão pela qual a eles não deve ser aplicada medida de segurança, mas a pena[2].

O psicopata oculta graves carências emocionais atrás de uma aparência de normalidade. Apresenta baixo nível de ansiedade, falta de remorso ou vergonha, narcisismo e incapacidade para amar, ausência de reações afetivas básicas, e comportamento irresponsável.[3] Os indivíduos portadores de personalidades psicopáticas não medem esforços e não poupam meios e/ou pessoas para conquistar aquilo que desejam.

Salienta-se, contudo, que nem todas as pessoas que apresentam determinadas características como impulsividade, frieza ou insensibilidade, por exemplo, podem ser consideradas psicopatas, já que, como bem esclarece Hare[4], onde a psicopatia é

[1] ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p .658

[2] TRINDADE, Jorge. BEHEREGARAY, Andréa, CUNEO, Mônica Rodrigues. Psicopatia – a máscara da justiça. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 23

[3] TRINDADE, Jorge. BEHEREGARAY, Andréa, CUNEO, Mônica Rodrigues. Psicopatia – a máscara da justiça. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 97

[4] HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 49

uma síndrome, ou seja, um conjunto de sintomas relacionado. Os psicopatas, diferentemente das pessoas não psicopatas, são desprovidos de consciência moral, ou seja, "estão absolutamente livres de constrangimentos ou julgamentos morais internos e podem fazer o que quiser, de acordo com seus impulsos destrutivos.[5]

A real deficiência dos psicopatas mora no campo emocional de seus cérebros, fazendo com que seja fácil agir com crueldade, violência e sem compaixão. De acordo com a autora Ana Beatriz Barbosa Silva, o psicopata não é um doente mental da forma como nós o entendemos, sendo ele o psicótico, que sofre com delírios, alucinações e não tem ciência do que faz, vivendo uma realidade paralela[6]. O psicopata sabe exatamente o que está fazendo, e em razão do transtorno de personalidade que possui, pensa estar amparado por um excesso de razão, não percebendo a ausência de emoção, de empatia, da capacidade de se pôr no lugar do outro.[7].....

1.2 Tipos

Deve-se frisar que nem todo psicopata é criminoso, como disciplina a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, há diferentes graus de psicopatia, podendo ser leve, moderada e severa. Os psicopatas leves e moderados (que constituem a maioria) são aqueles que vivem de golpes, roubos, fraudes, estelionatos, ou ainda, aqueles que engordam ilicitamente suas contas bancárias com dinheiro público.[8]

[5] SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 36

[6] MENDONÇA, Martha. Ana Beatriz Barbosa Silva- "Psicopatas não sentem compaixão". 2009. Disponível em: Acesso em 10 março. 2018

[7] MENDONÇA, Martha. Ana Beatriz Barbosa Silva- "Psicopatas não sentem compaixão". 2009. Disponível em: Acesso em 10 março. 2018.

[8] CORRÊA, Juliana. A imputabilidade penal dos homicidas seriais. 2006. 70 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito)- Faculdade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa 2006. p. 35

As reações emocionais são representações para produzir um determinado efeito programado e, não passam de artifícios[9]. Até mesmo com relação ao medo, experimentos de laboratório revelam que os psicopatas, ao contrário da maioria das pessoas, não apresentam sensações corporais como suor nas mãos e tremedeira quando submetidos a situações desagradáveis.[10]

Wagner apresenta várias classificações de psicopatia[11], como os psicopatas amorais, que são indivíduos insensíveis, anti-sociais ou perversos, destituídos de compaixão, de vergonha, de sentimentos de honra e conceitos éticos; não sentem simpatia pelas pessoas de seu grupo social e tem conduta lesiva ao bem-estar e a ordem estabelecida. Os seus crimes ocupam todos os registros, roubo, furto, estelionato, fraude, homicídio – tudo revestido de insensibilidade diante do fato, ou até de vaidade. Esses psicopatas são absolutamente infensos ao pudor e a opinião pública, e seu delito resulta de excessiva intensidade dos seus instintos e de nenhuma inibição, pois carecem de consciência moral. É inútil qualquer tentativa de reeducação ou regeneração, pois não existe na sua personalidade o móvel ético sobre que se possa influir[12].

Os psicopatas astênicos, são indivíduos sensitivos e assustadiços, que fogem ao menor incidente, que desmaiam ao ver sangue, de extrema labilidade emocional e incapazes de inibição, como também são dominados pelo sentimento de incapacidade e inferioridade, ou seja, são seres insatisfeitos. Não trazem algum perigo à sociedade[13].

---

[9] MARANHÃO, Odon Ramos. Psicologia do Crime. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

[10] HARE, Robert D. op. cit. p. 68-69.

[11] WAGNER, Dalila. Psicopatas Homicidas e sua Punibilidade no Atual Sistema Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=5918> Acesso em 10 mar 2018.

[12] FATO típico. Disponível em: <http://www.prgo.mpf.mp.br/fato_tipico/pagina_edicoes009-palestra-renato.html> Acesso em 20 de Agosto. 2018.

[13] FATO típico. Disponível em: <http://www.prgo.mpf.mp.br/fato_tipico/pagina_edicoes009-palestra-renato.html> Acesso em 20 de Agosto. 2018

Há também os psicopatas explosivos, que por sua vez são indivíduos irritáveis e coléricos, reagem com reações primitivas e por atos impulsivos. Ante os estímulos afetivos explodem com total brutalidade e injustiça, e em regra não guardam lembrança do fato, dada a turvação da consciência no momento da ação. Muitos desses explosivos revelam-se como tais somente durante a embriaguez. Esses psicopatas chegam frequentemente aos delitos de sangue imotivados ou insuficientemente motivados, cometem agressões pessoais, resistência às autoridades, praticam estragos materiais, maltratam animais[14].

Psicopatas fanáticos, são as pessoas que se caracterizam pela extremada importância que concedem a certas ideologias, sejam ligadas a determinados sistemas religiosos, filosóficos ou políticos. Jamais tem uma atitude neutra ante um tema, uma vez participem de uma discussão exaltam-se e extremam-se nas contendas, às vezes de maneira dramática, em torno de assuntos estranhos ou insignificantes15.

Caracterizados pelo humor alegre e vivo, e certa atividade, os psicopatas hipertínicos, são os mais ou menos equilibrados, inquietos, irritáveis, rabugentos, egocêntricos, discutidores. Por vezes vivem amigavelmente, aparentam placidez e felicidade, e subitamente explodem em fúria desproporcionada com o estímulo, e entram em discussões e agressões. Alguns se mostram permanentemente irritáveis, outros manifestam pronta inclinação e disposição para ciúmes para com a pessoa do sexo oposto[16].

Correspondendo aos mentirosos mórbidos e defraudadores, os psicopatas ostentativos, são indivíduos vaidosos, que procuram aparentar mais do que aquilo que na realidade são. É a mitomania. Esses psicopatas ostentadores aliam a mentira e

[14] FATO típico. Disponível em: <http://www.prgo.mpf.mp.br/fato_tipico/pagina_edicoes009-palestra-renato.html> Acesso em 20 de Agosto. 2018.
[15] FATO típico. Disponível em: <http://www.prgo.mpf.mp.br/fato_tipico/pagina_edicoes009-palestra-renato.html> Acesso em 20 de Agosto. 2018
[16] WAGNER, Dalila. Psicopatas Homicidas e sua Punibilidade no Atual Sistema Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=5918> Acesso em 10 mar 2018.

a farsa à fraude. São pessoas de humor alegre, de maneiras afáveis e otimistas, sorridentes e solicitas, mostram certo brilho intelectual, fazem relações e amizades facilmente, adquirem conhecimentos superficiais sobre arte, literatura e tecnologia, e de tudo usam para convencer suas vítimas. Do ponto de vista psicológico, tem ambição de adulto e imaginação de criança, e em certa medida incapazes de exercício da responsabilidade civil e penal[17].

No tocante às perversões, ou aberrações sexuais primitivas, caracterizadas pela intensidade do instinto como pelos desvios deste em sua natureza e finalidade, os psicopatas sexuais observam todos esses tipos acima descritos[18].

Destarte, o capitulo observa que a psicopatia é encontrada em uma porcentagem da população, onde os indivíduos são capazes de verbalizar, e expressar com exatidão, princípios e condutas do cotidiano, podendo ocultar graves carências emocionais. Por trás do excesso de razão que pensam possuir, há a ausência de emoção, e de empatia. Experimentos de laboratório revelam que os psicopatas, ao contrário da maioria das pessoas, não apresentam sensações corporais, ou podem aparentar normalidade diante outras pessoas, ou seja, tais reações, são apenas representações para produzir um determinado efeito programado e não passam de artifícios. Dentre os diferentes graus de psicopatia, os psicopatas leves e moderados constituem a maioria que praticam golpes, roubos, fraudes.

1.3 Diagnóstico

O atual sistema de diagnóstico da psicopatia ou mesmo de outros transtornos de personalidade não é plausível, uma vez que o CID-10, ou seja, a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde: Esta Classificação foi aprovada pela Conferência Internacional para a 10ª Revisão da

[17] FATO típico. Disponível em: <http://www.prgo.mpf.mp.br/fato_tipico/pagina_edicoes009-palestra-renato.html> Acesso em 20 de Agosto. 2018

[18] WAGNER, Dalila. Psicopatas Homicidas e sua Punibilidade no Atual Sistema Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=5918> Acesso em 10 mar 2018.

Classificação Internacional de Doenças, convocada pela Organização Mundial de Saúde, realizada em Genebra no ano de 1989, tendo a CID-10 entrado em vigor apenas no dia 1 de Janeiro de 1993, após a necessária preparação de material de orientação e formação. O CID-10 e o DMS-IV, exibem muitas lacunas no que toca á psicopatia, e estes meios para diagnósticos apresentam erros simples[19].

O diagnóstico deste transtorno de personalidade torna-se uma difícil e meticulosa tarefa por parte do especialista (psiquiatra) e envolve avaliação forense. Essa tarefa é agora mais fácil e segura utilizando ferramentas de diagnóstico mais fiáveis como a escala *Hare's Psychopathy Checklist Revised (PCL-R)* criada por Robert Hare, que dedicou-se ao estudo da psicopatia durante mais de três décadas. Hoje, o PCL-R é mundialmente reconhecido como o melhor instrumento de diagnóstico da psicopatia[20].

Os critérios de identificação do PCL-R são mais rigorosos comparativamente com os critérios de diagnóstico relativos ao TPAS e ao TPD, sendo que os psicopatas representam um subconjunto dos indíviduos com um transtorno de personalidade anti-social(TPAS) ou transtorno de personalidade dissocial. Além disso, os traços de personalidade/comportamento de um psicopata são mais graves[21].

O PCL-R foi projetado para avaliar de maneira segura e objetiva o grau de periculosidade e de readaptabilidade à vida comunitária de condenados, tendo os

[19] Mundo dos Psicopatas – 1.6 Instrumentos de Diagnósticos. Disponível em <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-6-diferentes-diagnosticos> Acesso em 28 de março. 2018.

[20] Mundo dos Psicopatas - 1.6 Instrumentos de Diagnósticos. Disponível em <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-6-diferentes-diagnosticos> Acesso em 28 de março. 2018.

[21] Mundo dos Psicopatas – 1.6 Instrumentos de Diagnósticos. Disponível em <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-6-diferentes-diagnosticos> Acesso em 28 de março. 2018.

países que instituíram este instrumento apresentado considerável índice de redução da reincidência criminal[22].

A psicopatia é agora usualmente avaliada através do PCL-R, que constitui uma escala classificatória para uso clínico, contendo um total de 20 itens. Cada um dos itens no PCL-R é pontuado dentro da escala (0, 1 ou 2) segundo dois fatores. O Fator 2 do PCL-R está associado a traços de personalidade como a raiva, ansiedade, risco superior de suicídio, criminalidade e violência impulsiva[23].

Por outro lado, o fator 1 está associado à extroversão e a afetos positivos. Um psicopata irá ter elevada pontuação em ambos os fatores, enquanto que alguém com APD apenas terá uma pontuação elevada no Fator 2. O Fator 2, observa o Estilo de vida socialmente desviantes, ressaltando uma necessidade que estimulação o aborrecimento, aliado à um estilo de vida "parasita", com pouco controle comportamental, comportamento sexual promíscuo, falta de objetivos a longo-prazo, impulsividade, irresponsabilidade, delinquência juvenil, e problemas comportamentais precoces. O teste só pode ser considerado válido quando administrado por um clínico experiente e qualificado, sob condições muito controladas[24].

Os itens seguintes contemplam características afetivas, interpessoais e comportamentais. A cada item é atribuída uma pontuação de 0 a 2. O somatório determina a extensão da psicopatia de um indivíduo[25], quando no Fator 1, é levado em conta o Narcisismo agressivo; Charme superficial; Forte auto estima; Mentira patológica; Astúcia/manipulação; Falta/ausência de remorso ou culpa;

[22] Mundo dos Psicopatas – 1.6 Instrumentos de Diagnósticos. Disponível em <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-6-diferentes-diagnosticos> Acesso em 28 de março. 2018.

[23] Mundo dos Psicopatas – 1.6 Instrumentos de Diagnósticos. Disponível em <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-6-diferentes-diagnosticos> Acesso em 28 de março. 2018.

[24] Mundo dos Psicopatas – 1.6 Instrumentos de Diagnósticos. Disponível em <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-6-diferentes-diagnosticos> Acesso em 28 de março. 2018.

[25] Mundo dos Psicopatas – 1.6 Instrumentos de Diagnósticos. Disponível em <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-6-diferentes-diagnosticos> Acesso em 28 de março. 2018.

Emocionalmente superficiais; Insensibilidade/falta de empatia; Incapacidade de se responsabilizarem pelas suas ações[26].

É visível a necessidade de um diagnostico realizado de maneira eficaz, vez que, essa é uma tarefa difícil de ser realizada, e que deve ser feita por um especialista, com o intuito de valorar a periculosidade, e readaptabilidade do agente acometido pelo transtorno. No diagnóstico realizado por um clínico experiente, verificar-se-á a história do agente, através de uma entrevista, contemplando as características afetivas, interpessoais, comportamentais, bem como o estilo de vida social, e problemas comportamentais precoces do agente acometido pela psicopatia.

2 A PSICOPATIA E O DIREITO PENAL

O presente capítulo analisa a Psicopatia e o Direito Penal, no tocante a imputabilidade, bem como a culpabilidade, e qual é o papel da mesma. As causas de exclusão também são examinadas para uma melhor compreensão do tema, no atual tratamento da Psicopatia no âmbito penal, ressaltando um instituto importante como a Medida de Segurança, analisando quais são os seus efeitos, qual o tempo de duração, assim como o exame de verificação de cessação de Periculosidade do Agente

2.1 A Imputabilidade Penal

A imputabilidade, é a capacidade de culpabilidade, é a aptidão para ser culpável, correspondendo à capacidade de atribuir a alguém a responsabilidade por um delito. O Termo utilizado no Direito Penal, determinam as pessoas que se podem imputar penas, ou seja, as que são imputáveis. Isso significa que esses indivíduos estavam em plenas condições físicas e mentais e tinham consciência do ato que cometeram ser um crime ou uma contravenção.

É necessário analisar brevemente que a culpabilidade seria um juízo de reprovação, em outras palavras, é a reprovabilidade de uma conduta típica e antijurídica. Tendo em vista o breve conceito, podemos entrar no universo da imputabilidade que, resumindo, é a aptidão para ser culpável.[27]

As doenças mentais ou desenvolvimento mental incompleto só podem ser usadas para liberar o sujeito da imputabilidade caso seja comprovada, que no momento do delito o indivíduo se encontrava privado de qualquer possibilidade de entendimento e autodeterminação. O Artigo 26, caput, 27 e 28, §1ª do Código Penal Brasileiro, analisados devidamente, trazem tal conceito:[28]

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).[29]
>
> Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).[30]
>
> Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).[31]

De acordo com a teoria da imputabilidade moral, o ser humano sendo inteligente e livre, é capaz de determinar o certo e errado e o bem e o mal, portanto, também é um ser que pode ser responsabilizado pelos atos ilícitos praticados. Com

[27] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral Arts 1º a 120 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 182.
[28] MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquematizado: Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 468.
[29] BRASIL. Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: Acesso em 10 março 2018
[30] BRASIL. Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: Acesso em 10 março 2018
[31] BRASIL. Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: Acesso em 10 março 2018.

isso, é chamado imputável o sujeito que consegue compreender e ter consciência de seus atos como ilícitos, ou seja, a culpabilidade é inegável[32].

Com isso, é possível observar que a imputabilidade penal tem como característica dois elementos que, na falta de algum, será o sujeito considerado inimputável. Eles são: o intelectivo, que é a perfeita saúde mental do agente, fato que permite o mesmo entender a ilicitude de suas ações, e o volitivo, que demonstra o controle e entendimento do sujeito decorrente do caráter ilícito das ações, é o domínio da vontade, a capacidade de se autodeterminar. Ademais, o Brasil adota um critério cronológico, ou seja, apenas os maiores de 18 anos podem ser considerados imputáveis[33].

2.2 O Papel da Culpabilidade no Direito Penal

Segundo Cezar Bitencourt, no Direito Penal, o conceito de culpabilidade tem um triplo sentido, referente à culpabilidade como fundamento da pena que possibilidade da aplicação de uma pena, tendo em vista os elementos positivos da culpabilidade, como elemento de dosimetria da pena deixando de ser um fundamento da pena, e passa a ser um limite para sua imposição, delimitando a responsabilidade individual subjetiva para a aplicação da penalidade, visualizando a necessidade do agente ter realizado a ação com dolo ou culpa.[34]

O conceito de culpabilidade deve trazer a finalidade e justificar a função da pena da forma mais precisa possível, pois visa fundamentar a punição estatal. Entende-se que a culpabilidade é um juízo que individualiza a atribuição de responsabilidade penal, representando uma forma de garantia para o agente infrator

[32] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral Arts 1º a 120 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 182.
[33] MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquematizado: Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 468
[34] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 437-438.

que referente aos excessos do poder punitivo. Como consequência, ela é ao mesmo tempo o fundamento e o limite para a aplicação de uma pena justa.[35]

A culpabilidade não é simplesmente a desconformidade entre a ação e a ordem jurídica. Analisa-se a vontade do agente, se ele poderia ter agido de outro modo, em conformidade com a ordem normativa, ou seja, a reprovação pessoal contra o agente do fato se deu em decorrência de sua conduta contrária ao direito.[36] Fernando Capez conceitua que a culpabilidade nada mais é do que a possibilidade de se considerar alguém culpado pela pratica de uma infração penal.[37]

É sabido, que a culpabilidade trata-se não somente da inadequação de uma ação com o ordenamento jurídico, vez que, presentes os elementos subjetivos à vontade do agente, estudam-se os elementos que compõem a culpabilidade.

2.3 Causas de Exclusão da Culpabilidade

Existem seis as causas de exclusão da culpabilidade: erro de proibição (art. 21, caput), a coação moral e irresistível (art. 22, primeira parte), obediência hierárquica (art. 22, segunda parte) inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput), inimputabilidade por menoridade penal (art. 27, sendo que essa causa está contida no "desenvolvimento mental incompleto"), e inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou forca maior (art. 28, parágrafo primeiro).[38]

No tocante a elaboração dos quesitos referentes à inimputabilidade e semi-imputabilidade do agente, a mesma é feita com base na conclusão do laudo pericial. Concluindo o lado, e constatando que o indivíduo é imputável, torna-se desnecessária a formulação dos quesitos sobre sua semi-imputabilidade, desde que

[35] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 436.
[36] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 451-452.
[37] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 325.
[38] JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 525.

ausente qualquer causa superveniente à apresentação da prova técnica, apta a ensejar dúvidas e motivar a inclusão de quesitos a esse respeito[39].

As excludentes de ilicitude impedem a incidência dos requisitos do crime, enquanto as excludentes de culpabilidade, também chamadas de exculpantes ou dirimentes isentam o agente de pena, por ter cometido um fato típico, mas antijurídico.[40]

Nota-se que a diferença entre as excludentes da ilicitude e as da culpabilidade, de forma que as primeiras se referem ao fato e, em regra, impedem a reparação do dano enquanto as segundas se referem ao autor e, em regra, não impedem a reparação do dano.[41]

De outro lado, a inimputabilidade, consiste, no entendimento de Nucci, na impossibilidade do agente do fato típico e antijurídico de compreensão do caráter ilícito do fato, ou de se comportar de acordo com esse entendimento, uma vez que não há sanidade mental ou maturidade"[42].

Por sua vez, a semi-imputabilidade, prevista no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, situa-se entre a imputabilidade e a inimputabilidade e não exclui a culpabilidade, a qual, segundo Bitencourt, fica diminuída em razão da maior dificuldade de valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade[43]. Dessa forma, o agente é imputável e responsável por ter alguma

[39] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime N.º 70011805041. Relatora. Lucia de Fátima Cerveira. Julgado em: 29 de setembro de 2005.

[40] MARRONI, Fernanda. Qual a diferença entre excludente de ilicitude e excludente de culpabilidade?. LFG. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/artigo/2011060115311667_direito- criminal_qual-a-diferenca-entre-excludente-de-ilicitude-e-excludente-de-culpabilidade-fernanda- marroni.html>. Acesso em: 10 mar. 2018. No mesmo sentido: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de direito penal. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171; e CAPEZ, Fernando. Direito penal simplificado: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86

[41] JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 527.

[42] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 271.

[43] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 419.

consciência da ilicitude da conduta, mas, para alcançar o grau de conhecimento e de autodeterminação, é necessário que haja maior esforço de sua parte[44].

Deve-se ter entesourado na mente que, para a melhor compreensão do presente tema, tanto as excludentes de ilicitude quanto as excludentes de culpabilidade estão amparadas pela mesma consequência prática, onde isentam o agente das penalidades imputadas pelo Direito Penal Brasileiro.

2.4 Atual tratamento de psicopatia no Direito Penal

A respeito da possibilidade de tratamento dessa patologia, não há na doutrina um consenso. Parte da doutrina entende que não existe tratamento, tendo em vista que se trata de uma alteração congênita, que não é passível de tratamentos com terapia, ou medicamentos. Contudo, a outra parte entende que essa linha divisória tornou-se ainda mais complexa, tendo em vista que as tradicionais classificações psiquiátricas de transtornos mentais são insuficientes para diagnosticar muitos transtornos revelados durante o atual estágio de desenvolvimento científico.[45]

Existem duas formas de punição previstas em nosso Código Penal Brasileiro. No caso do psicopata, caso não seja reconhecida sua psicopatologia, o agente vai ser julgado e punido como qualquer outro agente, sendo direcionado ao sistema carcerário brasileiro, diante a enorme dificuldade em realizar um diagnóstico de uma pessoa com psicopatia por ser, geralmente, confundida com o transtorno de personalidade antissocial. Embora o TPA (transtorno de personalidade antissocial) e a psicopatia estejam diretamente ligados, existem importantes diferenças que os distinguem[46].

---

[44] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2010. p. 19

[45] SIENA, David Pimentel Barbosa de. Abordagem crítica ao PLS nº 140/2010: o "serial killer" como inimigo no Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, n. 3065, 22 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20457>. Acesso em: 10 de março de 2018.

[46] HUSS, Matthew T. Psicologia forense: pesquisa, prática clínica e aplicações; tradução andra Maria Mallmann da osa; revisão técnica José Geraldo Vernet aborda. – Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 96.

Enquanto o transtorno de personalidade antissocial está listado no DSM-IV TR (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) e possui CID-10 (Classificação Internacional de Doenças), sendo aceita como doença mental, a psicopatia não é oficialmente reconhecida no DSM-IV TR, ou na CID-10, não havendo, portanto, critérios para um diagnóstico. Outra diferença está relacionada aos critérios de diagnóstico, enquanto o TPA tem maioria de critérios comportamentais, a psicopatia possui além dos critérios comportamentais, os critérios de características interpessoais e afetivas, que podem ser mais difíceis de identificar e avaliar. Dessa forma, o diagnóstico de um psicopata é muito mais restrito do que um diagnóstico de transtorno de personalidade antissocial[47].

2.4 Medida de Segurança

A medida de segurança, é um tipo de sanção penal imposta pelo Estado podendo ser denominada como uma espécie de sanção penal destinada aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, autores de um fato típico e antijurídico, devendo ser submetidos a internação ou a tratamento ambulatorial[48]. É sabido que a medida de segurança possui um caráter explicitamente preventivo, visando evitar que, o sujeito que se demonstrou perigoso volte a delinquir baseando-se na periculosidade do agente, diminuindo um bem jurídico do sujeito como intuito de preservar a sociedade da ação de delinquentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo[49].

A medida à ser aplicada tanto aos semi imputáveis, quanto aos inimputáveis, com a finalidade de tratamento como a internação, que restringe a liberdade do agente, possível de ser aplicada aos agentes com maior nível de periculosidade,

[47] HUSS, Matthew T. Psicologia forense: pesquisa, prática clínica e aplicações; tradução: Sandra Maria Mallmann da osa; revisão técnica José Geraldo Vernet aborda. – Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 96.
[48] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 509.
[49] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2010. p. 352.

conforme os moldes do Artigo 99 do Código Penal, que dispõe sobre a internação, e submete o agente ao tratamento previsto[50].

Contudo, o Código Penal também prevê o tratamento ambulatorial, sendo aplicado em casos considerados de menor gravidade, podendo ser aplicada aos semi imputáveis e aos inimputáveis. Possuindo um caráter restritivo de liberdade, pode ser realizado mediante comparecimento do agente aos hospitais de custódia.

Existem três pressupostos necessários para que o juiz aplique a Medida de Segurança ao agente delinquente a. São eles, a prática de um crime previsto em lei, a devida comprovação por laudo pericial da inimputabilidade, ou a semi imputabilidade do agente, e a periculosidade do agente.

A prática de um ilícito típico penal é essencial para a configuração de uma medida de segurança. O fato punível funciona como uma divisão para a aplicação da medida de segurança, sendo ela a determinação de que poderá haver a aplicação de uma medida de segurança para aquele delito[51].

É necessário que haja comprovação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, tendo em vista que somente a eles é possível a aplicação da medida de segurança, aos imputáveis somente pode ser aplicada a pena. O agente semi-imputável, só estará sujeito a aplicação da medida de segurança em caso excepcional previsto no art. 98 do Código Penal[52], isto é, na hipótese de especial tratamento curativo[53].

[50] Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento, Código Penal.

[51] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 646

[52] Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o Condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º, Código Penal.

[53] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 20. ed. rev,. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 860

Por fim, observa-se a periculosidade do agente, sendo um requisito subjetivo, vez que, é a qualidade ou estado de perigoso. Para o Direito Penal, é a possibilidade, e, ou probabilidade do agente reincidir, ou seja, voltar a cometer o crime.

Dessa forma, tal probabilidade de reincidência é fundamentada na ideia de que os agentes, sendo eles doentes mentais, são movidos pelos impulsos de seus distúrbios, trazendo assim, a possibilidade do provável cometimento do ilícito, necessitando que tal agente seja levado a tratamento por uma das modalidades de medida de segurança.

2.5 Tempo de duração da Medida de Segurança

No tocante ao tempo de duração da medida de segurança, a teoria da periculosidade, versa que, enquanto o agente ostentar periculosidade, poderá ficar submetido à medida de segurança, ou seja, enquanto ele não se curar, ele pode ficar a vida toda na medida de segurança, vez que, observando o principio da isonomia, que aplica a medida de segurança pelo máximo da pena em abstrato, onde o Supremo Tribunal Federal entende que a medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF[54].

A teoria do limite máximo das penas, não determina um prazo para o término da medida de segurança, entretanto, conforme dispõe a Constituição Federal, Art. 5º, inciso XLVII, alínea "b"[55], não pode haver pena de caráter perpétuo, e conforme Art.

[54]O Tempo Máximo de Duração da Medida de Segurança. Disponível em: https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/250127785/o-tempo-maximo-de-duracao-da-medida-de-seguranca. Acesso em 20 de Agosto. 2018.

[55] Art. 5º, XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo, Constituição Federal.

75 do Código Penal[56], a pena privativa de liberdade não pode exceder o prazo de 30 anos, bem como o entendimento da 5ª Turma do STJ que, entendeu que o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 anos[57].

Os Tribunais Superiores acolheram o entendimento de que, após o cumprimento de, no máximo 30 anos da medida de segurança, estando o agente recuperado, ou não, a medida de segurança deverá perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos[58].

Após o cumprimento da internação o agente é solto, não podendo ser internado novamente, pois assim, estaria afrontando o principio da legalidade previsto no Artigo 1º do Código Penal, e Artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, e da individualização da pena , disposto no Artigo 5º inciso XLVI da Constituição Federal, e da proporcionalidade da pena conforme o Artigo 5º incisos XLVI e XLVII, ambos da Constituição Federal[59].

Atualmente, a medida de segurança há de ser aplicado um limite temporal máximo, sob pena de consagrar uma pena de caráter perpétuo, vedada pela Constituição Federal, onde este limite temporal deve ser aquele fixado para o cumprimento das penas privativas de liberdade, 30 anos, e não aquele cominado em

[56] Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos, Código Penal.

[57] Superior Tribunal de Justiça STJ – HABEAS CORPUS: HC 208336 SP 2011/0125054-5. Disponível em:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607563/habeas-corpus-hc-208336-sp-2011-0125054-5-stj/inteiro-teor-21607564?ref=juris-tabs> Acesso em: 20 de agosto. 2018.

[58] STF – Segunda Turma – HC 97621/RS – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 02.06.09 – DJe-118 de 25-06-2009

[59] GOUVÊA, Claudiane Rosa. Curso: Medidas de Segurança. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEA.pdf>. Acesso em: 24 de março. 2018.

abstrato para cada espécie delituosa[60]. Dessa forma as medidas de segurança fundamentam-se na periculosidade do agente e não na gravidade do delito, ao passo que, ultrapassado o limite máximo para cumprimento da medida de segurança, e subsistentes razões que indiquem a imprescindibilidade do tratamento, deve o magistrado determinar sua continuação em hospital especializado[61].

2.6 Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade

Findo o prazo mínimo de duração da medida de segurança, será procedido o Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade do agente para averiguar se foi debelada, ou não, a condição perigosa dele[62]. Nesse sentido, dispõe o Artigo. 775 do Código de Processo Penal[63], que a cessação ou não da periculosidade se verificará ao fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança pelo exame das condições da pessoa a que tiver sido imposta, podendo, entretanto, ser solicitada em qualquer tempo, mesmo durante o prazo mínimo de duração da medida de segurança, consoante apregoa o Artigo 777 do Código de Processo Penal[64].

Embora haja um prazo mínimo para a duração da medida de segurança, finda a qual se averiguará a periculosidade do indivíduo internado no hospital de custódia, verifica-se que tal sanção penal possui tempo indeterminado de duração, já que se estende até a cessação da periculosidade do agente, conforme dispõe o § 1º do Artigo 97 do Código Penal[65], onde a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia

[60] Prazos (mínimo em máximo) da Medida de Segurança – Página 2/2. Disponível em: <https://jus.com.br /artigos/11119/prazos-minimo-e-maximo-das-medidas-de-seguranca/2> Acesso em 20 de Agosto. 2018.
[61] Prazos (mínimo em máximo) da Medida de Segurança – Página 2/2. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/ 11119/prazos-minimo-e-maximo-das-medidas-de-seguranca/2> Acesso em 20 de Agosto. 2018.
[62] TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. (Orgs.). Psiquiatria Forense. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 163
[63] BRASIL. Vade mecum. Código de Processo Penal. 13 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 630.
[64] Art. 777 - Em qualquer tempo, ainda durante o prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o tribunal, câmara ou turma, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, seu defensor ou curador, ordenar o exame, para a verificação da cessação da periculosidade.
[65] BRASIL. Vade mecum. Código Penal. 13 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2017. p. 509.

médica, a cessação de periculosidade. Contudo, tendo em vista que a psicopatia não tem cura[66], resta evidente que a periculosidade de psicopatas homicidas não cessa nunca e sua permanência no hospital de custódia, além de, muitas vezes, ultrapassar os 30 anos, ainda conturba o ambiente hospitalar.

Ao concluir este capítulo, compreende-se a necessidade de entender a relação da psicopatia com o Direito Penal. Os institutos jurídicos expostos deixam claro a finalidade, e justificam a função da pena da forma mais precisa possível. Dessa forma, o diagnóstico de um psicopata é muito mais restrito do que um diagnóstico de transtorno de personalidade antissocial, vez que a psicopatia possui além dos critérios comportamentais, os critérios de características interpessoais e afetivas, que podem ser mais difíceis de identificar e avaliar.

Diante a enorme dificuldade em diagnosticar uma pessoa com psicopatia, é possível utilizar meios como o DSM-IV TR (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais), e o CID-10. Além da possibilidade do uso da medida de segurança, que possui um caráter preventivo, evitando que o sujeito volte a delinquir, baseando-se na periculosidade do agente, o Código Penal dispõe sobre a internação, que possui natureza detentiva privando o agente de sua liberdade, o submetendo à um tratamento, aplicado tanto aos semi imputáveis, quanto aos inimputáveis.

A internação, por restringir a liberdade do agente é aplicada aos agentes considerados com maior nível de periculosidade. Ao término da medida de segurança, será procedido o exame de verificação de cessação de periculosidade do agente para averiguar se foi debelada, ou não, a condição perigosa dele. Para o direito penal, a possibilidade, e, ou probabilidade do agente reincidir, ou seja, voltar a cometer o crime, é verificada por meio da periculosidade do agente, que é um requisito subjetivo, vez que, é a qualidade ou estado de perigoso.

[66] SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 173.

3 CRITICAS E PROPOSTAS

3.1 Críticas

Os psicopatas não recebem a atenção necessária, e específica do ordenamento jurídico brasileiro, bem como do poder Legislativo, e Judiciário. Não há uma norma que ampara a obrigatoriedade para realizar exames em criminosos, com o intuito de que possa ser constatada a psicopatia. Cometem crimes por cometer, e não são quaisquer crimes, são, na maioria das vezes, aqueles tipos eminentemente violentos (normalmente hediondos). Por adotar comportamento impulsivo, e por conta da dificuldade de sentir emoções que, é necessário que os sentimentos experimentados por eles sejam realmente fortes, vez que, o psicopata não tem problema algum em violar regras sociais e legais para alcançar as sensações que almeja, ou seja, quando são punidos, simplesmente não assimilam os efeitos desta, podem ficar presos por 30 anos, todavia ao saírem vão voltar a cometer crimes, como restou comprovado nos exemplos acima elencados. Outra característica muito interessante, advêm do fato deles conseguirem ludibriar os melhores profissionais da psicologia e da psiquiatria, mesmo que estes profissionais façam uso de testes como o "detector de mentiras" ou a Escala Hare porque aparentam ser pessoas normais, e inclusive chegam a fingir que estão ressocializados, entretanto em algum momento vão evidenciar que aquela situação é apenas passageira.[67]

Possuindo inteligência acima da média somada a grande capacidade de influenciar as pessoas, os psicopatas vem se transformando em verdadeiros chefes dos presídios, comandando rebeliões, controlando o tráfico, mesmo dentro das

[67] A Resposta do Estado aos Crimes Cometidos por Psicopatas – Penal – Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321Acesso em 10 de março de 2018.

prisões e ainda, aprimoram o conhecimento e a crueldade de presos comuns, confirmando a idéia de que a prisão é uma escola do crime[68].

Quanto às sanções penais aplicadas aos agentes acometidos por psicopatia no Brasil, tratando-se da pena de prisão, ao aplicar o que foi demonstrado aos psicopatas, é evidente que mesmo que o psicopata cumpra a pena aplicada a ele, a função da pena não atingirá seus objetivos. O psicopata não se arrependerá do que fez ou sentirá remorso, sendo assim o caráter preventivo a pena não alcançará sua finalidade, e muito provavelmente ao sair da prisão cometerá delitos novamente.

3.1.1 Críticas à Medida de Segurança

Quanto à aplicação de medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, a sanção possui caráter eminentemente preventivo[69], ou seja, a razão do agente ser internado é de que não cometa novamente o mesmo, ou outros crimes. Encontramos dois problemas que se destacam. O primeiro deles é quanto a sua destinação, conforme exposto o instituto da medida de segurança deve ser aplicada à um doente mental que é incapaz de compreender o ato ilícito que comete. O psicopata compreende seus atos, e suas consequências, possuindo a capacidade de entender, e expressar com exatidão princípios e regras de conduta, o que os torna "sadios" diante o direito penal.

O segundo problema trata sobre o prazo de duração das medidas de segurança. Por haver um entendimento jurisprudencial firme dos Tribunais Superiores quanto à impossibilidade do caráter perpétuo da pena, a maioria dos agentes após cumprir o tempo determinado de internação ao retornar a família, ou é

[68] A Resposta do Estado aos Crimes Cometidos por Psicopatas – Penal – Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321Acesso em 10 de março de 2018.

[69] UGIETTE, Marcellus de Albuquerque. Seminário Justiça e Doença Mental. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=qJ8E1ZrOxG>. Acesso em: 10 março. 2018.

rejeitado e acaba se voltando as ruas ou é internado novamente, pela própria família, muitas vezes em clínicas particulares.

O agente, que cumpre o tempo determinado a ele de medida de segurança, o mesmo pode retornar a sociedade portador da psicopatologia, isso porque ainda não existe comprovação de tratamento de um psicopata. Havendo outras possibilidades jurídicas como a medida de segurança que, somente nos casos em que o juiz constatar a presença de periculosidade real, e o indivíduo necessitar de especial tratamento curativo. Considerando que a culpabilidade é o requisito mais importante e moderno do Direito Penal, aplicando-a no teto máximo da sanção, ainda que sejam invocados os objetivos ressocializadores. Nesse entendimento, a culpabilidade não funcionaria como fundamento da pena, mas como um limite.

A medida de segurança apresenta algumas dificuldades quando colocada em prática. A pena comum possui um tempo de duração mínimo e máximo predeterminado, já a medida de segurança depende da comprovação da cessação de periculosidade do indivíduo a partir de exames psicológicos. Já a jurisprudência se pronunciou quanto ao máximo de tempo de 30 anos igual à aplicação da pena comum, tendo como único critério, exames de avaliação periódicos no máximo a cada 3 anos, o que não impede reclusões excessivas e liberações indevidas.[70]

O juiz fixa um prazo mínimo de um a três anos para o início do cumprimento da medida de segurança. Ao final deste prazo será efetuado um exame de cessação da periculosidade para averiguar se já pode ocorrer o fim da internação, ou o fim do tratamento.[71]

O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal diz que a lei regulará a individualização da pena, e que ao individualizar a pena, significa dar ao preso a

[70] BRAVO. Omar Alejandro. As prisões da loucura, a loucura das prisões. A (des) construção institucional do preso psiquiátrico, 2004, p. 106-107.
[71] JULIOTTI, Pedro de Jesus. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 253

possibilidade de ser reinserido socialmente o classificando e encaminhando para o programa de execução que seja mais adequado às suas características individuais.[72]

Nos casos em que o juiz condena o criminoso psicopata o considerando semi imputável, mas não substituindo a pena e sim a reduzindo, o preso será encaminhado para uma penitenciária. Nesse caso seria necessária a individualização da pena para que o indivíduo tivesse um tratamento diferenciado e fosse separado dos demais por ser tratar de um indivíduo perigoso e nocivo. Já existe na execução penal essa possibilidade no momento da classificação da pena e do exame de personalidade.[73]

3.1.2 Críticas à Individualização da Pena

O exame de personalidade e antecedentes é obrigatório[74] e deve ser elaborado por uma Comissão Técnica de Classificação apresentada no artigo seguinte da Lei de Execução Pena. Esta Comissão Técnica de Classificação compreende uma equipe técnica para avaliar o preso composta por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, sendo definida pelo diretor do presídio e tendo como principal função definir o formato da individualização da execução da pena exclusivamente àquele que foi condenado a pena privativa de liberdade ou que for preso provisório.[75]

O caso de Francisco Costa Rocha, conhecido como "Chico Picadinho"[76], pode ser usado para explanar melhor a razão das críticas, quanto a essa individualização, e diagnóstico. Autor de dois dos crimes de maior repercussão da história policial brasileira. Em 1966, Francisco, que até então parecia ser uma pessoa normal, matou e esquartejou a bailarina Margareth, em seu apartamento no centro de São Paulo. Condenado a 18 anos de reclusão por homicídio qualificado e mais dois

[72] JULIOTTI, Pedro de Jesus. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 37
[73] JULIOTTI, Pedro de Jesus. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 37-38
[74] JULIOTTI, Pedro de Jesus. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 40
[75] JULIOTTI, Pedro de Jesus. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 40
[76]Chico Picadinho: O que seu caso demonstra? Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/chico-picadinho-o-que-seu-caso-demonstra/> Acesso em 20 de Agosto. 2018.

anos e seis meses de prisão por destruição de cadáver, Chico, oito anos depois de ter cometido o primeiro crime, foi libertado por bom comportamento. No parecer para concessão de liberdade condicional feito pelo Instituto de Biotipologia Criminal, constava que Francisco tinha "personalidade com disturbio profundamente neurótico", excluindo assim, o diagnóstico de personalidade psicopática. Na data de, 15 de outubro de 1976, Francisco matou Ângela de Souza da Silva com as mesmas características, e requintes de crueldade do seu crime anterior. Chico foi condenado a trinta anos de reclusão e permanece preso até hoje.

Parte dos psicopatas, são resistentes, insubmissos, ou seja, não são capazes de refletir sobre os atos que praticam, sequer passar por um processo de arrependimento. Torna-se, assim, inútil a finalidade da pena de ressocializar, e uma possível reeducação do indivíduo, apontando-se como melhor solução a aplicação da substituição da pena por um tratamento especial curativo, conforme os moldes do artigo 98 do Código Penal Brasileiro, vez que, as presentes soluções como aplicação de pena, ou aplicação de pena com diminuição obrigatória, se mostram inadequadas.

Infelizmente a individualização da pena por meio de exame de personalidade não é colocada em prática de forma satisfatória nos estabelecimentos do sistema penitenciário brasileiro, uma vez que a superlotação carcerária impede a apropriada classificação dos presos como determina a lei.[77]

O exame criminológico, instituído pela Lei de Execuções Penais, nº 7.210/84, deixou de ser obrigatório com o advento da Lei 10.792/2003, ficando sua utilização a critério dos magistrados. O Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 26, versando que, para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do

[77] JULIOTTI, Pedro de Jesus. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 40

benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico[78].

É nítido, o sério problema, que por não haver diferenciação entre os criminosos, uma vez que todos permanecem juntos, o que pode corroborar em situações com efeitos desastrosos.

O problema vai além da falta de estrutura, abarcando também a própria legislação. Cada vez mais tais indivíduos circulam pela sociedade, e, ainda que presos, a ela retornam motivados à chance de reincidirem.

As criticas expostas, revelam as necessidades de existir uma norma que ampara a obrigatoriedade para realizar exames em criminosos, com o intuito de que possa ser constatada a psicopatia, vez que, os psicopatas cometem crimes por cometer, adotando um comportamento impulsivo, e por conta da dificuldade de sentir emoções, o psicopata não tem problema algum em violar regras sociais e legais para alcançar as sensações que almeja.

Referente às sanções penais aplicadas, é evidente que mesmo que o psicopata cumpra a pena aplicada a ele, a função da pena não atingirá seus objetivos, sabendo que o psicopata não se arrependerá do que fez ou sentirá remorso, sendo assim o caráter preventivo a pena não alcançará sua finalidade, e muito provavelmente ao sair da prisão cometerá delitos novaOs psicopatas são resistentes, insubmissos, ou seja, não são capazes de refletir sobre os atos que praticam, sequer passar por um processo de arrependimento, vez que, as presentes soluções como aplicação de pena, ou aplicação de pena com diminuição obrigatória, se mostram inadequadas.

O psicopata não é exatamente um doente mental, podendo ser caracterizado como um agente, que está na fronteira entre a sanidade e a loucura. As pessoas, em um estado habitual de normalidade, são movidas pela união, razão, empatia. Contudo, o agente portador de psicopatia, tão somente, é motivado pela razão, aliada

[78]BRASIL, JusBrasil. Disponível em:<http://amp-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2044641/publicadas-duas-novas-sumulas-vinculantes>. Acesso em: 20 de agosto. 2018.

à vontade, descartando sentimentos. Dessa forma, todos os seus atos são conduzidos para uma plena satisfação dos desejos, ainda que isso possa levar à prática de crimes.

3.2 Propostas

É notável a necessidade de uma política preventiva a sanção penal aplicada, substituindo as ideias de retribuição. A percepção quanto a ineficácia da pena e a necessidade de uma política de defesa social entende que a pena deveria permanecer como única modalidade de sanção penal por ser suficiente, alegando a desnecessidade de criação de uma nova modalidade para combater o problema da criminalidade, entretanto, ao homem que necessitava de tratamento, a pena seria convertida ao caráter preventivo e não mais ao caráter retributivo. Os indivíduos que sofrem de psicopatia oferecem riscos a eles próprios, e à sociedade.

Não há política pública em plena efetividade, que garanta a salvaguarda dos direitos dos presos com algum problema psiquiátrico. Como é fato que não existe programa de prevenção específica para a questão do comportamento delituoso nessa seara. A realidade, é que ações de promoção e prevenção desde a primeira infância diminuem os fatores de risco ao comportamento antissocial e criminoso de portadores de algum tipo de transtorno mental, mas em relação ao nosso panorama social e de saúde nacional isso seria utópico.

3.2.1 Projeto Lei 6858/2010

O Projeto de Lei 6858/2010[79], da autoria de Marcelo Itagiba versa sobre a criação de comissão técnica, autônoma da administração prisional, criando a possibilidade da realização do exame criminológico do condenado à pena restritiva de liberdade. Atualmente o Projeto de Lei 6858/2010, encontra-se arquivado pela mesa diretora da Câmara dos Deputados, após ser apreciado no regime de tramitação

[79] Projeto de Lei 6858/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290> Acesso em: 02 de junho de 2018.

de maneira urgente[80]. Seu conteúdo visa alterar a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica, bem como, requisito obrigatório para concessão de benefícios, como progressão de regime, e também da liberdade.

Marcelo Itagiba, em seu projeto, prevê que o exame seja realizado por uma equipe técnica independente da administração prisional, sabendo da necessidade de que a comissão técnica não deve estar vinculada ou subordinada aos diretores ou responsáveis pelos presídios. A última previsão desse Projeto de Lei, é a de que o cumprimento da pena pelo agente psicopata ocorra separadamente dos presos comuns.

No tocante a crítica, referente diferenciação entre os criminosos, além da falta de estrutura, abarcando também a própria legislação, o que corrobora a situação com efeitos desastrosos, identificar os psicopatas, e removendo-os para um ambiente penitenciário que seja adequado, diminuiria a grande influência, de tais indivíduos nos sistemas carcerários, que porventura, tornaria a reabilitação dos criminosos que não são psicopatas, mais eficaz.

Em razão das dificuldades expostas nos tópicos anteriores, referentes ao atual tratamento de psicopatia no direito penal, é possível verificar um sistema punitivo inseguro, cheio de falhas, carente de uma eficácia, bem como na aplicabilidade dos exames necessários para a verificação de cessação de periculosidade.

Os exames criminológicos eram obrigatórios, até a criação da lei 10.792/93[81], que alterou as progressões de regime previstas no artigo 112 da Lei de Execuções

[80] Projeto de Lei 6858/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290> Acesso em: 02 de junho de 2018.

[81] LEI 10.792 /2003 QUE ALTEROU O ARTIGO 112 DA LEP. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=LEI+10.792+%2F2003+QUE+ALTEROU+O+ARTIGO+112+DA+LEP Acesso em 20 de Agosto. 2018.

Penais[82], excluindo a obrigatoriedade dos exames criminológicos, para uma mera avaliação do juiz, que por meio do seu critério, avalia se o caso requer exame, ou não.

Conforme demonstrado, os psicopatas são capazes de manipular, enganar com intuito de passar uma visão de que estão melhores do que entraram, podendo gerar um atestado de bom comportamento. Contudo, o exame criminológico é essencial para avaliar se o agente está preparado para o retorno à vida social, não podendo deixar um exame tão serio, a mercê do conhecimento e livre motivação do juiz, vez que, existem profissionais especializados, e capacitados para a realização do exame criminológico já supracitado.

O Projeto de Lei 6858/2010, caso fosse aprovado, possibilitaria uma eficácia, no tocante a realização de exame criminológico, de maneira obrigatória ao passo que, benefícios, e progressão de regime fossem concedidos aos condenados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha por objetivo analisar e entender que a psicopatia existe, que não se trata de uma doença mental onde há uma relação direta com tratamento e cura, mas, de uma personalidade adepta a transgredir. Psicopatas são capazes de expressar com exatidão, princípios e condutas do cotidiano, mas por trás do excesso de razão que pensam possuir, há ausência de emoção e empatia revelando que podem aparentar normalidade diante outras pessoas, atuando com o intuito de reproduzir um determinado efeito programado que não passam de artifícios.

Existe uma lacuna enorme, em relação à psicopatia. Através de uma verificação dos meios existentes acerca dos tratamentos destinados aos agentes criminosos portadores de psicopatia, o modo como a punição é conduzida, encontra-

[82] LEI 10.792 /2003 QUE ALTEROU O ARTIGO 112 DA LEP. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=LEI+10.792+%2F2003+QUE+ALTEROU+O+ARTIGO+112+DA+LEP Acesso em 20 de Agosto. 2018.

se visivelmente carente de eficácia real, havendo a necessidade de um diagnostico realizado de maneira eficaz, vez que, essa é uma tarefa difícil, deve ser feita por um especialista valorando a periculosidade e readaptabilidade do agente.

Somente o cárcere não serve como uma forma de punição aos psicopatas, vez que diante da sua carência, sem o adequado acompanhamento, são capazes de manipular a realidade, utilizando bons argumentos, aliados à um bom comportamento, com o intuito de conseguir benefícios com a progressão de regime, regressando mais rápido à convivência social.

Discutindo a problemática em tela, o trabalho examina as características psíquicas e comportamentais de psicopatas homicidas e analisa, de forma crítica, a punibilidade destes indivíduos na atual justiça criminal brasileira.

Visando assegurar as chances de recuperação dos criminosos acometidos pela psicopatia, possibilitando a redução dos índices de reincidência e, consequentemente a proteção do próprio individuo e da sociedade como um todo, é possível vislumbrar a necessidade, e a importância de criar uma nova política criminal, com intuito de que estes agentes não mais cumpram sua pena junto com criminosos comuns, vez que, a convivência entre esses indivíduos, pode prejudicar a possível ressocialização daquelas pessoas que são consideradas recuperáveis.

Ao compreender a necessidade de entender a relação da psicopatia com o Direito Penal, é possível observar a finalidade dos institutos jurídicos expostos, deixando claro a finalidade da pena, de uma maneira, em razão do mais do diagnóstico de um psicopata ser mais restrito, vez que a psicopatia possui critérios comportamentais, interpessoais e afetivos, que podem ser mais difíceis de identificar e avaliar.

Diante a enorme dificuldade em diagnosticar uma pessoa com psicopatia, é possível utilizar meios como o DSM-IV TR, e o CID-10, bem como uso da medida de segurança, que possui um caráter preventivo, evitando que o sujeito volte a delinquir, baseando-se na periculosidade do agente. A internação, que possui

natureza detentiva, pode ser aplicada ao agente privando-o de sua liberdade. Por restringir a liberdade do agente, é aplicada aos agentes considerados com maior nível de periculosidade.

Ao término da medida de segurança, será procedido o exame de verificação de cessação de periculosidade do agente para averiguar se foi debelada, ou não, a condição perigosa dele. A possibilidade, ou probabilidade do agente reincidir, é verificada por meio da periculosidade do agente, que é um requisito subjetivo.

Determinando-se a periculosidade desses indivíduos condenados por crimes de enorme repercussão na sociedade, e sua capacidade de tornar-se um criminoso reincidente, tais medidas servirão para avaliar a condição psicológica do indivíduo no momento da condenação e dos possíveis benefícios processuais.

Diante a inexistência de leis capazes de amparar o tratamento dos psicopatas, é possível destacar quão são ignorados os fatos de que ao aplicar as mesmas leis, juntamente com os mesmos tratamentos, não há sequer uma constatação de efetividade.

O Projeto de Lei 6858/2010, caso fosse aprovado, possibilitaria uma eficácia, no tocante a realização de exame criminológico, de maneira obrigatória ao passo que, benefícios, e progressão de regime fossem concedidos aos condenados. O exame criminológico é essencial para avaliar se o agente está preparado para o retorno à vida social, não podendo deixar um exame tão serio, a mercê do conhecimento e motivação do juiz, que foge do interesse do direito penal dos fatos configurando uma involução à Teoria Lombrosiana, hoje em dia já superada, vez que, existem profissionais especializados, e capacitados para a realização do exame criminológico.

Sabendo que a psicopatia é uma patologia com nuances, onde são refletidas diretamente na personalidade, e no julgamento moral dessas pessoas, existe uma necessidade de investimento em profissionais qualificados. Ciências como a psicologia e psiquiatria auxiliam a ciência jurídica, no que se refere a necessidade de

ampliação dos debates acerca da psicopatia, para fins de obtenção de soluções eficazes para a problemática da punição de psicopatas no Brasil.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Aritmed, 2008.

A RESPOSTA do Estado aos Crimes Cometidos por Psicopatas – Penal – Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321 – A Resposta do Estado aos Crimes Cometidos por Psicopatas – Penal – Âmbito Jurídico. Acesso em: 24 de mar. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 20. ed. rev,. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, JusBrasil. Disponível em: <http://amp-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2044641/ publicadas-duas-novas-sumulas-vinculantes>. Acesso em: 20 de Agosto. 2018.

BRASIL. Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: Acesso em 10 março 2018

BRASIL. LEI 10.792 /2003 QUE ALTEROU O ARTIGO 112 DA LEP. Disponível em:https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=LEI+10.792+%2F2003+QUE+ALTEROU+O+ARTIGO+112+DA+LEP Acesso em 20 de Agosto. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei 6858/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes Web/fichadetramitacao?idProposicao=467290> Acesso em: 02 de junho de 2018.

BRASIL. STF – Segunda Turma – **HC 97621/RS** – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 02.06.09 – DJe-118 de 25-06-2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ – **HABEAS CORPUS: HC 208336 SP 2011/0125054-5**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607563/ habeas-corpus-hc-208336-sp-

2011-0125054-5-stj/inteiro-teor-21607564?ref=juris-tabs> Acesso em: 20 de agosto. 2018

BRASIL. **Vade mecum**. Código de Processo Penal. 13 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

BRAVO. Omar Alejandro. **As prisões da loucura, a loucura das prisões**. A (des) construção institucional do preso psiquiátrico, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal simplificado**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHICO Picadinho: O que seu caso demonstra? Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/chico-picadinho-o-que-seu-caso-demonstra/> Acesso em 20 de Agosto. 2018.

CORRÊA, Juliana. **A imputabilidade penal dos homicidas seriais**. 2006. 70 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito)- Faculdade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FATO típico. Disponível em: <http://www.prgo.mpf.mp.br/fato_tipico/pagina_edicoes009-palestra-renato.html> Acesso em 20 de Agosto. 2018

GOUVÊA, Claudiane Rosa. **Curso**: Medidas de Segurança. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIA NE_GOUVEA.pdf>. Acesso em: 24 de mar. 2018.

HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Lei de Execução Penal anotada**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARRONI, Fernanda. **Qual a diferença entre excludente de ilicitude e excludente de culpabilidade?** LFG. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/artigo/2011060115311667 _direito-criminal_qual-a-diferenca-entre-excludente-de-ilicitude-e-excludente-de-culpabilidade-fernanda-marroni.html>. Acesso em: 10 mar. 2018.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MENDONÇA, Martha; SILVA Ana Beatriz Barbosa - **"Psicopatas não sentem compaixão".** 2009. Disponível em: Acesso em 10 março. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral Arts 1º a 120 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

MUNDO dos Psicopatas – **1.6 Instrumentos de Diagnósticos**. Disponível em: <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-6-diferentes-diagnosticos> Acesso em 28 de março. 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O TEMPO Máximo de Duração da Medida de Segurança. Disponível em: https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/250127785/o-tempo-maximo-de-duracao-da-medida-de-seguranca. Acesso em 20 de Agosto. 2018.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRAZOS (mínimo em máximo) da Medida de Segurança – Página 2/2. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11119/prazos-minimo-e-maximo-das-medidas-de-seguranca/2> Acesso em 20 de Agosto. 2018

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. **Apelação Crime N.º 70011805041**. Relatora. Lucia de Fátima Cerveira. Julgado em: 29 de setembro de 2005.

SIENA, David Pimentel Barbosa de. Abordagem crítica ao PLS nº 140/2010: o "serial killer" como inimigo no Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 3065, 22 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20457>. Acesso em: 10 de março de 2018

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. (Org.). **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia** – a máscara da justiça. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2009.

UGIETTE, Marcellus de Albuquerque. **Seminário Justiça e Doença Mental**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/mwginternal/de5fs23hu73ds/progress?id=qJ8E1ZrOxG> Acesso em: 10 março. 2018.

WAGNER, **Dalila. Psicopatas Homicidas e sua Punibilidade no Atual Sistema Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=5918> Acesso em 10 mar 2018

A NOVA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS E OS SEUS EFEITOS QUANTO À IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Raony De Brito Soares

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo analisar o mecanismo da desvinculação das receitas da União e os seus eventuais impactos negativos, quanto à destinação, para outros objetivos, das arrecadações destinadas às finalidades específicas, mormente em relação as denominadas contribuições especiais. Estas exações foram criadas pelo constituinte originário para salvaguardar a concretização dos direitos fundamentais e, não sendo este desígnio respeitado, demonstra-se uma incompatibilidade com o texto constitucional. Outrossim, faz-se uma análise do entendimento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira quanto à constitucionalidade da DRU, bem como se discute a respeito dos dois novos instrumentos de desvinculação de receitas que afetam recursos oriundos dos impostos, taxas e multas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídos no ordenamento jurídico por intermédio da Emenda Constitucional nº 93/2016. Além do mais, pondera sobre os efeitos quanto a eventual aprovação da PEC da Reforma da Previdência, no que concerne à afetação dos recursos destinados à implementação e desenvolvimento dos pilares que compõem a Seguridade Social: saúde, assistência social e previdência.

Palavras-chave: Tributo. Contribuições Sociais. Direito Financeiro. Desvinculação de Receitas da União. EC nº 93/2016. Orçamento. Constitucionalidade. Reforma da Previdência.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma passagem para um regime democrático, no qual resultou na efetivação e assentamento dos

direitos sociais. Isso demonstra que a trajetória do desenvolvimento do Estado atribuiu a este ente deveres a serem cumpridos e direitos a serem respeitados perante a sociedade. Almejando, assim, um Estado democrático com o fito de assegurar a dignidade da pessoa humana, a Constituição brasileira passou a ser chamada de "Constituição Cidadã".

Para que os direitos prestacionais fossem assegurados, o constituinte originário (criador da Constituição da República de 1988), com o escopo de garantir alicerces financeiros para subsidiar as atividades do Estado com gastos essenciais à implementação de direitos sociais, estipulou a vinculação orçamentária de determinadas receitas a gastos específicos, tidos por prioritários.

Contudo, em 1994, o governo passou um momento de grande instabilidade econômica e financeira. A fim de solucionar tal questão, foi dada flexibilização orçamentária, legitimando os gestores públicos a utilizar parte das receitas de natureza vinculada a finalidades distintas daquelas estabelecidas constitucionalmente. Criou-se então a desvinculação das receitas arrecadadas pela União, com o escopo de resolver o problema da rigidez orçamentária.

A desvinculação das Receitas da União, diante das várias prorrogações no decorrer de sua vigência, se justifica por motivos embasados no controle administrativo, uma vez que desobrigava o Poder Executivo de utilizar as receitas vinculadas apenas aos fins que eram destinadas constitucionalmente, permitindo ao mesmo direcionar parte das referidas receitas à dispêndios diversos daqueles estabelecidos, ou seja, a discricionariedade do executivo.

Com a vigência da Emenda Constitucional nº 93 de 2016, o mecanismo desvinculatório, que antes afetava apenas as receitas da União, além de ter o percentual de desvinculação aumentado de 20% (vinte por cento) para 30% (por cento), passou a incidir sobre as Receitas dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, causando impactos negativos quanto à implementação dos direitos e garantias fundamentais sociais.

Desta forma, para uma análise das consequências e efeitos causados por esse instrumento de desvinculação, o presente trabalho será estruturado em três capítulos, utilizando das sucessivas Emendas Constitucionais, que instituiu a existência e prorrogação, por mais de décadas, do referido mecanismo, bem como da análise doutrinária da matéria aqui proposta, como apoio para o estudo.

No primeiro capítulo serão tratados os aspectos referentes ao conceito legal de tributo, bem como será demonstrada a crítica apresentada pela doutrina quanto ao disposto no art. 3º do Código de Trânsito Nacional. Na sequência, passa-se à análise das espécies tributárias, da natureza de cada uma delas e das suas principais características. Finalmente, será feito uma análise quanto às contribuições destinadas à Seguridade Social, tal como os meios utilizados para financiar o seu funcionamento.

O segundo capítulo tem por objetivo apresentar o histórico e o contexto no qual a Desvinculação das Receitas da União - DRU se insere. Posteriormente, serão demonstradas as principais justificativas apresentadas, pelo governo, no seio do Projeto de Emenda à Constituição nº 87/2015, que estabeleceu a última prorrogação da DRU até dezembro de 2023. Por fim, serão apresentadas as críticas doutrinárias quanto à constitucionalidade desse mecanismo, buscando demonstrar que a sua permanência no decorrer dos outros, trouxeram impactos negativos à sociedade.

No terceiro capítulo, o objetivo primordial é apresentar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como apresentar as principais alterações acarretadas pela Emenda Constitucional nº 93/2016, principalmente com relação ao prazo de vigência, percentual de desvinculação, bem como a criação da Desvinculação das Receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, buscando demonstrar seus efeitos quanto aos direitos constitucionalmente resguardados. Concluindo, será exposto uma análise quanto à Reforma da Previdência Social e a sua relação com a Desvinculação de Receitas.

CAPÍTULO I

1. DO TRIBUTO: CONCEITOS

O Estado, como ente soberano, opera suas funções tributárias mediante lei, uma vez que o tributo se encontra submetido ao princípio da legalidade. Em vista disso, verifica-se que a relação aqui tratada não é uma relação de poder, mas jurídica, uma vez que há normas que regulam este elo entre o Estado e o contribuinte.

Destarte, o Direito Tributário vem como instrumento regulamentador de tal relação jurídica, visando obstar os eventuais abusos desse poder por parte do Estado, assegurando ao cidadão os seus direitos. Neste diapasão, Hugo de Brito Machado conceitua o próprio Direito Tributário como sendo *"o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder"*[1].

Para que um tributo seja aplicado aos casos concretos, a previsão deve estar instituída em lei, bem como a sua arrecadação e fiscalização sejam constituídas como atividade administrativa plenamente vinculada. A própria criação de uma exação deve observar e estar em consonância com os termos estipulados na Carta Constitucional, na qual se fazem presente as regras principiológicas fundamentais da tributação[2].

Diante disso, a doutrina apresenta fartas definições de tributos. Sendo estes frutos do poder de império estatal, não se deve olvidar a sua índole compulsória. Neste sentido, esta imposição do Estado deve ser observada e obedecida pelo contribuinte, bem como os direitos do contribuinte resguardados pela legislação, deve ser levado em consideração por parte do Estado, no exercício de suas funções tributárias.

---

[1] MACHADO. Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 63.
[2] MACHADO. Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 61

Kiyoshi Harada, de modo sintético, conceitua tributo como *"prestações pecuniárias compulsórias, que o Estado exige de seus súditos em virtude do seu poder de império*"[3]. Percebe-se que é ressaltado pelo autor o caráter obrigatório do Tributo como uma de suas características principais, em virtude do poder de polícia do Estado, sempre tendo como fim primordial o interesse da coletividade.

Impreterivelmente, é válido mencionar que, mesmo diante do conceito doutrinário aqui apresentado, a definição de tributo tem sede legal, vislumbrando, nestes termos, a natureza jurídica dessa exação. A definição legal de Tributo encontra-se positivada no artigo 3º do Código Tributário Nacional, que narra nos seguintes termos:

> "Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada"[4].

Para um conhecimento sólido sobre o conceito legal de tributo, a literatura jurídica realça e analisa todos os seus aspectos. Passemos à análise de cada um, abordando as críticas da doutrina para uma melhor compreensão:

1.1 Prestação pecuniária, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir

A primeira crítica apresentada pela doutrina é a existência de certo pleonasmo na redação do dispositivo. Isto porque, alguns entendem que a expressão "ou cujo valor nela se possa exprimir" estaria consentindo para a instituição de tributos *in natura* (em bens) ou *in labore* (em trabalho/ em serviços), uma vez que estes são propensos de avaliação em moeda[5]. Compactuando com o mesmo entendimento, Luciano Amaro argui sua desaprovação:

---

[3] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 19ª ed. São Paulo: Atlas. 2010. p. 304.
[4] BRASIL. Lei nº5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional - CTN. Brasília, DF. Disponível, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 06 de set 2018.
[5] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 8ª ed. Rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2014. p.9.

> "Merece destaque, na definição de tributo dada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, o equívoco traduzido na redundância da expressão 'prestação pecuniária, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir'. O dispositivo parece supor que o tributo possa ser: a) uma prestação pecuniária, em moeda, ou b) uma prestação pecuniária cujo valor se possa exprimir em moeda, o que aliás, traduz dupla redundância (...)". Isto porque "Em suma, prestações pecuniárias sempre se expressam em moeda e, portanto, o seu valor é uma expressão monetária (...)"[6].

Nada obstante a redundância do dispositivo, certo é que pode haver a quitação de Créditos Tributários por intermédio de outros meios, desde que previstos em lei, consoante o art. 141 do CTN[7]. É o caso da dação em pagamento de bens imóveis[8], em que o próprio Código Tributário Nacional estabelece como hipótese de extinção do Crédito Tributário, previstas em seu artigo 156[9].

1.2 Prestação Compulsória

Quanto a este ponto, questiona-se que o legislador não pretendeu dizer o que se extrai do texto normativo, isto porque a vontade das partes (credor e devedor) não é importante quando diz respeito a cumprir com as obrigações tributárias, uma vez que quando instituído e cobrado pelo Estado, este se encontra no exercício do seu poder de império. A regra, portanto, sem exceção, é a compulsoriedade e não a

---

[6] AMARO, Luciano. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014. pag. 41-42.

[7] Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

[8] *"A dação em pagamento ocorre quando o credor concorda em extinguir o débito ao receber do devedor uma prestação diversa da que lhe é devida"* - Sérgio Rodas. Norma regula dação em pagamento de imóvel para quitar dívida fiscal com a União. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/norma-regula-dacao-pagamento-imovel-quitar-divida-fiscal>. Acesso em 06 de set 2018.

[9] Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado. XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.

voluntariedade[10]. Poder-se-ia concluir, então, que o termo "compulsoriedade" se traduz no sentido de ser criado por força de lei (obrigação *ex lege*), e não da vontade das partes (obrigação *ex voluntare*)[11].

1.3 Prestação que não constitui sanção de ato ilícito

Se estabelece, neste ponto, a distinção entre tributo e multa. O tributo, por definição, é uma prestação que não se traduz em sação por um ato praticado ilicitamente, o que demonstra que a hipótese de sua incidência sempre será algo lícito, já a multa, a *contrario sensu*, possui natureza sancionatória.

Considerando esta peculiaridade, significa dizer que o elemento ilicitude não pode ser incluída na hipótese de incidência tributária. Nestes termos, uma situação que não seja lícita não pode ser estabelecida como sendo capaz de ocasionar uma obrigação de pagar tributos[12].

1.4 Prestação instituída em lei

Esta característica é oriunda do princípio da legalidade, que dita a inauguração do tributo mediante lei complementar ou ordinária, ou até mesmo ato normativo, como por exemplo a Medida Provisória. Ricardo Alexandre afirma que este ponto *"traduz-se na ideia estabelecida pelo princípio democrático, ou seja, pode-se dizer que o povo paga os tributos que aceitou pagar, tendo em vista que a lei é aprovada pelos seus representantes"*[13]. Com isso, verifica-se a característica *ex lege* da obrigação tributária, a qual não permite a existência de uma tributação oriunda de manifestação administrativa ou ato infralegal[14].

---

[10] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 8ª ed. Rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2014. p.11.
[11] AMARO, Luciano. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014. pag. 44.
[12] MACHADO. Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 71.
[13] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 8ª ed. Rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2014. p.14
14 BELTRÃO, Irapuã. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p.26.

1.5 Prestação cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada

A plena vinculação da atividade administrativa advém do fato de o tributo ser criado mediante lei, e esta função não decorre de atos discricionários do administrador, ou seja, não é necessário avaliar a conveniência e a oportunidade de cobrar tal exação.

Há de se mencionar, entretanto, as exações que se encontram no âmbito da parafiscalidade - tributos que não são cobrados pelo Estado, mas sim por entidades não estatais (credoras dos tributos)[15]. Haja vista a possibilidade desta cobrança por entes não estatais, a agregação da característica "cobrado mediante atividade administrativa vinculada" ao conceito de tributo não poderia ser realizada[16].

2 DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

A doutrina entende que o Tributo é gênero, portanto, sendo plausível a sua separação em espécies. Contudo, a classificação para as espécies tributárias foi modificada no decorrer do tempo. Alguns doutrinadores da primeira fase republicana, como Pontes de Miranda e Alfredo Augusto Becker, entendiam que o tributo se subdividia apenas em duas espécies, quais sejam, impostos e taxas (classificação bipartida)[17].

Os tributaristas adeptos à primeira corrente, defendem que a relevância se encontrava no fato de haver ou não contraprestação do Estado[18]. Desta forma, sendo imprescindível o exercício de atividades, pelo Estado, em proveito do contribuinte, financiando, assim, determinadas tarefas, estaria-se diante de uma taxa; a *contrario sensu*, se não houver prestação do Estado capaz de predispor a cobrança tributária,

15 AMARO, Luciano. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014. pag. 44.
16 AMARO, Luciano. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014. pag. 45-46.
17 BELTRÃO, Irapuã. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p.28.
18 BELTRÃO, Irapuã. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p.28.

ou seja, tal prestação não se inclina a uma atuação específica do Estado, estaríamos diante de um imposto[19].

Outros defendiam a existência de três espécies tributárias, a saber: impostos, taxas e contribuições de melhoria ou contribuições (classificação tripartida). Diante disso, fazendo uma leitura bastante literal, muitos autores citam o artigo 145 da Carta Constitucional de 1988, bem como o art. 5º do Código de Tributário Nacional - CTN, na defesa da classificação tricotômica[20], uma vez que o primeiro explicita, em seus incisos, que *a "União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria, excluindo, assim, o empréstimo compulsório e as contribuições sociais"*[21].

Já na classificação quadripartida, alguns doutrinadores entendiam como formas específicas do tributo os impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios[22]. Todavia, a tese sustentada pela maior parte da doutrina é a que subdivide tributo em cinco espécies (classificação quinquipartida/ pentapartida), sendo distinguidos impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais[23].

A Classificação então vigente se encontra positivada no art. 5º, do Código Tributário Nacional de 1966, no qual dispõe que *"os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria"*[24]. Os demais tributos, os empréstimos compulsórios e as

19 Este ponto será melhor explicado no tópico classificação dos tributos: vinculados e não vinculados.

20 FRANCO, Diego Guimarães Teles. A Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) referente às Contribuições no Sistema Tributário Nacional. 2011. 71f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2011. pag. 11.

21 BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de set 2018.

22 BELTRÃO, Irapuã. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 29.

23 BELTRÃO, Irapuã. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 30.

24 BRASIL. Lei n. 5.172, de 30 de out. de 1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília,DF, out 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 07 de set 2018.

contribuições especiais, foram previstos pela Constituição Federal de 1988, nos arts. 148[25] e 149[26], respectivamente.

Diante disso, para melhor compreensão a respeito das espécies tributárias, faz-se imprescindível a análise de cada uma das modalidades:

2.1 Impostos

O art. 145, inciso I, da CF/88, dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir tributos, dentre eles os impostos[27].

Kiyoshi Harada, em sua obra Direito Financeiro e Tributário, define impostos como sendo *"exações não vinculadas à atuação estatal, decretadas exclusivamente em função do jus imperii do Estado, no qual incidem sobre determinadas manifestações de riqueza do particular, dentro dos limites da capacidade contributiva deste. Seu fato gerador é sempre uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte"*[28].

Neste diapasão, o Diploma Tributário buscou apresentar esta principal característica dos impostos, qual seja a desvinculação de qualquer atuação estatal[29], em um conceito, que se encontra registrado no art. 16 do mencionado Código:

> "Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte"[30].

---

[25] Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b". Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

[26] Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[27] BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de set 2018.

[28] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. pag. 329.

[29] A título de curiosidade, das espécies tributárias, o imposto é o único tributo cuja destinação da receita é vedada.

O fato de o tributo não ter carimbo (tributo não vinculado) significa que o contribuinte paga o tributo, entretanto, o valor da contribuição pode ser usado, por exemplo, para o alcance do interesse público, assim como satisfação do bem comum, sem ter uma finalidade previamente estabelecida. Tanto é que no art. 167, da Carga Política, existe a vedação à afetação do valor arrecadado com o imposto, salvo hipóteses específicas.

2.2. Taxas

O art. 145, inciso II, da CF/88, dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir tributos, dentre eles as taxas[31].

De modo distinto dos impostos, que por sua vez possuem como característica principal a não vinculação da arrecadação de suas receitas a determinada atividade estatal, a taxa é tributo vinculado por excelência , isto significa dizer que só é devido pelo contribuinte se houver contraprestação por parte do ente estatal que a houver instituído[32].

Kiyoshi Harada, ao tratar sobre o tema, escreve que *"a taxa pode ser conceituada como um tributo que surge da atuação estatal diretamente dirigida ao contribuinte, quer pelo exercício do poder de polícia, quer pela prestação efetiva ou potencial de um serviço público específico e divisível, cuja base de cálculo difere, necessariamente, da de qualquer imposto. (...) O móvel da atuação do Estado não é o recebimento da remuneração, mas a prestação do serviço público ou o exercício*

---

[30] BRASIL. Lei n. 5.172, de 30 de out. de 1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília,DF, out 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 07 de set 2018.

[31] BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de set 2018.

[32] FREITAS, Vladimir Passos. Código Tributário Nacional Comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 6ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 502/503.

do poder de polícia, impondo restrições ao exercício dos direitos individuais e de propriedade, na defesa do bem comum"[33].

Neste sentido, o art. 77, do Código Tributário Nacional, preceitua que "*as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição"*[34]. Além do mais, é acrescentado no parágrafo único do supracitado dispositivo que *"a taxa não pode ter base de cálculo ou fato jurígeno idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas"*[35].

2.3 Contribuição de Melhoria

O art. 145, inciso I, da CF/88, dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir tributos, dentre eles a Contribuição de Melhoria[36].

O Código Tributário Nacional não define Contribuição de Melhoria em seus artigos, entretanto, em seu artigo 81 encontram-se os elementos necessários a essa definição, a saber:

> "Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e

[33] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. pag. 330.
[34] BRASIL. Lei n. 5.172, de 30 de out. de 1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília,DF, out 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 07 de set 2018.
[35] BRASIL. Lei n. 5.172, de 30 de out. de 1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília,DF, out 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 07 de set 2018.
[36] BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de set 2018.

> como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado"[37].

Estamos diante de um "tributo especial", que não se transfigura em imposto ou é taxa, uma vez que apenas os proprietários, que foram beneficiados com a valorização do imóvel, mediante obra pública, é que são os responsáveis pelo pagamento dessa exação[38].

É o que preleciona Roque Antonio Carrazza: *"A Contribuição de Melhoria é um tipo de tributo que tem por hipótese de incidência uma atuação estatal indiretamente referida ao contribuinte. Esta atuação estatal só pode consistir numa obra pública que causa valorização imobiliária"*[39].

Destas afirmações, conclui-se que, não obstante a contribuição de melhoria seja oriunda de obra pública, para que passe a existir e, portanto, passe a ser cobrada, é necessária a valorização do imóvel do contribuinte, haja vista a atuação do Estado. Além do mais, percebe-se que que o valor a ser pago a título de tributo será proporcionalmente ao valor da valorização.

2.4 Empréstimos Compulsórios

Segundo o art. 148, da Constituição Federal de 1988, "a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, bem como no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, devendo ser observado o disposto no art. 150, III, b"[40]. Em seu parágrafo único informa que "a aplicação dos recursos provenientes de

[37] BRASIL. Lei n. 5.172, de 30 de out. de 1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília,DF, out 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 07 de set 2018.
[38] ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 170.
[39] CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 635.
[40] BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de set 2018.

empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição"[41].

Em vista da definição apresentada pela Carta Magna sobre empréstimos compulsórios, as despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência, bem como os casos de investimentos públicos de caráter urgente e de relevante interesse nacional, dizem respeito aos requisitos observados para a instituição ou exasperação deste tributo, não podendo tipificar, desta forma, a hipótese de incidência dos empréstimos compulsórios[42].

2.5 Contribuições Especiais

Dispõe o artigo 149 da Constituição Federal que "compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos art. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo"[43].

A contribuição social é espécie tributária vinculada à atuação indireta do Estado referida ao sujeito passivo da obrigação tributária, sendo este o seu fato gerador. Este tributo tem por característica angariar maiores despesas em benefício dos contribuintes, que passam a gozar de privilégios distintos dos que não contribuem.[44]

---

[41] BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de set 2018.

[42] CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 645.

[43] BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de set 2018.

[44] HARARA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. pag. 334.

Essa subespécie ainda está sujeita a mais uma divisão. Assim, tais contribuições podem ser classificadas como: a) contribuições de seguridade social (consoante o art. 194 da CF/88, visa assegurar os direitos relacionados à saúde, à previdência e à assistência social); b) outras fontes destinadas a certificar o amparo à seguridade social (os chamados residuais), conforme art. 195, § 4º, da CF/88; ou c) contribuições sociais gerais, quando tem por escopo financiar alguma atividade da União no âmbito social.[45]

No que toca às Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), estas se apresentam como um mecanismo de atuação da União no campo econômico, não sendo, portanto, aceitável o seu manuseio com propósito arrecadatória[46].

Além do mais, vale mencionar que, nas palavras de Ricardo Alexandre, as CIDE *"são tributos extrafiscais. Essa conclusão decorre do fato de os tributos extrafiscais serem, por definição, exatamente aqueles cuja finalidade precípua não é carrear recursos para os cofres públicos, mas sim intervir numa situação social ou econômica. Desta forma, as CIDE, para serem consideradas legítimas, suas finalidades têm que ser compatíveis com as disposições constitucionais, principalmente com aquelas relativas à ordem econômica e financeira, que aparecem a partir do art. 170 da Carta Magna"*[47].

Por fim, as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas são exações corporativas concebidas pela União com o escopo angariar recursos destinados a custear serviços de interesses de instituições que representam as categorias profissionais ou econômicas. A contribuição sindical e a contribuição direcionada a financiar entidades de fiscalização das atividades de profissões regulamentadas, são os exemplos mais citados pela doutrina de contribuições de

[45] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 8ª edição. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 53.
[46] HARARA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. pag. 339.
[47] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 8ª edição. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 59.

interesse de categorias profissionais ou econômicas[48]. Ademais, conclui-se que a mencionada entidade ocupa o lugar de sujeito ativo da relação tributária[49].

3 DOS TRIBUTOS VINCULADOS E NÃO VINCULADOS

Geraldo Ataliba expõe, em sua obra Hipótese de Incidência Tributária[50], uma das classificações mais conceituadas pela literatura jurídica. É aquela em que o aspecto material da hipótese de incidência, é o método jurídico utilizado para especificar os tributos. Desta forma, o aspecto material consiste, segundo o supracitado autor, numa *"atividade do poder público (ou numa repercussão desta) ou, pelo contrário, consiste num fato ou acontecimento inteiramente indiferente a qualquer atividade estatal"*.

São os denominados tributos vinculados e tributos não vinculados, que sempre estarão relacionados a um fato gerador que, como citado alhures, ocasione uma atuação ou não do ente estatal. Assim, Sacha Calmon preleciona:

> "Os tributos vinculados a uma atuação estatal são as taxas e as contribuições; os não-vinculados são os impostos. Significa que o fato jurígeno genérico das taxas e das contribuições necessariamente implica uma atuação do Estado. (...) Exatamente por isso as taxas e as contribuições de melhoria e previdenciárias apresentam hipótese de incidência ou fatos jurígenos que são fatos do Estado, sob forma de atuações em prol dos contribuintes. Com os impostos as coisas se passam diferentemente, pois os seus fatos jurígenos, as suas hipóteses de incidência, são fatos necessariamente estranhos às atuações do Estado (lato sensu). São fatos ou atuações ou situações do contribuinte que servem de suporte para a incidência dos impostos, como, v.g., ter imóvel rural (ITR), transmitir bens imóveis ou direitos a eles relativos (ITBI), ter renda (IR), prestar serviços de qualquer natureza (ISQN), fazer circular mercadorias e certos serviços (ICMS). Em todos estes exemplos, o fato gerador dos impostos é constituído de

[48] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 8ª edição. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 62.
[49] MACHADO. Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 401.
[50] ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1995. p. 130.

> situações que não implicam atuação estatal, daí o desvínculo do fato jurígeno a uma manifestação do Estado"[51].

Corroborando com esse entendimento, Luiz Ricardo Gomes Aranha assevera que, havendo um encargo jurídico de dependência a um tipo legal, exigindo-se assim alguma contraprestação específica do Estado (ex.: taxa - tributo vinculado por excelência), estamos diante de um tributo de natureza vinculada. Por outro lado, quando surge uma responsabilidade tributária autônoma a qualquer atividade do ente estatal em relação ao devedor, esta se refere aos tributos não vinculados[52].

A razão dessa classificação se encontra positivada no art. 4º, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, no qual dispõe que *"a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei, bem como a destinação legal do produto da sua arrecadação"*[53].

De fácil compreensão, este dispositivo destaca que o critério essencial para determinar a natureza jurídica de uma espécie tributária é a sua hipótese de incidência (ou fato gerador *in abstrato*). Muito se sabe que, o próprio texto Constitucional determina a natureza jurídica dos tributos, quando do estabelecimento de regras-matrizes de incidência e classificação das exações. Com isso, é válido frisar que a destinação do produto da arrecadação é importante em determinadas espécies tributárias, como, a título de exemplo, nos empréstimos compulsórios (art. 148, CF/88[54]) e nas contribuições (arts. 149[55], 149-A[56], 177, §4º[57] e 195[58], CF/88).

---

[51] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 62-63.

[52] ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. Direito Tributário: apreendendo. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pg. 63.

[53] BRASIL. Lei n. 5.172, de 30 de out. de 1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília,DF, out 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 07 de set 2018.

[54] Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b". Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

[55] Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação

4 DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS VERTIDAS À SEGURIDADE SOCIAL

Dispõe o art. 149 da Constituição Federal que "compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, como instrumento de sua atuação nas respectiva área, observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo"[59].

Entretanto, o parágrafo 1º do mencionado dispositivo estabelece uma exceção, qual seja, "os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40[60], cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União"[61].

---

nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[56] Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

[57] Art. 177, § 4º. A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I - a alíquota da contribuição poderá ser: a) diferenciada por produto ou uso; b)reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150,III, b; II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

[58] Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

[59] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de set 2018.

[60] Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e

As Contribuições Sociais subdividem-se em: a) contribuições de seguridade social (consoante o art. 194 da CF/88, visa assegurar os direitos relacionados à saúde, à previdência e à assistência social); b) outras fontes destinadas a certificar o amparo à seguridade social (os chamados residuais), conforme art. 195, § 4º, da CF/88; ou c) contribuições sociais gerais, quando tem por escopo financiar alguma atividade da União no âmbito social[62]. Entretanto, tendo em vista o objeto do trabalho aqui apresentado, daremos ênfase às Contribuições Sociais de Seguridade Social.

A Carta Política define a seguridade social como "um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social"[63], nos termos do art. 194, CF/88. Justificando o supramencionado dispositivo, o art. 196, do Diploma Constitucional, esclarece que a saúde, sendo esta garantida por intermédio de políticas públicas e econômicas, com o escopo à minimização de enfermidades, bem como visando o acesso universal e igualitário às ações e serviços que almejam a sua implementação, é direitos de todos os indivíduos e se configura em um dever do Estado[64].

Além do mais, quanto à previdência social, que possui regime geral de caráter contributivo, bem como de filiação obrigatória, o art. 201 da Constituição Federal, explicita as situações que são abrangidas por esse direito fundamental. Assim,

---

inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[61] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de set 2018.

[62] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 8ª edição. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 53.

[63] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de set 2018.

[64] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de set 2018.

podemos citar: "I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º"[65].

Ainda nesse cenário, o texto constitucional assegura que a assistência social será proporcionada àqueles que dela carecer, não levando em consideração a contribuição à seguridade social, bem como tem por objetivos *"I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei"*[66].

Com isso, para que haja a sua implementação, bem como o resguardo dos pilares que a compõe (saúde, assistência social e previdência), a seguridade social será subsidiada por toda a sociedade por meio de verbas advindas dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tanto quanto pelas contribuições sociais dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; dos trabalhadores; sobre a receita de concursos prognósticos;

[65] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de set 2018.

[66] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de set 2018.

do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (art. 195, incisos I ao IV, da CF/88)[67].

É certo que estamos diante de um tributo cuja natureza é vinculatória a uma contraprestação estatal, ou seja, a finalidade para a qual o produto da arrecadação se destina é fator essencial desta exação. Nestes termos, Kiyoshi Harada preleciona que *"a arrecadação da contribuição social pela união, por si só, não implica presunção jure et de jure de tredestinação do produto arrecadado. Havendo desvio, a afronta ao texto constitucional surgiria como consequência da omissão da autoridade competente, que estaria incidindo no crime de responsabilidade política previsto no art. 85, VI, da CF"*[68]. Desta forma, é importante que a norma regulamentadora destine o produto arrecadado, por meio das contribuições, às atividades da seguridade social, de modo que estas se beneficiem.

CAPÍTULO II

1 A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO - DRU: *CONSIDERAÇÕES INICIAIS*

A Constituição Federal de 1988, por ser localizada no ápice da estrutura normativa brasileira, é o diploma legal que fundamenta a validade das demais normas que são hierarquicamente inferiores a ela. Objetivando à realização do Estado Democrático de Direito, a Lei Maior estabeleceu a constituição de três poderes harmônicos e independentes entre si, quais sejam: Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo. A este último foi atribuída a competência de criação de normas no ordenamento jurídico, entre as quais se encontra o poder de tributar. Daí, surgiram as contribuições sociais[69].

---

[67] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de set 2018.

[68] HARARA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. pag. 337.

[69] BRAGA, Karen Costa. A Inconstitucionalidade da DRU Sob a Luz do Inciso XI do art. 167 da Constituição Social e a falsa ideia do Déficit Previdenciário Brasileiro. Revista Estudo & Debate,

O constituinte originário, criador da Constituição da República de 1988, com o escopo de garantir o esteio financeiro para as atividades estatais, dispôs, antecipadamente, a destinação vinculada de determinadas arrecadações à gastos por ele estabelecidos, tidos por prioritários, obstando o Poder Executivo, mediante o orçamento, de fazer uso de tais recursos para fins distintos[70].

Uma vez que as Contribuições Sociais são tidas como instrumentos indispensáveis para a efetivação do Direito Fundamental à Previdência Social, a Constituição de 1988 estabeleceu limites para a atuação tributária do Estado, tendo em vista que estabelece, em seu art. 167, inciso XI, a vedação da utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, "a", e II[71], para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201[72].

À época do Plano Real, em 1994, criou-se o Fundo Social de Emergência (FSE), no governo do Fernando Henrique Cardoso - FHC, com o objetivo de estabilizar a economia, por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 1/1994. Após diversas alterações legislativas[73], havendo até mesmo a mudança da nomenclatura, como o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), alcançou-se, sob o

Lajeado, v. 23, n. 1, 2016. ISSN 1983-036X. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/viewFile/6333/4043>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

[70] BREYNER, Frederico Menezes. Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU). Quanto às Contribuições Sociais Sob a Ótica dos Direitos Prestacionais Fundamentais. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena. n. 1, 2006. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

[71] Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício (...); II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201 (...).

[72] Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

[73] Emendas Constitucionais nº 10/1996 e 17/1997.

amparo da EC nº 27/200, a Desvinculação das Receitas da União (DRU), que modificou o *caput* do art. 76 do ADCT, dispondo que *"É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinde por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais (...)"*[74].

Atualmente está sendo regulada pela Emenda Constitucional nº 93, de 08 de setembro de 2016, que alterou o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e acrescentou os arts. 76-A e 76-B, determinando seu prazo de vigência até 31 de dezembro de 2023[75].

Nada obstante a determinação constitucional quanto a vinculação dos receitas oriundas das Contribuições Sociais, que deveriam ser utilizadas especificamente para o cumprimento dos benefícios previdenciários, bem como para a implementação do desenvolvimento da saúde e assistência social, a DRU consiste na desvinculação de 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às Contribuições de Intervenção no domínio Econômico e às Taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas, para a utilização em despesas públicas. Com o advento da EC nº 93/2016, também ficou instituída a desvinculação das receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios relativas a impostos, taxas e multas (que será posteriormente abordada)[76].

---

[74] MARTINS, Daniel Vieira. Desvinculação das Receitas da União e Mutação Constitucional. 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/81358/desvinculacao_receitas_uniao_marins.pdf>. Acesso em 02 de set de 2018.

[75] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 27 de ago de 2018.

[76] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 27 de ago de 2018.

Sendo considerada uma política financeira, aprovada por Emenda Constitucional, esse instrumento tem por principal escopo desvincular recursos com destinação específica (ou seja, "carimbados") a fim de tornar menos rígido, ou seja, flexível, a atividade financeira do Estado, de modo a possibilitar "a governabilidade e maleabilidade da administração, na medida em que libera o Executivo das vinculações originariamente estabelecidas na Constituição, permitindo, assim, afetar referidas receitas a gastos diversos daqueles estabelecidos por vontade do constituinte originário"[77], como por exemplo a formação de superávit primário, bem como o pagamento de juros da dívida pública[78].

Além do pagamento dos encargos da dívida pública e a formação de superávit primário, estes recursos desvinculados pela DRU também são empregados para cobrir aposentadorias do setor público, investimento em infraestrutura, bem como vale-transporte e auxílio de servidores públicos[79].

Entretanto, o art. 76, §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT estabelece uma exceção quanto a essa desvinculação: *"excetua-se da desvinculação de que trata o caput a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o § 5º do art. 212*[80] *da Constituição Federal"*[81].

---

[77] BREYNER, Frederico Menezes. Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU). Quanto às Contribuições Sociais Sob a Ótica dos Direitos Prestacionais Fundamentais. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena. n. 1, 2006. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

[78] Senado Federal. Desvinculação das Receitas da União. Brasília: 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

[79] BOSCHETII, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf>. Acesso em: 02 de set 2018.

[80] Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

[81] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 27 de ago de 2018.

São excetuados da Desvinculação das Receitas da União recursos destinados à saúde e à educação, bem como às contribuições da previdência e às transferências obrigatórias e voluntárias entre entes federativos com destinação especificada em lei. Igualmente ficam livres da desvinculação os fundos do Judiciário, dos tribunais de Contas e do Ministério Público, entre outros órgãos assemelhados[82].

2 DAS JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PARA A PRORROGAÇÃO DA DRU (PEC Nº 87/2015)

Como já demonstrado, a Desvinculação de Receitas da União (DRU) concede ao governo a liberdade de utilizar 30% das receitas obtidas com taxas e contribuições de aplicação específica, a sua discricionariedade. Este mecanismo, consoante previsão no relatório de José Maranhão (PMDB-PB) à Proposta de Emenda à Constituição nº 31/2016, bem como aprovação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), foi estendido a estados e municípios, tendo sido protelada até 31 de dezembro de 2023[83].

Em meados de 2015, o Executivo recomendou a prorrogação da DRU por meio do Projeto de Emenda à Constituição - PEC nº 87/2015, agregada à PEC nº 4/2015, do deputado André Figueiredo (PDT-CE). Ao chegar ao Senado Federal, essa PEC recebeu o número 31/2016, que posteriormente foi modificado para PEC 93/2016. Quando da sua aprovação, passou a ter efeito a partir do dia 1º de janeiro de 2016[84].

Diante disso, os recursos destinados à finalidades específicas (também conhecidos como “carimbados”) serão dispensados para auxiliar o governo a

[82] Senado Federal. Desvinculação das Receitas da União, dos Estados e dos Municípios. Brasília: 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/13/desvinculacao-de-receitas-da-uniao-de-estados-e-municipios-e-aprovada-pela-ccj>. Acessado no dia 27 de maio de 2018.

[83] Senado Federal. Desvinculação das Receitas da União, dos Estados e dos Municípios. Brasília: 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/13/desvinculacao-de-receitas-da-uniao-de-estados-e-municipios-e-aprovada-pela-ccj>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

84 Senado Federal. Desvinculação das Receitas da União, dos Estados e dos Municípios. Brasília: 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/13/desvinculacao-de-receitas-da-uniao-de-estados-e-municipios-e-aprovada-pela-ccj>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

cumprir “a meta de resultado primário”, ajudando na geração de superávit primário, bem como, pela primeira vez, contribuirá para que os entes federados paguem suas dívidas e fechem suas contas. Nesses casos, todas receitas advindas das multas, impostos, taxas estaduais e municipais, serão englobadas pela desvinculação[85].

Nestes termos, segue abaixo a justificativa apresentada para o Projeto de Emenda à Constituição nº 87/2015[86]:

> “Submetemos à consideração de Vossa Excelência Proposta de Emenda Constitucional, com vistas a alterar o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de prorrogar a vigência da Desvinculação de Receitas da União - DRU até 31 de dezembro de 2023, alterando a sua forma de cálculo, de forma a limitar seu alcance e aumentar sua efetividade.
>
> A prorrogação na vigência da DRU justifica-se porque a estrutura orçamentária e fiscal brasileira possui elevado volume de despesas obrigatórias, tais como as relativas a pessoal e a benefícios previdenciários, e também vinculação expressiva das receitas orçamentárias a finalidades específicas. Esse delineamento tende a extinguir a discricionariedade alocativa, pois reduz o volume de recursos orçamentários livres que seriam essenciais para implementar projetos governamentais prioritários.
>
> Nesse cenário, a desvinculação de receitas, vigente desde o ano de 1994, foi instrumento de racionalização da gestão orçamentária, que ampliou as possibilidades de atuação dos gestores públicos e possibilitou atender, de forma célere e tempestiva, as demandas da sociedade, sem comprometer o equilíbrio fiscal das contas públicas. Nesse ínterim, a DRU tem permitido à Administração Pública Federal não só estabelecer prioridades, mas também prover e alocar recursos para torná-las exequíveis.
>
> Dessa forma, propõe-se que a DRU passe a incidir à alíquota de 30% sobre as Contribuições Sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, sobre as Contribuições Econômicas, sobre os recursos destinados aos Fundos Constitucionais de Financiamento ao

85 Senado Federal. Desvinculação das Receitas da União, dos Estados e dos Municípios. Brasília: 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/13/desvinculacao-de-receitas-da-uniao-de-estados-e-municipios-e-aprovada-pela-ccj>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

86 Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 87/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359132&filename=PEC+87/2015>. Acessado no dia 29 de maio de 2018.

Setor Produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, sobre as Taxas e sobre as Compensações Financeiras pela Utilização de Recursos Hídricos e Minerais. Ademais, a proposta excetua da desvinculação a arrecadação da contribuição social sobre o salário-educação, a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural e as transferências aos Estados, Distrito Federal e Municípios relativas à participação na exploração de recursos hídricos e minerais previstas no § 1o do art. 20 da Constituição.

Assim, as alterações propostas na regra da DRU estão detalhadas no quadro a seguir:

Receita	***Regra Vigente***	***Regra Prop***
Impostos	*20%*	*Retirar*
Contribuições Sociais e Econômicas	*20%*	*30%*
Acréscimos Legais de Impostos e Contribuições	*20%*	*Retirar*
Fundos Constitucionais FCO/FNE/FNO	---	*30%*
Taxas	---	*30%*
Compensações Financeiras - Recursos Hídricos e Minerais	---	*30%*

Diante do exposto, tendo em vista não só a importância da desvinculação de receitas na formação dos recursos livres do orçamento federal, mas também a necessidade premente de se manter grau de autonomia mínimo na definição de prioridades de governo e na gestão orçamentária, sugerimos o envio da anexa Proposta de Emenda Constitucional ao Congresso Nacional."

Além do mais, o autor da Proposta acrescenta que este instrumento desvinculatório, no decorrer dos anos, a fim de não lesar o financiamento dos

direitos sociais, teve o seu impacto reduzido, tal como as transferências de parcela das receitas dos impostos federais aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nestes sentido, Poder Executivo esclarece, na Justificação da PEC nº 87, de 2015, que "a prorrogação da DRU é necessária, pois, como o orçamento público federal é rígido, por possuir elevado montante de despesas obrigatórias e vinculação de receitas, o volume de recursos disponíveis para implementar projetos governamentais prioritários, isto é, a discricionariedade alocativa, é bastante reduzido"[87].

Não obstante a aprovação da prorrogação DRU até dezembro de 2023, a proposta foi criticada por alguns parlamentares, por considerá-la como um instrumento hábil para a retirada de recursos da área social, em detrimento dos mais pobres, bem como carece de análise, uma vez que o projeto acrescenta uma novidade, qual seja, a desvinculação de receitas de estados e municípios. Vale acrescentar que é necessário muita discussão a respeito do real impacto nos estados e municípios, principalmente no quanto tange à possibilidade de minimização dos recursos para os estabelecimentos de ensino cursteados por esses dois entes federativos[88].

3 DRU E AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA SOBRE A SUA CONSTITUCIONALIDADE

No conteúdo da Constituição Federal de 1988 foram previstos exações com destinação típicas, designados ao financiamento das incubências prestacionais do Estado (direitos sociais), dentre elas, as contribuições sociais, previstas em seu art. 149[89]. Com a carência de suporte financeiro destinado a amparar os direitos de

[87] Senado Federal. Parecer nº 706, de 2016. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ. Relator: Senador José Maranhão. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4453697&disposition=inline> Acesso em 02 de set 2018.

[88] Senado Federal. Desvinculação das Receitas da União, dos Estados e dos Municípios. Brasília: 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/13/desvinculacao-de-receitas-da-uniao-de-estados-e-municipios-e-aprovada-pela-ccj>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

[89] Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

segunda geração, a ascensão do Estado Democrático de Direito, proclamada no art. 1º da Constituição, restaria prejudicada.[90]

As contribuições sociais, por vontade do constituinte originário, é um tributo que se encontra afetado a uma determinada finalidade (isto é, um tributo carimbado), tendo em vista que o seu encargo é a angariar recursos para patrocinar as ações na esfera dos Direitos Sociais. Com isso, conclui-se que a tredestinação da arrecadação das contribuições não é permitida, conforme lição de SPAGNOL[91]:

> "Qualquer desvio dos fins legais e constitucionais do produto da arrecadação torna írrita, insubsistente e inconstitucional a exação tributária, visto que a mesma colhe sua legitimidade dentro da finalidade a qual se destina".

A doutrina segue esse mesmo entendimento, no sentido de não admitir a destinação de sua arrecadação a outros fins, diversos daqueles estabelecidos constitucionalmente, em virtude de sua natureza vinculante. Neste sentido, Sacha Calmon Navarro Coêlho preleciona[92]:

> "Os fins constitucionalmente predeterminados revelam uma diretriz constitucional. Nem o legislador, nem o administrador podem adestinar ou tredestinar o produto da arrecadação das contribuições, sob pena de crime de responsabilidade e nulidade do ato administrativo, ainda que normativo, no caso do Executivo. No caso do Legislativo, a lei será considerada inconstitucional, por ser contrária à Constituição".

A finalidade para a qual as contribuições sociais foram concebidas não pode ser modificada sob pena de violação ao princípio contido no art. 1º da Carta Magna, isto porque busca o efetivo usufruto dos direitos e garantias individuais e concretização do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, se verifica que a mudança da destinação da receita arrecadada não possui apenas obstáculo moral,

---

[90] BREYNER, Frederico Menezes. Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU). Quanto às Contribuições Sociais Sob a Ótica dos Direitos Prestacionais Fundamentais. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena. n. 1, 2006. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

[91] SPAGNOL. Werther Botelho. Da Tributação e sua Destinação. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 60-61.

[92] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 451.

mas jurídico, isto porque já se convencionou que as contribuições sociais se justificam e se impõem por serem indispensáveis para se garantir a eficácia dos direitos sociais previstos constitucionalmente[93].

Deixando de promover a atividade estatal para qual fora instituída a respectiva fonte de custeio, perde-se o fundamento para a cobrança fiscal sob o ponto de vista constitucional, tornando-se, assim, inconstitucional a sua exigência[94]. Isso porque a edição de uma norma jurídica por si só já pressupõe o alcance de um determinado resultado, resultado este no qual o almejo é resguardar direitos fundamentais ditados pela Lei Maior.

Consequência deste desvirtuamento estabelecido com a criação da Desvinculação das Receitas da União - DRU é o desequilíbrio de todo o sistema constitucional da Seguridade Social, bem como a violação dos princípios essenciais do Estado Social, haja vista que tais princípios foram criados pelo constituinte originário com o propósito de assegurar o mínimo existencial, assim como a dignidade da pessoa humana mediante a garantia dos direitos e garantias fundamentais sociais. Em vista disso, se justifica a afetação da receita destes tributos ao gasto social a ser realizado[95].

A conexão entre a finalidade da arrecadação da receita oriunda das contribuições sociais e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais sociais (direitos de segunda geração, também conhecidos como prestacionais), é apresentada por Fernando Facury Scaff[96], ao estudar o tema:

---

[93] SPAGNOL, Werther Botelho. As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 151.

[94] CARNEIRO, Cláudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 262.

[95] BREYNER, Frederico Menezes. Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU). Quanto às Contribuições Sociais Sob a Ótica dos Direitos Prestacionais Fundamentais. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena. n. 1, 2006. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

[96] SCAFF, Fernando Facury. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. In: Humanismo Latino e Estado no Brasil, organizado por Orides Mezzaroba. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003, pp. 351-352.

> "O aspecto fundamental é o da destinação, que as faz poder ser enquadradas como instrumentos de arrecadação de valores para cumprir as finalidades estatais no domínio econômico, dentre elas as sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais e econômicas. Ou seja, tais contribuições se caracterizam como um instrumento de arrecadação tributária com a finalidade específica de implementar os direitos humanos de segunda geração, quais sejam, aqueles que estabelecem prestações positivas a serem desenvolvidas pelo Estado, que se configuram como implementação do princípio da isonomia entre os homens, tratando-os de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. Cumprem as contribuições, portanto, esta função específica no âmbito da arrecadação tributária. Dessa forma, não podem ser completamente entendidas de maneira apartada da destinação de sua arrecadação".

Com efeito, a destinação legal do produto da arrecadação das contribuições é pressuposto essencial para a sua configuração e, mormente, para a sua constitucionalidade. Por isso, tem-se a previsão, no Direito Financeiro, da penalização dos responsáveis, mas não a invalidação do tributo[97].

Segundo Cláudio Carneiro, a ausência do quesito referibilidade, ou seja, da destinação certa, acarreta a inconstitucionalidade, já que o legislador previu a vinculação direta dos recursos ao órgão ou finalidade constitucionalmente determinados. Conclui, outrossim, que caso o administrador público modifique a sua destinação ou finalidade, estaríamos diante da criação de um novo tributo, que visivelmente estaria sujeito à análise de sua constitucionalidade[98]. Corroborando este entendimento, Ives Gandra da Silva Martins preleciona nos seguintes termos:

> "A DRU é mais do que uma dotação orçamentária genérica. A DRU é um não orçamento, e isso em relação a um montante expressivo de recursos, incluindo alguns de aplicação vinculada pelo próprio constituinte originário. Um não orçamento caracteriza a perfeita antítese da legalidade orçamentária, parte essencial da competência privativa do legislador. Mal comparando, seria como permitir, por emenda constitucional, que 20% das lides tributárias fossem julgadas pela própria Fazenda ou mesmo pelo Congresso. Uma DRU

[97] CARNEIRO, Cláudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 335.
[98] CARNEIRO, Cláudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 335/336.

> permanente, fora de situações extraordinárias ou de emergência, enfrenta tensão com o núcleo essencial da separação dos poderes e da legalidade orçamentária dessas contribuições, no entanto, o próprio constituinte originário já estabeleceu as finalidades que justificam a imposição, de modo que essa finalidade parece ser parte indissociável da constitucionalidade e legalidade desses tributos"[99].

Por fim, mesmo diante da tese defendida pela maior parte da doutrina acerca da inconstitucionalidade do instrumento aqui estudado (DRU), é válido ressaltar que, por outro lado, muitos defendem que este mecanismo não interferirá no cálculo do mínimo constitucional a ser aplicado na saúde, bem como não poderá prejudicar o Regime Geral da Previdência. Inclusive, a jurisprudência da Suprema Corte consolidou entendimento no sentido de que a desvinculação parcial da arrecadação de contribuição social não é inconstitucional. Entretanto, este entendimento será melhor estudado no Capítulo 3 do presente trabalho.

CAPÍTULO III

1 A DRU E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Desvinculação de Receitas da União, como demonstrado no capítulo anterior, se traduz num instrumento por meio do qual visa deslocar parte das receitas arrecadadas (atualmente 30%), mediante as contribuições sociais, para fins distintos que não aqueles previstos em lei.

No entanto, muito se discute a respeito da constitucionalidade deste mecanismo, uma vez que a Carta Política de 1988 apregoa, em seu art. 167, inciso XI, que *"são vedados a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II*[100]*, para a realização de despesas distintas*

[99] MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tratado de Direito Financeiro. Volume 1. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 278/279.

[100] Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (...) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não

do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201[101] *(incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1988).* "[102]

Diante disso, uma corrente se forma no sentido de elucidar aspectos inconstitucionais da DRU, sustentando que, além da violação ao dispositivo supramencionado, bem como violação aos direitos e garantias fundamentais sociais insculpidos no art. 6º da Constituição Federal, aquele instrumento também viola uma das Cláusulas Pétreas descritas no art. 60, § 4º, inciso IV, do mesmo diploma legal, qual seja: os direitos e garantias individuais.

Um primeiro posicionamento jurisprudencial se formou no Supremo Tribunal Federal no ano de 1998. No julgamento do RE 183.906-6/SP, o Ministro Aposentado do STF, Carlos Velloso, explica que eventual declaração de inconstitucionalidade do tipo legal que prevê a destinação do tributo, não seria hábil a exonerar o contribuinte de cumprir com a sua obrigação de pagar pela exação, pois, neste caso, é correto afirmar que a destinação deixaria de existir, e não o tributo[103].

Contudo, uma observação se faz necessária. Hugo de Brito Machado, citando o supracitado julgado em sua obra *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*[104], conclui que, sendo a destinação da exação a responsável por dar legitimidade a esta, não ocorrendo tal destinação, o contribuinte não estaria obrigado

---

incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

[101] Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º

[102] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de ago de 2018.

[103] MUNIZ, Bruno Barchi. Golpes tributários: A desvinculação das receitas da União e a posição do STF. 2015. Disponível em: <https://lbmadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/208166931/golpes-tributarios-a-desvinculacao-das-receitas-da-uniao-e-a-posicao-do-stf>. Acesso em 01 de set 2018.

[104] MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro, São Paulo: Dialética/Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2003, p.22.

a pagá-la, podendo, assim, se opor à cobrança desta contribuição. Além disso, em suas palavras, o contribuinte poderia *"reclamar a repetição do tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto à aplicação dos recursos arrecadados, uma vez que a Constituição prevê a solidariedade do contribuinte no pagamento de contribuições e empréstimos compulsórios e a consequente faculdade outorgada à União de instruí-los, de forma direcionada e vinculada a certos gastos"*[105].

Já numa análise atual dos entendimentos adotados pelos Tribunais Superiores, verifica-se que a jurisprudência consolidou-se no sentido de ser constitucional a criação da Desvinculação de Receitas da União, tendo em vista que não enseja violação aos dispositivos constitucionais, rechaçando, desta forma, toda e qualquer argumentação diversa (que, por sua vez, não deixa de ser importante).

Assim, quanto à discussão sobre a constitucionalidade da DRU, a jurisprudência aborda vários pontos relevantes que demonstram consonância entre esse instrumento e a Carta Magna de 1988, pontos estes que serão aqui apresentados.

Muitas vezes se tem arguido, tendo em vista a destinação de parte das receitas à outras finalidades, a criação de um novo imposto que, para existir, seria necessário a edição de uma lei ordinária. No entanto, num primeiro momento, levando em consideração os julgados da Suprema Corte, verifica-se um reiterado posicionamento em defesa da tese de que a desvinculação parcial das contribuições arrecadadas não teria importado criação de um novo imposto e, por conseguinte, não estaríamos diante de uma descaracterização da natureza das contribuições.

Quanto ao direito do contribuinte à repetição de indébito, em razão do desvio da aplicação dos recursos, o Supremo Tribunal Federal, pacificou entendimento no sentido de que "não incorre em repetição de indébito e nem em novo tributo, tendo em vista que a desvinculação não é inconstitucional ou ilegal (única hipótese autorizadora da repetição do indébito tributário ou o reconhecimento de inexistência

[105] SOUZA, Juraci Altino. O regime jurídico das contribuições especiais no Direito brasileiro. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9090/o-regime-juridico-das-contribuicoes-especiais-no-direito-brasileiro>. Acesso em 01 de set 2018.

de relação jurídico-tributária), e a contribuição não se caracteriza pela destinação da arrecadação e sim pela finalidade"[106]. Neste diapasão, é afirmado, outrossim, que a desvinculação, constante no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, não transforma as contribuições sociais em impostos, alterando sua essência[107].

Nessa lógica, são preservados os elementos essenciais da contribuição. Na verdade, trata-se de ordem da Carta Magna direcionada ao legislador e à administração pública, a ser observada no momento da aplicação de tais verbas. Se inconstitucionalidade houvesse, esta não desobrigaria o contribuinte do recolhimento da exação, uma vez que ensejaria a revinculação da destinação da receita tributária a seu fim específico[108].

Segundo entendimento firmado no julgamento do RE 537.610, de Relatoria do do Ministro Cezar Peluso, publicado no dia 17 de dezembro de 2009, a respeito da constitucionalidade da DRU, ele observa que, a norma que afirma a vinculação da destinação das receitas arrecadadas mediante contribuições sociais, não tem natureza jurídica de cláusula pétrea, visto não ser contemplada pelo art. 60, § 4º, CF/88, o que não obsta a criação dessa desvinculação de receitas por Emenda Constitucional e, por não violar cláusula pétrea, a criação dessa desvinculação é autorizada.

As Cláusulas Pétreas inseridas na Constituição da República de 1988, são dispositivos que não podem ser alterados nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição - PEC. Elas estão dispostas em seu art. 60, §4º, CF. São elas: I) a forma

[106] STF - RE: 511.877, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 01/02/2010, Data de Publicação: DJe-028 DIVULG 12/02/2010 PUBLIC 17/02/2010 - Mesmo sentido: STF, RE 566.007/RS, Tribunal Pleno, DJ 13/11/2014.

[107] Publicação 12/08/2014. Relator Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 793.564 PERNAMBUCO. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925/DF. Precedentes: Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925/DF, cujo acórdão fui designado para redigir, julgada em 19 de dezembro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 537.610/RS, relator ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, apreciado em 1º de dezembro de 2009.

[108] RE nº 602.367/RS, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 20/04/2010, public. no DJe em 05/05/2010). Precedentes: RE 537.668, Rel. Min. Carlos Britto; RE 511.877/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowiski.

federativa de Estado; II) o voto direto, secreto, universal e periódico; III) a separação dos Poderes; IV) e os direitos e garantias individuais[109].

O art. 60, § 4º não proíbe a criação de uma medida de controle orçamentário da União, com o escopo de adequar a destinação das receitas arrecadadas, frutos de impostos e contribuições. Essas providências não ocasiona violação aos direitos e garantias fundamentais, pois a aspiração é racionalizar a utilização dos recursos públicos[110], uma vez que a DRU sempre esteve ligada aos limites impostos pela Constituição. Nesse mesmo raciocínio, a não violação faz com que a alegação de sua inconstitucionalidade, em decorrência da inviabilização de realizar os direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais), perca seu fundamento.

Desta feita, o alto grau de vinculação das receitas tributárias é o ponto primordial que justifica a criação da DRU, razão pela qual sua existência, por esses anos, se tornou benéfica para as finanças públicas tanto da União, quanto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o detalhe de que esses últimos, por não terem competência para criar contribuições sociais, têm menor flexibilidade tributária[111].

2 A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS

A Emenda Constitucional nº 93, de 08 de setembro de 2016, atribuiu uma mudança significativa no instrumento da desvinculação de receitas da união, isto é, além de aumentar o percentual de desvinculação de 20% (por cento) para 30% (trinta

[109] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de ago de 2018.

[110] TRF-3 - AMS: 47922 SP 2000.61.00.047922-7, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, Data de Julgamento: 28/01/2010, SEXTA TURMA. MESMO SENTIDO: TRF4, AC 5018673-03.2012.404.7108, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 22/05/2014.

[111] GUIMARÃES, Napoleão Lopes. A Desvinculação de Receitas da União e Sua Extensão para os demais Entes da Federação: uma constitucionalidade a ser discutida. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.972.10.PDF>. Acesso em 12 de ago de 2018.

por cento), estendeu esse mecanismo aos demais entes da federação (Estados, Distrito Federal e Municípios), criando, desta forma, a Desvinculação das Receitas dos Estados - DRE e a Desvinculação das Receitas dos Municípios - DRM[112].

Na Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 04, de 11 de fevereiro de 2015, bem como nas PECs nº 87/2015 e nº 11/2015 (ambas arquivadas por terem sido consideradas prejudicadas pela aprovação da PEC nº 04/2015), não havia previsão sobre as novas desvinculações[113].

Contudo, em 13 de julho de 2016, por meio do Parecer nº 706/2016, foi submetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ a Proposta de Emenda à Constituição nº 31/2016 (posteriormente modificada para a PEC nº 93/2016), que alterou o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e inseriu os arts. 76-A e 76-B, prolongando a DRU e criando a DRE e DRM[114], respectivamente.

Assim, quanto aos Estados e ao Distrito Federal (DRE/DF), haverá a desvinculação de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2013, de 30% (trinta por cento) das receitas relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, os seus adicionais e respectivos acréscimos, bem como outras receitas correntes (art. 76-A, do ADCT)[115].

---

[112] ABRAHAM, Marcus. As novas Desvinculações de Receitas dos Estados e dos Municípios. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/novas-desvinculacoes-de-receitas-dos-estados-e-municipios-30112016>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

[113] ABRAHAM, Marcus. As novas Desvinculações de Receitas dos Estados e dos Municípios. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/novas-desvinculacoes-de-receitas-dos-estados-e-municipios-30112016>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

[114] SENADO FEDERAL. Parecer nº 706, de 13 de julho de 2016. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4453697&disposition=inline>. Acesso em 23 de ago de 2018.

[115] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. art. 76-A, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 23 de ago de 2018.

Ficam isentos desse efeito desvinculador, nos termos do parágrafo único do art. 76-A, ADCT[116], (i) os recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198[117] e o art. 212[118] da Constituição Federal de 1988; (ii) as receitas que pertencem aos Municípios decorrentes de transferências previstas na Constituição Federal de 1988; (iii) as receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores; (iv) as demais transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei; e (v) os fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Por outro lado, quanto aos Municípios (DRM), igualmente, haverá a desvinculação de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, de 30% (trinta por cento) das receitas relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, os seus adicionais e respectivos acréscimos legais, bem como outras receitas correntes (art. 76-B, do ADCT)[119].

---

[116] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. art. 76-A, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 23 de ago de 2018.

[117] Art. 198, CF/88. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

[118] Art. 212, CF/88. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

[119] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. art. 76-B, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 23 de ago de 2018.

Ficam isentos desse efeito desvinculador, nos termos do parágrafo único do art. 76-B, ADCT[120], (i) os recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198[121] e o art. 212[122] da Constituição Federal de 1988; (ii) as receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores; (iii) as transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei; (iv) os fundos instituídos pelo Tribunal de Contas do Município - TCM.

A extensão da desvinculação de receitas aos demais entes da federação, além de reforçar o pacto federativo[123], como defende o Parecer nº 706/2016, do Senado Federal, se baseou na superação da rigidez dos orçamentos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, que dispõem de menor poder tributário que a União. Neste sentido, Ana Cláudia Gabriele, em seu artigo sobre a Emenda Constitucional nº 93/2016, esclarece que "*(...) os Municípios, os Estados e o Distrito Federal estão sujeitos a uma estrutura orçamentária e fiscal com elevado volume de despesas obrigatórias, tais como as relativas a pessoal e a benefícios previdenciários, além de expressiva vinculação das receitas orçamentárias, sendo necessário fornecer-*

[120] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. art. 76-A, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 23 de ago de 2018.

[121] Art. 198, CF/88. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

[122] Art. 212, CF/88. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

[123] SENADO FEDERAL. Parecer nº 706, de 13 de julho de 2016. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4453697&disposition=inline>. Acesso em 26 de ago de 2018.

lhes instrumentos a permitir que uma parte das receitas não fique sujeita a vinculações, podendo ser alocadas no orçamento com maior flexibilidade "[124].

Entretanto, é válido mencionar que, apesar de a nova PEC ser meritória, no sentido de flexibilizar a gestão orçamentária e contribuir para a superação da crise fiscal dos entes federados, não retirando recursos provenientes de tributos e transferências de impostos das áreas sociais, como assistência social, educação, previdência social e saúde[125], a mesma traz prejuízos consideráveis a outras áreas de índole essencial, como por exemplo a segurança (como se verá no tópico posterior), bem como ao permitir que parte das contribuições relativas às taxas (espécie de tributo de natureza vinculada) também sejam atingidas pela desvinculação.

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 93 DE 2016: IMPACTOS E QUESTIONAMENTOS

Consoante as observações alinhavadas no tópico anterior, o instrumento constitucional das desvinculações (o qual engloba a DRU, a DRE e a DRM), diante do excesso de receitas vinculadas, bem como da carência de recursos em outras áreas, visa permitir que parte destas receitas (30%), seja administrada e destinadas de modo flexível pelos governos, assegurando uma alocação mais conveniente dos recursos orçamentários, isto é, recursos livre de "carimbos", que são as verbas não destinadas a uma finalidade específica[126].

Não obstante a majoração para 30% do mecanismo desvinculatório, a Emenda Constitucional nº 93/2016, além dos impostos para Estados, Distrito Federal e Municípios, acrescentou a desvinculação, aos três entes, incidente sobre as taxas

[124] GABRIELE, Ana Cláudia. Emenda Constitucional nº 93/2016 - prorrogação da DRU e sua extensão aos Estados Municípios e Distrito Federal. Disponível. publicado em 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://acgabriele.jusbrasil.com.br/artigos/567517083/emenda-constitucional-n-93-2016>. Acesso em 26 de ago de 2018.

[125] SENADO FEDERAL. Parecer nº 706, de 13 de julho de 2016. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4453697&disposition=inline>. Acesso em 26 de ago de 2018.

[126] ABRAHAM, Marcus. As novas Desvinculações de Receitas dos Estados e dos Municípios. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/novas-desvinculacoes-de-receitas-dos-estados-e-municipios-30112016>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

(imposto de natureza vinculada), bem como manteve os desvios sobre as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico da União.

Com efeito, o aumento do percentual acima exposto pode trazer efeitos negativos em determinados setores, uma vez que haverá uma redução dos recursos disponíveis destinados à implementação dos direitos sociais e fundamentais dos cidadãos, retirando desta alocação constitucionalmente vinculada à garantia do mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana e utilizando em outras despesas e finalidade menos nobres[127]. Neste contexto, seria o caso típico de rogar pela Supremacia da Constituição Federal, o que se traduziria na defesa da supremacia constitucional em detrimento das discricionariedades do governo, uma vez que o regime econômico em um cenário político, não poderia controlar a análise da Constituição.

A título de exemplo, esse remanejamento de receitas tem causado a diminuição do financiamento de programas de desenvolvimento, bem como do montante de recursos disponíveis para o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT[128], o qual é responsável pelo pagamento do seguro-desemprego e do abono salarial, contando, exclusivamente, com repasses da contribuição PIS/Pasep e com recursos financeiros próprios. O Ministério do Trabalho demonstra que as desvinculações realizadas nos recursos do PIS/Pasep, por meio da desvinculação de receitas, entre os exercícios de 2003 e 2014 atingiram R$ 80,31 bilhões, enquanto as desonerações do tributo para estimular a economia alcançaram R$ 60,7 bilhões[129].

127 ABRAHAM, Marcus. As novas Desvinculações de Receitas dos Estados e dos Municípios. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/novas-desvinculacoes-de-receitas-dos-estados-e-municipios-30112016>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

128 VIEIRA, Gregório de Albuquerque; MORAIS, Joel Helder da Silva. Emenda Constitucional nº 93 de 2016: efeitos sociais e questionamentos jurídicos. Revista da ESMAL. Alagoas/AL. nº6. 2017. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/43/37>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

129 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Aprovação da DRU terá impacto no Fundo de Amparo ao Trabalhador. 08/06/2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/510238-APROVACAO-DA-DRU-TERA-IMPACTO-NO-FUNDO-DE-AMPARO-AO-TRABALHADOR.html>. Acesso em: 12 de ago 2018.

Em verdade, embora algumas áreas, como a saúde e a educação, tenham sido resguardadas, outras áreas não obtiveram a mesma proteção. Assim, com o estabelecimento da Desvinculação de Receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, pode se dizer que setores essenciais, que também merecem amparo de recursos financeiros, podem ser prejudicados.

É o caso da segurança. Por se tratar de um serviço público indivisível, de natureza universal, são remunerados mediante impostos, que não possuem natureza vinculatória, ensejando, assim, a desvinculação de receitas. Contudo, há uma questão que merece atenção: as taxas destinadas a uma despesa específica.

A taxa é tributo vinculado por excelência , isto é, só é devido pelo contribuinte se houver contraprestação por parte do ente estatal que a houver instituído[130]. No entanto, como defende Débora Ottoni, *"ao reverso do que pode parecer uma análise mais superficial, as taxas não se destinam a custear uma atividade estatal em prol do contribuinte, mas à retribuição de seu custo. Noutras palavras, as verbas das taxas não são, pela sua própria natureza, afetadas, não havendo assim qualquer problema em sua desvinculação por si só, desde que respeitado seu caráter retributivo e contraprestacional (este sim oriundo de sua essência)"*[131].

Nesta senda, apesar de não haver uma afetação específica do produto das taxas, há de se ressaltar que algumas têm produto da arrecadação destinado a uma despesa determinada, havendo, portando, a afetação constitucionalmente atribuída, que é o caso dos emolumentos, consoante previsto no art. 98, §2º, da CF/88, com redação conferida pela EC 45/04. É somente para tais taxas que a desvinculação constitucional produz efeitos práticos, retirando dos fundos, órgãos ou natureza de

130 FREITAS, Vladimir Passos. Código Tributário Nacional Comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 6ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 502/503.

131 MANSUR, Débora Ottoni Uébe. A desvinculação das receitas da União: elementos e (in) constitucionalidades. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 80/81.

despesas a que eram legalmente afetados[132], como é o caso das taxas estaduais de Incêndio/Bombeiros do Rio de Janeiro, cujas receitas destinam-se ao Fundo Especial do Corpo de Bombeiros - FUNESBOM.

No caso da taxa de bombeiro acima indicada, a desvinculação poderá causar prejuízos quanto ao retorno dos serviços prestados à sociedade, visto que esse tributo é essencial para a aquisição de equipamentos e viaturas utilizadas, pelo corpo de bombeiros, na prestação do serviço. Assim, a utilização da receita de modo diverso, faz perder o sentido da criação deste tributo[133].

Em vista disso, um ponto relevante que merece atenção sobre a DREM (Desvinculação das Receitas dos Estados e Municípios), é a sua semelhança com a DRU (Desvinculação das Receitas da União). Ou seja, essa desvinculação de receitas confere ao administrador a livre utilização desses recursos, negligenciando a justificativa pela qual foram vinculados pela norma constitucional[134].

É o que Braga[135], ao discorrer sobre o tema, demonstra, ou seja, que não há estabelecimento das *"áreas às quais tais recursos deverão ser destinados, conferindo uma maior discricionariedade ao Administrador Público"*.

Outra questão que merece anotação diz respeito à afetação das contribuições sociais que, de certo modo, acabam, por conseguinte, atingindo a seguridade, tendo em vista que essas contribuições se traduzem na principalmente fonte de arrecadação

---

[132] MANSUR, Débora Ottoni Uébe. A desvinculação das receitas da União: elementos e (in) constitucionalidades. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 82.

133 VIEIRA, Gregório de Albuquerque; MORAIS, Joel Helder da Silva. Emenda Constitucional nº 93 de 2016: efeitos sociais e questionamentos jurídicos. Revista da ESMAL. Alagoas/AL. nº6. 2017. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/43/37>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

134 VIEIRA, Gregório de Albuquerque; MORAIS, Joel Helder da Silva. Emenda Constitucional nº 93 de 2016: efeitos sociais e questionamentos jurídicos. Revista da ESMAL. Alagoas/AL. nº6. 2017. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/43/37>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

135 BRAGA, Paulo Victor Bergamo. A DRU e a Constituição dirigente invertida – o direito econômico e social à disposição do direito fi nanceiro. Revista Jurídica ESMP, São Paulo, v. 5, 2014: 239-254. ISSN: 2316-6959. Disponível em: <htt p://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/60>.Acesso em 12 de ago 2018.

para a manutenção da previdência, assistência social e saúde[136]. Deste modo, a previdência, que já é indicada como deficitária[137], tende a ter a sua situação financeira agravada, em razão da flexibilização de suas receitas[138].

Isso se deve em razão do aproveitamento do campo social, para fins de financiamento da atividade econômica estatal. A Carta Constitucional de 1988 suscita princípios, bem como garantias fundamentais, de modo que haja a necessidade de recursos para atender questões sociais básicas, o que justifica a vinculação de receitas específicas. No entanto, com essas intervenções, se inverte o propósito principal dos recursos atraídos para fins sociais, fazendo incidir sobre o âmbito financeiro do Estado[139].

Com efeito, Paulo Victor Bergamo Braga[140] preleciona que, "ao contrário do que se prega em um constitucionalismo dirigente, em que a Constituição Financeira deve estar próxima da Constituição Econômica e Social para financiar os objetivos prescritos em nossa Constituição, com a desvinculação das receitas, ocorre uma reaproximação dessas duas últimas constituições, para financiarem aquela".

Neste contexto, Ivanete Boschetti, em seu estudo sobre a Seguridade Social no Brasil[141], apresenta o orçamento como uma das principais formas de "desmonte"

136 Isso mudará com a Reforma da Previdência Social.

137 Algumas pessoas rejeitam essa versão, atribuindo os saldos negativos apresentados exatamente aos "desvios de receitas".

138 VIEIRA, Gregório de Albuquerque; MORAIS, Joel Helder da Silva. Emenda Constitucional nº 93 de 2016: efeitos sociais e questionamentos jurídicos. Revista da ESMAL. Alagoas/AL. nº6. 2017. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/43/37>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

139 VIEIRA, Gregório de Albuquerque; MORAIS, Joel Helder da Silva. Emenda Constitucional nº 93 de 2016: efeitos sociais e questionamentos jurídicos. Revista da ESMAL. Alagoas/AL. nº6. 2017. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/43/37>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

140 BRAGA, Paulo Victor Bergamo. A DRU e a Constituição dirigente invertida – o direito econômico e social à disposição do direito fi nanceiro. Revista Jurídica ESMP, São Paulo, v. 5, 2014: 239-254. ISSN: 2316-6959. Disponível em: <htt p://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/60>. Acesso em 14 de ago 2018.

141 BOSCHETII, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf>. Acesso em> 14 de ago 2018.

da Seguridade Social, tendo em vista a manobra fiscal realizada pelo administrador de modo a usurpar parte dos recursos desse direito social, principalmente no que tange ao pagamento da dívida pública. Outrossim, acrescenta que:

> "Ainda no âmbito do orçamento, outro elemento importante para compreendermos esse processo de desmonte é conhecer o destino dos recursos. Historicamente, a maior fatia de recurso do orçamento da seguridade social fica com previdência social (média de 60%), seguida pela política de saúde (média de 14%), e, finalmente, a política de assistência, com média de aproximadamente 6%. As análises históricas mostram o crescimento da participação percentual da assistência social e a redução da participação da saúde, o que reforça as tendências das políticas de seguridade social. Outra tendência revelada na análise orçamentária é que as três políticas reconhecidas constitucionalmente como políticas da seguridade social absorvem em média 80% dos recursos, enquanto 20% são utilizados em outras políticas sociais. (...) A redução dos direitos, a restrição dos espaços democráticos de controle democrático e as contenções dos recursos têm íntima relação com a política econômica, que engole parte significativa do orçamento da seguridade social. Os recursos que compõem as fontes de financiamento da Seguridade Social desempenham um papel relevante na sustentação da política econômica e social, e, desde 1994, vem ocorrendo apropriação indevida desses recursos do Orçamento da Seguridade Social por meio da Desvinculação das Receitas, que são retidos pelo Orçamento Fiscal da União e canalizados para a esfera financeira e geração do superávit primário. Esse movimento constitui uma "perversa alquimia", que transforma recursos destinados aos direitos sociais em fonte de sustentação da política monetarista de juros altos, estímulo à ciranda financeira. "

Nesse ponto de vista, é de se notar, assim como a DRU, que a DREM pode trazer uma certa insegurança quanto ao atendimento de algumas necessidades públicas (principalmente sociais), uma vez que, haja vista a discricionariedade do Administrador Público, este poderá utilizar os recursos, advindos de contribuições sociais, em, por exemplo, comunicação, com o escopo de divulgar a marca do governo, em prejuízo de áreas essenciais, como a segurança pública[142].

142 VIEIRA, Gregório de Albuquerque; MORAIS, Joel Helder da Silva. Emenda Constitucional nº 93 de 2016: efeitos sociais e questionamentos jurídicos. Revista da ESMAL. Alagoas/AL. nº6. 2017.

A *contrario sensu*, muito se argumenta sobre a necessidade dessa desvinculação, tendo em vista a incorporação, pela Constituição Federal de 1988, de várias necessidades da sociedade, demandando, assim, várias formas de vinculação de receitas a órgão, fundo ou despesa. Contudo, este instrumento, agora ampliado aos três entes federados (DRU, DRE e DRM), não pode incidir de modo a mitigar ou prejudicar recursos que se destinam ao cumprimentos dos direitos sociais fundamentais dos indivíduos[143].

4 O PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA (PEC Nº 287/2016) E A SUA RELAÇÃO COM A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO

Uma das áreas mais afetadas pela Desvinculação das Receitas da União - DRU é a previdência social, que constitui um dos pilares da Seguridade Social no Brasil. Com a incidência desse instrumento os benefícios previdenciários restaram prejudicados, uma vez que a arrecadação mensal, por intermédio das contribuições sociais, não é o suficiente para superar as despesas com o Regime Geral de Previdência, ocasionando, desta forma, o déficit previdenciário.

Não obstante as questões que versam sobre o tema do déficit da previdência social no brasil, muitos defendem que a sua "ruína" se traduz numa falácia, na qual o governo faz uso para mascarar um falso saldo negativo.

Neste sentido, um dos pontos levantados em defesa da inexistência do déficit previdenciário, se fundamentam no artigo 195 da Carta Constitucional de 1988, uma vez que este dispositivo estabelece que *"A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos*

Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/43/37>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

143 ABRAHAM, Marcus. As novas Desvinculações de Receitas dos Estados e dos Municípios. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/novas-desvinculacoes-de-receitas-dos-estados-e-municipios-30112016>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada; do trabalhador e dos demais segurados da previdência social; concursos e prognósticos; do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar"[144], bem como por meio da contribuição sobre a renda bruta das empresas - COFINS, a contribuição sobre o Lucro Líquido - CSLL e PIS/PASEP.

Com base nisso se forma a principal crítica sobre o déficit da previdência social: com a soma de todas as contribuições supracitadas destinadas à Seguridade Social, há uma superação do valor das despesas referentes ao pagamentos dos benefícios previdenciários; além do mais, isso contribui para a geração de superávit que, por sua vez, é utilizada de forma inadequada pelo Governo. Neste contexto, criou-se a DRU com o fito de deslocar parte dos recursos arrecadados, de modo a gerar um desequilíbrio, a longo prazo, nas contas da seguridade e, por conseguinte, um eventual déficit que, em verdade, não existe[145].

É o que sustenta Vilson Antônio Romero, na obra Previdência: reformar ou excluir?, *"A Seguridade Social é superavitária mesmo com a crescente subtração das suas receitas pela incidência da Desvinculação das Receitas da União (DRU) - estimada em cerca de R$ 60 bilhões nos últimos anos, e aproximadamente, R$ 500 bilhões nos últimos dez anos - e pela área econômica do governo sobre as suas principais fontes de financiamento (R$ 158 bilhões, em 2015). (...) Considerando, pois, o que reza a Constituição Federal de 1988, não faz sentido falar em déficit, porque existem fontes de recursos constitucionalmente asseguradas no Orçamento da Seguridade Social para financiar a Previdência. O suposto rombo R$ 85,8 bilhões apurado pelo governo em 2015, poderia ter sido coberto com parte dos R$*

144 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 27 de ago de 2018.

145 JUNIOR, Waldemar Ramos. Déficit da Previdência Social existe ou não? Idade para Aposentadoria. 2016. Disponível em: <https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/418583026/deficit-da-previdencia-social-existe-ou-nao-idade-para-aposentadoria>. Acesso em 27 de ago de 2018.

202 bilhões arrecadados pal Cofins, dos R$ 61 bilhões arrecadados pela CSLL, e dos R$ 53 bilhões arrecadados pelo PIS-Pasep. Haveria ainda os R$ 63 bilhões capturados da Seguridade pela DRU e os R$ 157 bilhões de desonerações e renúncias de receitas pertencentes ao Orçamento da Seguridade Social"[146].

Sob outra perspectiva, há uma corrente que afirma a existência de uma significante crise nas contas previdenciárias e que, em vista disso, a reforma da previdência é urgente e se mostra necessária, de modo a trazer o equilíbrio e a preservação do sistema.

É que o conjunto de receitas obtidas com as contribuições previdenciárias dos trabalhadores somando às contribuições patronais, afastando os valores pagos a título de benefícios previdenciários, ocasiona um déficit e ainda minimiza os insuficientes recursos para saúde e assistência social[147].

A título de exemplo, segundo dados da Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda, o Regime Geral de Previdência Social - RGPS registrou, no mês de março de 2018, um déficit de R$ 20,1 bilhões, ao que se verifica a elevação do valor em mais ou menos 50% comparado ao mesmo mês do ano passado (2017), que registrou déficit de R$ 13,3 bilhões[148]. Ainda consoante os índices trazidos pelo Ministério da Fazenda[149]:

> "Em março, a previdência urbana teve déficit de R$ 10,4 bilhões - o valor é 122,7% maior que no mesmo mês de 2017. A justificativa está no pagamento de precatórios, que aumentou os gastos em 16,8%. A despesa passou de R$ 33,5

146 ROMERO, Vilson Antônio. Previdência: reformar para excluir? Contribuição técnica ao debate sobre a reforma da previdência social brasileira - Brasília: DIEESE/ANFIP; 2017. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Previdencia_Doc_Sintese.pdf>. Acesso em 28 de ago de 2018.

147 JUNIOR, Waldemar Ramos. Déficit da Previdência Social existe ou não? Idade para Aposentadoria. 2016. Disponível em: <https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/418583026/deficit-da-previdencia-social-existe-ou-nao-idade-para-aposentadoria>. Acesso em 28 de ago de 2018.

148 Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. RGPS: Déficit da Previdência em março é de R$ 20,1 bilhões. 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2018/04/rgps-deficit-da-previdencia-em-marco-e-de-r-201-bilhoes/>. Acesso em 28 de ago de 2018.

149 Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. RGPS: Déficit da Previdência em março é de R$ 20,1 bilhões. 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2018/04/rgps-deficit-da-previdencia-em-marco-e-de-r-201-bilhoes/>. Acesso em 29 de ago de 2018.

> bilhões em março de 2017 para R$ 39,1 bilhões no mesmo mês em 2018. A arrecadação ficou estável em R$ 28,7 bilhões.
>
> O setor rural apresentou déficit, em março, de R$ 9,7 bilhões, resultado de uma arrecadação de R$ 754,6 milhões e despesa com pagamento de benefícios de R$ 10,5 bilhões. A arrecadação foi 15,7% maior do que a registrada em março de 2017 e a despesa com benefícios, 12,9% maior.
>
> Em março de 2018, a Previdência Social pagou 34,6 milhões de benefícios, sendo 29,9 milhões previdenciários e acidentários e, os demais, assistenciais. Houve elevação de 2,2% em comparação com o mesmo mês de 2017. Os benefícios de aposentadoria somaram 20,1 milhões. E as pensões, 7,8 milhões. ”

Não obstante os valores demonstrados quanto ao mês de março, das informações constam, outrossim, um déficit na Previdência Social, referente ao mês de janeiro/2018, de R$ 14,4 bilhões[150], e em fevereiro/2018 de R$ 14,5 bilhões[151]. Ou seja, só no primeiro trimestre do ano corrente, temos um déficit previdenciário de mais ou menos R$ 49 bilhões.

A esses valores integram evasivas legais que conferem aos inadimplentes da previdência (principalmente os grandes grupos econômicos e financeiros), que passam a se delongar nessa condição, uma exorbitante leniência, a qual abre espaço para que os devedores façam e refaçam negociações de dívidas que, na verdade, nunca serão adimplidas[152]. Além do mais, a incidência da DRU sobre as receitas da previdência, contribui para este quadro de fragilidade.

Neste contexto surge o Projeto de Emenda à Constituição nº 287 de 2016, referente à Reforma da Previdência que, apesar das diversas críticas contrárias à sua aprovação, há de destacar pontos positivos, especialmente no que toca à Desvinculação de Receitas da União. Antes de mais nada, é válido ressaltar que as

150 Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. RGPS: Déficit da Previdência em janeiro é de R$ 14,4 bilhões. 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2018/02/rgps-previdencia-social-registra-deficit-de-r-144-bilhoes-em-janeiro/>. Acesso em 30 de ago de 2018.

151 Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. RGPS: Déficit da Previdência em fevereiro é de R$ 14,5 bilhões. 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2018/03/rgps-previdencia-social-tem-deficit-de-145-bilhoes-em-fevereiro/>. Acesso em 30 de ago de 2018.

152 AVELINO, Marcos Vinicius Gomes. Reforma da Previdência proposta pela PEC 287 é perversa. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-29/marcos-avelino-reforma-previdencia-pec-287-perversa>. Acesso em 30 de ago de 2018.

demais modificações trazidas pela PEC nº 287/2016 não são objeto desta pesquisa, as quais não serão aqui aprofundadas.

Entre as principais alterações conferidas pelo Projeto de Emenda à Constituição, no que se refere à Previdência Social, estão as mudanças nas regras de acesso à aposentadoria, bem como com relação às pensões e benefícios continuados e alteração na aposentadoria de servidores e políticos, assim como modificações nas regras para aposentadoria rural[153].

Ademais, além das alterações supracitadas, houve uma nova proposta do governo à reforma da previdência, apresentada em 22 de novembro de 2017, por meio da Emenda Aglutinativa Global à Proposta de Emenda à Constituição nº 287-A, no qual apresenta quatro pontos principais, quais sejam[154]: a) idade mínima de aposentadoria, com a regra de transição, sendo 62 anos para mulheres e 65 para homens (INSS e servidores), 60 para professores de ambos os sexos e 55 anos para policiais e trabalhadores em condições prejudiciais à saúde (...); b) tempo mínimo de contribuição de 15 anos do INSS, através da regra de transição e de 25 anos para servidores públicos na regra permanente; c) novo cálculo do valor da aposentadoria; e d) receitas previdenciárias deixam de ser submetidas à DRU[155].

Neste sentido, uma das inovações merece destaque: a Desvinculação das Receitas da União não vai mais incidir sobre as contribuições sociais[156]. É o que dispõe a Emenda Aglutinativa Global à PEC nº 287-A:

153 GOVERNO DO BRASIL. Entenda as principais mudanças na reforma da Previdência. 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/04/entenda-as-principais-mudancas-na-reforma-da-previdencia>. Acesso em 30 de ago de 2018.

154 OLIVEIRA NETO, Jayme Martins. Reforma da Previdência sob a visão da Associação dos Magistrados Brasileiros. 2018. p. 13. Disponível em: <http://www.amb.com.br/previdencia/uploads/Cartilha_REFORMA_DA_PREVIDENCIA_SOB_A_VISAO_DA_AMB_2018.pdf>. Acesso em 30 de ago de 2018.

155 FECOMERCIO/SP. Reforma da Previdência Social: o que muda em relação à Desvinculação das Receitas da União (DRU). 2017. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/noticia/reforma-da-previdencia-social-o-que-muda-em-relacao-ao-dru>. Acesso em 26 de ago de 2018.

156 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relator apresenta nova versão da reforma da Previdência para facilitar aprovação. Brasília. 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/549603-

> "Não se aplica o disposto no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias às receitas das contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social de que trata o art. 195 da Constituição Federal"[157].

Podemos, então, concluir que, com base no novo texto da Reforma Previdenciária, aqueles tributos de natureza vinculatória a uma finalidade específica (no caso, as contribuições sociais), passarão a ser direcionados, em sua totalidade, para a Seguridade Social, que tem por pilares: a saúde, a previdência e a assistência social, atendendo, assim, ao disposto no artigo 167, inciso XI da Constituição Federal de 1988, o qual prevê a vedação *"da utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201"*[158].

Contudo, diante da situação caótica deficitária que gira em torno da Seguridade Social, ao deixar de incidir a DRU sobre as contribuições sociais irá colaborar para a diminuição do déficit tão questionado, todavia não será o suficiente, tendo em vista que o percentual desvinculado por meio da DRU é inferior ao déficit previdenciário, mas, com toda certeza, é um elemento muito importante para dar sustentabilidade à Previdência.

CONCLUSÃO

Realizadas as ponderações e exame do objeto aqui proposto, seguimos com as considerações finais a respeito a implantação, no ordenamento jurídico pátrio, das desvinculações de receitas.

RELATOR-APRESENTA-NOVA-VERSAO-DA-REFORMA-DA-PREVIDENCIA-PARA-FACILITAR-APROVACAO.html>. Acesso em 30 de ago de 2018.

157 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial. PEC 287/2016. Reforma da Previdência. Brasília. 2017. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1533085&filename=EMC+126/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016 >. Acesso em 30 de ago de 2018.

158 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 30 de ago de 2018.

Primeiramente, observamos que a regra estabelecida quanto à destinação de receitas é a não vinculação, entretanto, ao fazer uma abordagem sobre as desvinculações significa falar sobre algo que, primeiramente, era vinculado. Nesse sentido, visando resguardar direitos fundamentais, o constituinte originário afetou receitas para preservar o cumprimento de serviços essenciais e, por conseguinte, o gozo, pela população, dos direitos fundamentais, insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Diante da rigidez orçamentária, ou seja, do alto grau de vinculação de receitas a determinadas áreas julgadas como prioritárias, o constituinte derivado estabeleceu o instrumento da desvinculação, mediante criação de várias Emendas Constitucionais, desde 1994 - época do Plano Real. O mencionado mecanismo concede ao gestor a liberalidade de fazer uso de parte das receitas vinculadas para arcar com despesas obrigatórias, como por exemplo, a dívida pública.

A partir disso, objetivou-se demonstrar os eventuais impactos e efeitos ocasionados pela desvinculação das receitas da união, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, em relação aos gastos com a seguridade social, bem como outros direitos essenciais também tidos como imperiosos. Isso porque, a suposta flexibilização orçamentária tão almejada com a criação desses instrumentos desvinculatórios, nos conduz à conclusão de que, ao retirar parcialmente receitas destinadas à implementação dos direitos sociais, estes direitos carecerão de recursos para o seu desenvolvimento.

Nada obstante o prejuízo causado quanto pela DRU no âmbito dos direitos prestacionais, é válido mencionar que não apenas esses direitos são afetados pelo desvirtuamento de receitas, mas também órgãos que visam assegurar e preservar a segurança pública. É o caso o Corpo de Bombeiros do Rio de Janeiro. A taxa de incêndio arrecada por esse órgão, tem por escopo propiciar uma melhoria da prestação dos serviços relacionados à segurança, bem como garantir uma boa estrutura da instituição para uma atuação com qualidade.

Contudo, é permitido que, com a desvinculação das Receitas dos Estados, prevista no art. 76-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, parte da arrecadação obtida por meio da taxa seja aplicado de modo distinto a sua real finalidade, trazendo consequências negativas ao desenvolvimento da segurança pública, como por exemplo a ausência de verba para o investimento em veículos automotores, instrumentos utilizados no desenvolvimento do ofício, etc.

Com efeito, é nítida a existência de despesas obrigatórias as quais o gestor deve satisfazer, no entanto exige-se um maior planejamento para que tais despesas sejam cumpridas, de modo a resguardar e manter os direitos fundamentais sociais, como a saúde, previdência, assistência social, segurança, dentre outros.

O estabelecimento das desvinculações não indica aperfeiçoamento dos benefícios em proveito da sociedade, pelo contrário, demonstra efeitos diferentes dos almejados, uma vez que os direitos prestacionais se encontram parcialmente desprovidos de recursos, enquanto o percentual desvinculado tem sido utilizado sem condição ou refreamento.

Nesse contexto, insere-se o tão falado déficit previdenciário. A incidência da DRU sobre as contribuições sociais vertidas à Seguridade Social traz efeitos negativos que saltam aos olhos, como por exemplo a ausência de verba para cumprir com o pagamento dos benefícios previdenciários. Contudo, não obstante as críticas apresentadas relacionadas à aprovação do Projeto de Emenda à Constituição que institui a Reforma da Previdência, desta se extrai vantagens quanto à efetivação dos direitos referentes à Seguridade Social, uma vez que estabelece a não incidência da DRU sobre as contribuições sociais que, ao ter a sua natureza vinculatória atingida pelo instrumento da desvinculação, voltará, em sua totalidade, a ser aplicada para os fins constitucionalmente pretendidos.

Ante o exposto, temos que as justificativas apresentadas para a instituição da DRU, DRE e DRM, não podem se sobrepor ao princípio da supremacia da constituição, nem mesmo eliminar ou prejudicar direitos e garantias fundamentais

sociais assegurados pela Constituição Federal de 1988, uma vez que os mesmos visam consubstanciar a existência do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

MACHADO. Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 19ª ed. São Paulo: Atlas. 2010.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 8ª ed. Rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2014.

AMARO, Luciano. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

BELTRÃO, Irapuã. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

FRANCO, Diego Guimarães Teles. A Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) referente às Contribuições no Sistema Tributário Nacional. 2011. 71f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. 2011.

FREITAS, Vladimir Passos. Código Tributário Nacional Comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 6ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. Direito Tributário: apreendendo. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SPAGNOL. Werther Botelho. Da Tributação e sua Destinação. Belo Horizonte: Del Rey. 1994.

CARNEIRO, Cláudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. In: Humanismo Latino e Estado no Brasil, Organizado por Orides Mezzaroba. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca. 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tratado de Direito Financeiro. Volume 1. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013.

FREITAS, Vladimir Passos. Código Tributário Nacional Comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 6ª edição. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

MANSUR, Débora Ottoni Uébe. A desvinculação das receitas da União: elementos e (in)constitucionalidades. - Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

Senado Federal. Desvinculação das Receitas da União. Brasília: 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Proposta de Emenda à Constituição n. 01/2015 – PEC n. 01/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1298081&filename=PEC+1/2015>. Acesso em 27 de maio 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Proposta de Emenda à Constituição n. 04/2015 – PEC n. 04/2015. Disponível em : <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=PEC+4/2015>. Acesso em 29 de maio 2018.

Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 87/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359132&filename=PEC+87/2015>. Acessado no dia 29 de maio de 2018.

BRAGA, Karen Costa. A Inconstitucionalidade da DRU Sob a Luz do Inciso XI do art. 167 da Constituição Social e a falsa ideia do Déficit Previdenciário Brasileiro. Revista Estudo & Debate, Lajeado, v. 23, n. 1, 2016. ISSN 1983-036X. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/viewFile/6333/4043>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

BREYNER, Frederico Menezes. Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) Quanto às Contribuições Sociais Sob a Ótica dos Direitos Prestacionais Fundamentais. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena. n. 1, 2006. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Proposta de Emenda à Constituição n. 87/2015 – PEC n. 87/2015. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359132&filename=PEC+87/2015>. Acesso em 08 de jun. 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Proposta de Emenda à Constituição, n. 143/2015 – PEC n. 143/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1389834&filename=PEC+143/2015>. Acesso em 14 de jun. 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Proposta de Emenda à Constituição, n. 31/2016 – PEC n. 31/2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126094>. Acesso em 23 de jun. 2018.

GUIMARÃES, Napoleão Lopes. A Desvinculação de Receitas da União e Sua Extensão para os demais Entes da Federação: uma constitucionalidade a ser discutida. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.972.10.PDF>. Acesso em 12 de ago de 2018.

ABRAHAM, Marcus. As novas Desvinculações de Receitas dos Estados e dos Municípios. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/novas-desvinculacoes-de-receitas-dos-estados-e-municipios-30112016>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

VIEIRA, Gregório de Albuquerque; MORAIS, Joel Helder da Silva. Emenda Constitucional nº 93 de 2016: efeitos sociais e questionamentos jurídicos. Revista da ESMAL. Alagoas/AL. nº6. 2017. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/43/37>. Acesso em: 12 de ago de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Aprovação da DRU terá impacto no Fundo de Amparo ao Trabalhador. 08/06/2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-

PUBLICA/510238-APROVACAO-DA-DRU-TERA-IMPACTO-NO-FUNDO-DE-AMPARO-AO-TRABALHADOR.html>. Acesso em: 12 de ago 2018.

BRAGA, Paulo Victor Bergamo. A DRU e a Constituição dirigente invertida – o direito econômico e social à disposição do direito fi nanceiro. Revista Jurídica ESMP, São Paulo, v. 5, 2014: 239-254. ISSN: 2316-6959. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/60>. Acesso 14 de ago 2018.

BOSCHETII, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf>. Acesso em> 14 de ago 2018.

GABRIELE, Ana Cláudia. Emenda Constitucional nº 93/2016 - prorrogação da DRU e sua extensão aos Estados Municípios e Distrito Federal. Disponível. Publicado em 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://acgabriele.jusbrasil.com.br/artigos/567517083/emenda-constitucional-n-93-2016>. Acesso em 26 de ago de 2018.

FECOMERCIO/SP. Reforma da Previdência Social: o que muda em relação à Desvinculação das Receitas da União (DRU). 2017. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/noticia/reforma-da-previdencia-social-o-que-muda-em-relacao-ao-dru>. Acesso em 26 de ago de 2018.

JUNIOR, Waldemar Ramos. Déficit da Previdência Social existe ou não? Idade para Aposentadoria. 2016. Disponível em: <https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/418583026/deficit-da-previdencia-social-existe-ou-nao-idade-para-aposentadoria>. Acesso em 27 de ago de 2018.

ROMERO, Vilson Antônio. Previdência: reformar para excluir? Contribuição técnica ao debate sobre a reforma da previdência social brasileira - Brasília: DIEESE/ANFIP; 2017. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Previdencia_Doc_Sintese.pdf>. Acesso em 28 de ago de 2018.

Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. RGPS: Déficit da Previdência em janeiro é de R$ 14,4 bilhões. 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2018/02/rgps-previdencia-social-registra-deficit-de-r-144-bilhoes-em-janeiro/>. Acesso em 30 de ago de 2018.

AVELINO, Marcos Vinicius Gomes. Reforma da Previdência proposta pela PEC 287 é perversa. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-29/marcos-avelino-reforma-previdencia-pec-287-perversa>. Acesso em 30 de ago de 2018.

GOVERNO DO BRASIL. Entenda as principais mudanças na reforma da Previdência. 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/04/entenda-as-principais-mudancas-na-reforma-da-previdencia>. Acesso em 30 de ago de 2018.

OLIVEIRA NETO, Jayme Martins. Reforma da Previdência sob visão da Associação dos Magistrados Brasileiros. 2018. p. 13. Disponível em: <http://www.amb.com.br/previdencia/uploads/Cartilha_REFORMA_DA_PREVIDENCIA_SOB_A_VISAO_DA_AMB_2018.pdf>. Acesso em 30 de ago de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relator apresenta nova versão da reforma da Previdência para facilitar aprovação. Brasília. 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/549603-RELATOR-APRESENTA-NOVA-VERSAO-DA-REFORMA-DA-PREVIDENCIA-PARA-FACILITAR-APROVACAO.html>. Acesso em 30 de ago de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial. PEC 287/2016. Reforma da Previdência. Brasília. 2017. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1533085&filename=EMC+126/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016 >. Acesso em 30 de ago de 2018.

MUNIZ, Bruno Barchi. Golpes tributários: A desvinculação das receitas da União e a posição do STF. 2015. Disponível em: <https://lbmadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/208166931/golpes-tributarios-a-desvinculacao-das-receitas-da-uniao-e-a-posicao-do-stf>. Acesso em 01 de set 2018.

SOUZA, Juraci Altino. O regime jurídico das contribuições especiais no Direito brasileiro. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9090/o-regime-juridico-das-contribuicoes-especiais-no-direito-brasileiro>. Acesso em 01 de set 2018.

MARTINS, Daniel Vieira. Desvinculação das Receitas da União e Mutação Constitucional. 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/81358/desvinculacao_receitas_uniao_marins.pdf>. Acesso em 02 de set de 2018.

BOSCHETII, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais.

Disponível em:
<http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf>. Acesso em: 02 de set 2018.

Senado Federal. Parecer nº 706, de 2016. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ. Relator: Senador José Maranhão. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4453697&disposition=inline> Acesso em 02 de set 2018.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional - CTN. Brasília, DF. Disponível, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 06 de set 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de set 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Emenda à Constituição n. 93/2016 – EC n. 93/2016. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=540696&id=14376900&idBinario=15661984&mime=application/rtf>. Acesso em 08 de set. 2018.

Portal do Supremo Tribunal Federal -STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

Tribunal Regional Federal 3º Região - TRF-3. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>

O ESPECISMO EM SUA REALIDADE PRÁTICA E MUDANÇAS PRAGMÁTICAS GERADAS PELA VALORAÇÃO À VIDA ANIMAL

Raquel Alves Feitosa

RESUMO

Esta pesquisa tem como temática principal o especismo analisado nas diversas atividades existentes que se utilizam da exploração animal em sua natureza. Mostra a raiz desse pensamento e como é refletida na relação entre animais humanos e não humanos, bem como traz novas percepções para promover a proteção à vida animal de maneira mais ampla, respeitando a dignidade e sensibilidade dos animais não humanos. Indica o modo como os animais não humanos são considerados pelo ordenamento jurídico brasileiro e em que nível a valoração aos animais incide sob as mudanças do poder legislativo e judiciário sobre a temática. Por fim, demonstra as possibilidades de transformação cultural, social e jurídica para o efetivo protecionismo ao bem-estar animal.

Palavras-chaves: Utilitarismo. Antropocentrismo. Especismo. Exploração animal. Maus-tratos. Proteção à vida animal.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem a finalidade de explanar acerca do especismo, teoria filosófica em que se percebe a discriminação de determinadas espécies em relação a outras, bem como a extensão dos direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro, o nível de exploração animal existente nas diversas indústrias e sustenta uma nova concepção de defesa dos animais baseada na libertação animal considerando a maior valoração à vida animal, com o uso da ética para tal.

De modo geral, a legislação brasileira contempla os animais em alguns dispositivos, entretanto, dada a dimensão do assunto, não se mostra suficiente, o que evidencia a negligência para com a eficácia de uma política protetiva para seres tão vulneráveis. E ainda, face a legalidade em conduzir animais a uma vida de tortura e

privação, seja na indústria alimentícia, farmacêutica, do entretenimento ou da moda, por exemplo, essa proteção devida resta ainda mais ineficiente.

A cultura e costumes do ser humano ainda se pautam na tese antropocêntrica, revelada com o nascimento do Renascentismo, onde o homem é considerado o centro do universo e atribui a si mesmo o valor de sujeito principal da vida. Essa concepção traz o entendimento de que os seres não humanos são subordinados do homem, pois em se tratando de uma pirâmide, este está acima daqueles. Entretanto, é esse o entendimento originário para se justificar a inobservância do valor à vida animal, tornando as práticas de maus-tratos, privações e abandonos rotineiras.

Os animais são fundamentais para o equilíbrio da natureza, por essa razão a preservação da biodiversidade deve ser efetivada através de políticas públicas para reestabelecer o equilíbrio da fauna e flora, que muito tem perdido com a exploração animal em massa, que ainda é um fator determinante para o aumento da poluição ambiental à nível mundial.

1 NOÇÃO DE UTILITARISMO E O ESPECISMO

1.1 Utilitarismo

Entende-se primeiramente que o conceito abarcado pelo utilitarismo não significa determinada atitude escolhida por uma pessoa em seu cotidiano, mas muito além do que meramente uma escolha pessoal. O conceito é definido, antes de qualquer aprofundamento, como uma teoria filosófica por meio da qual se pode adquirir o entendimento de fundamentos éticos.

O intuito dessa explicação inicial é não condicionar o leitor ao erro comumente adotado ao generalizar a nomenclatura em atitudes tomadas face aos interesses econômicos, materiais ou ainda condutas egoístas realizadas por indivíduos que buscam somente o prazer próprio. Desse modo, resta clara a diferença latente entre o ideal pregado através do utilitarismo e condutas individualistas sem valor algum senão confortos físicos.

O utilitarismo tem como objeto de estudo a conduta moral, em que há a análise de seus fundamentos de modo a permitir a avaliação dessas condutas, normas que o ser humano precisa adotar em suas práticas. Essa teoria prescinde condutas egoístas e individualistas, o que está em voga aqui são as ações realizadas em prol do bem comum, ou seja, ações que causem bem-estar no maior número de pessoas, a busca de felicidade social em razão de ações. [1]

Pode-se dizer então que a avaliação dessas condutas é feita adotando um método em que se possa fazer a medida de nossas ações, de como podem trazer felicidade global, não somente individual. Dentro dessa análise é que o indivíduo consegue ter a consciência de todas as consequências advindas dos seus atos.

Considerado o percussor dessa ética utilitarista, Jeremy Bentham, posteriormente com a ajuda de Henry Sidgwick, James Mill e seu filho John Stuart Mill, adeptos dessa renovação de ideias, conseguiram carregar o princípio da utilidade na aplicação de questões tangíveis, como a política e legislação.

Cabe ressaltar que a ideia do utilitarismo contém certas divergências. Existem alguns conflitos quando se questiona o significado do termo felicidade, pois não fica determinado se nas avaliações de ações se leva em conta a quantidade de felicidade individual obtida ou se o modo como essa felicidade é distribuída também é determinante, sendo nesse caso impossível se chegar à felicidade plena e total, mas buscando-se chegar o mais próximo de um equilíbrio. Entretanto, a questão da felicidade global pode permitir de forma moral, o sacrifício de inocentes, ideia que contribuiria para a inutilização de direitos humanos invioláveis.[2]

Pontua-se ainda que exista dúvida inclusive sobre a determinação da felicidade global. Grande parte dos adeptos do utilitarismo considera mais do que o bem-estar humano, acredita que a felicidade global também deve abarcar o bem-

[1] BRYCH, Fábio. *Ética utilitarista de Jeremy Bentham*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=155>. Acesso em: 03 out. 2017.

[2] TORRES, João Carlos Brum. *Sobre o Utilitarismo como teoria filosófica da moralidade*. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/revista-ucs/revista-ucs-6a-edicao/academia/>. Acesso em: 04 out. 2017.

estar de animais não humanos, de maneira igual, logo, estendendo essa preocupação com o coletivo para todos os seres que compõem o planeta.

Desse modo, no âmbito em que o utilitarismo abarca os animais, se mostra a preocupação numa tentativa de amenizar sofrimento animal nas atividades em que a exploração de animais não humanos se faz presente, por exemplo. Ao mesmo tempo, defende a utilização desses animais em casos que se considere necessária para o bem-estar humano, atribuindo valoração diferenciada para as espécies.

1.2 Especismo

O conceito de especismo foi criado por Richard Hood Jack Dudley Ryder, psicólogo e professor britânico, ou mais conhecido como Richard D. Ryder, o qual ganhou notoriedade mundial por trazer questões éticas e estudos motivando sua luta pela libertação animal, principalmente na indústria farmacêutica, onde testes em animais são feitos sem qualquer respeito à vida e dignidade dos mesmos. Sua ideia de especismo surgiu em um panfleto sobre experimentos com animais e desde então tem sido referência neste aspecto.

De acordo com Ryder, que expôs esse tema pela primeira vez há aproximadamente 40 anos, o conceito é determinado como a discriminação, o preconceito baseado exclusivamente na noção de espécie. Existem autores defensores dessa concepção, entretanto o número não pode ser comparável à grande maioria que afirma ser contra.

Sobre sua origem, pode-se dizer que tem relação direta com o antropocentrismo, já enraizado no modelo social muito antes de se pensar no estudo do conceito especismo. Passando pelo período do antropocentrismo, a sociedade entende o homem como o grande acontecimento da natureza, sendo ele o centro do sistema sustentador da vida, logo, qualquer possibilidade de melhoria de seus interesses deve ser imediatamente atendida, sem analisar se causará problema a

outros seres, por exemplo3. José Rubens, em seu estudo acerca do antropocentrismo, e de acordo com seu histórico, o divide em três subcategorias abordadas logo à frente.

Com relação ao antropocentrismo clássico destaca-se a ideia onde a superioridade do homem é mais latente. Estudado por grandes filósofos como Santo Agostinho e Aristóteles, aqui o homem é visto como o grande centro de tudo, estando acima de qualquer outro ser, onde os animais sofrem pelo seu total domínio, conceito que faz ligação direta com o especismo. Determinando um sistema de pirâmide, em que a base é composta por animais e vegetais, sendo submissos pelo agente do topo dessa pirâmide, o homem. Logo, o ser humano tem domínio e os demais são meros subordinados a qualquer vontade que o homem venha a ter, em detrimento de sua inferioridade.4

O não antropocentrismo pode ser caracterizado como o oposto do antropocentrismo, onde suas ideias não são aceitas a qualquer nível. Desse modo, não há subordinação dos demais seres ao homem, mostra-se uma atenção aos animais e a natureza, os colocando em grau de equiparação ao ser humano, que não tem fundamentos para se considerar superior. Um exemplo de movimento extremamente relevante que adotou as concepções advindas do não antropocentrismo foi o animalismo. Sobre isto:

> Não obstante o fato de existirem registros de autores defensores dos interesses dos animais não humanos desde os primórdios da história humana, foi apenas com a publicação das obras *Animal Liberation* e *A Case for Animal Rights*, pelos professores e filósofos Peter Singer, em 1977, e Tom Regan, em 1983, respectivamente, que a perspectiva animalista ganhou força e respaldo filosófico, motivo pelo qual os movimentos originados por estas obras, bem-estarismo e direito animal, serão estudados mais detidamente.[5]

---

[3] MOLENTO, Carla Forte Maiolino. *A injustiça do especismo*. Disponível em: <http://www.labea.ufpr.br/PUBLICACOES/Arquivos/Pginas%20Iniciais%201%20Especismo.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

[4] CHALFUN, Mery. *Paradigmas filosóficos-ambientais e o direito dos animais*. Revista Brasileira de direito animal. V.6. ano 5. Jan/jun 2010. p. 212-213.

[5] LEITE, José Rubens Morato. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.386.

Já o antropocentrismo alargado considera o homem como centro, porém diferentemente do clássico, também atribui à natureza real significação. Sob este aspecto, existe o equilíbrio, em que seres humanos e a natureza se encontram no mesmo nível, até porque existindo a preservação do meio ambiente, o ser humano também protege sua própria espécie.[6] Nessa categoria, pode-se notar uma nova visão a respeito dos animais não humanos, pois esses, assim como o meio ambiente, são levados em consideração, ainda que haja a centralidade principal do homem.[7]

Voltando ao estudo do especismo propriamente dito, em um artigo escrito pela pesquisadora da Universidade Federal do Paraná, Carla Forte Molento mostra a definição como:

> Especismo é um conceito segundo o qual é justificável dar preferência a indivíduos simplesmente com base no fato de que eles sejam membros da espécie *Homo sapiens*. O termo foi cunhando por Richard Ryder, em um panfleto sobre experimentos científicos, há cerca de 40 anos, e desde então vem sendo amplamente citado na literatura especializada. [8]

Considerado um dos grandes pioneiros e de maior influência, filósofo e professor australiano na Universidade de Princeton, nos Estados Unidos, Peter Singer é defensor da libertação animal, sendo ativista sobre os direitos dos animais, e condena veementemente a exploração e privação de animais não humanos. O estudo de especismo ganhou maior notoriedade e foi constantemente pontuado em questões éticas ao ser utilizado em suas obras, e em uma delas, Peter Singer afirma:

> Este livro não trata de animais de estimação. É pouco provável que constitua uma leitura agradável para quem acha que o amor aos animais não envolve nada além de fazer uma carícia num gato ou alimentar os passarinhos no jardim. Ele destina-se mais às pessoas preocupadas em colocar um fim à opressão e à exploração, onde quer que estas ocorram, e em garantir que o princípio moral básico da igualdade de interesses não se

[6] CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos-ambientais e o direito dos animais. *Revista Brasileira de direito animal*. V.6. ano 5. Jan/jun 2010. p. 215-217. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11078/8154>. Acesso em: 03 out. 2017.

[7] Ibidem.

[8] MOLENTO, Carla Forte Maiolino. *A injustiça do especismo*. Disponível em: <http://www.labea.ufpr.br/PUBLICACOES/Arquivos/Pginas%20Iniciais%201%20Especismo.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

> restrinja arbitrariamente aos membros de nossa própria espécie.[9]

Pode-se dizer que a maioria dos seres humanos tem concepções especistas enraizadas em seus hábitos, e por natureza, querem estabelecer essa superioridade sobre as outras espécies. De acordo com Singer, há uma enorme contradição nessa perspectiva, pois esse argumento é usado em face à família e também extensivamente para a espécie. Entretanto, por que parar com a ideia na espécie? Seguindo o mesmo discurso, essa perspectiva deveria ser extendida também à raça, posto que é o intermediário da espécie, porém o racismo não é eticamente aceitável. Aqui o filósofo compara o especismo ao racismo, que também pode ser comparado ao sexismo.A contradição desse entendimento mostra que não deve haver a sobreposição do ser humano em relação aos demais, lógica essa constituidora do pilar básico do especismo.[10]

Sob a ótica de Singer, qualquer sujeição animal em prol de interesses humanos, está inserido na filosofia pregada pelo especismo, desse modo, qualquer utilização de animais como experimentos laboratoriais, o modo de exploração na indústria alimentícia e espetáculos realizados com animais por mero entrertenimento humano tem raízes especistas. Devido a magnitude dessa exploração animal, a grande maioria dos ativistas são completamente contra a lógica do especismo. [11]

Alguns filósofos não são adeptos da extinção do especismo, colocando em voga as diferenças existentes entre os seres humanos e animais não humanos. Sobre essa ideia, Singer não nega essas diferenças, entretanto, mesmo considerando as muitas diferenças, tanto o ser humano como animais não humanos dispõem de direitos, não iguais, mas de acordo com sua necessidade. A igualdade requerida aqui não é literal, existem direitos disponíveis aos animais, assim como existem direitos

[9]SINGER, Peter. *Vida ética: Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.38-39.
[10] BEZERRA, Felipe Adriano Saraiva Lustosa. *Igualdade para os animais: especismo e sofrimento animal sob a perspectiva utilitarista*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21412/igualdade-para-os-animais-especismo-e-sofrimento-animal-sob-a-perspectiva-utilitarista-singeriana>. Acesso em: 05 out. 2017.
[11] Ibidem.

indisponíveis, logo a igualdade é de acordo com o que cada um precisa obter.[12] À respeito da igualdade, Singer afirma:

> Para evitar o especismo devemos admitir que seres que são semelhantes em todos os aspectos relevantes tenham o mesmo direito à vida- e que a simples condição de membro de nossa própria espécie biológica não pode constituir um critério moralmente relevante para tal direito.[13]

Singer ainda aborda sobre o sofrimento causado aos animais, trata da semelhança do homem com os animais levando em consideração a dor e o prazer, conceito advindo do utilitarismo. Assim como Jeremy Bentham, Peter Singer considera que a possibilidade de sentir sofrimento e prazer gera a aproximção de ambos. 14Assim, a partir do momento em que um ser, qualquer seja, sentir dor, não existem argumentos para desconsiderar esse sofrimento, este deve ser respeitado, então o desprezo não pode ser justificado. De tal forma, se um ser não tem sofrimento ou felicidade, então o mesmo não deve ser considerado para esses fins.15

Tom Regan, filósofo e professor norte-americano, assim como Peter Singer, foi um conhecido defensor dos animais. Para Regan, os animais são seres sencentes, detentores de consciência, então precisam de qualidade de vida e merecem ter o reconhecimento dos direitos morais para sua proteção. Por conta da consciência e outros, assemelham-se aos seres humanos, e desse modo merecem valor intrínseco.16 Faz crítica à ideia de Immanuel Kant referente aos direitos indiretos, nomeclatura criada por ele, que consiste no entendimento que os animais são meros meios para um fim, esse fim seriam os seres humanos, e que a compaixão por seres

[12] SINGER, Peter. *Vida ética: Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 47.
[13] Ibidem. p. 66.
[14]BEZERRA, Felipe Adriano Saraiva Lustosa. *Igualdade para os animais: especismo e sofrimento animal sob a perspectiva utilitarista*. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/21412/igualdade-para-os-animais-especismo-e-sofrimento-animal-sob-a-perspectiva-utilitarista-singeriana>. Acesso em: 04 out. 2017.
[15] SINGER, Peter. *Vida ética: Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.54-60.
[16] LEITE, José Rubens Morato. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 390.

não humanos deve existir por questões relativas aos próprios humanos, não em face dos interesses interesses desses animais.17

Ainda sobre Regan, esse não compartilha da visão utilitarista de Singer. Regan afirma que a defesa dos animais não pode ser feita levando-se em conta a visão utilitarista, para ele os animais são seres sencentes e possuem cognição avançada, e faz referência ainda ao Imperativo Categórico de Kant. Diante disso, é adepto da teoria fundamentada em direitos, os quais precisam ser respeitados, mesmo que a violação seja benéfica à outrem, ou seja, utilizar um animal em vivissecção18 na tentativa de obter a cura de doenças não seria moral. Diverge da concepção utilitarista, onde são aceitáveis os casos de desconsideração desses direitos, se for benéfico.19

O problema da adoção do especismo, que dados os costumes tem sido presente de forma quase universal, porém sem muito ser discutido, é que esse ideal se torna um espelho da falta de preocupação e atenção para se cuidar, ainda que de forma simbólica, do bem-estar de outras espécies. Desse modo, por tratar com distância e frieza animais não humanos pelo simples fato de não serem humanos, a sociedade permanece buscando sua felicidade e saciedade na premissa de que está apenas trabalhando com interesses da espécie humana.[20]

2 OS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 não é omissa com relação à proteção da fauna e da flora, em seu artigo 225 dispõe sobre o dever comum, imposto a todos, de

[17] ANDA. *O filósofo Tom Regan e seu trabalho pelos direitos dos animais*. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2010/02/filosofo-tom-regan-e-o-seu-trabalho-pelos-direitos-dos-animais/ >. Acesso em: 02 out 2017.

[18] A Vivissecção se define como um método de utilizar animais em pesquisas, em que se possam realizar inúmeros procedimentos, como cortes, estando esses vivos.

[19] ANDA. *O filósofo Tom Regan e seu trabalho pelos direitos dos animais*. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2010/02/filosofo-tom-regan-e-o-seu-trabalho-pelos-direitos-dos-animais/ >. Acesso em: 02 out. 2017.

[20] MOLENTO, Carla Forte Molino. *A Injustiça do Especismo*. Disponível em: <http://www.labea.ufpr.br/PUBLICACOES/Arquivos/Pginas%20Iniciais%201%20Especismo.pdf >. Acesso em: 05 out. 2017.

proteção e preservação do meio ambiente. Afere-se do referido artigo que o dever de proteção é extensivo de modo a inviabilizar a extinção de espécies e que não se permita a crueldade contra os animais.[21]

A interpretação do dispositivo mencionado acima nos faz entender que a legislação brasileira foi bem clara, e ao disponibilizar a garantia de proteção dos animais, não apresenta excepcionalidades, logo abarca todas as espécies, sem qualquer distinção. De tal modo, o direito a proteção é oferecido a todos os animais que constituem a fauna silvestre.

Quanto a extinção de espécies, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), autarquia federal com poder de polícia ambiental, disponibiliza a relação de espécies ameaçadas da fauna brasileira[22].

O poder de polícia concedido ao órgão é de fundamental importância, pois sob este cenário, o serviço regula a utilização dos recursos ambientais, garantindo maior segurança aos limites impostos para tais atividades, em consonância com os dispositivos legais[23]. A fiscalização realizada pelo IBAMA se perfaz de acordo com seu Regulamento Interno, aprovado pela portaria nº 11, de 10 de junho de 2009.[24]

A fauna encontra certa dificuldade em seu estudo no direito ambiental. De acordo com Celso Antônio Pacheco Fiorillo, essa complexidade se dá por conta desses bens terem concepção de natureza privatista, sendo influenciada pela doutrina civilista que, desde o início deste século, promovia o estudo destes como algo que poderia ser objeto de propriedade. Felizmente, essa compreensão sofreu mudanças, pois com o tempo, passou-se a perceber e valorizar o papel desempenhado pela flora

[21] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.
[22] BRASIL. *Lei 7.735 de 22 de Fevereiro de 1989*. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7735.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.
[23] ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. São Paulo: Atlas, 2014. p. 157
[24] Ibidem. p. 171

na composição do equilíbrio ecológico, sendo fundamental para a sobrevivência das espécies.[25]

Diante da mudança de perspectiva, a fauna passou a ser considerada um bem de uso comum do povo, e face as suas características e funções, recebeu a natureza jurídica de bem ambiental. Desse modo, o regime privado de propriedade foi abandonado em seu tratamento jurídico. Com o entendimento, destaca-se o conceito de fauna como todos os animais de uma região ou ainda era particular.[26]

Anteriormente, com a implementação do Código de Caça (Decreto-Lei nº 5.894/43) e do Código de Pesca (Decreto-Lei nº 794/38, os integrantes da fauna eram considerados *res nullius*, ou seja, não pertencentes a ninguém, mas podendo pertencer com a ocupação, pelo domínio. Com a chegada da Lei de proteção à Fauna (Lei nº 5.197/67) houve a revogação dos dois códigos, e o legislador demonstrou-se preocupado com a esgotabilidade do bem, e devido a sua importância para a qualidade de vida dos seres humanos, considerou a fauna silvestre como bem público, pertencente à União.[27]

Com o entendimento advindo da Constituição Federal, mais precisamente no art. 225, os bens ambientais (como a fauna) não devem mais ser considerados como públicos, e sim bens difusos. Diante disso, conclui-se que, tanto a fauna como a flora, de acordo com o art. 225, §1º, VII, por deterem de função ecológica são bens ambientais e, por isso, são difusos.[28] De acordo com Paulo Affonso Leme Machado:

> A fauna silvestre não constitui bem do domínio privado da Administração Pública ou bem patrimonial – do qual a União possa utilizar-se para praticar atos de comércio. Por isso, é importante classificar esse bem público como bem de uso

[25] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253.
[26] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 256.
[27] Ibidem. p. 260.
[28] VERDAN, Tauã Lima. *A fauna brasileira elevada à condição de Bem Ambiental: Tessituras à salvaguarda do meio ambiente natural.* Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj044467.pdf>. Acesso em: 19 set 2018.

> comum do povo, verificando-se como a União pode exercer domínio sobre a fauna silvestre.[29]

Por ser bem difuso, a titularidade da fauna torna-se indeterminável. Isso porque não é passível de apropriação, já que a administração feita pelo Estado é permissiva quanto a sua utilização, se realizada de maneira consciente para sua conservação.[30]

Em seu art. 225, §1º, VII, a Constituição Federal abarca a proteção da fauna sem delimitar o conceito, tornando possível para o legislador infraconstitucional preencher as lacunas do dispositivo legal, à exemplo a recepção da Lei nº 5.197/67, em que também dispõe sobre a proteção da fauna, porém de maneira mais específica, tratando-se da fauna silvestre. Pontua-se que não somente a fauna silvestre deve ser tutelada de maneira ostensiva até porque animais domésticos, ainda que não tenham risco de extinção ou função ecológica, integram a fauna e precisam da proteção contra práticas cruéis.[31]

Diante disso, a proteção dada pela Constituição Federal é ampla, não cabendo somente a fauna silvestre, mas promovendo a inclusão de todos os integrantes da fauna, pois ainda que sem risco de extinção, atos de crueldade não devem ser realizados, logo cabe ao poder público e a coletividade garantir a integridade dos animais silvestres ou domésticos, não submetendo-os à crueldade. Esta proteção está ligada diretamente a efetividade do direito fundamental de preservação da integridade do meio ambiente.[32]

Como já mencionado, a Lei nº 5. 197/67 traz em seus dispositivos a ideia de proteção à fauna silvestre. Os animais domésticos são protegidos por lei, mas por não terem função social ou risco de extinção, não fazem parte da fauna silvestre.

---

[29] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21 ed. , rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 939.
[30] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 261.
[31] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.
[32] Ibidem. p. 256.

Quanto ao hábitat, fazem parte da fauna silvestre os animais que vivem na natureza, livres, sem o auxílio do ser humano, não em cativeiro. O conceito de animal silvestre é dado pela redação da Lei 5.197/67:

> Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.[33]

Diferentemente da silvestre, a fauna doméstica cria vínculo de dependência com o ser humano, vive em cativeiro, não em liberdade. Importante ainda fazer considerações com relação aos animais gerados em criadouros, que a Lei nº 5.197/67 assim dispõe:

> Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.
> § 1º Excetuam-se os espécimes provenientes legalizados.[34]

Com o referido artigo, ao permitir a comercialização desses espécimes, se entende que esses são introduzidos como parte da fauna silvestre, não doméstica. Entretanto, por não habitarem espaços naturais de forma livre, sem interferências do ser humano, deveriam ser tutelados como parte da fauna doméstica, já que se encontram numa realidade semelhante.[35]

Os crimes contra o meio ambiente foram tratados através da Lei 9.605/98, em seu Capítulo V. O artigo 29 determina que se o agente utilizar espécies da fauna sem permissão ou autorização, ou ainda matar e caçar esses animais, a pena imposta ao delito gera detenção de seis meses a um ano e multa.[36] Ainda pela Lei 9.605/98, assim dispõe:

---

[33] BRASIL. *Lei 5.197 de 3 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.
[34] Ibidem.
[35] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 259.
[36] BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

> Art.32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
>
> § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
>
> § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. [37]

O questionamento suscitado neste ponto refere-se à punição devida ao ofensor dos direitos adquiridos pelos animais. Fica claro que, infelizmente, as sanções existentes para tais práticas não estão presentes de modo a desestimular essas condutas, por isso a defesa dos animais se torna difícil. Por exemplo, pessoas que praticam o tráfico de animais, ainda que impedidas por força do Estado continuarão com a mesma conduta, pois a punição é simbólica, não gerando qualquer dano significativo para o ofensor.

Outro problema se dá pelo modo como os animais são caracterizados pela legislação. A norma é criada por e para o homem, de modo a proteger seus interesses e possibilitar a paz na coletividade. Os animais não recebem a mesma consideração pelo ordenamento jurídico, e por mais que existam dispositivos garantidores de proteção e defesa, não existe uma proteção completa, ampla e bem fundamentada. Os animais não humanos são tratados como propriedade pela legislação, seja do Estado ou do particular, existe a tendência antropocêntrica de o homem é superior às demais espécies, e num papel equivocado de dono, pode ter amplos direitos sobre a vida animal. Sobre isto, Gay Francione afirma:

> Rotular alguma coisa como propriedade, é, de qualquer maneira, concluir que a entidade rotulada não possui nenhum interesse que mereça proteção, sendo apenas

[37] Ibidem.

> um instrumento para os fins determinados pelo proprietário.[38]

Na UNESCO, a Declaração Universal de Direitos dos Animais foi apresentada em 27 de janeiro de 1978, na Bélgica. Delineando os direitos dos animais de forma concatenada, seus artigos trazem noção de real proteção, tão necessária para os seres não humanos, devido sua vulnerabilidade. Entretanto, não possui força de lei, servindo para elucidar a cerca da dimensão desses direitos de uma maneira geral.

Em que pese seu conteúdo, entende que os animais, sem qualquer distinção e englobando todas as espécies, tem direitos que devem ser respeitados pelos seres humanos, e ainda, que nossa espécie deve coexistir com outras espécies de forma equilibrada. Parte da ideia de respeito por outras espécies, pois desse modo, ao entender a importância das demais espécies, automaticamente entende-se a noção de respeito para com nossos semelhantes.[39]

Em seu artigo 1º a Declaração dispõe que "todos os animais nascem iguais perante a vida e tem os mesmos direitos à existência."[40] Esse entendimento fica claro ao empregar à própria existência do animal os direitos fundamentais subjetivos que lhe são devidos. Observando o artigo acima, compreende-se a ideia de respeito e consideração que os seres humanos devem ter com relação aos animais de toda e qualquer espécie, pois a condição para tal se perfaz tão somente pela existência desses seres.[41]

---

[38] BARTLETT, Steven J. Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: Bloqueios psicológicos e conceituais. *Revista Brasileira de direito animal*. Salvador/BA, v.3. n.3, p.19, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10357/7419>. Acesso em: 06 out. 2017.

[39] DECLARAÇÃO Universal dos Direitos dos animais. Bruxelas, 1978. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>. Acesso em: 04 set 2018.

[40] Ibidem.

[41] SARLET, Ingo Wolfgang. *A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>. Acesso em: 04 set 2018.

O artigo 3º versa diretamente sobre os maus tratos. Assim, dispõe: "nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis".[42] O dispositivo encontra-se consoante com o artigo 32 da Lei 9.605/98, que determina a pena para a prática de crimes dessa natureza. Inclusive em casos de abandono, considerado crime, a Declaração se fez presente caracterizando este ato como cruel e degradante, sendo direito do animal a duração de vida conforma sua longevidade natural.[43]

A Declaração Universal de direitos dos animais trata ainda sobre a liberdade dos animais, no sentido de que, qualquer privação, ainda que com fins educativos, segue entendimento contrário.[44] Não há dispositivo legal existente para regular sobre a liberdade que animais não humanos devem ter, por isso, há uma grande incidência de atividades fundadas com a exploração animal como sustentação para a ocorrência das tais. No artigo 9º trata do animal destinado para o consumo, que deve ser alimentado corretamente, dispor de abrigo, transporte e método de abate que não lhe traga sofrimento.

Dentro da legislação brasileira, no MAPA (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), a segurança do bem-estar animal já foi regulamentada, com início no Decreto nº 24.645 de julho de 1934, que trouxe medidas de proteção animal.[45] Por meio do Decreto 9.013/17, houve a implementação do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal, que surgiu para disciplinar a fiscalização e inspeção industrial e sanitária desses produtos, de acordo com o que consta em seu art. 1º.[46]

---

[42] DECLARAÇÃO Universal dos Direitos dos animais. Bruxelas, 1978. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>. Acesso em: 04 set 2018.

[43] Ibidem.

[44] DECLARAÇÃO Universal dos Direitos dos animais. Bruxelas, 1978. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>. Acesso em: 04 set 2018.

[45] MAPA. Legislação. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/sustentabilidade/bem-estar-animal/legislacao>. Acesso em: 04 set 2018.

[46] BRASIL. *Decreto 9.013 de 29 de março de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9013.htm>. Acesso em: 04 set 2018.

De acordo com o art. 2º do referido dispositivo legal, a competência para realizar as atividades de fiscalização e inspeção são de competência da União, e exercidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.[47] Além disso, o MAPA é responsável pela gestão de políticas públicas visando estimular a agropecuária, incentivo do agronegócio, atuando na coordenação e normatização de atividades do setor, e ainda "visa à garantia da segurança alimentar da população e produção de excedentes para exportação''.[48]

Observa-se que, dentre os objetivos principais, de acordo com o seu institucional, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento não propõe considerações acerca da segurança que deveria ser garantia aos animais destinados para o consumo. As atividades são realizadas em função do crescimento econômico do setor e da proteção à saúde do ser humano.

Em análise ao Decreto 9.013/17, percebem-se poucas menções à qualidade de vida e condições proporcionadas aos animais. O Decreto, que conta com 542 artigos, menciona a proteção em 6 artigos. Em suma, os 3 primeiros dispositivos dispõem que a fiscalização engloba a avaliação do bem-estar dos animais destinados ao abate (art. 12, VIII); que os estabelecimentos devem dispor de equipamentos para recepção e acomodação de modo a atender preceitos de bem-estar animal (art. 43, I); e os programas de autocontrole, que servem para assegurar a integridade e qualidade dos produtos, devem incluir o bem-estar animal (art. 74, §1º).[49]

Destaca-se o art.88, que versa sobre a obrigatoriedade do estabelecimento adotar medidas que evitem a maus tratos aos animais e promover ações que visem à proteção e o bem-estar animal, desde o embarque até momento do abate.[50] É de fundamental importância que se regule a obrigatoriedade de proporcionar as

[47] Ibidem.
[48] MAPA. Institucional. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/institucional>. Acesso em: 05 set 2018.
[49] BRASIL. *Decreto 9.013 de 29 de março de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9013.htm>. Acesso em: 05 set 2018.
[50] Ibidem.

mínimas condições para que o animal destinado ao consumo não sofra além do necessário frente à natureza dessa atividade. Logo, ainda que o animal seja destinado à produção, e consequentemente ao abate, deve ser protegido seu bem-estar e proibida a incidência de maus tratos.

Dispõe o artigo 103 ser proibido o abate em animais que não tiveram descanso, jejum e dieta hídrica, respeitando situações de emergência que possam comprometer o bem-estar animal. Por fim, de acordo com o artigo 496, inciso VIII, é infração desobedecer as orientações de bem-estar animal.[51] Além do decreto, existe a instrução normativa nº 13 de 2000, que regula a os métodos de insensibilização para o abate humanitário de animais de açougue, bem como a instrução normativa nº 12 de 2017 para o credenciamento de entidades para treinamento em abate humanitário e ainda, a instrução normativa nº 13 de 2010 que aprova o regulamento técnico para a exportação de ruminantes vivos para o abate.[52]

Existem no ordenamento jurídico brasileiro outras leis que contemplam o bem-estar animal, como a Lei nº 11. 794/08, que trata dos procedimentos para o uso científico dos animais, pois experimentações que causam sofrimento extremo ferem o bem-estar animal, logo pesquisas dessa natureza devem ser adaptadas ou substituídas. Já a Resolução nº 675/2017, do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), faz considerações sobre o transporte de animais de produção de interesse econômico, lazer, esporte e exposição, e considerando a dimensão dessas atividades, é fundamental a fiscalização e inspeção durante todo o processo de locomoção desses animais, evitando casos de maus tratos. A Lei nº 10.519/02 dispõe sobre a fiscalização da defesa sanitária animal quanto a realização de rodeios.[53]

[51] Ibidem.
[52] MAPA. Institucional. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/institucional>. Acesso em: 06 set 2018.
[53] MAPA. Institucional. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/institucional>. Acesso em: 06 set 2018.

Infelizmente, a natureza de algumas atividades são camufladas devido ao alto ganho econômico, e assim, animais que sofrem privações, estresse e mutilações permanecem sendo explorados até uma morte precoce, vítimas da ganância do ser humano e de um sistema muitas vezes injusto para a proteção da causa animal, pois ainda que se possa substituir algumas atividades sem a exploração ou modificar para diminuição do sofrimento animal, são questões inobservadas justamente por não se considerar a emergência de novas políticas voltadas ao protecionismo.

A lei não é omissa com relação à proteção à vida, porém se percebe que o fato de houver, por exemplo, a proteção aos animais contra os maus tratos, de acordo com a tendência do antropocentrismo, é por essa ser uma prática que causa repúdio social, não pelo animal em si, então se houvesse o apoio social, a visão seria completamente diferente. Logo, ainda que exista o direito, qual deveria ser estritamente voltado para o animal em si e para a dignidade do mesmo, na verdade se perfaz ainda entendendo o homem como o centro.

3 EXPLORAÇÃO ANIMAL

O uso de animais, seja para qualquer fim, é uma prática iniciada desde os primórdios, e de lá até aqui o número de animais que sofrem com exploração aumentou drasticamente, em razão da globalização, crescimento industrial e a modernização. O ser humano, com sua cultura consumista disseminada rapidamente, garante seus interesses diários através da exploração e do sofrimento animal. O homem está a todo o momento buscando novas possibilidades de aumentar seus lucros, consumir mais bens, causando inúmeras reações negativas, prejudicando o meio ambiente e todos os elementos que o compõe.

Por essa cultura que preza o consumo, o ser humano deixa de se importar com os recursos que a natureza oferece como se esses fossem infinitos. O desmatamento, o aquecimento global e a poluição vêm atingindo níveis alarmantes, dando vários sinais de que algo está errado, mas infelizmente as autoridades não estão se atentando da maneira devida para essas questões.

Sobre a exploração animal, existem várias maneiras de submeter um animal não humano em condições sem qualquer qualidade de vida ou com respeito à sua dignidade, sendo utilizados como produtos, a exploração tem nos levado para um caminho de insensibilidade e frieza, tornando o homem um ser cada vez mais egoísta. Existe a tendência de mostrar a exploração animal como sendo algo mais humanitário, levantando a seguinte questão: é moralmente aceita a exploração se feita de forma menos dolorosa aos animais? O que seria o sofrimento? Levantando essa ideia, as pessoas podem ser induzidas a consumir mais por estarem à vontade, levando a um sofrimento maior.

As atividades de exploração animal são bem diversificadas e levam em conta enorme movimentação econômica, sendo este mais um fator dificultoso para possibilitar uma mudança nas concepções atuais, pois o ser humano considera o lucro obtido através dessas atividades como algo fundamental. Os animais são explorados na indústria alimentícia, indústria da moda, são utilizados em diversas pesquisas, testes científicos, sendo submetidos à vários procedimentos dolorosos, usados para o entretenimento humano, como exemplo em circos, em cidades turísticas, sofrem em manifestações “culturais”, como as polêmicas vaquejadas, sofrem abusos, maus-tratos, são objetos do tráfico, da caça etc. Os tópicos a seguir trarão alguns exemplos práticos resultantes da ideia do especismo inseridos na sociedade.

3.1 A Indústria Alimentícia e o Sofrimento Animal

A exploração animal nesse vasto campo é um dos mais cruéis das práticas semelhantes. A Indústria Alimentícia sofreu enorme crescimento e com isso a exploração também, posto que grande parte da indústria utiliza a carne, pois o consumo mundial é extremamente alto. Essa prática traz algumas discussões e determinou a mudança de hábitos de muitos, justamente por levar os animais ao sofrimento intenso.

Um dos problemas atuais é a falta de interesse do homem ao comer sem ao menos pesquisar a procedência dos alimentos, em que moldes são preparados, o que acontece antes de chegarem aos centros de distribuição. A falta de contato com os animais traz essa insensibilidade e desatenção.

Segundo Peter Singer, em seu livro "Libertação Animal – o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos animais", o número de animais criados e abatidos por ano, somente nos Estados Unidos, ultrapassa os 100 milhões, sejam bois, porcos e ovelhas. Em se tratando de aves de produção, o número chega a 5 milhões.[54] O autor ainda faz uma crítica à nomenclatura que utilizamos nos alimentos. Por exemplo, o humano come o bife (bife é o boi), vitela (é um bezerro), ou ainda pernil (porco), essa falsa tentativa de humanização não diminui o sofrimento que aquele animal teve que passar para que um humano pudesse se alimentar.

O termo fazenda indica um local próprio dos animais, tem-se uma ideia totalmente utópica para esses locais, as confortáveis suposições estão distantes da realidade, as instalações criadas por grandes empresas, com muita precariedade e superlotação em locais pequenos, gerando imenso desconforto aos animais. Isso acontece porque as empresas não se preocupam com a qualidade de vida dos animais, já que se estão lá, o consequente fim será o abate, não há conscientização para harmonia do meio ambiente, somente o que está em pauta é o lucro, e quando esse lucro não retorna da maneira esperada, piores são as condições sofridas pelos animais que ali se encontram.

Animais são tratados como máquinas, são tirados da esfera de consideração moral e tratados como objetos criados para satisfação dos desejos do ser humano. O resultado dessa conduta é previsível.[55] Quando se tem um maior cuidado com o animal, é motivado por questões econômicas, pois muitas vezes havendo muito

[54] SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.p. 139.
[55] SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 143.

sofrimento, o animal perde peso, perdendo parte do seu valor no abate. O sofrimento é pautado no dinheiro, em nenhum momento se considera o bem-estar do animal.

Nessa indústria, galinhas são colocadas em galpões fechados, pequenos para a quantidade de animais, sem ventilação adequada, sem qualquer luminosidade, apenas sobrevivendo até o momento do abate. São forçadas de diversas formas a botarem mais ovos, sofrem muito estresse, bicam a si mesmas, causando diversos ferimentos, há canibalismo, lesões nas patas são constantes, em face do piso utilizado nesses estabelecimentos. Antes do abate, são transportadas em gaiolas, permanecendo por horas sem se movimentarem, até serem retiradas para o abate. Devido à falta de higienização adequada, as aves vivem respirando o ar com amoníaco e poeira, sendo nocivos para seus pulmões.[56]

A realidade não é diferente para os porcos que sofrem muito estresse durante a vida de confinamento. Por serem animais extremamente sociáveis e inteligentes, precisam viver de acordo com um modelo organizado em grupos, mas infelizmente os criadores não permitem esse padrão comportamental. Para a indústria, basicamente esses animais servem para comer, quanto maiores ficarem, maior será o lucro. Vivendo em ambientes apertados e sem qualquer outra coisa senão grades, os porcos sofrem pelo estresse e acabam mordendo a cauda uns dos outros repetidas vezes, causando brigas. Desse modo, os criadores cortam a cauda, e esse procedimento não sofreu nenhuma delimitação pela legislação, logo não há recomendação para ser feito de maneira indolor, com anestesia.[57]

Os suínos também sofrem com a falta de higiene, debilitando a saúde. Por não poder ser ativo, o porco rói as barras de metal dos estabelecimentos e faz barulho incessantemente, além disso, os suínos utilizados para reprodução não comem além do mínimo para a sobrevivência, pois não seria interessante

[56] Ibidem. p. 145-175.
[57] Ibidem. p.175-189.

economicamente alimentá-los mais vezes, os que ficam em sistema de engorda se alimentam muito mais.[58]

Com relação aos bovinos, Singer chama a atenção para a produção de vitela:

> De todas as formas de criação intensiva praticadas, a indústria de vitela é a mais repugnante, moralmente falando. A essência dessa produção é a alimentação de bezerros confinados e anêmicos com uma ração altamente proteica, a fim de obter uma carne macia e pálida, que será servida a clientes de restaurantes caros. Felizmente, essa indústria não se compara em tamanho à produção avícola, bovina ou suína; no entanto, merece nossa atenção porque representa um caso extremo, tanto pelo grau de exploração ao qual sujeita os animais quanto pela absurda ineficiência como método de prover nutrição à população. [59]

A vitela é a carne de bezerros, que são separados da mãe, confinados em um estábulo especial, onde as baias são estreitas e não permitem a locomoção do animal, sua alimentação é a base de leite acrescido de proteínas, desse modo sua carne permanece branca, sendo mantido anêmico propositalmente. Não podem deitar-se de maneira confortável, pois a falta de espaço não permite. Desesperados por fonte de ferro, os bezerros tentam lamber a urina, então os criadores delimitam o espaço para que não se permita qualquer movimentação do animal a fim de evitar infecções.

As vacas, utilizadas para a produção de leite, também sofrem com locais pequenos, sem mobilidade alguma, são afastadas de seus bezerros e ordenhadas inúmeras vezes ao dia. Para o aumento da produção, sua alimentação contém energéticos, que não são digeridos adequadamente por esses animais por conta de sua natureza fisiológica, e recebem injeções de hormônios para produzirem maior quantidade de leite, gerando inúmeros ferimentos e mais doenças. [60]

No Brasil, a discussão sobre maus tratos aos animais na indústria alimentícia ganhou espaço no ano de 2018 com o caso de exportação de carga viva no Porto de

[58] Ibidem. p. 175-189.
[59] SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.190.
[60] Ibidem. p.201-204.

Santos, em São Paulo. No dia 4 de Fevereiro, cerca de 26.000 bois embarcaram no navio NADA com destino ao Porto de Iskenderum, na Turquia.[61]

Para chegarem ao navio, os bois foram levados em caminhões por um período de aproximadamente 14 horas, sofrendo pela falta de espaço e com o acúmulo de fezes e urina. Durante a viagem, os dejetos foram jogados em via pública, gerando uma multa para a empresa Minerva Foods S.A, proprietária do gado, no valor de R$ 1.469.118 em decorrência dos maus tratos e contaminação da rede de drenagem, já que foram despejados em via pública, e ainda uma multa posterior de R$ 2 milhões por poluição ambiental.[62]

O caso ganhou repercussão internacional e manifestações foram feitas para a libertação dos animais, pois ativistas alegavam a ocorrência de maus tratos. Uma Tutela Provisória de Urgência foi proposta pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa de Animal, com o objetivo de:

> Impedir IMEDIATAMENTE exportações de gado, até que sejam adotadas medidas efetivas para garantir o bem-estar dos animais não só durante a viagem, como também, para que o abate nos país destinatários, seja o abate humanitário, pois, do contrário, não será digno de recepcionar animais vivos vindos do nosso país.[63]

De acordo com a referida autora, mesmo o Brasil sendo signatário da Organização Mundial de Saúde Animal (OIE) e que em seu Código de Sanitário de Animais e terrestres contenha regulamentos específicos quanto às responsabilidades conjuntas dos exportadores, importadores, proprietários e gerentes de instalações

[61] A TRIBUNA. *Embarque de Carga Viva no Porto de Santos manda mais de 26 mil bois para a Turquia*. Disponível em: <http://www.portalmaritimo.com/2017/12/06/embarque-de-carga-viva-no-porto-de-santos-manda-mais-de-26-mil-bois-para-a-turquia/>. Acesso em: 26 fev. 2018

[62] BEDINELLI, Talita. *Um gigantesco embarque de boi vivo expõe batalha entre ativistas e a gestão Temer*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/05/politica/1517866118_265133.html>. Acesso em: 26 fev. 2018.

[63] JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ACP 5000325-94.2017.4.03.6135. Juiz: Djalma Gomes. DJ: 02/02/2018. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/exportacao-carne-suspensa.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

para com a saúde geral dos animais, condição física e bem-estar durante a viagem, o país não cumpre integralmente o que consta no Código.[64]

Além disso, traz pesquisas científicas sobre o estresse causado aos animais nessa condição e ainda possíveis doenças e traumas causados por essa atividade. A autora mostra como se dá o abate cruel desses animais em países como Líbano e Egito, qual encontra-se vedado pela Constituição Federal, de acordo com o trecho a seguir:

> A Animals International documentou o manejo e abate de animais brasileiros no Líbano e no Egito. No Líbano, tentativas de conter animais assustados levaram rotineiramente a um tratamento terrível, como perfuração dos olhos e torção da cauda. No Egito, bois brasileiros foram esfaqueados na face e nos olhos, e tendões dos membros foram cortados a fim de imobilizá-los para que fossem degolados (conscientes). Esse tratamento horrível é rotineiro no Egito.[65]

Primeiramente a ação foi proposta na perante o Juízo da 14ª Vara Cível Federal do Distrito Federal, pedindo a proibição de exportação de gado vivo no Porto de São Sebastião. Na decisão, foi constatada a incompetência do juízo pelo local do dano, sendo definida uma inspeção no navio, realizada pelo IBAMA e Ministério da Agricultura, de modo a apurar as reais condições da embarcação e dos animais.[66]

Em seguida, houve redistribuição para 1ª Vara Federal de Caraguatatuba e um aditamento pedindo a proibição de exportação de qualquer animal vivo em todos os portos do país e a soltura dos animais que já estavam na embarcação NADA, e por analisar a abrangência nacional do dano, o juízo remeteu para uma das varas federais de São Paulo, a 25ª Vara Civil Federal.[67]

---

[64] Ibidem.
[65] JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ACP 5000325-94.2017.4.03.6135. Juiz: Djalma Gomes. DJ: 02/02/2018. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/exportacao-carne-suspensa.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.
[66] JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ACP 5000325-94.2017.4.03.6135. Juiz: Djalma Gomes. DJ: 02/02/2018. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/exportacao-carne-suspensa.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.
[67] Ibidem.

Foi deferida parte da liminar, ensejando na suspensão de operações de embarque do navio em questão, e que fosse impedida a sua partida do Porto de Santos, pelo presidente da CODESP (Companhia Docas de São Paulo) e o representante da Marinha do Porto de Santos, até ordem posterior à inspeção.

A União se manifestou argumentando inviabilidade da concessão da liminar, posto que o governo brasileiro não tem a competência para fiscalizar o gado nos países de destino.

Faz-se necessário apontar ainda o laudo da Inspeção Técnica feita nos caminhões e na embarcação, constatando a incidência de maus tratos. A médica veterinária responsável, Magda Regina, apontou irregularidades contrárias ao parâmetro para diagnosticar o espectro de bem-estar animal, preceito reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária. Haviam problemas por restrições hídricas e alimentares, além de grandes chances de contaminação na comida oferecida, insalubridade dos recintos, mobilidade dos animais drasticamente reduzida e alta concentração de gases, fatores que prejudicam a saúde dos animais.[68]

A médica veterinária apontou ainda a falta de higiene, pois os animais se encontravam prostrados sobre fezes e urina, e o medo e estresse neles causados durante todo o processo de exportação. Destacou a forma como foram conduzidos nos caminhões até chegarem no porto, aonde haviam varetas com pontas metálicas que, através de descargas elétricas, impediam que os animais se deitassem, por conta da movimentação do veículo.[69]

[68] MAGDA, Regina. *Relato de Inspeção Técnica requisitado pela Justiça Federal com vistas a oferecer subsídios para análise da Ação Civil Pública No 5000325-94.2017.4.03.6135 em tramitação na 25ª Vara Cível Federal de São Paulo*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1FGhV_XxwFbEovxDu35FlEfjAFCSK-Nk/view>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[69] MAGDA, Regina. *Relato de Inspeção Técnica requisitado pela Justiça Federal com vistas a oferecer subsídios para análise da Ação Civil Pública No 5000325-94.2017.4.03.6135 em tramitação na 25ª Vara Cível Federal de São Paulo*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1FGhV_XxwFbEovxDu35FlEfjAFCSK-Nk/view>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Mecânicos da embarcação afirmaram que o piso é lavado a cada 5 dias, depois de iniciada a viagem, e todos os dejetos são lançados no mar sem qualquer tratamento, inclusive restos de animais mortos durante a viagem, que são triturados por um equipamento próprio para tal finalidade.[70]

De acordo com a Embrapa, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, um bovino destinado para corte produz aproximadamente de 30 a 35kg de esterco por dia.[71] Sendo assim, em 15 dias de viagem marítima, os 27.000 bois produzem em torno de 945 mil quilos de esterco, além dos restos de animais mortos, que são jogados no mar, causando um grande desequilíbrio no ecossistema, sendo uma ameaça ambiental de grandes proporções.[72]

O juiz Djalma Moreira Gomes, da 25ª Vara Civil Federal de São Paulo, em sua decisão sobre o caso, levou em conta a discussão sobre animais como sujeitos de direito, o método de abate de animais exportados no país de destino e as condições insatisfatórias de higiene e para proporcionar bem-estar aos animais durante a viagem, tendo em vista os maus tratos apontados por laudo veterinário do interior da embarcação.

Diante disso, impediu provisoriamente a saída do navio NADA, ordenou o desembarque dos animais e retorno ao local de origem e proibiu a exportação de carga viva para o abate no exterior em todo território nacional até que melhores condições fossem estabelecidas para preservar o bem-estar dos animais.[73]

A empresa Minerva Foods interpôs recurso pedindo o cancelamento da liminar, o qual restou negado. Posteriormente, a Ministra Grace Mendonça, da

---

[70] Ibidem.

[71] KOZEN, Egídio Arno; ALVARENGA, Ramon Costa. *Adubação Orgânica.* Disponível em: <http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/milho/arvore/CONTAG01_48_168200511159.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[72] ARIOCH, David. *Minerva Foods: impacto ambiental, vazamento de amônia e demissão em massa*. Disponível em: < https://davidarioch.com/2018/02/07/minerva-foods-impacto-ambiental-bois-mortos-em-alto-mar-vazamento-de-amonia-e-demissao-em-massa/>. Acesso em: 17 mar. 2018.

[73] JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ACP 5000325-94.2017.4.03.6135. Juiz: Djalma Gomes. DJ: 02/02/2018. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/exportacao-carne-suspensa.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Advocacia-Geral da União (AGU) interpôs com novo recurso e a desembargadora Diva Malerbi, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região de São Paulo, reverteu a decisão liminar, possibilitando a saída do navio NADA com os animais para a Turquia.[74]

Protestos contra a decisão foram feitos no Brasil e em algumas cidades da Turquia. A decisão, além de permitir a saída do navio com os animais, também reverteu a proibição de exportação de carga viva em todo território nacional.[75]

Em março de 2018, a Lei Complementar Nº 996/18, foi aprovada pela Câmara Municipal de Santos, sendo sancionada no dia 18 de Abril do mesmo ano. A Lei modificou o dispositivo do art. 290 da Lei nº 3.531/98. Assim, restou vedado o trânsito de veículos transportando cargas vivas nas áreas urbanas do município, com algumas exceções, como: animais domésticos, de uso terapêutico, à serviço das forças policiais, os destinados à preservação ambiental e animais usados em competições esportivas.[76]

No mês seguinte, com a ADPF 514, o ministro Edson Fachim, Ministro do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a proibição do transporte de animais vivos nas áreas urbanas e de expansão urbana no Município de Santos (SP). A medida foi tomada devido a ação ajuizada pela Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), pois alegaram que a norma impede a atividade de exportação, e que grande parte dos animais vivos são exportados para países muçulmanos, que fazem o abate de maneira específica, respeitando a religião local.

[74] PIMENTEL, José Cláudio. *Governo derruba liminar e navio com mais de 25 mil bois deixa o porto de Santos*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/porto-mar/noticia/governo-derruba-liminar-e-navio-com-mais-de-25-mil-bois-deixa-o-porto-de-santos.ghtml>. Acesso em: 17 mar. 2018.

[75] ANDA. *Brasil e Turquia: ativistas realizam protestos contra o transporte de animais vivos em navios*. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2018/02/brasil-e-turquia-ativistas-realizam-protestos-contra-o-transporte-de-animais-vivos-em-navios/>. Acesso em: 29 mai. 2018.

[76] BRASIL. *Lei Complementar Nº996 de 18 de abril de 2018*. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/santos/lei-complementar/2018/100/996/lei-complementar-n-996-2018-altera-e-acresce-dispositivos-da-lei-n-3531-de-16-de-abril-de-1968-que-institui-o-codigo-de-posturas-do-municipio-de-santos-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 29 mai 2018.

Sustentaram ainda que a dificuldade em acessar o porto fere a competência da União para legislar sobre o comércio exterior e interestadual e o regime de portos.[77]

Sendo assim, o ministro concedeu a liminar, suspendendo a efetividade do art. 1º da Lei e o inciso XVII de seu art. 3º, que proíbe o transporte de animais de forma inadequada ao seu bem-estar.[78]

3.2 Animais como Entretenimento

Outro meio doloroso de exploração é feito em prol do entretenimento humano, sendo talvez a forma mais egoísta de tratamento que os animais não humanos recebem. Esse entretenimento baseado na exploração e nos maus-tratos geram bom retorno financeiro, por isso é uma prática tão comum atualmente. Os animais são explorados em circos, zoológicos, em casos específicos de manifestações "culturais", em locais turísticos são usados em charretes, como meio de locomoção etc.

Os animais são seres naturalmente livres, o aprisionamento, ainda que proporcione boas condições, afetam sua saúde física e mental. Permanecem privados de liberdade, muitas vezes sem companhia, causando-lhes depressão, em locais pequenos, gerando muito estresse, agravado pelo contato com o público.

Os casos de animais de circo eram um grande problema, pois eram muito utilizados. Os animais viviam em condições precárias, em jaulas apertadas, sem acompanhamento veterinário, doentes, com subnutrição e ainda sofriam diversos maus-tratos para obedecerem a comandos, muitos eram espancados e torturas eram recorrentes. Felizmente, houve maior conscientização da sociedade, causando a reforma dos espetáculos circenses. Com a evolução dos circos contemporâneos, são

[77] STF. *Ministro suspende proibição de transporte de animais vivos em Santos*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=376500>. Acesso em: 03 mai. 2018.
[78] Ibidem.

utilizados diversos meios nas apresentações, porém são concentradas no homem, não mais se utiliza animais nas exibições.[79]

Uma das questões mais problemáticas sobre a exploração animal, são as manifestações culturais. Comunidades que vendem e defendem a tortura e o sofrimento animal com base na cultura, afirmando que determinadas festividades são mantidas pelo valor histórico das tradições, ou ainda, defendendo o retorno financeiro de suas realizações.

A Vaquejada é um tema em constante discussão, onde muitos defendem, ao passo que muitos discordam da prática. É feita por ser tradição no Brasil, popularmente conhecida, sendo considerada por alguns até mesmo como esporte. Basicamente é uma prática onde há a perseguição de bois dentro de uma arena, os quais precisam ser derrubados pelo pescoço para que os participantes pontuem.[80]

Em 2016 o Supremo Tribunal Federal entendeu por ilegal a prática, regulamentada através de uma lei no Ceará, posto que a prática consiste em crueldade e maus-tratos dos animais, tornando-se inconstitucional, em razão do artigo 225 da Constituição Federal vedar atividades dessa natureza. A decisão foi apoiada por muitos, porém sofreu críticas por ser desconsiderada a movimentação econômica advinda das vaquejadas, permitindo a subsistência de famílias.

Entretanto, em contrariedade ao entendimento do STF, foi aprovado o projeto de lei, PL 24/16, considerando essa prática como um patrimônio cultural e manifestação cultural. Os senadores a favor motivaram seus votos pelo viés econômico e pela tradição, considerando a prática como esporte.[81] Nota-se aqui uma enorme insegurança jurídica, ainda com a redação clara da Constituição Federal. A

[79] VASCONCELOS, Arthur Carvalho. *Proteção jurídica dos animais circenses*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/artur_vasconcellos.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

[80] SOUZA, Robson Fernando. *Vaquejada: a essência de um "esporte" que explora animais*. Disponível em: <http://veganagente.com.br/vaquejada-a-essencia-de-um-esporte-que-explora-animais/>. Acesso em: 04 out. 2017.

[81] LIMA, Maria. *Senado aprova lei que torna a vaquejada patrimônio cultural imaterial*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/senado-aprova-lei-que-torna-vaquejada-patrimonio-cultural-imaterial-20397902>. Acesso em: 04 out. 2017.

despreocupação com a dignidade animal não deve se instituir para o divertimento humano, que aliás, não deveria gerar diversão, mas sim causar desconforto por se tratar de violação ao bem-estar de animais não humanos.

Uma outra maneira de utilização de animais para entretenimento humano é o aquário, que pode ser pequeno, usado em casas para peixes pequenos como animais de estimação ou ainda tanques, para conter animais maiores, utilizados em espetáculos e exposição em parques aquáticos. Faz-se necessário destacar a problematização existente nessa prática, seja para peixes pequenos ou grandes, o cativeiro causa muitos danos a esses animais, como será abordado a seguir.

Com relação aos aquários, animais cativos adquirem problemas de adaptação, pois sozinhos em espaços pequenos, desenvolvem estresse, depressão, principalmente por serem espécies com uma organização de comunidade, na natureza vivem em grupos de famílias, logo a solidão prejudica diretamente a saúde desses animais. Por outro lado, se inseridos em cativeiros com outros animais, podem ter problemas de socialização, pois desconhecem os outros animais, cada grupo tem sua própria forma de comunicação na natureza, então se torna dificultosa a interação forçada dos mesmos, gerando brigas e muitas agressões, levando a ferimentos graves, já que os mesmos ficam impossibilitados de fugir.

Para certas espécies ainda é mais difícil e tortuoso viver em um espaço delimitado pelo ser humano, um exemplo é a orca, comumente confundida com baleias, na verdade é a maior espécie da família de golfinhos. São animais extremamente inteligentes e sociáveis, onde vivem em grupos, como famílias, onde em cada família há uma linguagem diferente.

Existem inúmeros aquários que usam as orcas, para apresentações ou exposições, o mais famoso na mídia é o Seaworld, inaugurado em 1973, ainda em funcionamento, com parques em San Diego – Califórnia, San Antonio-Texas, e o maior deles em Orlando – Flórida. No parque se encontram, além de orcas,

golfinhos, pinguins, tartarugas marinhas, focas, leões marinhos e algumas espécies de aves.

Em 2013 foi lançado o documentário "Blackfish", que mostra como são as acomodações e como são tratados os animais do parque aquático. O documentário traz ao público a vida de Tilikum, a maior orca existente em cativeiro, mostrando sua dramática história desde a captura até a velhice e o que está por trás dos ataques mortais feitos pela orca aos treinadores do parque.82

Tilikum foi capturado em 1983, à época com 2 anos de idade, na Islândia. A caça às baleias teve início em 1960, esses animais eram vendidos para diversos parques e o Sea World adquiria seus animais dessa forma. A proibição à caça dos mamíferos surgiu nos Estados Unidos em 1970, então caçadores passaram a capturar os animais em outros países. Tilikum foi vendido para um aquário no Canadá, onde dividiu um tanque pequeno com duas orcas adultas, que o feriam constantemente. Quando ficava sozinho à noite, sofria com o espaço mais delimitado ainda, e por seu tamanho, mal conseguia se locomover. Certo dia uma treinadora caiu no tanque das orcas, foi morta e o parque fechou as portas. Tilikum foi vendido para o SeaWorld.83

Por ser um parque maior, o SeaWorld proporcionava um pouco mais de conforto para as orcas. Por ser duramente criticado pela forma de capturar os animais, o parque deu início a reprodução em cativeiro, e Tilikum, ainda que agressivo, servia para a reprodução, e foi pai da maioria das orcas do parque.84

Tilikum esteve envolvido na morte de mais duas pessoas, uma delas foi um homem que invadiu o parque e entrou no tanque, foi encontrado morto na boca da orca. Uma de suas treinadoras foi Dawn Branchaeu, que em Fevereiro de 2010, em

---

82 CARRERA, Isabella. *O Debate sobre animais em cativeiro*. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/10/bseaworldb-e-o-debate-sobre-banimais-em-cativeirob.html>. Acesso em: 18 nov. 2017.

83 *Blackfish*. Direção de Gabriela Cowperthwaite. Roteiro de Eli B. Despres e Gabriela Cowperthwaite.

84 *5 mil quilos de vingança*. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/5-mil-quilos-de-vinganca/>. Acesso em: 17 nov. 2017.

um show, foi puxada pela orca, teve seu corpo esmagado e foi vítima de afogamento. O caso ganhou repercussão e dúvidas surgiram do porquê do ataque brutal, muitos falavam em sacrificar a orca por conta de sua agressividade.85

Depois de algum tempo, a orca voltou a fazer os shows, mas sem qualquer contato direto com os treinadores, que temiam por sua segurança. Tilikum foi isolado em um tanque menor, atrás do parque, onde ficava inerte por longos períodos, e especialistas afirmaram que este era um sinal claro de depressão.86 Em 2017, Tilikum adoeceu, teve problemas nos pulmões, morreu em decorrência de uma infecção respiratória, aos 36 anos de idade. Uma orca como ele, na natureza, viveria até os 70 anos aproximadamente.87

Especialistas afirmam no documentário que não é só o caso particular de Tilikum, todas as orcas aprisionadas são traumatizadas e esse trauma reflete em seu comportamento. São animais que vivem em constante estresse e a barbatana dorsal caída da orca é sinônimo disso, com uma expectativa de vida muito inferior ao que se encontra na natureza.88

"Blackfish" conta com depoimentos de treinadores que já trabalharam no parque, pessoas que capturavam as orcas no oceano para o parque e deixa o alerta para o público sobre os maus tratos sofridos para que as apresentações sejam realizadas. Tanques pequenos demais para o porte dos animais e pouca comida como punição por truques não realizados ou para melhor desempenho são algumas das queixas contidas na produção.89

Orcas são animais grandes, nadam por vários quilômetros, com tanques pequenos não há como suprir a necessidade natural de percorrer longas distâncias,

---

[85] Ibidem.
[86] *Blackfish*. Direção de Gabriela Cowperthwaite. Roteiro de Eli B. Despres e Gabriela Cowperthwaite.
[87] VEJA. *Morre Tilikum, a orca do SeaWorld que protagonizou Blackfish*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/mundo/morre-tilikum-a-orca-do-seaworld-que-protagonizou-blackfish/#>. Acesso em 19 nov. 2017.
[88] *Blackfish*. Direção de Gabriela Cowperthwaite. Roteiro de Eli B. Despres e Gabriela Cowperthwaite.
[89] EPOCA. *SeaWorld, Blackfish e o debate sobre animais em cativeiro*. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/10/bseaworldb-e-o-debate-sobre-banimais-em-cativeirob.html>. Acesso em: 12 nov. 2017.

resultando em um estresse muito grande para o animal. Esse fator somado ao barulho da plateia, as punições, as disputas constantes nos tanques por colocar orcas juntas em um espaço tão delimitado, as mutilações feitas pelo próprio animal por sofrer com o estresse, resultam em uma ectativa de vida muito baixa em cativeiro. Ao fim do documentário percebem-se as sérias consequências por aprisionar esses animais por vontade humana.90

Além do citado documentário, existem outras produções que mostram o especismo de maneira latente, e assim, os debates para a libertação animal ou políticas para preservação de espécies e do meio ambiente tem se intensificado consideravelmente. Alguns exemplos de produções com essas temáticas são: "The Cove", "Virunga", "Rancing Extinction", "Last days of Ivory" e "Terráqueos", esse último mostra o sofrimento causado nos animais na indústria alimentícia, na moda, inclusive para domesticação, deixando nítida a relação abusiva que seres humanos nutrem por outras espécies.

Os zoológicos também são alvo de grande discussão quanto a sua finalidade. São locais para animais em processo de reabilitação, animais explorados em circos, prestam auxilio em pesquisas, capturam animais abandonados, reprodução para preservação de espécies, essa última sendo atividade em destaque nos zoológicos brasileiros. Entretanto, por mais que existam regras específicas para o funcionamento dos zoológicos, surgem muitos casos de péssimas condições para receber animais e visitantes, devido à falta de investimento nas instalações.

Casos de animais vivendo em péssimas condições ganham notoriedade com frequência. Uma situação vivida por um urso polar, chamado Arturo, o qual foi considerado "o urso mais triste do mundo", deixou dezenas de pessoas sensibilizadas com sua história. Arturo nasceu nos Estados Unidos, mas viveu em confinamento em um zoológico de Mendoza, na Argentina, sofreu em condições insalubres para

[90] *Blackfish*. Direção de Gabriela Cowperthwaite. Roteiro de Eli B. Despres e Gabriela Cowperthwaite.

sua espécie, suportando altas temperaturas que ocasionavam queimaduras constantes em seu pelo.91

Além disso, o urso, depois de perder sua parceira, foi isolado, entrando em depressão. O animal foi fotografado inúmeras vezes e o que chamou a atenção foi a tristeza, Arturo aparece apático em todas as imagens, comovendo organizações e grupos de protetores dos animais. Houve pedido de transferência do urso polar para o Canadá, onde viveria em um zoológico mais adequado para sua espécie, entretanto o pedido foi negado.92

Em julho de 2017, o urso polar morreu aos 30 anos de idade. Segundo funcionários do zoológico, a causa da morte foram dificuldades causadas pela idade. Arturo passou seus últimos dias no zoológico de Mendoza, onde vivia desde os 8 anos de idade, o mesmo zoológico que ficou fechado ao público por mortes misteriosas de 64 animais, nos períodos de Dezembro de 2016 e Maio de 201793, o local é conhecido pelas péssimas condições oferecidas aos 2 mil animais que ali habitam.

Outro caso polêmico ganhou espaço no mundo todo, um urso polar, chamado Pizza, foi considerado o novo "urso polar mais triste do mundo". O animal vive exposto em um shopping, o Grandview Mall, na China, nas imagens aparece na mesma posição, apático, visivelmente abatido e em filmagens é possível ouvi-lo chorando dentro de seu aquário, pequeno demais para suas necessidades e sem qualquer elemento semelhante ao

[91] DARAYA, Vanessa. *Conheça a história de Arturo, o urso polar mais triste do mundo*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/conheca-a-historia-arturo-o-urso-polar-mais-triste-do-mundo/#>. Acesso em: 18 nov. 2017.
[92] Ibidem.
[93] O GLOBO. *Arturo, o urso polar mais triste do mundo, morre aos 30 anos*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/arturo-urso-polar-mais-triste-do-mundo-morre-aos-30-anos-19645838>. Acesso em: 18 nov. 2017.

espaço que teria se estivesse vivendo na natureza.94Especialistas afirmaram que o animal possuía comportamento de urso doente.

O mesmo centro comercial ainda exibe baleias belugas, morsas, raposas do ártico e um lobo, todos vivendo em espaços pequenos e com poucas condições.95 Por conta dos protestos e petições feitas para que o urso fosse liberto, Piazza foi transferido para o zoológico em que nasceu, onde havia condição um pouco melhor do que a oferecida no shopping. Infelizmente, por enquanto, essa medida é provisória, pois serão feitas modificações no aquário para que o urso possa retornar, mas as manifestações em prol de Pizza continuam acontecendo, e organizações tentam a transferência definitiva do animal.96O Yorkshire Wildlife Park, no Reino Unido fez proposta para receber Piazza, porém autoridades chinesas afirmaram que o animal não deixará o país.97

Em 2015 o caso da chimpanzé Suíça repercutiu causando comoção no Brasil. O Dr. Heron José de Santana e Dr. Luciano Rocha, promotores do meio ambiente da Bahia, juntamente com professores, ONGs e um grupo de estudantes impetraram um habeas corpus para que o animal fosse transferido do Jardim zoológico de Salvador (BA) para um santuário em Sorocaba (SP), sendo esse um caso inédito no judiciário brasileiro.98

De acordo com o habeas corpus, o animal não vivia em boas condições, o recinto era pequeno, apresentava sérios problemas de infiltrações e Suíça vivia sozinha. A médica veterinária, Dra. Clea Lúcia Magalhães, residente no Santuário de Grandes Primatas do GAP, afirmou que os chimpanzés são animais extremamente

---

[94] BBC. *O drama de Pizza, o urso polar mais triste do mundo, exibido em shopping na China*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-36888743>. Acesso em: 18 nov. 2017.
[95] Ibidem.
[96] CORREIO. *Mais triste do mundo urso polar é retirado de shopping onde era exibido*. Disponível em: <http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/mais-triste-do-mundo-urso-polar-e-retirado-de-shopping-onde-era-exibido/>. Acesso em: 18 nov. 2017.
[97] *Urso polar mais triste do mundo deixa jaula em shopping na China*. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/11/urso-polar-mais-triste-do-mundo-deixa-jaula-em-shopping-da-china.html>. Acesso em: 18 nov. 2017.
[98] YNTERIAN, Pedro. *A Tragédia de Suíça: último ato*. Disponível em: <http://www.projetogap.org.br/noticia/a-tragedia-de-suica-ultimo-ato/>. Acesso em: 20 jan. 2018.

emotivos, semelhantes aos seres humanos, e assim necessitam conviver em grupos para que se desenvolvam de maneira saudável e completa. Ressalta ainda que o isolamento de um chimpanzé em um espaço tão delimitado traz problemas no instinto sexual, automutilações devido ao estresse e desenvolvimento limitado.99

Na sentença proferida pelo Excelentíssimo Juiz Edmundo Lúcio da Cruz da 9ª Vara Criminal de Salvador/BA, foi negado o pedido da liminar para a remoção imediata do animal, porém em razão da complexidade do tema, foi dada atenção aos argumentos científicos mostrados no documento em análise, pois como caso inédito, merece ampla discussão. Nesse sentido, foi concedido prazo para a direção do zoológico se pronunciar sobre as alegações. O Sr. Thelmo Gavazza, Diretor da Biodiversidade da Secretaria do Meio Ambiente e responsável por apresentar as informações complementares, pediu prorrogação do prazo estabelecido, o qual foi concedido.100

Infelizmente, o animal morreu antes dos esclarecimentos serem apresentados e o processo foi arquivado. Suíça teria cerca de 18 anos, considerada jovem para sua espécie, tendo uma morte prematura. As causas da morte não foram conclusivas, porém o animal apresentava fortes indícios de depressão e estresse, agravados logo após a morte de seu companheiro Geron, que também teve morte precoce no mesmo zoológico.101

Mesmo não obtendo vitória, o caso serviu como um divisor de águas para uma possível mudança na maneira do Judiciário enfrentar o tema, pois é um assunto complexo e novo, e os debates são fundamentais para que haja mudança na análise de casos como o de Suíça.

---

[99] SANTANA, Heron José de. Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador/BA, vol.1. n.1, p. 263, jun/dez. 2006. Disponível em: <https://www.animallaw.info/sites/default/files/Brazilvol1.pdf>. Acesso em: 20 jan.2018.

[100] TJBA. HABEAS CORPUS: HC 833085-3/2005. Juiz: Edmundo Lúcio da Cruz. DJ: 28/09/2005. UFBA, 2005. Disponível em: < https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10259/7315>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[101] YNTERIAN, Pedro. *A Tragédia de Suíça: último ato*. Disponível em: <http://www.projetogap.org.br/noticia/a-tragedia-de-suica-ultimo-ato/>. Acesso em: 20 jan. 2018.

Outro chimpanzé também foi defendido no judiciário por promotores, professores e organizações de defesa dos animais. Em 2010 foi impetrado um habeas corpus em favor de Jimmy, o qual se encontrava na Fundação Jardim Zoológico de Niterói-ZOONIT, em prol de sua transferência para um santuário em São Paulo. O motivo se daria por conta das péssimas condições oferecidas ao animal, como pouco espaço no recinto e o isolamento. De acordo com o médico veterinário, Dr. Marcos Alexandre Costa Nascimento, o animal já apresentava dificuldades comportamentais como resultado da privação de relações afetivas com outros animais, tendo em vista que a socialização é fundamental para o bem-estar dos primatas.102

Assim como ocorrido com a chimpanzé Suíça, o habeas corpus de Jimmy não foi concedido, pois não há qualquer possibilidade descrita em lei que permita a concessão de habeas corpus para animais. De todo modo, foi ressaltada a urgência de discussões sobre os direitos dos animais nos poderes executivo, legislativo e judiciário.103

Entretanto, em 2011 o Jardim Zoológico de Niterói foi fechado, pois, de acordo com o IBAMA, não disponibilizava aos animais condições mínimas, faltando espaço, conservação e higiene no local por vinte e dois anos. Os animais foram transferidos para santuários e zoológicos.104 Felizmente, depois de onze anos vivendo isolado em uma jaula e anos sendo obrigado a fazer apresentações em circos, Jimmy foi levado ao Santuário de Grandes Primatas, onde vive com outros primatas, dentre os quais sua nova companheira e suas três filhas.105

---

[102] SANTANA, Heron José de. SANTANA, Luciano. *Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador/BA, vol.1. n.1, p. 263, jun/dez. 2006. Disponível em: <https://www.animallaw.info/sites/default/files/Brazilvol1.pdf>. Acesso em: 20 jan.2018.

[103] BASTOS, Isabela. *Justiça não concede habeas corpus e chimpanzé Jimmy continua no Zoológico de Niterói*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/justica-nao-concede-habeas-corpus-chimpanze-jimmy-continua-no-zoo-de-niteroi-2793921>. Acesso em: 20 jan. 2018.

[104] *Diretora de Zoológico de Niterói diz que Ibama ignorou liminar ao retirar últimos animais da instituição*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/diretora-do-zoo-de-niteroi-diz-que-ibama-ignorou-liminar-ao-retirar-ultimos-animais-da-instituicao-2712669>. Acesso em: 20 jan. 2018.

[105] *Chimpanzé Jimmy ex-xodó do Zoológico de Niterói adota três filhotes em Santuário de primatas em Sorocaba*. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/animais/chimpanze-jimmy-ex-xodo-do-

Em Brasília, a morte do elefante Babu, em 2018, ascendeu debates sobre a real condição em que o Jardim Zoológico se encontra. Uma ação popular foi proposta, logo após a morte precoce do animal, visando a interdição do local por falta de segurança para os animais e visitantes, já que não há o funcionamento das câmeras de segurança, poucos vigilantes trabalhando no local, animais doentes e recintos precários.106

A ação, proposta pela presidente da confederação Brasileira de Proteção Animal, surgiu um dia depois da divulgação do laudo da biópsia de Babu, indicando a presença de substâncias como chumbo, arsênio e mercúrio, agentes que ocasionaram o provável envenenamento do animal.107 A audiência foi adiada a pedido da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Pontua-se que atualmente uma girafa com 7 anos apresentou sinais de apatia no zoológico, não se alimentando e se locomovendo naturalmente. Depois de alguns dias, morreu em decorrência de uma obstrução no cólon, que resultou em necrose.108

Manter animais em cativeiro por capricho das vontades humanas tem causado sofrimento extremo aos animais. Todos desenvolvem problemas de comportamento, depressão, estresse, o que reflete na saúde física do animal, o levando a morte precoce. O ser humano precisa do entendimento de que animais não humanos tem sua dignidade, sentem dor e tristeza, sofrem e merecem respeito, não foram criados para agradar o homem. É preciso respeitar sua dignidade, só assim haverá mudança.

3.3 Testes em animais

zoologico-de-niteroi-adota-tres-filhotes-em-santuario-de-primatas-em-sorocaba-8000784.html>. Acesso em: 20 jan. 2018.

106 LIMA, Bruna. *Após morte de Babu, confederação pede o fechamento do Zoológico na Justiça*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/03/16/interna_cidadesdf,666478/apos-morte-de-babu-ong-pede-o-fechamento-do-zoologico-na-justica.shtml>. Acesso em: 23 mar. 2018.

107 *Elefante Babu pode ter sido envenenado, diz Zoo de Brasília*. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/elefante-babu-pode-ter-sido-envenenado-diz-zoo-de-brasilia.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2018.

108 *Girafa de 07 anos morre em Zoológico de Brasília*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/girafa-de-7-anos-morre-no-zoologico-de-brasilia>. Acesso em: 25 mar. 2018.

A Lei 9.605/98, de crimes ambientais, foi a primeira criada especificamente para criminalizar as práticas lesivas ao meio ambiente. Em seu art. 32 penaliza as práticas de abuso, maus tratos e mutilação de animais silvestres, domésticos, nativos ou exóticos.109

Posteriormente, com a Lei 11.794/08, conhecida como Lei Arouca, regulamentou-se o uso de animais vivos em testes, sendo responsável pela criação de órgãos de controle dessas atividades. Além disso, a norma traz maior eficácia quanto ao que dispõe a Constituição Federal em seu art. 225 §1, VII sobre a proteção de fauna e garantia de bem-estar animal, afastando as ocorrências de crueldade contra os animais. 110

Através da lei, foi criado o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA). Esse órgão integra o Ministério da Ciência e Tecnologia, estabelece normas para a experimentação animal para ensino e testes científicos, regula a criação e funcionamento de centros e laboratórios em que essas atividades ocorrem e é encarregado do credenciamento das instituições que promovem as pesquisas.111

A Lei Arouca dispõe ainda sobre a penalização do uso de animais em atividades de ensino e científicas capazes de trazer dor ao animal, caso existam outros recursos para a realização da pesquisa. As escolas aptas a realizar essas atividades são elencadas na referida lei, ficando restrito apenas para instituições de ensino superior e de curso técnico de nível médio da área biomédica.112

---

[109] BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 14 mai. 2018.

[110] MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Lei 11.794/2008 – a crueldade contra os animais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. n 4. p. 174. Disponível em: <http://www2.ufersa.edu.br/portal/view/uploads/setores/218/sobre%20a%20lei%2011.794%202008.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2018.

[111] CONCEA. *Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal.* Disponível em: <http://www.sbcal.org.br/conteudo/view?ID_CONTEUDO=41>. Acesso em: 15 mai. 2018.

[112] MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Lei 11.794/2008 – a crueldade contra os animais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. n 4. p. 174. Disponível em: <http://www2.ufersa.edu.br/portal/view/uploads/setores/218/sobre%20a%20lei%2011.794%202008.pdf>. Acesso em: 15 mai 2018.

É fundamental a realização de pesquisas com acompanhamento, havendo supervisão de profissionais, que devem estar em conformidade com o CONCEA. Conforme o art. 14 § 3o::

> Sempre que possível, as práticas de ensino deverão ser fotografadas, filmadas ou gravadas, de forma a permitir sua reprodução para ilustração de práticas futuras, evitando-se a repetição desnecessária de procedimentos didáticos com animais. [113]

O dispositivo acima tem como objetivo a fiscalização das atividades desenvolvidas por instituições de ensino para a garantia de bem-estar animal. Entretanto, faz-se aqui uma crítica ao termo "sempre que possível", que rompe com a ideia de obrigatoriedade, e assim, torna-se subjetivo.

A gravação de pesquisas é necessária para que no futuro, a depender do sofrimento causado ao animal, certa atividade não se repita, pois já se encontram documentados os resultados referentes àquela pesquisa. Logo, não poderia existir tamanha liberdade nesse ponto, pois o profissional responsável tem o dever de não expor o animal a práticas cruéis e que lhe causem sofrimento, então deve haver o controle ostensivo de certas pesquisas para que não sejam repetidas desnecessariamente.[114]

De modo a facilitar a fiscalização, a Lei nº 11.794/2008 também prevê a criação de Comissões de Ética no uso de animais (CEUAs), em que para o credenciamento de instituições de ensino e de pesquisa, essas devem criar a CEUA, que é composta por médicos veterinários e biólogos, docentes e pesquisadores de área específica e um representante de sociedade protetora dos animais, conforme disposto no arts 8º e 9º.[115]

---

[113] BRASIL. *Lei 11.794, de 8 de outubro de 2008.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.
[114] BRASIL. *Lei 11.794, de 8 de outubro de 2008.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.
[115] Ibidem.

Entretanto, pela desproporcionalidade de número de membros de sociedade protetora dos animais para com docentes e biólogos necessários, resta prejudicada a imparcialidade que as CEUAs devem dispor, já que as comissões ficam vinculadas à instituição e tem a maioria de representatividade por meio dos membros.[116] De acordo com o art. 10, as CEUAs são responsáveis por:

> I – cumprir e fazer cumprir, no âmbito de suas atribuições, o disposto nesta Lei e nas demais normas aplicáveis à utilização de animais para ensino e pesquisa, especialmente nas resoluções do CONCEA;
> II – examinar previamente os procedimentos de ensino e pesquisa a serem realizados na instituição à qual esteja vinculada, para determinar sua compatibilidade com a legislação aplicável;
> III – manter cadastro atualizado dos procedimentos de ensino e pesquisa realizados, ou em andamento, na instituição, enviando cópia ao CONCEA;
> IV – manter cadastro dos pesquisadores que realizem procedimentos de ensino e pesquisa, enviando cópia ao CONCEA;
> V – expedir, no âmbito de suas atribuições, certificados que se fizerem necessários perante órgãos de financiamento de pesquisa, periódicos científicos ou outros;
> VI – notificar imediatamente ao CONCEA e às autoridades sanitárias a ocorrência de qualquer acidente com os animais nas instituições credenciadas, fornecendo informações que permitam ações saneadoras.[117]

Com relação aos testes de medicamentos e produtos realizados em animais, em uma palestra organizada em parceria pelas comissões de Bioética e Biodireito (CBB) e Proteção e Defesa dos Animais (CPDA) realizada na sede da OAB/RJ, pesquisadores e cientistas presentes divulgaram maior ineficácia do que a comumente divulgada. De acordo com o biólogo e pesquisador da Universidade Federal Fluminense (UFF), Róber Bachinski:

---

[116] MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Lei 11.794/2008 – a crueldade contra os animais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. n 4. p. 174. Disponível em: <http://www2.ufersa.edu.br/portal/view/uploads/setores/218/sobre%20a%20lei%2011.794%202008.pdf>. Acesso em: 15 mai 2018.

[117] BRASIL. *Lei 11.794, de 8 de outubro de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

> Apenas de 5% a 12% dos produtos que passam em testes em animais são aprovados em humanos. Temos então 88% a 95% de falhas, o que demonstra que essa é uma ciência claramente problemática. [118]

A pós-doutora pelo National Cancer Insitute, dos Estados Unidos, Mária Triunfol, fez considerações a respeito das especificidades fisiológicas. Um exemplo: para observar se um determinado composto é tóxico ou não para o ser humano, o órgão a ser verificado é o fígado. Entretanto, o camundongo, uma das espécies utilizadas em testes tem o fígado completamente diferente, e por serem expostos a superdosagem e habitam em cativeiros, ou seja, não estão em condições normais para que a análise seja verossímil.[119]

De acordo os cientistas, a ideia de que os resultados são muitos e bem significativos não condiz com a realidade. É necessário muito recurso financeiro para a realização dos testes, são milhões de animais usados, ou seja, precisa-se de muitos recursos para um benefício que é considerado mínimo. Assim, métodos alternativos podem se tornar mais eficazes e mais viáveis, tanto por questões econômicas, como por questões éticas para com o bem-estar animal.[120]

Cynthia Schuck, pós-doutora em Biologia evolutiva e cognição animal pela Universidade de Oxford, na Inglaterra, afirma que sempre é mostrado apenas os resultados que foram eficazes e produtivos, assim surge a noção equivocada de que esses testes em animais são fundamentais para adquirir resultados substanciais em pesquisas. Entretanto, de acordo com a estatística, de 20 testes dessa natureza, apenas um funcionará da maneira devida.[121]

Devido ao avanço científico, o número de animais utilizados em testes foi reduzido, e ainda há maior ocorrência de pesquisas para criação de métodos

[118] OAB/RJ. *Ineficácia de testes em animais é denunciada em seminário na OAB/RJ*. Disponível em: <http://www.oabrj.org.br/noticia/91110-ineficacia-de-testes-em-animais-e-denunciada-em-seminario-na-oabrj>. Acesso em: 06 jun. 2018.
[119] Ibidem.
[120] OAB/RJ. *Ineficácia de testes em animais é denunciada em seminário na OAB/RJ*. Disponível em: <http://www.oabrj.org.br/noticia/91110-ineficacia-de-testes-em-animais-e-denunciada-em-seminario-na-oabrj>. Acesso em: 06 jun. 2018.
[121] Ibidem.

alternativos para que se substitua os animais. As alternativas englobam, além da abolição do teste em animais e a redução da quantidade de animais utilizada, o sofrimento a eles atribuído.[122]

No Brasil houve avanço relacionado à pesquisas para evitar o uso de animais. Foi desenvolvida uma pele artificial em 3D, material biológico que tem morfologia e fisiologia semelhante ao tecido humano. Esse tecido pode ser usado como substituição viável para testes de cosméticos, bem como estudos de doenças. Entretanto, a opção ainda não é fabricada no Brasil, o que dificulta o processo de adaptação às novas tecnologias. O que se busca é a possibilidade de desenvolvimento e fabricação brasileira e para tal, é necessária alguma regulamentação do produto, o qual já é usando em vários países.[123]

Visando maior proteção aos animais, foi realizado o Projeto de Lei nº 70/2014, de iniciativa do deputado federal Ricardo Izar. O projeto vem para alterar os artigos 14, 17 e 18 da Lei nº 11.794/2008, de modo a vedar a utilização de qualquer espécie de animal em atividades de ensino e pesquisas para a produção de cosméticos. Além disso, deixa maior o valor de multa a ser paga em caso de violação da norma. Até o momento, o projeto encontra-se pronto para a pauta em comissão.

4 O VALOR À VIDA E A RESIGNIFICAÇÃO ANIMAL

Na modernidade, os animais adquiriram espaço nas discussões concernentes a sua proteção de forma mais abrangente, considerando a força de movimentos em prol da dignidade e libertação animal. Com isso, se percebe mudanças no ordenamento jurídico na maneira de atribuir aos animais não humanos o bem-estar que necessitam e a proteção que lhes é devida.

[122] RIVERA, Ekaterina Akimovna Botovchenco. *Alternativa ao uso de animais em pesquisa*. Disponível em: <http://www.fo.usp.br/wp-content/uploads/ALTERNATIVAS.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.
[123] VASCONCELOS, Yuri. *Pele de laboratório*. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/07/14/pele-de-laboratorio/>. Acesso em: 21 set 2018.

Entretanto, nem sempre esses animais tiveram seus direitos considerados pelos seres humanos, pois houve o tempo em que eles não eram tidos como detentores de qualquer relevância moral. Essa importância era dada exclusivamente ao ser humano, sendo justificada pela sua capacidade de autodeterminação e a razão, o que fez com que não houvesse possibilidade de ser tratado como coisa ou meio para obtenção de algo, diferentemente da realidade vivida por animais não humanos.[124]

A distinção por conta da racionalidade do ser humano se encontra nas suas estruturas neurobiológicas que possibilitam o desenvolvimento de diversas capacidades, sendo considerada uma herança genética diferenciada presente somente na espécie humana, o que diferencia essa das demais espécies, fazendo com que o ser humano se superestime com relação a superioridade. Essa herança é tão somente resultado de evoluções seletivas proporcionadas pela natureza, logo o ser humano não possui nada por si só.[125] De acordo com Gladston Mamede:

> [...] a razão é uma capacidade neurobiológica que a espécie humana possui definida em sua bagagem genética. Esta capacidade é limitada por tal bagagem genética e, via de consequência, o cérebro humano não é um "universo ilimitado", como se quis acreditar. O homem não pode conhecer tudo (pois possui um limite neurobiológico para a capacidade cognitiva, como possui limites para sua capacidade fisiológica). No entanto, dentro de seus limites naturais, desenvolvem toda uma abstração (um plus à realidade física) que o colocou assustadoramente "adiante" das outras espécies animais.[126]

Existem outras condições que levam a espécie humana em um outro patamar, como por exemplo, a comunicação, realizada através da linguagem mais avançada,

[124] GONÇALVES, A.; ISAÍAS, C.; CAMPOS, N. *O animal não-humano e seu status moral para a ciência e o Direito no cenário brasileiro*. Revista Brasileira de direito animal. V.6. ano 5. Jan/jun 2010. p. 3. Disponível em: < https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11076/7990>. Acesso em: 18 set 2018.

[125] COLUCCI, Maria da Glória. *O dever de preservação da vida animal como emanação do princípio da "sadia qualidade de vida".* Revista Brasileira de direito animal. V.9. ano 6. Jul/dez 2011. p. 273.

[126] MAMEDE, G., 2005 Apud COLUCCI, Maria da Glória, 2011.

se comparada com as demais espécies, mas que ainda assim não deixam de ter linguagem própria.

Com a evolução e mudanças de paradigmas sobre critérios de valoração entre as espécies, não se pode mais dizer que seres humanos merecem a importância moral com base na capacidade de autodeterminação e razão. Diante disso, a ideia para que um ser seja ou não equiparado à um mero objeto se sustenta na sua sensibilidade e consciência com relação ao mal que lhe é imposto.[127]

A pergunta suscitada Jeremy Bentham se mostra pertinente no momento em que os animais não humanos passam a protagonizar espaço de maior destaque nas preocupações humanas. De acordo com o pensamento do filósofo, o questionamento não é sobre a possibilidade dos animais raciocinarem ou falarem, mas sim se eles podem sofrer.[128] A partir disso, fica clara a importância de serem considerados, respeitados e protegidos.

Utilizando a perspectiva moral, se entende que a vida dos animais não humanos tem extrema relevância, e por conseguinte, eles tem dignidade intrínseca, haja vista sua sensibilidade. Então, no que concerne a moral e aonde se encontra cada espécie nesse âmbito, o critério que melhor justifica a consideração de determinada espécie é a sua sensibilidade. Desse modo, os animais, que assim como a espécie humana, são capazes de sentir, são dignos de proteção à vida.[129]

A questão do valor da vida é um tema em que não há muito consenso entre os filósofos. Singer faz a distinção do valor da vida de um ser que tem consciência do valor do ser que tem, além de consciência, uma autoconsciência. Essa diferença

[127] GONÇALVES, A.; ISAÍAS, C.; CAMPOS, N. *O animal não-humano e seu status moral para a ciência e o Direito no cenário brasileiro*. Revista Brasileira de direito animal. V.6. ano 5. Jan/jun 2010. p. 4. Disponível em: < https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11076/7990>. Acesso em: 18 set 2018.

[128] COLUCCI, Maria da Glória. *O dever de preservação da vida animal como emanação do princípio da "sadia qualidade de vida".* Revista Brasileira de direito animal. V.9. ano 6. Jul/dez 2011. p. 270. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11732/8395>. Acesso em: 18 set 2018.

[129] GONÇALVES, A.; ISAÍAS, C.; CAMPOS, N. Op., cit., p. 4.

permite a consideração dos direitos dos animais proporcionalmente ao nível de sua consciência[130] ou autoconsciência[131]. Segundo Sônia T. Felipe:

> Na devida proporção, cada ser vivo, senciente ou autoconsciente, empreende movimentos no sentido de garantir seus respectivos interesses. O valor da vida, para cada um deles, acaba por configurar-se na exata proporção de satisfação daqueles interesses. Quanto mais sofisticados os interesses, e esses são associados à capacidade de sentir dor e de sofrer, de ter prazer e bem-estar, memória, projeção de desejos em relação ao futuro, maior será o investimento do ser na busca dos meios que garantem sua forma específica de vida, seja diferenciado do valor de outras vidas que não podem ser vividas nessa extensão. [132]

Entretanto, essa valoração da vida a depender da consciência ou autoconsciência traz um problema ético que origina a hierarquização das formas de vida. Portanto, se houver comparação entre a vida do ser humano com a vida de qualquer outro ser, será levado em conta o ser humano acima de qualquer outro.[133]Singer conclui que "a afirmação de que a vida de todos os seres tem igual valor é muito frágil", pois a perspectiva a partir da qual avaliamos o valor das demais é, inevitavelmente, subjetiva.[134]Alguns filósofos e também por senso comum, usam a conhecida expressão "a vida é sagrada", porém não é em face dos animais, essa afirmação diz respeito ao reconhecimento exclusivo da vida humana.

Peter Singer entra em uma discussão sobre a vida dos seres e questiona se os demais animais não poderiam ser considerados semelhantes às pessoas com relação à existência, mas entende que a questão não pode ter uma resposta, face ao atraso da ciência sobre este ponto, e em se tratando da dúvida, Singer opta por considerar a

[130] Ser considerado senciente, seus interesses se mostram em conforto e qualidade de vida ao longo de sua existência.
[131] Além dos mesmos interesses dos seres conscientes, esses ainda tem interesse de preservar seu bem-estar e a atenção para que esse estado também seja respeitado aos demais.
[132] FELIPE, Sônia T. *Por um questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais.* Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 140.
[133] Ibidem. p.140.
[134] SINGER, Peter. Apud. FELIPE, Sônia T. *Por um questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais.* Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 142.

semelhança. Ademais, já existiram teorias médicas em que se afirmava que os africanos não sentiam a mesma intensidade da dor sentida por europeus, ou seja, várias torturas públicas eram realizadas em prol da pesquisa, que hoje são tidas como racistas, criminosas. Nessa perspectiva, como já abordado, houve um período em que os animais não eram considerados serem sencientes, capazes de sentir dor, sofrimento, terem memórias, de ter comunicação etc. Hoje já temos a noção que esses animais têm muitas capacidades.[135]

Em se tratando de ética animal, é necessário o debate com relação as principais correntes existentes em defesa dos direitos dos animais, que visam a diminuição do sofrimento ou ainda a abolição das diversas formas de exploração animal. A discussão dessas correntes promove uma consideração mais abrangente do protecionismo necessário para a defesa dos direitos dos animais.

De forma menos extrema, a corrente chamada reformista entende que existe a necessidade de reavaliação da exploração, para que se diminua o sofrimento imposto nas atividades em que se realiza a exploração dos animais. Para isso, devem ser proporcionadas melhores condições para que o bem-estar animal seja respeitado, face a dignidade e sensibilidade dos animais não humanos. Em suma a ideia central é reduzir a dor e sofrimento do animal para aumentar o seu bem-estar.[136]

Essa é a corrente intermediária, haja vista que não defende a estagnação dessas condições (status quo), deixando os animais expostos ao sofrimento intenso, e também não defende a libertação animal em seu sentido mais completo, de forma a extinguir a exploração animal. Por ora, pode ser considerada como o caminho ideológico que naturalmente tende a ser seguido, pois pode ser encarado como meio termo, o que pode ter maior aceitação da população no geral. Pontua-se que tem apoio no utilitarismo, tópico abordado anteriormente, pois defende o uso dos animais quando necessário ao ser humano.

[135] FELIPE, Sônia T. Por uma questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Boiteux, 2003. p.146.
[136] GONÇALVES, A.; ISAÍAS, C.; CAMPOS, N. Op., cit., p. 3.

Entretanto, ainda falando da corrente reformista, é vital que se faça uma crítica ao seu modelo atual. A tentativa de proporcionar aos animais vítimas da exploração melhores condições, no que pese seu bem-estar, proteção à vida e integridade física, deve ser pensada exclusivamente nos animais não humanos, já que são os protagonistas da questão, sendo os únicos afetados negativamente com a exploração. Sua incidência, por ora, tem sido em situações cujo benefício econômico fica evidenciado, como aumento de produtividade, ou quando publicações científicas sobre a senciência animal são feitas, gerando relevante comoção social ao ponto de levar o caso para apreciação no poder judiciário, permitindo a sua retirada do status quo. Fica evidente que a preocupação aqui não é estritamente sobre a vida animal.[137]

Já a corrente abolicionista gera divisão de opiniões sobre sua aplicabilidade no modelo de sociedade atual. Por ter um caráter extremo, essa corrente defende não somente a diminuição do sofrimento animal, e sim sua abolição. Assim, qualquer atividade em que houver uso de animais para alguma finalidade, seria extinta. Observa-se aqui a tentativa de defesa e proteção aos animais da forma mais ampla, pois ainda que a interrupção de atividades dessa natureza gerasse consequências para a espécie humana, a consideração aos animais se tornaria superior a qualquer interesse humano.[138]

O principal defensor e expositor desse movimento em prol da causa animal foi o filósofo e professor Tom Regan, que defende a abolição do uso animal em qualquer atividade, pois de acordo com ele, a questão não deve ser quanto a minimização do sofrimento e melhorias nas condições, mas sim a extinção do sofrimento animal por práticas humanas. Não considera justo continuar com o

[137] BRÜGGER, Paula. Nós e os outros animais: especismo, veganismo e educação ambiental. Revista semestral da faculdade de educação- Unb. Disponível em: <.https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4287742/mod_resource/content/2/N%C3%93S%20E%20OS%20OUTROS%20ANIMAIS_ESPECISMO%2C%20VEGANISMO%20E%20EDUCA%C3%87%C3%83O%20AMBIENTAL%20-%20Paula%20Brugger.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018.

[138] GRANT, Carolina. Abolicionismo e direito animal – Desconstruindo paradigmas: uma abordagem sob o prisma dos movimentos em prol dos direitos animais e da ética do cuidado. *Revista Brasileira de Direito Animal*. V.8. ano 6. Jan/Jun 2011. p.278. Disponível em: <https://www.animallaw.info/sites/default/files/brazilvol8_2.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

sofrimento, ainda que mínimo, pois não deixa de ser sofrimento forçado, o que é incompatível com a valoração à vida animal e seu protecionismo.[139]

A discussão referente ao abolicionismo está intrinsicamente ligada ao debate quanto a possibilidade de conferir aos animais a mesma tutela que os seres humanos tem por direito, tornando os animais sujeitos de direitos, assim se ultrapassa o campo da moral e filosofia a caminho da dogmática jurídica. Através dessa consideração, a proteção aos animais seria absoluta, e assim, a corrente abolicionista poderia ganhar força, sem parecer utópica, como atualmente se encontra.[140]

Para o reconhecimento de um sujeito de direito, existe, além de outros, o critério da autonomia moral, que significa ser respeitada a proteção da dignidade do sujeito, face ao seu racionalismo e autonomia, o qual tem poder de escolha e tem a capacidade de pensar. Entretanto, essa compreensão não se mostra justa, pois existem seres humanos com diversas incapacidades que, se levadas pelo mesmo entendimento desse critério, não os tornariam sujeitos de direito. Logo, se a consideração se perfaz pela racionalidade de um ser, não deveria ser negado o status moral aos animais sem também negá-lo aos seres humanos que não se encontram dentro dessa condição, motivo que deveria torná-lo inválido.[141]

Outra questão a ser suscitada é a senciência, presente não somente na espécie humana, como também nos animais não humanos. Sob essa condição, seres sencientes possuem sensações, não só sentidas fisicamente, mas ainda relacionadas a sentimentos; tem consciência da realidade e do meio em que se encontram; de como são tratados; ou seja, são seres complexos. Para que se tenha interesse, é preciso ter

[139] Ibidem.

[140] BRÜGGER, Paula. Nós e os outros animais: especismo, veganismo e educação ambiental. *Revista semestral da faculdade de educação- Unb.* Disponível em: <.https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4287742/mod_resource/content/2/N%C3%93S%20E%20OS%20OUTROS%20ANIMAIS_ESPECISMO%2C%20VEGANISMO%20E%20EDUCA%C3%87%C3%83O%20AMBIENTAL%20-%20Paula%20Brugger.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018.

[141] ANDRADE, F., ZAMBAM, N. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência. *Revista Brasileira de direito animal*. V.11. n 23. Set/Dez 2016. p.150. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20373/12957>. Acesso em: 17 set. 2018.

senciência, pois o interesse significa que o ser, dotado de senciência, se importa com algo. Sendo assim:

> Se o elemento interesse é posto na essência do direito subjetivo, a noção de proteção e titularidade do direito subjetivo alberga todos os seres que possuem interesses (seres sencientes), noção na qual estão inclusos os animais. Por essa compreensão, todo o ser vivo senciente é apto a ser sujeito de direito.[142]

Por fim, atualmente alguns observam a corrente abolicionista como irreal, por propor ações completamente diferentes das quais o ser humano vivencia e escolhe desde o momento em que se compreendeu como ser superior às demais espécies. Uma alternativa para que o abolicionismo um dia torne-se possível, seria considerar a corrente reformista, do utilitarismo, para depois, já com a ampliação de cuidados e proteção aos animais, levar à sociedade a discussão sobre abolição da exploração e libertação animal.

Tom Regan e Peter Singer são as figuras de maior destaque quando se trata das duas correntes citadas. Ainda que existam algumas divergências de ideias no posicionamento escolhido por cada um, existe a ideia central que permeia o interesse das duas correntes: atribuir o respeito que os animais merecem, assim como os humanos, já que são seres tão semelhantes. Não se encontra qualquer justificativa ética aceitável para a diferenciação de seres humanos e animais não humanos no campo da moral, ainda que analisados benefícios para a espécie humana providos de atividades pautadas na exploração animal.

Ao fazer considerações sobre a exploração animal, Singer deixa claro o motivo pelo qual não se deve continuar com a matança dos animais sencientes. Afirma que o sofrimento causado no momento do abate é intenso, não somente para o animal, como para os demais a sua volta. Qualquer criação para consumo ocasionará em sofrimento no abate, logo evitar a prática se mostra o melhor método

[142] FELIPE, Sônia T. *Por uma questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais.* Florianópolis: Boiteux, 2003. p.151.

para que o ser humano exerça seus ideais éticos.[143]Além disso, ainda pede união entre carnívoros e vegetarianos para a defesa dos animais, pois a discussão não é tão somente se o ser humano se alimenta ou não de carne, mas sim como podemos mudar para garantir o mínimo de bem-estar animal.

Por fim, o professor Peter Singer deixa um conselho para aqueles que verdadeiramente gostariam de defender os animais. Para que isso seja feito da melhor maneira cabível, é necessário que deixem todos os hábitos causadores do sofrimento animal, pois não há outro jeito de se defender a dignidade animal, e pela ética se escolhe a maneira como será tomada a decisão.[144]

CONCLUSÃO

Os animais não humanos são obrigados a passar por explorações a todo momento, fator em constante crescimento a medida em que há também maior evolução científica, que assim como mostra-se prejudicial face ao quantitativo de situações em que esses seres são utilizados de maneira indevida, também traz maiores informações sobre esses animais, permitindo a evolução de percepção do homem para com os animais.

A exploração continua latente em todas as comunidades, porém já é conhecido o fato de que os animais são seres secientes, podem sentir dor, sofrimento, obter memórias, são detentores de extrema sensibilidade da realidade, tem consciência ou autoconsciência, além de possuírem hábitos semelhantes aos dos seres humanos, com organização em grupos, hierarquia social e comunicação. Com isso, a consideração atribuída aos animais por seres humanos é modificada.

A modernidade também permite maior atenção aos interesses do animal, possibilitando assim a extensão de seus direitos e maiores garantias de bem-estar. Com a conscientização social advinda com informações mais claras a respeito da

[143] FELIPE, Sônia T. Por um questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 148.
[144] FELIPE, Sônia T. Por um questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 149.

exploração e do especismo, tem-se significativo aumento no número de pessoas que não mais consomem carne ou utilizam produtos de origem animal ou que promovem testes em animais, por exemplo, são atitudes que evidenciam o respeito e equilíbrio na relação entre homem e animal.

O judiciário brasileiro começa a discutir o tema de maneira mais abrangente, criando possibilidades de revisão de normas, com o auxílio do poder legislativo para tal, a fim de garantir aos animais a devida proteção. Esses fatores de mudança são resultantes do aumento de movimentos em prol da libertação animal, ativistas da causa estão a todo momento chamando a atenção da sociedade e com isso, os debates surgem de forma intensificada.

Essa evolução de percepção humana é fundamental para o modelo ético da sociedade. As indústrias que utilizam esses animais de alguma forma, tem sentido a transformação da coletividade e tentam buscar métodos alternativos para que seja diminuído o uso de animais não humanos, ou para amenizar o sofrimento a eles imposto.

O que se busca de maneira emergencial é a disseminação de informação, para que os procedimentos com esses animais sejam conhecidos, que os maus-tratos e o sofrimento forçado sejam evidenciados, assim a população estará ciente do que acontece e possibilita a construção de uma realidade diferente para esses animais. Métodos alternativos precisam ser considerados como prioridade, pois visam um olhar mais atento à condição dos animais, principalmente para os que são vendidos como entretenimento.

Com relação à existência, os animais podem ser considerados semelhantes aos humanos. Desse modo, o homem deveria coabitar com os animais de outras espécies de maneira equilibrada, não se justifica a condição de membro de nossa espécie biológica nos tornar superior à outras espécies, pois todos os seres, além de semelhantes, tem o mesmo direito à vida, logo o especismo não deve ser considerado

em nenhum nível, a igualdade requerida é de acordo com o que cada espécie necessita sem desrespeitar a outra.

Peter Singer, filósofo ativista, afirma que os modelos éticos de uma sociedade se delimitam no modo como tratamos os seres mais fracos. Não deveria ser aceito o lucro com prática que retira toda a humanização, consideração, empatia e consciência do ser humano, pois a imoralidade se caracteriza por si só no abuso que o homem obriga o animal fraco a suportar em face de seu egoísmo. Assim, tendo em vista a semelhança existente entre os animais humanos e não humanos, deve ser protegida a vida de ambos, sem distinção.

REFERÊNCIAS

ANDA. *Brasil e Turquia: ativistas realizam protestos contra o transporte de animais vivos em navios*. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2018/02/brasil-e-turquia-ativistas-realizam-protestos-contra-o-transporte-de-animais-vivos-em-navios/>. Acesso em: 02 out 2017.

_____. *Especismo*. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2009/06/especismo/>.

_____. *O filósofo Tom Regan e seu trabalho pelos direitos dos animais.* Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2010/02/filosofo-tom-regan-e-o-seu-trabalho-pelos-direitos-dos-animais/ >. Acesso em: 02 out. 2017.

ANDRADE, F., ZAMBAM, N. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência. *Revista Brasileira de direito animal*. V.11. n 23. Set/Dez 2016. p.150. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20373/12957>. Acesso em: 17 set 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Bruna. *Após morte de Babu, confederação pede o fechamento do Zoológico na Justiça*. Disponível em:<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/03/16/interna_cidadesdf,666478/apos-morte-de-babu-ong-pede-o-fechamento-do-zoologico-na-justica.shtml>. Acesso em: 23 mar 2017.

ARIOCH, David. *Minerva Foods: impacto ambiental, vazamento de amônia e demissão em massa*. Disponível em: < https://davidarioch.com/2018/02/07/minerva-foods-impacto-ambiental-bois-mortos-em-alto-mar-vazamento-de-amonia-e-demissao-em-massa/>. Acesso em: 17 mar 2018.

BARTLETT, Steven J. Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: Bloqueios psicológicos e conceituais. *Revista Brasileira de direito animal*. Salvador/BA, v.3. n.3, p.19, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10357/7419>. Acesso em: 06 out 2017.

BASTOS, Isabela. *Justiça não concede habeas corpus e chimpanzé Jimmy continua no Zoológico de Niterói*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/justica-nao-concede-habeas-corpus-chimpanze-jimmy-continua-no-zoo-de-niteroi-2793921>. Acesso em: 20 jun 2018.

BBC. *O drama de Pizza, o urso polar mais triste do mundo, exibido em shopping na China*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-36888743>. Acesso em: 18 nov 2017.

BEDINELLI, Talita.*Um gigantesco embarque de boi vivo expõe batalha entre ativistas e a gestão Temer*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/05/politica/1517866118_265133.html>. Acesso em: 26 fev 2018.

Blackfish. Direção de Gabriela Cowperthwaite. Roteiro de Eli B. Despres e Gabriela Cowperthwaite.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. *Decreto 9.013 de 29 de março de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9013.htm>. Acesso em: 03 out.2017.

_____. Lei Complementar Nº996 de 18 de abril de 2018. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/santos/lei-complementar/2018/100/996/lei-complementar-n-996-2018-altera-e-acresce-dispositivos-da-lei-n-3531-de-16-de-abril-de-1968-que-institui-o-codigo-de-posturas-do-municipio-de-santos-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 29 mai 2018.

_____. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. *Lei 11.794, de 8 de outubro de 2008.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRÜGGER, Paula. Nós e os outros animais: especismo, veganismo e educação ambiental. *Revista semestral da faculdade de educação- Unb.* Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4287742/mod_resource/content/2/N%C3%93S%20E%20OS%20OUTROS%20ANIMAIS_ESPECISMO%2C%20VEGANISMO%20E%20EDUCA%C3%87%C3%83O%20AMBIENTAL%20-%20Paula%20Brugger.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018

CARDOSO, Haydée Fernanda. Os animais e o direito. novos paradigmas. *Revista Brasileira de direito animal*, Salvador/BA, v.2, n.2, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10294/7355>. Acesso em: 12 set 2018.

CARRERA, Isabella. *O Debate sobre animais em cativeiro*. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/10/bseaworldb-e-o-debate-sobre-banimais-em-cativeirob.html>. Acesso em: 18 nov 2018.

CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos-ambientais e o direito dos animais. *Revista Brasileira de direito animal*, Salvador/BA, v.6, ano 5, jan./jun. 2010. Disponível em: < https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11078/8154> . Acesso em: 15 set 2018.

5 mil quilos de vingança. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/5-mil-quilos-de-vinganca/>. Acesso em: 17 jan 2017.

COLUCCI, Maria da Glória. O dever de preservação da vida animal como emanação do princípio da "sadia qualidade de vida". *Revista Brasileira de direito animal.* V.9. ano 6. Jul/dez 2011. p. 273. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11732/8395>. Acesso em: 18 set 2018.

CONCEA. Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal. Disponível em: <http://www.sbcal.org.br/conteudo/view?ID_CONTEUDO=41>. Acesso em: 15 mai 2018.

CORREIO. *Mais triste do mundo urso polar é retirado de shopping onde era exibido*. Disponível em: <http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/mais-triste-do-mundo-urso-polar-e-retirado-de-shopping-onde-era-exibido/>. Acesso em: 18 nov 2017.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito Ambiental e questões jurídicas relevantes.* Campinas/SP: Millennium, 2005.

DARAYA, Vanessa. *Conheça a história de Arturo, o urso polar mais triste do mundo*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/conheca-a-historia-arturo-o-urso-polar-mais-triste-do-mundo/#>. Acesso em: 18 nov 2017.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos dos animais. Bruxelas, 1978. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>.

Diretora de Zoológico de Niterói diz que Ibama ignorou liminar ao retirar últimos animais da instituição. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/diretora-do-zoo-de-niteroi-diz-que-ibama-ignorou-liminar-ao-retirar-ultimos-animais-da-instituicao-2712669>. Acesso em: 20 jan 2018.

Elefante Babu pode ter sido envenenado, diz Zoo de Brasília. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/elefante-babu-pode-ter-sido-envenenado-diz-zoo-de-brasilia.ghtml>. Acesso em: 23 mar 2018.

Embarque de Carga Viva no Porto de Santos manda mais de 26 mil bois para a Turquia. Disponível em: <http://www.portalmaritimo.com/2017/12/06/embarque-de-carga-viva-no-porto-de-santos-manda-mais-de-26-mil-bois-para-a-turquia/>. Acesso em: 26 fev. 2018.

EPOCA. *O debate sobre animais em cativeiro*. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/10/bseaworldb-e-o-debate-sobre-banimais-em-cativeirob.html>.

FELIPE, Sônia T. *Por um questão de princípios*: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Boiteux, 2003.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Girafa de 07 anos morre em Zoológico de Brasília. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/girafa-de-7-anos-morre-no-zoologico-de-brasilia>. Acesso em: 25 mar 2018.

GLOBO. *Chimpanzé Jimmy ex-xodó do Zoológico de Niterói adota três filhotes em Santuário de primatas em Sorocaba*. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/animais/chimpanze-jimmy-ex-xodo-do-zoologico-de-niteroi-adota-tres-filhotes-em-santuario-de-primatas-em-sorocaba-8000784.html>. Acesso em: 20 jan 2018.

GONÇALVES, A.; ISAÍAS, C.; CAMPOS, N. O animal não-humano e seu status moral para a ciência e o Direito no cenário brasileiro. *Revista Brasileira de direito animal*. V.6. ano 5. Jan/jun 2010. p. 3. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11076/7990>. Acesso em: 18 set 2018.

GRANT, Carolina. Abolicionismo e direito animal – Desconstruindo paradigmas: uma abordagem sob o prisma dos movimentos em prol dos direitos animais e da ética do cuidado. *Revista Brasileira de Direito Animal*. V.8. ano 6. Jan/Jun 2011. p.278. Disponível em: <https://www.animallaw.info/sites/default/files/brazilvol8_2.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ACP 5000325-94.2017.4.03.6135. Juiz: Djalma Gomes. DJ: 02/02/2018. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/exportacao-carne-suspensa.pdf>. Acesso em: 15 mar 2018.

KOZEN, Egídio Arno; ALVARENGA, Ramon Costa. *Adubação Orgânica.* Disponível em: <http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/milho/arvore/CONTAG01_48_168200511159.html>. Acesso em: 13 mar 2018.

LEITE, José Rubens Morato. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Maria. *Senado aprova lei que torna a vaquejada patrimônio cultural imaterial*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/senado-aprova-lei-que-torna-vaquejada-patrimonio-cultural-imaterial-20397902>. Acesso em: 04 out 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21 ed. , rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *A Lei 11.794/2008 – a crueldade contra os animais.* Revista Internacional de Direito e Cidadania. n 4. Disponível em: <http://www2.ufersa.edu.br/portal/view/uploads/setores/218/sobre%20a%20lei%201 1.794%202008.pdf>. Acesso em: 14 mai 2018.

MAGDA, Regina. *Relato de Inspeção Técnica requisitado pela Justiça Federal com vistas a oferecer subsídios para análise da Ação Civil Pública No 5000325-94.2017.4.03.6135 em tramitação na 25ª Vara Cível Federal de São Paulo*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1FGhV_Xxw-FbEovxDu35FlEfjAFCSK-Nk/view>. Acesso em: 13 mar 2018.

MAPA. Institucional. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/institucional>. Acesso em 05 set 2018.

_____. Legislação. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/sustentabilidade/bem-estar-animal/legislacao>. Acesso em: 05 set 2018.

MOLENTO, Carla Forte Maiolino. *A injustiça do especismo*. Disponível em: <http://www.labea.ufpr.br/PUBLICACOES/Arquivos/Pginas%20Iniciais%201%20 Especismo.pdf>. Acesso: 04 out 2017.

MURARO, Celia Cristina; ALVES, Darlei Novais. *Maus tratos de cães e gatos em ambiente urbano, defesa e proteção dos animais.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14571>.

OAB/RJ. *Ineficácia de testes em animais é denunciada em seminário na OAB/RJ*. Disponível em: <http://www.oabrj.org.br/noticia/91110-ineficacia-de-testes-em-animais-e-denunciada-em-seminario-na-oabrj>. Acesso em: 06 jun. 2018.

O GLOBO. *Arturo, o urso polar mais triste do mundo, morre aos 30 anos*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/arturo-urso-polar-mais-triste-do-mundo-morre-aos-30-anos-19645838>. Acesso em: 18 nov 2017.

PAIXÃO, Rita Leal. *Os animais e o debate moral*. Disponível em: <http://portalteses.icict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00003903&lng=pt&nrm=iso>. Acesso: 15 mar 2018.

PIMENTEL, José Cláudio. *Governo derruba liminar e navio com mais de 25 mil bois deixa o porto de Santos*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-

regiao/porto-mar/noticia/governo-derruba-liminar-e-navio-com-mais-de-25-mil-bois-deixa-o-porto-de-santos.ghtml>. Acesso em: 17 mar 2018.

RIVERA, Ekaterina Akimovna Botovchenco. *Alternativa ao uso de animais em pesquisa.* Disponível em: <http://www.fo.usp.br/wp-content/uploads/ALTERNATIVAS.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

SANTANA, Heron José de. SANTANA, Luciano. *Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA).* Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador/BA, vol.1. n.1, p. 263, jun/dez. 2006. Disponível em: <https://www.animallaw.info/sites/default/files/Brazilvol1.pdf>. Acesso em: 20 jan.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>. Acesso em: 04 set 2018.

SILVA, Lucas de Freitas. *A eficácia do ordenamento jurídico brasileiro na tutela do direto dos animais*. Disponível em: <https://lucasdefreitas.jusbrasil.com.br/artigos/244444384/a-eficacia-do-ordenamento-juridico-brasileiro-na-tutela-do-direito-dos-animais>. Acesso em: 23 ago 2018.

SINGER, Peter. *Libertação Animal.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SINGER, Peter. *Vida ética:* Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SOUZA, Robson Fernando. *Vaquejada: a essência de um "esporte" que explora animais*. Disponível em: <http://veganagente.com.br/vaquejada-a-essencia-de-um-esporte-que-explora-animais/>. Acesso em: 04 out. 2017.

STF. *Ministro suspende proibição de transporte de animais vivos em Santos*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=376500>. Acesso em: 03 mai 2018.

TJBA. HABEAS CORPUS: HC 833085-3/2005. Juiz: Edmundo Lúcio da Cruz. DJ:28/09/2005. UFBA, 2005. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/102597315>. Acesso em: 28 mar. 2018.

"*Urso polar mais triste do mundo deixa jaula em shopping na China*". Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/11/urso-polar-mais-triste-do-mundo-deixa-jaula-em-shopping-da-china.html>. Acesso em: 18 nov 2017.

VASCONCELOS, Arthur Carvalho. *Proteção jurídica dos animais circenses*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/artur_vasconcellos.pdf>. Acesso em: 04 out 2017.

VASCONCELOS, Yuri. *Pele de laboratório.* Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/07/14/pele-de-laboratorio/>. Acesso em: 21 set 2018.

VEJA. *Morre Tilikum, a orca do SeaWorld que protagonizou Blackfish.* Disponível em: http://veja.abril.com.br/mundo/morre-tilikum-a-orca-do-seaworld-que-protagonizou-blackfish/#>. Acesso em: 19 set 2017.

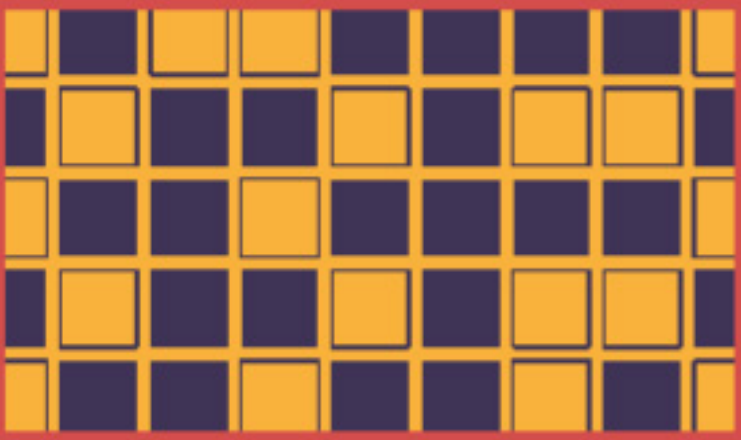
VIEIRA, Sérgio. *Promulgada Emenda Constitucional que libera a prática da vaquejada*. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/06/promulgada-emenda-constitucional-que-libera-pratica-da-vaquejada>. Acesso em: 24 nov 2017.

YNTERIAN, Pedro. *A Tragédia de Suíça: último ato*. Disponível em: <http://www.projetogap.org.br/noticia/a-tragedia-de-suica-ultimo-ato/>. Acesso em: 20 jan 2018.

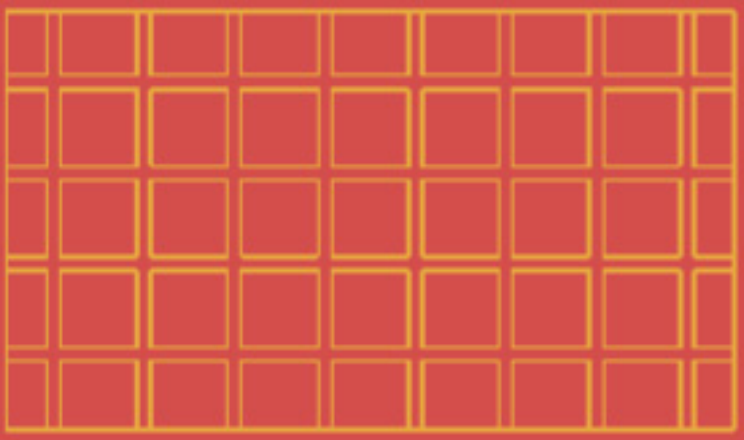
VERDAN, Tauã Lima. *A fauna brasileira elevada à condição de Bem Ambiental: Tessituras à salvaguarda do meio ambiente natural.* Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj044467.pdf>. Acesso em: 19 set 2018

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2



Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário



UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

O MODELO BRASILEIRO DE TRABALHO INTERMITENTE E A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SALÁRIO

Simone Saad Calil

RESUMO

O trabalho desempenha um papel central na vida do indivíduo, permitindo o exercício de sua cidadania e dando corpo ao princípio da dignidade da pessoa humana. É por isso merecedor de seus *status* constitucional e de norma de direitos humanos internacional. Ocorre que, com as naturais transformações no mundo do trabalho, surgem novas e variadas formas de contratação, decorrentes da demanda por flexibilização e desregulação do trabalho. Nesse contexto, as formas de trabalho chamadas atípicas se desenvolvem, sendo uma delas o trabalho intermitente. No Brasil, o trabalho intermitente foi inserido no ordenamento pela Lei nº 13.467/2017, apelidada de reforma trabalhista. Com pouca regulamentação, o instituto coloca em dúvida a incidência de muitos direitos sociais previstos na Carta Constitucional. Assim, tenta-se identificar neste trabalho quais seriam as aparentes inconsistências do modelo trazido pela referida lei, e como ele poderia ser compatibilizado com o regime empregatício normativo brasileiro, sempre à luz dos preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Reforma trabalhista. Trabalho intermitente.

1 INTRODUÇÃO

A chamada reforma trabalhista, materializada na Lei nº 13.467/2017, alterou dezenas de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em alguns casos, lacunas, até então preenchidas pela atuação dos tribunais do trabalho, foram supridas; em outros, institutos foram alterados; mas houve também situações de inserção no ordenamento de figuras antes estranhas e até incompatíveis com o modelo empregatício brasileiro.

Uma dessas figuras foi o trabalho intermitente, que rompe com toda a lógica do que se considerava vínculo empregatício. O legislador assim o descreveu:

> Art. 443. [...]
>
> § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.[1]

Tem-se então um contrato com subordinação, sem continuidade, em que pode haver ou não a prestação do serviço, com consequente pagamento ou não do salário.

O tema, apesar de recente no Brasil, tem levantado debates. Afinal, figuras assemelhadas ao trabalho intermitente já são usadas em diversos países há anos, sendo alvo de muitas críticas pela insegurança a que submete o empregado. Toda a teia de proteção de que é destinatário o empregado se fragiliza quando, tendo um vínculo de emprego vigente, não há garantia de prestação de serviço habitual e não se percebe salário.

A centralidade do trabalho na vida das pessoas se deve, dentre outras razões, à possibilidade que o trabalho proporciona ao indivíduo de prover o próprio sustento e o de sua família. O trabalho, além de instrumento de identificação do próprio indivíduo, é o principal acesso aos recursos financeiros necessários à satisfação de suas necessidades básicas, desde a alimentação, moradia e educação, às indispensáveis práticas sociais de lazer e interação que, não raro em uma sociedade de consumo, exigem o emprego de valores. Mas o emprego sem trabalho e sem salário é um vínculo vazio, que não cumpre adequadamente sua função social.

Para aqueles que apoiam a nova modalidade de contratação, sua utilização trará flexibilidade e liberdade a empregados e empregadores. Os empregados podem conciliar o emprego com outras atividades, como estudo ou família. Os

[1] BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

empregadores disporão da mão de obra nos momentos de maior demanda, e reduzirão seus custos quando houver uma demanda menor, visto que remunerarão o empregado apenas quando da efetiva prestação do serviço. É do empregador a decisão de convocar ou não o empregado. É do empregado a faculdade de aceitar a oferta.

Entre dúvidas e incertezas, o trabalho intermitente já começa a ser utilizado. Dados do CAGED mostram que, até agosto de 2018, mais de 30 mil empregados estão sob essa forma de contratação. Infelizmente, ainda não há dados quanto às convocações ou quanto à média de horas trabalhadas por semana por esses empregados, tampouco existem informações detalhadas sobre a causa dos mais de 9 mil desligamentos já efetivados.

Nesse cenário de debates, o presente trabalho busca demonstrar a importância do trabalho e do salário na sociedade, e compreender o que é o trabalho intermitente instituído pela Lei nº 13.467/2017, e de que modo ele se insere, de fato, no sistema normativo trabalhista, no qual vigora o princípio da proteção do empregado, dado o desequilíbrio de sua relação com o empregador.

Com esse objetivo, o primeiro capítulo aborda a centralidade do trabalho, seu valor social, a dependência de um trabalho e de um salário para que se tenha uma vida digna. Apesar das várias fontes de obtenção de renda existentes, é do salário que a maioria das famílias vive. O emprego é, portanto, essencial e, por isso, é objeto de proteção em todo o mundo. No Brasil, essa proteção foi delineada por décadas, em cada Constituição desde 1934, alcançando seu maior destaque na Constituição de 1988, que insere os direitos sociais dentre os direitos e garantias fundamentais. Lado a lado, a valorização do trabalho e da livre iniciativa são dispostos por toda a Carta Magna, deixando clara a intenção do constituinte originário: capital e trabalho devem conviver em harmonia. São fundamentos da ordem econômica e da própria República. Inúmeros tratados de direitos humanos, por sua vez, também reforçam a importância do trabalho na dignidade do indivíduo, no atingimento da justiça social.

Ocorre que as relações de trabalho são dinâmicas, transformando-se a partir das mudanças que as sociedades experimentam. A partir dessas transformações, novas formas de produzir vão sendo desenhadas, e novos modelos de contratação também. Vão surgindo os chamados contratos atípicos de trabalho, com características das mais diversas, como a terceirização, o trabalho temporário, e o próprio trabalho intermitente.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo do trabalho intermitente em si. Sem a pretensão de se esgotar o tema, são trazidos diferentes conceitos e figuras assemelhadas já em uso por outros Estados, e como vêm sendo tratadas. Verifica-se que há certa divergência quanto à categorização dessa forma de contratação, dadas as variadas nuances que assume em cada sociedade. São apresentados um breve relato da apressada tramitação do projeto de lei que originou a Lei nº 13.467/2017, as características do trabalho intermitente adotado, e alguns dados quanto à sua utilização desde a entrada em vigor da lei.

Por fim, o terceiro capítulo avalia, frente ao regime empregatício normativo que vigora no Brasil, quais as possíveis inconsistências encontradas no modelo de contrato de emprego criado pelo legislador, e são sugeridas, em alguns casos, formas de compatibilização.

Muitas foram as questões que ficaram sem resposta. A pouca discussão com a sociedade quando da tramitação da lei, o ineditismo do tema, e a superficialidade com que foi tratado pelo legislador no texto legal deixam aos interpretes da norma a tarefa de buscar as acepções mais harmônicas do instituto com o arcabouço jurídico existente. Sempre alicerçados, evidentemente, nos preceitos da Constituição Federal.

2 A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO E DO SALÁRIO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O trabalho é um dos alicerces da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite ao homem sentir-se útil, e sustentar-se a si e à sua família com os frutos de sua atividade. Favorece assim o atingimento da justiça social.

Em razão de sua importância, o direito ao trabalho é reconhecido como direito fundamental no ordenamento de inúmeros países, além dos tratados que versam sobre direitos humanos. Busca-se garantir a inserção de todos os cidadãos no mundo do trabalho, de forma livre, com respeito a direitos sociais básicos, como a percepção de um salário mínimo, o exercício de uma jornada de trabalho limitada, o direito ao gozo de férias e repouso semanal remunerados, entre outros.

Ocorre que, com as transformações das sociedades, novos e variados modelos de trabalho têm sido criados, a partir de tentativas de flexibilização das regras trabalhistas e da forma de se trabalhar. Nesse contexto, surge, entre outros modelos, o chamado trabalho intermitente, inserido no que se denominam trabalhos atípicos.

2.1 A centralidade do trabalho

Apesar de já estarem presente em todas as constituições brasileiras desde 1934, às regras trabalhistas foi dado papel central na Carta Magna de 1988 (CF/88). Afinal, a importância e centralidade do trabalho na vida das pessoas foi ressaltada nos principais títulos da Constituição, como o Título I (Dos Princípios Fundamentais), Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), e Título VIII (Da Ordem Social).[2]

O primado do trabalho é a base da ordem social (art. 193), que tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa foram trazidos no art. 1º da Constituição Federal de 1988, como sendo princípios fundantes do Estado Democrático de Direito brasileiro.[3] De modo semelhante, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, a CF/88 preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência

[2] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
[3] BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170).[4] O tratamento constitucional dispensado ao valor social do trabalho e à livre iniciativa demonstra a opção por um Estado democrático-social, em que deve haver um equilíbrio entre os direitos sociais e a livre iniciativa, sendo o aspecto econômico da iniciativa privada fortemente relacionado ao seu valor social.[5, 6, 7]

Assim, estando a ordem econômica assentada na valorização do trabalho, e sendo o primado do trabalho a base da ordem social, em qualquer circunstância, o bem maior a ser preservado é o trabalho, já que excluir alguém do mundo do trabalho implica sua exclusão de outros campos sociais, como o mercado, a previdência e a educação.[8, 9] A inclusão dos direitos fundamentais sociais nas constituições foi a maior contribuição do Estado de Bem-Estar Social.[10]

Também no âmbito internacional, diversos atos consideram o direito ao trabalho e à remuneração como direitos essenciais do homem. Citem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos[11], a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem[12], o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e

[4] BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

[5] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

[6] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[7] KONRATH, Ângela Maria. O Contrato de Trabalho Intermitente. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 34, n. 408, p. 103-106, dez. 2017.

[8] STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492305>. Acesso em: 28 abr. 2018.

[9] PORTO, Noemia; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017.

[10] VASCONCELOS FILHO, Oton, MORAIS, Moacir, VASCONCELOS, Maria Catarina. Proteção ao trabalho no Brasil e na América Latina no século XXI: desafios e perspectivas a partir da constituição mexicana de 1917. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 27, p. 403-446, jul./dez. 2017.

[11] ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[12] OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Culturais[13], e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Protocolo de São Salvador[14]. Em tais normativos, enfatiza-se o direito de toda pessoa ao trabalho; à livre escolha de emprego com justas condições; à remuneração justa e satisfatória, que proporcione uma existência decente ao trabalhador e à sua família, compatível com a dignidade humana; às férias periódicas remuneradas e pagamento de salários nos dias feriados nacionais.

Sendo assim, propostas que flexibilizam os direitos trabalhistas, sob o argumento de promoção do crescimento econômico, necessitam de ampla discussão a fim de que haja melhoria nas condições de vida dos trabalhadores, não podendo haver a fragilização daqueles que vivem de seu trabalho apenas para reduzir custos econômicos. Afinal, o trabalho é expressão de cidadania, e não mero fato econômico.[15]

É sabido que, nos centros urbanos, caso o cidadão não tenha recurso para prover sua subsistência ou desenvolver uma atividade por conta própria, não lhe resta alternativa ao trabalho assalariado para suprir suas necessidades básicas.[16] Tanto os direitos à saúde, à alimentação, à moradia, quanto os direitos de seguridade social, como proteção à maternidade e assistência aos desamparados, estão alicerçados no trabalho humano.[17] O salário é, na vida real, a fonte principal de

[13] BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[14] BRASIL. *Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[15] PORTO, Noemia; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017.

[16] MACEDO, Roberto. *Os Salários na Teoria Econômica*. São Paulo: IPEA/INPES, 1982. Pg. 18.

[17] KONRATH, Ângela Maria. O Contrato de Trabalho Intermitente. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 34, n. 408, p. 103-106, dez. 2017.

ingresso para o trabalhador, e disso decorre seu caráter alimentício, sendo um importante instrumento para o alcance da justiça social.[18, 19]

Nesse sentido, Piketty apresenta o resultado de pesquisa realizada na França, no ano 2000, na qual demonstra que, apesar de a renda poder ser proveniente não apenas do salário, mas de trabalho autônomo, aposentadoria, transferências e patrimônio, 58,8% da renda total das famílias é, de fato, recebida em forma de salários.[20]

Assim, o desemprego retira das pessoas sua fonte de sustento, e gera impacto econômico na medida em que restringe o poder aquisitivo das famílias, e consequentemente reduz o consumo de bens duráveis e não duráveis e de serviços, sem contar com diminuição na arrecadação de tributos pelo Estado.[21]

Não à toa um dos princípios da ordem econômica é a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), entendido como a condição em que todos os que estão aptos a exercer uma atividade remunerada têm a oportunidade de fazê-lo.[22]

O salário tem uma dimensão social e uma dimensão econômica, frutos do ciclo integrativo formado pela necessidade de existência de empresas para que haja economia, de trabalhadores para que haja empresas, e de salário para que haja trabalhadores.[23] Assim, a maior distribuição de renda proporcionada pela manutenção do trabalho permite que a economia cresça em diversos aspectos, como o mercado de consumo, a previdência, a educação, entre outros.[24] Já a redução de

[18] CUEVA, Mario de la. *Derecho mexicano del trabajo*. 5. ed. Cidade do México: Porrúa, 1960. APUD NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.
[19] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
[20] PIKETTY, Thomas. *A Economia da Desigualdade*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. Pg. 14-15.
[21] DELGADO, Maurício Godinho. O Desemprego como Estratégia no Capitalismo de Finanças. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, Brasília, v. 3, n. 1, 2017, p 125-137, jan-jun/2017. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/exemplo1/article/view/Maur%C3%ADcio%20Godinho/Godinho>. Acesso em: 20 maio 2018.
[22] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
[23] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.
[24] PORTO, Noemia; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017.

salários intensifica as crises econômicas, pois provoca uma diminuição do consumo e, consequente, da produção.[25] Esse impacto que o trabalho e o salário provocam na economia desestrutura o argumento de que a rigidez dos direitos trabalhistas leva a um alto custo de produção, impedindo o crescimento econômico.[26]

Com relação ao salário, propriamente, Nascimento o diferencia entre justo, vital ou suficiente. Justo é o salário pago em valor correspondente, de fato, ao trabalho prestado. Vital é aquele capaz de garantir um mínimo das necessidades para a subsistência do trabalhador. O salário suficiente, por sua vez, atende as necessidades vitais e as relevantes do empregado e de seus familiares.[27]

Para a doutrina, o salário não deriva do trabalho efetivamente prestado, mas da existência da relação empregatícia, tendo um caráter retributivo ou contraprestativo. Esse entendimento é reforçado pela obrigação de pagamento de salário em algumas situações, ainda que não haja prestação do serviço, como na interrupção do contrato. Tem também um caráter chamado forfetário, derivado do princípio da alteridade, que se relaciona à obrigatoriedade que o empregador tem quanto ao pagamento do salário, independentemente da sorte da empresa. Diretamente relacionado ao caráter forfetário está o caráter de persistência ou continuidade do salário, que significa que, ainda que haja força maior ou fato imprevisto, o empregador não se desobriga do pagamento do salário. Ademais, por ser uma obrigação de trato sucessivo, o salário tem periodicidade, característica que merece destaque, e que resulta do fato de a parcela básica do salário não poder ser paga em intervalo superior ao mensal. A periodicidade está diretamente relacionada ao caráter alimentar do salário, segundo o qual o salário é o instrumento mais comum que se tem para o suprimento das necessidades básicas do indivíduo e de sua

[25] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista e Crise Econômica: negociado *versus* legislado. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 181. ano 43. p. 31-44. São Paulo: Ed. RT, set. 2017.
[26] PORTO, Noemia; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017.
[27] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997. Pg. 30

família. Por fim, o salário tem caráter indisponível, não podendo haver renúncia ou transação bilateral que resulte em sua supressão.[28]

Em regra, os salários podem ser aferidos por unidade de tempo, por unidade de obra, ou por tarefa. O salário por unidade de tempo é aquele em que é computada a duração do serviço prestado, incluindo-se o tempo à disposição do empregador e os intervalos remunerados. A base, portanto, é a jornada pactuada, e não a produtividade do empregado. Registra-se que, caso a unidade de tempo seja a hora, e o pagamento seja semanal, devem ser acrescidos o repouso semanal remunerado e os feriados, o que não ocorre nos pagamentos quinzenais ou mensais, nos quais tais valores se presumem incluídos.[29, 30]

Já o salário por unidade de obra depende da produtividade do empregado, como peça produzida ou venda realizada, havendo sempre o direito ao descanso semanal remunerado e ao pagamento dos feriados.[31] Esse modo de aferição pode ser danoso ao empregado, que poderia ficar sem salário caso não tenha produtividade, e por isso a própria CF determina, em seu art. 7º, VII, que, aqueles cuja remuneração é variável, devem ter garantido o pagamento de um salário mínimo ao mês.[32] No mesmo sentido os arts. 78 da CLT e 1º e 2º da Lei nº 8.716, de 11 de outubro de 1993, os quais explicitam que o salário mínimo é garantido independentemente da forma de aferição da parte variável[33]. Ainda objetivando a garantia de salário, o art. 483, *g*, da CLT, permite ao empregado considerar rescindido o contrato e pleitear

[28] DELGADO, Maurício Godinho. *Salário*: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
[29] DELGADO, Maurício Godinho. *Salário*: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
[30] BRASIL. *Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949*. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. Rio de Janeiro, 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.
[31] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 27*. É devida a remuneração do repouso semanal e dos dias feriados ao empregado comissionista, ainda que pracista. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-27>. Acesso em: 5 abr. 2018.
[32] BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.
[33] BRASIL. *Lei nº 8.716, de 11 de outubro de 1993*. Dispõe sobre a garantia do salário mínimo e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8716.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

indenização caso o empregador reduza o trabalho por peça ou tarefa, afetando sensivelmente a importância do salário.[34]

Por sua vez, o salário por tarefa é uma combinação dos critérios de unidade de obra e de unidade de tempo, pois é pago por unidade de tempo, com uma produtividade mínima obrigatória. Frise-se que não se permite a percepção de salário inferior ao mínimo legal ou ao mínimo da categoria, ainda que se adote o salário por tarefa.[35, 36]

2.2 Os direitos sociais na Constituição Federal e nos tratados ratificados pelo Brasil

Como dito no item 1.1, apesar de fazer parte das Constituições desde 1934, foi em 1988 que o Constituinte criou o verdadeiro Direito Constitucional do Trabalho.[37] Com o fito de permitir que o trabalho cumpra seu papel central na sociedade, a Carta Magna estabelece uma série de regras e princípios direta ou indiretamente relacionados à importância do trabalho no Estado Democrático. Ademais, conforme o § 3º do art. 5º da CF/88, tratados de direitos humanos podem, a depender de sua tramitação no Congresso, serem equivalentes às emendas constitucionais.

Como o direito do trabalho é uma vertente dos direitos humanos, Delgado e Delgado entendem que possui sempre hierarquia de norma supralegal. Os autores afirmam que, caso haja conflito entre as leis internas e os tratados ratificados, devem ser aplicados os princípios da norma mais favorável ao trabalhador e da vedação do retrocesso, os quais nortearam a interpretação e levariam à solução do conflito.[38]

---

[34] BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.
[35] DELGADO, Maurício Godinho. *Salário*: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
[36] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.
[37] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
[38] DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com os Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 155-156.

Além dos já citados tratados de direitos humanos, que consideram o direito ao trabalho e à remuneração como essenciais do homem, diversas Convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, garantem direitos fortemente relacionados à percepção de salário.

Um exemplo é a Convenção nº 132, sobre as Férias Anuais Remuneradas, que preconiza que qualquer empregado tem direito a férias remuneradas, as quais são de 30 dias no Brasil, conforme informado no ato de ratificação.[39]

Já a Convenção nº 131, sobre a Fixação dos Salários Mínimos, estabelece que o salário mínimo deve abranger as necessidades dos trabalhadores e das respectivas famílias, tendo em atenção, inclusive, as prestações de segurança social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais.[40] Critérios e mecanismos para a fixação e reajuste de salários mínimos são apresentados também pela Recomendação nº 135 da OIT.[41]

Tratando da Proteção do Salário, o artigo 12 da Convenção nº 95 determina que o salário seja pago em intervalos regulares, os quais devem estar prescritos na legislação nacional.[42, 43] A periodicidade do pagamento ao empregado é, inclusive, um indício que pode ser utilizado para determinar a existência de uma relação de

---

[39] BRASIL. *Decreto nº 3.197, de 5 de outubro de 1999*. Promulga a Convenção no 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Férias Anuais Remuneradas (revista em 1970), concluída em Genebra, em 24 de junho de 1970. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3197.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[40] BRASIL. *Decreto nº 89.686, de 22 de maio de 1984*. Promulga a Convenção nº 131 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Fixação de Salários Mínimos, com Referência Especial aos Países em Desenvolvimento, 1970. Brasília, 1984. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=512326&id=14247973&idBinario=15645389&mime=application/rtf>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[41] OIT. *R135 - Minimum Wage Fixing Recommendation, 1970*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312473,es:NO>. Acesso em: 8 maio 2018.

[42] BRASIL. *Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957*. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Rio de Janeiro, 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d41721.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[43] No Brasil, esse intervalo é definido pelo art. 459 da CLT, o qual preleciona que "O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações."

trabalho, conforme item 13, b, da Recomendação nº 198 da OIT.[44] Conforme o item 9 da Recomendação nº 198 da OIT, a existência de uma relação de trabalho deve ser determinada principalmente pelo acordo dos fatos relativos à execução do trabalho e à remuneração do trabalhador.[45]

Apesar de não ratificada pelo Brasil, a Convenção nº 175 da OIT, que trata especificamente sobre o trabalho a tempo parcial, determina que devem ser adotadas medidas para que os trabalhadores em regime de tempo parcial recebam os mesmos direitos daqueles em tempo integral, em especial quanto à proteção da maternidade, à cessação da relação de trabalho, às férias anuais remuneradas e aos feriados remunerados, e à licença por motivo de doença. Ademais, a Convenção orienta que deve haver uma adaptação das regras de seguridade social, a fim de permitir que os trabalhadores a tempo parcial se beneficiem de condições equivalentes às dos trabalhadores a tempo completo, ainda que de forma proporcional à duração do trabalho. Registra-se que o artigo 8º da Convenção permite a exclusão de parte de seu regime de proteção quanto a trabalhadores cuja duração do trabalho ou os ganhos sejam inferiores a determinados limites. Por fim, destaca-se a orientação de que a passagem de um trabalho a tempo parcial para um integral, e vice-versa, deve ser voluntária.[46]

Por sua vez, a Recomendação nº 182 da OIT, também sobre trabalho a tempo parcial, sugere que as modificações no regime de seguridade social sejam feitas de modo a assegurar benefícios relativos a maternidade, velhice, doença, invalidez, seguro desemprego. Sugere ainda que os trabalhadores a tempo parcial tenham acesso a licenças concedidas ao trabalhador em tempo integral, em especial licença

[44] OIT. *R198 - Employment Relationship Recommendation*, 2006. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312535,es>. Acesso em: 7 maio 2018.

[45] OIT. *R198 - Employment Relationship Recommendation*, 2006. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312535,es>. Acesso em: 7 maio 2018.

[46] OIT. *C175 - Convenção sobre o Trabalho a Tempo Parcial, 1994*. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c175_pt.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

remunerada para estudos, licença parental e licença por motivo de doença em filho ou familiar próximo.[47]

As citadas Convenção nº 175 e Recomendação nº 182 adquirem relevância no presente estudo pelo fato de o trabalho intermitente, da forma adotada no Brasil, ser inserido nos contratos a tempo parcial tanto pela OIT quanto pela Eurofound, como será discutido no item 2.1.

Como já dito, com a promulgação da CF/88, foram estabelecidos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático instituído, dentre os quais destacam-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). A partir dessa lógica, o Título II da CF/88 apresenta uma série de direitos e garantias fundamentais, sendo seu Capítulo II dedicado aos direitos sociais, com especial atenção aos direitos dos trabalhadores.[48]

Os direitos sociais fazem parte da segunda dimensão de direitos, e constituem as liberdades positivas que devem ser observadas pelo Estado Social de Direito a fim de se alcançar a igualdade social. Tais direitos vinculam o legislador infraconstitucional, que deve atuar ativamente para concretizá-los.[49]

Em um rol exemplificativo de 34 incisos, o art. 7º da CF/88 relaciona uma série de direitos mínimos dos trabalhadores. Preleciona ainda, tornando constitucional o princípio da norma mais favorável no direito do trabalho, que tais direitos não excluem outros que objetivem a melhoria da condição social do trabalhador.[50]

---

[47] OIT. *R182 - Part-Time Work Recommendation, 1994*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312520,es:NO>. Acesso em: 7 maio 2018.

[48] BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

[49] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012.

[50] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

Apesar de sua amplitude, verifica-se que a maioria dos direitos sociais constitucionais se relaciona fortemente à percepção do salário, sem o qual restam inviabilizados, como demonstrado a seguir.

Uma das principais garantias constitucionais do trabalhador é o salário mínimo (inciso IV), nacionalmente unificado, que deve ser "capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

Para aqueles cuja remuneração é variável, há uma flutuação do salário recebido a cada mês, decorrência natural da modalidade salarial, justamente porque os fatores que determinam o valor do salário são variáveis. Para que essa flutuação não seja tal que afete o nível de vida do empregado, a própria Constituição determina, em seu inciso VII, que ainda que o empregado perceba remuneração variável, deve ter garantido um salário, nunca inferior ao mínimo.[51, 52] Stürmer entende que essa interpretação deve ser extensiva, e caso haja um piso salarial para a categoria, a garantia mínima será desse valor, e não do salário mínimo nacional.[53]

Como proteção à garantia do salário, o inciso VI preleciona que o salário é irredutível, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Tal garantia está materializada na CLT, no art. 468, que estabelece a ilicitude e consequente nulidade de alterações contratuais que resultem prejuízo direto ou indireto ao empregado, e no art. 483, alínea *g*, que permite ao empregado considerar seu contrato rescindido caso

[51] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
[52] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.
[53] STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492305>. Acesso em: 28 abr. 2018.

o empregador reduza sua demanda de modo a afetar sensivelmente o valor do salário.[54]

Além da garantia de recebimento de um salário mínimo e irredutível, a Constituição concede outros direitos, diretamente derivados da percepção de salário.

O salário mínimo é a linha abaixo da qual está o domínio da exploração humana, e, apesar de a Constituição determinar que ele seja suficiente às necessidades do trabalhador e de sua família, essa seria a meta a ser alcançada por meio de políticas públicas[55], sendo salário mínimo calculado para as necessidades de uma pessoa apenas, razão pela qual se instituiu o salário-família[56], devido ao trabalhador de baixa renda (inciso XII).

O salário-família foi criado pela Lei nº 4.266, de 3 de outubro de 1963, e atualmente é regido também pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Apesar da denominação, o salário-família não é contraprestação paga pelo empregador ao empregado pela relação de emprego. A parcela tem natureza previdenciária e é paga ao empregado pelas empresas vinculadas à Previdência Social, que se ressarcem mediante compensação de recolhimentos previdenciários sob seu encargo. O valor é devido em função do número de dependentes do empregado, sejam eles filhos menores de quatorze anos ou pessoas inválidas, e tem como base de cálculo o salário mínimo, e não o salário do empregado.[57, 58, 59]

---

[54] BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

[55] STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492305>. Acesso em: 28 abr. 2018.

[56] SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1977.

[57] BRASIL. *Lei nº 4.266, de 3 de outubro de 1963*. Institui o salário família do trabalhador. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4266.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

[58] BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

[59] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

Por sua vez, o seguro-desemprego (inciso II), regulado pela Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e financiado com recursos de arrecadação da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), é devido ao trabalhador dispensado sem justa causa que comprove, dentre outros requisitos, ter recebido salários por doze meses nos últimos dezoito meses imediatamente anteriores à dispensa, quando da primeira solicitação (art. 3º, I, Lei nº 7.998/1990 c/c art. 239, CF).[60] Logo, caso o empregado não receba salário, ainda que tenha um vínculo empregatício ativo, não haverá direito ao seguro-desemprego.

Também o fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS – inciso III), regido pela Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, é devido tendo por base a remuneração do empregado, porquanto o art. 15 da norma regulamentadora estabelece que os empregadores devem depositar, até o dia sete de cada mês, a importância de oito por cento da remuneração devida ou paga no mês anterior.[61] Novamente, não há que se falar em FGTS sem que haja percepção de salário. Registre-se que o inciso I do art. 7º da CF, dispositivo de eficácia limitada, protegeu o trabalhador contra a despedida arbitrária, assegurando-lhe indenização compensatória em tal caso. Essa proteção deveria ser regulada por lei complementar, nunca editada, e o constituinte originário estabeleceu, no inciso I do art. 10 do ADCT, que a indenização devida, até a promulgação da referida lei complementar, ficaria limitada à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS realizados em favor do empregado.[62]

Outra garantia constitucional dos empregados, diretamente relacionada ao salário, é a chamada gratificação natalina, ou décimo terceiro salário, que deve ser calculado com base na remuneração integral, consoante inciso VIII, e que segue o

[60] BRASIL. *Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990*. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

[61] BRASIL. *Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

[62] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012.

disposto na Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, cujo art. 1º preleciona que a gratificação será paga no mês de dezembro, e corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço no ano correspondente.[63] Aqueles que percebem remuneração variável terão garantido o direito ao décimo terceiro salário, que deve ser calculado, no caso, a partir da média mensal de produção anual do empregado.[64, 65]

A Constituição assegura ainda algumas hipóteses de afastamento do empregado, por óbvio, remunerados. São eles o repouso semanal remunerado (inciso XV), preferencialmente aos domingos, a ser concedido nos termos da Lei nº 605/1949[66]; o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (inciso XVII); a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (inciso XVIII); e a licença-paternidade de cinco dias (inciso XIX, c/c § 1º do art. 10 do ADCT).

Em tais situações, o empregador permanece com todas as obrigações que decorrem do contrato de trabalho, enquanto a prestação do serviço pelo empregado e sua disponibilidade perante o empregador ficam sustadas.[67] Registra-se, no entanto, que o salário-maternidade, devido à empregada em licença à gestante, é um benefício previdenciário, decorrente de sua condição como segurada da Previdência Social, que será pago pelo empregador e compensado quando do recolhimento das

[63] BRASIL. *Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962*. Institui a Gratificação de Natal para os Trabalhadores. Brasília, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4090.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.
[64] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
[65] BRASIL. *Decreto nº 57.155, de 3 de novembro de 1965*. Expede nova regulamentação da Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, que institui a gratificação de Natal para os trabalhadores, com as alterações introduzidas pela Lei nº 4.749, de 12 de agôsto de 1965. Brasília, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d57155.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.
[66] BRASIL. *Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949*. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. Rio de Janeiro, 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.
[67] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

contribuições incidentes sobre a folha de salários, conforme arts. 71 e 72, §1º, da Lei nº 8.213/1991.[68]

Por sua vez, o inciso XVI, garantidor da remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal, é diretamente dependente de uma fixação de jornada, visto não ser possível identificar se a hora é extraordinária sem que a quantidade de horas da jornada de trabalho esteja preestabelecida.

Há também direitos previstos na Carta Magna relacionados não apenas à percepção de salário, mas também ao tempo trabalhado, como é o caso do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI), e da aposentadoria (inciso XXIV).

Quanto ao aviso prévio, o art. 487 da CLT[69] estabelecia dois prazos mínimos a depender da forma de pagamento do contrato. Com a promulgação da Constituição, em 1988, o prazo mais curto, de oito dias, não foi recepcionado, e o prazo mínimo para o aviso prévio, desde então, é de trinta dias[70]. Ademais, a Carta Magna determinou que o aviso deveria ser proporcional ao tempo de serviço, na forma da lei, sendo que apenas em 11 de outubro de 2011, com a edição da Lei nº 12.506, foi dada eficácia ao dispositivo e estabelecida a proporcionalidade.[71]

Da leitura conjugada da Constituição, da CLT, e da Lei nº 12.506/2011, verifica-se que tanto empregado quanto empregador se submetem à regra da comunicação antecipada à outra parte sobre a resolução sem justo motivo do contrato de trabalho. Haverá o direito de desconto dos salários correspondentes por

---

[68] BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

[69] BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

[70] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

[71] BRASIL. *Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011*. Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

parte do empregador, ou de recebimento do período de forma indenizada por parte do empregado, em caso de descumprimento do prazo. A proporcionalidade, no entanto, não é direito do empregador, porquanto prevista no art. 7º da Constituição, que assegura direitos ao trabalhador.

Ademais, o período de aviso prévio deve ser computado como tempo de serviço, e, caso o salário seja pago na base de tarefa, deve-se considerar a média dos últimos doze meses de serviço (art. 487, §§ 1º e 3º, CLT).

Já a aposentadoria é um direito de natureza previdenciária do empregado, e sua regulamentação está na Lei nº 8.213/1991, com as condições mínimas estabelecidas pela Constituição. A lei define quatro hipóteses de aposentadoria, quais sejam, aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de contribuição, e aposentadoria especial.[72] Para as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial, exige-se um período de carência de 180 contribuições mensais, ou seja, são necessários 180 meses de contribuição, no mínimo.[73] Percebe-se que, caso o trabalhador, ainda que com contrato de emprego vigente, não realize as contribuições mensais previdenciárias, terá dificuldades em alcançar o mínimo de 180 meses de contribuição para fazer jus à garantia constitucional da aposentadoria.

Por sua vez, o preceito insculpido no inciso XXXIV, de igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, é a aplicação do princípio isonômico do direito do trabalho, a expressa determinação de que, apesar de estarem em situações distintas, tais trabalhadores devem receber o mesmo tratamento jurídico.[74] Parece não restar dúvidas de que, se a CF buscou conferir igual proteção aos trabalhadores em contratos tão distintos, no contrato de trabalho intermitente, modalidade inserta no conceito "trabalhador com vínculo

[72] STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492305>. Acesso em: 28 abr. 2018.
[73] BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
[74] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

empregatício permanente" utilizado pela Carta Magna, não pode haver qualquer redução de direitos.

Além dos citados incisos do art. 7º, a Lei Maior concede algumas garantias de emprego, também chamadas estabilidades provisórias ou temporárias, a certos empregados. Em tais situações, o empregador fica impedido de desligar o empregado, sob pena de ser obrigado a reintegrá-lo.[75] Em seu art. 8º, inciso VIII, a CF/88 apresenta a importante vedação à dispensa do dirigente sindical, desde o registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato. Apenas será permitida a dispensa desse empregado por justa causa, sendo o cometimento da falta grave apurado necessariamente mediante a propositura de inquérito judicial.[76, 77, 78]

Também o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu art. 10, inciso II, confere estabilidade provisória ao dirigente de CIPA (alínea *a*) e à gestante (alínea *b*), vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa de ambos. No caso do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes (CIPA), a proteção se inicia com o registro de sua candidatura, e perdura por um ano após o final de seu mandato. Frise-se que tal garantia é extensível aos suplentes, e abrange somente os representantes eleitos pelos empregados, e não aqueles designados pelo empregador.[79, 80]

---

[75] MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[76] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

[77] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 379*. O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-379>. Acesso em: 29 abr. 2018.

[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 197*. O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2208>. Acesso em: 29 abr. 2018.

[79] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

[80] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 339*. I - O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, "a", do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Disponível em:

Já a proteção à empregada gestante se inicia com a confirmação da gravidez e perdura até cinco meses após o parto, sendo desnecessário o conhecimento do estado gravídico pela gestante e pelo empregador.[81, 82]

Percebe-se que o respeito à dignidade da pessoa humana e o atingimento do ideal de justiça social dependem diretamente do emprego e do salário percebido, com seus reflexos em diversas garantias expressamente dispostas na Carta Magna.

2.3 As transformações do mundo do trabalho e os contratos de trabalho atípicos

O mundo do trabalho está em constantes transformações. Novas tecnologias, que vão desde a máquina a vapor e a eletricidade, até a inteligência artificial e a nanotecnologia, geram novos modelos de trabalho. Esses modelos precisam ser inseridos no sistema normativo de proteção ao trabalhador, sob o risco de haver, cada vez mais, a precarização das relações de trabalho. Ocorre que, se de um lado é necessária maior proteção daqueles submetidos a essas novas formas de trabalho, de outro cresce um movimento em sentido contrário, que demanda a desregulamentação dessas relações.

No século XX, Henry Ford sistematizou a organização do trabalho, utilizando uma esteira mecânica para a montagem de carros em série, visando a uma produção em massa para suprir um consumo em massa. A esteira determinava o ritmo de trabalho dos empregados, que tinham seu desgaste, em tese, atenuado pelo

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-339>. Acesso em: 29 abr. 2018.

[81] STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492305>. Acesso em: 28 abr. 2018.

[82] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 244*. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 29 abr. 2018.

pagamento de altos salários. Em oposição à administração científica de Taylor, Ford buscou descentralizar a produção e reduzir os níveis hierárquicos.[83]

Após a Segunda Guerra Mundial, uma combinação do modelo fordista, dos métodos tayloristas, e do Estado regulador keynesiano foi universalizada, havendo o pagamento de altos salários, arrecadação de impostos e a garantia de direitos trabalhistas.[84]

Com a crise da década de 70, o modelo de produção da Toyota, chamado toyotismo, destacou-se. Tendo como foco a redução do desperdício, tinha por base o *just-in-time*, que se opunha à produção em massa, e a "automação com um toque humano", que utilizava o conhecimento humano para automatizar as máquinas.[85]

Com os avanços tecnológicos aplicados à produção, houve o declínio do modelo verticalizado da indústria taylorista e fordista, e a criação de um novo padrão de produção baseado em flexibilidade, levando à redução dos trabalhadores assalariados e com empregos estáveis e regulados. O aumento nas formas de trabalho horizontalizadas e flexibilizadas inseriu muitos obreiros nas formas precarizadas de trabalho, como a terceirização, o trabalho temporário e os trabalhos em tempo parcial.[86, 87]

A desregulação e a flexibilização da legislação trabalhista foram refletidas nas políticas públicas de muitos países capitalistas ocidentais, a partir dos anos 70, e

[83] BATISTA, Erika. Fordismo, taylorismo e toyotismo: apontamentos sobre suas rupturas e continuidades. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/erika_batista.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

[84] BATISTA, Erika. Fordismo, taylorismo e toyotismo: apontamentos sobre suas rupturas e continuidades. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/erika_batista.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

[85] BATISTA, Erika. Fordismo, taylorismo e toyotismo: apontamentos sobre suas rupturas e continuidades. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/erika_batista.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

[86] ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004.

[87] SOUSA, Ana Paula Ribeiro de. TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO: implicações para a educação do trabalhador. III JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoB/ae5aae678e1c2cbe033eANA%20PAULA%20RIBEIRO%20DE%20SOUSA.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

provocaram uma crise de emprego e trabalho, ao invés de reafirmarem seu primado na sociedade capitalista. Um exemplo foi a Espanha, que, nas décadas de 80 e 90, reduziu garantias e proteções do empregado, favorecendo a contratação temporária em detrimento da estável, o que teve como consequência a elevação das taxas de desemprego. Outro exemplo foi a Argentina, que na década de 90, desregulou e flexibilizou as relações de emprego, e levou a um aumento de 5% da população abaixo da linha da pobreza em 1980, para 50% da população nos anos 2000.[88]

Também o Brasil teve vários momentos de flexibilização e desregulação, desde o regime militar, em meados dos anos 60. A partir da década de 90, após a promulgação da CF/88, fortaleceu-se a corrente de pensamento que defendia a diminuição da intervenção estatal na sociedade e na economia, com redução das normas trabalhistas. Entre outros institutos, a criação do FGTS, que reforçou o entendimento de que a dispensa do empregado é faculdade do empregador, e a criação do trabalho temporário, que permitiu a terceirização, levaram a uma precarização das relações de emprego.[89, 90]

Tais exemplos demonstram que a flexibilização e a desregulação do trabalho acabam por reduzir os níveis de emprego e prejudicam a economia, devido à concentração da riqueza e à diminuição da participação do trabalho na renda nacional.[91]

No mundo, o sistema econômico-financeiro na década de 80 foi redirecionado no sentido de fim do primado do trabalho e do emprego, que é a raiz da democracia social contemporânea, através da desregulamentação, privatização de empresas estatais, e abertura de mercados, privilegiando o capital financeiro-

[88] DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.
[89] DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.
[90] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
[91] DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

especulativo em detrimento do capital produtivo. Ou seja, o foco passou a ser a gestão da moeda, e não a gestão do trabalho e do emprego.[92, 93]

Nesse cenário de flexibilização e desregulamentação, como dito, muitos trabalhadores passam a exercer formas de trabalho diversas, como em tempo parcial. Para Beristain Gallegos, o que se entende como relação de trabalho típica é aquela baseada no modelo fordista, em que há um empregado, com jornada integral, com contrato por tempo indeterminado, no qual há elevado nível de subordinação ao empresário, que tem poder disciplinar sobre o empregado, em troca de estabilidade e prestações sociais ao empregado.[94]

Não há definição oficial quanto ao que são as relações de trabalho atípicas, mas usualmente elas incluem algumas novas relações, e também modelos que sempre existiram, e que são mais prevalentes em alguns países que em outros. No mesmo sentido que Beristain Gallegos, para a OIT, são consideradas atípicas as formas de trabalho em tempo não integral, com prazo definido ou sem uma relação de subordinação. Seriam elas: emprego temporário, relações que envolvem múltiplas partes, como a terceirização; relações que podem causar dúvida quanto à existência de vínculo empregatício, como o trabalho autônomo; e trabalho em tempo parcial, no qual se inclui o trabalho intermitente.[95]

3 TRABALHO INTERMITENTE

[92] DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

[93] VASCONCELOS FILHO, Oton; MORAIS, Moacir; VASCONCELOS, Maria Catarina. Proteção ao trabalho no Brasil e na América Latina no século XXI: desafios e perspectivas a partir da constituição mexicana de 1917. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 27, p. 403-446, jul./dez. 2017.

[94] BERISTAIN GALLEGOS, Esteban. Flexiseguridad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, n. 17. p. 3-29. jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/viewFile/9715/11743>. Acesso em: 28 set. 2018.

[95] OIT. Conditions of Work and Equality Department. *Non-standard forms of employment*. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015). Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/meetingdocument/wcms_336934.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

Com as constantes transformações nas relações de trabalho, nos momentos de demanda por flexibilização e desregulação por parte do Estado, surgem ou são intensificadas as novas formas de trabalho. É nesse contexto que o trabalho intermitente ganha força, sob a justificativa de redução de custos para o empregador, e flexibilidade de horários para o empregado.

O uso do trabalho intermitente, com essa ou outra denominação, ocorre em diversos países, tendo cada ordenamento regulado o tema de uma forma, a partir de sua realidade e dos bens jurídicos que busca tutelar.

No caso brasileiro, o instituto passou a fazer parte do arcabouço jurídico pátrio a partir da edição da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, apesar de a ideia não ser nova e já constar de projetos de lei desde 2012. A lei trouxe alguma regulamentação sobre os direitos do empregado nessa modalidade de contrato, deixando dúvidas quanto a diversos pontos, como a possibilidade de rescisão indireta pela falta de convocação.

Desde sua entrada em vigor, o CAGED divulga de forma apartada alguns dados sobre contratações baseadas na nova lei. Percebe-se que houve contratações e dispensas na modalidade de contrato de trabalho intermitente desde o início, mas os valores ainda são mínimos, se comparados ao total de contratações e dispensas do período.

3.1 O que é o trabalho intermitente

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (Eurofound) classificam os contratos de trabalho em típicos e atípicos. Os contratos chamados típicos ou padrão seriam aqueles em tempo integral, por período indeterminado, e com um único empregador. Já os atípicos são todas as formas de contrato de trabalho que não se enquadram nesse modelo, como os contratos temporários, os de terceirização e os de

tempo parcial.[96, 97] A atipicidade surge e se amolda à demanda de flexibilização dos contratos de trabalho.[98]

Dentre os contratos atípicos, é de interesse ao presente estudo o contrato a tempo parcial, pois nele se insere o trabalho intermitente. A OIT e a Eurofound distinguem o trabalho parcial regular daquele em que a quantidade de horas trabalhadas é muito pequena ou mesmo imprevisível. Nesses casos, enquanto a OIT utiliza a denominação de trabalho sob demanda, a Eurofound cria uma subcategoria de trabalho em tempo parcial, chamada *casual work*, da qual fazem parte o trabalho intermitente e o trabalho sob demanda. Para a Eurofound, o trabalho intermitente teria como objeto uma tarefa específica, com período de tempo determinado, e o trabalho sob demanda seria aquele em que há uma relação contínua de emprego entre empregado e empregador, mas sem trabalho contínuo sendo provido pelo empregador, que chama o empregado quando necessário. Os contratos de trabalho sob demanda podem ou não indicar um número mínimo e máximo de horas de trabalho, sendo chamado contrato zero hora aquele em que o mínimo não é definido e o empregador não tem obrigação de demandar o empregado.[99, 100]

A despeito de a Lei nº 13.467/2017 utilizar o termo "trabalho intermitente", parece tratar-se do trabalho por demanda, pois não há qualquer tarefa definida ou prazo determinado.

---

[96] EUROFOUND. *European Industrial Relations Dictionary*. Dublin, 2017. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/atypical-work>. Acesso em: 7 maio 2018.

[97] OIT. Conditions of Work and Equality Department. *Non-standard forms of employment*. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015). Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/meetingdocument/wcms_336934.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

[98] COLUMBU, Francesca. O Trabalho Intermitente na Legislação Laboral Italiana e Brasileira. *Revista dos Tribunais*. v. 984. ano. 106. p. 277-301. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

[99] EUROFOUND. *European Industrial Relations Dictionary*. Dublin, 2017. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/atypical-work>. Acesso em: 7 maio 2018.

[100] OIT. Conditions of Work and Equality Department. *Non-standard forms of employment*. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015). Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/meetingdocument/wcms_336934.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

Os empregos em tempo parcial são especialmente utilizados no norte da Europa, e em outros países desenvolvidos, demonstrando uma política estatal de promoção do equilíbrio entre trabalho e vida pessoal. As escalas de trabalho com pequena quantidade de horas, inferior a 15 horas por semana, podem ser atraentes àqueles que pretendem dedicar pouco tempo a uma atividade remunerada, e estudantes que pretendem ingressar no mercado de trabalho, funcionando como um trampolim para um emprego em tempo integral, desde que o trabalho parcial seja uma escolha do empregado. Entretanto, em muitas situações, essas jornadas estão associadas a uma alta variabilidade e falta de previsibilidade dos períodos de trabalho, e os empregados que se encontram nessa modalidade de contratação não o fazem de maneira voluntária, e não conseguem fazer a transição para empregos permanentes ou em tempo integral.[101, 102]

Os trabalhadores em jornadas curtas involuntárias se encontram em uma situação de subemprego relacionada à duração do trabalho, chamada subemprego invisível, na qual a jornada que o empregado estaria disponível para fazer é maior, mas ele aceita um emprego com jornada e salário reduzidos, a fim de não permanecer sem emprego algum. Essa realidade é comum em países em desenvolvimento com níveis de desemprego relativamente baixos, que derivam da aceitação de qualquer emprego, ainda que com más condições. Ademais, empregados que recebem baixo salário por hora tendem a trabalhar em jornadas mais longas, em busca do pagamento de horas extras para complementação da renda.[103]

---

[101] OIT. Secretaria Internacional de Trabalho. LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C.. *Duração do trabalho em todo o mundo*: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229714.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

[102] OIT. Conditions of Work and Equality Department. *Non-standard forms of employment*. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015). Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/meetingdocument/wcms_336934.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

[103] OIT. Secretaria Internacional de Trabalho. LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C.. *Duração do trabalho em todo o mundo*: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas

Em uma análise sobre as novas formas de emprego, Mandl compara os efeitos provocados no mercado de trabalho e nas condições de trabalho por várias formas atípicas de contratação. A forma mais prejudicial nos dois parâmetros, como apresentado na figura 1, é o *casual work*. Quanto ao impacto nas condições de trabalho, seus prejuízos se relacionam à proteção social, salário, benefícios, flexibilidade, equilíbrio entre vida e trabalho, desenvolvimento de carreira, treinamento, responsabilidades, integração na organização, representação. Já quanto ao impacto no mercado de trabalho, há prejuízo para a criação e retenção de emprego, segmentação[104] do mercado de trabalho, aumento de atratividade do mercado de trabalho, qualificação da força de trabalho.[105]

Ressalta-se que, caso não haja uma obrigação de atendimento, por parte do empregado, do chamado feito pelo empregador que adota o contrato de trabalho intermitente, pode se tornar difícil para o empregador programar sua atividade, pois as recusas do empregado em atender à convocação podem prejudicar a dinâmica da empresa.[106, 107]

João entende, inclusive, que essa modalidade de contratação deixa o contrato condicionado exclusivamente ao interesse do empregado, que pode dispor de seu

---

numa perspectiva global comparada. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229714.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

[104] A segmentação no mercado de trabalho significa um compartilhamento de riscos desigual tanto entre empregados em jornadas típicas e atípicas, quanto entre empregados em jornadas atípicas e empregadores, visto que o impacto econômico do contrato afeta desproporcionalmente o empregado. Fonte: OIT. Conditions of Work and Equality Department. *Non-standard forms of employment*. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015). Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/meetingdocument/wcms_336934.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

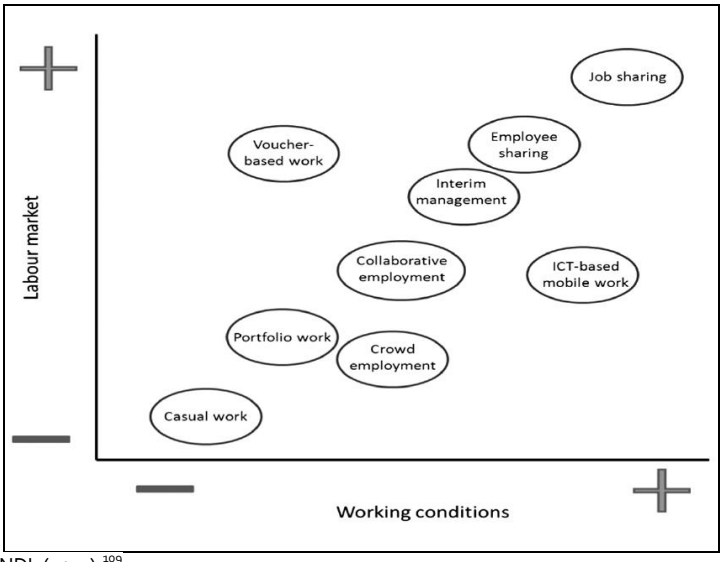
[105] MANDL, Irene. Examining emerging new employment forms and potential positive and negative effects on working and employment conditions. *Administration*, Dublin, vol. 65, n. 4, p. 11-20, dez. 2017.

[106] COLUMBU, Francesca. O Trabalho Intermitente na Legislação Laboral Italiana e Brasileira. *Revista dos Tribunais.* v. 984. ano. 106. p. 277-301. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

[107] JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e Trabalho Intermitente: quebra de paradigma. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciário.* ano XXIX. n. 346. p. 40-43. São Paulo: Ed. Síntese, abr. 2018.

tempo segundo sua conveniência, estando no controle do contrato e de sua vigência.[108] Tal posicionamento, no entanto, não foi encontrado em outros autores.

Figura 2 - Efeitos provocados pelas formas atípicas de emprego no mercado de trabalho e nas condições de trabalho



Fonte: MANDL (2017).[109]

Columbu explica que as diversas formas de contratação, oriundas da demanda por flexibilidade nas relações de trabalho, se proliferaram de maneira acentuada na Itália, dada a dificuldade de dispensa do empregado. Para a autora, isso explica porque o Brasil não teve grande multiplicação de formas de acesso ao emprego, já que aqui se permite a dispensa imotivada mediante indenização (FGTS), e ainda a redução de salário por convenção ou acordo coletivo, autorizada pela própria Constituição (art. 7º, VI).[110]

[108] JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e Trabalho Intermitente: quebra de paradigma. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciário*. ano XXIX. n. 346. p. 40-43. São Paulo: Ed. Síntese, abr. 2018.

[109] MANDL, Irene. Examining emerging new employment forms and potential positive and negative effects on working and employment conditions. *Administration*, Dublin, vol. 65, n. 4, p. 11-20, dez. 2017.

[110] COLUMBU, Francesca. O Trabalho Intermitente na Legislação Laboral Italiana e Brasileira. *Revista dos Tribunais*. v. 984. ano. 106. p. 277-301. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

O contrato intermitente rompe a lógica do contrato de trabalho padrão, visto que o trabalho é prestado de forma descontínua, apesar de haver um vínculo de subordinação e um contrato por tempo indeterminado.[111] Seria o vínculo contratual mais aleatório, mais distante do contrato de trabalho típico, já que não se sabe quando ou se a prestação do serviço ocorrerá.[112]

Essa espécie contratual objetiva permitir a adoção da chamada jornada de trabalho móvel e variável, que gera imprevisibilidade na prestação do serviço.[113] No Brasil, já foram registradas inclusões da cláusula de jornada de trabalho móvel e variável em contratos de trabalho, objetivando a flexibilização da jornada, e o tema foi apreciado pelo TST em algumas oportunidades.[114]

Apesar de não ser a decisão mais recente do TST quanto à jornada móvel e variável, destaca-se aqui o Recurso de Revista n° TST-RR-9891900-16.2005.5.09.0004, em que a Oitava Turma entendeu pela "invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador", determinando que a empresa reclamada "se abstenha de contratar e substitua a 'jornada móvel variável' por jornada fixa, [...] garantindo, pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas".[115]

---

[111] NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola Judicial do TRT - 15ª Região*; Campinas, n. 51, p. 127-148, jul./dez. 2017.

[112] COLUMBU, Francesca. O Trabalho Intermitente na Legislação Laboral Italiana e Brasileira. *Revista dos Tribunais.* v. 984. ano. 106. p. 277-301. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

[113] CASSAR, Vólia Bomfim. Limites da Liberdade Individual na Relação de Trabalho e Reforma Trabalhista. *Revista TST*, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 285-301, abr./jun. 2017.

[114] CID, Clarissa Felipe. Contrato de Trabalho Intermitente e a Precarização do Direito do Trabalho. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 34, n. 398, p. 57-66, fev. 2017.

[115] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *RR - 9891900-16.2005.5.09.0004*. 8ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Recorrida: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Relatora: Min. Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2007&numProcInt=149779&dtaPublicacaoStr=25/02/2011%2007:00:00&nia=5450585>. Acesso em: 14 maio 2018.

Nos mesmos autos, no entanto, em sede de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SBDI-I) deu provimento aos embargos, excluindo a obrigação de pagamento do salário mínimo da categoria. Ao fazê-lo, a SBDI-I explica que "foi declarada a perda de objeto do recurso da reclamada no que tange à obrigação de não contratar empregados mediante a adoção da chamada 'jornada móvel variável', em virtude de acordo de abrangência nacional firmado nos autos do processo nº 1040-74.2012.5.06.0011", fazendo com que "a questão pertinente à adoção da chamada 'jornada móvel variável' não mais remanesce nos presentes autos". A SBDI-I entende que "caiu por terra, portanto, o principal argumento que levou a 8ª Turma desta Corte a julgar procedente a presente ação coletiva, qual seja, o da ilicitude da adoção, pela reclamada, de jornada móvel e variável". Acrescenta que "partindo-se do pressuposto da adoção de jornadas de trabalho fixas", a situação se enquadra na permissão da Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1[116], restando excluída a obrigação quanto ao pagamento do salário mínimo da categoria, independentemente das horas trabalhadas.[117]

O destaque ao citado processo é dado pelo fato de, inicialmente, enquanto presente a jornada móvel e variável, o Tribunal ter decidido pela necessidade de garantia de salário mínimo mensal, independentemente da quantidade de horas trabalhadas, porquanto ilícita a adoção de tal regime. Ao contrário, quando não mais presente essa modalidade de jornada, o Tribunal entendeu estar diante de uma

[116] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial - SBDI-I - 358***.** I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado. II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_341.htm>. Acesso em: 23 maio 2018.

[117] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista. *E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004*. SESDI-1. Embargante: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Embargado: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 26 de novembro de 2015. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2007&numProcInt=149779&dtaPublicacaoStr=18/12/2015%2007:00:00&nia=6554156>. Acesso em: 14 maio 2018.

jornada fixa, sendo o empregado horista e devendo receber apenas pelas horas trabalhadas, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-I.

3.2 A experiência de outros países com o trabalho intermitente[118]

O trabalho intermitente ou formas assemelhadas de contrato de trabalho são utilizados há anos em diversos países, havendo grande variação entre as permissões e vedações em cada um. A seguir, são apresentados alguns exemplos dessa utilização.

3.2.1 Alemanha e o Arbeit auf Abruf[119]

Para combater o desemprego, no início dos anos 2000, a Alemanha decidiu desenvolver e expandir os empregos com baixos salários. Foi feita a chamada *Hartz reforms*, que incluiu a criação dos coloquialmente chamados *mini-jobs*, como, por exemplo, aquele em que o salário máximo mensal é de 450 euros, já que acima desse valor há contribuições para a seguridade social.

Apesar das quase 5 milhões de pessoas com um *mini-job* em janeiro de 2015, tem havido uma redução na quantidade de tais contratos devida ao estabelecimento de um pagamento mínimo de 8,50 euros por hora, estabelecido desde o início de 2015.

Dentre os *mini-jobs* está incluído o *Arbeit auf Abruf*, cuja essência é o trabalho sob demanda ou a chamada. Caso não haja outro acordo, haverá um mínimo de dez horas de trabalho por semana, sendo no mínimo três horas consecutivas, as quais devem ser pagas independentemente da quantidade de horas efetivamente trabalhadas. Quando a convocação é feita com pelo menos 4 dias de antecedência, o

[118] OIT. Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch (INWORK). MESSENGER, Jon C.; WALLOT, Paul. *The Diversity of "Marginal" Part-Time Employment*. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_375630.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

[119] Em livre tradução: trabalho sob demanda

empregado é obrigado a aceitar. Há o direito a ausências médicas ou anuais remuneradas.

Apesar das regras relativas a essa forma de contratação, é frequente o descumprimento da quantidade mínima de dez horas pagas de trabalho por semana, dada a limitação em sancionar essa conduta com multas substanciais.

3.2.2 Austrália e o casual employment

O chamado *casual employment* australiano tem como características um pagamento maior da hora trabalhada, cerca de 20% a 25% superior aos trabalhadores permanentes que exercem a mesma atividade. A finalidade do valor superior da hora trabalhada é a compensação pela falta de segurança no emprego, e de ausências médicas ou anuais remuneradas. A proteção contra dispensa imotivada e discriminação é a mesma concedida aos trabalhadores permanentes.

No entanto, há críticas quanto à adequada compensação pela perda de benefícios promovida pelo valor superior da hora trabalhada, pois há estimativa de que apenas metade dos trabalhadores em *casual employment* recebe, de fato, o pagamento superior. Ademais, quando somados os pagamentos adicionais, como bônus, aos quais fazem jus os trabalhadores permanentes, estes acabam por ter um salário superior.

3.2.3 França e o travail à temps partiel

Em 2013, foi publicado um estudo demonstrando que 22% dos empregados em tempo parcial, na França, não conseguiam acumular mais de 12 horas de trabalho por semana, deixando especialmente pais solteiros, mulheres e jovens em situação de vulnerabilidade.

Isso levou à edição do *Job Security Act*, ainda em 2013, que modificou substancialmente a regulação do trabalho em tempo parcial, estabelecendo um

mínimo de 24 horas por semana. Pode haver exceção para menos horas em condições estritas, seja por meio de um acordo coletivo, seja a pedido do funcionário.

Estudantes com menos de 26 anos não estão incluídos na nova lei.

3.2.4 Itália e o lavoro a chiamata

Em 2003, a reforma Biagi introduziu na Itália o *lavoro a chiamata*, no qual o empregado aceita ficar a disposição do empregador durante um período de tempo predeterminado, sem que haja um mínimo de horas de trabalho, e com a notificação com apenas um dia de antecedência. Se o empregado aceita a obrigação de atender a todas as convocações do empregador, terá o direito de receber mensalmente uma indenização por disponibilidade, mesmo em períodos não trabalhados. Nesse caso, haverá a perda da indenização por quinze dias e talvez a demissão se não justificarem prontamente ao empregador qualquer falha em responder a uma convocação.

Em 2012, uma nova lei alterou significativamente o *lavoro a chiamata*, permitindo essa forma de contratação apenas para trabalho descontínuo ou intermitente, ou por períodos predeterminados durante o ano, mês ou semana. Empregados com idade inferior a 24 anos e superior a 55 anos não se submetem a essas regras. Com a nova lei, o uso do *lavoro a chiamata* reduziu em 50%. Recentemente, foi introduzida nova restrição, permitindo-se o uso dessa modalidade somente por 400 dias úteis por empregado, no período de três anos, com algumas exceções. Caso esse limite seja excedido, o empregado é reclassificado como permanente e em tempo integral.

3.2.5 Reino Unido e o zero hour contract

Surgido e difundido na prolongada crise econômica de 2009, o chamado *zero hour contract*, ou contrato zero hora, é aquele no qual o trabalho não é garantido ao empregado, que só recebe pelas horas efetivamente laboradas, quando houver convocação pelo empregador.[120]

Pesquisas sugerem que, em 2015, essa modalidade de contratação representava cerca de 2% da força de trabalho no Reino Unido. Outras pesquisas sugerem que esse número pode estar entre 3% e 4%, diferença que poderia ser explicada pela dificuldade de muitas das pessoas em se identificarem como estando sob essa forma de contratação.

Quase 20% dos contratos proveem apenas 8 horas ou menos de trabalho pago por semana. Outros 20% proveem entre 8 e 16 horas por semana. Como cerca de 40% dos contratados nessa modalidade gostariam de trabalhar mais horas, fazem parte do já citado subemprego relacionado à duração do trabalho.

Ademais, esses trabalhadores recebem um salário por hora cerca de 40% mais baixo do que os trabalhadores regulares na mesma posição, e podem ter cláusulas de exclusividade em seu contrato, ainda que não receba qualquer convocação.

3.3 O modelo de trabalho intermitente adotado no Brasil

Apesar de já utilizado em outros países, o trabalho intermitente é um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro. Sua introdução se deu com a Lei nº 13.467/2017, que ficou conhecida como reforma trabalhista. Nesta seção, serão relatados alguns pontos da tramitação do projeto de lei que deu origem à citada lei; quais as principais características do modelo de contrato adotado; e alguns dados de contratações e desligamentos já realizados na nova modalidade.

3.3.1 A tramitação legislativa do trabalho intermitente

[120] THE WORK FOUNDATION. BRINKLEY, Ian. *Flexibility or insecurity?* Exploring the rise in zero hours contracts. Londres: WORK FOUNDATION, 2013. Disponível em: <https://csgconsult.com/wp-content/uploads/2014/03/339_flexibility-or-insecurity-final.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

A chamada reforma trabalhista foi instituída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 13.467/2017[121], originada de projeto de lei do Poder Executivo de 23/12/2016, PL 6787/2016[122], no qual não havia menção ao trabalho intermitente.[123] Já no primeiro substitutivo ao PL 6787/2016 (SBT 1 PL678716), apresentado em 12/04/2017 pelo relator Deputado Federal Rogério Marinho, após o recebimento de 850 emendas ao projeto, houve a inserção de diversos institutos, dentre eles o trabalho intermitente.[124]

As justificativas do Relator foram no sentido de se modernizar e flexibilizar a CLT, em atendimento às atuais necessidades do Brasil, e reduzir a quantidade de processos ajuizados. Citem-se alguns trechos de seu voto: "o Brasil de 1943 não é o Brasil de 2017"; "inspiradas no fascismo de Mussolini, as regras da CLT foram pensadas para um Estado hipertrofiado, intromissivo, que tinha como diretriz a tutela exacerbada das pessoas e a invasão dos seus íntimos"; "trazer as leis trabalhistas para o mundo real, sem esquecer dos seus direitos básicos e das suas conquistas históricas que, por sua importância, estão inseridos no artigo 7º da Constituição da República"; "escudada no mantra da proteção do emprego, o que vemos, na maioria das vezes, é a legislação trabalhista como geradora de injustiças, estimulando o desemprego e a informalidade"; "essa reforma contribuirá para gerar mais empregos

[121] BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 9 maio 2018.

[122] O Projeto de Lei recebeu o nº 6.787/2016 na Câmara dos Deputados, e o nº 38/2017 no Senado Federal.

[123] BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016>. Acesso em: 5 maio 2018.

[124] BRASIL. *Substitutivo n. 1 ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=SBT+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 5 maio 2018.

formais e para movimentar a economia, sem comprometer os direitos tão duramente alcançados pela classe trabalhadora"; "é hora de disciplinarmos na CLT as novas modalidades de contratação decorrentes das inovações tecnológicas e as suas consequências, tais como o contrato de trabalho intermitente e o teletrabalho"; "as lacunas e as confusões da lei por ele mencionadas que fazem com que o Brasil seja o campeão de ajuizamento de ações trabalhistas em todo o mundo"; "a negociação coletiva realizada por entidades representativas de trabalhadores e empregadores possa prevalecer sobre normas legais, em respeito à autonomia coletiva da vontade".[125]

No Substitutivo, sugere-se a regulamentação do contrato de trabalho intermitente, no qual haveria a prestação de serviço de forma descontínua, com pagamento das horas efetivamente trabalhadas, em atendimento a setores específicos, como restaurantes e turismo, estimando a criação de quatorze milhões de empregos em dez anos.[126]

Em 25/04/2017, novo Substitutivo foi apresentado pelo Relator (SBT 2 PL678716), após 457 novas emendas. Quanto ao trabalho intermitente, o segundo Substitutivo excluiu a possibilidade de contratação de atividades disciplinadas por legislação específica, a pedido do Sindicato Nacional dos Aeronautas.[127]

---

[125] BRASIL. *Substitutivo n. 1 ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=SBT+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 5 maio 2018. p. 17-29.

[126] BRASIL. *Substitutivo n. 1 ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=SBT+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 5 maio 2018.

[127] BRASIL. *Substitutivo n. 2 ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 6 maio 2018.

No Senado Federal, a proposta foi denominada Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017[128], que teve como relator, inicialmente, o Senador Ricardo Ferraço. O relator, em seu parecer na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), avalia que o projeto não apresenta inconstitucionalidades, e que a maior motivação do projeto é a dignidade da pessoa humana. Ao tratar especificamente do trabalho intermitente, o relator demonstra preocupação, sugerindo o veto do dispositivo e a edição de medida provisória para tratar do tema (2017, p. 72)[129]:

> Entretanto, é necessária cautela. Esta mudança tem que ser feita de maneira segura, e não drástica. Futura medida provisória deve conceder salvaguardas necessárias para o trabalhador e talvez delimitar setores em que este tipo de jornada vai ser permitida.
>
> Muito embora acreditemos que a realidade de diversos setores da economia não se enquadra na lógica do trabalho intermitente, esta regulação não pode ser deixada para ser feita isoladamente pelo mercado. Temos de reconhecer que há enorme desigualdade no grau de maturidade das relações de trabalho pelo País, e que permitir o trabalho intermitente de qualquer forma pode levar a abusos e à precarização.
>
> Portanto, recomendamos o veto e a edição de medida provisória tratando deste item.
>
> [...]
>
> Entretanto, o acordo do Poder Legislativo com o Poder Executivo é que este item seja aprovado conforme o texto atual, sendo posteriormente vetado e possivelmente regulamentado por medida provisória. Por isso, estão as rejeitadas as seguintes Emendas: nºs 3; 24; 35; 51; 58; 101; 125; 130; 151; e 185. (sem grifos no original)

[128] BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara n° 38, de 28 de abril de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>. Acesso em: 9 maio 2018.

[129] BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos, de 23/05/2017, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 17 maio 2018.

Apesar de o trabalho intermitente ter sido inserido no ordenamento com a Lei nº 13.467/2017, a partir das emendas ao PL 6787/2016, outros projetos anteriores já haviam buscado essa inserção, a exemplo do projetos de lei da Câmara dos Deputados nº 3.785/2012[130], nº 726/2015[131], nº 2.820/2015[132], e do Senado Federal nº 218/2016[133].[134]

Os PLs nº 726/2015 e nº 2.820/2015 (de autoria, respectivamente, do Deputado Federal Carlos Eduardo Cadoca, e dos Deputados Federais Rogério Rosso e Goulart) garantiam o recebimento de salário mensal não inferior ao salário mínimo, e determinavam que a autorização de flexibilização da jornada se desse por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Já os PLs nº 3.785/2012 e nº 218/2016 (de autoria, respectivamente, do Deputado Federal Laércio Oliveira, e do Senador Ricardo Ferraço), nada falam sobre um pagamento mínimo mensal, permitem o contrato intermitente ainda que não haja previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho, e trazem ambos uma justificação semelhante, qual seja, a busca de "formas sérias e corretas de soluções" para as transformações sociais pelas quais passa o país, assegurando-se a validade

[130] BRASIL. *Projeto de Lei n.º 3.785, de 26 de abril de 2012*. Institui o contrato de trabalho intermitente. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=987012&filename=PL+3785/2012>. Acesso em: 7 maio 2018.

[131] BRASIL. *Projeto de Lei n.º 726, de 12 de março de 2015*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para dispor sobre a jornada variável. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1308994&filename=PL+726/2015>. Acesso em: 7 maio 2018.

[132] BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2.820, de 01 de setembro de 2015*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre a jornada flexível de trabalho. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1379159&filename=PL+2820/2015>. Acesso em: 7 maio 2018.

[133] BRASIL. *Projeto de Lei n.º 218, de 31 de maio de 2016*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para instituir o contrato de trabalho intermitente. Brasília, *2016*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2914312&disposition=inline>. Acesso em: 7 maio 2018.

[134] CID, Clarissa Felipe. Contrato de Trabalho Intermitente e a Precarização do Direito do Trabalho. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 34, n. 398, p. 57-66, fev. 2017.

dos contratos de trabalho atípicos. Em ambos os projetos, os modelos paradigma seriam o italiano e o português, os quais não estão refletidos no PL 6787/2016.[135]

Destaca-se que ao apresentar a finalidade do PL nº 3.785/2012, o autor do projeto assim o faz (2012, p. 2):

> A finalidade é assegurar a validade dos contratos de trabalho atípicos, nos quais as empresas do setor econômico, especialmente de hotéis, restaurantes e bares, se obrigariam a remunerar seus trabalhadores somente quando estes fossem convocados a trabalhar. Comprometem-se, ainda, a efetuar o pagamento apenas mediante a efetiva contraprestação do trabalho, a exemplo de outros países. (sem destaques no original)

No mesmo sentido o PL nº 218/2016, em que o autor, Senador Ricardo Ferraço[136], explica que sua "finalidade é assegurar a validade dos contratos de trabalho atípicos, nos quais as empresas do setor econômico, especialmente de hotéis, restaurantes e bares, remunerarão seus empregados somente quando convocados a trabalhar" (2016, p. 3, sem grifos no original).

Durante a tramitação do projetos nas Casas Legislativas, o Ministério Público do Trabalho (MPT) exarou algumas notas técnicas sobre o tema, tratando especificamente dos projetos de lei nº 218/2016[137] e nº 38/2017[138, 139], e do substitutivo ao projeto de lei nº 6.787/2016[140].

---

[135] HIGA, Flávio da Costa. Reforma Trabalhista e Contrato de Trabalho Intermitente: uma Tentativa de Aproximação Dialógica junto ao Senado. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano XIII, v. 77, p. 42-59, mar./abr. 2017.

[136] O senador foi designado Relator do PLC nº 38/2017, na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e na Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado Federal, tendo sido substituído na CAS pelo Senador Paulo Paim, em 20/06/2017, quando da rejeição de seu relatório por votação da Comissão.

[137] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 01, de 24 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 218/2016*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/84831c75-13e6-4492-9c14-85d9199d1c14/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B1-2017%2B-%2BPLS%2B218-2016%2B-%2BJornada%2BIntermitente.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-84831c75-13e6-4492-9c14-85d9199d1c14-lVoXnhv>. Acesso em: 7 maio 2018.

[138] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 07, de 09 de maio de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017*. Disponível em:

No entendimento do MPT, o PL nº 218/2016, ao condicionar a prestação do serviço e, por consequência, a remuneração do empregado, exclusivamente às necessidades da empresa, iguala o trabalhador aos demais insumos de produção, dado que só haveria pagamento quando houvesse produção, inviabilizando a satisfação das necessidades vitais básicas do empregado, que precisa de um "mínimo existencial" que é invariável. Estar-se-ia diante de inconstitucionalidades diversas, pelo desrespeito à dignidade da pessoa humana, à valorização social do trabalho, à função social da propriedade, e à garantia do salário mínimo.[141]

Quanto aos PLs nº 6.787/2016[142], na Câmara dos Deputados, e nº 38/2017[143], no Senado Federal, que originaram, de fato, a Lei nº 13.467/2017, no que se refere

---

<http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546/notatecnica07.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546-lVoRYMj>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[139] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 08, de 26 de junho de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B08.2017.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f-lVoXaqb>. Acesso em: 7 maio 2018.

[140] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 05, de 17 de abril de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do substitutivo ao Projeto de Lei (PL) nº 6.787/2016*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/e98508fe-9631-4f69-a736-ceff7f26aa57/notatecnica_76-2017%281%29.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-e98508fe-9631-4f69-a736-ceff7f26aa57-lVoRaZB>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[141] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 01, de 24 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 218/2016*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/84831c75-13e6-4492-9c14-85d9199d1c14/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B1-2017%2B-%2BPLS%2B218-2016%2B-%2BJornada%2BIntermitente.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-84831c75-13e6-4492-9c14-85d9199d1c14-lVoXnhv>. Acesso em: 7 maio 2018.

[142] BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016>. Acesso em: 5 maio 2018.

ao contrato de trabalho intermitente, o MPT questionou a ausência de um número mínimo de horas trabalhadas, permitindo que o empregado permaneça durante o mês inteiro à disposição do empregador, sem que haja convocação e sem que haja salário, havendo a transferência dos riscos da atividade ao empregado. Criticou também a previsão de que o não comparecimento do empregado, após ter aceitado a convocação, gere multa equivalente a 50% da remuneração que seria devida, visto que tal situação pode fazer com que o empregado, ao final do mês, além de não perceber qualquer remuneração, esteja em dívida com o empregador, "assemelhando-se à figura da servidão por dívidas". Aponta ainda que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho somente poderiam prevalecer sobre a lei quando respeitassem o art. 7º da Constituição, que garante direitos fundamentais ao trabalhadores.[144, 145, 146]

Ao abordar a previsão de multa pelo descumprimento da oferta aceita, Columbu destaca sua desproporcionalidade, visto que o mesmo valor é aplicado

---

[143] BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara n° 38, de 28 de abril de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>. Acesso em: 9 maio 2018.

[144] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 05, de 17 de abril de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do substitutivo ao Projeto de Lei (PL) nº 6.787/2016*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/e98508fe-9631-4f69-a736-ceff7f26aa57/notatecnica_76-2017%281%29.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-e98508fe-9631-4f69-a736-ceff7f26aa57-lVoRaZB>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[145] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 07, de 09 de maio de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546/notatecnica07.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546-lVoRYMj>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[146] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 08, de 26 de junho de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B08.2017.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f-lVoXaqb>. Acesso em: 7 maio 2018.

tanto ao descumprimento pelo empregado quanto ao descumprimento pelo empregador. A autora exemplifica que o empregador poderia, percebendo que não necessitará da mão de obra, dispensar o empregado e reduzir seus custos em 50%, "compartilhando completamente o risco da atividade com o trabalhador".[147]

Apesar das críticas e da sugestão de veto do relator do projeto no Senado Federal, o Presidente da República sancionou a Lei nº 13.467/2017 sem vetos, e foi inserido o contrato para a prestação de trabalho intermitente no ordenamento jurídico pátrio. Definido no art. 443, § 3º, da CLT, como sendo aquele em que há subordinação, um dos elementos fático-jurídicos necessários à caracterização do vínculo empregatício[148], mas não há continuidade na prestação de serviço, sendo permitidos períodos de inatividade em horas, dias ou até mesmo meses.

Ao criar tal modalidade de contratação, o legislador coloca na condição de empregados aqueles que estavam em estatísticas de desemprego, mas prestavam serviços a empregadores com demanda sazonal ou com acréscimo especial. Entretanto, sairão da estatística de desemprego e permanecerão sem qualquer garantia de renda, visto estarem inseridos em um contrato sem garantias e obrigações, em que não há o compromisso de se prover uma renda ao empregado.[149]

Para o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), o modelo adotado no Brasil se assemelha ao chamado contrato zero hora, e legitima o "bico" como opção de trabalho formal, no qual o empregador apenas paga pelas horas efetivamente trabalhadas, enquanto o empregado permanece à sua disposição.[150] Lara, por sua vez, entende que é benéfica essa flexibilização, por dar maior previsibilidade e segurança quanto ao resultado dos investimentos do

[147] COLUMBU, Francesca. O Trabalho Intermitente na Legislação Laboral Italiana e Brasileira. *Revista dos Tribunais.* v. 984. ano. 106. p. 277-301. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.
[148] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
[149] JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e Trabalho Intermitente: quebra de paradigma. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciário.* ano XXIX. n. 346. p. 40-43. São Paulo: Ed. Síntese, abr. 2018.
[150] DIEESE. Nota Técnica nº 178, de maio de 2017. *A Reforma Trabalhista e os impactos para as relações de trabalho no Brasil*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

empregador. Com maior segurança, há o aumento desses investimentos e, por consequência, das oportunidades de emprego formal, retirando uma "legião de trabalhadores" da informalidade, dando-lhes melhores empregos e salários, além da proteção da Justiça do Trabalho.[151]

No Congresso Nacional, a partir do entendimento de que a figura do contrato de trabalho intermitente é prejudicial aos empregados, houve a tentativa, ainda no ano de 2017, mas também de 2018, de se revogar o instituto, sob diversos argumentos. Além da inconstitucionalidade frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e função social da propriedade, o trabalho intermitente seria uma forma de contrato que torna precárias as condições de trabalho, sem previsibilidade de sua jornada e remuneração, cerceando direitos, como descanso e férias remunerados, e transferindo o risco da atividade ao empregado. Ao empregador, por sua vez, seria dado apenas o benefício financeiro, de redução de custos e aumento de lucro, visto que já existe previsão legal de outras formas de contratação, como a temporária ou em jornada parcial.[152, 153, 154, 155, 156, 157]

---

[151] LARA, João Bosco Pinto. A Reforma Trabalhista e a Segurança Jurídica: Análise Crítica. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg*., Belo Horizonte, edição especial, p. 97-141, nov. 2017.

[152] BRASIL. *Projeto de Lei n.º 8.360, de 23 de agosto de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para revogar o contrato de trabalho intermitente. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1590470&filename=PL+8360/2017>. Acesso em: 6 maio 2018.

[153] BRASIL. *Projeto de Lei n.º 8.766, de 04 de outubro de 2017*. Altera e revoga os dispositivos relacionados ao trabalho intermitente, introduzidos à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1604549&filename=PL+8766/2017>. Acesso em: 6 maio 2018.

[154] BRASIL. *Projeto de Lei n.º 9.467, de 05 de fevereiro de 2018*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1639012&filename=PL+9467/2018>. Acesso em: 6 maio 2018.

[155] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 253, de 07 de agosto de 2017*. Revoga o §3° do art. 443 e o art. 452-A, e altera o "caput" do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovado pelo Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, com a redação dada pela lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a fim de revogar o trabalho intermitente. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130257>. Acesso em: 9 maio 2018.

[156] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 291, de 23 de agosto de 2017*. Extingue o regime de trabalho intermitente. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130500>. Acesso em: 9 maio 2018.

Registra-se que, até o dia 06 de maio de 2018, pelo menos 23 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) tramitavam no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade de algum aspecto da Lei nº 13.467/2017. Dessas, três abordavam o trabalho intermitente, alegando fatores como descumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da função social da propriedade, além de violação do direito ao salário mínimo, à aposentadoria, ao décimo terceiro, às férias remuneradas, às horas extras, e à vedação ao tratamento desumano.[158, 159, 160]

3.3.2 A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017

Antes da publicação da Lei nº 13.467/2017, o ordenamento brasileiro estabelecia que o contrato de trabalho subordinado, fosse por tempo determinado ou indeterminado, deveria explicitar o tempo de trabalho, o qual seria pago ainda que o trabalho não fosse disponibilizado ao empregado.[161]

Com a edição da lei, houve a introdução do contrato de trabalho intermitente, regulado de forma um tanto superficial, prevendo um detalhamento a ser feito por

[157] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 448, de 21 de novembro de 2017*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, para vedar a celebração de contrato de trabalho sob jornada intermitente.. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131650>. Acesso em: 9 maio 2018.

[158] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5806/DF*. Requerente: Confederacao Nac dos Trab na Ativ Profis dos Empreg na Prest de Serv de Seg Priv e de Monitor Ronda Mot e de Control Eletro-Eletronico e Digital. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 06 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5303585>. Acesso em: 6 maio 2018.

[159] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5826/DF*. Requerente: Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo – FENEPOSPETRO, Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas – FENATTEL. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>. Acesso em: 6 maio 2018.

[160] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5829/DF*. Requerente: Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas – FENATTEL. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 27 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319438>. Acesso em: 7 maio 2018.

[161] NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola Judicial do TRT - 15ª Região*; Campinas, n. 51, p. 127-148, jul./dez. 2017.

medida provisória do Presidente da República.[162] De fato, em 14 de novembro de 2017, foi publicada a Medida Provisória nº 808[163], três dias após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. A MP, no entanto, não foi apreciada pelo Congresso Nacional, tendo perdido sua eficácia em 23 de abril de 2018, razão pela qual são válidos, apenas, os dispositivos introduzidos pela lei.

Na definição sobre o que é o trabalho intermitente, a lei explicita que é aquele em que há subordinação, mas a prestação de serviços não é contínua, havendo períodos de inatividade que podem ser de horas, dias ou meses, os quais não são considerados tempo à disposição do empregador. Tal forma de contrato seria possível independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, ficando excetuados apenas os aeronautas (art. 443, § 3º, e art. 452-A, § 5º, da CLT).

O contrato precisa ter a forma escrita, indicando o valor a ser pago por hora de trabalho, o qual não deve ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou daqueles que exercem as mesmas funções no estabelecimento, ainda que sob outra modalidade de contratação (art. 452-A, *caput*, CLT).

No momento da convocação, feita por qualquer meio eficaz e com o prazo mínimo de três dias corridos de antecedência, será informado ao empregado qual será a jornada, e o empregado terá um dia útil para responder, aceitando ou recusando o chamado, sendo seu silêncio interpretado como recusa (art. 452-A, §§ 1º e 2º, CLT). Sua recusa não descaracteriza a subordinação contratual (art. 452-A, § 3º, CLT).

---

[162] BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos, de 23/05/2017, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 17 maio 2018.

[163] BRASIL. *Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017.* Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808impressao.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

Caso a oferta seja aceita pelo empregado e então descumprida por uma das partes, esta deverá pagar à outra multa no valor de 50% da remuneração que seria devida, no prazo de 30 dias, podendo, no mesmo prazo, haver a compensação (art. 452-A, § 4º, CLT).

O período de inatividade do empregado, por expressa determinação do § 5º do art. 452-A da CLT, não é considerado tempo à disposição do empregador, sendo permitida ao trabalhador a prestação de serviços a outros contratantes.

A lei explicita parcelas a serem pagas imediatamente, ao final de cada período de prestação, em rol exemplificativo[164], devendo do recibo constar a discriminação detalhada de cada parcela. São elas a remuneração, as férias proporcionais acrescidas de um terço, o décimo terceiro salário proporcional, o repouso semanal remunerado, e os adicionais legais (art. 452-A, §§ 6º e 7º, CLT). Os recolhimentos fundiários e previdenciários serão realizados pelo empregador na forma da lei, "com base nos valores pagos no período mensal", devendo ser entregue um comprovante ao empregado (art. 452-A, § 8º, CLT).

Quanto ao gozo de férias, a lei estabelece que "a cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador" (art. 452-A, § 9º, CLT). Cassar questiona os termos utilizados pelo legislador, que se refere a "mês" de férias, e não a "trinta dias", e que determina que o empregador conceda férias "a cada doze meses", sem explicitar como tal período é calculado, se pela data de aniversário do contrato, se pela soma de 365 dias de serviço efetivamente prestado.[165]

[164] DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com os Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.
[165] CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista - Lei 13.467, de 13 de julho de 2017*. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2017.

Por fim, uma das maiores mudanças trazidas pela Lei nº 13.467/2017, considerada por alguns como o cerne da reforma trabalhista[166], foi a expressa determinação, pelo art. 611-A, de que convenções e acordos coletivos de trabalho prevalecem sobre a lei, ou seja, há prevalência do negociado sobre o legislado quanto a temas específicos. Dentre os assuntos incluídos no dispositivo estão jornada de trabalho (inciso I), enquadramento do grau de insalubridade (inciso XII), e o trabalho intermitente (inciso VIII). O art. 611-B traz os direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos por meio de a acordo ou convenção coletiva.

3.3.3 Impactos da lei após o início de sua vigência[167]

O Ministério do Trabalho, por meio do Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho (PDET), divulga mensalmente os dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED). Desde a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, em 11/11/2017, os dados divulgados apresentam uma seção específica sobre o trabalho intermitente.

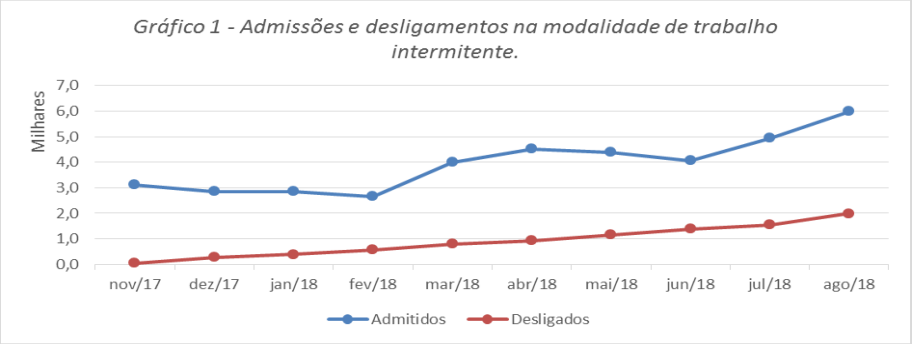
O total de contratações na modalidade de trabalho intermitente é mostrado no Gráfico 1, abaixo. Com uma média aproximada de 3.900 admissões mensais no período de novembro de 2017 a agosto de 2018, o trabalho intermitente representou cerca de 0,3% das contratações. Ao todo, já foram realizadas 39.407 admissões e 9.111 desligamentos, havendo 30.296 contratos vigentes.

Destaca-se que o saldo de empregos gerados, em qualquer modalidade de contratação, foi de 160.976, dos quais 30.296 são contratos de trabalho intermitente. Significa dizer que, apesar de representar apenas 0,3% das admissões no período, quase 20% do saldo de empregos gerados, entre novembro de 2017 e agosto de 2018, foi na modalidade de trabalho intermitente.

---

[166] SILVA MARTINS FILHO, Ives Gandra da. A Reforma Trabalhista no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 181. ano 43. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, set. 2017.

[167] BRASIL. Ministério do Trabalho. *CAGED*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/caged>. Acesso em: 26 set. 2018.



Fonte: Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) – Ministério do Trabalho.

Como se verifica no Gráfico 1, enquanto as admissões sofreram oscilações no período, a quantidade de desligamentos aumentou a cada mês. Ao todo, cerca de 23% dos contratos firmados já foram desfeitos.

Com os dados disponíveis, não é possível identificar se os desligamentos ocorreram por iniciativa do empregado ou do empregador, tampouco se houve efetiva convocação para o trabalho no período do contrato. Surgem dúvidas, que ficam sem resposta, quanto às causas desses desligamentos.

É possível que o empregador, apesar de ter um baixo custo para manter o empregado em trabalho intermitente – em tese, basta não haver convocação para que não haja qualquer pagamento –, movido por uma insegurança quanto à forma de proceder, promova a extinção do contrato. É possível ainda que o empregador, ao convocar o empregado, receba como resposta a recusa, faculdade do obreiro, e tenha frustrada sua expectativa de disponibilidade de mão de obra, com consequente prejuízo à execução do trabalho.

Mas pode também o empregado ter solicitado a extinção do vínculo, motivado por uma convocação inexistente ou insuficiente, que acaba por proporcionar-lhe uma parca remuneração, com a qual não consegue sustentar a si e à sua família. Ou pode ainda haver convocações em dias e horários tão aleatórios que prejudiquem qualquer planejamento pessoal do empregado, o qual se vê compelido à buscar um trabalho mais regular.

Dada a novidade do tema, tais questionamentos permanecerão sem resposta, até que pesquisas em campo possam identificar os motivos de tantos desligamentos.

Se analisados os setores nos quais foram realizadas tais contratações, percebe-se que o setor de Comércio foi o primeiro a adotar em maior escala o trabalho intermitente, sendo superado no decorrer do período pelo setor de Serviços. Em menor proporção, estão os setores da Construção Civil e da Indústria de Transformação. Os valores são trazidos na Figura 2.

Figura 3 - Admissões (A) e desligamentos (D) na modalidade de trabalho intermitente, por setor.[168]

	nov/17		dez/17		jan/18		fev/18		mar/18		abr/18		mai/18		jun/18		jul/18		ago/18		Totais		
Setor/Subsetor	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	Saldo
Serviços	207	22	791	76	879	83	1.206	166	1.763	257	1.899	319	1.806	418	1.828	480	2.461	618	3.217	794	16.057	3.233	12.824
Comércio	2.841	19	1.530	177	1.003	235	585	294	614	304	847	283	1.033	343	845	362	884	358	1.203	548	11.385	2.923	8.462
Constr. Civil	48	4	299	8	432	22	410	69	645	107	1.018	139	671	173	598	226	647	213	715	239	5.483	1.200	4.283
Ind. de Transf.	20	8	177	13	466	41	395	38	737	120	660	160	794	181	658	292	738	306	699	274	5.344	1.433	3.911
Agricult.	2	-	54	3	59	18	58	2	236	15	88	20	69	47	128	19	205	49	123	126	1.022	299	723
SIUP	-	-	-	-	-	-	3	-	7	-	5	-	11	-	5	1	8	2	21	1	60	4	56
Extrat. Mineral	2	-	-	-	21	-	3	-	-	-	6	1	1	-	6	-	8	6	9	7	56	14	42
Adm. Pública	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-	-	-	2	-	5	(5)
TOTAL	3.120	53	2.851	277	2.860	399	2.660	569	4.002	803	4.523	922	4.385	1.165	4.068	1.380	4.951	1.552	5.987	1.991	39.407	9.111	30.296

Fonte: Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) – Ministério do Trabalho.

Registra-se, ainda, que a ocupação com maior quantidade de contratações é "assistente de vendas", mas há, cada vez mais, outras ocupações inseridas no trabalho intermitente, como, por exemplo, "alimentador de linha de produção", "servente de obras", "atendentes de lojas e mercados", e "vigilante".

4 INCONSISTÊNCIAS E COMPATIBILIZAÇÃO DO TRABALHO INTERMITENTE COM O REGIME EMPREGATÍCIO NORMATIVO

O modelo de trabalho intermitente adotado no Brasil tem recebido diversas críticas relacionadas à constitucionalidade frente aos princípios e garantias sociais da Carta Magna, e à inconsistência com o regime empregatício normatizado no ordenamento pátrio.

[168] Os dados de novembro referem-se ao período de 11/11/2017 a 30/11/2017.

Neste capítulo, sem a pretensão de exaurir o tema, busca-se identificar e analisar os problemas e contradições do modelo, do modo previsto na Lei nº 13.467/2017, tanto na perspectiva constitucional, quanto internacional, e frente à CLT, sugerindo-se, em alguns casos, opções de compatibilização.

4.1 Quanto aos princípios aplicáveis às relações de trabalho

Apesar de o relator do PLC nº 38/2017 afirmar em seu parecer que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia a reforma trabalhista, que é uma reforma em consonância com os objetivos fundamentais do Estado e da garantia dos direitos sociais previstos na Carta Magna[169], uma das mais frequentes críticas ao trabalho intermitente é justamente o fato de que se abala a dignidade da pessoa humana ao deixar o trabalhador em total insegurança quanto ao seu sustento e organização financeira e familiar, sem um mínimo de garantias.[170]

Ao reduzir a proteção social do empregado e criar distinções entre os direitos dos trabalhadores em cada modalidade de contrato de trabalho, não apenas os princípios relacionados à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, à proteção social do trabalho, à função social da empresa, e à busca do pleno emprego parecem ser frontalmente desrespeitados. Fere-se também o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna.[171, 172] A igualdade entre os trabalhadores em regime de tempo integral e parcial está

[169] BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos, de 23/05/2017, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 17 maio 2018.

[170] KONRATH, Ângela Maria. O Contrato de Trabalho Intermitente. Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, ano 34, n. 408, p. 103-106, dez. 2017.

[171] ANPT/ANAMATRA/ABRAT/SINAIT. Nota Técnica PLC 38/2017. Reforma Trabalhista – Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tcnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

[172] LEDUR, José Felipe. Barreiras Constitucionais à Erosão dos Direitos dos Trabalhadores e a Reforma Trabalhista. Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região, Brasília, v. 21, n. 2, p. 53-78, 2017. Disponível em: <http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/180/165>. Acesso em: 20 maio 2018.

preconizada na Convenção nº 175 da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, mas que determina a adoção de medidas em busca da igualdade.[173]

O desrespeito aos princípios se dá pelo fato de que o valor social do trabalho e da livre iniciativa somente é atendido se asseguradas a todos existência digna e justiça social, com redução das desigualdades sociais e busca do pleno emprego (art. 170 da CF). Do contrário, há violação constitucional, devendo a lei ser interpretada conforme a Constituição ou ser declarada inconstitucional.[174]

Nos termos do Enunciado 87 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, um exemplo de inconstitucionalidade em face dos princípios da dignidade humana, do valor social do trabalho, da isonomia, da proteção do trabalhador e da função social da empresa, é a previsão de multa imposta ao trabalhador que descumprir convocação aceita.[175]

4.2 Frente ao trabalho ocasional e aos riscos da atividade

O contrato de trabalho intermitente provoca um rompimento de paradigma, pois o trabalho ocasional não era considerado vínculo empregatício dada a ausência de habitualidade e a possibilidade de o trabalhador recusar a prestação do serviço. Agora, o trabalho intermitente, com as mesmas características, é modalidade de contrato de emprego.[176]

Necessário se faz, aqui, diferenciar o trabalhador empregado de outras formas de prestação de serviço, a começar pelo trabalhador autônomo. Como ensina Süssekind, é empregado aquele que presta serviço, de forma continuada e mediante

---

[173] OIT. C175 - Convenção sobre o Trabalho a Tempo Parcial, 1994. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c175_pt.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

[174] LEDUR, José Felipe. Barreiras Constitucionais à Erosão dos Direitos dos Trabalhadores e a Reforma Trabalhista. *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 53-78, 2017. Disponível em: <http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/180/165>. Acesso em: 20 maio 2018.

[175] ANAMATRA. *Enunciados Aprovados na 2ª Jornada*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 31 maio 2018.

[176] JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e Trabalho Intermitente: quebra de paradigma. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciário.* ano XXIX. n. 346. p. 40-43. São Paulo: Ed. Síntese, abr. 2018.

contrato de trabalho subordinado, de onde retira os meios necessários à sua manutenção. A própria CLT, em seus artigos 2º e 3º, apresenta os requisitos para que se configure a relação de emprego, estabelecendo que o empregado é pessoa física, que os serviços prestados devem ser de natureza não eventual, havendo dependência do empregador, além da percepção de salário. Por sua vez, o empregador é aquele que assume os riscos da atividade econômica, e que dirige a prestação pessoal do serviço, pagando o salário do empregado.[177]

Já o trabalhador autônomo, apesar de exercer uma atividade remunerada e de forma habitual, o faz por conta própria, assumindo os riscos dessa atividade. A assunção dos riscos da atividade é fator primordial na distinção do empregado e do trabalhador autônomo, pois em nenhuma hipótese o empregado participa dos insucessos da empresa.[178]

Para Cassar, o contrato que não garante um salário mínimo mensal ao trabalhador, e tampouco contém uma previsibilidade de dias ou meses de trabalho no ano, repassa os riscos da atividade ao empregado, e o equipara ao trabalhador autônomo.[179]

Outra figura que merece ser diferenciada é o trabalhador avulso, que tem sua mão de obra designada pelo sindicato ou pelo órgão gestor de mão de obra, e cuja relação de trabalho não é contínua e não há a assunção dos riscos da atividade.[180]

Colnago entende que o trabalho intermitente adotado no Brasil se assemelha ao trabalho avulso, diferenciando-se pela existência do vínculo empregatício e da multa de 50% pelo descumprimento da convocação aceita.[181] Para Mendes, o empregado em contrato de trabalho intermitente também se assemelha ao

[177] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
[178] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
[179] CASSAR, Vólia Bomfim. Limites da Liberdade Individual na Relação de Trabalho e Reforma Trabalhista. *Revista TST*, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 285-301, abr./jun. 2017.
[180] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
[181] COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho "Zero Hora" – Trabalho Fixo Descontínuo: a Nova Legislação e a Reforma da Reforma. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 82. n. 01. p. 38-46. jan. 2018.

trabalhador avulso, entretanto com menos direitos, dado que o próprio empregado, e não o órgão gestor de mão de obra, é quem deve fazer a gestão de seu tempo, negociando com seus vários empregadores questões como horário da prestação do serviço, gozo de férias, etc. Caso não faça essa gestão de maneira adequada, pode pagar multa ao empregador pelo descumprimento de uma convocação aceita, e pode não perceber uma remuneração mensal mínima para seu sustento e de sua família, o que demonstra a transferência dos riscos da atividade ao empregado e a contrariedade ao princípio protetivo do direito do trabalho. A autora defende que deveriam ser reconhecidas para os empregados intermitentes as mesmas garantias conferidas aos trabalhadores avulsos, como restrição da modalidade de atividade econômica passível de utilização e a criação de condições específicas, como a transitoriedade da atividade econômica.[182] Araripe, no mesmo sentido, entende que os riscos são passados ao empregado, que deve se tornar "empresário de si mesmo", buscando gerir sua força de trabalho de modo a obter ganhos ao menos previsíveis.[183]

Quanto à distinção do trabalho intermitente para o trabalho eventual, enquanto o eventual decorre de uma necessidade extraordinária do empregador, pontual, o intermitente supre uma necessidade recorrente. Sob essa perspectiva, caso um trabalhador preste serviço em tese eventual a um mesmo tomador, de forma repetida, ainda que por contrato verbal, deve ser reconhecido o vínculo empregatício do trabalho intermitente, pelo princípio da primazia da realidade expresso no art. 9º da CLT.[184]

---

[182] MENDES, Iratelma Cristiane Martins. Responsabilidade do Empregado pela Gestão na Intermitência no Contrato de Trabalho. Gestão Negociada ou Impositiva? In: MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). *Reforma Trabalhista em Debate – Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 49-56.

[183] ARARIPE, Liliana R. Bastos de Alencar Araripe. Trabalho autônomo e intermitente: as novas figuras laborais trazidas com a reforma e os desafios que a mudança acarreta. *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 79-88, nov. 2017.

[184] COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho "Zero Hora" – Trabalho Fixo Descontínuo: a Nova Legislação e a Reforma da Reforma. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 82. n. 01. p. 38-46. jan. 2018.

4.3 A necessidade de um salário mínimo e o direito à fixação de jornada – o respeito à garantia de pagamento das horas extras

Outra aparente inconsistência do modelo de trabalho intermitente adotado pela Lei nº 13.467/2017 diz respeito aos direitos sociais garantidos especialmente no art. 7º da CF. Conforme o Enunciado 73 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, haveria inconstitucionalidade por violação aos direitos de proteção da relação de emprego, garantia de salário mínimo, limites de duração do trabalho, décimo terceiro salário e férias remuneradas.[185]

Quanto ao salário mínimo, a garantia constitucional não trata da quantidade de horas trabalhadas, mas do atendimento às necessidades vitais básicas do empregado e de sua família.[186] No mesmo sentido a Convenção nº 131 da OIT, sobre a Fixação dos Salários Mínimos, que estabelece que o salário mínimo deve abranger as necessidades dos trabalhadores e das respectivas famílias, tendo em atenção, inclusive, as prestações de segurança social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais.[187]

Esse é também o entendimento de Delgado e Delgado, que explicam que o Supremo Tribunal Federal tem decisões reiteradas sobre a impossibilidade de pagamento proporcional às horas da jornada reduzida, quando resultar em remuneração inferior ao salário mínimo mensal, que deve ser garantido. A regra, no entanto, é aplicável somente aos empregados celetistas da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, por força da OJ 358, II, do TST[188], a qual deve ser

[185] ANAMATRA. *Enunciados Aprovados na 2ª Jornada*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 31 maio 2018.

[186] LEDUR, José Felipe. Barreiras Constitucionais à Erosão dos Direitos dos Trabalhadores e a Reforma Trabalhista. *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 53-78, 2017. Disponível em: <http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/180/165>. Acesso em: 20 maio 2018.

[187] BRASIL. *Decreto nº 89.686, de 22 de maio de 1984*. Promulga a Convenção nº 131 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Fixação de Salários Mínimos, com Referência Especial aos Países em Desenvolvimento, 1970. Brasília, 1984. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=512326&id=14247973&idBinario=15645389&mime=application/rtf>. Acesso em: 7 jun. 2018.

[188] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial - SBDI-I - 358*. I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas

reformada, na opinião dos autores, estendendo-se a garantia aos demais empregados do país. No caso do trabalho intermitente, haveria a garantia do salário mínimo mensal, ainda que não houvesse convocação pelo empregador durante o mês.[189]

Essa concepção se coaduna com o Enunciado 74 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho[190]:

> 74. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO
>
> A proteção jurídica do salário mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que for convocado para trabalhar, respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional.

No caso do trabalho intermitente, da forma como instituído, não há uma garantia de jornada mínima e, tampouco, de uma remuneração mínima, fazendo com que o empregado fique em situação de insegurança e não possa assumir compromissos financeiros.[191]

Se o período de inatividade não enseja percepção de remuneração, objetivo expresso dos projetos de lei já discutidos, chega-se a uma situação tal de insegurança, que o empregado pode não receber quaisquer valores durante meses, a critério do empregador. Ocorre que a Constituição Federal, ao tratar dos direitos sociais garantidos ao trabalhador, traz inequívoca determinação de que, àqueles que

---

diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado. II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_341.htm>. Acesso em: 23 maio 2018.

189 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com os Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 155-156.

190 ANAMATRA. *Enunciados Aprovados na 2ª Jornada*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 31 maio 2018.

191 ANPT/ANAMATRA/ABRAT/SINAIT. Nota Técnica PLC 38/2017. *Reforma Trabalhista – Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tcnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

percebem remuneração variável, deve ser garantido o pagamento de um salário mínimo (art. 7º, VII, CF).

O modelo de contrato intermitente adotado pela reforma trabalhista objetiva o rompimento de duas importantes garantias trabalhistas, quais sejam, a jornada de trabalho e o salário. A forma de pagamento do salário, inicialmente, não se assemelha a qualquer das formas apresentadas no item 1.1 deste trabalho (por unidade de tempo, por unidade de obra, ou por tarefa). Parece, pela simples leitura dos dispositivos legais, que é um contrato de emprego sem salário, que poderia existir ou não, a depender da convocação do empregador. Delgado e Delgado entendem, no entanto, que se trata, em verdade, de nova modalidade de salário por unidade de obra ou por tarefa, pois o salário será pago em função da produtividade do empregado em cada mês, a partir da quantidade de horas trabalhadas, conforme a convocação. Assim sendo, trata-se de forma de salário variável, albergado pela garantia constitucional de percepção de um salário mínimo.[192]

O pagamento do salário mínimo constitucional não depende de o empregado intermitente ser convocado pelo empregador, e tampouco das horas trabalhadas, e, se efetivado, o salário mínimo percebido afasta a precarização dessa modalidade contratual e preserva o patamar civilizatório mínimo, pois o salário tem o chamado efeito expansionista circular, irradiando seus reflexos em diversos outros direitos, como férias e FGTS.[193]

Quanto à garantia ao salário, Higa sugere que seja estabelecida uma previsão mínima a ser paga ao empregado, com a correspondente jornada mínima a ser cumprida, fazendo com que o contrato deixe de ser aleatório, ainda que possa haver alguma variação decorrente de sua natureza intermitente.[194] No mesmo sentido o

[192] DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com os Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.
[193] ALVES, Amauri Cesar. Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciário.* ano XXIX. n. 346. p. 9-39. São Paulo: Ed. Síntese, abr. 2018.
[194] HIGA, Flávio da Costa. Reforma Trabalhista e Contrato de Trabalho Intermitente: uma Tentativa de Aproximação Dialógica junto ao Senado. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano XIII, v. 77, p. 42-59, mar./abr. 2017.

Enunciado 84 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que sugere que os períodos de prestação de serviços ou a estimativa de serviços a executar, estejam expressos no contrato, e que obriguem o empregador.[195]

Nos termos do artigo 12 da Convenção nº 95 da OIT, o salário deve ser pago em intervalos regulares, sendo determinado pelo art. 459 da CLT que o período não pode ser superior a um mês. Ocorre que o § 6º do art. 452-A estabelece o pagamento "ao final de cada período de prestação de serviço", o que poderia levar a uma interpretação de que se pode pagar em intervalo superior a um mês, caso a prestação do serviço ultrapassasse esse prazo. Tal interpretação já havia sido rechaçada pela doutrina[196], e foi esclarecida pelo art. 2º, § 2º, da Portaria nº 349 do Ministério do Trabalho, de 23 de maio de 2018, que determinou o pagamento em período não superior a um mês e até o quinto dia útil do mês seguinte ao trabalhado, devendo ser cumprida a regra do § 1º do art. 459 da CLT.[197]

Por suas características, como apresentado nos itens 2.2.5 e 2.3.2 deste trabalho, o contrato de trabalho intermitente adotado no Brasil se assemelha ao contrato inglês de zero hora, no qual não há garantia de oferta de qualquer trabalho ao empregado e, como regra, não são cabíveis cláusulas de exclusividade, podendo ser criadas regras que modifiquem o contrato. No entanto, o contrato de zero hora inglês permite a imposição de pagamento de compensação ao empregado, ou uma imposição de multas ao empregador.[198] Já o trabalho intermitente brasileiro teve expressa vedação quanto à remuneração pelo tempo de inatividade, sob pena de

---

[195] ANAMATRA. *Enunciados Aprovados na 2ª Jornada*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 31 maio 2018.

[196] CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista - Lei 13.467, de 13 de julho de 2017*. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2017.

[197] BRASIL. Ministério do Trabalho. *Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018*. Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/05/2018&jornal=515&pagina=92>. Acesso em: 31 maio 2018.

[198] UNITED KINGDOM. The National Archives. *Employment Rights Act 1996*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18>. Acesso em: 19 maio 2018.

restar descaracterizada a modalidade de contratação (art. 4º, § 2º, Portaria MTb nº 349/2018).[199]

Esse contrato é visto como uma forma de contratação que mascara estatísticas de desemprego, já que muitos se declararão empregados, apesar de não perceberem qualquer remuneração.[200, 201]

Na Nova Zelândia, o contrato zero hora foi retirado do ordenamento, e os contratos de trabalho precisam especificar um mínimo de horas, dias da semana em que será realizado, e horário de início e fim da jornada, podendo especificar também alguma flexibilização quanto ao dia da semana e aos horários de início e fim da jornada.[202]

Ademais, a fixação da jornada é o balizador para que sejam pagas as horas extras, garantidas pelo art. 7º, XVI, da CF, visto que é extra a hora que ultrapassa a jornada pactuada, a qual pode ser de 8 horas ou menos. Logo, um empregado que trabalha 6 horas pode fazer jus ao pagamento de horas extras, caso a jornada à qual devesse estar submetido fosse de 4 horas, por exemplo. Indispensável, portanto, que se preveja a quantidade de horas da jornada no contrato, com vistas a possibilitar a efetivação da citada garantia constitucional. Do contrário, poderá o pagamento das horas extras apenas ao empregado que ultrapasse a jornada de 8 horas, ou sequer isso, caso se alegue compensação.

---

[199] BRASIL. Ministério do Trabalho. *Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018.* Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/05/2018&jornal=515&pagina=92>. Acesso em: 31 maio 2018.

[200] HIGA, Flávio da Costa. Reforma Trabalhista e Contrato de Trabalho Intermitente: uma Tentativa de Aproximação Dialógica junto ao Senado. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano XIII, v. 77, p. 42-59, mar./abr. 2017.

[201] ARARIPE, Liliana R. Bastos de Alencar Araripe. Trabalho autônomo e intermitente: as novas figuras laborais trazidas com a reforma e os desafios que a mudança acarreta. *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 79-88, nov. 2017.

[202] HIGA, Flávio da Costa. Reforma Trabalhista e Contrato de Trabalho Intermitente: uma Tentativa de Aproximação Dialógica junto ao Senado. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano XIII, v. 77, p. 42-59, mar./abr. 2017.

Ainda quanto ao contrato de zero hora britânico, o Enunciado 85 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho registrou que o contrato de trabalho intermitente, no Brasil, não corresponde àquela modalidade, sendo obrigatória a indicação da quantidade mínima de horas de prestação de serviços para que não se caracterize um contrato de trabalho com objeto indeterminado ou sujeito a condição puramente potestativa, vedado pelo Código Civil brasileiro.[203]

O Enunciado se coaduna com entendimento do MPT, para quem há uma violação do princípio geral dos contratos de que todo contrato deve ser certo e determinado, pois o trabalho intermitente deixa incertas e indeterminadas duas das principais cláusulas do contrato de trabalho, quais sejam, o tempo de trabalho e a remuneração mensal mínima, acentuando as desigualdades já existentes entre os contratantes. Para o MPT, o fato de o empregado se manter à disposição do empregador por períodos indefinidos, sendo remunerado apenas quando chamado, é ainda contrário ao art. 2º da CLT, que expressamente determina que os riscos da atividade econômica são do empregador. Também o art. 4º da CLT seria desrespeitado, já que o tempo à disposição deve ser remunerado.[204] Para Cassar, no entanto, a cláusula de intermitência afasta a aplicação do art. 4º da CLT, o qual somente incidirá no contrato em caso de descumprimento da formalidade prevista no *caput* do art. 452-A, qual seja, que o contrato de trabalho intermitente seja celebrado por escrito.[205]

---

[203] ANAMATRA. *Enunciados Aprovados na 2ª Jornada*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 31 maio 2018.

[204] BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 01, de 24 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 218/2016*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/84831c75-13e6-4492-9c14-85d9199d1c14/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B1-2017%2B-%2BPLS%2B218-2016%2B-%2BJornada%2BIntermitente.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-84831c75-13e6-4492-9c14-85d9199d1c14-lVoXnhv>. Acesso em: 7 maio 2018.

[205] CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista - Lei 13.467, de 13 de julho de 2017*. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2017.

O contrato de trabalho intermitente seria modalidade que torna menos rígida a relação de trabalho. Entretanto, as formas de flexibilização utilizadas são normalmente em atendimento aos interesses do empregador, e não do trabalhador. Dado o impacto que a flexibilização da duração de trabalho pode causar à percepção de salários, alguns países, como a Rússia, estabelecem rigorosa regulamentação do tema, aliada a uma amplificação da negociação coletiva. O desafio é assegurar o cumprimento das regras, como, por exemplo, o pagamento pelas horas extras realizadas. Dados sugerem que uma forte presença de sindicatos e uma maior capacidade de imposição da lei são fatores que afetam o cumprimento das normas.[206]

4.4 O direito às férias, ao décimo terceiro salário, e às estabilidades provisórias

O direito às férias anuais, assim como a garantia no emprego decorrente de condições específicas previstas em lei e na CF, são institutos com finalidades particulares, as quais dificilmente podem ser atingidas sem que seja assegurada a remuneração ao empregado.

No que tange ao direito ao gozo de férias anuais remuneradas, sua previsão decorre tanto da CF quanto da Convenção nº 132 da OIT, como apresentado no item 1.2. Em aparente cumprimento às garantias constitucionais do art. 7º, o art. 452-A, § 6º, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, determina o pagamento imediato da remuneração, das férias proporcionais com acréscimo de um terço, do décimo terceiro salário proporcional, do repouso semanal remunerado, e de adicionais legais. Ocorre que, da simples leitura da lei, pode-se interpretar que o pagamento das férias, acrescidas do terço constitucional, será feito ao final de cada período de prestação, por mandamento do § 6º do mesmo artigo, sendo o período de gozo apenas a determinação de que o empregador não pode convocar o empregado, não havendo

[206] OIT. Secretaria Internacional de Trabalho. LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C.. *Duração do trabalho em todo o mundo*: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229714.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

qualquer pagamento de salário no período. Se assim interpretado, o dispositivo é inócuo, dado que o empregado tem a faculdade de recusar a convocação quando lhe aprouver, ficando sem prestar o serviço e sem receber salário, que é justamente a situação aparentemente trazida pelo legislador.[207]

A literalidade da lei caracterizaria, então, manifesto descumprimento do mandamento constitucional, razão pela qual se supõe que as férias, quando gozadas, sejam remuneradas com a média mensal dos salários percebidos durante o período aquisitivo, acrescidas de um terço.[208] Como o objetivo das férias anuais é permitir a recuperação do empregado após um ano de desgaste, essas devem, por óbvio, ser remuneradas, ou não estaria havendo o repouso verdadeiro.[209]

Para Franco Filho, a lei deve ser interpretada no sentido de que o empregado faz jus, a cada prestação, às férias proporcionais, as quais são pagas de imediato. Faz jus ainda, a cada ano que complete o contrato de trabalho, às férias integrais, remuneradas e acrescidas do terço constitucional quando de seu gozo. Seriam, então, duas espécies de férias: as proporcionais, sempre em pecúnia, e as integrais, remuneradas e com direito aos dias de ociosidade.[210] De acordo com o Enunciado 86 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, no entanto, o pagamento das férias proporcionais não deve ser aplicado, por haver uma antinomia entre os §§ 6º e 9º do art. 452-A da CLT, sendo a solução dada pelo pagamento das férias no momento de sua fruição.[211]

Registra-se que, ainda que as férias sejam remuneradas no momento de seu gozo, o contrato de trabalho intermitente, dada a grande variação salarial que

---

[207] HIGA, Flávio da Costa. Reforma Trabalhista e Contrato de Trabalho Intermitente: uma Tentativa de Aproximação Dialógica junto ao Senado. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano XIII, v. 77, p. 42-59, mar./abr. 2017.

[208] DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com os Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

[209] SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1977.

[210] FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Reforma Trabalhista em Pontos*: de Acordo com a Lei n. 13.467/17 e a MP n. 808/17. São Paulo: LTr, 2018.

[211] ANAMATRA. *Enunciados Aprovados na 2ª Jornada*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 31 maio 2018.

comporta, faz com que, para perceber um salário mensal integral, o empregado tenha que firmar contrato com diversos empregadores, prejudicando sobremaneira o gozo de férias, visto que a concessão por cada empregador dificilmente será coincidente com os demais.[212]

No caso do décimo terceiro salário, assim como ocorre com as férias, o § 6º, III, do art. 452-A, determinou o pagamento ao fim do período de prestação, em desacordo com a Lei nº 4.090/1962 e seu regulamento, o Decreto nº 57.155/1965, os quais estabelecem o pagamento em duas parcelas apenas, uma entre os meses de fevereiro e novembro, e outra até o dia 20 de dezembro, sendo que, no caso de percepção de salário variável, até o dia 10 de janeiro será paga ou compensada possível diferença. Para Araripe, tal antecipação esvazia o instituto e não poderia ser realizada.[213]

Merece destaque também a problemática das estabilidades provisórias constitucionais, concedidas ao empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato (ADCT, art. 10, II, a), à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e ao dirigente sindical, a partir do registro da candidatura até um ano após o final do mandato (CF, art. 8º, VIII). A lei não estabeleceu a forma de efetivação da garantia no emprego desses empregados, a qual deve, por óbvio, ser remunerada, sob pena de descaracterização do instituto. Nesse caso, a regulamentação pode ser feita por meio de negociação coletiva.[214]

---

[212] MENDES, Iratelma Cristiane Martins. Responsabilidade do Empregado pela Gestão na Intermitência no Contrato de Trabalho. Gestão Negociada ou Impositiva? In: MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). *Reforma Trabalhista em Debate – Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 49-56.

[213] ARARIPE, Liliana R. Bastos de Alencar Araripe. Trabalho autônomo e intermitente: as novas figuras laborais trazidas com a reforma e os desafios que a mudança acarreta. *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 79-88, nov. 2017.

[214] NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola Judicial do TRT - 15ª Região*; Campinas, n. 51, p. 127-148, jul./dez. 2017.

4.5 A possibilidade de rescisão indireta, e o pagamento de verbas rescisórias, FGTS e aviso prévio

Como dito anteriormente, caso se cumprisse o pagamento de um salário mínimo ao empregado em inatividade por longo período, estar-se-ia diante de um instituto constitucional. Poderia, no entanto, ser ainda questionável quando apreciado frente à própria CLT, pois seu art. 483, alínea *g*, permite ao empregado considerar rescindido o contrato de trabalho quando o empregador reduz o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. Caso o empregador, em um contrato de trabalho intermitente, deixe de ofertar serviço ao empregado, prejudicando fortemente o valor do salário recebido, ainda que houvesse o pagamento de um salário mínimo, tal valor poderia ser considerado insuficiente a ponto de garantir ao empregado o direito de ver rescindido o contrato indiretamente.

A MP nº 808/2017 buscou tratar o tema da não convocação por longo período, inserindo um art. 452-D na CLT, que previa uma extinção tácita em caso de o empregador não convocar o empregado pelo prazo de um ano, que poderia ser contado da celebração do contrato, da última convocação, ou do último dia de prestação do serviço, a depender do que fosse mais recente. Nesse caso, a norma não especificava os direitos do empregado, mas, para Colnago, não poderia ser considerada justa causa do empregador, nos termos do art. 483, alínea *g*, pelo fato de a norma restritiva não poder ser interpretada de maneira extensiva.[215] Como a MP nº 808/2017 perdeu sua eficácia, a questão permanece sem resposta.

Caso se entenda possível a ocorrência de justa causa do empregador pleiteada devido a longo período de inatividade, restam dúvidas quanto à forma de pagamento das verbas rescisórias, pois não há jornada pactuada, e tampouco salário mínimo garantido, a fim de que sejam calculados o saldo de salário, o aviso prévio, as férias

[215] COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho "Zero Hora" – Trabalho Fixo Descontínuo: a Nova Legislação e a Reforma da Reforma. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 82. n. 01. p. 38-46. jan. 2018.

e décimo terceiro proporcionais, a multa de 40% do FGTS. Frise-se que pode não ter havido qualquer pagamento desde o início do contrato ou por diversos meses, sendo inviável o cálculo das verbas rescisórias a partir de uma média salarial do último ano, por exemplo.

Cassar questiona o contrato inclusive quanto à percepção de verbas rescisórias em caso de dispensa imotivada. Entende que não haveria razão para o empregador dispensar o empregado, se é possível deixá-lo aguardando convocação sem que tenha qualquer custo. Nessa situação, a autora demonstra dúvidas se haverá qualquer levantamento de FGTS e recebimento de aviso prévio, visto que o contrato não se encerrará, ou gozo de férias remuneradas, já que seu pagamento é realizado ao final de cada prestação.[216]

Houve também uma tentativa de esclarecer a forma como seriam calculadas as verbas rescisórias na MP nº 808/2017. A base seria a média dos valores recebidos pelo empregado nos últimos doze meses, considerando-se apenas os meses em que houve recebimento de parcela remuneratória. O aviso prévio seria obrigatoriamente indenizado e devido pela metade. Também a multa de 40% sobre o saldo do FGTS seria devida por metade, e não haveria o direito ao empregado intermitente de ingressar no Programa de Seguro-Desemprego, sendo permitida a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS em até oitenta por cento do valor dos depósitos.

Tais regras perderam a vigência, mas parecem afrontar a Constituição, por excluírem o empregado em trabalho intermitente de direitos expressamente listados no rol do art. 7º da Constituição da República, quais sejam, direito a aviso prévio de, no mínimo, trinta dias (inciso XXI), a seguro-desemprego em caso de desemprego involuntário (inciso II), e a indenização de 40% do saldo do FGTS em caso de dispensa imotivada (inciso I c/c ADCT, art. 10, I).

[216] CASSAR, Vólia Bomfim. Limites da Liberdade Individual na Relação de Trabalho e Reforma Trabalhista. *Revista TST*, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 285-301, abr./jun. 2017.

Com a edição da Portaria MTb nº 349/2018, restou determinado que as verbas rescisórias e o aviso prévio sejam calculados com base na média dos valores recebidos no curso do contrato, considerando-se apenas os meses durante os quais tenha havido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses, ou todo o período de vigência do contrato, se este for inferior.

O FGTS e o aviso prévio apresentam relação direta com o salário percebido por ser este a base de cálculo utilizada para ambos. Os dois institutos haviam sido tratados pela MP nº 808/2017, que determinava o pagamento pela metade do aviso prévio, obrigatoriamente indenizado, e da indenização sobre o saldo do FGTS, exceto se a extinção do contrato de trabalho intermitente ocorresse por justa causa de qualquer das partes (art. 452-E, I, *a* e *b*). A MP perdeu sua eficácia e os dispositivos não estão em vigor, mas registra-se que a redução do aviso prévio à metade somente poderia ser aplicada se resultasse em valor superior ao equivalente a 30 dias, sob pena de desrespeito à expressa garantia do art. 7º, XXI, da CF.

4.6 Direitos previdenciários: o seguro-desemprego e a seguridade social

Como dito no item 1.2, o seguro-desemprego é garantido ao empregado em situação de desemprego involuntário, com o cumprimento de alguns requisitos. Da leitura do art. 452-E, *caput* e § 2º, inseridos na CLT pela MP e atualmente sem eficácia, depreende-se que a extinção contratual sem justa causa não autorizaria o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.[217] Para Colnago, a regra trazida seria apenas de uma política executiva.[218] Parece, no entanto, que afronta a Carta Magna a determinação de que o empregado, apenas pela modalidade de contrato de trabalho na qual se insere, não faça jus a benefício expressamente concedido pela CF, em seu art. 7º, inciso II.

[217] FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Reforma Trabalhista em Pontos*: de Acordo com a Lei n. 13.467/17 e a MP n. 808/17. São Paulo: LTr, 2018.

[218] COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho "Zero Hora" – Trabalho Fixo Descontínuo: a Nova Legislação e a Reforma da Reforma. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 82. n. 01. p. 38-46. jan. 2018.

Ainda que faça jus ao seguro-desemprego, visto que a MP não será aplicada, o empregado em contrato intermitente de trabalho terá maiores dificuldades em comprovar os requisitos de recebimento. Essa situação se dá porque a lei regulamentadora do Programa, Lei nº 7.998/1990[219], trata de recebimento de salário, e não de tempo de contrato, por certa quantidade de meses, o que pode não acontecer em caso de não ter havido convocação pelo empregador.

Para Franco Filho, a insegurança quanto ao salário mensal afeta diretamente as garantias constitucionais relacionadas à seguridade social, pois, pelo fato de o período de inatividade não ser considerado tempo à disposição do empregador, este não tem qualquer obrigação com o empregado, sendo um período de suspensão do contrato, em que não se fala em contribuição previdenciária.[220]

Esse entendimento foi expresso na MP nº 808/2017, que trazia dispositivo assaz danoso ao empregado em regime de trabalho intermitente, que poderia ensejar sua exclusão da qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social. A MP incluiu o art. 911-A na CLT, que determinava, em seu § 1º, que os segurados empregados que recebessem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, somados os valores mensais de todos os seus empregadores, em quaisquer tipos de contratos, deveriam recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, sob pena de o mês não ser considerado para fins de aquisição e manutenção da qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social, nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários. A alíquota dessa complementação foi fixada pela Secretaria da Receita Federal em 8%, aplicada sobre a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal.[221]

---

[219] BRASIL. *Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990*. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

[220] FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Reforma Trabalhista em Pontos*: de Acordo com a Lei n. 13.467/17 e a MP n. 808/17. São Paulo: LTr, 2018.

[221] BRASIL. Ministério da Fazenda. *Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 6, de 24 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a contribuição previdenciária complementar prevista no § 1º do art. 911-A da

A exclusão do empregado em regime de trabalho intermitente dos benefícios da seguridade social é preocupação presente na Recomendação nº 182 da OIT, sobre trabalho a tempo parcial. O texto sugere que sejam feitas modificações no regime de seguridade social a fim de assegurar benefícios relativos a maternidade, velhice, doença, invalidez, e seguro desemprego ao trabalhador em tempo parcial. Sugere ainda que esses trabalhadores tenham acesso às licenças concedidas ao trabalhador em tempo integral, em especial licença remunerada para estudos, licença parental e licença por motivo de doença em filho ou familiar próximo.[222]

O estímulo à utilização de jornadas a tempo parcial, nas quais se inclui o trabalho intermitente, deve ser feito com o estabelecimento de tratamento isonômico e com a concessão das mesmas condições e benefícios do trabalhador em tempo integral.[223]

Dentre os benefícios da seguridade social que são constitucionalmente garantidos aos empregados está a licença à gestante, paga à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, na forma de renda mensal igual a sua remuneração integral.[224] Percebe-se que, caso a empregada fosse excluída do Regime Geral de Previdência Social, como previa a MP, haveria a situação de uma empregada, com contrato de trabalho ativo, sem o direito constitucional à licença à gestante.

Pelo fato de a MP ter perdido sua eficácia, não há que se falar em exclusão do empregado em contrato intermitente da qualidade de segurado. No entanto, ainda

---

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, 2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=88247&visao=anotado>. Acesso em: 27 abr. 2018.

[222] OIT. *R182 - Part-Time Work Recommendation, 1994*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312520,es:NO>. Acesso em: 7 maio 2018.

[223] OIT. Secretaria Internacional de Trabalho. LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C.. *Duração do trabalho em todo o mundo*: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229714.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

[224] BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

resta dúvida quanto ao cálculo dos benefícios, como o salário-maternidade, que deve ser pago em valor igual à remuneração integral da segurada. Por não haver jornada mínima prevista no contrato de trabalho intermitente, não é possível estabelecer qual o valor de sua remuneração integral.

Outra garantia constitucional que restaria inviabilizada pelo art. 911-A inserido pela MP é o direito à aposentadoria. Ainda que sem eficácia a MP, o direito à aposentadoria parece impossibilitado no contrato de trabalho intermitente, pois se a contribuição for realizada apenas sobre os dias trabalhados, sendo a contagem de tempo efetuada sobre os dias de contribuição, serão necessários muitos anos para que seja alcançado o tempo mínimo para a aposentadoria.[225]

4.7 O papel da negociação coletiva na garantia de direitos

Como já apresentado, um dos eixos centrais da chamada reforma trabalhista foi a ampliação do poder das negociações coletivas, as quais podem prevalecer, inclusive, sobre ao que determina a legislação trabalhista.

Para tal, foram inseridos os artigos 611-A e 611-B na CLT. Enquanto o art. 611-A apresenta um rol exemplificativo de temas que podem ser objeto de negociação coletiva, o art. 611-B coloca os limites dessas negociações, mediante um rol taxativo de direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos.

Pelo fato de diversos pontos da regulamentação do trabalho intermitente terem sido tratados apenas na MP nº 808/2017, que perdeu eficácia em 23/04/2018, existe, em diversos incisos do art. 611-A, especialmente no inciso VIII, a permissão para uma ampla negociação sobre as regras dos contratos de trabalho intermitente.

[225] ANPT/ANAMATRA/ABRAT/SINAIT. Nota Técnica PLC 38/2017. *Reforma Trabalhista – Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tcnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

Seria uma delegação do legislador às organizações sindicais[226], que poderiam, por meio da negociação coletiva, garantir direitos ao empregado em contrato de trabalho intermitente, como a fixação de uma jornada ou remuneração mensal mínima, ou poderiam vedar sua utilização para determinadas categorias.[227]

Essa liberdade, no entanto, deve sempre observar o citado art. 611-B, no qual estão listados os direitos não passíveis de supressão ou redução por acordo ou negociação coletiva.[228] Deve também, por óbvio, ter como balizadores o art. 7º da Constituição Federal e o princípio da norma mais favorável nele insculpido, reconhecendo-se que, ainda que se queira uma prevalência das negociações coletivas sobre as leis, não podem aquelas estabelecerem menor patamar de direitos, sob pena de violação da Norma Fundamental.[229]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho e o salário têm inegável relevância na vida do indivíduo e de sua família, sendo essenciais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não à toa, há toda uma teia de proteção ao trabalho e aos direitos básicos que surgem da relação empregatícia. Assim, qualquer instituto que se pretenda inserir no ordenamento jurídico pátrio, e que afete a aquisição e o gozo desses direitos, deve, indubitavelmente, ser objeto de prévia e ampla discussão com a sociedade.

Ainda que seja necessária uma modernização de regras ou formas de contratação, não se pode, a esse pretexto, olvidar a relevância e o valor social do trabalho. O sistema protetivo constitucional deve ser respeitado, assim como os

[226] Porto e Pessoa alertam sobre a importância de uma discussão séria quanto ao sindicalismo brasileiro, dada a possibilidade de flexibilização da lei por meio de negociação coletiva. Fonte: PORTO, Noemia; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017.

[227] COLUMBU, Francesca. O Trabalho Intermitente na Legislação Laboral Italiana e Brasileira. *Revista dos Tribunais*. v. 984. ano. 106. p. 277-301. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

[228] COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho "Zero Hora" – Trabalho Fixo Descontínuo: a Nova Legislação e a Reforma da Reforma. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 82. n. 01. p. 38-46. jan. 2018.

[229] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista e Crise Econômica: negociado *versus* legislado. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 181. ano 43. p. 31-44. São Paulo: Ed. RT, set. 2017.

tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Ademais, o sistema é coeso, devendo ser visto como um todo harmônico. Incabível, portanto, um desenho incongruente do ordenamento justrabalhista.

Nesse sentido, apesar de restar constatado que o trabalho intermitente é uma realidade em diversos países, percebeu-se que há um papel fundamental do Estado em avaliar os impactos provocados em sua sociedade. Como ocorreu na França, ao se verificar que a jornada semanal era, de fato, insuficiente para que se obtivesse um rendimento mínimo, fruto do trabalho, o Estado criou mais regras de utilização, com um mínimo de 24 horas semanais. Assim, permite que o empregador tenha flexibilidade na forma de contratação, mas garante ao empregado alguma segurança. Ou seja, equilibra a relação empregatícia.

No caso brasileiro, o trabalho intermitente foi colocado na lei sem a devida reflexão sobre seus impactos e consequências no mercado de trabalho. Os projetos de lei que trataram da matéria anteriormente continham regras variadas, limitações ao seu uso. Já a Lei nº 13.467/2017 apenas cria mais uma forma de contratação, de utilização quase que irrestrita e sem grande regulamentação. Tentou-se um aclaramento sobre suas regras na MP nº 808/2017, que perdeu eficácia. Editou-se então a Portaria MTb nº 349/2018 com alguns esclarecimentos. O trabalho interpretativo no Brasil ocorrerá, então, de forma mais intensa, seja pela pouca regulamentação sobre o tema, seja pela ainda incipiente produção jurisprudencial quanto à sua utilização.

Pode-se, porém, buscar nas experiências de outros Estados a inspiração para melhoria e compatibilização interna do instituto. O estabelecimento de uma quantidade mínima de horas de trabalho, gerando o pagamento de um salário mensal ainda que não haja convocação para o trabalho, como ocorre na Alemanha e na França; o pagamento de um valor superior da hora trabalhada, como ocorre na Austrália. Há inúmeros exemplos de práticas que lograram êxito na proteção do empregado em alguns aspectos dessa modalidade de contratação. Há também

aquelas que não obtiveram sucesso. Essas práticas podem ser utilizadas quando da busca de soluções capazes de suprir lacunas deixadas pela lei.

Restou confirmado que a ausência de uma garantia ao salário impacta direta e indiretamente a percepção de tantas outras verbas, além dos direitos previdenciários. Não parece haver espaço, no art. 7º da Carta Constitucional, para um contrato no qual o empregado tem sua CTPS assinada, mas pode ou não haver trabalho, pode ou não haver salário, pode ou não haver cobertura da seguridade social.

Sugere-se, portanto, que nos pontos identificados no decorrer do trabalho, nos quais há potenciais prejuízos ao empregado, com o desprovimento de seus direitos sociais básicos, a leitura e aplicação da lei seja feita, sempre e cuidadosamente, à luz da Constituição, garantindo-se o respeito a seus preceitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciário.* ano XXIX. n. 346. p. 9-39. São Paulo: Ed. Síntese, abr. 2018.

ANAMATRA. *Enunciados Aprovados na 2ª Jornada*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 31 maio 2018.

ANPT/ANAMATRA/ABRAT/SINAIT. Nota Técnica PLC 38/2017. *Reforma Trabalhista – Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tcnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004.

ARARIPE, Liliana R. Bastos de Alencar Araripe. Trabalho autônomo e intermitente: as novas figuras laborais trazidas com a reforma e os desafios que a mudança acarreta. *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 79-88, nov. 2017.

BATISTA, Erika. Fordismo, taylorismo e toyotismo: apontamentos sobre suas rupturas e continuidades. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/erika_batista.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

BERISTAIN GALLEGOS, Esteban. Flexiseguridad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, n. 17. p. 3-29. jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/viewFile/9715/11743>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 3.197, de 5 de outubro de 1999.* Promulga a Convenção no 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Férias Anuais Remuneradas (revista em 1970), concluída em Genebra, em 24 de junho de 1970. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3197.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.* Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957.* Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Rio de Janeiro, 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d41721.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 57.155, de 3 de novembro de 1965.* Expede nova regulamentação da Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, que institui a gratificação de Natal para os trabalhadores, com as alterações introduzidas pela Lei nº 4.749, de 12 de agôsto de 1965. Brasília, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d57155.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.* Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 89.686, de 22 de maio de 1984*. Promulga a Convenção nº 131 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Fixação de Salários Mínimos, com Referência Especial aos Países em Desenvolvimento, 1970. Brasília, 1984. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=512326&id=14247973&idBinario=15645389&mime=application/rtf>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011*. Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962*. Institui a Gratificação de Natal para os Trabalhadores. Brasília, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4090.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 4.266, de 3 de outubro de 1963*. Institui o salário família do trabalhador. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4266.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949*. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. Rio de Janeiro, 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990*. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.716, de 11 de outubro de 1993*. Dispõe sobre a garantia do salário mínimo e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8716.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

BRASIL. *Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808impressao.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 6, de 24 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a contribuição previdenciária complementar prevista no § 1º do art. 911-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, 2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=88247&visao=anotado>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho. *CAGED*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/caged>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho. *Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018*. Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/05/2018&jornal=515&pagina=92>. Acesso em: 31 maio 2018.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 01, de 24 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 218/2016*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/84831c75-13e6-4492-9c14-85d9199d1c14/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B1-2017%2B-%2BPLS%2B218-2016%2B-%2BJornada%2BIntermitente.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACH

EID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-84831c75-13e6-4492-9c14-85d9199d1c14-lVoXnhv>. Acesso em: 7 maio 2018.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 07, de 09 de maio de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546/notatecnica07.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546-lVoRYMj>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 08, de 26 de junho de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B08.2017.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f-lVoXaqb>. Acesso em: 7 maio 2018.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica nº 05, de 17 de abril de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). *Posicionamento acerca do substitutivo ao Projeto de Lei (PL) nº 6.787/2016*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/e98508fe-9631-4f69-a736-ceff7f26aa57/notatecnica_76-2017%281%29.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-e98508fe-9631-4f69-a736-ceff7f26aa57-lVoRaZB>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara n° 38, de 28 de abril de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 253, de 07 de agosto de 2017*. Revoga o §3° do art. 443 e o art. 452-A, e altera o "caput" do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovado pelo Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, com a redação dada pela lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a fim de revogar o

trabalho intermitente. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130257>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 291, de 23 de agosto de 2017*. Extingue o regime de trabalho intermitente. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130500>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 448, de 21 de novembro de 2017*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, para vedar a celebração de contrato de trabalho sob jornada intermitente.. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131650>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2.820, de 01 de setembro de 2015*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre a jornada flexível de trabalho. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1379159&filename=PL+2820/2015>. Acesso em: 7 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 218, de 31 de maio de 2016*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para instituir o contrato de trabalho intermitente. Brasília, *2016*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2914312&disposition=inline>. Acesso em: 7 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 3.785, de 26 de abril de 2012*. Institui o contrato de trabalho intermitente. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=987012&filename=PL+3785/2012>. Acesso em: 7 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 726, de 12 de março de 2015*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para dispor sobre a jornada variável. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1308994&filename=PL+726/2015>. Acesso em: 7 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 8.360, de 23 de agosto de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para revogar o contrato de trabalho intermitente. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1590470&filename=PL+8360/2017>. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 8.766, de 04 de outubro de 2017*. Altera e revoga os dispositivos relacionados ao trabalho intermitente, introduzidos à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1604549&filename=PL+8766/2017>. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 9.467, de 05 de fevereiro de 2018*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1639012&filename=PL+9467/2018>. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos, de 23/05/2017, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. *Substitutivo n. 1 ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=SBT+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. *Substitutivo n. 2 ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 23 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298

&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5806/DF*. Requerente: Confederacao Nac dos Trab na Ativ Profis dos Empreg na Prest de Serv de Seg Priv e de Monitor Ronda Mot e de Control Eletro-Eletronico e Digital. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 06 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5303585>. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5826/DF*. Requerente: Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo – FENEPOSPETRO, Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas – FENATTEL. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5829/DF*. Requerente: Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas – FENATTEL. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 27 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319438>. Acesso em: 7 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 197*. O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2208>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista. *E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004*. SESDI-1. Embargante: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Embargado: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 26 de novembro de 2015. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2007&numProcInt=149779&dtaPublicacaoStr=18/12/2015%2007:00:00&nia=6554156>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial - SBDI-I - 358***.** I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado. II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_341.htm>. Acesso em: 23 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *RR - 9891900-16.2005.5.09.0004*. 8ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Recorrida: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Relatora: Min. Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2007&numProcInt=149779&dtaPublicacaoStr=25/02/2011%2007:00:00&nia=5450585>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 244*. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 27*. É devida a remuneração do repouso semanal e dos dias feriados ao empregado comissionista, ainda que pracista. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-27>. Acesso em: 5 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 339*. I - O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, "a", do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-339>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 379*. O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-379>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. Limites da Liberdade Individual na Relação de Trabalho e Reforma Trabalhista. *Revista TST*, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 285-301, abr./jun. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista - Lei 13.467, de 13 de julho de 2017.* Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2017.

CID, Clarissa Felipe. Contrato de Trabalho Intermitente e a Precarização do Direito do Trabalho. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 34, n. 398, p. 57-66, fev. 2017.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho "Zero Hora" – Trabalho Fixo Descontínuo: a Nova Legislação e a Reforma da Reforma. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 82. n. 01. p. 38-46. jan. 2018.

COLUMBU, Francesca. O Trabalho Intermitente na Legislação Laboral Italiana e Brasileira. *Revista dos Tribunais.* v. 984. ano. 106. p. 277-301. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

CUEVA, Mario de la. *Derecho mexicano del trabajo*. 5. ed. Cidade do México: Porrúa, 1960. APUD NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. O Desemprego como Estratégia no Capitalismo de Finanças. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, Brasília, v. 3, n. 1, 2017, p 125-137, jan-jun/2017. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/exemplo1/article/view/Maur%C3%ADcio%20Godinho/Godinho>. Acesso em: 20 maio 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Salário*: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com os Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE. Nota Técnica nº 178, de maio de 2017. *A Reforma Trabalhista e os impactos para as relações de trabalho no Brasil*. Disponível em:

<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

EUROFOUND. *European Industrial Relations Dictionary*. Dublin, 2017. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/atypical-work>. Acesso em: 7 maio 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Reforma Trabalhista em Pontos*: de Acordo com a Lei n. 13.467/17 e a MP n. 808/17. São Paulo: LTr, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista e Crise Econômica: negociado *versus* legislado. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 181. ano 43. p. 31-44. São Paulo: Ed. RT, set. 2017.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma Trabalhista e Contrato de Trabalho Intermitente: uma Tentativa de Aproximação Dialógica junto ao Senado. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano XIII, v. 77, p. 42-59, mar./abr. 2017.

JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e Trabalho Intermitente: quebra de paradigma. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciário*. ano XXIX. n. 346. p. 40-43. São Paulo: Ed. Síntese, abr. 2018.

KONRATH, Ângela Maria. O Contrato de Trabalho Intermitente. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 34, n. 408, p. 103-106, dez. 2017.

LARA, João Bosco Pinto. A Reforma Trabalhista e a Segurança Jurídica: Análise Crítica. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, edição especial, p. 97-141, nov. 2017.

LEDUR, José Felipe. Barreiras Constitucionais à Erosão dos Direitos dos Trabalhadores e a Reforma Trabalhista. *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 53-78, 2017. Disponível em: <http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/180/165>. Acesso em: 20 maio 2018.

MACEDO, Roberto. *Os Salários na Teoria Econômica*. São Paulo: IPEA/INPES, 1982. Pg. 18.

MANDL, Irene. Examining emerging new employment forms and potential positive and negative effects on working and employment conditions. *Administration*, Dublin, vol. 65, n. 4, p. 11-20, dez. 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Iratelma Cristiane Martins. Responsabilidade do Empregado pela Gestão na Intermitência no Contrato de Trabalho. Gestão Negociada ou Impositiva? In: MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). *Reforma Trabalhista em Debate – Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 49-56.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola Judicial do TRT - 15ª Região*; Campinas, n. 51, p. 127-148, jul./dez. 2017.

OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

OIT. *C175 - Convenção sobre o Trabalho a Tempo Parcial, 1994*. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c175_pt.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

OIT. *C175 - Convenção sobre o Trabalho a Tempo Parcial, 1994*. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c175_pt.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

OIT. Conditions of Work and Equality Department. *Non-standard forms of employment*. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015). Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/meetingdocument/wcms_336934.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

OIT. Conditions of Work and Equality Department. *Non-standard forms of employment*. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015). Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/meetingdocument/wcms_336934.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

OIT. Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch (INWORK). MESSENGER, Jon C.; WALLOT, Paul. *The Diversity of "Marginal"*

Part-Time Employment. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_375630.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

OIT. *R135 - Minimum Wage Fixing Recommendation, 1970*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312473,es:NO>. Acesso em: 8 maio 2018.

OIT. *R182 - Part-Time Work Recommendation, 1994*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312520,es:NO>. Acesso em: 7 maio 2018.

OIT. *R198 - Employment Relationship Recommendation*, 2006. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312535,es>. Acesso em: 7 maio 2018.

OIT. Secretaria Internacional de Trabalho. LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C.. *Duração do trabalho em todo o mundo*: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229714.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E>. Acesso em: 27 mar. 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012.

PIKETTY, Thomas. *A Economia da Desigualdade*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. Pg. 14-15.

PORTO, Noemia; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017.

SILVA MARTINS FILHO, Ives Gandra da. A Reforma Trabalhista no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho.* v. 181. ano 43. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, set. 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1977.

SOUSA, Ana Paula Ribeiro de. TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO: implicações para a educação do trabalhador. III JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoB/ae5aae678e1c2cbe033eANA%20PAULA%20RIBEIRO%20DE%20SOUSA.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492305>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THE WORK FOUNDATION. BRINKLEY, Ian. *Flexibility or insecurity?* Exploring the rise in zero hours contracts. Londres: WORK FOUNDATION, 2013. Disponível em: <https://csgconsult.com/wp-content/uploads/2014/03/339_flexibility-or-insecurity-final.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

UNITED KINGDOM. The National Archives. *Employment Rights Act 1996*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18>. Acesso em: 19 maio 2018.

VASCONCELOS FILHO, Oton, MORAIS, Moacir, VASCONCELOS, Maria Catarina. Proteção ao trabalho no Brasil e na América Latina no século XXI: desafios e perspectivas a partir da constituição mexicana de 1917. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 27, p. 403-446, jul./dez. 201

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DO FUNCIONAMENTO DE APLICATIVOS DE TROCAS DE MENSAGENS *ONLINE*

Vinícius Rodrigues Pina

RESUMO

A presente investigação analisa, à luz dos princípios constitucionais e do Marco Civil da Internet, os argumentos das decisões judiciais brasileiras que suspenderam temporariamente as atividades do *WhatsApp* em território nacional. Este enfoque se dá porque não é possível acessar as bases ensejadoras das decisões, pois os processos são sigilosos. Em um primeiro momento, se estuda o aumento da complexidade das relações sociais, bem como dos desafios à persecução penal com o advento do ciberespaço. Em seguida, expõe-se o Caso *Snowden*, enquanto catalisador da Lei n. 12.965/2014 e os princípios norteadores dessa legislação, quais sejam: privacidade de dados, neutralidade da rede e liberdade de expressão. Por último, tendo como base a fundamentação das decisões em apreço, o trabalho defende que, apesar de as penalidades dispostas no artigo 12, incisos III e IV, serem vigentes, são inconstitucionais. Assim, a pesquisa sugere interpretação conforme à Constituição Federal, consistente na possibilidade de o juiz decretar primeiramente a constrição patrimonial das empresas que descumprem o determinado pelo Poder Judiciário brasileiro para que só então sejam aplicadas a suspensão e a proibição das atividades.

Palavras-chave: Marco Civil da Internet. Privacidade de dados. Liberdade de comunicação. Mensagens Instantâneas Móveis. *WhatsApp*.

1 INTRODUÇÃO

As novas tecnologias na sociedade da informação são componentes importantes das modernas democracias pautadas, sobretudo, na garantia do sigilo de dados enquanto direito fundamental e na liberdade de expressão e de comunicação

como parte de conquistas históricas. Em 02/05/2016, uma polêmica decisão proferida pela Justiça do Estado de Sergipe suspendeu, temporariamente, o uso do *WhatsApp* em todo o território nacional[1]. Referida medida foi imposta sob a fundamentação de que a empresa responsável pela ferramenta se negou a cumprir ordem judicial de acesso a informações trocadas pelo aplicativo e que poderiam auxiliar na investigação em inquéritos.

O caso acima confronta uma das principais características da internet e das novas tecnologias derivadas: a liberdade (mesmo que vigiada) de comunicação. Vivemos um novo panóptico a partir do modelo arquitetônico de Jeremy Bentham e refletido pela sociedade de espetáculo descrita por Guy Debord.[2] Esse novo modelo é retroalimentado pela sociedade que expõe conscientemente sua privacidade. Assim, como equacionar liberdade e sigilo diante desse cenário? Autores como Pierre Levy defendem formas de pensar e reproduzir os princípios democráticos no ciberespaço, uma espécie de "Ciberdemocracia"[3].

Daniel Almeida propõe, ainda, a necessidade da criação de um tribunal internacional para a Internet.[4] Com efeito, no campo do ciberespaço, a privacidade constitui uma das formas de materializar a liberdade, uma vez que cabe ao próprio cidadão decidir se irá veicular ou não informações particulares.

O desenvolvimento das relações sociais perpassa por constante processo de evolução. Uma das consequências desse fenômeno é o aumento da complexidade dos tipos criminais, os quais exigem maior aparato tecnológico na formalização da persecução penal.

---

1 *WHATSAPP* deve ser bloqueado por 72 horas, ordena Justiça. *Portal G1 Globo*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/justica-do-sergipe-manda-operadoras-bloquearem-whatsapp.html>. Acesso em: 20 fev. 2018.

2 DEBORD,1992 apud JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Org.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2.ed.Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 57-79.

3 LEVY, Pierre. Ciberdemocracia. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

4 ALMEIDA, Daniel Freire e. Um tribunal internacional para a internet. São Paulo: Almedina, 2015.

A coleta de dados privados foi um dos mecanismos encontrados pelo Poder Público a fim de garantir a segurança da população e a eficiência nas investigações. Contudo, é preciso que esta postura estatal seja precedida de intensa investigação, incumbindo ao magistrado punir o agente administrativo pelo abuso no exercício de tais prerrogativas.

Dada a breve exposição da temática, nota-se que a presente pesquisa é importante para a comunidade acadêmica, uma vez que possibilita o diálogo do Direito com outras áreas do conhecimento como a Sociologia, a Informática, dentre outras. Trata-se de tema de relevância social ao debater problemática que afeta a construção do sentido de liberdade em seu aspecto negativo como campo de não intervenção do Estado, nos domínios da ordem privada. E, concomitantemente, convida a pensar sobre o interesse da coletividade como critério de ação/omissão por parte do Estado. Assim, é fundamental estudar sobre a criação e implementação da ordem jurídica no que concerne ao sigilo de dados e as regras para o ciberespaço.

Além disso, a investigação também ressalta a necessidade de se discutir a capacidade do Direito de regular as relações sociais, tendo em vista o atual nível de complexidade alcançado por estas. Neste tocante, questiona-se os limites e as dificuldades apresentados pela ciência jurídica em formular respostas prévias às complexas situações vivenciadas cotidianamente pela sociedade.

Assim, apesar de as inovações proporcionadas pela Lei nº 12.965/2014, não há referenciais claros acerca de quais parâmetros o Estado deve utilizar para acessar informações de particulares, razão pela qual o processo evolutivo no que concerne à garantia de direitos em território nacional acaba, a princípio, por ser convertido em mito e cerimônia.

Tendo em vista a problematização em apreço, a qual orienta o recorte temático do trabalho, a presente investigação se pautará no papel exercido pelo Direito, bem como suas dimensões, nas políticas públicas que versam sobre aplicativos de internet.

O Direito, enquanto vocalizador de demandas, visa assegurar que as decisões em políticas públicas sejam bem fundamentadas e que se conceda oportunidade de participação a todos aqueles interessados na análise e na implementação da medida. Assim, o Direito exercita dimensões e funções distintas em sua relação com as políticas públicas. Tais medidas podem ser visualizadas nas funções estruturante, substantiva e instrumental.[5]

No tocante à função estruturante do Direito, este é responsável pela definição de competências dos agentes e por coordenar os interesses do setor público e do setor privado. O Direito exerce, ainda, a função substantiva, ao definir quais os objetivos pretendidos com a promoção de políticas públicas e se há uma ordem prioritária entre eles para alcançá-los. Uma vez feito isso há a formalização das opções políticas em normas de aplicação obrigatória. Por fim, há a função instrumental do Direito, a qual se relaciona com a escolha dos instrumentos jurídicos apropriados para alcançar os objetivos pretendidos com as políticas públicas.[6]

Dessarte, o marco teórico da pesquisa diz respeito às teorias do Direito que o situam em uma dimensão participante, ou seja, que se destinam a propor soluções às problemáticas dos casos concretos. Não se desconsidera a faceta objetiva do Direito, a qual responde pelas necessidades intelectuais e cognitivas dos juristas. Contudo, o enfoque da investigação consiste na já descrita função instrumental do Direito[7], pois se objetiva analisar a influência do ordenamento jurídico na propositura de políticas públicas, em especial, aquelas relacionadas ao mundo cibernético.[8]

O trabalho será desenvolvido a partir de uma análise teórica da atuação do Poder Judiciário. Para tanto, serão utilizados dois métodos de pesquisa:

---

[5] COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo (org.). *A política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013, p. 181-200.

[6] *Ibidem*. p. 181-200.

[7] CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Teoría del participante "versus" teoría general del Derecho: una aproximación. In: Anuario de filosofía del derecho, n. 13-14, p. 465-484,1996.

[8] Importante deixar claro que o marco teórico do presente trabalho não está centrado em um único autor ou obra, e sim na perspectiva que o Direito detém com as políticas públicas.

O primeiro método remete à revisão bibliográfica e consiste na coleta de publicações periódicas, principalmente de jornais e revistas científicas. Enquanto as primeiras são caracterizadas pela velocidade das informações, o segundo grupo prioriza matérias de cunho mais profundo e detalhado. Afinal, tendo em vista a dinamicidade do Direito Digital, é preciso obter as informações da forma mais célere e completa possível, analisando detalhadamente cada informação obtida. Isso possibilita que o pesquisador realize uma cobertura mais ampla dos fenômenos envolvidos com a temática, de modo a tornar a investigação mais aprofundada.[9]

A segunda ferramenta utilizada é a análise documental, a qual se diferencia da pesquisa bibliográfica por ter como fontes, materiais que ainda não receberam detalhada análise e que se encontram dispersos, tais quais como as decisões judiciais brasileiras que aplicaram a sanção de suspensão temporária do *WhatsApp*. Uma das vantagens da utilização de tal método reside em não ser necessário contato direto com os envolvidos na investigação, especialmente pela dificuldade de se entrar em contato com os julgadores responsáveis pela apreciação dos casos.[10]

O aclaramento da metodologia de modo específico, para o recorte temático realizado no presente trabalho, mostra-se útil. É que o Direito Digital, como ramo autônomo de conhecimento do Direito, ainda se encontra em consolidação. O apuro metodológico, nessa linha de ideias, mostra-se absolutamente de rigor, pois são escassas as obras que apresentam o Direito Digital como ramo de conhecimento sistematizado e organizado de modo principiológico ou de facilitada aproximação propedêutica.

Importante deixar claro, desde já, que os casos envolvendo a temática são sigilosos, sendo inviável analisá-los de forma pormenorizada. O acesso às decisões apenas foi possível em razão da divulgação destas em meios como "Migalhas", "Universo Online – UOL" e, ainda, por meio dos documentos constantes na ADI nº

[9] GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 44-45.
[10] GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45-46.

5.527/DF e na ADPF nº 403/SE. Por isso a presente investigação se pauta nos argumentos das decisões, e não nas bases fáticas em que estão inseridas.

O estudo resta dividido em três partes e as conclusões. A primeira parte faz um breve panorama acerca do caso *Snowden* e a sua influência na tramitação do PL nº 2.126/2011 (atual Lei Ordinária nº 12.965/2014). Em seguida, o trabalho é conduzido à instituição do Marco Civil da Internet, bem como críticas ao fato de que discussões mais aprofundadas sobre sigilo de dados serão travadas na seara do Judiciário, e não do Legislativo.

A segunda parte consiste em uma análise pormenorizada dos princípios norteadores do Marco Civil da Internet, quais sejam: (i) privacidade de dados; (ii) neutralidade da rede; e, por fim, (iii) liberdade de expressão. A delimitação de tais temáticas é imprescindível para averiguar quais as finalidades pretendidas pela legislação e, ainda, para verificar se estas foram ou não atendidas pelas determinações judiciais.

A terceira etapa perpassa a análise das decisões à luz dos princípios constitucionais e do Marco Civil da Internet. Busca-se analisar eventuais violações à CFRB/88, bem como o impacto das decisões em apreço aos usuários do aplicativo e, ainda, se as medidas extremadas de suspensão temporária e proibição definitiva das atividades estão, de fato, contempladas pelo ordenamento jurídico.

Já as conclusões demonstram os principais resultados obtidos por meio da oposição dos fundamentos das decisões judiciais em relação à CFRB/88 e demais referenciais teóricos levantados. Além disso, expõe-se a discussão de possíveis aspectos limitadores do estudo e, por fim, propõe-se medida como contraposição à desproporcionalidade das decisões judiciais em comento.

2 CONTEXTO ENSEJADOR DO MARCO CIVIL DA INTERNET

A tutela do âmbito digital é considerada recente quando comparada as demais esferas jurídicas. Afinal, há aproximadamente quarenta anos não existia sequer a tão

conhecida expressão “globalização” e a internet, com as tamanhas funcionalidades atuais, ainda era um projeto de difícil aplicabilidade prática. Ademais, a informação era uma preciosidade concentrada nas mãos de poucos e, por conseguinte, a população em geral não detinha acesso.

A era digital viabilizou alterações significativas nos métodos de trabalho, nos conceitos e nas estruturas da sociedade. Obviamente, o mundo jurídico não se absteve às mudanças. Afinal, o operador do Direito apresenta, como uma de sua obrigações, estar em harmonia às metamorfoses oriundas do corpo social. Contudo, foi necessário repensar o modo como a ciência jurídica era exercida cotidianamente, pois até então era resumida a procedimentos burocráticos, aos prazos e a papéis empoeirados.

Com o constante aperfeiçoamento tecnológico na seara da comunicação, nota-se o objetivo de promover uma maior integração humana, de modo a possibilitar que todas as pessoas tenham condições de acessar um fato simultaneamente, onde quer que estejam. Todavia, faz-se necessário considerar que o mundo digital apresenta problemáticas que dificilmente passam despercebidas, tais quais como as demonstradas no midiático caso *Snowden*, objeto de estudo da próxima seção.

2.1 O caso *Snowden* e a exigência de regulação da internet

Edward Snowden trabalhava como analista de sistemas na empresa *Booz Allen Hamilton*, onde prestava serviços, de forma terceirizada, para a Agência de Segurança Nacional (NSA), sendo esta considerada um órgão de destaque no tocante à inteligência digital dos Estados Unidos. Em maio de 2013, divulgou para jornalistas do *The Guardian* e do *Washington Post* uma série de documentos

sigilosos que revelavam a utilização de programas computadorizados capazes de coletar e de armazenar informações oriundas de comunicações pessoais.[11]

Os documentos demonstraram que órgãos de inteligência dos Estados Unidos da América, bem como agências de espionagem da Inglaterra, Israel e Alemanha realizavam intensa espionagem dos próprios norte americanos e, ainda, de cidadãos no exterior. A coleta de dados fundamentava-se na tentativa de evitar ataques terroristas, mas também foram descobertas espionagens nos âmbitos político e industrial. Destaca-se que tinham acesso até mesmo ao telefone e ao endereço eletrônico de Edison Lobão, Ministro de Minas e Energia brasileiro de 2011 a 2014.[12]

Snowden demonstrou, por exemplo, a utilização do *Boundless informant*. Este sistema de vigilância era responsável por realizar a coleta e o armazenamento de dados captados de conversas telefônicas e de correios eletrônicos, tendo obtido 2,3 bilhões de dados no período de um mês.[13] Além deste sistema, existiam outros como (i) *PRISM*: destinado a obter informações dos maiores provedores de internet; (ii) *MUSCULAR*, o qual possibilita a invasão de contas dos usuários que utilizam o *Google* e o *Yahoo*!; (iii) *EGOTISTICAL GIRAFFE* que visava o navegador TOR, sendo este utilizado para o acesso anônimo à rede virtual.[14]

As revelações em comento provocaram mal-estar na comunidade internacional. Afinal, restou demonstrada uma série de violações aos direitos humanos, tais como a privacidade e a liberdade de informação. O episódio em questão desencadeou, ainda, intensos debates envolvendo políticas de transparência

[11] PEDROSA, Leyberson; MATSUKI, Edgard. *Entenda o Caso Snowden*; Petrobrás também é alvo de espionagem. Portal EBC. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2013/08/web-vigiada-entendaas-denuncias-de-edward-snowden>. Acesso em: 25 fev.2018; *THE COURAGE FOUNDATION*. *Frequently Asked Questions*. *Free Snowden*. [s.l]. [s.d]. Disponível em: <https://edwardsnowden.com/frequently-asked-questions/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[12] *THE COURAGE FOUNDATION*. *Frequently Asked Questions*. *Free Snowden*. . [s.l]. [s.d]. Disponível em: <https://edwardsnowden.com/frequently-asked-questions/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[13] GREENWALD, Gleen. *Sem Lugar para se esconder*. Rio de Janeiro. Sextante: 2014 [*Ebook*] p.217.

[14] *Ibidem*. p. 221.

quanto ao uso de programas de vigilância, assim como a necessidade de reformas legislativas sobre a temática.[15]

2.2 A edição do marco civil da internet e o deslocamento da discussão para o poder judiciário

Diante desse cenário, Dilma Rousseff, à época Presidente do Brasil, em sede de pronunciamento na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), condenou os atos cometidos pela inteligência norte americana, destacou que a internet deveria ser "livre, aberta, democrática, descentralizada e sua governança deve ser feita no modelo *multistakeholder* (ou multiparticipativo)"[16] e, por fim, teceu a consideração de que o funcionamento da internet deve ser pautado pelo princípio da neutralidade da rede.

A despeito disso, a visita oficial de Dilma Rousseff ao território norte americano, agendada para 23 de outubro de 2013, foi adiada. Segundo informações dispostas em Comunicado Oficial, divulgado pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República Federativa do Brasil, o encontro restou inviabilizado em decorrência da falta de justificativas dos EUA no tocante às acusações de espionagem dos cidadãos, empresas e do governo brasileiro.[17]

As denúncias trazidas à tona pelo caso *Snowden*, bem como suas implicações, motivaram o governo federal a formular pedido (MSC 391/2013) destinado à

[15] *THE COURAGE FOUNDATION*. *Frequently Asked Questions*. *Free Snowden*. [s.l]. [s.d]. Disponível em: <https://edwardsnowden.com/frequently-asked-questions/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[16] BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer às Emendas de Plenário proferido em Plenário e entregue à Mesa pelo Relator, Dep. Alessandro Molon (PT-RJ), pela Comissão Especial, que conclui pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa; e, no mérito, pela aprovação das Emendas nºs 01, 06, 08, 12, 14, 15, 18, 25, 28, 30, 35, 37, 39, 40, 41, 43, 44, 47, 52, 59, 60, 62, 63, 67 e 68, na forma da Subemenda Substitutiva Global apresentada; e pela rejeição das Emendas nºs 02, 03, 04, 05, 07, 09, 10, 11, 13, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 38, 42, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 64, 65, 66 e 69. Relator: Deputado Alessandro Molon. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FD0C0E73543A22B1020DF8282B42E027.proposicoesWeb1?codteor=1240240&filename=Tramitacao-PL+2126/2011>. Acesso em: 10 mar. 2018.

[17] BRASIL. Presidência da República. *Nota Oficial*. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanheo-planalto/notas-oficiais/notas-oficiais/comunicado-oficial>. Acesso em: 10 mar. 2018.

Câmara dos Deputados solicitando que a apreciação do Projeto de Lei (PL) nº 2.126/2011 (atual Lei Ordinária nº 12.965/2014) tramitasse em caráter de urgência, com base no art. 64, §1º, da CFRB/88[18]. Assim, a Câmara e o Senado Federal passariam a dispor de 45 dias cada para votar o projeto, sob pena de trancamento da pauta.[19]

A falta da regulamentação própria para o ciberespaço, somada à diversidade presente nas relações desenvolvidas no meio digital, criava cenário propício a decisões judiciais contraditórias. Uma das justificativas elencadas pela EMI Nº 00086 - MJ/MP/MCT/MC é que até mesmo discussões envolvendo responsabilidade civil, ao objetivarem a recomposição de direitos individuais, acabavam por comprometer preceitos constitucionais como privacidade e a liberdade de expressão da população brasileira.[20]

Além disso, o aumento progressivo do acesso à internet é um estímulo à criação de novos contratos jurídicos. O problema reside justamente no fato de que tais contratos, em razão da então ausência de previsão legal, ficavam à mercê dos próprios contratantes. Assim, com o passar do tempo, os interesses daqueles com maior poderio econômico no mercado poderiam se sobrepor às pequenas iniciativas, comprometendo o direito dos usuários da rede.[21]

Convém destacar que, à época do caso *Snowden*, o PL nº 2.126/2011 já tramitava há mais de dois anos no Congresso Nacional e encontrava-se estagnado, em que pese estar pronto para a votação pelo plenário.[22] Portanto, resta claro que as

[18] Art. 64, § 1º: "O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018.

[19] Art. 64, § 2º: "Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação." *Ibidem*.

[20] BRASIL. *Projeto de Lei nº 2.126/2011*. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Acesso em: 10 mar. 2018.

[21] Ibidem.

[22] A EMI Nº 00086 - MJ/MP/MCT/MC, disposta ao final do PL nº 2.126/2011, trouxe a previsão de que, desde 1995, já existiam vários projetos de leis específicos para o âmbito cibernético. Porém, até então

notícias de espionagem internacional constituíram eventos políticos que fomentaram a necessidade — urgente, por sinal — da criação de legislação brasileira específica quanto à temática do mundo digital.

É preciso ter em mente que o direito positivado é suscetível a alterações constantes, principalmente em decorrência das transformações no pensamento da sociedade.[23] Mais especificamente quanto ao Direito Digital, tais alterações tendem a ser ainda mais recorrentes, tendo em vista a pluralidade das relações desenvolvidas no ciberespaço.

Contudo, isso não significa dizer que o ciberespaço deve ser um território de ninguém ante a ausência de legislação. O Marco Civil, em que pese apresentar lacunas — principalmente pela velocidade que se deu o processo legislativo, comprometendo a discussão de relevantes temáticas —, tem sido fundamental para harmonizar os entendimentos judiciais quanto aos deveres e direitos dos usuários da internet. Em especial, a proteção de informações privadas. Assim, instituiu balizas que proporcionam maior segurança jurídica às modernas relações situadas no âmbito digital.

O Poder Judiciário também pode utilizar outros instrumentos, que não os estritamente legais, para analisar os casos concretos submetidos a sua apreciação. Assim, as lacunas normativas podem ser superadas por meios como analogia, jurisprudência e aplicação de princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. É preciso que o julgador apresente essa proatividade, pois o Marco Civil não será capaz, por maior que seja o esforço empreendido pelo legislador, de regular o mundo cibernético na sua totalidade.

---

não existia nenhuma previsão legal sobre a temática. Em 11/09/2013, o então Deputado Federal Alessandro Molon, relator do PL nº 2.126/2011, constatou que, apesar de o projeto estar pronto para votação, permanecia parado: "[...] É uma maneira de a Presidenta dizer à Casa e ao País que ela quer a votação o quanto antes desse projeto, que já se encontra há 1 ano pronto para ser votado, e lamentavelmente até hoje não foi votado. Foram seis tentativas de votação, quatro no Plenário e duas na Comissão Especial, sem nenhuma decisão."

[23] A título exemplificativo, o Código Penal, no art. 240, previa o crime de adultério. Contudo, em resposta aos anseios da sociedade, a Lei nº 11.106/2005 revogou o artigo em comento.

2.3 Deslocamento da discussão do Poder Legislativo para o Poder Judiciário

Antes de se adentrar nos principais temas dispostos no Marco Civil, é preciso questionar: Quais os limites para a intervenção do Estado, ao representar o interesse da coletividade, com pretensa invasão no campo do sigilo de dados e da privacidade do indivíduo?

Este questionamento, que não foi objeto de debate no Poder Legislativo, foi levantado quando o Supremo Tribunal Federal (STF), nos dias 02/06/2017 e 05/06/2017, realizou audiências públicas para ampliar o debate acerca dos dispositivos presentes no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), assim como para analisar a (in)viabilidade das decisões judiciais que determinaram a suspensão dos serviços desenvolvidos pelo *WhatsApp*.[24]

À época, a presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, defendeu que a realização da referida audiência era fundamental, em razão de constituir instrumento democrático para que o tribunal definisse quais os aspectos de maior relevância acerca das temáticas em apreço. Estas, a propósito, são debatidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.527/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 403/SE, com relatoria do Ministro Edson Fachin.[25]

A designação de audiências públicas para abordar questões técnicas e multidisciplinares, como é o caso dos temas em tela, foi de suma importância, uma vez que promoveu a ampliação da cognição e, ainda, auxiliou o tribunal a fixar entendimento acerca da matéria (haja vista que pessoas e organizações com *expertise* no assunto tiveram oportunidade de participar como expositores e, por conseguinte, contribuíram para o enriquecimento do debate).

---

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF inicia audiência pública que discute bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet*. Brasília, 02 junho 2017. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345369>. Acesso em: 28 fev. 2018.

[25] *Ibidem.*

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 5.527/DF, o Autor Partido da República-PR aduz, em sede de petição inicial, que as decisões dos magistrados que compreendem pelo bloqueio do *WhatsApp* apresentam destaque na mídia internacional e são equiparadas a medidas de censuras impostas ao tráfego no meio digital, tais quais como as adotadas na China, Coréia do Norte e Irã. Neste tocante, a parcela da sociedade brasileira que faz uso da telefonia móvel, bem como da comunicação telemática, resta prejudicada pela suspensão do aplicativo. Tal fato é agravado, uma vez que as comunicações pessoais e profissionais acabam por sofrer restrições em decorrência de fatos com os quais não possuem relação.[26]

Após análise do Projeto de Lei (PL) nº 2126/2011 não se identificou a atuação do PR em qualquer etapa do trâmite legislativo. Ademais, a leitura do "Programa do Partido da República"[27], não permite identificar vinculação temática entre o disposto no programa e o objeto da ADI. Assim, não se mostra clara a vinculação entre a orientação programática do Partido autor da ação direta de inconstitucionalidade e o tema nela deduzido.

Aliás, parece evidente que a discussão mais detida sobre o tema, a ser travada no âmbito do Poder Legislativo, deslocou-se para o Poder Judiciário como uma indevida projeção do necessário debate aberto na seara de produção normativa. É possível tecer a crítica de que o Partido da República apresenta-se como um "autor de aluguel" para a propositura da demanda e, por conseguinte, o deslocamento da discussão que então se realizou na esfera legislativa para a esfera jurisdicional.

Embora não seja esse o tema da presente investigação, é inegável que tal preocupação se insere naquilo que hoje se identifica como razão para a ampliação do chamado ativismo judicial, isto é, o deslocamento das discussões situadas no plano legístico para a esfera de jurisdição constitucional exercitada pelo Supremo Tribunal

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 5.527/DF*. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2018.

[27] PARTIDO da República. *Programa do Partido da República*, Brasília, [s.d]. Disponível em: <http://www.partidodarepublica.org.br/partido/doutrina.html> Acesso em: 29 fev. 2018.

Federal. O tribunal vem decidindo de forma criativa acerca de temáticas essenciais para o país, sob o pretexto de direitos fundamentais e de democracia inclusiva.

Como consequência, há intervenções nas escolhas políticas realizadas pelos poderes Executivo e Judiciário, bem como o preenchimento de omissões decorrentes da ausência operacional destes. Nesse sentido, o STF foi o responsável pela validação de políticas de cotas étnico-raciais, pela legitimação da união homoafetiva e por considerar constitucionais tratamentos e pesquisas que fazem uso de células-tronco embrionárias.[28]

Uma vez realizada a crítica em referência, passa-se à constatação, pelo autor da ADI, da existência de um padrão nas decisões judiciais que suspenderam o *WhatsApp*: os magistrados utilizam como justificativa para a adoção desta atitude extremada que os proprietários da empresa não disponibilizam às autoridades judiciárias o teor de mensagens que julgam ser importantes para a resolução de investigações no âmbito criminal.[29]

A Lei nº 12.965/2014 traz a previsão, no art.10, §2º, de que é possível, por meio de decisões judiciais, a disponibilização de informações privadas presentes nas mensagens trocadas entre os usuários. Ademais, o artigo 12 prevê, em caso de descumprimento das determinações, penalidades à empresa: impede-se que esta dê seguimento à atividade desenvolvida, por exemplo.[30]

Sendo assim, o objetivo da ADI em apreço é justamente a declaração de inconstitucionalidade da sanção que suspende o serviço de troca instantânea de mensagens no meio eletrônico. O PR defende que o artigo 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet, em razão da sua abrangência, acaba por compreender

[28] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [*Ebook*].
[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 5.527/DF*. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2018.
[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 5.527/DF*. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2018.

situações em que, se aplicado, decorreriam inconstitucionalidades. Pleiteia, de forma subsidiária, que o STF atribua interpretação, nos conformes constitucionais, aos dispositivos em questão a fim de se evitar que novas decisões promovam a suspensão do *WhatsApp*.[31]

Em síntese, o Partido da República-PR alega:

(i) Incompletude da Lei nº 12.965/2014 ao prever que o sigilo das comunicações pode ser mitigado em qualquer hipótese mediante decisão judicial (o que pode abarcar, inclusive, casos frívolos). Assim, seria incoerente esta previsão legal, haja vista que apenas em casos de investigação criminal e com grande veiculação é que haveria real necessidade dessa mitigação.[32]

(ii) Necessidade de levar em consideração que aplicativos de troca instantânea de mensagens promoveram significativas mudanças no modo como a sociedade se comunica, razão pela qual tornaram-se essenciais à vida cotidiana. Nesta linha de pensamento, a atividade em questão deveria receber proteção estatal justamente porque há interesse coletivo na continuidade dessa prestação de serviços. [33]

(iii) Que as decisões judiciais em análise não punem apenas a empresa responsável pelo aplicativo, mas também todos os seus usuários. Salienta-se que o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal evoca a seguinte previsão, *in verbis*: "*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*". [34]

(iv) A previsão do artigo 170, *caput*, da CFRB/88 consistente em eleger, como norteadores da ordem econômica em território nacional, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Neste diapasão, com a aplicação de penas como a

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 5.527/DF*. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2018.
[32] *Ibidem.*
[33] *Ibidem.*
[34] *Ibidem.*

suspensão dos serviços é possível que os usuários deixem de utilizar o *WhatsApp*, em decorrência da perda de credibilidade deste.[35]

(v) A economia brasileira perpassa por uma crise de longa data, razão pela qual é incongruente que os magistrados continuem a criar obstáculos para as empresas desenvolvedoras de tecnologias. Afinal, este sentimento de insegurança promove um desestímulo à realização de investimentos em território nacional, sendo que estes são fundamentais para a movimentação e, por conseguinte, crescimento do mercado econômico brasileiro.[36]

(vi) Que as decisões judiciais em apreço são uma afronta ao princípio da livre concorrência — materializado no artigo 170 da CFRB/88. Afinal, as suspensões ocasionam insegurança jurídica em relação ao uso do aplicativo, razão pela qual os usuários tendem a migrar para outras redes sociais.[37] Percebe-se, assim, o modo como a atuação estatal pode ser comprometedora à efetividade da livre concorrência, uma vez que a migração de usuários de um aplicativo para outro deveria ser uma prática natural do mercado, e não algo ocasionado pelo Poder Judiciário.[38]

Após a análise do momento político propiciado pelo Caso *Snowden*, atuando como catalisador da primeira legislação específica sobre ciberespaço no Brasil; considerações acerca da demora na votação do Marco Civil e a súbita celeridade do trâmite legislativo, de modo que importantes debates foram deixados à margem para que a lei fosse sancionada o quanto antes e, ainda, os argumentos trazidos elencados pelo Partido da República com a propositura da ADI 5.527/DF, chega-se ao fim da primeira parte do trabalho e passa-se a analisar pormenorizadamente os principais temas dessa moderna regulação.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO MARCO CIVIL DA INTERNET

[35] *Ibidem.*
[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 5.527/DF*. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2018.
[37] *Ibidem.*
[38] *Ibidem.*

Os tópicos a seguir contemplarão os princípios norteadores do Marco Civil da Internet, quais sejam: (i) privacidade de dados; (ii) neutralidade da rede; e, por fim, (iii) liberdade de expressão. A definição de tais conceitos jurídicos guarda relevância para a análise dos objetivos pretendidos pela legislação e, ainda, para verificar se estes foram ou não atendidos pelas decisões judiciais que promoveram a suspensão do WhatsApp em território nacional.

3.1 Da privacidade de dados

O Direito, enquanto ciência, esteve sujeito a transformações, as quais possibilitaram a identificação de uma relevante categoria de direitos: os de personalidade. Estes podem ser considerados como aqueles direitos inerentes à pessoa humana: a liberdade e a honra, por exemplo. Há pronunciamentos humanos que não podem ser divulgados a ninguém, ou seja, permanecem confidenciais. No entanto, tal confidencialidade pode ser mitigada a depender da existência de um interesse legítimo para a divulgação.[39] A dificuldade consiste justamente em definir claramente os critérios adotados para tornar públicas, seja para um grupo maior ou menor de indivíduos, informações particulares.

A proteção à privacidade se faz presente em diversos países, como a França e a Alemanha. O primeiro prevê, no art. 9º do Código Civil, a necessidade de respeito que cada pessoa deve ter em relação a sua vida privada. Já o segundo foi inovador no continente europeu ao instituir o *Bundesbeaufragter* (“Garante federal”), datado de 21/01/1977, o qual dispõe especificamente acerca da tutela de informações privadas.[40]

Por sua vez, o artigo 5º, inciso X, da CFRB/88 traz a previsão de proteção à vida privada e à intimidade, nos seguintes termos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização

[39] PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet*: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.
[40] *Ibidem*. p. 35-36.

pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".[41] A proteção dos referidos direitos ganha destaque com o desenvolvimento dos meios midiáticos — a internet, em especial —, os quais colocam o particular em um patamar de constante exposição. [42]

Importante destacar que o artigo 5º, inciso XII, da CFRB/88 dispõe expressamente sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas[43]. O constituinte reconhece que os instrumentos mencionados são utilizados pelo cidadão no exercício da sua liberdade de expressão e representam a sua própria intimidade. Assim, as comunicações, em caráter amplo, recebem especial proteção em face do interesse de terceiros na obtenção do seu conteúdo privado.

Neste tocante, a privacidade configura-se como um dos aspectos que caracterizam a liberdade. Destarte, cabe a cada indivíduo decidir o quanto preservará ou trará à tona sua intimidade, sendo função do Estado a garantia do direito em questão. Destaca-se que o aumento da criminalidade constitui um dos fatores que tem levado o Poder Público a coletar informações privadas dos usuários de redes sociais a fim de garantir a segurança da coletividade.[44]

É preciso que o Poder Judiciário analise com cautela cada demanda conduzida a sua apreciação, especialmente aquelas inseridas no âmbito criminal, no sentido de desenvolver fundamentação específica ao caso concreto sobre a real necessidade de acesso ao conteúdo de conversas telemáticas privadas para a resolução da lide.

---

[41] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018.

[42] PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet*: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

[43] Art. 5º, XII: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;" BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018.

[44] *Ibidem*. p. 41.

A CFRB/88 dispõe que a inviolabilidade das comunicações telefônicas não é absoluta, sendo o acesso condicionado à cláusula de subsidiariedade prevista na Lei nº 9.296/96[45], a qual versa sobre interceptações telefônicas. Afinal, a decisão que remete à quebra de sigilo de dados[46] envolve questões complexas, sendo necessário observar os pressupostos autorizativos legais para tanto.

O artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/96 dispõe expressamente que a interceptação telefônica é uma medida subsidiária na obtenção de provas no curso da persecução penal. Ou seja, se for possível a utilização de outros mecanismos menos invasivos que a interceptação, a determinação do legislador é que se dê preferência a eles.

Assim, o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.965/14[47] deve observar na mesma medida a subsidiariedade prevista na Lei n 9.296/96, uma vez que é preciso resguardar a privacidade. Assim, seria desarrazoada a decretação da quebra de sigilo na hipótese de a autoridade judicial verificar que é possível solucionar o caso concreto sem acessar informações privadas dos usuários. Frise-se, no entanto, que não se trata de uma garantia absoluta, principalmente quando o titular da comunicação for a vítima.

Neste diapasão, ainda que não seja possível definir uma argumentação exata que autorize a quebra de sigilo, faz-se necessário evitar duas situações extremas, quais sejam: (i) considerar que todas ou a maioria das situações sujeitas à análise do julgador sejam enquadradas como crimes, o que autorizaria a quebra de sigilo em todos os casos; (ii) tornar completamente inacessível o acesso a informações

[45] Art. 2º, II: "Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;" BRASIL. *Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[46] Remete à flexibilização da garantia de sigilo, sendo esta popularmente nominada como "quebra".

[47] Art. 7º, III: "O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;" BRASIL. *Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

privadas, inseridas no contexto de comunicação telemática, de modo a blindar a atividade criminosa em relação à investigação despendida pelo poder público.

Tendo como referência as balizes em apreço, evita-se adentrar arbitrariamente na intimidade do particular, sob o argumento da tutela social, materializado pela genérica alegação de proteção da coletividade.

A medida que o número de usuários da internet aumentou, surgiu também a necessidade de proteger as informações inseridas por eles na rede digital, razão pela qual era evidente a instituição de uma lei específica para este propósito. Esta função foi atribuída à Lei nº 12.965/14.[48]

Antes de adentrar na disposição da lei supracitada quanto à privacidade, faz-se necessário compreender primeiramente a diferenciação realizada pelo Marco Civil quanto aos tipos de registro eletrônico. São eles: o registro de conexão; registro de acesso a aplicações; dados pessoais e, por fim, o conteúdo das comunicações privadas. [49]

Os dois primeiros apresentam conceituação demasiada semelhante e compreendem os dados acerca do início e término das conexões à internet ou de aplicações, como a data e a hora que o usuário realizou seu acesso ou conexão à rede.[50] A lei traz a previsão, nos artigos 13 e 15, de que os provedores podem armazenar por um ano as informações em relação à conexão e por seis meses as referentes a aplicações. [51] A Lei nº 12.965/14 poderia ser ainda mais completa e, por conseguinte, proporcionar maior segurança jurídica ao trazer a previsão de órgãos fiscalizadores da (in)observância dos prazos em questão pelos provedores.

[48] LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à Luz do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 156.
[49] LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à Luz do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 153.
[50] *Ibidem*. p. 153.
[51] *Ibidem*. p. 154.

Embora o Marco Civil apresente conceitos expressos acerca do que se deve compreender como registro de conexão e registro de acesso a aplicações, a legislação não é clara no tocante ao conceito de dados pessoais. Por este motivo, é necessário recorrer a legislações esparsas como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) e a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) a fim de esclarecer esta obscuridade. [52]

A partir de uma leitura minuciosa das legislações mencionadas, infere-se que dados pessoais são uma categoria abrangente que engloba qualquer possibilidade de identificação do indivíduo, seja por meio de dados cadastrais ou até mesmo por informações técnicas (remete ao endereço de IP, por exemplo).[53]

Um dos motivos para entrada em vigor da Lei nº 12.965/14 foi justamente a necessidade de regular e tutelar as relações inseridas no meio digital. Todavia, a atitude omissa do legislador quanto a uma definição específica de dados pessoais pode comprometer o alcance de tais finalidades, haja vista que não há uma delimitação acerca do próprio objeto alvo de proteção.

Resta, ainda, a conceituação de "conteúdo de comunicações privadas", a qual pode ser compreendida como trocas de informações entre usuários da internet, perpassando desde textos a imagens. Nesta hipótese, basta que o remetente da mensagem insira qualquer privação a quem possa ver o conteúdo da informação, de modo a torná-la inacessível ao grande público. Há de se salientar, contudo, que não há a obrigação de utilizar senha.[54]

O Marco Civil estabelece que, a princípio, as informações dos usuários na internet devem permanecer protegidas. É o que se deduz a partir da análise do artigo 10, §1º, o qual dispõe que os provedores da rede digital apenas podem divulgar dados de registros eletrônicos e de reconhecimento do usuário desde que exista uma

[52] *Ibidem*. p. 156.
[53] *Ibidem*. p. 156.
[54] LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à Luz do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 156.

determinação judicial prévia. Entretanto, o § 3º do artigo supracitado traz uma excepcionalidade ao prever que os dados cadastrais podem ser acessados por autoridades administrativas com competência, prevista em lei, para tal. [55]

Novamente, o Marco Civil foi omisso ao não elencar, ao longo de seu texto, quais seriam as autoridades públicas com a devida competência para a requisição de dados cadastrais, o que confere certa margem de arbitrariedade acerca de quais órgãos podem ter acesso a informações como qualificação, filiação e endereço dos usuários.

Lima chega à conclusão, com base na leitura do artigo 15 da Lei de Organizações Criminosas nº 12.850/2013, que o legislador apresentou referências aos delegados de Polícias e aos integrantes do Ministério Público como aqueles com a competência necessária para solicitar o acesso ao conteúdo referente a dados cadastrais dos usuários nas redes sociais. Vale ratificar que, no pedido pelas autoridades, devem constar alegações claras associadas à realidade fática, e não um discurso genérico.[56]

O Marco Civil da Internet preocupou-se em trazer maior segurança ao modo como se desenvolvem as relações inseridas na internet, principalmente no tocante ao sigilo das informações trocadas e, ainda, quanto aos dados dos usuários. Por outro lado, a legislação ainda carece de certas complementações conceituais, conforme observado, com a finalidade de se alcançar uma proteção efetiva do direito à privacidade no meio digital.

3.2 Da neutralidade da rede

O conceito de neutralidade da rede é complexo, uma vez que as discussões do princípio em questão envolvem estereótipos pré-estabelecidos que acabam por

[55] *Ibidem*. p. 156.
[56] *Ibidem*. p. 157.

dificultar a sua compreensão semântica, assim como as consequências decorrentes de seu emprego.[57]

A despeito disso, é possível encontrar três elementos essenciais à constituição da temática. São eles: a imposição aos provedores de acesso de não promoverem o bloqueio a sites e aplicações específicos, sendo desautorizadas, ainda, quaisquer dificuldades para o acesso ou redução da velocidade da internet; a vedação à exigência de valores diferenciados para permitir a visualização de conteúdos específicos e, por fim, que os provedores de acesso adotem políticas de transparência acerca de quais são as técnicas utilizadas para a coordenação do tráfego digital.[58]

Neste tocante, há três espécies discriminatórias, quais sejam: a) a promoção de bloqueio a determinadas páginas que apresentem interesses divergentes aos dos defendidos pelos administradores da rede; b) em razão da velocidade, seja negativamente (quando o acesso a uma determinada página é significativamente menos célere quando comparado a outras) ou positivamente (nesta hipótese ocorre o contrário: há um aumento da velocidade ao se acessar determinado conteúdo, em detrimento dos demais); c) cobrança de valores maiores ou inferiores para acessar determinados conteúdos.[59]

A prática das modalidades discriminatórias supracitadas é evidente na realidade brasileira. Constantemente são veiculadas nos meios de comunicação em massa, promoções de operadoras que permitem o acesso gratuito dos usuários, por exemplo, ao *Facebook* e ao *WhatsApp*. Isto é resultado de um acordo entre as empresas a fim de incentivar o acesso às redes mencionadas. Por conseguinte, redes pertencentes a categorias semelhantes são colocadas em uma posição desprivilegiada, o que configura afronta à neutralidade da rede.

---

[57] RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 166.
[58] *Ibidem*. p. 166.
[59] *Ibidem*. p. 167.

A aplicação do princípio da neutralidade da rede implica em dispêndios, assim como consequências desfavoráveis ao setor de telecomunicações. Sob a ótica dos provedores de aplicação, o referido princípio poderia proporcionar a redução de contratos cujos objetos são o privilégio de tráfego em relação aos provedores de acesso, o que dificultaria a manutenção da supremacia desses provedores. Destarte, haveria uma redução da atividade lucrativa e desincentivo aos investimentos no setor.[60]

Percebe-se uma clara oposição de ideais. De um lado, a garantia de um princípio relevante para a autonomia do usuário. Por outro ângulo, a questão da lucratividade de grandes empresários no ramo digital.

Há três posições principais quanto às propostas de regulação. A da neutralidade absoluta prevê, conforme subentendido por sua nomenclatura, que o princípio da neutralidade seja aplicado sem reservas, de tal modo que os provedores de acesso não promovam diferenciações no tráfego das redes.[61] Umas das críticas em relação a esta proposta é que ela apresentaria coerência apenas se fosse aplicada a redes com ausência de congestão. Porém, há de se ponderar que o tráfego na internet é dinâmico e, dessa forma, o envio de certos dados são prioritários quando comparados a outros.[62]

A segunda proposta é a do tratamento equivalente e prevê que a distinção em relação aos dados é proibida na hipótese de aplicações que apresentem atribuições similares ou idênticas e autorizada para os casos remanescentes. [63] Os críticos a esta proposta afirmam que o usuário final pode ser prejudicado, tendo em vista que a

[60] RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 171.

[61] *Idem*. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 173.

[62] *Idem*. *Arquitetura da rede e regulação:* a neutralidade da rede no Brasil. Dissertação (Mestrado) — Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015.p. 42-43.

[63] *Idem*. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 174.

definição acerca de quais conteúdos apresentam distinção é uma atribuição dos provedores de acesso, o que confere margem à arbitrariedade e eventuais abusos. [64]

Por fim, a proposta do regime de exceções propõe a criação de uma regra geral para a aplicação da neutralidade, embora a própria regulação, ao verificar o custo social, possa promover a discriminação do tráfego.[65] Os simpatizantes dessa proposição ponderam que as exceções devem apresentar previsão na regulação específica de modo a ocasionar o menor índice de diferenciação possível. Por conseguinte, a prática do que não estiver previsto é desautorizada.[66]

A questão da neutralidade da rede foi amplamente debatida no Brasil, em razão da elaboração do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), sendo a temática específica de três audiências públicas e citada, ainda que indiretamente, nas demais audiências realizadas. [67] Ademais, o debate promovido no Poder Legislativo não ficou restrito à área concorrencial. À vista disso, a neutralidade da rede deve ser orientada por uma perspectiva extensiva, de modo a incluir externalidades e custos sociais, e não apenas leis antitrustes.[68]

Com base na análise do artigo 9º da Lei nº 12.965/14, a opção do legislador foi por uma neutralidade da rede não absoluta. Todavia, a partir da leitura do §3º, nota-se que, quanto à vedação ao bloqueio de aplicações, não há excepcionalidades. Entendimento este em consonância ao que foi firmado durante a etapa de discussões do até então projeto de lei.[69]

---

[64] *Idem*. *Arquitetura da rede e regulação:* a neutralidade da rede no Brasil. Dissertação (Mestrado) — Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015. p. 46.

[65] RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p.175.

[66] *Idem*. *Arquitetura da rede e regulação:* a neutralidade da rede no Brasil. Dissertação (Mestrado) — Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015. p. 46.

[67] *Idem*. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 171.

[68] *Idem*. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

[69] *Idem*. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 180.

Contudo, o Marco Civil da Internet apresenta uma série de contradições e diferentes interpretações acerca do que é considerada discriminação de tráfego permitida ou não. Em função disso, serão necessárias regulamentações específicas na legislação e, ainda, a observância de como a jurisprudência tem se posicionado acerca do tema em casos concretos. [70]

Neste viés de insegurança jurídica, a internet brasileira é atingida por uma decorrência negativa, a saber, o custo regulatório. A definição dos tecnicismos pelo Poder Judiciário demanda demasiado lapso temporal. Afinal, a movimentação da máquina jurisdicional compreende a contratação de peritos, advogados, assim como servidores públicos. Sem contar, ainda, a elaboração de recursos, uma vez que as resoluções de causas complexas como estas dificilmente ocorrerão no juízo de primeira instância. [71]

De tal sorte, em razão do alto custo, haverá um desincentivo aos usuários dos meios digitais de ingressarem com demandas judiciais. Por seu turno, serão privilegiados aqueles detentores de maiores recursos financeiros, ou seja, as grandes empresas. Assim, sob um ponto de vista econômico do Direito, é possível que sejam elas as principais definidoras dos pontos omissos contidos no Marco Civil da Internet acerca de quais são as práticas discriminatórias permitidas.

3.3 Da liberdade de expressão

A liberdade de manifestação, assim como a de expressão são classificadas como direitos fundamentais, uma vez que encontram embasamento no princípio da dignidade humana. Destarte, são relevantes para proporcionar autonomia e garantir proteção à personalidade do particular. Sob outra ótica, tais liberdades materializam a democracia e, ainda, asseguram o pluralismo político. [72]

---

[70] *Ibidem*. p. 183.
[71] RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p.183.
[72] SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2016. p. 492.

Neste cenário, o direito de exteriorizar a própria opinião é uma forma de reafirmar a identidade do indivíduo. Afinal, se as pessoas não tiverem condições de realizarem pelo menos algumas escolhas de forma autônoma, elas perdem aspecto significativo da humanidade.[73] Esta questão remete diretamente aos regimes de governo totalitários, nos quais os indivíduos são condicionados a reproduzir o pensamento do grupo dominante e, se o fazem de forma contrária, acabam por sofrer, em grande parte, medidas coercitivas.

A liberdade de expressão na democracia é essencial, haja vista que desestimula o Estado a promover censuras de eventuais discursos que sejam contrários aos seus interesses, principalmente no âmbito político.[74]

A interdisciplinaridade entre o pluralismo e o direito à liberdade de expressão remete à observância de que, em território brasileiro, convivem grupos sociais com os mais diversos pensamentos. Assim, faz-se necessária a adoção de instrumentos que possibilitem a participação dos indivíduos na concretização do mencionado direito, de modo igualitário, a fim de que não se tornem apenas espectadores dos embates democráticos.[75]

A liberdade de expressão, à luz da Constituição Federal, remete à possibilidade de exteriorizar valorações acerca de acontecimentos e ideias manifestadas por outrem. O referido direito constitucional engloba o conteúdo da manifestação e, além disso, o meio pelo qual esta foi trazida à tona (abarca, inclusive, os meios digitais de comunicação).[76] Percebe-se, desse modo, que a intenção do poder constituinte originário é garantir a proteção ao direito de expressão da forma mais ampla possível. Ressalvadas, é claro, manifestações de cunho violento.

---

[73] SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo:* perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.
[74] *Ibidem*. p. 33.
[75] SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo:* perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47-48.
[76] SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 493.

O detentor da liberdade de expressão é, a princípio, o particular. Neste tocante, é preciso considerar a inconstitucionalidade consistente em realizar distinções na aplicação do direito mencionado entre brasileiros e estrangeiros os quais residem em território nacional, haja vista o caráter universal oriundo dos direitos fundamentais. Por fim, considera-se que as pessoas jurídicas também são titulares da referida liberdade.[77]

Outro importante aspecto a ser analisado é que, na hipótese de conflitos entre direitos fundamentais, a liberdade de expressão apresentar caráter de preponderância. Todavia, a referida liberdade pode ser mitigada, em caráter excepcional, quando houver restrição oriunda de lei ou decisão judicial e que tenha como embasamento a dignidade da pessoa humana.[78]

Com a instituição da Lei nº 12.965/2014, parcela da sociedade brasileira preocupou-se acerca de um possível refreamento quanto à autonomia no uso da internet pelo fato de ser uma legislação reguladora. A própria Constituição Federal já prevê certas limitações à liberdade de expressão: a vedação ao anonimato, por exemplo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso IV.[79]

Acerca dessa temática, a doutrina divide-se em duas teorias, quais sejam: a teoria absoluta e a teoria relativa. Para a primeira, o núcleo essencial de um direito fundamental não pode ser alvo, independentemente de qualquer hipótese, de mitigação. Afinal, apresenta essência regulamentar intransponível, razão pela qual não é aplicável a ponderação de valores. Já para a segunda teoria, é possível aplicar a ponderação ao núcleo essencial quando se está diante de um caso concreto.[80]

---

[77] *Ibidem*. p. 495-496.
[78] *Ibidem*. p. 508.
[79] VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 132, 133.
[80] GOÉS, Guilherme Sandoval. O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador. *Revista Interdisciplinar de Direito*, 2010. Disponível em: <http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_34.pdf>. Acesso em: 3. mai. 2018.

Para Juan Cianciardo, os direitos fundamentais apresentam um componente passível de interpretação pelo legislador, denominado conteúdo não essencial, e outro inatingível da sua atuação, o conteúdo essencial. A teoria absoluta traz à tona a concepção espacial da estrutura dos direitos fundamentais. O direito fundamental, quanto ao seu conteúdo total, é formado por dois círculos concêntricos. São integrados por diferentes faculdades e posições jurídicas, sendo consideradas mais relevantes a partir de suas aproximações em relação ao centro dos círculos. [81]

O conteúdo não essencial, todavia, não se encontra a total disposição do legislador: eventuais disposições legislativas devem passar pelo filtro da proporcionalidade. E é exatamente essa a diferença em relação ao núcleo essencial, uma vez que a intervenção neste resta vedada, ainda que se tente justificar pela razoabilidade. [82]

Ana Paula Barcellos coaduna com a posição defendida por Cianciardo ao sugerir uma estrutura normativa caracterizada pela dualidade. Há a presença de (i) um círculo interior que é preenchido por medidas mínimas e averiguáveis no âmbito do Poder Judiciário e (ii) um círculo externo cujo conteúdo é definido pela experiência democrática pautada na deliberação.[83]

Assim, na análise do caso concreto, o julgador dispõe de dois processos hermenêuticos a fim de solucionar a lide. É preciso, então, analisar pormenorizadamente à subsunção da circunstância fática ao texto constitucional para posterior enquadramento da decisão à área nuclear ou à área ponderável do direito fundamental.[84]

---

[81] CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona: Eunsa, 2000, p. 258-259.
[82] *Ibidem*. p. 258-259.
[83] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 179-180.
[84] GOÉS, Guilherme Sandoval. O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador. *Revista Interdisciplinar de Direito*, 2010. Disponível em < http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_34.pdf>. Acesso em: 3. mai. 2018.

A aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade foi incorporada ao Marco Civil da Internet, com o intuito de regular a desordem vivenciada até então no meio digital, haja vista a inexistência de legislação específica para o referido âmbito. A disposição em questão está em consonância à previsão do Supremo Tribunal Federal (STF) de se aplicar limites aos direitos fundamentais (inclusive à liberdade de expressão).

O artigo 3º da Lei nº 12.965/2014 destaca os principais elementos que regem o uso da internet no Brasil, quais sejam, a liberdade de expressão, comunicação e de pensamento, observados à luz da previsão constitucional. Tais liberdades encontram previsão ao lado do resguardo à privacidade, à vida privada e, por fim, à comunicação de dados particulares. É possível notar, dada a disposição prevista na referida lei, que a liberdade de expressão a princípio não apresenta imunidade a possíveis limitações oriundas de atos legislativos.[85]

O STF, ainda que de forma singela, tem adotado a doutrina da posição preferencial quanto à liberdade de expressão. Isto não implica afirmar, contudo, que se atribui imunidade ao direito apontado, e sim que este apresenta prevalência caso seja antagônico em relação à aplicação de outros direitos fundamentais em situações específicas, conforme outrora elucidado.[86]

Uma questão preocupante acerca da temática diz respeito à censura. Esta pode ser definida como uma limitação à liberdade de expressão, promovida por uma autoridade de natureza administrativa, que apresenta como consequência a desautorização na propagação de determinado conteúdo. Neste viés, é possível que ocorram danos graves ao desenvolvimento do indivíduo, em decorrência de afronta ao pluralismo de ideias assegurado no meio democrático.[87]

---

[85] VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 134,135.
[86] *Ibidem*. p. 136.
[87] *Ibidem*. p. 136.

Sob outra perspectiva, a censura faz-se necessária quando há eventuais excessos decorrentes do exercício da liberdade de expressão. No meio digital, esta situação é agravada em virtude da facilidade de se propagar e de ter acesso a informações referentes a discursos de ódio e instigações a discriminações étnicas, assim como em relação a preferências sexuais, por exemplo. Logo, torna-se justificável a aplicação da censura, uma vez que as situações descritas demonstram menosprezo a própria condição de ser humano.[88]

O artigo 5º, inciso IX, da CRFB/88 estabelece, como garantia fundamental, a liberdade de comunicação, sendo a censura hipótese excepcional.[89] As decisões que promovem temporariamente a suspensão de aplicativos de comunicação telemática padecem de inconstitucionalidade ao utilizar medida tão gravosa à comunicação de, pelo menos, 120 milhões de usuários brasileiros.[90]

As decisões em referência demonstram, a princípio, interpretações equivocadas dos julgadores quanto às disposições do Marco Civil da Internet. Em que pese o artigo 12 estabelecer sanções às empresas que desrespeitem os serviços

[88] VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 137. Esta questão é materializada no caso do escritor Ellwanger, o qual foi acusado de prática racista, em razão de ter veiculado obras de caráter antissemita. No julgado em apreço, a Suprema Corte brasileira compreendeu que manifestações deste caráter não estão abarcadas pela proteção da liberdade de expressão. SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo:* perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

[89] Artigo 5º, inciso IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018.

[90] *WHATSAPP* chega a 120 milhões de usuários no Brasil. *Estadão*, São Paulo, 29 mai. 2017. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,whatsapp-chega-a-120-milhoes-de-usuarios-no-brasil,70001817647>. Acesso em: 4. mar. 2018.

dispostos no próprio texto da lei, o artigo 11[91], na visão de Ronaldo Lemos, não preceitua a retirada do ar dos serviços prestados. [92]

O artigo 12, inciso III, prevê, na verdade, a suspensão temporária de atividades como coleta e armazenamento de dados pessoais, por exemplo.[93] Ou seja, no entendimento de Lemos, a Lei nº 12.965/2014 prevê sanções econômicas — referentes aos recursos utilizados pelas empresas para a promoção de suas atividades —, mas não a retirada do ar dos serviços desenvolvidos pelo aplicativo como tem sido feito pelo Poder Judiciário brasileiro.[94] Essa questão será melhor aprofundada no capítulo a seguir.

Tal coercibilidade implica em uma derivação do conceito original de censura, mas que na prática apresenta efeitos igualmente danosos. Afinal, com a suspensão das atividades do *WhatsApp*, por exemplo, qualquer comunicabilidade realizada por este instrumento, independentemente do conteúdo veiculado, resta inviabilizada, atingindo desde simples conversas entre amigos e familiares até discussões de estratégias profissionais.

A extensão do direito fundamental de livre manifestação do pensamento e, em especial, a garantia que instrumentaliza esse direito – a proibição de censura – aos casos que se referem à comunicação realizada por meio do aplicativo refere-se à extensão do direito de livre manifestação do pensamento também pelo espaço

---

[91] Artigo 11: "Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros." BRASIL. *Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[92] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 160. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

[93] Artigo 12, inciso III: "suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11;" BRASIL. *Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[94] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 160. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

virtual. Afinal, se a liberdade de expressão implica igualmente assegurar que haja um *locus* para essa manifestação, quando a referência é ao espaço virtual, surge a necessidade de igualmente garantir que essa manifestação livre do pensamento se dê pelo espaço virtual.

A popularização dos serviços de troca de mensagens online elevou o espaço virtual de manifestação num espaço hábil a atrair a necessidade de assegurar a livre manifestação do pensamento também por meio das mensagens transmitidas pelos aplicativos. Por isso, a utilização do argumento de que a restrição geral e a todos do uso do aplicativo substancia um derivativo de censura, tal como proibida no texto constitucional.

4 OS ARGUMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS QUE SUSPENDERAM O *WHATSAPP* À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

A doutrina não se posiciona de forma detalhada sobre a temática, razão pela qual o Direito Digital e, em especial, as transformações oriundas do Marco Civil da Internet carecem de bibliografia. Nesse viés, o presente trabalho assume a desafiadora posição de realizar uma análise crítica das decisões em referência, tendo como parâmetro as disposições da Lei n.12.965/2014 e os preceitos constitucionais.

Até então foram proferidas quatro decisões que determinaram a suspensão temporária dos serviços desenvolvidos pelo *WhatsApp* em território brasileiro:

(i) A primeira decisão foi proferida nos autos do processo de n. 0013872-87.2014.8.18.0140, em fevereiro de 2015, pelo juiz singular da central de inquéritos da comarca de Teresina-Piauí.[95] Diante disso, a Global Village Telecom S.A. e outros impetraram o mandado de segurança n. 2015.0001.001592-4, no qual o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí deferiu o pedido liminar para suspender a eficácia da determinação.

[95] JUIZ do Piauí determina a suspensão do *Whatsapp* em todo o Brasil. *Meio Norte*, [s.l]. [s.d]. Disponível em: <http://www.meionorte.com/blogs/efremribeiro/whatsapp-311611>. Acesso em: 01. jun. 2018.

(ii) Já a segunda foi prolatada, em dezembro de 2015, pelo juiz singular da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo/SP, no âmbito da interceptação telefônica de n. 0017520-08.2015.8.26.0564.[96] Sobreveio decisão liminar do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do mandado de segurança de n. 2271462-77.2015.8.26.0000, que cassou a decisão do juízo *a quo*.

(iii) A terceira foi proferida, em maio de 2016, pelo magistrado titular da Vara Criminal de Lagarto-SE e determinou que as operadoras de telefone, tais como Vivo, Tim, Oi e Nextel, bloqueassem o *WhatsApp* pelo prazo de 72 horas.[97] Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no bojo do Mandado de Segurança n. 2016.00.1.1089-9, reverteu a decisão.[98]

(iv) A quarta decisão se deu nos autos do inquérito policial de n. 062-00164/2016, sendo proferida pela magistrada da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias. Estipulou-se multa diária no valor de R$50.000,00 até que fosse efetivada a medida de interceptação relativa ao fluxo de dados do aplicativo.[99] Os efeitos da decisão foram suspensos quando o Ministro Ricardo Lewandowski firmou entendimento, no julgamento da medida cautelar na ADPF n. 403, de que houve lesão ao preceito fundamental de liberdade de expressão.[100]

Frise-se que a opção pela utilização das notícias dos julgados decorre da inacessibilidade de acesso à integralidade dos processos, visto que são sigilosos. Não

[96] JUSTIÇA determina bloqueio do WhatsApp em todo o país por 48 horas. São Paulo, 16 dez. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI231615,101048-Justica+determina+bloqueio+do+WhatsApp+em+todo+pais+por+48+horas>. Acesso em: 02. jun. 2018.

[97] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 23. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

[98] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

[99] VEJA o texto completo da decisão que manda bloquear o WhatsApp. *UOL Notícias*, São Paulo, 19 jul. 2016. Disponível em: <https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/07/19/veja-o-texto-completo-da-decisao-que-mandar-bloquear-o-whatsapp.htm>. Acesso em: 01. jun. 2018.

[100] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

convém adentrar no mérito de como as mídias sociais disponibilizaram as decisões, pois é certo de que, após a disponibilização por meios como "Migalhas" e "Universo Online – UOL", estão disponíveis para acesso público.

Logo, em que pese não ser possível o acesso direto à base ensejadora dos julgados, não há qualquer obstáculo que impossibilite a presente pesquisa, uma vez que esta se pauta exclusivamente na análise dos fundamentos presentes nas decisões elencadas.

4.1 Dos princípios da continuidade na prestação do serviço de interesse público e da livre comunicação

À primeira vista parece equivocado classificar os serviços desenvolvidos pelo *WhatsApp*, empresa privada, como públicos.[101] Contudo, é a complexidade da presente temática que permite tal equiparação.

Com a chegada das trocas de mensagens *online*, percebeu-se uma significativa mudança no modo como as pessoas passaram a se comunicar. Assim, ligações de longas horas e e-mails extensos deram lugar à praticidade de mensagens que têm como únicos pré-requisitos o cadastro do usuário no aplicativo e uma fonte de acesso à internet. Isto se consolidou como uma nítida revolução na comunicação contemporânea.

Em que pese o *WhatsApp*, assim como as demais sociedades empresárias responsáveis pelos serviços de trocas instantâneas de mensagens, não se enquadrarem como empresas públicas ou permissionárias de serviços públicos, fato

[101] Art. 175, *caput*: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018. Art. 175, § único, IV: "a obrigação de manter serviço adequado." *Ibidem*. Art. 241: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos." *Ibidem.*

é que desenvolvem atividade essencial para a população e, por isso, faz-se necessária a aplicação do princípio da continuidade no tocante à comunicação.

Frise-se que o presente trabalho não objetiva enquadrar o serviço de troca instantânea de mensagens como serviço público na sua acepção original, visto que não há verba pública envolvida e as atividades são prestadas por particulares sem relação com o poder estatal. Todavia, o serviço em referência atrai a atenção da coletividade, uma vez que esta o utiliza cotidianamente e em larga escala.

Não é possível enquadrar o serviço de comunicação prestado no âmbito da internet na clássica, porém ultrapassada, divisão entre público e privado. Trata-se, na verdade, de um direito difuso, pois, ainda que não seja possível a determinação dos sujeitos, sabe-se que eles existem e estão interligados por uma situação de fato, isto é, o uso dos aplicativos como instrumentos para facilitar a comunicação diária.[102]

De tal sorte, é nítido o enquadramento das trocas de mensagens instantâneas como direitos transindividuais, também denominados de interesses coletivos. Tais direitos, recebem, portanto, uma especial proteção advinda do texto constitucional, sendo desarrazoado que o próprio Poder Público restrinja o seu livre exercício.

As decisões judiciais que são objeto do presente estudo em nenhum momento mencionaram a estimativa de que 91% dos cidadãos brasileiros que utilizam celulares — o correspondente a mais de 100 milhões de usuários — fazem uso do *WhatsApp* para se comunicarem de forma gratuita.[103] A suspensão temporária desses serviços, os quais são utilizados por um número expressivo de pessoas, acaba

[102] Nesse sentido é o entendimento de Gregório Assagra de Almeida: "a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado e muitos dos princípios que a regem não encontram ponto de amparo no Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e precisam ser revisitados de acordo com um novo modelo explicativo, apoiado no núcleo do Estado Democrático de Direito: a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais." (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. São Paulo: Saraiva, 2003. p.417.)

[103] *WHATSAPP, Used by 100 Million Brazilians, Was Shut Down Nationwide by a Single Judge. The Intercept*, [s.l],02 mai. 2016. Disponível em: <https://theintercept.com/2016/05/02/whatsapp-used-by-100-million-brazilians-was-shut-down-nationwide-today-by-a-single-judge/>. Acesso em: 01. jun. 2018.

por violar garantias fundamentais, dentre elas a liberdade de comunicação e a liberdade de expressão. Afinal, retira-se do cidadão o instrumento pelo qual costuma materializar o exercício de suas prerrogativas constitucionais.

A análise de tais aspectos em conjunto demonstra que o serviço de comunicação telemática deve ser prestado de forma contínua, tal qual como um serviço público, pois, da mesma forma que este, guarda caráter de essencialidade. As decisões judiciais em referência, apesar de objetivarem a solução dos casos concretos postos a sua jurisdição, optam por medidas desproporcionais e que acabam por prejudicar uma quantidade indeterminada de sujeitos. Esta é uma questão sobre a qual o STF deve-se debruçar nos julgamentos definitivos da ADI nº 5.527/DF e da ADPF nº 403/SE.

Novamente, pode causar estranheza citar violação à expressão da atividade de comunicação, prevista no artigo 5º, inciso IX, da CFRB/88[104], tendo em vista que (a) não há doutrina comentando a aplicação deste artigo à internet e (b) esta sequer existia à época da Constituição.

Antigamente, a manifestação livre prevista no inciso IX guardava correspondência ao aspecto grego clássico de que as pessoas iam às praças e demais espaços públicos para promover debates, em especial acerca de aspectos políticos. Porém, a possiblidade de se observar algo nesse aspecto é remota na sociedade brasileira contemporânea. Logo, faz-se necessário adequar a aspiração do constituinte originário à atualidade, materializada pelas projeções tecnológicas.

A ciência jurídica é um empreendimento coletivo, tal qual como previsto na metáfora dworkiana "romance em cadeia". Ou seja, é preciso pensar no Direito como uma narrativa que exige a habilidade dos intérpretes de dar continuidade à história, de modo a preservar os aspectos essenciais definidos originariamente. Sem esquecer, ainda, de adequá-la ao contexto temporal em que está inserida. Assim, de

[104] Art. 5º, inciso IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;" BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018.

maneira distinta do que ocorre na brincadeira "telefone sem fio", objetiva-se evoluir com coerência a narrativa, e não meramente reproduzir o que foi transmitido.[105]

De forma semelhante ocorre com o presente trabalho. Como demonstrado, o incremento da tecnologia modificou substancialmente o modo como as pessoas se comunicam. Neste contexto, ainda que o constituinte originário não tenha previsto o advento da internet, demonstra-se fundamental a proteção de mecanismos que facilitem o *locus* da comunicação.

Dessarte, na medida em que o exercício da liberdade de comunicação passou a contar com um instrumento que tornou possível a melhor fruição de tal direito, assegurar o funcionamento do aplicativo passa a ser uma garantia integrante da proteção ao próprio direito.

Já no início do estudo do Direito Constitucional, o estudante aprende que o artigo 5º da CFRB/88 traz um rol com os direitos e as garantias fundamentais. Os primeiros são previsões de afirmação do indivíduo ou até mesmo da coletividade em face dos demais. Já as garantias são os instrumentos que possibilitam a fruição dos direitos.

Tal qual como o voto é garantia do direito de se participar efetivamente da política e o júri é garantia do direito de ser julgado pelos pares, os aplicativos de trocas instantâneas de mensagens tornaram-se garantias da expressão do pensamento livre. Esta é a conclusão decorrente do aumento da complexidade das relações sociais na atualidade e o que justifica a aplicação do art. 5º, inciso IX, da CFRB/88 a presente temática.

Dworkin defende, ainda, que o Direito é um sistema movido por precedentes e, para tanto, utiliza a metáfora do "juiz Hércules". O magistrado deve investigar o contexto institucional a fim de buscar eventuais decisões em casos semelhantes. Ou seja, deve se valer do passado para continuar a escrever a história da ciência jurídica. Saliente-se que, diferentemente dos juízes da escola positivista, Hércules não se

[105] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

encontra algemado ao passado, razão pela qual pode deixar de aplicar decisões anteriores que estão eivadas de erros.[106]

As decisões que promoveram a suspensão do *WhatsApp*, ao invés de materializarem o direito constitucional à liberdade de comunicação, acabaram por descontruir os preceitos da hermenêutica constitucional e por criar um capítulo antidemocrático na história do Direito brasileiro.

Afinal, uma vez constatada a desproporcionalidade da primeira decisão que suspendeu temporariamente os serviços de comunicação telemática, o ideal seria que as demais decisões aplicassem tal medida apenas de forma subsidiária. Esta questão será melhor problematizada no tópico a seguir.

4.2 Dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência

A Constituição Federal estabelece, no artigo 1º, inciso IV, que a República Federativa do Brasil apresenta, como um de seus fundamentos, a livre iniciativa.[107] Há, ainda, a previsão de que a livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica, junto com a valorização do trabalho humano.[108]

Mais precisamente quanto aos serviços de trocas instantâneas de mensagens, a livre iniciativa opera em duas esferas distintas, quais sejam: (i) como garantia às sociedades empresárias prestadoras das atividades de comunicação telemática; (ii) como prerrogativa aos usuários dos aplicativos.

O primeiro plano encontra-se ameaçado, visto que as decisões responsáveis pela suspensão da comunicação promovem uma perda crescente da confiabilidade do aplicativo. A imagem transmitida para a comunidade brasileira de usuários é de

[106] Ibidem.
[107] Art. 1º, IV: "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;" BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018.
[108] Art. 170, caput: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:" BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018.

que a empresa responsável pelo serviço não apresenta mecanismos de se defender contra tais decisões. Afinal, estas acabam por ocasionar prejuízos aos usuários em decorrência de fatos que eles, geralmente, sequer detêm conhecimento sobre.[109]

Contudo, é preciso ampliar o debate. Se por um lado há a perda de confiabilidade do aplicativo, por outro lado a Justiça brasileira tem sua credibilidade comprometida. Isso ocorre na medida em que as decisões judiciais determinam a suspensão do *WhatsApp* e a empresa responsável pelos serviços não as cumpre, adotando condutas ilegais.

Percebe-se que há um dissenso entre o *WhatsApp* e o Ministério Público (MP) quanto à possibilidade de quebra da criptografia.

(i) Posicionamento do *WhatsApp*:[110] Segundo o *White Paper*[111] da empresa, o sistema de criptografia de ponta-a-ponta utiliza o protocolo *Signal*. Este impede que o *WhatsApp* e até mesmo terceiros sejam capazes de acessar as mensagens trocadas pelos usuários, bem como chamadas em texto plano. Consoante informações dispostas no documento em apreço, as mensagens somente são decodificadas pelos receptores. Além disso, na eventualidade de as chaves de criptografia de algum dispositivo sofrerem comprometimento físico, não é possível que as mensagens outrora encaminhadas sejam descriptografadas.[112]

---

[109] Neste cenário é possível tecer a crítica de que o único aplicativo alvo das decisões judiciais brasileiras tem sido o *WhatsApp*. Não é possível identificar, a partir da leitura de tais decisões, os motivos que levaram os magistrados a não estenderem a suspensão, bem como os efeitos das penalidades aos demais aplicativos que desenvolvem serviços semelhantes e, em certos casos, idênticos. Apesar de não ser o objeto do presente estudo, percebe-se um verdadeiro bombardeio à *WhatsApp* inc. O Poder Público, ao invés de procurar obter acesso às informações tituladas como essenciais às investigações por meio da cooperação de outros aplicativos, opta por sucessivas vezes suspender unicamente os serviços do *WhatsApp*.

[110] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 155. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

[111] Trata-se de relatório que descreve detalhadamente sobre determinada problemática e apresenta soluções para o seu enfrentamento. *WHAT Is a Whitepaper?*. *HubSpot*. [s.d]. Disponível em: <https://blog.hubspot.com/marketing/what-is-a-whitepaper-examples-for-business>. Acesso em: 01. jun. 2018.

[112] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 157. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

(ii) Posicionamento do MP: Em sede de audiência pública sobre o Marco Civil da Internet, realizada em 02.06.2017, Fernanda Domingos, integrante do Grupo de Apoio no Combate aos Crimes Cibernéticos, defendeu que não é possível saber se, de fato, o *WhatsApp* utiliza a tecnologia de criptografia, ante a inexistência de auditorias nos sistemas da empresa. Na qualidade de secretário de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República (PGR), Vladimir Aras, argumentou que ferramentas tecnológicas tais como o *WhatsApp* foram criados por homens. Sendo assim, podem ser modificadas com o intuito de que, quando houver necessidade, exista a possibilidade de compartilhamento de dados. Do contrário, o Brasil se tornará um paraíso digital, que acabará por incentivar o cometimento de crimes e, por conseguinte, a violação de direitos fundamentais de igual relevância em comparação ao direito à privacidade.[113]

O presente trabalho não objetiva trazer à tona resposta taxativa quanto à (im)possibilidade da quebra de criptografia para o acesso aos dados privados dos usuários, uma vez que esta temática foge à alçada do Direito. Tendo-se como pressuposto de que é possível a interceptação, faz-se necessário fixar as balizes jurídicas para a aplicação das penalidades mais gravosas ao aplicativo, quais sejam, a suspensão temporária e a proibição definitiva das atividades em território nacional.

O redimensionamento do debate é necessário para se alcançar a conclusão de que somente há livre iniciativa se a empresa atuar conforme os parâmetros da legalidade. Se não há o cumprimento das decisões judiciais, a consequência é a limitação desse preceito constitucional.

Neste viés, há duas posições conflitantes. São elas: (a) considerar que a suspensão dos serviços prestados pelo *WhatsApp* é uma medida juridicamente possível, mas inadequada e (b) defender que a suspensão não está prevista no

[113] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministério Público defende aplicação de sanções previstas no Marco Civil da Internet ao WhatsApp*. Brasília, 02 jun. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345389>. Acesso em: 16 jul. 2018.

ordenamento jurídico, razão pela qual os magistrados, ao adotarem tal medida, implicam em ativismo judicial.

Diferentemente do que alega Ronaldo Lemos[114] e Oscar Vilhena Vieira[115], o Marco Civil da Internet prevê, consoante dispõe o *caput* do artigo 11 combinado com o artigo 12, inciso III, a possibilidade de suspensão temporária da atividade de comunicação desenvolvida pelo *WhatsApp*.

Em que pese tais medidas serem juridicamente possíveis, há necessidade de adequação com os objetivos pretendidos, de modo que não ocasionem ao seu destinatário sacrifícios maiores do que aqueles estritamente necessários para o cumprimento das determinações judiciais. Assim, a escolha de medidas coercitivas atípicas tem sua legitimidade pautada pelas seguintes balizas: (i) a medida deve configurar real ameaça ao réu, retirando o seu propósito de transgredir e (ii) guardar compatibilidade com os princípios da proporcionalidade e da proporcionalidade.[116]

É fundamental propor uma gradação nas penalidades previstas no artigo 12 a fim de que a penalidade de suspensão seja aplicada apenas de forma subsidiária. Apesar de não estar prevista expressamente em lei, a determinação do bloqueio de receitas das empresas que não cumprem o determinado nas decisões judiciais mostra-se como uma medida razoável na hipótese de a aplicação da multa prevista no inciso II ser infrutífera.

A solução em questão é possível na medida em que o juiz detém amplo poder para assegurar a coercibilidade das decisões que proferir.[117] Assim, é possível a

[114] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 160. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

[115] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 159. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

[116] TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*. In: CABRAL, Antônio do Passo et al. (orgs). *Processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 383-384.

[117] Art. 139, IV: "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;" BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em:

aplicação extensiva do Código de Processo Civil (CPC/15) justamente porque o julgador dispõe de medida mais extremada.

De modo semelhante ocorre no processo penal. O juiz pode determinar medidas cautelares ao acusado estabelecendo que este não deixe sua residência após determinado horário e não mantenha contato com a vítima, por exemplo. A adoção de tais medidas somente é viável porque dispõe da medida mais gravosa que é a determinação da prisão do indivíduo.

A partir desta comparação, resta claro que o magistrado apenas pode lançar mão de medidas para o reforço do cumprimento da decisão judicial em razão de o ordenamento jurídico prever medidas mais extremadas, tal como a prisão no exemplo anterior e a suspensão; proibição do exercício das atividades desenvolvidas pela empresa como é o caso da problemática discutida neste trabalho.

Em que pese a Lei n. 12.965/2014 dispor sobre a possibilidade de suspensão, o modo como tal medida é aplicada não guarda compatibilidade com o arcabouço constitucional. Ou seja, não há um problema de vigência, visto que o legislador optou por trazer essa previsão legal, e sim de validade; inadequação na aplicação. Assim, é fundamental que todo aplicador do Direito saiba realizar a diferenciação entre o juízo de vigência e o de validade da norma a fim de que a discussão em apreço tenha continuidade.

Nota-se, ainda, que, no artigo 12, inciso IV, da Lei n. 12.965/2014, há previsão expressa da proibição, em caráter definitivo, das atividades desenvolvidas pela empresa no território nacional. Isso corrobora o que foi defendido até então, pois, na eventualidade de se entender que a suspensão prevista no inciso III não teria aplicabilidade para o *WhatsApp* e demais empresas de comunicação telemática, seria possível a aplicação direta do inciso IV.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

A adoção de medidas drásticas, tais como a suspensão e a proibição das atividades, acaba por induzir o destinatário de que elas não prevalecerão quando submetidas à análise de graus de jurisdição superiores. É exatamente o que tem acontecido nos casos em discussão. O *WhatsApp*, apesar das ameaças quanto à possibilidade de suspensão em território nacional, continuou a descumprir determinações judiciais, apostando, de forma certeira, na cassação da medida.[118]

A utilização da constrição patrimonial como instrumento de coerção não é algo inédito na jurisdição brasileira. A título exemplificativo, no âmbito da "operação Lava-Jato", nos autos de n. 5048457-24.2013.404.7000/PR, a empresa *Google* se recusou a divulgar informações veiculadas no serviço de correio eletrônico conhecido como Gmail. Houve cominação de multa, a qual alcançou o valor de dois milhões de reais. Ainda assim, a medida não obteve êxito. As soluções encontradas foram a imposição de multa aos próprios administradores da empresa, bem como o bloqueio de aplicações financeiras referentes à *Google* brasileira. A partir de então a decisão judicial que impôs o fornecimento das informações requisitas foi cumprida.[119]

É equivocado presumir antecipadamente que as medidas adotadas no caso narrado não funcionariam naqueles casos envolvendo o *WhatsApp*. Afinal, ambos apresentam circunstâncias semelhantes, tais como: (i) determinações de juízes penais para decretar a quebra de sigilo nas conversas realizadas pela internet; (ii) imposição de multa não surtiu efeito para o cumprimento da decisão judicial; (iii) a *Google* brasileira e o *Facebook* (dono do *WhatsApp*) alegam a impossibilidade de cumprimento do estabelecido pelo Poder Judiciário brasileiro.[120]

A argumentação desenvolvida para a livre iniciativa aplica-se, de igual modo, ao princípio da livre concorrência. Apenas é possível debater tais princípios se cumprido o pressuposto de que o agente exerça suas atividades no mercado em

[118] TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*. In: CABRAL, Antônio do Passo et al. (orgs). *Processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 392.
[119] *Ibidem*. p. 394.
[120] *Ibidem*. p. 394.

consonância com a legislação nacional. Todavia, não é o que tem ocorrido com o *WhatsApp*, já que a empresa, como amplamente divulgado pela mídia, insiste no descumprimento das determinações judiciais, colocando em xeque a soberania do próprio Estado brasileiro. [121]

5 CONCLUSÕES

São notáveis as transformações na sociedade decorrentes do advento da internet. A comunicação, necessidade humana básica, tem sido um dos maiores palcos dessas mudanças, especialmente após o desenvolvimento dos serviços de comunicação telemática. Contudo, apesar das facilidades propiciadas pelo mundo cibernético, percebeu-se um aumento na complexidade das relações sociais e, ainda, desafios para a persecução penal.

O caso *Snowden*, de grande repercussão mundial, trouxe à tona a fragilidade da proteção de informações privadas dos cidadãos brasileiros. Demonstrou, ainda, a imprescindibilidade de legislação específica para o meio digital, algo que o Poder Público até então não despendia a devida atenção. O episódio em apreço agiu como catalisador do Marco Civil da Internet, visto que motivou o governo federal a solicitar caráter de urgência para a análise do PL nº 2.126/2011.

A Lei nº 12.965/2014 está assentada em três princípios: (i) a privacidade de dados; (ii) a neutralidade da rede; e, por fim, (iii) a liberdade de expressão.

Redes sociais, tais como *Facebook*, *Instagram* e *WhatsApp*, possibilitam que o usuário divulgue a sua intimidade a um número irrestrito de pessoas. Assim, cabe a cada particular decidir o grau de sua exposição no meio digital. Nesse cenário, as infrações penais tornaram-se mais complexas, levando os responsáveis pelas investigações a recorrerem ao Poder Judiciário com o intuito de obter autorização para a coleta de informações privadas dos usuários. Trata-se de uma medida invasiva

[121] OPERADORAS cumprem decisão judicial e bloqueiam WhatsApp. *Agência Brasil*. Brasília, 19 jul. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-07/bloqueio-do-whatsapp-ja-comecou-ser-feito-no-pais-informam-operadoras>. Acesso em 25 jul. 2018.

à privacidade, razão pela qual deve guardar caráter de subsidiariedade, tal como previsto na Lei de Interceptação Telefônica.

O Marco Civil, contudo, não especificou quais autoridades são competentes para a requisição de dados cadastrais, bem como os pressupostos que autorizam a quebra de sigilo. Em que pese as omissões legislativas, o presente trabalho demonstrou a importância de se evitar duas situações extremadas: (i) a banalização da coleta de informações privadas por considerar que a maioria ou todas as situações postas à apreciação do magistrado sejam consideradas crimes; (ii) enquadrar a privacidade como direito absoluto e, assim, inviabilizar por completo a quebra de sigilo.

O princípio da neutralidade da rede evita práticas discriminatórias, tais como (i) o bloqueio de sites específicos que divulgam conteúdos diversos daqueles tutelados pelos administradores da rede; (ii) tornar o acesso a determinada página mais célere, em detrimento das demais ou vice versa; (iii) exigir valores diferenciados para acesso aos conteúdos disponíveis no meio digital. Por outro lado, conforme defendido pelos provedores de aplicação, o princípio em questão dificultaria a celebração de contratos que apresentam como objeto justamente o privilégio de tráfego em relação aos provedores de acesso.

Novamente, o Marco Civil foi omisso ao não especificar qual discriminação de tráfego é permitida. O ideal é que tal discussão tivesse ocorrido no âmbito do Poder Legislativo. Contudo, a fixação de tecnicismos essenciais para a aplicação da neutralidade da rede se dará pelo ajuizamento de ações no Judiciário. As grandes empresas, em razão de seus recursos financeiros, apresentam maior facilidade para ajuizar demandas judiciais e, por conseguinte, serão as responsáveis pela definição das principais omissões legislativas.

O engajamento de usuários em relação aos aplicativos de comunicação telemática é tamanho que, a aplicação da penalidade de suspensão temporária dos serviços, implica na derivação do conceito original de censura. Afinal, com a

suspensão, um dos principais meios pelo qual o exercício da livre manifestação é materializado resta comprometido. Assim, o presente trabalho defendeu a necessidade de se estender a proteção constitucional da liberdade de expressão igualmente ao *locus* em que esse direito é exercido.

A segunda parte da pesquisa consistiu na análise, tendo como referenciais a Lei n. 12965/2014 e os princípios constitucionais, das decisões judiciais brasileiras que promoveram a suspensão do *WhatsApp*. Destacou-se, primeiramente, (i) a dificuldade de se obter bibliografia sobre o Direito digital, visto que a doutrina tem se posicionado pouco sobre o tema e (ii) que a análise se deu exclusivamente com base nas decisões, as quais foram obtidas por meios de comunicação midiática e pela consulta aos autos da ADPF n. 403/SE.

Os serviços desenvolvidos pelo *WhatsApp* enquadram-se como públicos, tendo em vista que são essenciais aos interesses da coletividade. Neste viés, a troca de mensagens instantâneas via web é elevada à categoria de direitos difusos, especialmente em razão de a população brasileira promover intenso uso dos aplicativos que desenvolvem tais serviços como instrumentos baratos e práticos de comunicação. Por isso, torna-se imprescindível a aplicação do princípio da continuidade na prestação do serviço de interesse público aos aplicativos em apreço.

Uma vez superada a desconfiança inicial de que os serviços em questão guardam o mesmo caráter de essencialidade dos serviços públicos, percebe-se que ambos recebem especial proteção do texto constitucional. Desse modo, as decisões judiciais em apreço, ao optarem por medidas desproporcionais, tais como a suspensão e a proibição das atividades desenvolvidas pelos aplicativos de comunicação telemática, retiram dos cidadãos brasileiros os instrumentos pelos quais materializam as liberdades de comunicação e de expressão.

A partir da leitura dos artigos 11 e 12 do Marco Civil, percebe-se que, de fato, há previsão expressa das medidas extremadas acima elencadas. O *WhatsApp*, ao descumprir as determinações impostas pelos magistrados, acaba por comprometer

a credibilidade da Justiça brasileira no âmbito internacional. Além disso, não há que se falar em violação ao princípio da livre iniciativa quando a empresa opta por exercer suas atividades em desrespeito à legislação nacional.

As previsões legais em comento, apesar de vigentes, não guardam correspondência com a Constituição Federal, visto que são desproporcionais e desconsideram o número significativo de usuários do *WhatsApp* em território nacional. Desse modo, propôs-se que a determinação de tais medidas ocorresse somente de forma subsidiária e que fossem precedidas do bloqueio de receitas das empresas que eventualmente não cumpram o determinado pelos magistrados brasileiros.

A proposta de uma interpretação constitucionalmente adequada aos artigos em apreço seguramente reclama a revisão legislativa da lei. Todavia, considerando o texto tal como proposto e a necessária compreensão do contexto onde se insere, esse novo ramo do saber denominado Direito Digital, é necessário que sejam cotejadas a relevância do serviço prestado pelos aplicativos, mas, sobretudo, parâmetros de obediência ao direito interno para a exploração de tais serviços no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Freire e. *Um tribunal internacional para a internet.* São Paulo: Almedina, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer às Emendas de Plenário proferido em Plenário e entregue à Mesa pelo Relator, Dep. Alessandro Molon (PT-RJ), pela Comissão Especial, que conclui pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa; e, no mérito, pela aprovação das Emendas nºs 01, 06, 08, 12, 14, 15, 18, 25, 28, 30, 35, 37, 39, 40, 41, 43, 44, 47, 52, 59, 60, 62, 63, 67 e 68, na forma da Subemenda Substitutiva Global apresentada; e pela rejeição das Emendas nºs 02,

03, 04, 05, 07, 09, 10, 11, 13, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 38, 42, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 64, 65, 66 e 69. Relator: Deputado Alessandro Molon. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FD0C0E73543A22B1020DF8282B42E027.proposicoesWeb1?codteor=1240240&filename=Tramitacao-PL+2126/2011>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev.2018.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Presidência da República. *Nota Oficial*. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanheo-planalto/notas-oficiais/notas-oficiais/comunicado-oficial>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 2.126/2011*. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 5.527/DF*. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 160. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 23. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 155. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 157. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.403/SE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Documento n. 159. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministério Público defende aplicação de sanções previstas no Marco Civil da Internet ao WhatsApp.* Brasília, 02 jun. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345389>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF inicia audiência pública que discute bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet.* Brasília, 02 junho 2017. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345369>. Acesso em: 28 fev. 2018.

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. *Teoría del participante "versus" teoría general del Derecho: una aproximación*. In: Anuario de filosofía del derecho, n. 13-14, p. 465-484,1996.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [*Ebook*].

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales,* Pamplona: Eunsa, 2000.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo (org.). *A política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOÉS, Guilherme Sandoval. O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador. *Revista Interdisciplinar de Direito*, 2010. Disponível em: <http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_34.pdf>. Acesso em: 3. mai. 2018.

GREENWALD, Gleen. *Sem Lugar para se esconder*. Rio de Janeiro. Sextante: 2014 [*Ebook*] p.217.

JUIZ do Piauí determina a suspensão do *Whatsapp* em todo o Brasil. *Meio Norte*, [s.l]. [s.d]. Disponível em: <http://www.meionorte.com/blogs/efremribeiro/whatsapp-311611>. Acesso em: 01. jun. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2.ed.Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTIÇA determina bloqueio do WhatsApp em todo o país por 48 horas. São Paulo, 16 dez. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI231615,101048-Justica+determina+bloqueio+do+WhatsApp+em+todo+pais+por+48+horas>. Acesso em: 02. jun. 2018.

LEVY, Pierre. *Ciberdemocracia.* Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à Luz do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

OPERADORAS cumprem decisão judicial e bloqueiam WhatsApp. *Agência Brasil*. Brasília, 19 jul. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-07/bloqueio-do-whatsapp-ja-comecou-ser-feito-no-pais-informam-operadoras>. Acesso em 25 jul. 2018.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet*: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.

PARTIDO da República. *Programa do Partido da República*, Brasília, [s.d]. Disponível em: <http://www.partidodarepublica.org.br/partido/doutrina.html> Acesso em: 29 fev. 2018.

PEDROSA, Leyberson; MATSUKI, Edgard. *Entenda o Caso Snowden*; Petrobrás também é alvo de espionagem. Portal EBC. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2013/08/web-vigiada-entendaas-denuncias-de-edward-snowden>. Acesso em: 25 fev.2018.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação:* a neutralidade da rede no Brasil. Dissertação (Mestrado) — Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo:* perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*. In: CABRAL, Antônio do Passo et al. (orgs). *Processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

THE COURAGE FOUNDATION. *Frequently Asked Questions*. *Free Snowden*. [s.l]. [s.d]. Disponível em: <https://edwardsnowden.com/frequently-asked-questions/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

VEJA o texto completo da decisão que manda bloquear o WhatsApp. *UOL Notícias*, São Paulo, 19 jul. 2016. Disponível em: <https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/07/19/veja-o-texto-completo-da-decisao-que-mandar-bloquear-o-whatsapp.htm>. Acesso em: 01. jun. 2018.

VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão (Org); LEMOS, Ronaldo (Org). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

WHAT Is a Whitepaper?. *HubSpot***.** [s.d]. Disponível em: <https://blog.hubspot.com/marketing/what-is-a-whitepaper-examples-for-business>. Acesso em: 01. jun. 2018.

WHATSAPP chega a 120 milhões de usuários no Brasil. *Estadão*, São Paulo, 29 mai. 2017. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,whatsapp-chega-a-120-milhoes-de-usuarios-no-brasil,70001817647>. Acesso em: 4. mar. 2018.

WHATSAPP deve ser bloqueado por 72 horas, ordena Justiça. *Portal G1 Globo*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/justica-do-sergipe-manda-operadoras-bloquearem-whatsapp.html>. Acesso em: 20 fev. 2018.

WHATSAPP, Used by 100 Million Brazilians, Was Shut Down Nationwide by a Single Judge. The Intercept, [s.l],02 mai. 2016. Disponível em: <https://theintercept.com/2016/05/02/whatsapp-used-by-100-million-brazilians-was-shut-down-nationwide-today-by-a-single-judge/>. Acesso em: 01. jun. 2018.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2

Outros Direitos

UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

O ENSINO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Amanda Pinto Paiva

RESUMO

De acordo com dados da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), atualmente já existem mais de 5 (cinco) mil famílias educando seus filhos em casa[1]. Sendo assim, a importância do fenômeno da educação domiciliar (*Homeschooling*, termo em inglês) no campo jurídico-normativo obteve tamanha relevância que chegou ao plenário do Supremo Tribunal Federal para julgamento acerca da possibilidade de se estabelecer tal método de ensino no Brasil. Ocorre que, a proteção à criança e ao adolescente no tocante ao direito fundamental à educação no ordenamento jurídico brasileiro é sistematizada a partir de legislações, em especial à Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que observam determinado padrão de educação, que vai além do nível intelectual, uma vez que os pilares da educação da UNESCO trazidos pelo relatório Jacques Delors tiveram grande influência no novo paradigma de proteção à criança e ao adolescente no Brasil. Portanto, o presente trabalho visa discorrer acerca da relação da educação domiciliar no país e suas derivações sociais e jurídicas que vem percorrendo o cenário educacional no Brasil, sob a perspectiva da proteção integral de crianças e adolescentes, a partir da revisão da literatura e análise de documentos legislativos e precedentes jurisprudenciais.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a prática do ensino domiciliar no Brasil para crianças e adolescentes, sob o ponto de vista jurídico-normativo e do paradigma da proteção integral.

[1] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. *Histórico*. Disponível em: https://www.aned.org.br/. Acesso em: 10/03/2018.

A problemática da pesquisa consiste em analisar se a educação domiciliar está em conformidade com o paradigma da proteção integral presente na Constituição Federal de 1988 e nas legislações infraconstitucionais, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Dessa forma, o objetivo da pesquisa limita-se a examinar a prática do ensino domiciliar no Brasil na perspectiva da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Esses três instrumentos normativos tem por base o paradigma das Nações Unidas, cujos princípios elegeram à criança e o adolescente como sujeitos de direitos, dentre eles destaca-se o direito à educação. Sobre o direito à educação, esses instrumentos apresentam objetivos e diretrizes para a efetividade desse direito, apontando como corresponsáveis a família, a sociedade e o Poder Público.

Sendo assim, a presente pesquisa está estruturada da seguinte forma: no primeiro capítulo será abordada a construção do paradigma da proteção integral. Para tanto, como marco inicial será analisado de forma breve algumas características do paradigma da situação irregular, presente no Código de Menores de 1979. Em seguida, será abordada a mudança do cenário jurídico de crianças e adolescentes com os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988 e, por fim, a consolidação da sistematização do paradigma da proteção integral no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após, será apresentado um breve histórico do reconhecimento do direito da criança e do adolescente no plano internacional, a considerar os valores insculpidos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989.

No segundo capítulo, serão trazidos alguns aspectos acerca da origem da educação domiciliar, bem como o desenvolvimento da discussão sobre esse formato de educação na esfera legislativa.

Por fim, o terceiro capítulo apresentará o Recurso Extraordinário n. 888815/RS, com repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal.

Ainda, serão apresentados alguns argumentos extraídos do julgamento de mérito do referido recurso, a partir dos votos proferidos pelos Ministros da Suprema Corte.

Como fenômeno social, a educação domiciliar já está presente no Brasil e milhares de famílias optaram por educar seus filhos em casa[2]. Dessa forma, verifica-se de suma importância o tema trabalhado na presente pesquisa, tendo em vista que é escassa a produção acadêmica neste assunto.

A relevância desta temática não se estabelece somente pela sua atualidade, mas, sobretudo, por trazer reflexão acerca dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, grupo naturalmente vulnerável em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

2 O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

No presente capítulo serão abordados aspectos históricos quanto a construção do paradigma da proteção integral, com atenção especial à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, notadamente o direito fundamental à educação. O percurso incluirá a codificação anterior, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

2.1 A construção histórica do paradigma da proteção integral

O tratamento normativo conferido à crianças e adolescentes no Brasil passou por mudanças significativas ao longo do tempo. Por quase um século predominava no país o paradigma da situação irregular, concebida de fato no Código Mello Matos de 1927 e sedimentada no Código de Menores de 1979.

O Código Mello Matos de 1927 foi a primeira legislação brasileira que tratou das crianças e adolescentes, estes intitulados como “menores de 18 anos”. A inovação apresentada por esse Código foi a maioridade penal, que estabeleceu a

[2] Atualmente, cerca de 5 (cinco) mil famílias educam seus filhos em casa. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. *Histórico*. Disponível em: https://www.aned.org.br/. Acesso em: 10/03/2018.

inimputabilidade até os 17 (dezessete) anos de idade, como é fixada no ordenamento jurídico pátrio atualmente, conforme artigo 228, da Constituição Federal de 1988, artigo 27 do Código Penal, bem como artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente[3].

Nos termos da redação do referido Código, as pessoas com idade entre 14 (quatorze) e 17 (dezessete) anos que cometessem crime ou contravenção penal poderiam ser encaminhadas a uma escola de reforma (reformatório), com a finalidade de educar e prover trabalho a esses jovens[4]. Os menores de 14 (quatorze) anos que não possuíam família eram direcionados à escola de correção e os que tinham um núcleo familiar, poderiam retornar às suas casas sob termo de responsabilidade dos pais.

Por sua vez, o Código de Menores de 1979 contemplou o paradigma da situação irregular que não conferia às crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direito, mas sim sujeitos do direito, ou seja, eram vistos como objetos a serem tutelados pelo Estado, com a devida intervenção, pois tratava apenas dos que se enquadravam em um conceito pré-definido de situação irregular, que era estabelecido pelo artigo 2º do Código de Menores de 1979[5].

[3]"Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

"Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial". BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

"Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei". BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

[5]"Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; Il - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de

O termo "menor" era anteriormente conhecido para designar as pessoas com menos de 25 (vinte e cinco anos). Por outro lado, com o advento do Código de Menores, essa expressão ficou popularmente conhecida para designar os jovens infratores à época e tornou-se um termo de natureza pejorativa e estigmatizante para as crianças pobres[6].

O paradigma da situação irregular também trouxe uma jurisdição específica para o tratamento de crianças e adolescentes, o juizado de menores, e com ele, uma figura igualmente importante, o Juiz de Menores o qual concentrava tanto as funções administrativas quanto as jurídicas. O primeiro juiz de menores do Brasil e da América Latina foi o professor e jurista José Cândido de Albuquerque Mello Matos, que à época era responsável pelo juizado de menores do Distrito Federal.

Dessa forma, o paradigma da situação irregular atuava apenas sobre a consequência e não a causa das situações consideradas de risco. Assim, a competência do Juiz de Menores restringia-se ao binômio carência-delinquência, não cabendo análise quanto à direitos dessa categoria. As matérias que iriam além e que abarcassem crianças e adolescentes ficavam sob a competência da Vara de Família, devendo ser regidas pelo Código Civil[7]. Esse paradigma manteve-se até o advento da Constituição Federal de 1988.

A partir de então, crianças e adolescentes alçaram a condição de sujeitos de direito, assim surgindo um Direito da Criança e do Adolescente, com conteúdo

representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial." BRASIL. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

[6] BANDERA, Vinicius. Práticas, Leis e Discursos modernizadores: o processo de construção do Código de Menores de 1927. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6028/3303. Acesso em: 20 jun. 2018.

[7] MACIEL, Kátia Regina. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos.* 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 50, 2018.

universal, abrangente, e simultaneamente específico e adequado à situação peculiar (e não irregular) desse grupo.

Nesse sentido, o constituinte preocupou-se em definir de forma imediata e prioritária 12 (doze) direitos fundamentais positivos pertinentes a crianças e adolescentes, tais como: "direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", e também 6 (seis) direitos negativos, que determina a proteção contra todo tipo "negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão"[8].

Sendo assim, com a finalidade de modificar o cenário jurídico e social que se incluíam crianças e adolescentes, sobreveio o paradigma da proteção integral para romper os padrões anteriormente estabelecidos pelo paradigma da situação irregular. Dessa forma, os valores contidos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança foram definitivamente assumidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo a conferir direitos fundamentais à crianças e adolescentes que previamente não os tinham.

Não obstante a Carta Magna ter estabelecido normas de direito fundamental às crianças e aos adolescentes, o paradigma da proteção integral foi sistematizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que previu medidas protetivas e de caráter preventivo de modo a abranger também, ameaça ou violação a algum direito previsto no Estatuto, "por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, em razão de sua conduta", é o que dispõe o artigo 98 da referida Lei[9].

[8] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

[9] "Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta". BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

O paradigma da proteção integral possui importantes princípios que norteiam e embasam todo o sistema de atendimento, a saber: o princípio da corresponsabilidade, o princípio do melhor interesse, da condição peculiar e da prioridade absoluta. São princípios constitucionalmente assegurados, a teor do que descreve o artigo 227, da Constituição Federal de 1988[10].

A partir do princípio da corresponsabilidade, o dever de garantir e zelar pelo bem estar de crianças e adolescentes, bem como da prevenção a qualquer tipo de "negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão"[11] foi diluído entre família, sociedade e Estado, para garantir a efetiva garantia de seus direitos fundamentais, levando em consideração a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

O princípio da prioridade absoluta impõe ao Poder Público que atue com primazia no que concerne à criação e implementação de políticas públicas, serviços ou programas para atender às necessidades de crianças e adolescentes. Isso significa que caso seja necessária uma escolha por parte da Administração Pública entre a construção de um abrigo para idosos e uma creche, o administrador deve optar obrigatoriamente em favor da segunda opção, uma vez que o princípio da prioridade dos idosos é matéria infraconstitucional (Lei n. 10.741/2003), enquanto que a prioridade de crianças e adolescentes é princípio constitucional[12].

Quanto ao princípio do melhor interesse, este já tinha previsão no Código de Menores de 1979, porém era aplicado somente às crianças e adolescentes que se encontravam em situação irregular. Com o paradigma da proteção integral

[10] "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

[11] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

[12] MACIEL, Kátia Regina. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos.* 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 57, 2018.

insculpido no artigo 227, da Constituição Federal de 1988, bem como no Estatuto da Criança e Adolescente, a aplicação deste princípio passou a abranger todas as crianças e adolescentes. Se a aferição do melhor interesse era somente na perspectiva do adulto, na atual normatização, o melhor interesse levará em consideração a manifestação da criança e do adolescente.

Trata-se de um princípio que deve orientar a garantia efetiva dos direitos fundamentais, de maneira a possibilitar que as decisões tomadas nas esferas do Poder Público que envolvam a aplicação do ECA, sejam substancialmente realizadas levando em consideração a condição peculiar e naturalmente vulnerável das crianças e dos adolescentes. Não significa dizer que a decisão será baseada no que é melhor para a criança, mas sim no que assegura de forma mais adequada a proteção de direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento[13].

No que toca ao princípio da condição peculiar, este decorre do texto constitucional e está previsto no artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal de 1988[14]. O artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente deixa evidente que "na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento". Sendo assim, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento permite que o Estado, a sociedade e a família compreendam e atendam as necessidades físicas, emocionais e sociais das crianças e dos adolescentes de maneira a materializar o processo de desenvolvimento humano destes indivíduos.

[13] MACIEL, Kátia Regina. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, p.57, 2018.

[14] "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade" BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

Orientados pelos princípios do paradigma da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a descentralização político-administrativa e conferiu ao Município autoridade para executar as ações políticas de atendimento previstas no artigo 87 da Lei, que são as seguintes: "políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem, serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão, serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos, proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente" [15]. Ou seja, o Estatuto preocupou-se em assegurar por meio de uma política de atendimento, a efetividade dos direitos fundamentais da infância-adolescência.

As funções exercidas pelo Juiz também obtiveram mudanças substanciais. Se antes no paradigma da situação irregular o juiz (juiz de menores, como era chamado), poderia atuar de ofício na proteção e regularização da situação de crianças e adolescentes, o paradigma da proteção integral estabeleceu parâmetros para a atuação do magistrado. Nesse sentido, os artigos 148 e 149[16] do ECA não

[15]"Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: I - políticas sociais básicas; II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências; III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos" BRASIL. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

[16]"Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo; III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; IV - conhecer de ações civis fundadas

conferem atuação *ex officio* aos juízes da infância e da juventude, este papel passou a pertencer aos Conselhos Tutelares.

Sem dúvida, houve uma significativa mudança no quadro do tratamento a crianças e adolescentes, no que concerne ao paradigma da proteção integral. Mais do que transformação normativa, o advento da Constituição Federal de 1988, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente, romperam com à marginalização feita às crianças e adolescentes, conferindo-lhes a condição de sujeitos de direitos fundamentais, cabendo à família, à sociedade e ao Estado assegurarem esses direitos com absoluta prioridade.

2.2 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança é um instrumento normativo, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e oficializado como lei internacional no ano seguinte. Seu objetivo é

em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209; V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis; VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente; VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis. Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda; c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder poder familiar; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; g) conhecer de ações de alimentos; h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito.

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: a) estádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão. II - a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: a) os princípios desta Lei; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de freqüência habitual ao local; e) a adequação do ambiente a eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo. § 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral". BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

conceder à criança, compreendida entre as pessoas até 18 (dezoito) anos[17], o *status* de sujeito de direito.

A Convenção criou um marco histórico no que concerne à visão jurídica e social da criança. A partir da Convenção, foi conferida à criança todos os direitos previstos em instrumentos internacionais anteriores, a exemplo da Declaração dos Direitos Humanos, bem como a Declaração dos Direitos da Criança que também reconheceu a a criança como um sujeito especial e de direito, a teor do seu preâmbulo: "a criança, em virtude de sua falta maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento"[18].

Essa Convenção é o instrumento de direitos humanos mais reconhecido em toda a história, sendo ratificada por atualmente, 196 países[19]. A maioria das ratificações aconteceu nos 10 (dez) anos subsequentes à sua aprovação, o que não é comum quanto aos demais tratados internacionais.

Apenas os Estados Unidos não ratificaram essa Convenção, somente a assinaram[20]. Isso porque o conteúdo de certos artigos da Convenção, especialmente o artigo 37, alínea "a",[21] no que se refere a proibição da pena de morte e prisão

[17]"Art.1 Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes" FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.html. Acesso em: 10 abr. 2018.

[18] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html. Acesso em: 14 abr. 2018.

[19] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.html. Acesso em: 14 abr. 2018.

[20] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.html. https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html. Acesso em: 18 out. 2018.

[21]"Art. 37 Os Estados Partes zelarão para que: a) nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de 18 anos de idade;" FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.html. Acesso em: 10 mai. 2018.

perpétua aos menores de 18 (dezoito) anos, não se coaduna com as normas jurídicas do país.

Várias foram as inovações normativas trazidas pela Convenção com relação ao tratamento da criança e do adolescente. De acordo com a Convenção, nenhuma criança pode ser discriminada de forma a ser prejudicada, em razão de cor, raça, etnia, crença, etc. Essa proteção também abarcou os pais ou representantes legais, como determina o seu Artigo 2: "Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares" [22].

Esse instrumento normativo garante às crianças e adolescentes, a plena participação na sociedade, devendo ser levado em consideração sua opinião nas situações que lhe dizem respeito, inclusive para aquelas portadoras de necessidades especiais.

Quanto ao melhor interesse da criança a Convenção destacou em vários artigos, a necessidade de os Estados Partes contribuírem para o bem estar máximo da criança, no que concerne às decisões realizadas pelas instituições de um país.

A Convenção trouxe os direitos fundamentais à criança, quais sejam: direito à vida, à igualdade, à liberdade, à integridade física e moral, direito à privacidade, à honra, à imagem e direito de expressão, manifestação de pensamento, sem qualquer discriminação, e principalmente, o direito à educação[23].

[22] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.html. Acesso em: 10 abr. 2018.

[23] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.html. Acesso em: 10 abr. 2018.

Os valores e princípios desta Convenção nortearam a redação do artigo 227 da Constituição Federal de 1988[24] e a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Dessa forma, o artigo 227 do texto constitucional descreve os direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se o direito à educação. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia com a Constituição Federal e com a Convenção das Nações Unidas de 1989, especificam as garantias para a efetividade desses direitos e responsabilidades.

2.3 Direito à educação como direito fundamental

Primeiramente, é importante destacar o conceito de direitos fundamentais. De acordo com Robert Alexy, são considerados como aqueles que possuem como características a universalidade, a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, sendo estes atinentes à própria pessoa humana[25].

Nesse sentido, os direitos fundamentais compõe de forma basilar a ética do sistema jurídico de um Estado, sendo consagrados em suas Constituições. São, portanto, direitos intrinsicamente ligados à dignidade da pessoa humana, com base em sua liberdade.

A doutrina reconhece três gerações de direitos fundamentais, porém uma geração não exclui a outra. Tais direitos convivem em sintonia e harmonia. Assim, podem ser divididas em direitos individuais, direitos sociais e direitos de fraternidade.

[24] "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08/04/2018.

[25] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros Editores, p. 35, 2008.

Os direitos individuais e políticos constituem os direitos de primeira geração, os quais impõem limites ao Estado, no que concerne à liberdade individual de cada pessoa, garantindo-lhes direitos de defesa[26].

Os direitos de segunda geração englobam os direitos sociais, econômicos e culturais, que objetivam a diminuição de desigualdades socais, e a consequente promoção da plena dignidade da pessoa humana. Por fim, a terceira geração de direitos fundamentais são os chamados direitos difusos e coletivos[27].

O direito à educação constitui um dos sociais e, dessa forma, é considerado como parte da segunda geração. Todavia, a ele foi atribuída características jurídicas capazes de diferenciá-lo de outros direitos fundamentais, mas mantendo sua natureza da universalidade, igualdade e indisponibilidade.

Os titulares do direito à educação, bem como seus sujeitos passivos, possuem obrigações recíprocas, no que tangem a seu cumprimento. O indivíduo possui um crédito com relação à coletividade, e esta possui o direito de exigí-lo, caracterizado assim, um sistema de solidariedade. O Estado deve garantir o acesso à educação, a família deve promover seu acesso e cabe à sociedade seu incentivo e colaboração.

Cumpre ressaltar que o direito à educação decorre dos princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, contudo, vai além do plano individual de realização pessoal do indivíduo. As consequências do oferecimento e o pleno exercício do direito à educação atingem de forma positiva o sujeito deste direito, bem como a toda a sociedade.

Nesse sentido, o direito à educação é capaz de inserir a pessoa em um contexto social, o que possibilita sua vida em sociedade, promove os direitos humanos e traz uma efetiva participação política dos indivíduos, contribuindo para o

[26] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros Editores, p. 39, 2008.
[27] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 40, 2008.

desenvolvimento de uma coletividade. Sendo assim, o interesse público e o interesse particular estão intimamente ao direito à educação[28].

Diferentemente dos outros direitos sociais, o direito à educação básica, que no Brasil inclui a Educação Infantil, o Ensino Fundamental e o Ensino Médio[29], é direito público subjetivo e é compulsório no Brasil. Ainda, é de competência privativa da União estabelecer as diretrizes e bases da educação, nos termos do artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988[30].

A educação no ordenamento jurídico pátrio tem por objetivo o "pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", conforme preconiza o artigo 205 da Constituição Federal[31]. Além do texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma esses objetivos, bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu artigo 1º que determina "a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais"[32].

Esses objetivos da educação estão em sintonia com os 4 (quatro) pilares da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura)

---

[28] MACIEL, Kátia Regina. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos.* 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 58, 2018.

[29] "Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio". BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

[30] "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (..) XXIV - diretrizes e bases da educação nacional" BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2018.

[31] "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2018.

[32] BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

apontados no relatório Jacques Delors, quais sejam: aprender a conhecer, para que usufruir das oportunidades obtidas através da educação; aprender a fazer, com o objetivo de alcançar não somente a ascensão profissional, mas também o crescimento pessoal; aprender a conviver a fim de conduzir e administrar eventuais conflitos em sociedade e, por fim, aprender a ser, para que a personalidade e capacidade se desenvolvam da forma mais adequada de forma a possibilitar maior "autonomia, discernimento e responsabilidade pessoal"[33].

Nessa linha, Cury reconhece que o desenvolvimento pleno que a educação proporciona à criança e ao adolescente visa, também, incorporar valores que vão além do conhecimento científico e tem como finalidade o convívio social. No mesmo sentido, ele reitera que "a idéia de desenvolvimento do educando nestas etapas que formam um conjunto orgânico e seqüencial é o do reconhecimento da importância da educação escolar para os diferentes momentos destas fases da vida e da sua intencionalidade maior já posta no art. 205 da Constituição Federal".[34]. As diretrizes que orientam o direito à educação estão previstos no artigo 206 da Constituição Federal de 1988[35].

De acordo com o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal de 1988, dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, a educação básica é obrigatória, gratuita e

[33] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Educação: um tesouro a descobrir*. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590por.pdf. Acesso em: 18 out. 2018.

[34] CURY, Carlos Roberto. *Educação escolar e educação no lar: Espaços de uma polêmica*, 2006. Disponível em: https://www.cedes.unicamp.br/. Acesso em: 20 jun. 2018.

[35] Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2018.

constitui dever do Estado a sua efetiva prestação. Ressalte-se que sua oferta gratuita também deve ser assegurada pelo Estado a todos que não tiveram o acesso à educação básica na idade própria (dos 4 aos 17 anos)[36].

A partir das diretrizes constitucionais do direito à educação, é possível extrair a preocupação do constituinte com o desenvolvimento de demasiadas capacidades que o ensino possibilita. Sendo assim, a educação é um dos direitos mais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, e possui um valor inegável tanto para o indivíduo, quanto para a sociedade. O direito fundamental à educação possibilita a abertura de novos horizontes e novas formas de questionamentos, o que beneficia, portanto, toda uma nação.

3 O ENSINO DOMICILIAR

O *homeschooling*, termo em inglês utilizado para definir o ensino domiciliar, é uma forma alternativa do exercício à educação das crianças. De acordo com a Associação Nacional de Educação Domiciliar, o ensino domiciliar é uma modalidade de educação, na qual o controle total do processo de aprendizagem dos educandos é de responsabilidade exclusiva dos pais ou responsáveis[37].

Essa associação destaca para o que não é considerada educação domiciliar, que não é, dentre outras coisas: "um método de ensino, a utilização de um material didático específico; o simples ato de tirar uma criança da escola; uma ideologia/filosofia fechada; foco no conteúdo; [..]"[38].

Ainda segundo a ANED, o ensino domiciliar possui três características fundamentais. São elas: educação integral, que consiste na responsabilização dos

[36]"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...]" BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2018.

[37] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Conceito*. Disponível em: https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-conceito. Acesso em: 20 mar. 2018.

[38] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Conceito*. Disponível em: https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-conceito. Acesso em: 20 mar. 2018.

pais pelos elementos da educação dos filhos para além do conhecimento acadêmico; a educação em todo o tempo, a qual se baseia no ensino fora do âmbito domiciliar. Quanto àquela última, a Associação de Educação familiar explica que "tudo pode ser uma oportunidade de aprender" [39].

A última característica da educação domiciliar é o "treino para aprendizado", a qual se traduz em proporcionar às crianças autonomia de pensamento, possibilitando a elas o pensamento lógico e crítico e não somente a assimilação dos conteúdos extensos.

A ideia do ensino domiciliar teve início nos 1960 e 1970 nos Estados Unidos com as reformas da educação pública norte-americana. O precursor destes movimentos foi o escritor Paul Goodman, que criticava a obrigatoriedade da frequência escolar, e considerava como "superstição de massa"[40].

Todavia, quem deu voz ao movimento da educação domiciliar nos Estados Unidos foi o professor John Holt, que publicou o primeiro livro em defesa ao *homeschool* no ano de 1976, chamado *Instead Of Education: Ways to Help People do Things Better*[41].

Holt dizia que a educação compulsória era "insuportável e anti-humano negócio de moldar pessoas". O educador também afirma que a escolaridade obrigatória é uma "tirania e um crime contra a mente e o espírito humanos".

Devido ao crescente número de famílias que começaram a aderir o ensino doméstico em razão do aumento de violência nas escolas e consequentemente, a insatisfação dos pais com as instituições de ensino, foi criada nos Estados Unidos, no

[39] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Conceito*. Disponível em: https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-conceito. Acesso em: 20 mar. 2018.
[40] VIEIRA, André de Holanda Padilha. *Escola? Não, obrigado: Um retrato da homeschooling no Brasil.* 2012. Monografia (graduação) Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.
[41] VIEIRA, André de Holanda Padilha. *Escola? Não, obrigado: Um retrato da homeschooling no Brasil.* 2012. Monografia (graduação) Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.

ano de 1983, a *Home School Legal Defense Association* (HSLDA), principal associação em defesa da educação domiciliar[42].

O objetivo inicial dessa associação era defender por meios jurídicos as famílias que optaram por educar seus filhos em casa, tendo em vista que à época, o *homeschooling* não era legalizado nos Estados Unidos e tais famílias sofriam ações judiciais em razão desta escolha[43].

De acordo com dados da ANED[44], atualmente a educação domiciliar é permitida ou já possui regulamentação específica em mais de 60 países[45].

3.1 O Ensino Domiciliar no Brasil

Diferentemente do que se espera o ensino doméstico não é uma inovação no Brasil. Acredita-se que durante o século XIX, o número de pessoas adeptas ao ensino doméstico era maior do que os que frequentavam as instituições de ensino regulares[46].

Em seu livro *"A Casa e seus mestres. A educação no Brasil de Oitocentos"*, a Professora Dra. Maria Celi Chaves Vasconcelos aborda várias questões sobre a origem da educação domiciliar no Brasil, inicialmente por meio da Igreja Católica. Nesse sentido, o fundamento da doutrina da Igreja era a leitura, pregação e interpretação bíblica, portanto, era necessário saber ler, escrever, aprender sobre teologia e oratória.

---

[42] HOME SCHOOL LEGAL DEFENSE ASSOCIATION (HSLDA). *About.* Disponível em: https://hslda.org/content/about/. Acesso em: 20 mai. 2018.

[43] HOME SCHOOL LEGAL DEFENSE ASSOCIATION. *About.* Disponível em: https://hslda.org/content/about/. Acesso em: 20 mai. 2018.

[44] "A ANED – Associação Nacional De Educação Domiciliar – é uma instituição sem fins lucrativos, fundada no ano de 2010, por iniciativa de um grupo de famílias". ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Quem somos.* Disponível em: https://www.aned.org.br/pages. Acesso em: 15 mai. 2018.

[45] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Conceito.* Disponível em: https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-conceito. Acesso em: 15 mai. 2018.

[46] VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. *A casa e os seus mestres: a educação no Brasil de Oitocentos*. Rio de Janeiro: Gryphus, p. 12, 2005.

A partir do século XIX, a educação atingiu relevância no Brasil e aqueles que podiam oferecê-la aos seus filhos, optavam pela educação domiciliar. Isso porque, o ensino não era limitado a conhecimentos técnicos e científicos, mas preocupava-se com jovens plenamente formados. Sendo assim, durante a primeira metade do século XIX, ser ensinado em casa era privilégio das famílias pertencentes às elites econômicas e políticas, da forma que "mesmo à medida que a escola se instituía e se 'afirmava em sua legitimidade, a educação doméstica continuava como um diferencial das classes mais favorecidas"[47].

Durante o século XIX, o ensino doméstico não era mais restrito às elites, mas outras camadas da sociedade também fizeram a escolha pela educação domiciliar como forma de preencher as lacunas deixadas pela ausência de escolaridade[48].

Sendo assim, com o crescente número de pessoas da sociedade que estavam recebendo instrução escolar em casa, o Estado Imperial dá início a escolarização pública e obrigatória. O fundamento era no sentido de que o espaço escolar público era capaz de promover a igualdade na educação em todas as esferas da sociedade[49].

Para tanto, o Estado acreditava que era necessário a criação de espaços específicos para que a tutela educacional fosse prestada de forma neutra, "adequadas às perspectivas do Estado e marcasse, definitivamente, a diferença entre a educação privada realizada na casa e a instrução pública tutelada pelo Estado Imperial.[50]"

Portanto, devido a imposições estatais para a instituição de ensino público, as escolas foram ganhando espaços e a legitimidade do ensino doméstico começa a ser questionada e passa a limitar-se à educação primária e, após, perde a batalha para

[47] VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. *A casa e os seus mestres: a educação no Brasil de Oitocentos*. Rio de Janeiro: Gryphus, p. 15, 2005.
[48] VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. *A casa e os seus mestres: a educação no Brasil de Oitocentos*. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.
[49] VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. *A casa e os seus mestres: a educação no Brasil de Oitocentos*. Rio de Janeiro: Gryphus, p. 16, 2005.
[50] VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. *A casa e os seus mestres: a educação no Brasil de Oitocentos*. Rio de Janeiro: Gryphus, p. 23, 2005.

educação estatal. Todavia, a educação domiciliar permanece de forma simultânea à oferecida pelo Estado[51].

É importante ressaltar que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a prática do ensino domiciliar era reconhecida pelo Estado, assim, era considerada juridicamente legal.

3.2 O tratamento normativo ao ensino domiciliar no Brasil

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o cenário da educação domiciliar obteve mudanças substanciais. Se anteriormente, tivemos legislação regulamentando o ensino doméstico, após a CF de 1988, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996), a legislação trata, apenas, do ensino estatal obrigatório.

Como já salientado, o artigo 205 da Constituição Federal de 1988 prevê que "a educação, direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". A fim de alcançar esses objetivos, o artigo 208 dispõe sobre as obrigações do Estado em relação ao ensino fundamental[52].

Em harmonia com o princípio da correponsabilidade, o artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e o artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação disciplinam que os pais ou responsável tem a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

---

[51] VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. *A casa e os seus mestres: a educação no Brasil de Oitocentos*. Rio de Janeiro: Gryphus, p. 27, 2005.

[52] "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...] § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

Quanto à efetividade do direito à educação e a instituição escolar, o artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, determina que "esta lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias" (LDB, 1996).

Observa-se que, tendo em vista o vazio legislativo sobre o ensino domiciliar, os defensores dessa modalidade, bem como seus críticos, se utilizam de técnicas interpretativas das normas já existentes para apoiar ou não o ensino doméstico.

Aos que pugnam pela inviabilidade da educação domiciliar, argumentam a literalidade do artigo 6º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o qual determina que "é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade."

Além do artigo 6º da LDB, também apresentam como fundamento o artigo 129, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual determina que "são medidas aplicáveis aos pais ou responsável: (..) V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar".

Os críticos à metodologia do ensino domiciliar incumbem aos pais a sanção de abandono intelectual prevista no artigo 246, do Código Penal, para aqueles que deixam de efetuar a matrícula dos filhos nas instituições de ensino oficiais[53].

Por outro lado, os defensores da legalidade da educação domiciliar utilizam-se da interpretação extensiva da Constituição Federal de 1988, alegando, em primeiro lugar, o pilar do princípio da legalidade[54], que afirma ser lícita as condutas não proibidas expressamente em lei. Sustentam que a educação na forma prevista no

[53] "Art. 246 – Deixar, sem justa causa, de provas à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa". BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

[54] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

texto constitucional e na referida legislação infraconstitucional, não se limita somente a instrução técnica ou científica, mas na integralidade do desenvolvimento intelectual e pessoal do indivíduo.

Os adeptos da educação em casa afirmam que a Constituição Federal aduz que a família é a base da sociedade e reconhece, por seu turno, a sua primazia sobre as demais organizações sociais, inclusive o Estado. Acrescentam como base legal o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos[55] e o artigo 1634, inciso I do Código Civil Brasileiro[56].

Netto[57], afirma que, com relação ao ensino doméstico, a obrigação de prover a educação aos filhos deve ser compartilhada entre a família e o Estado. Contudo, assevera que a obrigação principal compete aos pais, uma vez que é dever do Estado e da família promover a educação e ao Estado compete a garantia do bem estar da família. Portanto, a manifestação da vontade na relação privada familiar deve prevalecer sobre os métodos de utilização para a promoção do ensino.

Com relação à exigência de frequência das crianças à escola prevista na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional[58], sustenta

[55]"Art. 26 (Educação) 1.Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais. E deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 10 jun. 2018.

[56]"Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação". BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 mai. 2018.

[57] NETTO, Franciulli Domingos. *Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do Ensino Fundamental em casa pela família*, 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627. Acesso em: 17 mar. 2018.

[58]"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola" BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 nov. 2018.

Netto que este requisito somente pode ser exigido nos casos em que a educação é prestada diretamente pelo Estado, ou seja, em instituições de ensino próprias.

A LDB, em seu artigo 24, inciso II, alínea c, prevê a possibilidade de a instituição realizar um teste de nivelamento ao indivíduo que nunca frequentou a escola, a fim de enquadrá-lo na série mais adequada do ensino fundamental. Dessa forma, se qualquer cidadão pode começar o ensino fundamental a qualquer tempo, desconsiderando sua escolarização anterior, nada pode obstar uma avaliação apenas periódica.

Portanto, aos defensores da educação domiciliar, o que deve prevalecer é o princípio do primado da família em sobreposição ao Estado, que deve respeitar a liberdade de ensinar e aprender especificados na própria Constituição Federal.

Quanto aos documentos legislativos sobre o tema, de 1994 até o ano de 2017, foram apresentados à Câmara dos Deputados oito Projetos de Lei e uma Proposta de Emenda Constitucional que visaram a regulamentação do ensino domiciliar.[59]

Em 1993, o ex-Congressista João Teixeira solicitou à Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados um estudo aprofundado sobre o ensino domiciliar e sua possível aplicabilidade no Brasil. Seis meses depois, já no ano de 1994, apresentou o primeiro Projeto de Lei (PL nº 4657/94) que versava sobre a educação no âmbito domiciliar no Brasil[60].

O conteúdo do PL criava o ensino domiciliar de primeiro grau, determinando que o aluno fosse avaliado pela escola estadual anualmente, bem como que o currículo acadêmico observasse às normas do Ministério da Educação (MEC). Ainda

---

"Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola". BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm. Acesso em: 02 nov. 2018.

[59] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Histórico*. Disponível em: https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-direito/ed-dir-historico. Acesso em: 15 mai. 2018.

[60] BOUDENS, Emile. *Ensino em casa no Brasil*, 2002. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicashtml. Acesso em: 22 mar. 2018.

em 1994, por votação unânime, o Projeto de Lei foi rejeitado e em seguida, arquivado.

Após vários Projetos de Leis que versavam sobre a educação domiciliar terem sido propostos ao longo dos anos[61], o último Projeto de Lei (PL nº 3179/12), ainda em andamento, foi apresentado em 2012 pelo deputado Lincoln Portela (PRB/MG).

O PL acrescenta parágrafo ao artigo 23 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) e dispõe sobre a possibilidade do ensino doméstico ser ofertado na educação básica[62].

Ainda no ano de 2012 foi criada uma Frente Parlamentar e a Associação Nacional de Educação Domiciliar passou a atuar junto à Comissão de Educação na Câmara. Em dezembro de 2014, o PL foi colocado em pauta para julgamento e, após o pedido de vista dos Deputados Artur Bruno (PT/CE) e Fátima Bezerra (PT/RN), a votação foi suspensa. No ano seguinte, em 2015, o Deputado Eduardo Bolsonaro apresentou o Projeto de Lei nº 3261/15 o qual foi apensado ao PL original (PL nº 3179/12).

No ano de 2016, o PL foi novamente colocado em pauta para votação, com parecer favorável apresentado pela relatora Deputada Professora Dorinha Seabra Rezende (DEM/TO). O voto da Deputada foi no sentido de considerar o termo frequência em um sentido amplo e reconhecer dois regimes de estudos, o presencial

[61] PL's nº 6001/01, nº6484/02, nº 1125/03, nº 3518/08, nº 4122/08. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Histórico*. Disponível em: https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-direito/ed-dir-historico. Acesso em: 22 mar. 2018.

[62] "Art. 1º O art. 23 da Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:"Art.23. § 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais". Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação." Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3DE1699B027C334E9B284F1979619A3C.proposicoesWebExterno1?codteor=963755&filename=PL+3179/2012. Acesso em: 10 mar. 2018.

e o domiciliar, sendo este último também fiscalizado pelo órgão educacional competente[63].

Ocorre que, em 2016 o Projeto foi retirado de pauta novamente e dessa vez, sem previsão para retornar a julgamento. Isso porque, de acordo com a ANED, a Associação solicitou à relatora que aguardasse o julgamento de mérito do RE nº 888.815 pelo Supremo Tribunal Federal[64].

4 O CASO DO ENSINO DOMICILIAR (RE Nº 888.815)

Uma família do Município de Canela, no Rio Grande do Sul, insatisfeita com o sistema de ensino, representando os interesses de sua filha (à época menor impúbere), impetrou mandando de segurança contra ato da Secretaria Municipal de Educação de Canela/RS no ano de 2012, pleiteando a concessão de ser educada em casa, pelo regime do ensino domiciliar[65].

A Secretaria Municipal de Educação negou o pedido, com fundamento no parecer do Conselho Municipal de Educação, com base na Lei de Diretrizes e Bases

[63]"[...] O conceito de frequência à escola pode ser entendido de maneira ampla, dependendo do que estiver fixado na legislação infraconstitucional. No caso, a legislação de diretrizes e bases da educação nacional. Pode a frequência ser estabelecida em termos de obrigação de presença na escola ao longo de todo o período letivo; em termos de um percentual mínimo de presença e máximo de faltas; em termos de períodos de alternância, com duração variável; ou mesmo em termos de formas diferenciadas de articulação presencial com a escola de acordo com processos de orientação pedagógica e de avaliação especificamente estabelecidos. Nessa última alternativa, pode ser aceita a hipótese de inserir a chamada educação domiciliar. Ela não poderá, porém, jamais prescindir de uma efetiva articulação e supervisão por parte da instituição escolar oficialmente constituída. [...] Não parece necessário reescrever o art. 55, pois, de todo modo, a ideia é a de que haja matrícula na rede regular de ensino, independentemente do regime de estudos. Já a mudança de texto do art.129 pode ser adotada, embora de modo mais simplificado, para que se caracterize a diferenciação entre os dois regimes: presencial e domiciliar". Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3DE1699B027C334E9B284F1979619A3C.proposicoesWebExterno1?codteor=1508468&filename=Tramitacao-PL+3179/2012. Acesso em: 10 mar. 2018.

[64] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Histórico*. Disponível em: https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-direito/ed-dir-historico. Acesso em: 31 mai. 2018.

[65] O histórico processual encontra-se nas peças disponíveis para a consulta pública aos autos eletrônicos do RE n. 888.815/RS no sítio do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. RE nº 888.815/RS. Plenário. Recorrente: VD representada por MPD. Recorrido: Município de Canela. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Brasília, 25 de setembro de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632. Acesso em: 20 mai. 2018.

da Educação Nacional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, recomendando-se a matrícula imediata na rede regular de ensino.

Segue o inteiro teor das decisões do Conselho Municipal de Educação de Canela/RS, bem como da Secretaria Municipal de Educação:

> Senhora Secretária:
>
> Conforme solicitação de Parecer por parte desta Secretaria e análise do pedido do Senhor M.P.D, para educar sua filha V.D, no Sistema de Ensino Domiciliar, o Conselho Municipal de Educação, considerando o que diz o Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 55, *"Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino"*, e conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, *Art. 6º, "É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental",* **emite parecer desfavorável a este método de ensino por considerar que o mesmo não se encontra regulamentado no Brasil.**
>
> Prezado Senhor:
>
> Em resposta a sua solicitação de educar sua filha, no Sistema de Ensino Domiciliar, esta Secretaria, conforme decisão do Conselho Municipal de Educação e amparada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Estatuto da Criança e do Adolescente, **orienta para a imediata matrícula de V.D na rede regular de ensino, assim como o compromisso com a frequência escolar. (grifo nosso).**

O Juízo de Primeiro Grau da Comarca de Canela indeferiu a inicial do Mandado de Segurança, por inépcia da inicial, visto ser caso de pedido juridicamente impossível.

O Juiz de Direito Franklin de Oliveira Netto, juiz prolator da sentença, firmou entendimento no sentido de que uma criança que não frequenta a escola, não possui condições de respeitar as diferenças e consequentemente, se tornará um cidadão intolerante.

> O convívio em sociedade implica respeitar as diferenças que marcam a personalidade de cada indivíduo. Em tenra idade, a escola é o primeiro núcleo em que a pessoa se vê diante dessas diferenças. Há contato com colegas de diferentes religiões, cor, preferência musical, até de nacionalidades distintas, etc.

> **O mundo não é feito de iguais.**
>
> **Uma criança que venha a ser privada desse contato possivelmente terá dificuldades em aceitar o que lhe é diferente. Não terá tolerância com pensamentos e condutas distintos dos seus. (grifo nosso)**
>
> A escola é um ambiente de socialização essencial na formação dos indivíduos. Nela se aprende a conviver com o outro, desenvolvendo-se a alteridade necessária à vida em sociedade.

Em face da r. sentença, foi interposta Apelação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O recurso foi desprovido por unanimidade de votos dos Desembargadores, que entenderam não haver direito líquido e certo no pedido da recorrente, conforme ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO SISTEMA EDUCACIONAL DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA. Inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, **não há no caso direito líquido e certo a ser amparado na estrita arena do *mandamus***. Manutenção do indeferimento da segurança. (grifo nosso)
>
> APELAÇÃO DESPROVIDA.

4.1 A repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 888.815/RS

No ano de 2015, foi interposto Recurso Extraordinário com pedido de reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que ficou sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Conforme andamento processual no *site* do Supremo Tribunal Federal[66], no dia 15/06/2015, foi publicada a decisão que reconheceu a repercussão geral da demanda, reputando constitucional a questão, com a seguinte ementa:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

[66] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário.* RE nº 888.815/RS. Plenário. Recorrente: VD representada por MPD. Recorrido: Município de Canela. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Brasília, 25 de setembro de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632. Acesso em: 30 mai. 2018.

> Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar *(homeschooling)* pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988. 2. Repercussão geral reconhecida.

O Ministro Luís Roberto Barros afirmou em seu voto que o caso em questão não se limita aos interesses subjetivos das partes. Destacou ainda, os dados da ANED que comprovaram que, após o reconhecimento do MEC da possibilidade de utilizar o desempenho na prova do ENEM como certificação de conclusão do ensino médio, o número de adeptos ao ensino domiciliar no Brasil dobrou e chegou a 2.000 famílias[67].

O Ministro acrescentou dados levantados pelo sociólogo André Holanda Padilha Vieira, que foram levados em audiência publicada na Câmara dos Deputados em 12/06/2013, durante a tramitação do Projeto de Lei para regulamentar o ensino doméstico, os quais determinam que a educação em casa é permitida em pelo menos 63 países no mundo, e que os pais que educam seus filhos em casa gastam, em média, R$183,00 por mês com o ensino domiciliar[68].

Em 2016, a Associação Nacional de Ensino Domiciliar, apresentou petição ao STF requerendo a suspensão dos processos que versavam sobre a matéria do ensino domiciliar em andamento no Judiciário de todo o país.

O Ministro Relator deferiu o pedido e determinou a suspensão "do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, nos termos do art. 1035, § 5º do CPC/2015 e do art. 328 do RISTF".

---

[67] Segundo dados da ANED, atualmente são mais de 5 (sete) mil famílias educando seus filhos em casa. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). *Histórico*. Disponível em: https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-historico. Acesso em: 30 mai. 2018.

[68] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário.* RE nº 888.815/RS. Plenário. Recorrente: VD representada por MPD. Recorrido: Município de Canela. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Brasília, 25 de setembro de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632. Acesso em: 30 mai. 2018.

4.2 O Julgamento de mérito do Recurso Extraordinário nº 888.815/RS (Homeschooling)

No dia 10 de setembro de 2018, iniciou-se o julgamento de mérito do Recurso Extraordinário nº 888.815/RS, que versa sobre a licitude do ensino domiciliar. A sessão plenária teve início com o voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que proferiu voto favorável à prática do ensino domiciliar[69]. O Ministro inaugurou seu voto afirmando que a questão do ensino domiciliar compreende duas importantes questões.

A primeira consiste em: "Podem os pais ou responsáveis por uma criança, optarem por ensino domiciliar para a educação dos filhos, ou a Constituição Federal exige a matrícula em instituição de ensino oficial?". A segunda indagação feita pelo Ministro foi no seguinte sentido: "No caso de admitir a educação domiciliar, quais são os requisitos e obrigações a serem observados, considerando que não há uma lei específica que regule o ensino domiciliar?".

O Ministro afirmou que não há uma norma constitucional que regule o tema de maneira específica e que, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 trata apenas do ensino oficial, possibilita leituras diversas que podem levar a interpretações divergentes acerca do homeschooling.

Nesse sentido, o Ministro Relator alegou três pré-compreensões em relação ao seu raciocínio. O primeiro deles diz respeito à extensão do Estado brasileiro, porém com extrema ineficiência, que realiza políticas públicas de forma inadequada e sem qualquer tipo de monitoramento. Expôs, também, os resultados da Prova Brasil[70] do ano de 2017 divulgados esta semana (mês de setembro) que avalia a

[69] Conforme andamento processual do RE 888.815/RS em consulta ao *site* do Supremo Tribunal Federal (http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632), o acórdão do referido recurso ainda não foi publicado. Sendo assim, os votos dos Ministros foram transcritos e resumidos a partir da sessão plenária que teve início no dia 10/09/2018, transmitida pela TV Justiça, com vídeo disponibilizado no canal do *Youtube* do Supremo Tribunal Federal (https://www.youtube.com/watch?v=q0PxmMJ1H9I).

[70] "A Prova Brasil e o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (Saeb) são avaliações para diagnóstico, em larga escala, desenvolvidas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep/MEC). Têm o objetivo de avaliar a qualidade do ensino oferecido pelo sistema educacional brasileiro a partir de testes padronizados e questionários socioeconômicos."

educação básica no país. O teste de matemática, apenas 5% (cinco por cento) dos alunos se situam na faixa adequada e em português, somente 1,7%.

Em seguida, o Ministro elencou 7 (sete) motivos pelos quais acredita que os pais ou responsáveis optam pelo ensino domiciliar. São eles: (1) o desejo de conduzir diretamente o desenvolvimento dados filhos; (2) fornecimento de instrução moral, cientifica filosófica e religiosa da forma que os pais considerem mais adequado; (3) proteção da integridade física e mental dos educandos, retirando-os de ambientes agressivos e incapacitantes; (4) descontentamento com a real eficácia da escola; (5) desenvolvimento de um plano de ensino personalizado; (6) crença na superioridade do método do ensino domiciliar; (7) dificuldade de acesso nas instituições de ensino por questões financeiras ou geográficas.

O Ministro destacou a importância da diferenciação entre o *homescooling* e o *unschooling*, este último é a desescolarização por completo, o que acha um comportamento irresponsável. Ademais, destacou que não é tão somente uma importação de um modelo jurídico, mas como tratar de um fato social presente em diversos países, incluindo o Brasil. Posteriormente, apresentou um breve panorama mundial sobre a situação do *homeschooling*.

Ato contínuo enfrentou os argumentos contra o ensino domiciliar. Primeiramente, apontou o artigo 208, §3º, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que têm o seguinte texto:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola. Art. 6o É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Prova Brasil.* Disponível em: http://portal.mec.gov.br/prova-brasil. Acesso em: 19 set. 2018.

Sendo assim, asseverou que o artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação[71] não exclui a possibilidade de outros mecanismo e escolhas por parte dos pais com relação à instrução das crianças. O Ministro também refutou o crime de abandono intelectual[72] como argumento utilizado contra o homeschooling e afirmou que o tipo não se aplica porque os pais de crianças sob o regime do ensino domiciliar estão provendo instrução aos seus filhos, apenas por um método diferente do convencional. Por conseguinte, destacou que a tese do abandono intelectual é infundada, visto que a escolha pela prática do *homeschooling* impõe mais ônus aos pais do que a educação em instituição formal de ensino.

Após, rebateu o argumento apresentado no sentido de que as famílias poderiam negligenciar a formação das crianças a fim de que estas realizassem uma jornada de trabalho, e caso fossem confrontadas, argumentariam falsamente que eles estão sob instrução doméstica. Ressaltou o Ministro que a criança que está no ensino domiciliar, deverá se submeter a exames periódicos e assim vai ser possível verificar se há algum tipo de instrução.

O Ministro Relator apontou o programa Bolsa Família[73] que reputa ser uma política pública de suma importância e destacou que é um benefício condicionado às crianças que estejam na escola e tenham um nível mínimo de frequência. Sendo assim, seria contraditório achar que as famílias mais humildes colocariam seus filhos para trabalhar.

---

[71] "Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. § 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias. § 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social." BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 19 set. 2018.

[72] "Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa." BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19 set. 2018.

[73] "O Programa Bolsa Família, criado pela Lei n° 10.836/04, é um programa de transferência direta de renda que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País". Disponível em: http://www.sedest.df.gov.br/bolsa-familia/. Acesso em: 19/09/2018.

O terceiro argumento ressaltado foi a questão da socialização, o qual acha indispensável à formação das crianças. Porém, de acordo com pesquisas as quais ele obteve acesso, as crianças educadas em casa possuem um desempenho acadêmico superior, como também apresentam um nível de socialização acima da média.

Em seguida, o Ministro defendeu que à luz dos mandamentos constitucionais, o ensino domiciliar se demonstra compatível com a Carta Magna, apesar de possuir normas abstratas sobre o tema. O artigo 206 da CF/1988[74] prevê os princípios da instrução escolar e dentre eles está a liberdade de aprender que, no entendimento do Ministro Relator, é plenamente compatível com a prática do ensino domiciliar.

Ainda, destacou a redação do artigo 227 da CF/1988, o qual determina que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação (..)". Sendo assim, este artigo consubstancia o princípio do melhor interesse da criança e coloca a família na frente do Estado no dever de prover a educação.

Da mesma forma, o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, aduz que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". Portanto, de acordo com o Ministro, não há como se fazer uma leitura desses artigos no sentido de ser vedada a opção dos pais em educar seus filhos em casa.

[74] "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 set. 2018.

O Ministro ressaltou dois importantes atos internacionais, o primeiro é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 26 cuida do direito da educação afirma que os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de educação que será ministrada aos seus filhos. O segundo é o Pacto Internacional sobre os Direitos econômicos, sociais e culturais, que foi internalizado no Brasil, o qual determina que os Estados partes comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais em escolher escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, desde que atenda aos padrões mínimos de ensino mínimos.

O Ministro Luís Roberto Barroso votou pelo provimento do Recurso Extraordinário n. 888815/RS, de modo a conceder o direito da recorrente de ser educada em casa, e fixou parâmetros os quais devem ser observados na escolha pela instrução doméstica. Sendo assim, o Ministrou fixou, em sede de repercussão geral, a constitucionalidade da prática de ensino domiciliar.

Sugeriu para tanto, a regulamentação do *homeschooling* em certos parâmetros, com fundamento no artigo 209 da CF/1988. Primeiramente, os pais e responsáveis que optarem pelo regime da educação doméstica, devem notificar as secretarias municipais de educação para que seja mantido um registro de cadastro das famílias que escolherem educar seus filhos em casa.

Dessa forma, os educandos que forem autorizados a serem ensinados em casa devem ser submetidos às mesmas avaliações periódicas (bimestrais, trimestrais ou semestrais) a que se submetem os demais estudantes de escolas públicas ou privadas, cabendo às secretarias municipais de educação indicar a escola pública em que a criança deverá realizar as avaliações periódicas com preferência aos estabelecimentos mais próximos do local da sua residência.

As secretarias de educação poderão compartilhar as informações do cadastro com as demais autoridades públicas, como o Ministério Público, os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar. Portanto, admite-se o monitoramento de como esteja funcionamento do ensino domiciliar.

Por fim, em caso de comprovada deficiência na formação acadêmica verificada por meio do desempenho nas avaliações periódicas anuais cabe aos órgãos públicos competentes notificarem os pais, e na hipótese em que não haja melhoria do rendimento dos testes periódicos, deverá ser determinada a matrícula das crianças e adolescentes na rede regular de ensino.

O Ministro Alexandre de Moraes inaugurou a primeira divergência no julgamento, e iniciou seu voto afirmando que em uma análise conjunta dos artigos 205, 206, 208, 226, 227 e 229, todos da Constituição Federal de 1988, é possível se verificar que não há uma vedação absoluta ao ensino domiciliar no texto constitucional.

Após, destacou que o artigo 205 da CF/1988 estabelece uma solidariedade entre Estado e família quanto ao dever de prover a educação. Sendo assim, não há preferência entre as duas instituições, ambas devem, conjuntamente atingir a finalidade de ensino de melhor qualidade e, apenas Estados totalitários afastam a família da educação de crianças e adolescentes.

O Ministro destacou também o artigo 208 da Constituição Federal de 1988 que determina a obrigatoriedade do ensino básico, sendo tal obrigação imposta a qualquer instituição pública ou privada, pessoa física ou jurídica que pretenda fornecer o ensino de alguma forma. Não se pode, todavia, excluir a intervenção estatal da educação, pois a própria CF/1988 estabelece um núcleo mínimo curricular, sendo a convivência familiar e comunitária inseridas na educação obrigatória.

Em seguida, ressaltou que a CF/1988 não veda de forma genérica o ensino domiciliar, mas veda três espécies dessa prática, quais sejam, a desescolarização radical, a moderada e o ensino domiciliar puro, que são formas que negam qualquer participação e fiscalização estatal e a fixação de conteúdo básico mínimo. A quarta espécie, o chamado *homeschooling* utilitarista, que permite uma atuação estatal que acompanha a parceria entre estado e família é a única modalidade que a CF/1988 não proíbe, desde que cumpridas as normas gerais de educação.

Em conclusão a seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes acrescentou que não parecer ser possível uma auto aplicabilidade do ensino doméstico sem que se possa se verificar as exigências da CF/1988 e que cabe ao Congresso estabelecer tais regras. Sendo assim, negou provimento ao Recurso Extraordinário em razão de não haver uma prévia regulamentação que preveja os requisitos de frequência, avaliação pedagógica e sociológica.

Posteriormente, o Ministro Edson Fachin proferiu seu voto e destacou que neste caso, trata-se de uma regra infraconstitucional e não a constitucional que exige de forma expressa a matrícula e frequência no ensino. Ressaltou que os pais não podem evocar o direito a liberdade de crença para prover a educação dos filhos que é obrigatória pela Constituição Federal de 1988.

Afirmou que, tendo em vista que não há mora legislativa, não é possível ao Poder Judiciário fixar parâmetros pelos quais toda uma concepção pedagógica possa se ajustar as regras mínimas de garantia de padrão de qualidade e a fiscalização no que tange a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar o pensamento, a arte e o saber, como exige a CF/1988. Ao Judiciário cabe apenas exigir a realização essa política pública obedecendo aos parâmetros constitucionais.

Dessa forma, o Ministro Edson Fachin deu provimento parcial ao Recurso Extraordinário e acompanhou o relator, Ministro Luís Roberto Barroso para reconhecer a legitimidade da pretensão, porque entendeu que não há no texto constitucional norma que impeça, desde que observados os princípios estabelecidos e acolhe a tese que é constitucional o direito de liberdade de educação no recesso do lar. Por outro lado, divergiu do relator quanto ao exercício concreto de tal direito e lançou o apelo ao legislador que discipline a execução e fiscalização do ensino domiciliar no prazo máximo de 1 (um) ano.

A Ministra Rosa Weber iniciou seu voto destacando os artigos 205 e 206 da CF/1988[75] que estabelece como dever dos pais ou responsáveis, zelar pela frequência dos filhos, nos termos do artigo 208 da Carta Magna[76]. Destacou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que impõe a matrícula da criança em educação básica e sustentou que a frequência escolar, de acordo com o contexto infraconstitucional é impositiva.

Por fim, sustentou que o §4º, do artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)[77], prescreve que o ensino fundamental obrigatório deve ser presencial e acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes e negou provimento ao Recurso Extraordinário, pois entende que cabe ao Congresso Nacional disciplinar tal matéria e não ao Judiciário.

Após, o Ministro Luiz Fux, afirmou que a premissa deve diferente, não deve ser se a CF/1988 veda a prática do ensino domiciliar, deve ser se o texto constitucional autoriza tal modalidade. Argumentou que além de o Supremo Tribunal Federal (STF) não ter capacidade institucional para tanto, não há lei regulando o ensino domiciliar, isso porque o parlamento não autoriza, tendo em vista que tem a discussão no parlamento desde o ano de 2015.

---

[75]"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".
"Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (..)".BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

[76]"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...]" BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

[77]"Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: § 4º O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais". BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

Ainda, quis deixar o questionamento no sentido de que os pais que optam pelo ensino domiciliar são pessoas com nível intelectual alto, portanto, indagou o que obsta a criança frequentar a escola e os pais avaliarem se a instituição está ou não oferecendo instrução suficiente e complementar com a solidariedade familiar que a CF/1988 prescreve, uma vez que o ensino domiciliar deve ser complementar e não substitutivo.

Nesse sentido, afirmou que o conteúdo programático no ambiente escolar não afronta a liberdade de crença da criança, opõem-se as crenças dos pais e que não se tem notícia de nenhuma religião que professe a evasão escolar. Destacou o viés socializante da escola, com fundamento no artigo 205 da Carta Magna e citou o julgamento do ensino religioso, porque faltaria capacidade institucional ao Tribunal, visto o artigo 209 da CF/1988[78].

Sendo assim, concluiu que a especificidade do programa de educação brasileiro afasta a necessidade de ensino domiciliar para a preservação de qualquer liberdade, inclusive a religiosa. Tendo em vista que não se impõe a frequência a qualquer disciplina religiosa, como decidido, não há necessidade de retirar a criança da escola para que ela tenha liberdade religiosa. Dessa forma, desproveu o Recurso Extraordinário e ainda, reconheceu que a prática do ensino domiciliar é inconstitucional.

O Ministro Ricardo Lewandowski entende que o principio republicano não só constitui o mandamento de otimização (algo seja realizado na maior medida possível dentro dos limites constitucional), que foi invocado nos debates relativos ao tema em julgamento, principalmente na menção que se fez a determinados dispositivos

[78]"Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set 2018.

constitucionais legais, tais como, artigo 205[79] que inaugura o capitulo relativo à educação.

Nesse sentido, entende que o artigo 205 da CF/1988 é um dos raros artigos que impõe deveres à sociedade, à família e ao Estado, a fim de colaborar com a educação de todos e preparar o indivíduo para o exercício da cidadania, que é construída coletivamente, e não de forma exclusiva da família, o que corrobora o conteúdo do artigo 2º da Lei de Diretrizes Básicas da Educação[80], devendo haver participação ativa da sociedade.

No seu entender, a questão está no sentido de que o ensino público (ou privado) não restringe apenas à questões técnicas (transmissão do saber), mas representa o importante fator de socialização e interação do indivíduo na sociedade, a fim de conviver com a diversidade, afastando a possibilidade de criação de grupos intolerantes à certas situações na sociedade.

Assim, não há razão para retirar uma criança de uma escola em decorrência da insatisfação de alguns por causa do ensino. Essa solução não encontra fundamento no princípio republicano, o qual reclama engajamento e não isolamento das pessoas em relação à coletividade, porque o interesse individual não é e nem pode ser a única forma a animar a vida em comunidade, devendo o indivíduo se adentrar na sociedade, por ser um bem que se alcança apenas coletivamente, o que contribui para o afastamento da fragmentação social.

No ensino regular encontram-se inúmeros fatos que possam desagradar aos pais e alunos, o que faz surgir o desejo de não ter contato com determinados valores e crenças aos quais os alunos foram expostos nas escolas em que frequentam,

[79]"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

[80]"Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 19 set. 2018.

entretanto, não é mediante a sua negação que se funda uma república, respeitado sempre o pluralismo, que se desenvolve um corpo de conhecimento compartilhado, o qual poderá ser até repudiada, devendo ser de forma respeitosa com a diversidade.

Ao citar um julgado proferido pelo Ministro Barroso, destacou que os pais não podem pretender limitar o universo informacional de seus filhos, ou impor às escolhas, que não vincule qualquer conteúdo que não estejam de acordo. Esse tipo de providência significa impedir o acesso do jovem aos domínios inteiros da vida, e evidente violação ao pluralismo e direito de aprender. A educação é o acumulo e processamento de informações, conhecimentos e ideias que provém de ponto de vistas distintos, experimentados em casa, com contato com amigos e eventuais grupos religiosos, grupos sociais, e também na escola, se baseando na ADIN 5537.

À luz do ideal republicano, o que se exige do cidadão é a cobrança e luta pelo aprimoramento do ensino oficial, e não de privar os filhos do necessário convívio com os semelhantes, que serão expostos à diversidade, o que constitui uma ameaça à liberdade individual.

Desta forma, há obrigação pela educação básica no ordenamento jurídico nos termos arts. 208 da CF/1988, 1º e 6º da LDB e 55 do ECA, sendo obrigação dos pais matricular seus filhos na rede regular de ensino, com a finalidade de promover a integração de todos os cidadãos mediante a educação, motivo pelo qual não vê razão em autorizar o ensino domiciliar.

Entende que a portaria do Ministério da Educação, não autoriza de forma implícita o ensino domiciliar ao autorizar a expedição de certificado de conclusão do ensino médico, em caso de aprovação no ENEM. Não só não existe elementos para afirmar ser objetivo do ministério da educação, a autorização do ensino domiciliar, pois o ato normativo não resolve questões atinentes a esta modalidade de ensino.

Autorizar o ensino domiciliar seria estimular o trabalho infantil, que nos países pobres, fazem com que as crianças e adolescentes que afastam das salas de aula, o que seria um prejuízo social imensurável, não havendo sequer, possibilidade

de ser reparado posteriormente, ainda que forma tardia. O ensino domiciliar ministrado pela família, não encontra respaldo pela constituição nos termos do artigo 205 e do princípio republicano, com que nega provimento ao recurso.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que o ensino doméstico é uma atividade regulada, mas que necessita de lei e fiscalização. No caso, ainda que a pretensão da recorrente seja no sentido da pratica do *homeschooling* com a realização das avaliações periódicas, ao reconhecer tal possibilidade, o STF estaria adotando uma visão reducionista da educação.

Destacou que a CF/1988 não concedeu ao Estado o papel de mero agente avaliador de desempenho escolar, pois o texto constitucional é expresso no sentido de conferir ao Estado e a família um papel muito mais amplo de verdadeiro condutor dos rumos educacionais de todos. Com efeito, também afirmou que a fiscalização pelo poder público seria oneroso ao Estado, uma vez que tiraria agentes públicos que deveriam fiscalizar as escolas públicas e privadas e recursos públicos teriam que ser alocadas para a finalidade do *homeschooling*. Nos demais termos, acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes e negou provimento ao Recurso Extraordinário.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio alegou que a vedação a prática do ensino domiciliar não implica ofensa aos direitos dos pais de dirigirem a formação dos filhos considerada a autonomia familiar assegurada pelo artigo 229, da CF/1988[81]. Ressaltou que é inviável afastar pela via judicial a incidência dos artigos 55 do ECA e 6º da LDB[82], artigos estes que são harmônicos com o texto constitucional. No mesmo sentido, destacou que a importação de experiências

[81]"Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade." BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

[82]"Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino". BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

"Art. 6o É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade". BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

estrangerias distantes da realidade nacional contradiz o esforço empreendido pela sociedade brasileira pela busca progressiva ao acesso a educação formal no país. Sendo assim, negou provimento ao Recurso Extraordinário.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli em seu breve voto, negou provimento ao Recurso Extraordinário, acompanhando o voto do Ministro Alexandre de Moraes. Propôs também, a retirada da repercussão geral do caso, porque entende que o STF teria dificuldades técnicas em fixar uma tese. Da mesma forma, a Ministra Cármen Lúcia também votou pelo desprovimento do recurso, também acompanhando o voto do Ministro Alexandre de Moraes.

Importa ressaltar que durante a sessão plenária que ocorreu o julgamento da educação domiciliar no Supremo Tribunal Federal, os Ministros da Suprema Corte não mencionaram o paradigma da proteção integral em seus votos, apesar de ser um fundamento importante com relação ao ensino domiciliar, uma vez que o cerne da questão debatida envolve o melhor interesse da criança, o desenvolvimento saudável e o preparo para o exercício da cidadania, conforme objetivos fixados na Constituição Federal de1988 e nas leis quanto ao direito fundamental à educação.

Como bem pontuado por alguns Ministros, a questão ventilada sobre a possibilidade de permitir o ensino domiciliar no Brasil não pode e nem deve ser disfarçada sobre um direito da criança, quando na verdade trata-se de uma preferência dos pais ou responsáveis. Isso porque, como já devidamente explicitado no presente trabalho, a educação é um direito fundamental da criança e do adolescente e não uma escolha de seus responsáveis.

Convém destacar que o direito ao acesso à educação e sua permanência propagado pela Constituição Federal de 1988 e sistematizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é um direito em prol da criança e do adolescente, e com a solidariedade de prover a educação diluída entre a família, o Estado e a sociedade.

Sob a ótica do paradigma da proteção integral, a educação compreende um caráter além do conteúdista, que é o modelo adotado nas instituições de ensino, no

qual o conteúdo das disciplinas é passado aos discentes, abrange um fenômeno social, significativo e transformador ao passo de contribuir para o melhor desenvolvimento intelectual e social das crianças e dos adolescentes.

Conforme já afirmado, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 impõe uma solidariedade no dever de prover a educação entre a família, o Estado e a sociedade. A família não está à frente do Estado, nem o Estado está à frente da família neste dever, a preocupação do constituinte foi justamente diluir tal obrigação com a finalidade de se obter uma educação plena em seu sentido, afinal, o referido artigo também traz a importância da convivência comunitária.

Do mesmo modo, conferir o direito à educação sob o regime domiciliar seria conceder um direito aos pais na educação de seus filhos, premissa que vai contra ao preceito insculpido no artigo 227 da Carta Magna. Importa ressaltar que a criança e o adolescente estão inseridos na proteção integral, que abarca a proteção familiar, do Estado e da sociedade e não apenas da família.

Ainda, no âmbito da proteção integral, cabe registrar o papel relevante da escola no que tange aos maus tratos domésticos à crianças e adolescentes, conforme aponta o artigo 56, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente[83]. Nesse sentido, a instituição de ensino tem papel fundamental na prevenção e repressão aos abusos físicos e psicológicos à crianças e adolescentes, isso porque o corpo docente da escola, ao verificar a suspeita ou confirmação de maus tratos, poderá imediatamente comunicar o ocorrido ao Conselho Tutelar.

Sem desmerecer o papel fundamental do núcleo familiar na educação de crianças e adolescentes, restringir-lhes à uma educação meramente domiciliar, sem o convívio com a diversidade, estaria caracterizado o retrocesso ao paradigma da situação irregular, pois as crianças ficariam sob a tutela do Estado ou somente da família. Crianças e adolescentes não são objetos de livre arbítrio dos pais ou

[83] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /LEIS/L8069.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

responsáveis, são seres em situação peculiar em desenvolvimento e devem ser tratados como sujeitos plenos em seus direitos, especialmente o direito fundamental à educação, capaz de garantir-lhes um desenvolvimento saudável, um convívio com as diversidades e que propicie um preparo para o exercício da cidadania.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou da prática do ensino domiciliar no Brasil (*homeschooling*, termo em inglês), do ponto de vista jurídico-normativo, sob o viés do paradigma da proteção integral de atendimento às crianças e adolescentes.

Verificou-se que foi um longo caminho percorrido para que as crianças e adolescentes fossem reconhecidos como sujeitos de direito no âmbito das Nações Unidas. Essa nova condição veio por meio da Declaração Universal dos Direitos da Criança e pela Convenção sobre os direitos da Criança, documentos que formataram o novo paradigma da proteção integral.

Observou-se que, à época que vigia a paradigma da situação irregular, crianças e adolescentes eram vistos como objetos que deveriam ser tutelados pelo Estado, no qual não havia uma política de prevenção, mas de repressão e "regularização" da situação em que se encontravam.

A construção do paradigma da proteção integral alterou drasticamente o contexto jurídico e social de crianças e adolescentes, no âmbito internacional, com reflexos na Constituição Federal de 1988, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumentos que elevaram as crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direito, em fase peculiar de seres em desenvolvimento. Ao elencar os direitos fundamentais, destaca-se o direito à educação, tendo a ordem jurídica brasileira fixado uma série de responsabilidades para o Estado, à escola e à família.

O fenômeno do *homeschooling* tem crescido substancialmente no Brasil, com inúmeras famílias fazendo a opção por este método de ensino, com a retirada de seus filhos das instituições formais de ensino. Todavia, restou demonstrado que o ensino

domiciliar contradiz com o paradigma da proteção integral, pois os objetivos do direito à educação exigem o contato de crianças e adolescentes com a diversidade e pluralidade.

Acredita-se que a educação no Brasil há muito que melhorar, porém, não parece adequado retirar uma criança ou um adolescente da escola e privá-los da convivência com as diversidades naturais de uma sociedade, por puro arbítrio dos pais ou responsáveis. Cabe ressaltar que, além da convivência familiar, a convivência comunitária também é um direito da criança e do adolescente.

De fato, no julgamento do mérito do RE n. 888.815/RS que versa sobre o ensino domiciliar, os Ministros do STF chegaram a conclusão que não há vedação expressa, tanto na Constituição, quanto nas legislações infraconstitucionais com relação à prática da educação domiciliar. Todavia, como bem demonstrado pela maioria dos Ministros, a discussão acerca da possibilidade de se permitir o ensino domiciliar no Brasil, trata-se na verdade de reconhecer o melhor interesse para a criança ou o adolescente, e não uma mera preferência dos pais ou responsáveis pelo modelo de ensino a ser aplicado.

Finalmente, considerando as observações lançadas nos votos dos Ministros do STF, observa-se que a discussão deve ser amadurecida e pautada nos princípios que informaram a proteção integral, os quais orientam a efetividade do direito à educação no Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). Disponível <https://www.aned.org.br/. Acesso em: 15 mar. 2018.

BANDERA, Vinicius. Práticas, Leis e Discursos modernizadores: o processo de construção do Código de Menores de 1927. *Revista Eletrônica Direito e Política,* Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí,

v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6028/3303. Acesso em: 20 jun. 2018.

BOUDENS, Emile. *Homeschooling no Brasil.* Brasília. Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/100157.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.

BOUDENS, Emile. Ensino em casa no Brasil, 2002. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicashtml. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. *Comissão de Educação. Projeto de lei nº 3.179, de 2012* (apensado o projeto de lei nº 3.261, de 2015). Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3DE1616B027C334E9B284F1979619A3C.proposicoesWebExterno1?codteor=1508468&filfilen=Tramitacao-PL+3179/2012. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Prova Brasil*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/prova-brasil. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 888.815/RS.* Plenário. Recorrente: VD representada por MPD. Recorrido: Município de Canela. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Brasília, 25 de setembro de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632. Acesso em: 30 mai. 2018.

CURY, Carlos Roberto. *Educação escolar e educação no lar: Espaços de uma polêmica,* 2006. Disponível em: https://www.cedes.unicamp.br/. Acesso em: 20 jun. 2018.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.html. Acesso em: 10 abr. 2018.

HOME SCHOOL LEGAL DEFENSE ASSOCIATION (HSLDA). *About.* Disponível em: https://hslda.org/content/about/. Acesso em: 20 mai. 2018.

MACIEL, Kátia Regina. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos.* 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NETTO, Franciulli Domingos. *Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do Ensino Fundamental em casa pela família*, 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627. Acesso em: 17 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Huamanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 1948*. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 22 mai. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI.* Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590por.pdf. Acesso em: 18 out. 2018.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. *A casa e os seus mestres: A educação no Brasil de Oitocentos.* Rio de Janeiro. Gryphus, 2005.

VIEIRA, André de Holanda Padilha. *Escola? Não, obrigado: Um retrato da homeschooling no Brasil.* 2012. Monografia (graduação) Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.

O DIREITO À LIBERDADE DE RELIGIÃO E CONVICÇÃO NA EDIFICAÇÃO DE UMA COMUNIDADE CONSTITUCIONAL INCLUSIVA

André Elias Nascimento Lawall

RESUMO

O presente trabalho buscou investigar as bases do direito humano fundamental da liberdade religiosa e o seu valor intrínseco ao ser humano. Este enfoque se dá porque a liberdade religiosa pode entrar em eventuais conflitos com outros direitos fundamentais. Para tanto, à luz dos princípios constitucionais, procurou-se prováveis soluções para esses casos, exercendo a ponderação principiológica em cada situação concreta. Em seguida, expõe-se os fundamentos históricos e jurídicos dos pioneiros na defesa do tema, perpassando por um breve recorte de épocas e do direito comparado nos Estados Unidos, França, Alemanha, até chegar ao Brasil, onde houve um estudo mais detalhado das Constituições, no tocante à evolução da separação entre a Igreja e o Estado. Verifica-se, então, a mudança de uma perspectiva de intolerância para o avanço da liberdade religiosa. Por último, tendo como suporte os capítulos anteriores, o trabalho se propôs a analisar três julgamentos, a saber: caso

S.A.S vs França; RE 859.376/PR, em que há a discussão das freiras e a foto na CNH; e RE 979.742, caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão sanguínea, sendo que esses dois últimos ainda estão aguardando o julgamento do mérito. Assim, a pesquisa sugere possíveis interpretações e soluções para cada caso, consistentes na preservação do princípio da liberdade religiosa e na sua aplicação equilibrada em tais circunstâncias, por justamente ser a sustentação para as demais liberdades do ser humano.

1 INTRODUÇÃO

O título desse trabalho é um modesto tributo aos brilhantes pensamentos de Jonatas Eduardo Mendes Machado[1], nos quais houve uma grande inspiração para a

[1] Professor Doutor pela Universidade de Coimbra. Em 1993 obteve o grau de Mestre com uma tese intitulada Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva. Em 2001 obteve o grau de Doutor, com uma tese intitulada, Liberdade de Expressão. Autor de vários livros e artigos jurídicos, atualmente leciona Direito Internacional Público e Direito da União Europeia.

confecção dos argumentos aqui delineados. Sem dúvidas, seu livro intitulado "Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos", foi um norte para o que se passa a expor.

A fascinação pela palavra liberdade é um desejo que existe nos indivíduos desde a aurora dos tempos. Seja pela sensação que ela produz internamente, seja pela sua latência no íntimo dos povos, liberdade sempre foi desejada, sendo alvo de muitos movimentos, revoltas, revoluções, gritos de guerra, trechos de hinos de países e assim por diante. De fato, liberdade é uma palavra polissêmica. Sua origem etimológica está ligada à palavra latina *libertas*, que era usada entre os povos romanos para diferenciar os homens livres dos escravos e prisioneiros.[2]

No entanto, a fé existe independentemente da liberdade. Com efeito, a restrição da liberdade não significará a dominação da mente e dos pensamentos. Nelson Mandela, ícone da luta contra o regime autoritário e segregacionista do Apartheid, foi sentenciado à prisão perpétua em 1964. Porém, nunca deixou de crer que a liberdade era um longo caminho a ser trilhado. Na sua autobiografia em 1994, fica evidente seu compromisso pela liberdade de seu povo, mas também dos seus opressores:

> Eu não nasci com fome de ser livre. Eu nasci livre - livre em todos os aspectos que conhecia. Livre de correr pelos campos perto da palhota da minha mãe, livre de nadar num regato transparente que atravessava a minha aldeia [..] Caminhei esse longo caminho para a liberdade [..] descobri o segredo: depois de subir uma alta montanha apenas se encontram outras montanhas para subir. [..] porque, com a liberdade, vem a responsabilidade, e não me atrevo a demorar, pois a minha caminhada ainda não terminou. [..] Ser livre não é apenas livrar-se das próprias grilhetas, mas viver de uma forma que respeite e promova a liberdade dos outros. [..] Eu não tinha a menor dúvida de que o opressor tinha de ser libertado tanto quanto o oprimido. Não sou verdadeiramente livre se estou a

[2] LUZ, Samuel. Liberdade Religiosa como Fato Social no século XXI. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral.* São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2014. p. 193.

> tirar a liberdade a alguém, tão certamente quanto não sou livre quando me é roubada a minha humanidade.[3]

A proposta desse trabalho é justamente unir as concepções de fé e de liberdade, já que ambas se complementam e não se excluem. Ora, a união entre esses dois pilares formará o sustentáculo principal para as demais liberdades. Nos dizeres de Rui Barbosa:

> De todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutífera, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa.[4]

Nesse sentido, a proteção da liberdade religiosa constitui-se um dos pilares do Estado Democrático de Direito, erigido pelas Constituições modernas como um Direito Humano Fundamental. Na esfera do Direito Internacional, a consagração desse direito ocorreu na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[5], na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[6] pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 1966[7].

---

[3] MANDELA, Nelson. *Um longo caminho para a liberdade*. São Paulo: Planeta, 2012. p. 523.

[4] BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1877. v. 4. t. 1. p. 419.

[5] DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html . Acesso em: 17 set. 2018.

[6] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Artigo XVIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 24 set. 2017.

[7] PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Artigo 18. 1.Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral

Ora, o tema sob análise não consiste em um único direito, mas uma multiplicidade de direitos, tratada por alguns estudiosos como um complexo de direitos que abarca direitos individuais e coletivos. Além disso, o renomado constitucionalista Jorge Miranda nos lembra que o fenômeno religioso:

> [..] penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos, o fenómeno religioso tem tido sempre importantíssima projeção política e jurídico-política. Tem influído constantemente não só na história cultural mas também na história política. Nenhuma Constituição deixa de o considerar e repercute-se ainda no Direito internacional.[8]

Diante da autodeterminação de cada indivíduo, a liberdade religiosa se apresenta como liberdade de escolha, de adesão ou pertencimento a um grupo religioso, como também, a possibilidade de mudar de religião, sem ter seus direitos privados, e, por fim, optar por não aderir a nenhum seguimento religioso.

No Direito contemporâneo, e, principalmente, no tocante à Constituição Cidadã de 1988, a liberdade religiosa passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Assim, positivada no art. 5°, inciso VI, da Constituição de 1988, além de estar no rol dos direitos fundamentais formais, é indeclinável examinar a liberdade religiosa à luz dos seguintes princípios que serão abordados a seguir nesse trabalho.

2 DOS PRINCÍPIOS INCIDENTES NO FENÔMENO RELIGIOSO

2.1 Do Princípio da Laicidade Estatal ou da Não Confessionalidade

É comum, na doutrina jurídica, na jurisprudência e nos meios de comunicação social, a afirmação de que a República Federativa do Brasil é um

dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990- 1994/d0592.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

[8] MIRANDA, Jorge. *Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, 2014. p. 2.

"Estado laico". No entanto, para prosseguirmos na análise do conceito de laicidade, faz-se necessário delimitar conceitos que muitas vezes são confundidos: estado laico e estado ateu.

O primeiro se refere ao que significa ser laico. Ser laico não é ser ateu, não se confunde laicidade com ateísmo, pois são conceitos de natureza distinta. Ser laico não significa negar a existência de Deus, ou de um mundo tido como transcendente, mas significa a não adoção de um sistema religioso de vida.

Um exemplo típico para o Estado ateu foi a Albânia, no governo de Enver Hodja, nos anos de 1946 a 1985. A liderança desse país, em 1967, cuja população era predominantemente islâmica, ordenou o fechamento de todos os templos, as manifestações religiosas foram proibidas e as escolas passaram a ensinar que todas as outras religiões eram alienantes.[9]

Oportuno, de igual modo, é diferenciar laicismo e laicidade, conforme a lição de André Ramos Tavares:

> O laicismo significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação às posturas da fé. Baseado, historicamente, no racionalismo e no cientificismo, é hostil à liberdade religião plena, às suas práticas amplas. A França e seus recentes episódios de intolerância religiosa pode ser aqui lembrada como um exemplo mais evidente de um Estado que, longe de permitir e consagrar amplamente a liberdadede religião e o não comprometimento do Estado, compromete-se, ao contrário, com uma postura de desvalorização da religião, tornando o Estado inimigo da religião, seja qual ela for. Já a laicidade, como neutralidade, significa a isenção acima referida[10].

É com esse sentido de laicidade que se define o Estado Laico no dizer de Ives Gandra da Silva Martins Filho:

> Aquele em que há separação entre as duas esferas, com autonomia do Estado e da Igreja, mas relação de mútua

[9] CUNHA, Luiz Antonio; OLIVA, Carlos Eduardo. Sete teses equivocadas sobre o Estado Laico. *Ministério Público em Defesa do Estado Laico:* Brasília, v. 1, n. 1, p. 210, 2014.
[10] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 606-607.

> cooperação, respeitada a liberdade religiosa e o pluralismo religioso, sem uma religião estatal.[11]

Diante desses esclarecimentos, encontram-se duas percepções essenciais na Constituição Federal de 1988: a dissociação entre Estado e religião, e a consequente proteção à liberdade de crença e religião.

Nos termos do art. 19, localiza-se a proibição, dirigida ao Estado, de estabelecer, subvencionar, impedir o funcionamento, subsidiar ou manter relações de dependência ou aliança com as religiões e os seus representantes, sendo esta a cláusula de separação entre Estado e religião. Da leitura do art. 5º, incisos VI e VII, o constituinte conferiu a proteção subjetiva à liberdade religiosa, compreendida desde a sua manifestação individual ou coletiva em público ou privado, mas também proteção objetiva, isto é, a proteção dos lugares de culto, a assistência religiosa nas entidades de internação coletiva e a objeção de consciência.

Ora, em vista disso, deve-se destacar que a laicidade é, também, um processo de emancipação histórico, veja:

> O Estado laico, ou a laicidade, é um dos regimes resultantes da secularização. Esta pode ser compreendida como o processo histórico pelo qual práticas sociais em geral (sociais, culturais, políticas, jurídicas) se emancipam dos marcos normativos religiosos que lhes serviam de referência. Pode-se falar, em sentido amplo, de uma secularização sociocultural, ou, de modo mais específico, da secularização político-institucional. Enquanto a primeira se refere à redução da influência da religião na vida social e cultural de forma abrangente, a última se restringe ao processo pelo qual os marcos institucionais políticos e jurídicos de uma sociedade se emancipam dos marcos normativos religiosos que anteriormente lhes serviam de referência.[12]

Quanto ao princípio da laicidade, Jorge Miranda demonstra a aplicação na prática diária de vários estatais que corroboram o caráter não confessional do Estado:

---

[11] MARTINS FILHO, Ives Gandra. *O Acordo Brasil-Santa Sé e a laicidade do estado:* aspectos relevantes. São Paulo: LTr, 2012. p. 355.

[12] ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. A liberdade religiosa no Direito Internacional: âmbito de proteção e restrições. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2014. p. 31-43.

> [..] A não confessionalidade dos atos oficiais e do protocolo do Estado; [..] Um simétrico dever de reserva das Igrejas ou comunidades religiosas, não intervindo em atos ou acontecimentos políticos; A ausência de símbolos de qualquer religião em edifícios públicos, salvo quando tenham caráter histórico ou correspondam a arreigada tradição cívico-cultural, variável de região para região.
>
> As garantias de assistência religiosa e de ensino de religião e moral; o reconhecimento da eficácia jurídica do casamento religioso; A punição do genocídio de grupos religiosos; [..] o impedimento, de perturbação ou do ultraje a ato de culto;
>
> A consagração dos feriados religiosos tradicionais; A preservação do património cultural religioso [..]
>
> O reconhecimento e o apoio às instituições religiosas de solidariedade social; e em justa medida, a concessão de benefícios fiscais.
>
> A não aceitação de cargos políticos, eletivos ou não, e de cargos de confiança política pelos ministros de culto.[13]

Na mesma esteira de raciocínio, o entendimento do Tribunal Constitucional de Portugal no Acórdão nº 423/87 destaca a brilhante percepção de que a neutralidade religiosa do Estado não implica em abandonar o fenômeno religioso do meio social, pelo contrário, assentou-se que:

> A separação e a não confessionalidade implicam a neutralidade religiosa do Estado, mas não já o seu desconhecimento do facto religioso enquanto facto social. O Estado não é um ente alheio aos valores e interesses da sociedade, antes constitui um instrumento ao seu serviço, assumindo a obrigação de garantir a formação e o desenvolvimento livre das consciências (católicas ou ateias), e assume esta obrigação em função da procura social[14] [...]

Sem dúvidas, a partir da racionalização dos Estados Modernos, a laicidade foi a consequência natural do fenômeno religioso. Contudo, convém também ressaltar o argumento professor de direito na Universidade de Nantes, Alain Supiot, mostrando que, "nenhum Estado, mesmo os que se proclamam absolutamente laicos, poderia

[13] MIRANDA, Jorge. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, p. 18-20, jan./jun. 2014.
[14] FRADA, Manuel Carneiro da. Relativismo, Valores, Direito. *Revista da Ordem dos Advogados*: Lisboa, v. 68, n. 2-3, p. 711, set./ dez. 2008.

manter-se sem mobilizar certo número de crenças fundamentais, que escapam a qualquer demonstração experimental e determinam sua maneira de ser e de agir"[15].

2.2 Da Tolerância do Direito dos diversos

No século XVI, a palavra "tolerância" foi emprestada do latim e do francês no âmbito do grande cisma religioso. Nos séculos que se seguiram, a tolerância religiosa assume uma abordagem jurídica. Jürgen Habermas nos traz à memória que

governos redigem documentos de tolerância[16] que impõe aos funcionários e a uma população ortodoxa um comportamento tolerante no trato com minorias religiosas – luteranos, huguenotes e papistas. Assim, em 1598, Henrique IV promulga o *Edito de Nantes* na França. Na Inglaterra, o governo de Maryland promove o *Act Concerning Religion* em 1649; e em 1689, o rei inglês decreta o *Toleration Act*.

Dessa forma, o ato jurídico das autoridades que toleram pessoas e práticas de outras crenças estabelece a exigência de um comportamento tolerante com os membros de uma comunidade religiosa até então perseguida ou oprimida.

Habermas indica que, ao adentrar no aspecto da língua inglesa, mais do que no alemão, é possível uma distinção mais nítida entre "tolerance", enquanto virtude ou disposição para o comportamento e "toleration", que constitui um ato jurídico. É mais comum o emprego da expressão "tolerância" para designar ambas as coisas: tanto a ordem jurídica que garante a tolerância, como a virtude política do trato tolerante[17].

No Brasil Império, a palavra "tolerância" foi usada no sentido negativo, isto é, uma espécie de indulgência dada pelo Estado às religiões não oficiais. Vale dizer,

[15] SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 18.
[16] HABERMAS, Jurgen. *Entre naturalismo e religião*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 279.
[17] HABERMAS, Jurgen. *Entre naturalismo e religião*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 280.

outras religiões à época – não a católica -, eram colocadas em posições inferiores. Atualmente, a tolerância não significa tão somente suportar a religião do outro, pelo contrário, tolerar assume o significado de aceitar as diferentes religiões numa coexistência harmônica e respeitosa como o Direito dos Diversos[18].

Advém, desse olhar mais profundo, o Princípio da tolerância para o Direito dos Diversos, nas palavras de Claudio Lembo:

> O princípio da tolerância encontrava-se, pois, presente, e indica o ato de suportar o outro, que se deve colocar numa posição subalterna, pois tolerado, mas não julgado igual. Modernamente, em vez do princípio da tolerância, aponta-se para o Direito dos Diversos e, com este posicionamento, procura-se afastar as diferenças de todas as naturezas existentes no outro.[19]

Nesse mesmo sentido, corrobora-se o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em julgamento da AMS nº 2003.70.00.017703-1/PR, em que se discutiu o núcleo da liberdade de crença:

> [..] o "núcleo essencial" da liberdade de crença: liberdade de ter, não ter e deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e de abandonar a própria crença religiosa. Moderna doutrina de "liberdade religiosa", compatível com o pluralismo de idéias, o princípio da não confessionalidade, a tolerância e a diversidade de culturas, crenças e idéias. Reconhecimento, como âmbito de proteção do direito, a "união indissociável entre crença e conduta.[20]

É precisamente tal concepção de tolerância que se pretende afirmar nesse trabalho, sintetizada na fala do político francês Honoré Gabriel Riqueti de Mirabeau, em seu discurso na Assembleia Constituinte Francesa de 1789:

> Eu não vim pregar intolerância! Porque a mais ilimitada liberdade de religião é para mim um direito tão sacrossanto,

[18] SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do direito*: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140.
[19] LEMBO, Cláudio. *A pessoa*: seus direitos. Barueri: Manole, 2007. p. 172.
[20] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação em Mandado de Segurança*. *AMS* 2003.70.00.017703-1/PR. Terceira Turma. Apelante: Carlito Dutra de Oliveira. Apelado: Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. Relatora (a): Desembargadora Federal Maria Lucia Luz Leiria. Porto Alegre, 16 de outubro de 2007. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1919973. Acesso em: 19 set. 2018.

> que a própria palavra "tolerância" com que se pretende exprimi-lo é já, de algum modo, tirânica [..]. A existência de uma autoridade que tem o poder de tolerar atenta contra a liberdade de pensamento pelo fato mesmo de que tolera e, por conseguinte, poderia não tolerar. [21]

Logo, tão cedo se percebe que não é mais cabível a expressão literal "tolerância religiosa", uma vez que esta vai ao encontro da liberdade de pensamento. Então, seria perfeitamente concebível o uso do Direito dos Diversos, quando houver abordagens em matéria religiosa, para que todas possam expressar de forma ilimitada sua livre convicção acerca da religião.

2.3 Do Princípio da Igualdade

Inicialmente, é preciso estabelecer que o princípio da igualdade seja concebido como preceito carregado de múltiplos sentidos e significações ao longo dos tempos. Nesse trabalho, entende-se que era necessário que houvesse o rompimento da antiga ideia de que vale apenas a intenção do legislador, sem qualquer vinculação à justa aplicação da lei. Dessa premissa, defende-se:

> Foi justamente esse entendimento alargado que propiciou uma maior confiança social e jurídica nas potencialidades do princípio da igualdade no combate às injustiças. Resta, portanto, perfeitamente compreensível a crescente invocação do preceito da igualdade quando se pretende promover a justiça.[22]

O constitucionalista Gomes Canotilho também nos lembra que o princípio da igualdade apresenta três dimensões: a dimensão clássica liberal, a dimensão democrática e a dimensão social[23]. A primeira não permite qualquer privilégio ou opressão em relação a qualquer indivíduo. A segunda não tolera qualquer

[21] LEMBO, Cláudio. *A pessoa*: seus direitos. Barueri: Manole, 2007. p. 173.
[22] GONÇALVES. Roberto Magnus Varela. Princípio constitucional da igualdade. *Revista Direito e Desenvolvimento:* João Pessoa, v. 1, n. 2, p. 123, jul./dez. 2010.
[23] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 336-337.

discriminação na vida social. Já a última pugna pela eliminação das desigualdades reais, buscando uma igualdade material e não apenas formal.[24]

É preciso salientar que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha segue a linha de raciocínio adotada por Rui Barbosa e Aristóteles, isto é, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. A Corte Alemã adverte à administração pública que justifique quando for necessária uma atuação estatal que venha a promover um tratamento desigual, para que se possa verificar se os fundamentos desse tratamento desigual são pertinentes[25]. De igual modo, para os casos em que o Estado venha a promover um tratamento similar, deve a administração pública justificar os motivos que a levaram adotar tal tratamento igualitário.[26]

Quanto à liberdade religiosa, em que pese a crença e a descrença em Deus sejam devidamente protegidas, em razão da autonomia, integridade e autenticidade do ser humano, é impossível o Estado garantir uma igual liberdade e tolerância a todas as diferentes visões do mundo religiosas e não religiosas. Se isso ocorresse, haveria, paradoxalmente, o comprometimento dos seus próprios princípios de igual dignidade e liberdade de todos e por ser intolerante para com as perspectivas que entendem existir uma verdade objetiva.[27]

Jónatas Machado, constitucionalista português, corroborando o pensamento supracitado, identifica que não caberia ao Estado, por exemplo, proteger, na sua plenitude, religiões ou perspectivas religiosas que defendam práticas de bruxaria e ocultismo que se revelem atentatórias à primazia da dignidade da pessoa humana,

[24] GONÇALVES. Roberto Magnus Varela. Princípio Constitucional da Igualdade. *Revista Direito e Desenvolvimento:* João Pessoa, v. 1, n. 2, p. 124, jul./dez. 2010.
[25] GONÇALVES. Roberto Magnus Varela. Princípio Constitucional da Igualdade. *Revista Direito e Desenvolvimento:* João Pessoa, v. 1, n. 2, p. 125, jul./dez. 2010.
[26] PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*: direito estadual II. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008. p. 135.
[27] PIRES, Maurício. *A religião e o Estado Laico.* Disponível em: https://mauriciopires.jusbrasil.com.br/artigos/610569814/a-religiao-e-o-estado-laico?ref=serp. Acesso em: 19 set. 2018.

bondade, racionalidade e justiça[28]. John Finnis destaca que, de igual modo, o Estado não deveria proteger doutrinas religiosas que tenham como objetivo a destruição de direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito.[29]

J. Machado ainda nos lembra da falibilidade humana em relação à postura Estatal:

> Por postular a falibilidade dos seres humanos, o Estado Constitucional deve permanecer aberto a discussão contínua, nos planos teológico, filosófico, político, jurídico, científico, epistemológico, econômico, social e cultural, sobre o sentido, o conteúdo e as implicações normativas e sociais desses valores. Isso deve levá-lo a garantir uma liberdade religiosa, ideológica e de expressão tão ampla quanto à fidelidade de suas pressuposições e aos seus valores o exigem e o permitem.[30]

Por conseguinte, a neutralidade estatal está diretamente ligada ao princípioda igualdade. O Estado deverá portar-se de forma neutra em sua ideologia e assentar na afirmação dos valores universais de liberdade, igualdade, justiça.

2.4 Dos Princípios de interpretação constitucional atinentes à liberdade religiosa

De acordo com Manuel Jorge Silva Neto, temos que os princípios de interpretação constitucional devem ser entendidos como valores normativos, posto que preservam a importância no entendimento das normas constitucionais[31]. Muito mais que analisar que os princípios são regras, aqui serão analisados os princípios em espécie que podem servir à solução das discussões em torno da liberdade religiosa.

---

[28] MACHADO, Jónatas E. Mendes. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 145.

[29] FINNIS, John. Religion and State: Some Main issues and Sources. *The American Journal of Jurisprudence*, 2006. p. 107.

[30] MACHADO, Jónatas E. Mendes. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 148.

[31] SILVA NETO, Manuel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

2.4.1 Do Princípio da Unidade das normas constitucionais

O objetivo basilar do princípio da unidade das normas constitucionais é o de evitar ou ponderar eventuais antinomias ou contradições que possam surgir da aplicação das normas constitucionais.[32] Ressalta-se, também, que a utilização desse princípio permite o preenchimento hermenêutico entre algumas lacunas que possivelmente possam surgir quando houver tensão entre as normas constitucionais. Além disso, jamais o intérprete poderá interpretar a norma constitucional isoladamente. Não cabe enxergar tais normas fora de seu contexto ou admitir que elas estão dispersas, sob pena de atentar contra a imprescindível harmonização que deve permear a interpretação constitucional.[33]

Em questões que envolvam a liberdade religiosa, o recurso quanto ao principio da unidade é viável a fim de que se encontre todas as disposições constitucionais atinentes ao direito individual. Também se resguarda a possibilidade de utilizar outros dispositivos na Constituição, em outra sessão, capítulo ou título, que auxiliem na interpretação do tema em discussão.

2.4.2 Do Princípio da Proteção Deficiente

O princípio de proibição de proteção deficiente (ou de infraproteção) tem seu fundamento e aplicação conjunta com o princípio da proporcionalidade, o que exige do Estado atuação positiva para a tutela dos Direitos Fundamentais, mas também "[..] para promoção de direitos a prestações e, especialmente, os direitos fundamentais sociais"[34].

[32] HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 49-50.
[33] SILVA NETO, Manuel Jorge. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.
[34] CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*: Uma visão Crítica. Rio de Janeiro: Elsiever, 2009. p. 200.

Em um plano inicial, o princípio da proporcionalidade estava ligado apenas ao conceito de proibição de excesso por parte do Estado (proteção negativa ou vertical), porém, com a alteração dos paradigmas do direito,[35] se passa à exigência de atuação por parte do Estado na proteção dos direitos fundamentais. O surgimento desse princípio se deu em 1975, quando o Tribunal Constitucional Alemão, sem a nomenclatura de proibição de proteção 'deficiente' ou 'insuficiente', debateu a relação do princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais[36].

A Corte Constitucional Alemã, pioneira no emprego desse conceito, discutiu em face de sua Lei Fundamental a possibilidade da prática do aborto[37]. Daquela decisão histórica, concluiu-se que não somente caberia ao Estado uma postura negativa[38], no sentido de que a postura estatal é não ir contra as vidas humanas, mas também – e principalmente – o dever de tutela ou proteção e incentivo perante aquela vida intrauterina, protegendo-a também contra intervenções ilícitas de terceiros, ainda que esse terceiro seja a própria mãe[39]. Essa proteção era em função do princípio da dignidade da pessoa humana, já presente desde a fase pré-natal do feto. Outra importante conclusão daquele julgamento é a disposição do legislador infraconstitucional em "atuar no sentido de proteger um bem jurídico

[35] BERTUSSO, Magna Boeira; BARACAT, Eduardo Milléo. Princípio da vedação de proteção insuficiente aplicável ao delito de redução de pessoa à condição análoga a de escravo. *Revista UNICURITIBA*, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 125-159, jul./ dez. 2016.

[36] STRECK, Maria Luiza Schafer. *O Direito Penal e o Princípio de Proibição de Proteção Deficiente*: a face oculta da proteção dos Direitos Fundamentais. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008. Disponível em:<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf. Acesso em: 18 set. 2018.

[37] Especificamente, travou-se a discussão em torno da possibilidade de aborto no primeiro trimestre de gestação, que culminou em decisão pela inconstitucionalidade da Lei de Reforma do Código Penal Alemão, conforme defende Maria Luiza S. Streck, 2008. p. 85.

[38] COÊLHO, Marcial Duarte. Direito Fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 401, jul./ dez. 2016.

[39] SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 46.

constitucionalmente previsto, sendo que sua inércia ou parcial atuação consistiria numa insuficiência de proteção a um direito fundamental"[40]

> O Min. Gilmar Mendes, na linha do que foi decidido pela Corte Alemã, defende que o dever de proteção é uma consequência gerada pela proteção dos direitos fundamentais. Então, desse ponto de vista, o Estado não mais é visto como "adversário" dos direitos fundamentais, mas sim um "guardião" desses direitos, veja- se:
>
> Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso, mas também uma proibição de omissão.[41]

No Brasil, houve algumas aplicações do princípio da proteção deficiente, a saber, cia-se, a título exemplificativo: RE 418.376, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADIN 3112, voto do Min. Gilmar Mendes; ADIN 3510, nos votos dos Min. Celso de Mello e do Min. Gilmar Mendes.[42]

A aparente divergência entre o Princípio de Proibição de Excesso e o Princípio de Proibição de Proteção deficiente, desaparece, na explicação de Luciano Feldens:

> Diante da aplicação das duas faces do Princípio da Proporcionalidade que proíbe ao Estado de "ir além" (excesso) ou "ficar aquém" (insuficiência) na proteção dos Direitos Fundamentais, da qual depende "o sistema de proteção de direitos fundamentais", para alcançar sua finalidade.[43]

Posto desta forma, à luz do postulado do principio da proibição do excesso e do princípio da proteção deficiente, não se deverá optar por solução que imponha grave limitação ao exercício do direito à liberdade religiosa.

---

[40] COÊLHO, Marcial Duarte. Direito Fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 402, jul./ dez. 2016.

[41] MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. p. 25.

[42] FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*: A Constituição Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 174.

[43] FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*: A Constituição Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 177.

3 DA INTOLERÂNCIA À LIBERDADE RELIGIOSA

3.1 Da evolução histórica do tema

A evolução histórica permite ao intérprete da norma identificar as raízes de como houve o desenvolvimento do tema e, ao mesmo tempo, possibilita a melhor compreensão do assunto na atualidade. De fato, ao tratar desse assunto cujas bases penetram nas esferas mais íntimas da consciência humana e que, ao longo do processo histórico, gerou inúmeros movimentos coletivos e afetou diretamente a vida em sociedade, aborda-se tal perspectiva no presente trabalho.

Para tanto, antes de adentrar ao cenário constitucional brasileiro, faz-se mister estabelecer, inicialmente, o caráter altamente pessoal do indivíduo com a religião. Ora, os seres humanos não são meras cártulas brancas sem vinculação com o cenário social. Explica-se: todos os seres humanos trazem consigo uma bagagem moral, por vezes, de alto cunho religioso, quer seja pela educação primária ou secundária ou até mesmo aquela informal, fruto das mais diversas relações sociais estabelecidas. Nesse sentido, Peter Häberle[44] salienta que "a proteção plena das minorias étnicas, culturais, religiosa pertence [..] à atual 'etapa de crescimento' do tipo de Estado Constitucional" e nos lembra:

> [..] as religiões fazem parte da vida social desde tempos muito remotos, tendo o homem, num primeiro momento, se maravilhado com o mundo e tentado buscar explicações míticas para entendê-lo. Todavia, apesar de a religião fazer parte da vida do homem, desde eras remotas, sabe-se também que a liberdade religiosa é uma conquista recente da humanidade, podendo-se, embasado no pensamento de Georg Jellinek (1851-1911), salientar ser a mesma um dos primeiros direitos fundamentais conquistados pelo homem, sendo tal liberdade, dentro da divisão de gerações de direitos fundamentais estruturada por Norberto Bobbio (1909-2004), um direito de primeira geração. Esta liberdade religiosa, a qual agasalha, inclusive, o hábito relativista de se mudar frequentemente de religião é, para Richard Rorty (2010), vista de modo positivo, sendo uma abertura para novas possibilidades na busca pela felicidade humana, ou seja, a

[44] HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Cidade do México: UNAM, 2003. p. 29.

> religião é, para muitas pessoas, um dos meios para se buscar e conquistar a felicidade humana, e este direito deve estar em sintonia com uma sociedade pluralista e dinâmica, sendo a liberdade religiosa um postulado de garantia das minorias religiosas, ateus e agnósticos, os quais mais precisam fazer valer seus direitos utilizando a legislação vigente.

Dessa forma, pode-se afirmar, inicialmente, ser a liberdade religiosa um assunto emergente da modernidade, cuja preocupação reside na autonomia do sujeito, como também com a efetividade dos direitos humanos.

Não se admira também que a multiplicidade de religiões, bem como as diferentes confissões religiosas, culturas, formas de governo, modelos político-econômicos, bem como as constituições de cada país levará a diversos pontos de vista. No entanto, é possível enxergar três fases[45] comuns entre o fenômeno religioso e o Estado, na preciosa lição do constitucionalista português Jorge Miranda: a) identificação entre Estado e religião – o Estado confessional; b) não identificação - Estado laico; c) oposição do Estado à religião.

A primeira fase de identificação estava relacionada precipuamente à teocracia e ao cesaropapismo. Na forma teocrática, encontrava-se na Antiguidade oriental, do Egito à Pérsia, e, nas Cidades-Estado da Grécia, que praticavam cultos para os antepassados. Já quanto ao cesaropapismo, os imperadores romanos possuíam a autoridade civil e religiosa, até mesmo ocorrendo a ingerência inúmeras vezes sobre assuntos eclesiásticos[46]. Nesse primeiro momento mais longo, o Estado tem uma religião oficial.

É justamente na segunda fase, a partir do século XVI, quando o poder papal começa a sofrer abalos e a questão da autonomia da vontade entram em cena, em razão da Reforma Protestante, que a liberdade religiosa começa a ser discutida.

[45] MIRANDA, Jorge. *Estado, liberdade religiosa e laicidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, p. 21, jan./jun. 2014.

[46] LEITE, António. *Regalismo*. Disponível em: http://www2.ucp.pt/resources/Documentos/SCUCP/GaudiumSciendi/Revista%20Gaudium%20Sciendi_N4/6.%20jmirandaEstado%20%20liberdade%20religiosa%20e%20laicidade.pdf. Acesso em: 19 set. 2018.

Conforme Armando Araújo Silvestre[47], "[...] a Reforma foi a primeira grande revolução dos tempos modernos, uma revolução religiosa num mundo subdeterminado pela religião". Apesar da existência de precursores, o mencionado movimento teve como ponto de referência o ano de 1517, quando o monge alemão Martinho Lutero (1483- 1546), insatisfeito com os rumos que a Igreja Católica Romana estava tomando, afixou, na porta da Igreja do Castelo de Wittenberg, 95 teses questionando diversas posturas do catolicismo medieval.

O movimento se alastrou e, poucos anos após a dissidência na Alemanha, um segundo movimento da Reforma foi também desencadeado na Suíça, cujo expoente foi João Calvino (1509-1564), o que fez surgir as chamadas igrejas reformadas.

A história mostra que as consequências imediatas da Reforma Protestante foram um recrudescimento da intolerância religiosa e o aumento de perseguições por parte da Igreja Católica Romana, culminando na morte de milhares de pessoas e no movimento conhecido como Contrarreforma.

Em meio a todos esses acontecimentos históricos, o direito à opção religiosa, ainda incipiente, foi deveras construído à luz dos princípios trazidos pela Reforma. Nesse sentido, Celso Lafer[48]:

[..] outra consequência da Reforma que merece ser destacada, nessa breve reconstituição que levou aos direitos humanos, é a laicização do direito natural a partir de Grócio e consequente apelo à razão, como fundamento do Direito.

Assim, desaparece a religião de Estado e afirma-se o princípio da liberdade. O momento da não identificação significa distinção entre a esfera política e a esfera religiosa, não inclusão entre as atribuições do Estado de atribuições em matéria de religião e de culto, laicidade.

[47] SILVESTRE. Armando Araújo. *Calvino e a resistência ao Estado*. Mackenzie, 2003.
[48] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 27.

Interessante, nesse ponto, notar a questão terminológica do termo "laico[49]," cujo significado é leigo ou secular, em total negação ao termo eclesiástico, proclamando, então, a neutralidade dos assuntos estatais na religião.

Valiosa é a doutrina de Roberto de Almeida Gallego[50] nessa ocasião:

> Neste sentir, o Estado Laico comprometido com a laicidade, ao invés de rejeitar ou tentar suprmir o religioso, considera-o um fato publico e, embora não perca de vista a distinção entre o campo religioso e a esfera secular, não desconhece as necessidades espirituais dos seus cidadãos. O Estado laico movido pelos ideiais de laicidade, embora não privilegie nenhuma religião específica, não se mostra hostil a nenhum credo, almejando, com os mesmos, manter relação de acordo com as especificidades de cada qual.

Na terceira fase, há dois tipos de gradação entre a oposição entre Estado e religião. O primeiro seria o da oposição relativa, em que não há religião oficial, todas os credos são reconhecidos e os governantes abstêm-se de qualquer decisão sobre a sua vida interna.[51]

E o segundo seria a oposição absoluta à religião, que constitui fenômeno recente, ligado aos totalitarismos modernos: os marxista-leninistas e o nacional-socialista[52]. Nesse momento de estados totalitários, a religião deixa de ter espaço ou se submete ou tem de se reduzir à clandestinidade.[53]

Nesse trabalho, pretende-se diferenciar a afirmação "dar a César o que é de César", isto é, definir os rumos políticos e estatais, e "dar a Deus o que é de Deus", condicionando os limites sobre a religião. Assim, na visão de Jónatas Machado:

---

[49] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Positivo, 2013. p. 363.

[50] GALLEGO, Roberto de Almeida. O sagrado e a ágora: religião e laicidade no estado democrático de direito. In: GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista (Coord.). *(Re)pensando o direito*: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 292.

[51] MIRANDA, Jorge. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, p. 22, jan./jun. 2014.

[52] ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. p.126.

[53] MIRANDA, Jorge. *Estado, liberdade religiosa e laicidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, p. 22, jan./jun. 2014.

> [..] a base de um processo político e institucional, que evoluiu do momento hierocrático (afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado), passando pelo momento regalista (no qual se afirmam os direitos do Estado frente à Igreja) e culmina com o momento constitucional (que se traduz pela afirmação dos direitos dos cidadãos relativamente à Igreja e ao Estado). [54]

Assim, tendo feito este breve relato histórico, passa-se a analisar o cenário constitucional do tema à luz das Constituições do Brasil, bem como alguns paralelos entre outras cartas magnas de outros países.

3.2 Do Direito Comparado e da evolução da perspectiva constitucional do tema

Em caráter introdutório, a análise do direito comparado é encontrada tanto em países de tradição jurídica do Common Law, como naqueles de tradição romano-germânica[55]. O primeiro grupo, aliás, como salienta Andrea Lollini[56], está até mesmo mais habituado com este tipo de atividade, já que desde o século XIX, até boa parte ainda do século XX, países hoje como Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Índia, Hong Kong, Canadá, e outros da região do Caribe, antigas colônias e domínios do então Império Britânico, estiveram submetidos à jurisdição do *Judicial Committee of the Privy Council of the United Kingdom*, corte final de apelação para casos da órbita do Direito privado, e que tinha como prática o uso do referencial comparado.

A utilização do direito comparado em estudos de casos, pesquisas e fundamentos de decisões judiciais, passa a ser analisado nesse trabalho, observando-se apenas um nível histórico-jurídico do tema da liberdade religiosa nos casos dos

[54] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
[55] PEGORARO, Lucio. La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; e LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Org.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*: estudios en homenaje a Héctor FixZamudio. Ciudad del México: UNAM, 2008. p. 406-407.
[56] LOLLINI, Andrea. Legal argumentation based on foreign law: an example from case law of the South African Constitutional Court. In: Utrecht Law Review, v. 3, n. 1, 2012. p. 56.

Estados Unidos, França e Alemanha. Não se pretende aqui esgotar todas as dimensões legais acerca do tema nesses países.

Assim, nas cortes de países das duas tradições jurídicas, explicam os professores Cecilia Lois e Gabriel Marques[57]:

> Tais tribunais, através de um processo de justificação discursiva[58], vêm se apropriando do material comparado assim como se faz com os conselhos de alguém mais experiente, para tomar decisões sobretudo em casos que envolvam questões de natureza complexa[59]. Quer dizer, quando uma corte se encontra diante de dissensos nos quais os materiais jurídico-positivos não conseguem dar conta, o elemento forasteiro, durante o progresso da tarefa interpretativa, acaba funcionando, por consequência, como um importante argumento de persuasão[60].

Posto essas considerações iniciais, analisar-se-á o cenário legal, bem como circunstâncias específicas de cada Estado, posteriormente adentrando ao modelo adotado no Brasil.

3.2.1 A Primeira Emenda e o The Wall of Separation nos Estados Unidos

O muro de separação (*The wall of separation*) – termo criado por Thomas Jefferson – nos Estados Unidos foi o primeiro a ser erguido. De fato, o país criado por fiéis de diversos cultos, fugidos da Europa para os poderem livremente celebrar, implementaram, em 1776, com a Revolução Americana, o livre exercício de

[57] LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O Supremo Tribunal Federal e o argumento de direito constitucional comparado: uma leitura empírica a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*: Rio de Janeiro, n. 47, p. 33, jul./dez. 2015.

[58] Por este tipo de processo, leia-se, o ato de juízes se utilizarem argumentativamente das experiências estrangeiras, discutindo-as, analisando-as, distinguindo-as, ou ainda as tomando emprestado, de modo a justificarem uma posição por eles adotada.

[59] Também conhecidos como hard cases, o que significa: os casos nos quais um novo problema é apresentado a corte, e onde ainda que as fontes apontem em uma determinada direção, não houve ainda nenhuma experiência prática de como uma decisão em uma direção ou em outra vai funcionar.

[60] Aqui é importante destacar a diferença que existe entre argumento de autoridade e argumento persuasivo. Enquanto em relação ao primeiro, o juiz deve aplicar e seguir, sendo por ele, até mesmo, limitado, o argumento persuasivo por outro lado, não o vincula.

qualquer religião, separando-se "o Estado das religiões, sem demonstrar a menor hostilidade entre elas"[61]. Nesse sentido, temos que:

> Foi a revolução americana, informada pelo racionalismo anglo-franco (Lock, Montesquieu, D'Alembert, Diderot e Rousseau), que proclamou, pela primeira vez, em texto de lei, a "liberdade religiosa". É o que se lê na Declaração de Direitos da Virgínia (12-6-1776): "..todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência.." (art. 16). Texto semelhante incluíram, logo, as Constituições escritas que se seguiram: a de New Jersey, de 2-7-1776 (art. 18), a de Maryland, de 14-8-1776 (art. 33), e a de Carolina do Norte, de 18-12-1776 (art. 19). A 1ª Emenda da Constituição Federal norte-americana (1791) reproduziu o princípio: 'Congress shall make no law respecting na establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof'. Eram os princípios fundamentais da liberdade religiosa – a separação da Igreja e do Estado e o livre exercício de qualquer religião.[62]

Assim, o primeiro aditamento à Constituição – Primeira Emenda -, de 1791, expressamente proíbe o estabelecimento de uma religião do Estado. Cláudio Lembo declara que "a expressão 'parede que divide' aponta para a impossibilidade de os estados ou a União instituírem uma igreja, ou, ainda, impedir qualquer pessoa de ir a um templo"[63], denotando a clara intenção de não favorecer uma religião em especial, dando início à preservação de liberdade de crença.

A Suprema Corte Americana, segundo Roberto Gallego, "[..] decidiu que a liberdade religiosa também estava incluída no rol dos direitos assegurados pelo *Bill of Rights*, que haviam tornado aplicáveis, nos Estados, por força da 14ª Emenda"[64].

De fato, o contexto estadunidense guarda ampla relação com a religião, como, por exemplo, o juramento sob a Bíblia, no ato de posse dos presidentes do país, feito na presença de um pastor protestante, de um bispo católico e de um rabino.

---

[61] DELOMEUAU, Jean. MELCHIOR-BONNET, Sabine. *De religiões e de homens*. São Paulo: Loyola, 1999. p. 257-259.
[62] JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 460.
[63] LEMBO, Cláudio. *A pessoa*: seus direitos. Barueri: Manole, 2007. p. 174.
[64] GALLEGO, Roberto de Almeida. O sagrado e a ágora: religião e laicidade no estado democrático de direito. In: GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista (Coord.). *(Re)pensando o direito*: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 289.

Além disso, as notas e moedas contém as palavras "Em Deus confiamos", como também, a celebração de um dos feriados mais importantes do EUA – *Thanksgiving Day* – em memória da peregrinação de ingleses à bordo do memorável navio *Mayflower*. É verdade que, como escreve Tocqueville, "foi a religião que deu origem às sociedades anglo-americanas; nos Estados Unidos, a religião confunde-se com hábitos nacionais" [65].

Diversamente do que prevê a norma constitucional, é possível perceber, então, que a conjuntura social nos Estados Unidos tem raízes profundas na religião. Em que pese tais informações, notadamente, constata-se um ateísmo crescente que, segundo Michael Lipka, editor de religião do Centro de Pesquisas *Pew* (*Pew Research Center*), publicada em 01/06/2017, "cerca da metade dos americanos (53%) diz não ser necessário acreditar em Deus para se ser moral, enquanto 45% diz que acreditar em Deus é necessário para se ter bons valores"[66].

3.2.2 A Laicitè francesa e a Revolução

Para compreender o caso francês de separação entre Igreja e Estado, é necessário olhar para o caminho revolucionário que durou de 1789 a 1799.

A radicalidade alçou voos longos nas terras francesas. Ao por em xeque os privilégios do clero, na era revolucionária, uma das primeiras mudanças radicais pode ser encontrada no Estatuto da Igreja.[67] No tocante à questão religiosa, inúmeras modificações começaram a ocorrer entre 1789 a 1791, como por exemplo:

> "[..] direitos cívicos concedidos aos protestantes e aos judeus e permissão de não católicos de exercer publicamente seu culto; os bens do clero são postos à disposição da nação, ficando encarregada de prover 'às despesas do culto, ao sustento dos ministros e ao alivio dos pobres'; no futuro, proibição de votos

[65] DELOMEUAU, Jean. MELCHIOR-BONNET, Sabine. *De religiões e de homens*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 259.
[66] IHU. UNISINOS. Dez fatos sobre os ateus nos EUA. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/569078-10-fatos-sobre-os-ateus-nos-eua. Acesso em: 2 set. 2018.
[67] SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito*: perspectivas histórico-constitucionais da relação estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135.

> perpétuos – assim, o clero regular corria o risco de desaparecer por falta de recrutamento. Os monges foram autorizados a entrar na vida leiga. O registro civil foi retirado do clero e dados às prefeituras; o divórcio foi admitido. Estas duas últimas medidas, no entanto, só se tornaram efetivas em 1792, após o voto do legislativo".[68]

Tais ações foram determinantes para uma guerra civil em 1792, gerando uma disputa entre padres que eram fiéis à Roma e ao Papa e outros à França e ao Rei. Para aqueles que não obedecessem ao decreto real, seriam banidos do território francês.

Assim, subitamente, a França foi assolada por uma intensa descristianização: igrejas foram assaltadas, estátuas quebradas, proibição do vestes eclesiásticas fora das igrejas, execução sumária de suspeitos encarcerados e massacres de 223 padres. A Catedral de Notre Dame foi alvo de uma festa chamada "Liberdade e da Razão", que culminou com o fechamento das igrejas ou templos de todas as religiões[69]. Inclusive até mesmo o calendário cristão foi substituído pelo calendário revolucionário.[70]

Veja-se, por exemplo, este trecho de ironia e provocação em que as ideias religiosas são tidas como uma espécie de barreira ao desenvolvimento intelectual:

> Religião. Sistema de doutrina e de conduta inventado pelo próprio Deus para o bem de seus padres e a salvação de nossas almas. Existem várias religiões sobre a Terra, mas a única verdadeira é sempre aquela dos nossos pais, que eram muito sensatos para se deixarem enganar. Todas as outras religiões são superstições ridículas que é necessário abolir quando se é bastante forte para isso. A verdadeira religião é aquela que nós acreditamos ser verdadeira, aquela à qual nós estamos acostumados, ou contra a qual seria perigoso discutir. A

[68] DELOMEUAU, Jean. MELCHIOR-BONNET, Sabine. *De religiões e de homens*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 260.
[69] SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito*: perspectivas histórico-constitucionais da relação estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013. p. 136.
[70] DELUMEAU, Jean; MELCHIOR-BONNET, Sabine. *De religiões e de homens.* São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 261-262.

> religião do príncipe apresenta sempre as características indubitáveis da verdade. [71]

O excerto acima aproxima-se do ateísmo: nega as crenças e, simultaneamente, condena os atos dos membros das hierarquias religiosas.

Afinal, qual é a diferença entre a Revolução Francesa e a Americana quanto à questão religiosa? Enquanto que nos Estados Unidos, a confiança e a ajuda de Deus foram invocadas, na França, Deus foi ignorado. Assim, Abraham Kuyper sustenta:

> Em princípio, a Revolução Francesa é distinta de todas estas revoluções nacionais, as quais forma empreendidas com lábios orando e com confiança na ajuda de Deus. A Revolução Francesa ignora Deus. Ela se opõe a Deus e se recusa a reconhecer uma causa mais profunda da vida política do que aquela que é encontrada na natureza, isto é, neste caso, no próprio homem [..] Todo poder, toda autoridade procede do homem. Assim, parte-se do homem individual para a maioria dos homens; e naquela maioria dos homens concebida como povo está escondida a fonte mais próxima de toda soberania [..] Portanto, é uma soberania do povo, o que é perfeitamente idênticoao ateísmo. E aqui encontra sua autohumilhação"[72].

Todo o alvoroço radical somente terminou por meio da Concordata de 1801, em que se reconheceu que "a religião católica, apostólica e romana é da maioria dos franceses".[73] De fato, como bem leciona Rodrigo Arnoni Scalquette[74]:

> Em síntese, apesar de a Declaração dos direitos do homem de 1789 ter afirmado que ninguém deve ser atormentado por causa de suas opiniões, mesmo religiosas, vimos que, de fato, houve inúmeros conflitos entre o Estado Frances e a Igreja, com perseguições e mortes de sacerdotes refratários à Revolução Francesa. Foi a Concordata de 1801 que pôs termo final aos conflitos [...]

Somente em 1905 é publicada em Paris a lei intitulada "Ato de Separação entre Igreja e Estado", que é a base legal para a *laicitè* na França, cujo conteúdo determina a neutralidade religiosa e garantia de liberdade de todo e qualquer culto.

---

[71] HOLBACH (Barão de). *Teologia Portátil ou Dicionário abreviado da religião cristã*. (1768). São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 193-194.
[72] KUYPER, Abraham. *Calvinismo*. São Paulo: Cultura Cristã, 2002. p. 95.
[73] SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito*: perspectivas histórico-constitucionais da relação estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.
[74] SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito*: perspectivas histórico-constitucionais da relação estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139.

Assim, na análise de Rodrigo Vitorino[75], a laicidade na França, é articulada em torno de três ideais: igualdade (neutralidade religiosa da esfera pública – laicidade stricto sensu), liberdade (autonomia individual e emancipação frente à opressão religiosa) e fraternidade (lealdade civil à comunidade de cidadãos)[76].

Por conseguinte, o caso francês demonstra uma nítida visão laicista: de um lado, o Estado deve se limitar ao bem público e à ordem e, por outro lado, a religião servirá tão somente como refúgio espiritual na vida privada.

3.2.3 O caso peculiar da Alemanha

Diferentemente da França e dos Estados Unidos, a Alemanha adota um critério de apoio benevolente e, em certa medida, coopera com as comunidades religiosas e sua presença na esfera pública[77]. Esta postura acarreta numa "biconfessionalidade protegida pelo estado" (*staatlich geschützte Bikonfessionalität*), como o exprime Rudolf von Sinner[78], em que há um privilégio para as Igrejas Católica e Evangélica.

Se há uma cooperativa estatal para as organizações religiosas, é provável que haja, na Alemanha, então, uma submissão ao ordenamento jurídico e, logicamente, à Constituição. Isso não significa, contudo, uma submissão da religião ao Estado, uma vez que o Estado somente fixa balizas no âmbito das quais a religião pode se desenvolver.[79]

---

[75] ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. A liberdade religiosa no Direito Internacional: âmbito de proteção e restrições. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2014. p. 39.

[76] LABORDE, Cécile, Critical Republicanism. The Hijab Controversy and Political Philosophy, Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 7–8.

[77] WALTER, Christian. Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

[78] SINNER, Rudolf Von. Estado e religiões: O exemplo da Alemanha. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, n.3, p. 470, set./dez. 2014.

[79] MÜNCH, I.Staatsrecht II. 5ª ed. Stuttgart, Berlin, Köln: Kohlhammer, 2002, p. 46.

De acordo com o estudo da professora Karoline Marchiori de Assis[80], o direito aplicável às organizações religiosas na Alemanha, e, inclusive, às relações entre Igreja e Estado naquele país, está embasado nos artigo 4, "1" e "2", e no artigo 140, da Lei Fundamental alemã[81]. Ainda segundo a professora, o primeiro trata da liberdade de fé, de consciência e de profissão religiosa e ideológica e assegura o livre exercício de religião, ao passo que o segundo dispõe sobre a recepção de alguns dispositivos da Constituição de Weimar, de 1919, dentre os quais está o artigo 137, que dispõe acerca dos fundamentos da relação entre Estado e Igreja. Ela ainda acrescenta algumas diferenças entre o modelo francês e o alemão:

> A neutralidade do Estado, por sua vez, é composta pelos mandamentos da tolerância e da paridade. O primeiro determina a tolerância de diferentes confissões e organizações religiosas, ao passo que o último determina que as confissões e as organizações religiosas sejam tratadas de forma fundamentalmente igual. Ademais, da vedação a Igrejas estatais pode-se depreender uma separação organizacional entre Estado e Igreja, bem como uma "liberação" para ambos os lados. Pois, como anota Claus Dieter Classen, a Igreja fica livre do controle estatal, ao passo que o Estado fica desincumbido de lidar com questões tipicamente religiosas, sendo-lhe negada a identificação com determinada religião. Não obstante, vale salientar que não se verifica, na Alemanha, uma rígida separação entre Estado e Igreja. Nessa esteira, Claus Dieter Classen defende a admissibilidade de uma cooperação do Estado para com a Igreja, concluindo que não se depreende do mandamento da separação entre Igreja e Estado uma necessidade de se estabelecer claramente as fronteiras entre Estado e Igreja, como, segundo o autor, se verifica em Estados como a França, em consequência de uma compreensão fundamentalmente laicista.[82]

[80] ASSIS, Karoline Marchiori de. *O financiamento de organizações religiosas no sistema tributário alemão*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_ leitura &artigo_id=20197. Acesso em: 17 set. 2018.

[81] EHLERS, D."Art. 140". In: SACHS, M. (Coord.).*Grundgesetz*. 4ª ed. München: C. H. Beck, 2007. p. 2399. Neste ponto, vale observar que o artigo 140 da Lei Fundamental alemã representa, segundo lição de Dirk Ehlers, um "duplo ajuste constitucional", pois (i) não se chegou a uma conclusão unânime acerca de uma nova disciplina, no âmbito de Lei Fundamental alemã, sobre a relação Igreja-Estado e (ii) a solução consubstanciada na Constituição de Weimar – e recepcionada pela lei Fundamental de Bonn – já representava um acordo entre as forças políticas da época, precedida de concessões mútuas.

[82] ASSIS, Karoline Marchiori de. *O financiamento de organizações religiosas no sistema tributário alemão*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=20197. Acesso em: 17 set. 2018.

Para se dimensionar a relação entre o Estado Alemão e as comunidades religiosas, temos como, por exemplo, o possível reconhecimento pelo Estado das igrejas como instituições de direito público nacional. Rudolf Von Sinner ainda esclarece:

> Ser de direito público, além de ampla autonomia, implica o direito de poder levantar impostos, bem como a possibilidade de atendimento religioso às forças armadas, em hospitais, penitenciárias e demais instituições públicas. A Constituição de Weimar estabelece ainda o domingo e demais feriados legais como dias para descanso do trabalho e a 'edificação da alma' (art. 139).[83]

O Estado Alemão reconhece e, concomitantemente, providencia apoio às instituições ligadas às igrejas, como escolas confessionais, a Obra Diaconal (*Diakonisches Werk*) e a Caritas, com seus hospitais, lares e demais instituições de diaconia. É possível encontrar também o financiamento estatal em Faculdades de Teologia confessionais nas universidades públicas, onde é feita a formação não apenas do clero das referidas igrejas, mas também de professores e professoras de ensino religioso. Rudolf Von Sinner esclarece que "ainda que a matrícula seja facultativa, o ensino religioso de natureza confessional é parte integrante do ensino em escolas públicas e pago pelo estado".[84] Os primeiros cursos de formação islâmica foram instalados recentemente para possibilitar um ensino religioso islâmico[85].

Para Ingo von Münch[86], a não rigidez na separação entre Igreja e Estado, na Alemanha, pode se verificar a partir do exemplo do imposto eclesiástico, uma vez que o poder de tributar é manifestação do poder soberano do Estado.

Vale mencionar que, diferentemente do que ocorre no Brasil, em virtude de os impostos não têm uma destinação específica, consoante o disposto no artigo 167, IV, da Constituição Federal de 1988, o imposto eclesiástico alemão (*Kirchensteuer*) tem

[83] SINNER, Rudolf Von. Estado e religiões: O exemplo da Alemanha. Civitas, Porto Alegre, v. 14, n.3, p. 474, set./dez. 2014.
[84] SINNER, Rudolf Von. Estado e religiões: O exemplo da Alemanha. Civitas, Porto Alegre, v. 14, n.3, p. 473, set./dez. 2014.
[85] ÖZDIL, Ali Özgür. Islamische Theologie und Religionspädagogik in Europa. Stuttgart: Kohlhammer, 2011.
[86] MÜNCH, I.Staatsrecht II. 5ª ed. Stuttgart, Berlin, Köln: Kohlhammer, 2002. p. 206.

sua arrecadação destinada às organizações religiosas[87], o que justamente se viabiliza a garantia da liberdade religiosa, pregada pelo Estado Alemão.

Por fim, há como estabelecer certas semelhanças entre o modelo alemão e o brasileiro, como aponta a seguinte passagem:

> [...] o regime constitucional brasileiro é de não identificação (Estado laico) com separação, o que não significa, vale frisar, oposição, que está presente numa concepção laicista (ao estilo francês), de relativa hostilidade à religião. Nem indiferente, e ainda menos hostil, a Constituição revela-se atenta, separada, mas cooperativa, não confessional, mas solidária, tolerante em relação ao fenômeno religioso.[88]

Nessa mesma linha de raciocínio, será analisado no próximo tópico, no caso brasileiro, a evolução e o aperfeiçoamento do tema da liberdade religiosa, bem como os dispositivos constitucionais referentes ao assunto, em que também é possível extrair os seguintes princípios: separação, não confessionalidade, cooperação, solidariedade e tolerância[89].

3.3 A neutralidade brasileira e sua evolução constitucional até 1988

A experiência constitucional brasileira foi, num primeiro momento, também portuguesa. Durante todo o período colonial (1500-1822) e imperial (1822-1889), o catolicismo foi a única religião legalmente aceita, não havendo liberdade religiosa em nosso país. Nesse período, ou seja, durante quatrocentos anos:

> [..] o Estado regulou com mão de ferro o campo religioso: estabeleceu o catolicismo como religião oficial, concedeu-lhe o monopólio religioso, subvencionou-o, reprimiu as crenças e práticas religiosas de índios e escravos negros e impediu a

[87] ASSIS, Karoline Marchiori de. O *financiamento de organizações religiosas no sistema tributário alemão*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20197. Acesso em: 17 set. 2018.

[88] WEINGARTNER NETO, J. Comentário ao artigo 19, caput, I. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 708.

[89] WEINGARTNER NETO, J. Comentário ao artigo 19, caput, I. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 707.

> entrada das religiões concorrentes, sobretudo a protestante, e seu livre exercício país.[90]

O peso da herança colonial faz parte da história constitucional do direito à liberdade religiosa, como se vê na carta constitucional de 1824, que definiu: "Art. 5. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império[..]".[91]

Nessa época, o Imperador cumulava o poder central e político e, também, prerrogativas de investiduras de cargos religiosos[92]. É importante observar que no artigo 5º, citado anteriormente, o legislador permitiu que "[…] todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo".

Em um paralelo com Portugal, as três Constituições da monarquia liberal[93] tinham de comum declararem a religião católica apostólica romana religião oficial do Estado (art. 25º da Constituição de 1822, art. 6º da Constituição de 1826, art. 3º da Constituição de 1838).

O marco da separação oficial do Estado com a Igreja apenas aconteceu com a proclamação da República em 1891, sendo vedado ao Estado estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos[94] (Art. 11, § 2º), instituindo, por definitivo, o princípio da laicidade. Além disso, nesse interregno, o artigo 72 da Constituição de 1891 menciona inúmeros aspectos fundamentais no avanço do processo de laicização, dentre os quais, se destaca: fim do monopólio católico, extinção do regime do padroado e adoção de uma série de regras em

[90] MARIANO, Ricardo. Análise sociológica do crescimento pentecostal no Brasil. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001. p. 127-128.

[91] BRASIL. Constituição (1824) Constituição política do império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 22 ago. 2017.

[92] ALVES, Rubens Valtecides; BORGES, Alexandre Walmott. O Estado laico e a liberdade religiosa na experiência constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 107, p. 243, jul./dez. 2013.

[93] MIRANDA, Jorge. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, 2014. p.9.

[94] Três grupos, ou correntes de pensamento, foram importantes para a promulgação republicana da separação Igreja-Estado. São eles: os republicanos, os positivistas e os protestantes, além dos maçons que, via de regra, estavam presentes nos três grupos mencionados. Foi todo um processo que ocorreu, até certo ponto, de forma amistosa.

relação à liberdade religiosa tais como: a liberdade de culto; a exclusividade do casamento civil para fins de reconhecimento pelo Estado; administração pública dos cemitérios; e ensino leigo nos estabelecimentos públicos.

Ao darmos um salto histórico, vemos que a Constituição de 1934 manteve a separação entre Igreja e Estado, segundo o que consta no Art. 17, incisos II e III. No entanto, merece um realce o art. 113, itens 4, 5, 6 e 7[95], em que, notoriamente, a liberdade religiosa como direito individual e digno de proteção, o que acaba sendo mantido pela carta constitucional de 1937[96]. Neste ponto, cabe o posicionamento específico de Ari Pedro Oro, que nos lembra certos privilégios ainda mantidos pela Igreja Católica, mesmo após a institucionalização da laicidade:

> Isto não significou, entretanto, a retirada de certos privilégios da Igreja Católica. Assim, a pressão católica na Assembléia Constituinte de 1890 conseguiu impedir a aprovação da lei da mão-morta, pela qual se pretendia esbulhar os bens materiais da Igreja. Igualmente, as ordens e congregações religiosas continuaram atuando, algumas subvenções ainda permaneceram e em certas localidades do território nacional a obtenção de documentos continuou a passar através dos religiosos (Fonseca, 2002). De sorte que apesar da separação republicana "a Igreja ainda ocupava espaços consideráveis nas áreas da saúde, educação, lazer e cultura" (Micelli, 1988, apud Mariano 2001, p. 146) [..] Contribuiu sobremaneira para esta espécie de "reconciliação" entre Igreja Católica e Estado a boa relação que mantinham entre si o presidente Getúlio Vargas, que se manteve no poder entre os anos de 1930 a 1945, durante o qual vigorou o chamado Estado Novo, e Dom Sebastião Leme, nomeado em 1921 arcebispo coadjutor do Rio de Janeiro e da capital da República. Neste período, a igreja católica conseguiu avançar de tal maneira na retomada de sua privilegiada relação com o Estado que alcançou o status de religião "quase oficial"[97].

[95] BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio deJaneiro, RJ: Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: http://www.planalto. gov.br/ccivil _03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

[96] ALVES, Fernando de Brito, BREGA FILHO, Vladimir. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI, Jacarezinho, n.11, p. 76, 2009.

[97] ORO, Ari Pedro. A laicidade no Brasil e no Ocidente: Algumas considerações. *Civitas*: Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 221-237, maio-ago. 2011. p. 225-226.

As outras religiões não tiveram as mesmas vantagens. Para os adeptos do espiritismo e, em especial das religiões afro-brasileiras, o período do Estado Novo foi marcado por repressões policiais e mesmo por invasões aos locais de cultos. No Rio de Janeiro e na Bahia, especulava-se que os terreiros acobertavam comunistas, justificando, assim, a sua invasão pela polícia[98]. No Rio Grande do Sul a intensidade persecutória foi tanta que "estabeleceu um antes e um depois na história desta repressão"[99].

A Constituição de 1946, na mesma linha das demais constituições, seguiu com a desvinculação do Estado com qualquer culto ou igreja, mas também permitiu a colaboração recíproca em prol do interesse coletivo, nos termos do art. 31, inciso III. Outra novidade trazida por esse texto constitucional foi a escusa de consciência e o direito à assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva (Art. 141,

§§ 8º. e 9º). Tamanha foi a importância e alcance desses direitos consagrados em 1946, que tanto nas Constituições de 1967 e 1969, houve a proibição de qualquer discriminação em razão de credo religioso, evitando-se as discriminações baseados na opção religiosa (Art. 153, § 1º).[100]

Em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, o art. 5º, VI, consagrou-se a liberdade de consciência e de crença: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias".[101]

Nesse dispositivo, pode-se encontrar uma trinca de direitos resguardados pela norma constitucional: a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade

[98] MAGGIE, Yvonne. *Medo do feitiço*: relações entre magia e poder no Brasil. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1992.

[99] CORREA, Norton Figueiredo. Sob o signo da ameaça: conflito, poder e feitiço nas religiões afrobrasileiras. 1998. 287 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998. p. 207.

[100] ALVES, Fernando de Brito, BREGA FILHO, Vladimir. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI*, Jacarezinho, n.11, p. 79, 2009.

[101] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov de 2017.

de culto.[102] Em que pese haja a distinção teórica e prática entre eles, seria inconcebível o constituinte originário proteger apenas um, em detrimento dos outros, uma vez que eles se complementam e são igualmente tratados pelo dispositivo na Constituição.

Ao prosseguir na análise do tema, os incisos VII e VIII do art. 5º, representam duas imprescindíveis garantias para todos os indivíduos que o Estado assegurará a assistência religiosa e não haverá imposição estatal para o indivíduo a fazer algo em desacordo com sua fé, isto é, a objeção de consciência.

Ressalta-se também o art. 19, inciso I, no qual veda-se à União, Estados, Distrito Federal e Municípios embaraçar o funcionamento de estabelecimento religioso ou manter alianças com os mesmos ou suas lideranças, exceto por motivo de interesse público. Não se pode esquecer que a garantia prevista no art. 150, VI, "b", em que foi instituída a imunidade tributária de impostos sobre templos de qualquer culto quanto aos seus bens, seu patrimônio e sua renda, desde que sejam relacionados às atividades essenciais das entidades religiosas. Por fim, é facultado o ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental no art. 210, §1º. Todavia, ainda que tais dispositivos sejam igualmente relevantes para o amplo tema da liberdade religiosa, não foi a pesquisa desse trabalho alvo das discussões que os envolvem.

À vista do exposto, no próximo capítulo será feita uma análise de casos em que houve repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, além de outras situações que serão enriquecedoras para melhor compreensão de como o tema se apresenta na atualidade.

4 DA LIBERDADE RELIGIOSA E DA SUA RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DA ANÁLISE DE CASOS JURISPRUDENCIAIS

[102] ALVES, Fernando de Brito, BREGA FILHO, Vladimir. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI*, Jacarezinho, n.11, p. 78, 2009.

4.1 O exemplo da burca na França: caso S.A.S. vs França

A história francesa, como se deduziu no capítulo anterior, exibe uma inequívoca separação entre a esfera pública e a religiosa. Com vistas a corroborar tal entendimento, Jónatas Machado comenta que, no sul da Europa, em razão da influência francesa, o princípio da separação das confissões religiosas do Estado e da sua independência recíproca é frequentemente designado por princípio da laicidade[103]. De forma semelhante, Fernando Catroga esclarece que:

> Nos países católicos do Sul da Europa, termos como sociedade laica, Estado laico, ensino laico, laicidade, laicismo, laicizar, laicização impuseram-se como vocábulos que também constituíam instrumentos de luta contra a influência do clero e da Igreja Católica e, nas suas versões mais radicais (agnósticas e ateias), contra a própria religião.[104]

No acórdão a ser discutido da Corte Europeia de Direitos Humanos sob análise, ficou evidenciado que o exemplo francês é um caso em que é possível constatar, manifestamente, a restrição à manifestação religiosa.

Ora, quando a Lei n. 2010-1192 foi promulgada, houve um intenso alvoroço no território francês, justamente em virtude da proibição de utilizar quaisquer vestimentas que encubram o rosto em locais públicos. Diante de flagrante violação à liberdade religiosa, especialmente às mulheres muçulmanas, uma jovem francesa, de origem islâmica, ajuizou perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) uma ação em que alegava a ofensa aos artigos 3º (Proibição de Tortura), 8º (Direito à vida privada e familiar), 9º (Direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião), 10º (Direito à liberdade de expressão); 11º (Direito à liberdade de reunião e de associação) e 14º (Proibição de discriminação), todos consagrados no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos.[105]

---

[103] MACHADO, Jónatas E. M., Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

[104] CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares*: secularizaçao, laicidade e religião civil, Coimbra: Almedina, 2006. p. 297.

[105] COURA, Alexandre de Castro; LARANJA, Anselmo. *Liberdade religiosa, igualdade e diferença*: reflexões acerca de direito e democracia à luz do julgamento do caso 's.a.s. v. france' pela corte

No julgamento da Corte, a lei francesa foi mantida, em nome da preservação de se viver juntos, veja o nº 157 do caso em questão, *in verbis*:

> Consequently, having regard in particular to the breadth of the margin of appreciation afforded to the respondent State in the present case, the Court finds that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 can be regarded as proportionate to the aim pursued, namely the preservation of the conditions of "living together" as an element of the "protection of the rights and freedoms of others.[106]

A tradução livre nos indica que, para proteger direitos e liberdades de terceiros, a lei francesa visaria atingir a manutenção da condição necessária de se viver em sociedade. Dessa forma, observa-se que a limitação trazida no texto legal, segundo a Corte, não afrontaria os itens 2 dos artigos 8º e 9º, do texto da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Assim, tal decisão foi, em tese, amparada em critérios de democracia, liberdade, pluralismo e igualdade.

Em que pese o posicionamento da Corte, verifica-se que o artigo 9º, do referido texto legal, consagra manifestamente a proteção à liberdade religiosa, dispondo da seguinte maneira:

> Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
>
> A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.[107]

De fato, da leitura do item 2, depreende-se que há determinadas restrições à liberdade de manifestar a própria religião, o que exprime, necessariamente, a atuação

europeia de direitos humanos, *Revista Direitos Fundamentais Democracia*., v. 22, n. 1, p. 230, jan./abr. 2017.

[106] S.A.S. v FRANCE, *Application no. 43835/11*, European Court of Human Rights, 2014. p. 60.

[107] CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 1 set 2018.

estatal para resguardar um interesse social comum ou de terceiros. Todavia, a postura do Estado não se limita apenas em impedir que alguma pessoa sofra uma ingerência ou coação em relação às próprias convicções, isto é, o papel negativo estatal[108], mas também deve-se assegurar ao cidadão o livre exercício de sua fé. Em outras palavras, como garantidor da ordem social, o Estado tem o dever positivo de afirmar tais direitos aos homens e mulheres, de igual forma.

Convém também ressaltar que, na visão de Agustín García Ureta, o direito à liberdade religiosa pode ser visto sob duas perspectivas: a foro interno e externo. O item 1 do artigo 9º da Convenção constitui o foro interno, retratando a íntima ligação da religião com cada indivíduo. Inclusive, o direito de mudar ou professar a religião institui o direito mínimo de proteção à liberdade religiosa.[109]

Já o foro externo é a exteriorização de atos essencialmente ligados ao exercício de determinada religião ou crença (foro interno). No artigo 9º, é possível enxergar a lista de formas de manifestação, ou seja, cultos, práticas e celebração de ritos.

Sem dúvidas, a maior dificuldade nos termos da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos é a falta de conceitos explícitos do que sejam os foros interno e externo. O próprio tribunal tende a considerar, na visão de Carolyn Evans, esses conceitos como notórios e sem necessidade de maiores explicações[110], o que gerou, em certa medida, a distorção na legitimação da lei francesa que deveras restringiu a liberdade religiosa na França.

4.2 Do caso das freiras e a foto na Carteira Nacional de Habilitação: RE 859.376/PR

[108] MARTINEZ-TORRON, Javier. El derecho de Liberdad Religiosa em la Jurisprudencia em torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos. In: Annuario de derecho eclesiástico del Estado, Madrid, vol. III, Editorial de la Universidad de la Complutense de Madrid, 1986. p. 416-417.
[109] URETA, Agustín García. Artículo 9: liberdade de pensamiento, de conciencia y de religión. In: Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario Sistematico Madrid, Civitas, 2004. p. 330.
[110] EVANS, Carolyn. Religious Freedom in European Human Rights Law: the search of a guiding conception. In: Religion and International Law, Matinus Nijhoff Publishers, 1999. p. 393.

Diferentemente do que foi trazido no acórdão anterior, em que se defendeu a restrição religiosa em nome de se atingir um fim democraticamente legítimo, nesse caso sob análise, será ponderado o direito ao uso da vestimenta religiosa, notadamente, a garantia constitucional prevista no art. 5º, incisos VII e VIII, em face de norma administrativa, que proíbe a utilização de vestuário ou acessório que cobre parte do rosto ou da cabeça em fotografia de documento de habilitação.

Inicialmente, verifica-se que o presente recurso extraordinário foi interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que diante do ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Federal, foi reconhecida o afastamento da norma contida no Anexo IV da Resolução n. 192/2006 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN). No dia 1º de Agosto de 2017, foi publicada a decisão que reconheceu existência de repercussão geral por unanimidade pelos Ministros da Suprema Corte. O caso aguarda lançamento em pauta para posterior julgamento. Conforme se demonstrará, a decisão do TRF-4 logrou êxito em afirmar o livre exercício da fé no caso concreto.

A parte autora no processo originário, Congregação de Irmãs de Santa Marcelina, no Estado do Paraná, utilizou os seguintes argumentos, de acordo com o Relator do RE, o Ministro Luís Roberto Barroso: a utilização da vestimenta por parte das freiras é parte integrante da identidade daquele grupo religioso, não sendo apenas um adereço estético; a imposição da retirada do véu equivaleria a exigir que alguém retire a barba ou o bigode, o que violaria diretamente a autodeterminação das pessoas; e, por fim, o impedimento ao uso do traje restringe a liberdade de professar a fé.

Além disso, o TRF-4 ponderou que a norma regulamentar em questão não seria violada, também, em virtude de não haver dificuldade na identificação das religiosas diante as fotografias trazidas na peça inicial. Ressaltou que, sendo o véu colocado na parte de trás da cabeça, o que permitiria a visualização da testa e toda a parte central da face seria equivalente ao usar o cabelo amarrado para trás, o que não é vedado pela diretriz normativa. Ora, se o intuito da foto no documento é justamente

garantir o perfeito reconhecimento fisionômico do condutor, tal imposição não deveria ser aplicada, de modo que se compactue o regulamento do CONTRAN com a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, um trecho da ementa do acórdão combatido:

> No entanto, a garantia fundamental constitucional insculpida no artigo 5º, VI, da Carta da República não pode sofrer mitigação por norma infralegal, sob pena de manifesto enfraquecimento do sistema de proteção dos direitos fundamentais intergeracionais albergado pelas Constituições modernas. 4. Ademais, a própria norma regulamentar mencionada apresenta balizas para a fotografia a ser utilizada na confecção da CNH com uma única finalidade, a saber: garantir o perfeito reconhecimento fisionômico do candidato ou condutor. A utilização do hábito pelas religiosas não impede o seu perfeito reconhecimento fisionômico (ou seja, a pretensão autoral não encontra óbice nem mesmo da Resolução n. 192/2006 do CONTRAN). Precedentes.[111]

De fato, o fenômeno da constitucionalização do Direito já traz profundos reflexos nos vários ramos jurídicos, impactando todo o sistema democrático. Dessa forma, busca-se a edificação de um sofisticado e abrangente sistema constitucional administrativo.

O paradigma tradicional do Direito Administrativo sempre esteve ligado ao quase imutável princípio da supremacia do interesse público, do qual decorria o assimétrico e verticalizado sistema de poderes e prerrogativas da Administração Pública[112]. Ao passarmos para o raciocínio constitucional, tomando-o como fundamento para as demais normas, há a necessidade de se construir diálogos com todo o arranjo normativo constitucional, buscando justamente o paradigma emergente

[111] BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. *Apelação/Reexame necessário Nº 5009191-49.2012.404.7005/PR*. Terceira Turma. Apelante: Advocacia Geral da União -AGU. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14, de Maio de 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/trf-permite-freiras-tirem-foto-habito.pdf. Acesso em: 2 set. 2018.

[112] CRISTÓVAM. José Sergio da Silva. O Estado Democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da Administração Pública democrática. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 146, jul./dez. 2016.

da Administração Pública democrática[113], a partir dos princípios estruturantes da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito, do princípio republicano e, nesse caso específico, a liberdade religiosa.

Ao mesmo tempo que os parâmetros normativos da Administração Pública procuram gerar eficiência na gestão da máquina estatal, com o intuito inequívoco de organização social e das normas de convivência geral, não se pode esquecer que os princípios constitucionais estruturantes ainda regem todo o ordenamento jurídico. Então, o que se pretende é, na perspectiva de Leonel P. Ohlweiler:

> [..] resgatar o tema dos princípios constitucionais da Administração Pública a partir de uma nova perspectiva, partindo do pressuposto segundo o qual a pergunta mais autêntica sobre este tema não é de cunho dogmático, mas a partir da Nova Crítica do Direito, que lança um olhar (hermenêutico) para a historicidade institucional dos princípios que construíram o Direito Administrativo na qual se compreendem os sentidos partilhados pela comunidade política.[114]

Posto isso, há de se buscar uma harmonização entre a tensão provocada pelo ato estatal de identificação civil e a liberdade e garantia individual, fundada no direito de usar a indumentária religiosa, que identifica o grupo ao qual se pertence.

Como bem pontuou o Min. Relator no acórdão debatido, ao discutir sobre as premissas da autonomia da vontade e o valor comunitário, ele esclarece:

> É fato que decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras acepções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. No entanto, a vida em comunidade impõe responsabilidades e deveres ao indivíduo em relação à coletividade. Esse conjunto de obrigações para com a comunidade acaba funcionando como uma constrição externa às liberdades individuais. [115]

---

[113] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba, Juruá, 2015. p. 121-318.

[114] OWLWEILER, Leonel Pires. Os princípios constitucionais da Administração Pública e o mundo prático no Direito Administrativo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito (RECHTD*, Canoas, v. 5, n. 2, p. 150-168, jul./ dez. 2013.

[115] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 859.376/PR*. Reclamante: União. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luís Roberto Barroso.

À vista do exposto, não há motivos relevantes para restrição à liberdade religiosa no caso em destaque. Não é recente a ideia de se compreender todo o sistema jurídico, baseando-se em princípios solidificadores, consagrados na Constituição Cidadã. Assim, o Direito Administrativo, em especial a norma contida no Anexo IV, da Resolução n. 192/2006 do CONTRAN, merece ser afastada de tal modo que haja a democratização das relações entre os cidadãos e o Estado, com o claro intuito de construção de uma autêntica Administração Pública Constitucional. Assim, o uso do hábito religioso na fotografia deve ser assegurado àqueles que desejam manifestar sua opção de crença, desde que não implique o desrespeito à finalidade da norma, como foi o caso narrado.

4.3 O tratamento de alto custo e a transfusão sanguínea para as Testemunhas de Jeová: RE 979.742/AM

O presente caso a ser debatido nesse trabalho atinge a difícil ponderação do direito à vida e à saúde de uns contra a vida e a saúde de outros. Trata-se do recurso extraordinário interposto pela União em face do acórdão da Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas e Roraima, que condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus, solidários entre si, a custear procedimento cirúrgico (cirurgia de artroplastia total primária cerâmica, na modalidade Tratamento Fora do Domicílio -TFD) indisponível na rede pública, a disponibilizar cobertura assistencial integral (consultas, rotinas médicas, medicamentos, etc.), além de pagar ao autor da ação e a um acompanhante passagens aéreas, traslados, hospedagem, alimentação, ajuda de custo etc., para a completa realização do seu tratamento, conforme se lê do relatório na decisão, publicada em 01/08/2017, em que foi reconhecida a repercussão geral, por unanimidade, ao caso sob análise. Ainda não houve julgamento do mérito.

Preliminarmente, deve-se entender o contexto que há no pedido dessa ação originária, isto é, submeter-se a tratamento médico que não importe a transfusão

Brasília, 13, de junho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.brprocessos/downloadPeca.asp?id=312131493&ext=.pdf. Acesso em: 2 set. 2018.

sanguínea por parte do autor. Dessa forma, para o deslinde dessa questão, faz-se mister compreender o motivo pelo qual os adeptos da Testemunha de Jeová não admitem procedimento que importe na introdução de outro sangue no próprio corpo, mesmo em situações emergenciais, o qual importe risco de morte. Veja:

> As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas [Gênesis, 9:3-4, Atos 15:28-29]. Daí a interdiçãoà transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes. [..] A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1o, IV).[116]

Em caráter ilustrativo, cita-se ainda publicação realizada pela própria religião das Testemunhas de Jeová:

> Por prezarem a vida como sendo um presente de Deus, as Testemunhas de Jeová se esforçam em [..] evitar a prática de hábitos que prejudicam a saúde ou que colocam a vida em risco, como comer e beber em excesso, fumar ou mascar tabaco e se drogar. - Provérbios 23:20; 2 Coríntios 7:1. Por mantermos nosso corpo e o ambiente à nossa volta limpos, e praticarmos atividades físicas para ter uma boa saúde, estamos agindo em harmonia com os princípios bíblicos [..] Quando as Testemunhas de Jeová ficam doentes, elas mostram razoabilidade por procurar assistência médica e aceitar a grande maioria dos tratamentos disponíveis. (Filipenses 4:5). É verdade que obedecem à ordem bíblica de 'persistir em abster-se de sangue' e, por isso, insistem em receber tratamento médico sem sangue. (Atos 15:29). E essa opção, em geral, resulta num tratamento de melhor qualidade.[117]

[116] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 368-369.

[117] JEHOVAH'S WITNESS. Qual é o fluido mais precioso de todos? Revista Despertai, São Paulo, n. 110, p. 10-12, 3 ago. 2005.

No último Censo Demográfico realizado em 2010 no Brasil, o IBGE[118] relata que existia cerca de 1.393.208 adeptos desse grupo religioso. Hoje o Brasil é o terceiro país com o maior número de Testemunha de Jeová, ficando atrás somente dos Estados Unidos da América e do México[119]. Diante desse número significativo, ainda que proporcionalmente inferior a outros grupos religiosos, não há dúvidas de que existe um certo estigma a tais pessoas, em virtude da não aceitação de transfusão sanguínea. No entanto, há outra explicação para tal escolha religiosa:

> Assim, e ao cabo, quando uma Testemunha de Jeová se depara com a possibilidade de receber a transfusão sanguínea e não aceita, ela não está se negando o direito à vida, ao contrário, está é buscando um tratamento adequado, longe dos perigos atinentes à transfusão e que também corresponde e é permitido por sua crença religiosa. Isso está diretamente relacionado ao uso de sua autonomia e liberdade quanto à melhor opção de tratamento médico.[120]

Na esfera médica, a posição oficial do Conselho Federal de Medicina, datado de 22/10/1980, é a Resolução 1021/80[121], cujo conteúdo é:

> Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1º – Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2º
>
> – Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Conforme explicitado na situação anterior, a constitucionalização do direito não é um fenômeno recente. Os princípios constitucionais não são apenas meras diretrizes que podem ser observadas em alguns casos. Dessa forma, após a

[118] IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Religiões. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?tema=censodemog2010_relig. Acesso em: 10 ago. 2018.
[119] HISTÓRIA das testemunhas de jeová. *A Sentinela*, São Paulo, n. 23, p. 3-7, 15 jul. 1974. Disponível em: http://testemunha.orgfree.com/historia.htm#Brasil. Acesso em: 25 ago. 2018.
[120] CARVALHO, Marco Cesar de; CAMPOS, Tiago Rodrigues. O estigma religioso imposto às testemunhas de jeová no brasil em face da não aceitação da transfusão de sangue. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, 2017. p. 164.
[121] RESOLUÇÃO CFM 1021/80. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm. Acesso em: 2 set. 2018.

Constituição em 1988, foi editada a Resolução 1931/2009[122] do Código de Ética Médica, na qual se menciona, no capítulo I: "No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos".

Como se não bastasse tal afirmativa, é também possível ver que, nas vedações[123] aos médicos, incluídos no capítulo que trata sobre direitos humanos, se prestigiou o consentimento na não realização de procedimentos, além de garantir ao paciente o livre direito de decidir, *in verbis*:

> Capítulo IV DIREITOS HUMANOS
>
> É vedado ao médico:
>
> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. [...]
>
> Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Em vista disso, nota-se que as posteriores normas que versam sobre o assunto tiveram maior compatibilidade com o texto constitucional. Todavia, a citada Resolução 1021/80, ainda que revogada, não teve seu texto substituído formalmente, o que gera "[...] um vazio normativo que tira a segurança dos profissionais em torno de seus deveres e condutas éticas"[124].

Na esfera judicial, as decisões são muitas vezes tomadas em razão do conflito entre direitos fundamentais, isto é, a liberdade religiosa e o direito à vida, e nesses casos, o bem jurídico vida se sobrepõe à liberdade de crença do indivíduo. Porém, a recusa em se realizar um determinado procedimento por um membro desse grupo

[122] RESOLUÇÃO CFM 1931/2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes /cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 2 set. 2018.
[123] RESOLUÇÃO CFM 1931/2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/ cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 2 set. 2018.
[124] DADALTO, Luciana. *O profissional de saúde diante da recusa de transfusão sanguínea por pacientes Testemunhas de Jeová*. Disponível em: http://www.lucianadadalto.com.br/blog/o- profissional-de-saude-diante-da-recusa-de-transfusao-sanguinea-por-pacientes-testemunhas-de- jeova. Acesso em: 2 set. 2018.

religioso é precisamente o exercício do próprio direito público subjetivo à liberdade de religião, uma vez que ele entende que a sua negativa na transfusão condiz com sua dignidade. Assim, esta conduta não importa em atentar contra direito fundamental de outrem.[125]

Em se tratando especificamente do caso ainda não julgado pela Suprema Corte, foi reconhecido o direito ao tratamento integral do individuo, inclusive condenando os três entes federativos – União, Estado do Amazonas e Município de Manaus – a custear todo o procedimento de altíssimo custo para apenas uma pessoa que rejeita a transfusão sanguínea, em virtude de seu posicionamento religioso. Tal condenação se mostra, cabalmente, desarrazoada e descabida, conforme se analisará.

Nessa hipótese, há uma nítida desproporção material entre o elevado valor a ser despendido para uma pessoa, em função de sua opção religiosa, e inúmeras outras pessoas que dependem da mínima assistência de saúde. Ora, o Poder Público não tem a obrigação de dispor de materiais e equipamentos médicos que sejam compatíveis com a opção de crença de cada um. Considerar essa hipótese seria, inevitavelmente, causar um prejuízo ao erário e tornaria impraticável prover tais recursos para atender a todos.

Além disso, em consonância com os posicionamentos favoráveis à não intervenção estatal no respeito à opção de crença de cada pessoa, da mesma forma que não é dado ao Estado, ou seja, Poder Judiciário ou Conselho Federal de Medicina, violar a dignidade humana, suprindo compulsoriamente o consentimento do indivíduo e submetê-lo à transfusão, assim também é desacertada a conduta estatal em alocar recursos públicos escassos para satisfazer apenas um interesse individual. Diante disso, deve-se lembrar que as políticas públicas, bem como o princípio orçamentário dos estados, devem desconsiderar concepções religiosas e filosóficas, sob pena de incorrer em inúmeras injustiças e ineficiência estatal. Assim, o direito

[125] NERY JUNIOR, Nelson. *Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová como Exercício Harmônico de Direitos Fundamentais*. Resolução CFM 1931/09. São Paulo: Parecer, 2009. p. 16.

para livre decidir o credo seja motivo preponderante que prejudique demais direitos e garantias fundamentais igualmente relevantes.

Dessa forma, como bem delineado na decisão[126] que reconheceu a repercussão geral, o Min. Luís Barroso, acertadamente, destacou:

> Exigir que o sistema de saúde absorva toda e qualquer pretensão individual, como se houvesse na Constituição o direito a um trunfo ilimitado, leva à ruína qualquer tentativa de estruturação de serviços públicos universais e igualitários. Dessa forma, deve-se ponderar não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar.

Posto isso, não merece prosperar o acórdão alvo do recurso extraordinário quanto ao argumento de que se caracteriza uma omissão por parte do Estado em não possuir serviço de saúde adequado às convicções do paciente, de modo a ponderar, nesse caso específico, a necessidade real de prover assistência integral a uma pessoa, em detrimento das demais.

4.4 Dos principais aspectos dos casos correlacionados

Em primeiro lugar, buscou este trabalho analisar a questão controversa do uso de vestimentas que encobrem o rosto na França, ante a promulgação da Lei n. 2010-1192. A reação de muitas mulheres muçulmanas foi inevitável. Dessa forma, houve o ajuizamento do caso n. 43835/11 perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em que se alegava inúmeras violações de direitos fundamentais, dentre as quais se destaca a restrição à liberdade religiosa. Naquele momento, o Tribunal, em contraposição ao art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, decidiu pela manutenção da lei francesa, sob o argumento de que a lei promulgada visava proteger direitos e liberdades de terceiros, como pressuposto para que se preserve o conceito de se viver juntos, conforme trecho retirado do acórdão da Corte.

[126] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 859.376/PR*. Reclamante: União. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 13, de junho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312131493&ext=.pdf. Acesso em: 2 set. 2018.

Posteriormente, na apreciação do caso envolvendo as freiras e a foto na Carteira Nacional de Habilitação, conforme se vê do RE 859.376/PR, aindapendente do julgamento do mérito, verificou-se que a norma regulamentar contida na Resolução n. 192/2006 do Conselho Nacional de Trânsito, é passível de ser afastada, em virtude do caráter de identificação religiosa com a vestimenta usada pelas freiras, não sendo apenas mero adereço estético. Ainda assim, o intuito da norma não seria prejudicado, visto que se o véu for colocado na parte de trás da cabeça, ficou demonstrado a plena visualização do rosto das freiras. Além disso, a constitucionalização do Direito Administrativo trouxe em seu bojo, dentre outras concepções, o diálogo entre as normas constitucionais, com vistas a dignificar os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, em especial, a liberdade religiosa.

Por último, nesse trabalho foi proposto o acórdão RE 979.742/AM, também ainda sem julgamento do plenário, em que havia a difícil ponderação entre o direito à vida e saúde de uns, isto é, os que professam crença das Testemunhas de Jeová, contra o direito à vida e a saúde de outros, que não estão incluídos nesse grupo. Por rejeitar a transfusão sanguínea, em função de sua doutrina religiosa, o autor desejava obter procedimento cirúrgico de alto custo para tratar-se de seus males. Para tanto, houve a condenação da União, do Estado do Amazonas e do Município de Manaus a fim de que todo o tratamento fosse custeado. Ora, tal decisão, como se debateu anteriormente, demonstrou uma nítida desproporção material entre a alocação de recursos escassos destinados à saúde de poucos em detrimento de muitos. Diante disso, a tese defendida é que, da mesma forma que o Estado não deve ingerir no credo de cada indivíduo – principio da neutralidade estatal-, também não deve haver o privilégio estatal voltado para atender os requisitos de cada crença, sob pena de incorrer em um profundo agravamento da crise na saúde e desestruturação das contas públicas.

Por conseguinte, à luz dos argumentos postos em todos os casos, o direito à liberdade religiosa, sem dúvidas, ainda é, no Brasil e em outros países, um caminho labiríntico e sinuoso. Há muitas questões a serem analisadas e propostas, alvo de

discussões que mereceram atenção nesse trabalho. No entanto, pugna-se para que o final dessa estrada seja a sedimentação desse direito fundamental alcançável a todos, considerando as circunstâncias específicas que se apresentarem ao caso sob análise.

5 CONCLUSÕES

A herança cultural da espécie humana abrange seus pensamentos, suas crenças e convicções. O sentimento religioso tem a idade do próprio homem. Desde os tempos mais remotos, houve no imaginário humano a busca pela felicidade, o medo do desconhecido, o temor por aquilo que os olhos não podiam enxergar e o receio pelas imprevisíveis calamidades. Assim, é inegável que a existência humana está vinculada a uma concepção de fé em algo ou em alguém.

Quando partimos para o caminho do livre exercício e a defesa do que se acredita, isso nem sempre esteve atrelado às concepções de paz e de liberdade. Por muito tempo, inúmeros conflitos religiosos foram se desenvolvendo em muitos lugares no mundo e até hoje existem confrontos que aparentam não ter fim, o que nos leva à seguinte reflexão: as religiões não podem ser instrumentos para semear discórdia, e sim, paz.

Para que haja paz na Terra e boa vontade entre os homens, mesmo diante da multiplicidade das doutrinas religiosas, defende-se que o convite à descoberta da religião de outros seja, de fato, uma ponte entre as pessoas, um sinal de que é possível a convivência mútua, e muito além disso, um alicerce para as próximas gerações.

Ao longo de todo o trabalho, procurou-se demonstrar que o passado, isto é, os aspectos históricos tiveram bastante relevância para a gênese da liberdade religiosa, merecendo um destaque. Verdadeiramente, o progresso no princípio da laicidade e o constante aperfeiçoamento nos valores da tolerância, respeito e liberdade proporcionaram a inclusão no cenário jurídico-estatal. Tamanha foi a preocupação dos pioneiros nesse tema que as constituições produzidas desde então consagraram

esses conceitos em seus textos, o que denota, a aspiração em se alcançar o elo entre as pessoas, por meio da religião.

Os fatos presentes, no entanto, nos apontam que ainda há uma atual pobreza espiritual que o mundo vive, em virtude do próprio distanciamento dos valores comuns e universais que cercam os seres humanos. Há um nítido contraste entre o avanço científico-acadêmico e a consciência moral e espiritual. Martin Luther King nos explica:

> Todo homem vive em duas esferas, a interna e a externa. A interna é a esfera dos fins espirituais expressos na arte, na literatura, na moral e na religião. A externa é aquele complexo de aparelhos, técnicas, mecanismos e instrumentalidades por meio dos quais vivemos. Nosso problema hoje é que deixamos o interno se perder no externo. Permitimos que os meios pelos quais vivemos suplantassem os fins para os quais vivemos. [127]

O cenário atual se apresenta como alarmante. Desde as políticas beligerantes estatais adotadas, passando pelo terrorismo iminente que assola o mundo, chega-se à arrogância individualista que dita os rumos do coração humano. Diante disso, não há dúvidas de que a questão da liberdade de pensamento, de credo e de convicção deverá, também, atingir o campo do Direito.

O atual paradigma de democracia a ser defendido nesse trabalho é a busca pela laicidade e pela preservação de direitos fundamentais correlatos, que representam a resposta adequada para os desafios da pluralidade de ideias que se encontra no Estado Democrático de Direito. Isso permitirá desarmar, no contexto da sociedade civil, os potenciais conflitos existentes entre os diversos pensamentos religiosos.

Nesse ponto, Habermas nos indica que "para uma garantia simétrica da liberdade de religião, o caráter secular do Estado constitui uma condição necessária, mas não suficiente"[128], ou seja, a mera atuação estatal e jurídica, por si só, não representa a solução para os problemas relacionados.

---

[127] KING, Coretta Scott. *As palavras de Martin Luther King*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 72.
[128] HABERMAS, Jurgen. *Entre naturalismo e religião*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 136.

Em certa medida, a chave para usufruir da liberdade de crença está ligada a um contexto individual que busca não só a defesa de seus próprios pensamentos, mas também a aceitação dos demais, equilibrando as relações sociais. Portanto, parte-se desse ponto de vista para a perspectiva futura, consubstanciada nas mais simples noções de igualdade, respeito e amor para com o próximo. Nesse sentido, Martin Luther King nos lembra:

> Quando falo de amor, não estou falando de uma resposta sentimental e fraca. Estou falando daquela força que todas as religiões viram como propósito unificador supremo da vida. O amor é de certa maneira a chave que abre a porta para a realidade última [..] e é o mais poderoso instrumento na busca da humanidade por paz e segurança.[129]

As reflexões trazidas nesse trabalho, a ponderação entre os princípios constitucionais, os casos mencionados e as realidades em outros países acerca do tema desenvolvido comprova que, apesar de se reconhecer a liberdade religiosa como um direito humano e constitucional, sua efetivação e sua concretização continuam sendo um desafio que merece a atenção do Estado, das Igrejas, Lideranças Religiosas, Instituições públicas e de todas as pessoas que pretendem a garantia efetiva de uma convivência pacífica e harmoniosa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI*, Jacarezinho, n.11, p. 75-94, 2009.

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. A liberdade religiosa no direito internacional: âmbito de proteção e restrições. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2014. p. 31-43.

ALVES, Rubens Valtecides; BORGES, Alexandre Walmott. O Estado laico e a liberdade religiosa na experiência constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 107, p. 227-265, jul./dez. 2013.

[129] KING, Coretta Scott. *As palavras de Martin Luther King*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 69.

ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

ASSIS, Karoline Marchiori de. *O financiamento de organizações religiosas no sistema tributário alemão*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20197. Acesso em: 17 set. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová*: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 368-369.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1877. v. 4. t. 1.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /Ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov .br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. de 2017.

BERTUSSO, Magna Boeira; BARACAT, Eduardo Milléo. Princípio da vedação de proteção insuficiente aplicável ao delito de redução de pessoa à condição análoga a de escravo. *Revista UNICURITIBA*: Curitiba, v. 1, n. 18, p. 125-159, jul./ dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 859.376/PR.* Reclamante: União. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 13, de junho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312131493&ext=.pdf. Acesso em: 2 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação/Reexame necessário Nº 5009191-49.2012.404.7005/PR. Terceira Turma. Apelante: Advocacia Geral da União -AGU. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14, de Maio de 2014. Disponível em: https://www.conjur. com.br/dl/trf-permite-freiras-tirem-foto-habito.pdf. Acesso em: 2 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança. *AMS 2003.70.00.017703-1/PR.* Terceira Turma. Apelante: Carlito Dutra de Oliveira. Apelado: Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. Relatora (a): Desembargadora Federal Maria Lucia Luz Leiria. Porto Alegre,

16 de outubro de 2007. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa /inteiro_teor.php?orgao=1&documento=19 19973. Acesso em: 19 set. 2018

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito*: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsiever, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Marco Cesar de; CAMPOS, Tiago Rodrigues. O estigma religioso imposto às testemunhas de jeová no brasil em face da não aceitação da transfusão de sangue. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 3, p. 156-172, 2017.

CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares*: secularização, laicidade e religião civil, Coimbra: Almedina, 2006.

COÊLHO, Marcial Duarte. Direito Fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 399-419, jul./ dez. 2016.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 1 set. 2018.

CORREA, Norton Figueiredo. *Sob o signo da ameaça*: conflito, poder e feitiço nas religiões afro-brasileiras. 1998. 287 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998.

COURA, Alexandre de Castro; LARANJA, Anselmo. Liberdade religiosa, igualdade e diferença: reflexões acerca de direito e democracia à luz do julgamento do caso 's.a.s. v. france' pela corte europeia de direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais Democracia*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 228-256, jan./abr. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público:* novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM. José Sergio da Silva. O Estado Democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da Administração Pública democrática. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul./dez. 2016.

CUNHA, Luiz Antonio; OLIVA, Carlos Eduardo. Sete teses equivocadas sobre o Estado Laico. *Ministério Público em Defesa do Estado Laico*, Brasília, v. 1, n. 1, p.207-227, 2014.

DADALTO, Luciana. *O profissional de saúde diante da recusa de transfusão sanguínea por pacientes Testemunhas de Jeová*. Disponível em: http://www.lucianadadalto.com.br/blog/o-profissional-de-saude-diante-da-recusa-de-transfusao-sanguinea-por-pacientes-testemunhas-de-jeova. Acesso em: 2 set. 2018.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 17 set. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 24 set. 2017.

DELUMEAU, Jean; MELCHIOR-BONNET, Sabine. *De religiões e de homens*. São Paulo: Loyola, 1999.

EHLERS, Dirk. Art. 140. In: SACHS, M. (Coord.) *Grundgesetz*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2007.

EVANS, Carolyn. Religious Freedom in European Human Rights Law: the search of a guiding conception. In: *Religion and International Law*. Matinus Nijhoff Publishers, 1999.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Positivo, 2013.

FINNIS, John. Religion and State: Some Main issues and Sources. *The American Journal of Jurisprudence*, 2006.

FRADA, Manuel Carneiro da. Relativismo, Valores, Direito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 68, n. 2-3, p. 651-713, set./ dez. 2008.

GALLEGO, Roberto de Almeida. O sagrado e a ágora: religião e laicidade no estado democrático de direito. In: GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista (Coord.). *(Re)pensando o direito:* estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES. Roberto Magnus Varela. Princípio Constitucional da Igualdade. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 1, n. 2, p. 123-125, jul./dez. 2010.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Cidade do México: UNAM, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Entre naturalismo e religião*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HISTÓRIA das testemunhas de jeová. *A Sentinela*, São Paulo, n. 23, p. 3-7, 15 jul. 1974. Disponível em: http://testemunha.orgfree.com/historia.htm#Brasil. Acesso em: 25 ago. 2018.

HOLBACH (Barão de). *Teologia Portátil ou Dicionário abreviado da religião cristã* (1768). São Paulo: Martins Fontes, 2012.

IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Religiões. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?tema=censodemog2010_relig. Acesso em: 10 ago. 2018.

IHU. UNISINOS. *Dez fatos sobre os ateus nos EUA*. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/569078-10-fatos-sobre-os-ateus-nos-eua. Acesso em: 2 set. 2018.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JEHOVAH'S WITNESS. Qual é o fluido mais precioso de todos? *Revista Despertai*, São Paulo, n. 110, p. 10-12, 3 ago. 2005.

KING, Coretta Scott. *As palavras de Martin Luther King*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

KUYPER, Abraham. *Calvinismo*. São Paulo: Cultura Cristã, 2002.

LABORDE, Cécile. *Critical Republicanism*: The Hijab Controversy and Political Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEITE, António. *Regalismo*. Disponível em: http://www2.ucp.pt/resources/Documentos/SCUCP/GaudiumSciendi/Revista%20Gaudium%20Sciendi_N4/6.%20jmirandaEstado%20%20liberdade%20religiosa%20e%2 0laicidade.pdf. Acesso em: 19 set. 2018.

LEMBO, Cláudio. *A pessoa*: seus direitos. Barueri: Manole, 2007.

LOLLINI, Andrea. Legal argumentation based on foreign law: an example from case law of the South African Constitutional Court. *Utrecht Law Review*, Utrecht, v. 3, n. 1, p. 56, 2012.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O Supremo Tribunal Federal e o argumento de direito constitucional comparado: uma leitura empírica a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*: Rio de Janeiro, n. 47, p.32-63, jul./dez. 2015.

LUZ, Samuel. Liberdade Religiosa como Fato Social no século XXI. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2014. p. 193-198.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, *Estado constitucional e neutralidade religiosa*: entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra Editora, 2003.

MAGGIE, Yvonne. *Medo do feitiço*: relações entre magia e poder no Brasil. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1992.

MANDELA, Nelson. *Um longo caminho para a liberdade*. São Paulo: Planeta, 2012.

MARIANO, Ricardo. *Análise sociológica do crescimento pentecostal no Brasil*. São Paulo. Universidade de São Paulo: 2001.

MARTINEZ-TORRON, Javier. El derecho de Liberdad Religiosa em la Jurisprudencia em torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos. In: Annuario de derecho eclesiástico del Estado, Madrid, vol. III, Editorial de la Universidad de la Complutense de Madrid, 1986.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *O Acordo Brasil-Santa Sé e a laicidade do estado:* aspectos relevantes. São Paulo: LTr, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, p.1-12, jun. 1999.

MIRANDA, Jorge. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, 2014. MÜNCH, I.Staatsrecht II. *Berlin*. Köln: Kohlhammer, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová como Exercício Harmônico de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Parecer, 2009.

ORO, Pedro Ari. A laicidade no Brasil e no Ocidente: Algumas considerações. *Civitas*: Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 221-237, maio/ago. 2011.

OWLWEILER, Leonel Pires. Os princípios constitucionais da Administração Pública e o mundo prático no Direito Administrativo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito*, Canoas, v. 5, n. 2, p. 150-168, jul./ dez. 2013.

ÖZDIL, Ali Özgür. *Islamische Theologie und Religionspädagogik in Europa*. Stuttgart: Kohlhammer, 2011.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

PEGORARO, Lucio. La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado. In: Arturo Zaldívar Lelo de. (Org.). *La ciencia del derecho procesal constitucional:* estudios en homenaje a Héctor FixZamudio. Ciudad del México: UNAM, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*: direito estadual II. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

PIRES, Maurício. *A religião e o Estado Laico*. Disponível em: https://mauriciopires .jus brasil.com.br/artigos/610569814/a-religiao-e-o-estado- laico?ref=serp. Acesso em: 19 set. 2018.

RESOLUÇÃO CFM 1021/80. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br /resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm. Acesso em: 2 set. 2018

RESOLUÇÃO CFM 1931/2009. Disponível em: http://www.portalmedico .org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 2 set. 2018.

S.A.S. v FRANCE, *Application no. 43835/11*, European Court of Human Rights, p. 60, 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/lei-francesa-proibe-uso-burca-nao-fere.pdf. Acesso em: 12 set. 2018.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito:* perspectivas histórico-constitucionais da relação estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.* São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA NETO, Manuel Jorge. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVESTRE. Armando Araújo. *Calvino e a resistência ao Estado*. São Paulo: Mackenzie, 2003.

SINNER, Rudolf Von. Estado e religiões: O exemplo da Alemanha. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, n.3, p. 467-483, set./dez. 2014.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *O Direito Penal e o Princípio de Proibição de Proteção Deficiente*: a face oculta da proteção dos Direitos Fundamentais. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008. Disponível em: http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf. Acesso em: 18 set. 2018.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

URETA, Agustín García. Artículo 9: liberdade de pensamiento, de conciencia y de religión. In: *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario Sistematico.* Madrid: Civitas, 2004.

WALTER, Christian. *Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 19, caput, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo. W.; STRECK, L.

L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva;Almedina, 2013. p.701- 711.

ENTRE A CASA E A JUSTIÇA: A APLICAÇÃO DO *SURSIS* PROCESSUAL NOS CASOS DA LEI MARIA DA PENHA

Andressa Soares Cardoso

RESUMO

O advento da Lei 9.099, que regula os Juizados Especiais veio como resposta às teorias sobre o abolicionismo e o minimalismo penal, servindo para tratar, também, os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, com o crescente aumento de casos desse tipo, notadamente o caso da Farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, o qual culminou, em 2001, na condenação pública do Estado brasileiro, reconhecendo-se a "negligência e omissão frente à violência doméstica" do Brasil. Foi editada, então, a Lei n. 11.340, em 2006, com o intuito de prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, trazendo rigor não encontrado na brandura da Lei dos Juizados Especiais. Ocorre, porém, que, ainda assim, discute-se, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, quase 12 (doze) anos depois de sua promulgação, a (in)aplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, em detrimento do art. 41, da referida Lei Maria da Penha.

1 INTRODUÇÃO

Embora tenha feito 12 anos, a Lei n. 11.340/2006 sempre foi alvo de inúmeras incertezas e digressões por parte do Judiciário, principalmente quanto à aplicabilidade de seu artigo 41, que proíbe a aplicação da Lei n. 9.099/1995.

Desse modo, convém verificar de que forma é utilizada a Suspensão Condicional do Processo, uma medida despenalizadora, no combate à violência no seio doméstico e intrafamiliar, no âmbito das Varas e demais órgãos do referido Poder.

A Lei n. 9.099, que regula os Juizados Especiais Criminais (JECrim's), entrou em vigor em 1995 e, até 2006, foi o dispositivo legal que também era aplicado às infrações penais praticadas com violência doméstica e familiar contra o gênero feminino. No entanto, as medidas empregadas neste modelo de justiça já não eram satisfatórias.

Diante do recorrente aumento e prática de violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha (LMP) alterou a forma de enfrentamento destes crimes. A LMP surge então da necessidade de um mecanismo que viesse ampará-la de forma eficiente. Marcando a ruptura com o modelo anterior, o referido dispositivo expressamente afasta as medidas da Lei dos Juizados Especiais em seu artigo 41.

Perante o incessante debate quanto à inaplicabilidade das medidas despenalizadoras contidas na Lei 9.099, em especial da Suspensão Condicional do Processo, frente à Lei n. 11.340, o presente projeto pretende demonstrar que, apesar da vedação destes institutos, alguns magistrados continuam concedendo tais benefícios, embora vencidos em instâncias superiores.

A apresentação deste trabalho será organizada em 3 (três) capítulos. No primeiro, será feita a introdução sobre as lutas femininas por direitos até a elaboração da Lei Maria da Penha e a abrangência dos tipos de violência protegidos.

O segundo capítulo, sob o título de Lei 9.099/1995 e a Suspensão Condicional do Processo, é inteiramente dedicado à tratativa posta pela aludida norma, visto que seus institutos de despenalização e o rito sumaríssimo eram também aplicados aos casos de violência doméstica.

O terceiro refere-se aos constantes debates perpetrados no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica Contra a Mulher no tocante à aplicabilidade do instituto do *sursis*.

Por fim, observa-se então que, na prática forense, a utilização do sursis processual continua a ser aplicada, de forma controversa, onde – por interpretação extensiva do dispositivo legal – os operadores do direito violam a

constitucionalidade do artigo 41 e, também, a vontade do legislador ao instituir a Lei Maria da Penha.

2 INTRODUÇÃO À LUTA FEMININA POR DIREITOS

A mulher sofre com represálias e preconceitos desde o início da civilização. Baseada em discursos com papéis bem delineados para o masculino e o feminino, a sociedade carrega uma herança que teve certas atitudes e tratativas do próprio ordenamento jurídico enraizadas.

A Lei n. 11.340/2006 surge então de forma a propiciar uma abertura de consciência através de uma norma positivada. Através dela, é possível notar que há várias hipóteses de violência doméstica no âmbito familiar.

2.1 A herança transmitida por anos

"Em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher". A frase já deve ter sido ouvida por boa parte da população brasileira. Embora bastante propagada, o Estado garante em sua Carta Magna a proteção da família e das relações dela decorrentes. A Constituição oferece então especial atenção à organização familiar, a base da sociedade, comprometendo-se a frear qualquer violência que ocorra no âmbito doméstico.[1]

Apesar de todo o arcabouço constitucional, na prática, o Estado pouco interferia nas relações de afeto (seja no bojo doméstico ou intrafamiliar). A ideia sacralizada de que os homens comandavam a casa e, inclusive, as mulheres, foi por bastante tempo utilizada como argumento para que essa interferência sequer fosse questionada.[2]

[1] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.
[2] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p. 18-25.

A legislação infraconstitucional seguia o mesmo raciocínio: enquanto o Direito Penal preocupava-se apenas na classificação da mulher como sujeito passivo em crimes sexuais; no âmbito civil, ela era um ser humano com reduzida capacidade. Aliada a isso, a própria sociedade demonstrava persistência nos valores anteriormente firmados.[3]

Vale ressaltar que a característica social de que o homem é superior à mulher teve como principal referência a Roma Antiga por meio do *pater familias*. Esse instituto "expressava o poder indiscutível de vida e morte do homem sobre todos os membros da família, da qual ele era a única pessoa plena de direitos, de acordo com a lei."[4]

A superioridade paterna estabeleceu-se pela religião, onde o fundamento da família situava-se no poder paterno ou marital.[5] Dessa forma, a figura masculina se sobrepõe à feminina desde a antiguidade.

Na sociedade brasileira, esse modelo de dominação masculina patriarcal também foi incorporado. Como leciona Bourdieu, o *habitus* é o "princípio [...] unificador de práticas".[6] Fica assim facilitada sua incorporação na família, na escola ou no grupo social. As mulheres são construídas socialmente como gestoras de bens do lar, como se fossem inferiores. Os homens e as mulheres são moldados pela construção social de acordo com o seu gênero, ficando condicionados a agir de acordo com este.

Ou seja, a sociedade mantém uma expectativa sobre um determinado gênero, como se o homem e a mulher tivessem que cumprir um papel previamente estipulado, o que foi posto por Marília Montenegro:

---

[3] BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*, de 1830. "Art. 219. *Deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos*. Penas - de desterro para fora da comarca, em que residir a deflorada, por um a três anos, e de dotar a esta."

[4] TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é Violência contra a Mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002. p. 29-30.

[5] COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

[6] BORDIEU, Pierre. *Razões Práticas*: Sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus. 1996. p. 21.

> "Os papéis estavam bem definidos na sociedade patriarcal, de modo a não haver conflitos. O homem representava o papel de forte, racional, viril, provedor, era o dono. Já a mulher assumia o papel de frágil, vulnerável, sensível, doméstica, impotente, era o objeto."[7]

É como se os indivíduos já nascessem com um contrato-padrão a ser cumprido, com atitudes bem delineadas e – caso "tropecem" em alguma cláusula – serão massacrados e criticados pelo sistema patriarcal.

Com o advento dos movimentos feministas, as mulheres deram o passo inicial em busca dos seus direitos e objetivos legais. Maísa Campos e Regina Lucia consignam que:

> "[...] buscaram romper com dicotomias entre o público e o privado cobrando responsabilidades do Estado e da sociedade em assegurar a todas/os o respeito à dignidade humana e a uma vida sem violência.
>
> Tais denúncias destacavam o quanto, por muito tempo, os limites do privado legitimaram ou ignoraram a gravidade das violências sofridas por mulheres, ilustradas por mitos populares […]."[8]

Lugares que antes eram somente ocupados por homens, deram espaço a elas e às suas reivindicações. No entanto, a opressão, a falta de visibilidade e a violência ainda são um problema social brasileiro.

2.2 O caso Maria da Penha e a criação da lei 11.340/2006

São variadas as razões que ocasionam as agressões, destacam-se os vícios, os sentimentos de posse, os ciúmes, as atitudes machistas, os costumes, os meios de comunicação (o enfoque midiático dado – muitas vezes – propaga rapidamente mecanismos de dominação) e – até mesmo – as rupturas de expectativas de papéis. No entanto, conforme leciona Carvalho:

[7] MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha:* uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 33-34.
[8] GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S. *Violência contra a mulher*: problematizando definições teóricas. 2015. Disponível em: http://ref.scielo.org/5cf64m. Acesso em: 16 ago. 2018.

> "Toda violência contra a mulher constitui desrespeito aos seus direitos e liberdades fundamentais e é um obstáculo ao justo desfrute desses direitos. Mesmo no recesso do lar, as mulheres têm sido vítimas de agressões físicas e morais, são alvos de maus-tratos sexuais, de servidão e prostituição. Elas também sofrem prejuízos culturais, discriminações em razão da raça, xenofobia, pornografia, depuração étnica, etc."[9]

Nessa lógica, a Lei n. 11.340 foi sancionada em 2006 tendo em vista os apelos de grupos feministas em conjunto com outros movimentos sociais, as pressões internacionais e – em principal atenção – o caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes.[10]

Maria da Penha, como inúmeras vítimas de violência doméstica, sofria agressões e represálias de seu cônjuge. Com medo, nunca reagiu. O seu caso somente foi levado a conhecimento público após, por duas vezes, o seu marido tentar matá-la. A primeira tentativa ocorreu após diversos disparos com arma de fogo. Como consequência, ficou paraplégica e foi submetida a diversas intervenções cirúrgicas, além dos traumas psicológicos.[11]

No ano de 1991, seu ex-companheiro foi submetido a júri e uma pena de dez anos foi-lhe imposta. A defesa recorreu da condenação alegando falhas na formulação de quesitos aos jurados. Com base nisso, o Tribunal anulou a decisão.[12]

Submetido a novo julgamento, o acusado foi condenado e, finalmente, preso. Porém, após apenas dois anos de prisão em regime fechado, Maria da Penha lidou com uma nova problemática: seu agressor de anos de vida marital estava novamente "solto".[13] Não bastasse todas as torturas sofridas, a farmacêutica se viu perante uma

[9] CARVALHO, Júlio Marino de. *Os direitos humanos no tempo e no espaço*: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história. Brasília: Brasília Jurídica, p. 216, 1998.

[10] PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101-118.

[11] VERAS, G. G.; CUNHA, M. L. N. *A Lei Maria da Penha sob uma perspectiva do direito feminista*. Padê: Estudos em filosofia, raça, gênero e direitos humanos. 2010. p. 1-16.

[12] COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 54/01*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

[13] VERAS, G. G.; CUNHA, M. L. N. *A Lei Maria da Penha sob uma perspectiva do direito feminista*. Padê: Estudos em filosofia, raça, gênero e direitos humanos. 2010. p. 1-16.

justiça morosa: as lutas em busca de uma responsabilização perduraram por quase vinte anos.

Com a sensação de impunidade, o caso foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por organizações não-governamentais. A Comissão, após algumas tentativas de contato com o Estado brasileiro, não obteve resposta. Diante de tamanha omissão, a CIDH fez uma condenação pública internacional em 2001. Recomendou-se que, diante da "negligência e omissão frente à violência doméstica"[14] do Brasil, fossem adotadas várias medidas além de impor o pagamento de indenização no valor de vinte mil dólares à vítima.

Maria Berenice Dias leciona que: "veio a Lei Maria da Penha para atender os compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais, que impõem o reconhecimento do direito das mulheres como direitos humanos."[15]

Então, a 11.340/2006 como resposta a uma dessas recomendações.[16] A referida lei ficou popularmente conhecida como "Lei Maria da Penha", em homenagem à mulher que sofreu por anos abusos, lutou para que o seu caso servisse de exemplo e não ocorresse com tantas outras.

A Lei Maria da Penha é o marco inicial da luta das mulheres pela concretização e proteção dos seus direitos.[17] Começou a vigorar em 22 de setembro de 2006, foi decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Os progressos alcançados pela nova lei foram relevantes e expressivos.

---

[14] COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 54/01*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

[15] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 129.

[16] PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101-118.

[17] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 41-42.

Nesse contexto, a sua adoção veio sanar uma omissão da Constituição que há anos assombrava o Brasil. É então um "instrumento de concretização da igualdade material entre homens e mulheres, conferindo efetividade à vontade constitucional, inspirada em princípios éticos compensatórios."[18]

A Lei n. 11.340 alterou o Código Penal Brasileiro, possibilitando punições aos agressores de mulheres no âmbito doméstico e familiar. Ainda que se encontre presente uma cultura enraizada de machismo, a legislação permite às vítimas que denunciem e possam usufruir, em tese, de uma proteção estatal.

2.3 O conceito de violência contra a mulher

Considerada como um dos principais problemas mundiais de saúde pública pela Organização Mundial de Saúde (OMS)[19], a violência assola não só os países subdesenvolvidos (ou emergentes) como também os desenvolvidos.

A compreensão de que a violência é um problema a nível mundial de saúde pública apoia-se no impacto trazido por ela em sua diversidade de formas, "na mortalidade, na morbidade, e nos custos para o setor de saúde, sejam esses decorrentes do tratamento e reabilitação das vítimas como também dos anos de vida perdidos."[20]

Dando especial atenção às mulheres, colocando-as em grupo de risco, tendo em vista à sua vulnerabilidade e à sua recorrente posição como vítima de crimes, a OMS – no Relatório 49.25 da Assembleia Mundial da Saúde – reconhece que a

[18] SOUZA, P. R. A. *Lei Maria da Penha e sua contribuição na luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da sociedade brasileira*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5886. Acesso em: 10 ago. 2017.

[19] Tradução livre. Versão original: "[…] 1. DECLARES that violence is a leading worldwide public health problem." Resolução n.º 49.25 (OMS). Disponível em: http://www.who.int/violence_injury_prevention/resources/publications/en/WHA4925_eng.pdf Acesso em: 06 set. 2017.

[20] LIMA, Renato Sérgio; PAULA, Liana. *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?*. São Paulo: Contexto, 2006.

violência traz "graves implicações imediatas e futuras a longo prazo para a saúde" e também representa risco "para indivíduos, famílias, comunidades e países".

Diante disto, a violência doméstica e familiar não é somente um problema que afeta a vítima dentro de sua própria casa ou dentro de uma relação conjugal, mas também a sociedade como um todo. Como observa Carolina Valença:

> "Não se pode imaginar a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, quando há um grupo que sofre violência doméstica, discriminação, alijamento das práticas sociais, baixos salários em relação aos do sexo masculino, dentre outros problemas. Assim, o vetor condutor das políticas públicas e do comportamento do Estado nos leva para a igualdade material, com o desenvolvimento de políticas de amparo à eliminação das barreiras e ao desenvolvimento para que a mulher possa participar cada vez mais nos assuntos da *polis*."[21]

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto DataFolha e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), 2 em cada 3 brasileiros presenciaram uma mulher sofrendo algum tipo de violência em 2016. Cerca de 61% afirma também que o agressor era um conhecido da vítima.[22]

Esses dados estatísticos alarmantes não são uma novidade, afinal, a violência contra a mulher não é recente em nossa história. Apenas a visibilidade (seja social, política e/ou cultural) que conhecemos na atualidade é que iniciou de forma tímida por volta da década de 1960 através do movimento feminista mundial. Enquanto, nacionalmente, a partir de 1980.[23]

Nesse diapasão, Guita Debert e Maria Filomena Gregori nos ensinam:

> "A definição de violência contra a mulher no Brasil foi elaborada em meio a uma experiência política inovadora na década de 1980, em que, ao lado de práticas de sensibilização

[21] FERRAZ, Carolina Valença. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.
[22] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e Invisível*: a vitimização de mulheres no Brasil. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2017/05/relatorio-pesquisa-vs4.pdf Acesso em: 06 set. 2017.
[23] CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-63.

> e de conscientização, militantes feministas atendiam mulheres que sofriam violências nos chamados SOS-Mulher."[24]

Diante deste mesmo cenário, a Lei Maria da Penha foi criada: um contexto em que as mulheres constantemente sofriam (e sofrem) agressões. Urge destacar que este subsistema penal visa a criação de "mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher", além de estabelecer "[...] medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar".[25]

Aqui, salienta-se a importância da referida lei haja vista que o Brasil sanou uma omissão constitucional, que perdurou de 1988 até 2006, e até mesmo infraconstitucional, pois a Lei dos Juizados Especiais Criminais – a legislação que era utilizada à época no âmbito das relações familiares – já se demonstrava deficiente aos anseios da mulher.[26]

A Lei n. 11.340/2006 não trata somente da agressão física, embora seja um dos tipos mais recorrentes, mas também de outras formas de violência. As definições acerca de violência da referida lei são amplas, abrangendo os seus diversos tipos bem como os modos que ela poderá se dar. A partir da observação do artigo 7º, conclui-se que este vale-se do termo "entre outras". Ou seja, ao definir a violência doméstica e familiar, o rol não é taxativo.[27]

A violência é então um fenômeno que engloba uma enorme quantidade de elementos e fatores culturais. Dessa forma, o seu significado não possui um conceito fechado ou é algo que possa ser interpretado estritamente. Seu conceito é extremamente mutável. A OMS afirma que:

---

[24] DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 2008, v. 23, n. 66, p. 165-185. Disponível em: http://ref.scielo.org/yxkrkk. Acesso em: 16 ago. 2018. p.168..

[25] BRASIL, *Lei n. 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

[26] CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 4559/2004*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=PL+4559/2004. Acesso em: 16. ago. 2018. p. 17-19.

[27] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 65-66.

> "A violência é um fenômeno extremamente difuso e complexo cuja definição não pode ter exatidão científica, já que é uma questão de apreciação. A noção do que são comportamentos aceitáveis e inaceitáveis, ou do que constitui um dano, está influenciada pela cultura e submetida a uma contínua revisão à medida que os valores e a as normas sociais evoluem."[28]

De acordo com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995, também conhecida como "Convenção de Belém do Pará": "[…] entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada."[29] Identificando-a então como uma violação aos direitos humanos.

A Lei Maria da Penha elenca cinco tipos de violência, que podem ocorrer de forma isolada ou concomitante: a física (inciso I), a psicológica (inciso II), a sexual (inciso III), a patrimonial (inciso IV) e a moral (inciso V).[30]

De forma bem simplória, a violência física, aquela que agride (intencionalmente) a integridade física ou saúde corporal da mulher, pode se manifestar nas formas de empurrões, chutes, socos, apertos (seja nos braços ou pescoço), ferimentos causados por objetos ou armas de fogo, entre outras.[31]

---

[28] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Resolução número 49/25*. Disponível em:<http://www.who.int/violence_injury_prevention /resources/publications/en/WHA4925_eng.pdf Acesso em: 06 set. 2017.

[29] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.* "Convenção de Belém do Pará" (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral). Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm Acesso em 15 abr. 2018.

[30] BRASIL, *Lei n. 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Art. 7. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

[31] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 66.

Já a moral/psicológica diz respeito a humilhações, desrespeitos, insultos, depreciações, injúrias, calúnias, difamações, ameaças, perseguições, etc.[32] Enquanto a patrimonial/econômica é aquela que causa danos aos bens ou valores da pessoa.[33]

A sexual refere-se a obrigar a ter ou participar de relações sexuais, pressionar, presenciar, além utilizar – de qualquer forma – a sexualidade de outrem como meio lucrativo, de vingança ou outro intuito.[34]

O Instituto Maria da Penha diz que:

> "Violência Física: Entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.
>
> Violência Psicológica: É considerada qualquer conduta que: cause dano emocional ou diminuição da autoestima; prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da mulher; ou vise degradar ou controlar suas ações; comportamentos, crenças e decisões.
>
> Violência Sexual: Trata-se de qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força.
>
> Violência Patrimonial: Entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.
>
> Violência Moral: É considerada qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria."[35]

Conclui-se então que as formas de violência são diversas, afetando não apenas o núcleo familiar, mas a sociedade como um todo. Assim, "essas formas de agressão são complexas, perversas, não ocorrem isoladas umas das outras e têm

[32] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-68.

[33] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 71.

[34] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 68-70.

[35] INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Relógios da Violência*. Disponível em: http://www.relogiosdaviolencia.com.br/faces-da-violencia Acesso em: 06 set. 2017.

graves consequências para a mulher. Qualquer uma delas constitui ato de violação dos direitos humanos e deve ser denunciada."[36]

Cabe referir que, não obstante a tratativa do Brasil no plano internacional em 1994, a violência doméstica no âmbito nacional era regulada de forma mais branda: a ela era aplicável a Lei n. 9.099/1995. Ou seja – aos crimes mais recorrentes (ameaças, humilhações ou lesões corporais leves)[37], a chamada "violência do cotidiano"– eram dados os benefícios das medidas despenalizadoras consensuais.

3 A LEI 9.099/1995 E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A Lei n. 9099/1995, os Juizados Especiais Criminais, o rito sumaríssimo ora aplicável e as medidas despenalizadoras são alvos constantes de críticas e desentendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Sustentado por promessas como simplicidade e celeridade, na realidade, esse subsistema autônomo de justiça criminal representou justamente o contrário: um tema de demasiada complexidade, como no caso de aplicação do *sursis* processual.

3.1 A criação da lei dos juizados especiais

Vigente ainda nos tempos atuais, o Código Penal Brasileiro de 1940 colocado em nosso ordenamento jurídico através do Decreto-Lei n. 2.848 – possuía posições que foram consolidadas ao longo do tempo que não mais refletiam a realidade social.

Apenas a título de complementação, o Código Penal foi posto sob a égide da Constituição de 1937, embora materialmente em conformidade com a nossa atual

[36] INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Relógios da Violência.* Disponível em: http://www.relogiosdaviolencia.com.br/faces-da-violencia Acesso em: 06 set. 2017.
[37] INSTITUTO DE PESQUISA DATASENADO. *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia. Acesso em: 13. set. 2018. p. 3-4.

Carta Magna, não o é formalmente, os Decretos-Leis não constituem mais espécies normativas[38], pois são fruto de um regime autoritário de governo.

Assim, em atenção às demandas reformistas que se encontravam em pauta mundialmente na política criminal moderna, o advento da Lei dos Juizados Especiais veio como resposta às teorias sobre o abolicionismo e o minimalismo penal, ou seja, à "exclusão de delitos menores do âmbito do Direito Penal e a erradicação das penas privativas de liberdade de curta duração".[39]

É importante destacar que, anteriormente à Lei n. 9.099/95, algumas leis esparsas já reproduziam este pensamento. A Lei n. 7.244/1984, que deu origem aos juizados de pequenas causas cíveis, tinha como objetivo solucionar lides de menor complexidade (até 20 salários-mínimos)[40] sem que os indivíduos esbarrassem com a morosidade do Poder Judiciário.

Na mesma linha, como vanguardistas, o percursor Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.071/1990), a Paraíba (Lei n. 6.466/1991) e, posteriormente, o Mato Grosso (Lei n. 6.176/1993) tomaram a iniciativa de implementar lei de criação e funcionamento de Juizados Especiais.[41] Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da instituição desses órgãos do Judiciário mediante lei estadual[42] – a competência em matéria penal é da União.[43]

---

[38] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Art. 59. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

[39] HERMANN, Leda Maria. *Violência doméstica e os juizados especiais criminais.* 2. ed. Campinas: Servanda, 2004, p. 69.

[40] BRASIL. *Lei n. 7.244/1984*, de 07 de novembro de 1984, Art. 3º – Consideram-se causas de reduzido valor econômico as que versem sobre direitos patrimoniais e decorram de pedido que, à data do ajuizamento, não exceda a 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País e tenha por objeto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

[41] HERMANN, Leda Maria. *Violência doméstica e os juizados especiais criminais.* 2. ed. Campinas: Servanda, 2004, p. 86.

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 71713-6 PB*, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 26/10/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-03-2001. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginado r.jsp?docTP=AC&docID=73279. Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 72930-4 MS*, Relator: Min. Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 01/02/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 15-03-1996. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_7293

Embora eivada de vício, a iniciativa dos três estados corroborou, posteriormente, na edição do atual modelo de funcionamento dos Juizados Especiais.[44] Após 7 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei Federal foi, finalmente, criada em atenção ao comando do artigo 98:

> "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:I juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;"

No dizer de Ada Pellegrini Grinover:

> "Em sua aparente simplicidade, a Lei n. 9.099/1995 significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro. [...] não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirado – cunhou um sistema próprio da Justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado."[45]

Em vigência desde 26 de novembro de 1995, a Lei n. 9.099 regula a competência, estipulando normas jurídicas destinadas a regular o modo (art. 69 e seguintes), os meios processuais e procedimentais e órgãos estatais (Poder Judiciário, Ministério Público e autoridade policial) aplicáveis aos JECrim's. Dessa forma, a Lei possui caráter processual.[46]

0_MS_1278865315690.pdf?Signature=eVp/FMSIXbT5VoomJaOCjvy08JM=&Expires=1534443791&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=12f9888ff9cb4ae763b7db9c4ab44ffa. Acesso em: 16. ago. 2018.

[43] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

[44] HERMANN, Leda Maria. *Violência doméstica e os juizados especiais criminais*. 2. ed. Campinas: Servanda Editora, 2004, p. 86.

[45] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei n. 9.099, de 26.9.1995*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 37.

[46] CUNHA, Maurício Ferreira. *Leis Especiais para concursos. Juizados Cíveis e Criminais*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 11.

Orientada por princípios como o da oralidade, celeridade e simplicidade, a referida norma foi um divisor de águas em nosso sistema, onde busca-se – em primazia – a solução de litígios de forma pacífica, a chamada justiça consensual.[47]

Como salienta Leda Maria Hermann:

> "[…] os Juizados Especiais Criminais representam um novo modelo de justiça criminal, de natureza antes de tudo consensual, cuja finalidade maior e principal seria perseguir soluções pacificadoras, rápidas e eficazes que atendam os interesses e necessidades dos diretamente envolvidos nesse conflito (agente, vítima e sociedade)."[48]

Os Juizados Especiais subdividem-se em: Juizados Especiais Cíveis (JEC's) e Criminais (JECrim's). Em matéria penal, são compostos por juízes leigos ou togados, competentes para conciliação, o julgamento e execução pertinentes aos crimes de menor complexidade e contravenções penais.[49]

O legislador ordinário federal definiu o conceito de infrações de menor potencial ofensivo no artigo 61: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa."

Quanto aos critérios de cálculo para fixação de competência, serão observados os aumentos decorrentes do concurso formal de crimes e do chamado crime continuado. Em relação ao concurso material, para que seja de alçada dos Juizados, é necessário que o somatório das penas não ultrapasse 2 (dois) anos.[50]

---

[47] CARVALHO, Antônio César Leite de. *Juizados especiais criminais*: suspensão condicional do processo à luz da Lei 9.-099/95. Curitiba: Juruá. 2006. p. 42.

[48] HERMANN, Leda Maria. *Violência doméstica e os juizados especiais criminais.* 2. ed. Campinas: Servanda Editora, 2004, p. 110-111.

[49] BRASIL. *Lei n. 9.099,* de 26 de setembro de 1995. Art. 60 – O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 164.326-SP.* Penal. Suspensão condicional do processo. Concurso de crimes. 1. No cálculo da pena mínima para fins de suspensão do processo (art. 89, da Lei n. 9.099/1995) leva-se em conta a soma das penas no caso de concurso material de crimes. Assim, não faz jus ao benefício o condenado, cuja soma dessas penas, ultrapasse o lapso de um ano. Precedentes do STJ - HC n. 7.389-AM e RHC n. 7.779-SP. 2. Embargos de divergência desprovidos.

De acordo com Bitencourt, “como a lei fala em pena máxima cominada, as majorantes e minorantes incidirão na avaliação da pena cominada à infração penal. […] quando minorante, operar-se-á com a menor redução prevista, e quando majorante, com o maior aumento.”[51]

Coaduna-se então com o entendimento apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado a seguir:

> “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. PENA MÁXIMA SUPERIOR A 2 ANOS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que, para fins de fixação de competência do Juizado Especial, será considerada a soma das penas máximas cominadas ao delito com a causa de aumento que lhe seja imputada igualmente em patamar máximo, resultado que, ultrapassado o patamar de 2 (dois) anos, afasta a competência do Juizado Especial Criminal (RHC 46.646/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016) 3. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no REsp 1563647/PI, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018)”

Em consequência, não prevalece o Enunciado 120, elaborado pelo Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE): “O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos (XXIX Encontro – Bonito/MS).[52]”

Bitencourt, para efeitos sobre o que considerar como contravenções penais, manifesta-se no sentido de que: "[...] por vezes são chamadas de crimes-anões, são

[51] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. 3. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997. p. 108.

[52] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados Criminais*. Disponível em<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrindo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais. Acesso em: 16 jun. 2018.

condutas que apresentam menor gravidade em relação aos crimes, por isso sofrem sanções mais brandas"[53].

Novamente, para analisar se é competência do JECrim, é necessário observar a pena em abstrato, independente de ter ou não multa. Enquanto para as contravenções penais, será responsável ainda que sejam superiores a 2 (dois) anos.[54]

Destarte, a competência material, *ratione materiae*, rege-se pela gravidade da infração, seja nos crimes tipificados pelo Código Penal seja pelos contidos em Leis Extravagantes, e pela ausência de circunstâncias modificadoras de competência.[55]

Já a competência em relação ao local da prática da infração, a *ratione loci*, definida no artigo 63, adotou a Lei a Teoria da Atividade.[56] Diferentemente do Código Penal, que adota a Teoria da Ubiquidade, "apresenta dois aspectos que justificam a sua preferência: o primeiro é a prevenção geral, que é uma das finalidades da sanção criminal, e deve operar-se no local em que o crime foi praticado; o segundo, é a facilidade na coleta de provas [...]."[57]

Oportuno faz-se observar a posição doutrinária:

> "A lei inovou.
>
> Segundo o Código de Processo Penal (art. 70, caput), a competência é, de regra, determinada pelo lugar em que a infração se consumou.
>
> Aqui, não. A competência de foro será estabelecida pelo lugar em que foi praticada a infração pena, ou seja, onde esgotados

[53] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 280.

[54] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 243*. "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano."

[55] BRASIL. *Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Art. 60 – O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

[56] BRASIL. *Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

[57] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. 3. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997. p. 61.

> todos os meios ao alcance do autor do fato, independentemente do lugar em que venha a ocorrer o resultado.
>
> O que interessa é o lugar da ação ou omissão, não o do resultado, como, aliás já se orientou o legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente, o estabelecer que, nos "casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão" (art. 147, par. 1º)"[58]

Em caso de prática de atos incompatíveis ao rito dos JECrim's, aplicar-se-á o artigo 538, Código de Processo Penal, observando o rito sumário. Nesse caso, o processo prosseguirá para as Varas Criminais.[59]

É nesse sentido que o FONAJE entende que:

> "ENUNCIADO 18 – Na hipótese de fato complexo, as peças de informação deverão ser encaminhadas à Delegacia Policial para as diligências necessárias. Retornando ao Juizado e sendo o caso do artigo 77, parágrafo 2.º, da Lei n. 9.099/95, as peças serão encaminhadas ao Juízo Comum."

O fato de ser julgado fora do Juizado Especial, não retira do fato a característica de ser crime de menor potencial ofensivo. Ou seja, nesse caso, seja dentro ou fora, caso o indivíduo preencha os requisitos para a concessão dos benefícios, a ele lhe será aplicada.

O artigo 69 deixa bem claro que, em regra, o indivíduo não será preso.[60] Caso haja captura em flagrante, o indivíduo será levado até a delegacia, e o delegado lavrará um Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), que é, basicamente, uma breve narrativa dos fatos.[61] O TCO substitui o Inquérito Policial (IP).[62]

---

[58] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: Comentários a Lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

[59] BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Art. 538 – Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

[60] SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal – Modificações da lei dos juizados especiais criminais à luz dos princípios processuais.* Curitiba: Jaruá, 1998. p. 127.

[61] HERMANN, Leda Maria. *Violência doméstica e os juizados especiais criminais.* 2. ed. Campinas: Servanda, 2004, p. 90.

[62] SOUZA NETTO, José Laurindo de. Processo Penal – Modificações da lei dos juizados especiais criminais à luz dos princípios processuais. Curitiba: Jaruá, 1998. p. 23-24.

Hermann, ao fazer ponderações sobre o tema, entende que: "esse termo circunstanciado deve configurar-se numa peça informativa enxuta, nada mais do que um boletim de ocorrência um pouco mais detalhado, do qual constem a qualificação do autor do fato e da vítima, a relação de testemunhas e breve histórico do ocorrido."[63]

Assim, diferentemente do Rito Comum, a Autoridade Policial restringe-se a lavrar termo circunstanciado de ocorrência e, conjuntamente, se for o caso, termo de compromisso, que serão encaminhados à esfera judicial.[64]

O Termo Circunstanciado é então remetido imediatamente ao Juizado Especial Criminal.[65] A ideia inicial da legislação era a de que, por conta da celeridade exigida neste rito, o TCO fosse encaminhado assim que a autoridade policial tomasse conhecimento da prática da infração.

No entanto, a própria lei abriu uma brecha: não sendo possível a remessa imediata ao juízo competente, o delegado tomará do suposto autor do fato Termo de Compromisso de que comparecerá no Juizado na data designada.[66]

Em caso de recusa na assinatura, a autoridade policial lavrará o Auto de Prisão em Flagrante (APF). E, consequentemente, será instaurado o Inquérito Policial. Uma vez lavrado o APF, terá que ser instaurado o IP. O APF instaura automaticamente o Inquérito.

Do mesmo modo, Marisa Ferreira dispõe que:

---

[63] HERMANN, Leda Maria. Violência doméstica e os juizados especiais criminais. 2. ed. Campinas: Servanda, 2004, p. 90.

[64] BRASIL. Lei n. 9.099. Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

[65] BRASIL. Lei n. 9.099. Art. 69. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

[66] BRASIL. Lei n. 9.099/95. Art. 69. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

> "Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá a prisão em flagrante nem se exigirá fiança. Caso não seja possível o encaminhamento imediato e o autor do fato não firme o compromisso de comparecer perante o Juizado, será lavrado o auto de prisão em flagrante, com a posterior fixação de fiança (se cabível) pela autoridade policial ou pelo Juízo."[67]

Com o comparecimento da vítima e do autor do fato, será procedida a Audiência Preliminar, em conjunto com o membro do órgão ministerial e – se possível – realizada será a concretização da metodologia consensual

3.2 As medidas despenalizadoras

Para o presente estudo, as medidas de despenalização não são a matéria principal, elas são fontes inesgotáveis de contendas jurisprudenciais. São, contudo, caminho necessário para se chegar à Suspensão Condicional do Processo.

Na audiência preliminar[68], haverá a abertura da atividade conciliatória delineada pela lei, que antecede o procedimento propriamente dito. Em caso positivo, o magistrado reduzirá o acordo a termo escrito e realizará a homologação. Caso este ocorra, o processo criminal não terá início.

> "A Lei n. 9.099/95 não cuidou de nenhuma descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal. Mas disciplinou, isso sim, quatro medidas despenalizadores (medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão)."[69]

[67] SANTOS, Marisa Ferreira dos**.** Juizados especiais cíveis e criminais: federais e estaduais. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 15. t. 2. p. 247.

[68] BRASIL. *Lei 9.099/95*, art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

[69] GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal. - 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Nessa fase, abre-se margem para aplicação dos institutos despenalizadores. Tais hipóteses modificam de forma parcial o tratamento dado pelo processo penal, transformando-o em um procedimento consensual e ágil.[70]

Atente-se que o acordo pode girar em torno de indenização por danos morais, materiais ou, até mesmo, um pedido de desculpas. Caso haja acordo, o magistrado realizará a homologação que gerará um título executivo cível (caso verse sobre valores, obrigações, etc). Em caso de descumprimento, a vítima poderá executá-lo.[71]

> "Nos Juizados Especiais Criminais, busca-se, sempre que possível, um acordo entre o autor e a vítima quanto ao fato que deu causa ao processo. Quando a vítima sofre um prejuízo com o delito praticado pelo autor do fato, pode haver uma indenização mediante o pagamento de determinada quantia em dinheiro pelo autor. Por exemplo, o autor do fato atira uma pedra no carro da vítima e quebra um vidro, mas na audiência ele faz um acordo e paga o valor do prejuízo. Nesses casos, o acordo de indenização se chama composição civil e põe fim à questão criminal. A composição é sempre possível nos delitos em que a lei exige representação ou queixa da vítima."[72]

A conciliação, composição civil dos danos, opera efeitos penais e extrapenais. Para o acusado, tornará extinta a punibilidade e não haverá anotações em sua Folha de Antecedentes Criminais (FAP). Enquanto, para a vítima, haverá a formação de um título executivo judicial. Busca-se aqui o acordo entre autor e vítima.

Para Ada Pellegrini:

> "[...] a conciliação é o instrumento utilizado para que as partes – ou partícipes – possam mais facilmente alcançar a autocomposição, atuando o conciliador como veículo de aconselhamento e orientação. Mas são as partes – ou partícipes – que se compõem, pondo fim à controvérsia."[73]

---

[70] SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal – Modificações da lei dos juizados especiais criminais à luz dos princípios processuais*. Curitiba: Jaruá, 1998. p. 156.

[71] SANTOS, Marisa Ferreira dos**.** *Juizados especiais cíveis e criminais*: federais e estaduais. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 15. t. 2. p. 251.

[72] BRASIL. *Juizado Especial Criminal* – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/informacoes/perguntas-mais-frequentes/juizado-especial-criminal. Acesso em: 17 jun. 2018.

[73] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 119.

Em caso de ação penal privada, havendo conciliação, ocorre a renúncia ao direito de queixa. No caso de ação pública condicionada à representação, ocorrerá renúncia ao direito de representação.[74]

Não sendo possível a conciliação, há o prosseguimento da audiência, onde haverá a prática do segundo ato: a transação penal. A lei autoriza que o proprietário da ação penal realize um acordo em conjunto com o autor do fato, oferecendo uma pena alternativa, anteriormente ao recebimento da denúncia/queixa. A introdução de acordos com o órgão ministerial evita que o indivíduo perca sua primariedade.

A transação penal, contida no artigo 76, dispõe: "havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Publico poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta."

De acordo com a Lei n. 9.099, caberá ao Ministério Público definir se o acusado faz ou não jus ao benefício, sendo, inclusive, nula a audiência realizada sem a participação do *Parquet:*

Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência:

> "Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal.
>
> 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente .(CF, art. 129, I)
>
> 2. Daí que a transação penal - bem como a suspensão condicional do processo - pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.

[74] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 136.

> (RE: 468161 GO, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/03/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 31-03-2006 PP-00018 EMENT VOL-02227-04 PP-00796 RJP v. 2, n. 10, 2006, p. 99-101).”

Vê-se, pois, que a legitimidade para o oferecimento das benesses despenalizadoras incumbe ao órgão ministerial. Sobre a proposta de oferecimento da transação penal, todavia, há inúmeras divergências.

A posição majoritária diz que o seu oferecimento é mitigação do princípio da obrigatoriedade, ou discricionariedade regrada, significa dizer que a legitimidade da proposta é do órgão legitimado do Estado. Portanto, ele fará “averiguação prévia da utilidade e da necessidade do processo formalizado.”[75]

Havendo recusa do *Parquet* em oferecer a proposta de transação penal, esta deve ser fundamentada:

> “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 3º, I, E ART. 4º, A, AMBOS DA LEI N. 4.898/65. NULIDADE. DETERMINAÇÃO DE INDICIAMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANSAÇÃO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> [...]
>
> III - O Ministério Público, ao não ofertar os benefícios da Lei 9.099/95, deve fundamentar adequadamente a sua recusa. A recusa concretamente motivada não acarreta, por si, ilegalidade sob o aspecto formal (precedentes).
>
> Recurso ordinário parcialmente provido apenas para anular a determinação judicial de indiciamento do recorrente e todos os efeitos dela decorrentes.
>
> (RHC 60.445/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 13/05/2016).”

No entanto, verificado no caso concreto que o autor do fato faz jus aos benefícios, mas há a recusa do membro do Ministério Público na propositura de transação penal, deverá ser aplicado, subsidiariamente, o artigo 28 do Código de

[75] JESUS, Damásio. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva. p. 62.

Processo Penal. O magistrado analisará, de forma casuística, e remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça.[76]

Eis o entendimento jurisprudencial:

> "HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. INICIATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 28 DO CPP. APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.259/2001.
>
> 1. Pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a proposta de transação penal, a que se refere o art. 76 da Lei nº 9.099/95, é prerrogativa exclusiva do Ministério Público.
>
> 2. Em havendo divergência entre o seu representante e o magistrado, os autos devem ser remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.
>
> 3. Esta Corte já assentou entendimento de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei nº 10.259/2001, passando a compreender os delitos cuja pena em abstrato não exceda a 2 anos, mesmo que de competência da Justiça Estadual, inclusive os de rito especial, possibilitando a aplicação do instituto da transação penal, disciplinado no artigo 76 da Lei nº 9.099/95.
>
> 4. Writ denegado. Ordem concedida de ofício para que os autos sejam remetidos à Procuradoria de Justiça de São Paulo, a fim de que se manifeste sobre a possibilidade de transação penal.
>
> (HC 34.471/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 04/09/2006, p. 328)."

Aceita a transação, o acordo será homologado e será aplicada uma pena não privativa de liberdade ou multa, a ser enumerada na proposta.[77] Dessa decisão cabe recurso, a apelação (art. 76).[78]

---

[76] BRASIL. *Decreto-Lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Art. 28 – Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

[77] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Juizados especiais cíveis e criminais*: federais e estaduais. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 15. t. 2. p. 247.

O acordo deverá ser feito na presença de um advogado sob pena de nulidade. Nessa monta, Grinover assevera que:

> "[...] para a transação, a submissão ou a renúncia no campo civil, a presença do advogado do autuado, da vítima e do responsável civil poderia parecer dispensável, por versar o acordo civil sobre matéria disponível, que pode até ser objeto de transação extrajudicial. Mas a transação civil, nos Juizados, está estritamente vinculada à transação penal, para a qual a atuação do defensor é indispensável. Ademais, nos casos de representação e queixa, a homologação do acordo civil corresponde à renúncia ao direito de exercê-las, sendo assim extintivo da punibilidade (*v*. comentários ao parágrafo único do art. 73). Por tudo isso, os advogados não poderiam mesmo ser dispensados"[79]

A única consequência é o não recebimento dos benefícios pelos próximos 5 (cinco) anos.[80] Por outro lado, o nome do beneficiado não irá para o rol de culpados, não será considerado reincidente tampouco com maus antecedentes. Ele continua presumidamente inocente.

O julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 248.063/MG, rel. Ministra Marilza Maynard, DJe 23/5/2014, ressalta que: "[...] a aceitação da proposta de transação penal não produz efeitos nas esferas criminal e cível, sendo anotada, apenas, para impedir o mesmo benefício no período de cinco anos. Logo, não haverá registro do processo para quaisquer fins."

Descumprida a proposta de transação, aplica-se a Súmula Vinculante 35. O Ministério Público poderá prosseguir com a persecução penal. Ou seja, o *Parquet* poderá oferecer denúncia ou determinar a continuidade da investigação.

---

[78] BRASIL. *Lei 9099*. Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

[79] GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26-9-1995, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 125.

[80] BRASIL. *Lei n. 9099*. Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. [...] § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: [...] II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; [...].

O juiz só declarará a extinta a punibilidade em razão da transação penal depois de cumprido o acordado. Ou seja, o magistrado homologa, o acusado cumpre o ora imposto e depois será declarada a extinção da punibilidade.

Essa, aliás, é a posição sumular adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

> "Súmula Vinculante n. 35 - A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial."

Por isso, a Súmula Vinculante 35 diz que a decisão que homologa o acordo não fará coisa julgada, o que faz coisa julgada é a declaração da extinção da punibilidade.

Em caso de recusa do autor do fato à proposta de transação, poderá ser oferecida a denúncia ou queixa oralmente na própria audiência, ou os autos serão conclusos ao promotor para que seja oferecida por escrito. Todos saem intimados para a Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ).

Com o início da AIJ, inicia-se também nova tratativa conciliatória entre a vítima e o suposto acusado. No dia da audiência, ocorrerá nova tentativa de conciliação e/ou transação. A Lei 9099 foi criada através de um comando constitucional para fins de conciliação e transação.

Não ocorrendo nem a conciliação nem a transação em audiência, o juiz dará a palavra ao advogado do suposto autor do fato para uma defesa preliminar oral. A previsão é de que a defesa prévia é feita oralmente.

Depois da defesa prévia, o magistrado analisará se é caso de recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa. Se receber, foi efetivamente instaurado o processo. O Ministério Público pode então oferecer a Suspensão Condicional do Processo.

3.3 A suspensão condicional do processo

A Suspensão Condicional do Processo, prevista no artigo 89, é cabível tanto nas infrações de menor potencial ofensivo como também em outros casos, desde que o indivíduo preencha todos os requisitos para a proposta. Ou seja, não é instituto privativo dos Juizados Criminais.[81]

A titularidade da propositura é do órgão ministerial, no oferecimento da denúncia. No entanto, a sua aceitação depende do acusado e de seu defensor.[82] Então, o referido instituto consiste em ato bilateral[83], ambas as partes poderão ceder para entrar em um acordo.

Assim como as outras medidas de despenalização, aferido que o acusado vale-se dos requisitos para o benefício e havendo negativa por parte do membro do Ministério Público na proposta do *sursis* processual, deve ser aplicado, de forma subsidiária, o artigo 28, CPP. O juiz não pode aplicá-la de ofício, porém, deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça.[84]

Esse comportamento foi anotado pela Ministra Rosa Weber no julgado abaixo:

> "A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário conceder os benefícios da Lei nº 9.099/95 à revelia do titular da ação penal. A esse respeito, a Súmula 696 deste Supremo Tribunal Federal: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do

[81] CARVALHO, Antônio César Leite de. Juizados especiais criminais: suspensão condicional do processo à luz da Lei 9.-099/95. Curitiba: Juruá. 2006. p. 33-34.

[82] BRASIL. Lei n. 9.099/1995. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: […].

[83] CARVALHO, Antônio César Leite de. Juizados especiais criminais: suspensão condicional do processo à luz da Lei 9.-099/95. Curitiba: Juruá. 2006. p. 31.

[84] CARVALHO, Antônio César Leite de. Juizados especiais criminais: suspensão condicional do processo à luz da Lei 9.-099/95. Curitiba: Juruá. 2006. p. 32-33.

> Código de Processo Penal". Como a manifestação nos presentes autos provém do próprio Procurador-Geral da República, ainda que esta Colenda Turma dela dissentisse, a negativa deveria prevalecer, porquanto a Constituição Federal conferiu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, à qual intimamente ligada a possibilidade de propor a suspensão condicional do processo e a transação."
>
> (Inq 3438, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 11.11.2014, DJe de 10.2.2015)

Em consequência, ficou superado o entendimento da Sexta Turma no julgamento do HC n. 76.717-RS:

> "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DA PROPOSTA. LEGITIMIDADE. RECUSA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. VERIFICAÇÃO DA LEGALIDADE PELO MAGISTRADO. OBRIGATORIEDADE. CONCESSÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 28, CPP. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. Os requisitos de admissibilidade da suspensão condicional do processo encontram-se taxativamente elencados no art. 89, caput, Lei 9.099/95, quais sejam, pena mínima igual ou inferior a 01 ano, inexistência de outro processo em curso e de condenação anterior por crime e presença dos demais requisitos do art. 77, CP (não reincidência em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício);
>
> 2. O Ministério Público está obrigado a fundamentar a negativa em oferecer a proposta de suspensão do processo, não bastando, para tanto, mencionar genericamente a condição legal e afirmar que o acusado não a satisfaz, mas apontar por quais motivos seria incabível o benefício;
>
> 3. É inaplicável o art. 28 do Código de Processo Penal quando o órgão do *Parquet* se recusar a oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, porquanto rege situação jurídica anterior ao início da ação penal, e, nesta hipótese, compete ao MP decidir acerca da sua propositura, enquanto o art. 89, Lei 9.099/95, trata de fase posterior ao oferecimento da denúncia, cabendo ao juiz a tarefa de conduzir o processo de acordo com as lei aplicáveis;
>
> 4. É imprópria a utilização da analogia para fazer incidir o art.28, CPP, para os fins do art. 89, Lei 9.099/95, pois se o Procurador-Geral ou outro representante do *Parquet*, por ele

> designado, recusar-se a oferecer a proposta, nada mais poderá fazer o magistrado a quo a não ser dar continuidade ao procedimento contraditório, ainda que o acusado satisfaça todas as condições legais para obter o benefício;
>
> 5. O vocábulo poderá, constante do art. 89, Lei 9.099/95, não corresponde a faculdade jurídica. Não possui a acepção de poder que designa autoridade, supremacia em dirigir e governar as ações de outrem pela imposição da obediência ou domínio, mas traduz a idéia de oportunidade, ocasião ou ensejo para oferecer a proposta de suspensão do processo;
>
> 6. O Ministério Público tem somente a legitimidade de oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, sendo a concessão do benefício função judicial e, portanto, obrigatória quando preenchidos os requisitos legais;
>
> 7. Cabe ao juiz, segundo os postulados do princípio do impulso oficial, decidir acerca da suspensão do processo com base nos requisitos legais, havendo ou não proposta pelo Ministério Público;
>
> 8. Ordem concedida para que o juízo primevo decida a respeito da suspensão condicional do processo a partir da fundamentação do órgão do *Parquet*, concedendo ou denegando o benefício com base na legislação que rege a espécie.
>
> (HC 32.008/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2006, DJ 13/11/2006, p. 299)"

Além do *quantum* exigido (pena mínima cominada igual ou inferior a um ano), o acusado não pode ser parte como autor ou já ter sido condenado por outro crime e preencher as demais exigências contidas no artigo 77 do Código Penal, quais sejam:

> "Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
>
> I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
>
> II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
>
> III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.
>
> § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

> § 2º- A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão."

Note-se que, "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.". É o teor da Súmula n. 696 STF[85].

Há, portanto, flagrante mitigação do Princípio da Indisponibilidade, em que o Ministério Público, em que pese seja o titular da ação penal, não possui certa discricionariedade quando do oferecimento do *sursis*.[86]

De mais a mais, insta ressaltar que tal mitigação não pressupõe a prescindibilidade da participação do *Parquet* na Suspensão Condicional, não podendo o magistrado concedê-la ao acusado, à míngua do órgão ministerial, sob pena de nulidade.[87]

Nesse ponto, mister observar que o debate acerca de seu cabimento parece estar solucionado, apontando, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência pela possibilidade de se ofertar na ação penal privada. Pacífica, contudo, não é discussão sobre quem seria o titular para sua propositura: se o Ministério Público ou o querelante.

---

[85] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 696. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666. Acessado em 04. set. 2018.

[86] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 11. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1004.

[87] EMENTA: Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). 2. Daí que a transação penal - bem como a suspensão condicional do processo - pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.](RE 468161, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 31-03-2006 PP-00018 EMENT VOL-02227-04 PP-00796 RJP v. 2, n. 10, 2006, p. 99-101)

O Superior Tribunal de Justiça inclina-se no sentido de que o querelante, titular por excelência da ação penal privada, seria o responsável por, caso queira, ofertar o *sursis* processual, *in verbis*:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA.
>
> TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.
>
> I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal).
>
> II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.
>
> [...]
>
> (APn 634/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/03/2012, DJe 03/04/2012)"

Entretanto, o XXVII Encontro do FONAJE, decidiu por promover o Enunciado n. 112, dispondo que: "Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público."

Assim, parece que ainda há certa dessemelhança entre referidos entendimentos, sendo certo, por outro lado, de que aplica-se, sim, a transação penal também nas ações penais privadas, independentemente de quem a ofertar.

Prosseguindo os ditames do instituto, se a proposta for aceita, o processo será suspenso pelo prazo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.[88] Caso for oferecida, mas não for

[88] BRASIL. *Lei n.* 9099. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena

aceita, a audiência tomará seu curso normal (serão inquiridas as vítimas e testemunhas, haverá o interrogatório do réu e a realização de debates orais – que podem ser convertidos em memoriais, e a consequente prolação da sentença).

Por fim, observa-se que trata de verdadeiro instituto despenalizador, pois não estar-se-á falando de cumprimento de pena, o que, aliado ao fato de que sequer constará o beneficiário no rol de culpados, o *sursis* processual se coaduna às infrações de menor potencial ofensivo, os quais merecem, à vista do atual legislador brasileiro, menor intervenção do Poder Punitivo Estatal.

4 A APLICABILIDADE DA LEI

Pela dicção fria do artigo 41 da Lei Maria da Penha, nota-se – com bastante clareza- que aos atos violentos praticados no âmbito doméstico e/ou familiar não só os benefícios mas a Lei como um todo não serão aplicáveis.

No entanto, alguns Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) insistem em aplicar a referida norma, ainda que existentes posições consolidadas e majoritárias na doutrina e jurisprudência, violando não só a vontade do legislador como também proferindo decisões inconstitucionais

4.1 A suspensão condicional do processo e a Lei 11.340/2006

Como já demonstrado, a Suspensão Condicional do Processo se reveste como evidente benefício àqueles que, embora tenham infringido preceitos penais, ofenderam de forma ínfima o ordenamento jurídico.

A intenção do legislador foi, além de aliviar as prateleiras do Poder Judiciário, já tão exacerbadas, trazer um caráter progressivo e seletivo aos infratores da lei, em virtude do cometimento de crimes de menor potencial ofensivo ou contravenções penais.[89]

[89] CARVALHO, Antônio César Leite de. *Juizados especiais criminais*: suspensão condicional do processo à luz da Lei 9.-099/95. Curitiba: Juruá. 2006. p. 26.

Nesse ínterim, com o advento da Lei n. 11.340/2006 sobreveio importante discussão acerca da aplicabilidade das medidas de despenalização da Lei n. 9.099/95, especialmente quando tratar de infrações penais que, mesmo praticadas no âmbito de violência doméstica contra a mulher, atendam aos requisitos daquela Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Isso porque o art. 14 da referida LMP impõe a criação de "Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher", competentes para o "julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher"[90].

Aliás, crimes como a ameaça e lesão corporal leve contra a mulher, os quais, a primeira vista, atendem às exigências daquele art. 89, da Lei n. 9.099/95 – por serem de menor lesividade jurídica, já que o *quantum* da pena aplicado não supera 1 (um) ano – se submeteriam aos benefícios deste *codex* legal.

Ocorre, porém, que a incidência da LMP se faz não em razão da gravidade do crime, mas sim de suas circunstâncias, isto é, quando da prática em âmbito doméstico e familiar contra a mulher.

Sobre o assunto, Sérgio Ricardo Souza esclarece que:

> "Na realidade, com outras palavras, ficou o entendimento que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o *quantum* da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei n. 9099/95, afastando, inclusive, o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da referida Lei do JECRIM."[91]

[90] BRASIL, *Lei n. 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

[91] SOUZA, Sérgio Ricardo. Lei Maria da Penha comentada – sob a nova perspectiva dos direitos humanos. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 235.

Tanto é assim que o que se observa é a maior reprovabilidade dada pelo legislador aos crimes cometidos em tais circunstâncias, sendo certo de que tais condutas trazem "de *per si* um desvalor social agravado pelo fato de o agressor agir motivado também por uma questão cultural – que consiste na falsa suposição de que ele enquanto membro do gênero masculino é superior à vítima mulher."[92]

Por esta razão, dispõe a LMP, em seu artigo 41 que não se aplica, aos casos desta Lei, os ditames previstos na Lei n. 9.099/95, *in verbis*: "art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995".

Mesmo à vista do referido dispositivo supramencionado, o debate se deu em torno de sua inconstitucionalidade, ainda que material, posto que se revelaria em flagrante severidade aos crimes que, legalmente, são considerados ínfimos diante do Direito Penal.

Em verdade, o que se propôs em 2006 foi não apenas tornar as infrações contra a mulher mais severas, mas também coibir a amenidade demasiada pela qual a aplicação dos institutos da Lei n. 9.099/95 tornou-se costumeira no cotidiano forense[93], rompendo com o pensamento da sociedade civil de que a violação dos direitos da mulher encontra-se, ao menos para o Direito Penal, em patamar hierarquicamente inferior às demais proteções constitucionais.

Rogério Sanches e Ronaldo Pinto relatam que:

> "A despeito de inúmeras críticas que foram lançadas, não há dúvida que a opção do legislador foi a mais franca possível no sentido de afastar, peremptoriamente, do âmbito do Jecrim o julgamento dos crimes perpetrados com violência doméstica e familiar contra a mulher. O principal argumento para essa postura se funda, em síntese, na banalização do crime

[92] SOUZA, Sérgio Ricardo. Lei Maria da Penha comentada – sob a nova perspectiva dos direitos humanos. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 232.

[93] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 4559/2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=PL+4559/2004. Acesso em: 16. ago. 2018. p. 17-19.

> praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal proposta pela Lei 9.099/1995."[94]

Ora, o debate anterior à edição da referida LMP foi justamente a utilização trivializada das medidas despenalizadoras em casos como o de violência doméstica e familiar, já que as mulheres se sentiam desprestigiadas pela resposta dada pela Justiça[95], vivendo entre as práticas violentas de casa e o descaso do Estado.

Sendo assim, tem-se que, ao menos sob o prisma da Lei n. 11.340/2006, a violência de gênero passou a ser encarada como tema que merece maior rigorosidade estatal, quebrando o muro da invisibilidade pela qual viviam (e vivem) as mulheres, aplicando-se maior punição "ao mais forte e, muitas vezes, covarde"[96].

4.2 Da (in)constitucionalidade do artigo 41 da lei Maria da Penha.

O art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, como já ressaltado, permitiu a criação dos Juizados Especiais Criminais, não esmiuçando, contudo, as condutas ditas como "infrações penais de menor potencial ofensivo".

Daí surgiu a contestação de que o referido art. 41 da Lei n. 11.340/06 fere a CFRB/88 ao tratar de maneira demasiadamente exacerbada os delitos cometidos em detrimento de violação doméstica e familiar contra a mulher.

Todavia, a questão encontra-se pacificada, já que o próprio Excelso Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC 19 (e, posteriormente, a ADI 4424) declarou constitucional o referido art. 41, afastando-se, dos procedimentos previstos na LMP, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais e, consequentemente, das medidas despenalizadoras, como é a Suspensão Condicional do Processo.

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber reconheceu a "nova dimensão" dada pelo legislador no tocante à proteção às mulheres brasileiras:

---

[94] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 258,

[95] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 7. ed. rev. Salvador:Juspodivm, 2018. p. 258-259,

[96] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 11. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.005.

> "Ao excetuar das hipóteses de incidência da Lei 9.099/1995 os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o art. 41 da Lei 11.340/2006 se mostra categórico. Ao afirmar inaplicável a Lei 9.099/1995, tenho por clara a atribuição, pelo legislador, a tais crimes, de tratamento específico – diferenciado – dando nova dimensão, quanto à sua importância, a esse tipo de ilícito. Procedendo a nova valoração, alterou o seu processamento de maneira abrangente. O propósito da legislação em exame – escorada em compromissos assumidos no texto da Constituição Republicana e em tratados internacionais – é afirmar um sistema de persecução e punição minimamente eficaz para o tipo específico de violência que é a violência doméstica direcionada contra a mulher. Vale ressaltar que o Estado somente se desincumbe satisfatoriamente do seu dever de agir positivamente na criação de mecanismos para coibir a violência no seio familiar quando tais mecanismos são adequados e eficazes à concretização do seu fim."[97]

Vê-se, pois, que a constitucionalidade do art. 41 deve se dar sobremaneira à *mens legis* da LMP, em contraponto à banalização dos institutos da Lei n. 9.099/95, conferindo tratamento mais rigoroso aos delitos perpetrados em âmbito doméstico e familiar contra as mulheres, afastando-se, de uma vez por todas, a ideia de que cuidam de crimes menores dentro do Direito Penal.

Outrossim, o próprio art. 98, I, da CFRB/88, já transcrito, atribui ao legislador infraconstitucional a fixação de hipóteses e infrações em que se permite a conceituação como se de menor potencial ofensivo fosse e, ainda, de aplicação das medidas despenalizadoras, seja para incluir alguma demanda, como é o caso da Lei dos Juizados Especiais, seja para retirar de seu âmbito de competência, como o fez a LMP.[98]

[97] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424 DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01/08/2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143. Acesso em: 19. ago. 2018. p. 8.

[98] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 274-275.

Ademais, trata-se da visão aristotélica de igualdade, isto é, o tratamento desigual aos desiguais, na medida em que, ainda que historicamente e culturalmente, a mulher seja vista como a parte mais frágil no âmbito doméstico.[99]

Do mesmo modo, no processo criminal, "o princípio da igualdade deve ser rigorosamente obedecido entre os que estão na mesma posição jurídica".[100]

Nunca é demais lembrar que referida Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19 somente fora proposta exatamente porque os juízos e Tribunais de todo o país se recusaram a aplicar os artigos 1º, 33 e 41, da então novel Lei n. 11.340/2006.[101]

Restou fixada a tese pelo STF de que:

> "o artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares."[102]

Insta ressaltar que tal tese possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, vale dizer, a todo o Poder Judiciário e Executivo, excetuados, por óbvio, o Poder Legislativo, conforme disposto no próprio texto constitucional.[103]

---

[99] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1006.

[100] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III série: estudos e pareceres de processo pena*l. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 15.

[101] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 7. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 276.

[102] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19 DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 29/04/2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497. Acesso em: 19. ago. 2018.

[103] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 102. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Significa dizer que referida tese deverá, no caso do Poder Judiciário, ser observada em todos os processos e procedimentos envoltos pela Lei Maria da Penha, no sentido de, frise-se, afastar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais.

Dessa forna, agora, além do pronunciamento legislativo sobre a histórica segregação feminina, tem-se o pronunciamento jurisdicional pela mais alta Corte do País brasileiro corroborando que, efetivamente, a violência de gênero deve ser reprimida, de maneira inegociável, em prol dos direitos inerentes à mulher.

4.3 Da reiterada (in)aplicabilidade do artigo 41

Com a declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 41 foi homenageado, também, pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado de Súmula n. 536, onde firmou-se a orientação de que "a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha."[104]

De igual sorte, não prevalece o Enunciado firmado durante os Encontros do Fórum Nacional de Juízes que – inclusive – fora revogado durante o VI Fonavid, do Mato Grosso do Sul, que assim dispõe: "ENUNCIADO 10 – A Lei n.º 11.340/06 não impede a aplicação da suspensão condicional do processo, nos casos em que couber."

E, mesmo que apenas reiterando o já dito pela Lei Maria da Penha, o STJ e o STF suprimiram qualquer dúvida existente sobre a inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais nos ritos envolvendo a Lei Maria da Penha, o que, infelizmente, não prevalece em diversos casos a partir de agora analisados.

Insta esclarecer que trata-se de processos em trâmite nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Tribunal de Justiça do Distrito

[104] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 536*: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10/06/2015, Dje 15/06/2015.

Federal e dos Territórios, nos quais foram concedidas as benesses da Lei n. 9.099/95, mesmo diante da vedação legal e jurisprudencial a respeito do tema.

De mais a mais, ressalte-se que não visa o presente estudo analisar a posição da defesa pessoal e técnica dos acusados, nem mesmo os fatos narrados, de *per si*, mas tão somente a discussão técnica e jurídica em que os representantes do Ministério Público e os magistrados externalizam quando da aplicação do *sursis* processual.

Dessa forma, cabe, aqui, transcrever os fundamentos da acusação e da douta sentença, no Termo de Audiência de Justificação Prévia, pelos quais aplicou-se referido instituto, nos autos do processo n.: 2018.07.1.3356-6, em trâmite na Circunscrição Judiciária de Taguatinga/DF:

> "[...] Dada a palavra ao Ministério Público, este assim se manifestou: "MM. Juíza, tendo em vista que o acusado preenche as condições previstas em lei para a concessão da suspensão condicional do processo, bem como, diante das recentes decisões do STF quanto à ADIN 4424 e, ADC 19, é necessário que fundamentemos nosso ponto de vista, […]. Inicialmente, cumpre ressaltar que o objeto principal da ADI 4424 era a avaliação se o crime de lesão corporal é de ação penal pública condicionada ou incondicionada e da ADC 19 era avaliar se é constitucional retirar os crimes contra a mulher do sistema do Juizado Especial Criminal. Esse aspecto é vinculante na decisão do STF. Quanto à questão da não aplicação da suspensão condicional do processo, esse tema não foi objeto de decisão específica pelo STF, tendo sido apenas debatido *en passant*, de como obter *dictum* por alguns ministros, não todos. Estabelece o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/1999: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal". Há controvérsia no âmbito do STF quanto à atribuição de efeito vinculante quanto à motivação determinante do julgamento. (STF, Rcl 3014, rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-02 PP-00372). No mesmo sentido: STF, Rcl 5703 AgR, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2009, DJe-195

DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-01 PP-00150 RT v. 99, n. 891, 2010, p. 216-221. Nem a petição inicial da ADIn 4424, nem a da ADC 19 questionaram especificamente a impossibilidade de concessão de suspensão condicional do processo aos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. Portanto, as decisões proferidas no âmbito da ADIn 4424 e da ADC 19 não possuem efeito vinculante quanto à impossibilidade de concessão de suspensão condicional do processo aos crimes praticados no âmbito da Lei n. 11.340, apenas possui efeito vinculante para se considerar, obrigatoriamente, que o crime de lesão corporal processa-se mediante ação penal pública incondicionada e a tais crimes não se aplica conciliação civil e transação penal. Por todo o exposto, considerando que o espírito da Lei n. 11.340/2006 é assegurar uma proteção eficiente à mulher, que a interpretação teleológica do art. 41 da Lei n. 11.340/2006 é retirar os crimes contra a mulher do sistema do Juizado Especial Criminal e que a suspensão condicional não pertence a esse sistema, bem como que a restrição e qualquer espécie de acordo processual, além de ser uma exceção ao tratamento isonômico (em relação a outros crimes com penas mais elevadas processados perante o Juízo Comum), não se justificaria, pois acaba por não proporcionar necessariamente melhor proteção à vítima, há que se interpretar que neste ponto específico a vedação do art. 41 da Lei n. 11.340/06 deverá receber uma interpretação conforme a constituição para ser interpretada como um vetor de política criminal para assegurar uma proteção mais eficiente à mulher, de sorte que será admissível a denegação de oferta de suspensão condicional do processo com base na ausência dos requisitos subjetivos do agressor, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas ainda sendo admissível a oferta destes benefícios em casos não tão graves em que a solução multidisciplinar imediata e um acompanhamento efetivo da reiteração de novos atos de violência doméstica seja mais recomendável a melhor proteção da vítima. Pelo exposto, tendo em vista que o acusado preenche os requisitos legais previstos no artigo 89 da Lei nº 9099/95, o Ministério Público propõe ao réu a suspensão condicional do processo, pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante o cumprimento das seguintes condições: […] Após, o(a) acusado, devidamente acompanhado de Defensor, manifestou sua aceitação à proposta, nas condições acima descritas. Pelo Meritíssimo Juiz foi proferida a seguinte SENTENÇA: "[...] O Ministério Público ofereceu proposta de suspensão condicional do processo em relação ao artigo 129, § 9º do CP. Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça, na recente Súmula 536, vedou a aplicação da suspensão condicional do processo e a transação penal na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da

Penha. É preciso que se tenha presente, porém, em que pese sua grande importância, pois que as súmulas servem de referência para outros tribunais, os enunciados da Súmula de Jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça não são dotados de eficácia vinculante, haja vista que possuem tão somente função meramente orientadora, indicando sobre a posição dominante naquele Egrégio Sodalício a respeito da questão controvertida. Sob tal ótica, penso que a questão ainda mereça maior reflexão acerca da possibilidade de aplicação do art. 89, da Lei 9099/95 para os casos da Lei 11.340/06. Como bem ressaltado na manifestação ministerial, dúvidas não há de que o art. 89 da Lei 9099/95 não é dispositivo ínsito à planificação dos juizados Especiais Criminais, tanto que não se trata de matéria de exclusiva aplicação no âmbito dos Juizados. Nessa toada, adiro ao posicionamento de que a *mens* do art. 41 da lei Maria da Penha não deve irradiar sobre o art. 89 da Lei 9099/95, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Sobre a possibilidade de aplicação do sursis para os casos da Lei 11.340/06, bem ponderou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 191.066 - MS (2010/0215021-2), que: '(...) diante do princípio da proporcionalidade, é difícil imaginar quais razões necessárias e suficientes, poderiam ser alinhadas para se vedar a suspensão do processo. Sabe-se que o sursis processual visa, fundamentalmente, evitar os efeitos daninhos de uma condenação criminal, abrindo oportunidade para o diálogo com o acusado, que tem a chance de se mostrar colaborativo com a justiça criminal e com a indigitada vítima. Ora, sendo o processo penal, em si mesmo, um instrumento estatal carregado de sofrimento para o acusado, encabrestar as suas consequências, naturalmente deletérias, é missão que compete a todos os atores da *persecutio*. Assim, havendo, no leque de opções legais, um instrumento benéfico, tendente ao reequilíbrio das consequências deletérias causadas pelo crime, com a possibilidade de se evitar a carga estigmatizante da condenação criminal, mostra-se injusto, numa perspectiva material, deixar de aplicá-lo per faz et nefas'. Portanto, não se mostra proporcional inviabilizar a incidência do art. 89, por uma interpretação ampliativa do art. 41 da Lei 11.340/06, razão pela qual penso deva prevalecer, *data venia*, a meu sentir, o raciocínio aqui expendido, em que pese a súmula 536 do STJ, que, repiso, é desprovida de efeito vinculante. Ante o exposto, ACOLHO a proposta ministerial e, com fundamento no art. 89 e §§ da Lei nº 9.099/95, DECLARO suspenso o processo e o curso do prazo prescricional, a fim de que, durante os 02 (dois) anos estabelecidos como período de prova, a contar desta data, cumpra o réu as condições supramencionadas, sob pena de revogação do benefício, e

> imediata retomada da marcha processual, ficando o(a) beneficiado(a), desde já, advertido(a) de tais consequências, inclusive eventual revelia. [...]"[105]

Vê-se que tanto o fundamento do Ministério Público, quanto da Sentença caminharam no sentido de que é desarrazoável e desproporcional a vedação do art. 89, da Lei n. 9.099/95 aos processos sob a égide da LMP, em flagrante ofensa ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 19 e na ADI 4424, bem como pelo posicionamento sumular n. 536 do Superior Tribunal de Justiça.

Não é demais referenciar que o precedente invocado nos autos diz respeito ao voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a qual restou vencida pela Colenda Sexta Turma daquele Tribunal Superior, sendo ementado na forma do voto divergente condutor do Excelentíssimo Senhor Ministro Og Fernandes[106].

Em síntese, no julgamento do Habeas Corpus n. 191.066 – MS, a referida Ministra foi relatora do caso, demonstrando-se adepta à posição de que seria desproporcional a vedação contida na LMP. Os demais Ministros foram votos contrários à concessão da Suspensão Condicional do Processo em consonância com o contido na legislação infraconstitucional e – consequentemente – a ordem foi denegada.

Por isso, não prevalece a tese jurisprudencial dissidente de desproporcionalidade em detrimento da não aplicação da Lei dos JECrim's nos casos em que ocorra a violência de gênero, seja pelos enunciados recorrentes que apenas

[105] Processo nº 2016.07.1.015846-3. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Taguatinga. Disponível em: http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=25&CDNUPROC=20180710033566. Acesso em: 19. ago. 2018.

[106] BRASIL. Habeas Corpus n. 191.066/MS. LEI MARIA DA PENHA. INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI Nº 9.099/95. INAPLICABILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 106.212/MS, julgado pelo Plenário no dia 24 de março de 2011, estabeleceu que nenhum dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aplica-se às hipóteses da Lei nº 11.340/06. 2. Mais do que a própria doutrina, o Supremo entendeu, por unanimidade, de que sequer nas hipóteses de contravenções que sejam processadas segundo o rito da Lei Maria da Penha, não se aplicaria esses institutos despenalizadores, uma vez que o que a Lei estabeleceu, do ponto de vista político normativo, foi uma regra específica para os casos de violência doméstica contra a mulher. 3. Ordem denegada. (HC 191.066/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 20/06/2012)

reforçam o já dito de forma categórica pela LMP, seja em razão do seu afastamento "simplesmente" por visar a cessação ou – ao menos – a diminuição de uma prática se posterga há várias gerações.

Aliás, importante ressaltar que referido entendimento expresso no voto vencido fora proferido em 2011, isto é, antes da declaração de constitucionalidade daquele art. 41 proclamada na ADC 19, julgada em 09/02/2012.

Tanto é assim que a Ministra Maria Thereza de Assis Moura reviu seu posicionamento, coadunando-se com aquele exarado pelo STJ e pela própria Corte Superior, inadmitindo a aplicação dos referidos institutos daautom Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Lei Maria da Penha.[107]

Não olvida, contudo, que os posicionamentos exarados no âmbito daquela Corte Superior, ainda que em sede sumular, são apenas orientativos, no intuito de cumprir o determinado pela Lei Maior, qual seja a unificação da Jurisprudência infraconstitucional.

Não é este o caso, contudo, daqueles provimentos jurisdicionais proferidos em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, como já afirmado, os efeitos da decisão exarada pela Suprema Corte quando do julgamento de mérito de Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, como é o caso das ADC 19 e ADI 4424, respectivamente, devem ser propagados por todo o Poder Judiciário, inclusive

[107] PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS. INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI N. 9.099/95. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, dentre eles a suspensão condicional do processo, não têm aplicação no tocante às contravenções penais contempladas pela Lei Maria da Penha. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1662511/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017)

àqueles órgãos jurisdicionais responsáveis por dar efetividade concreta à *decisum*, a saber os órgãos de Primeira Instância.[108]

Note-se que tal entendimento ainda fora aplicado por diversos juízos como se observa nos autos dos processos nº 2016.07.1.010585-2[109], 2016.07.1.011284-5[110], 2016.07.1.015846-3[111], 2017.07.1.000217-7[112], 2017.07.1.000893-0[113], que, em que pese se tratar de diferentes agentes, possuem os mesmos fundamentos padronizados de decidir, deixando de aplicar o art. 41, da LMP.

É preciso concluir, de pronto, que trata-se de flagrante violação ao que restou decidido pela mais alta Corte do país em matéria Constitucional e Infraconstitucional, a saber o STF e o STJ, respectivamente.

5 CONCLUSÕES

A violência doméstica e familiar decorre de um processo histórico-cultural que acompanha a sociedade desde a Antiguidade. Por bastante tempo, a nossa

[108] NÁPOLI, Edem. *Direito Constitucional*. 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 99-100.

[109] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n. 2016.07.1.010585-2*. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Taguatinga. Disponível em: http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=63&CDNUPROC=20160710105852. Acesso em: 20. ago. 2018.

[110] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n. 2016.07.1.011284-5*. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Taguatinga. Disponível em: http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=78&CDNUPROC=20160710112845. Acesso em: 20. ago. 2018.

[111] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n. 2016.07.1.015846-3*. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Taguatinga. Disponível em: http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=61&CDNUPROC=20160710158463. Acesso em: 20. ago. 2018.

[112] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n. 2017.07.1.000217-7*. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Taguatinga. Disponível em: http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=50&CDNUPROC=20170710002177. Acesso em: 20. ago. 2018.

[113] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n. 2017.07.1.000893-0*. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Taguatinga. Disponível em: http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&SEQAND=53&CDNUPROC=20170710008930. Acesso em: 20. ago. 2018.

legislação pátria apenas seguiu o sistema patriarcal e machista, ou seja, as normas refletiam esse posicionamento que coloca a mulher como um ser com pouca visibilidade e – muitas vezes – inferiorizado.

Tomando como ponto de partida a Constituição Brasileira de 1988, que trouxe de forma expressa o comando garantindo igualdade entre homens e mulheres, na prática, elas continuavam vítimas de todas as formas de violência.

Até então, a legislação aplicável era a Lei 9.099/1995, que já demonstrava-se insuficiente: aos agressores eram dados benefícios, como é o caso da Suspensão Condicional do Processo. Não bastasse o descaso sofrido dentro do seio doméstico e intrafamiliar, preocupavam-se também com o "abandono" legislativo.

Após o caso da farmacêutica Maria da Penha Fernandes tomar proporções internacionais, o Brasil resolveu tomar uma atitude e sancionar a Lei 11.340/2006, fruto de grande mobilização, que incorpora mecanismos de combate à violência contra a mulher, evidenciando o caráter peculiar a ela inerente.

A própria LMP, em seu artigo 41, veda a aplicação das medidas despenalizadoras contidas na Lei dos Juizados Especiais. Consequentemente, o *sursis* processual – embora benéfico ao agressor – também não pode ser utilizado.

Instado a se manifestar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal – no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 e também da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424 – DF, confirmou a incompatibilidade entre as duas leis.

Após constantes decisões a respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça – na Súmula nº 536 – apenas reiterou os termos do artigo 41, obstaculizando a aplicação da Suspensão Condicional do Processo nos casos que envolvem violência contra a mulher.

Entretanto, os órgãos de primeira instância continuam a manter suas decisões pessoais sem vislumbrar os enunciados sumulares (embora não serem vinculantes,

têm caráter orientativo) tampouco os precedentes emanados pela Suprema Corte, os quais possuem caráter vinculante e efeito *erga omnes*.

Com isso, nota-se que as decisões são evidentemente inconstitucionais. Não adianta existir um ordenamento abstrato se – na prática – ele não tem a efetividade e a eficácia dele esperado nem se os direitos e as garantias lá contidos não são de fato protegidos. Dessa forma, o próprio ordenamento e a sociedade estarão em risco.

A Lei Maria da Penha veio como conquista do ser humano e não podemos dela abrir mão. Diferentemente seria se a realidade fática não fizesse mais presente, o que não é o caso, afinal, a violência contra as mulheres ocorre diariamente e em proporções absurdas.

É preciso rediscutir os papéis ocupados pelas mulheres. Enquanto não houver mudança na mentalidade, não haverá cumprimento da lei em sua inteireza. É tempo de conscientização.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal*: a Lei nº 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão.* 3 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997.

BORDIEU, Pierre. *Razões Práticas*: Sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus. 1996. p. 21.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 10. jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424*, Tribunal Pleno, Relatoria Ministro Marco Aurélio. Julgado em 9 de fevereiro. 2012, DJE n. 35, divulgado em 16 de fev. 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992, acesso em 10 de ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 19*, Tribunal Pleno, Relatoria Ministro Marco Aurélio. Julgado em 9 de fevereiro. 2012, DJE 080, divulgado em 28 abr. 2014, publicado em 29 abri 2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.aspnumero=19&classe=ADC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em 10 de ago. 2017.

CAMPOS, Carmen Hein de Campos (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Antônio César Leite de. *Juizados Especiais Criminais*: suspensão condicional do processo à luz da Lei 9.099/95. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 25-48.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 54/01*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf Acesso em: 10 ago. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 2008, v. 23, n. 66, p.165-185. Disponível em: http://ref.scielo.org/yxkrkk. Acesso em: 16 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio). São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal* .2. ed. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al.]. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Relógios da Violência.* Disponível em: http://www.relogiosdaviolencia.com.br/faces-da-violencia Acesso em: 06 set. 2017.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência contra a mulher*: o homicídio privilegiado e a violência doméstica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Sérgio; PAULA, Liana. (Orgs.). *Segurança pública e violência*: o Estado está cumprindo o seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Comentários à Lei Maria da Penha*. MPDFT. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-menu/nucleo-de-genero-pro-mulher-menu/209-nucleos/nucleo-de-genero/639-comentarios-a-lei-maria-da-penha. Acesso: 10 ago. 2013.

MIRANDA, Alessandra de La Vega. *Transação penal, controle social e globalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Resolução número 49/25*. Disponível em:<http://www.who.int/violence_injury_prevention/resources/publications/en/WHA4925_eng.pdf Acesso em: 06 set. 2017.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal – Modificações da lei dos juizados especiais criminais à luz dos princípios processuais.* Curitiba: Jaruá, 1998.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Lei Maria da Penha comentada – sob a nova perspectiva dos direitos humanos*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher.* Curitiba: Juruá, 2009.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é Violência contra a Mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

SOPESAMENTO ENTRE A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL: HIPÓTESE DE EXTRAFISCALIDADE

Carolina Leite Santos

RESUMO

O presente trabalho de elaboração de projeto de pesquisa e, por conseguinte, da monografia, possui como problema de pesquisa o sopesamento entre a exigibilidade do crédito tributário em empresas em recuperação judicial, tendo como foco principal se deve prevalecer a quitação junto à Fazenda Pública ou Princípios como o da Função Social da Empresa, sua preservação, da Dignidade da Pessoa humana. O que despertou interesse para o estudo em questão foram diversas decisões que têm sido dadas pelo Superior Tribunal de Justiça, ora concedendo a suspensão da exigibilidade, ora negando essa suspensão. Necessário se faz, a priori, o estudo de princípios. Quanto aos empresariais, destacam-se a importância social de uma empresa, sua função social e os benefícios de sua preservação, mantendo empregos, rendas familiares e a economia em adequado funcionamento. Tais princípios serão de extrema importância quando forem analisados, caso a caso, a viabilidade da empresa, instituindo assim, critérios para a concessão, ou não, da recuperação da atividade econômica empresarial. Já os princípios tributários refletem o dever da Fazenda Pública para com a sociedade, que necessita da arrecadação para a manutenção dos serviços essenciais prestados pelo Estado, contudo, ainda dentro da esfera destes princípios, a flexibilização da exigibilidade de quitação dos créditos tributários que ao ser concedida possibilita que a empresa conserve sua atividade em funcionamento, contribuindo para o mantimento de empregos e vidas. O estudo de alguns conceitos e evoluções acerca do tema da recuperação judicial se farão necessários, acerca da evolução da concordata, antigo regime, para a recuperação judicial, atualmente firmado, seguindo com o trabalho, será adentrado no instituto da recuperação judicial, que, de suma importância para a compreensão do ponto a que se pretende chegar, será realizada uma análise da recuperação judicial, como seus instrumentos que não excludentes, podem se complementar, permitindo, inclusive a utilização de outras possibilidades.

Resumidamente, pode-se dizer que esses instrumentos são: dilação de prazo ou revisão das condições de pagamento; operações societárias; alteração do controle societário (vez que é de maior importância manter a atividade econômica em funcionamento do que o seu gestor); bem como a reestruturação da administração; a concessão de direitos societários extrapatrimoniais aos credores; reestruturação do capital; transferência ou arrendamento do estabelecimento; renegociação das obrigações ou do passivo trabalhista; dação em pagamento ou novação; realização parcial do ativo; equalização dos encargos financeiros; usufruto da empresa; administração compartilhada; emissão de valor mobiliários e a adjudicação de bens. Imprescindível, ainda, o estudo do ramo do direito tributário, pertinente ao instituto do crédito tributário o que tornará possível a junção que se pretende fazer do direito empresarial com o direito tributário. Por fim, após o prévio estudo, o qual sem não seria possível a compreensão acerca do tema, serão trazidas à analise decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça que tem entendido os institutos de maneira diversa, ora concedendo o benefício da suspensão da exigibilidade do crédito tributário para a concessão da recuperação judicial, ora negando o pedido das empresas, as levando a falência.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o entendimento de Enedino, com o advento do neopositivismo, os princípios passaram a ser tidos como espécie do gênero norma, passando a possuir total hegemonia e preeminência, direcionando o caminho das normas, iluminando sua interpretação. Assim, "a norma-princípio significa um padrão moral de acordo com uma escala de valores sociais bem definida".[1]

Com relação aos princípios norteadores empresariais, intervindo o judiciário para permitir a recuperação da empresa, quando possível, evitando assim sua falência, se dá em face do reconhecimento da função social desempenhada pela empresa, caracterizada pelo exercício de atividade econômica organizada, produzindo e circulando riquezas, tal como bens e/ou a prestação de serviços. Seguindo seu raciocínio, essa riqueza beneficia não somente o empresário e sócios da sociedade empresaria, mas também todos os envolvidos, seja direta ou indiretamente, como, por exemplo, empregados, fornecedores, clientes (sejam

[1] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

consumidores pessoa física ou jurídica, assim como outras empresas), a região e o mercado em que a empresa atua, entre outros.[2]

De mesma maneira, estabelece o artigo 47, da Lei 11.101/2005:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.[3]

Para uma melhor compreensão acerca do tema e sua aplicabilidade, alguns princípios de suma importância serão conceituados, como o princípio dapreservação da empresa, o princípio da função social da empresa, o da livre iniciativa, o princípio da segurança jurídica, da legalidade tributaria e, por fim, o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Seguindo na construção lógica do raciocínio, far-se-á uma breve análise acerca da evolução do instituto da concordata à recuperação judicial, vez que a concordata já não era suficiente para atender as necessidades por atingir apenas os credores quirografários, havendo sua ampliação para os demais credores por meio da recuperação judicial.

Parte-se, então, para o estudo do ramo do Direito Tributário, seu surgimento nos tempos antigos, passando por revoluções sociais que o transformaram no Sistema Tributário Brasileiro hoje conhecido, bem como uma ponderação sobre até que ponto o tributo é utilizado para manter o equilíbrio financeiro do mercado.

Por último, após o estudo de conceitos cruciais para a compreensão do ponto onde se pretende chegar, jurisprudências serão analisadas sob a égide da lei, dos princípios, de outras jurisprudências conflitantes para ser possível um sopesamento quanto à exigibilidade do crédito tributário em empresas em recuperação judicial,

[2] MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial* – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.
[3] BRASIL, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 06 fev. 2018.

com opções de parcelamento ou suspensão de sua exigibilidade para que a empresa pleiteante possa se reerguer, dando continuidade à sua atividade empresarial e todas as funções sociais atinentes, podendo, ainda, juntar recursos para cumprir com suas obrigações e deveres perante o fisco e a sociedade.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES APLICÁVEIS

Fazendo uma breve distinção teórico-normativa acerca de regras e princípios, as regras como normas que exigem algo determinado, elas representam comandos definitivos em que sua aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios representam comandos de otimização, exigindo assim que, ao serem aplicados (por meio da ponderação), algo seja efetivado na maior medida possível perante das possibilidades jurídicas e fáticas.[4]

2.1 Princípio da preservação da empresa

A conservação da empresa está baseada na suma importância que possui a continuidade das atividades de produção de riquezas através da circulação de bens ou prestação de serviços, significando um valor a ser protegido e reconhecendo-se os efeitos negativos que a extinção da empresa acarretaria, não somente aos investidores, mas também a toda a sociedade.[5]

Contudo, a adequada compreensão deste princípio exige a atenção em distinguir a empresa e o seu titular, o empresário e a sociedade empresária. “É incorreto compreender o princípio da preservação da empresa como uma afirmação absoluta de proteção ao patrimônio, aos interesses e aos atos do empresário ou da sociedade empresaria, por seus administradores ou sócios”. Ou seja, a conservação da empresa deve ser pensada e considerada apensar de seu titular, quando se fizer

[4] ALEXY, Robert. *Princípios formais:* e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
[5] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

necessário, a exemplo da empresa na falência, em que sua administração é transferida a um gestor judicial.[6]

Ainda na linha de entendimento, o princípio da preservação da empresa não é absoluto, é preciso que se reconheça como algo inerente as relações jurídicas que, eventualmente a empresa encerre suas atividades. Deve-se considerar precipuamente os impactos que o encerramento das atividades da empresa irá causar, a implicar um juízo de valor.

Elucidando, ao determinar o fim das atividades de uma empresa gera-se grandes danos ao meio em que a mesma está inserida, deixando desempregados e reduzindo a produção de negócios e, consequentemente, riquezas. Contudo, a manutenção das atividades de algumas determinadas empresas pode causar impactos negativos, caso essa continuação supere os fatores positivos, gerando resultados negativos. Um claro exemplo acerca se deu em alguns Estados brasileiros onde o Ministério Público pediu o encerramento de casas de bingo que estavam sendo usadas para a lavagem de dinheiro do crime organizado e, argumentando o pedido do MP, os empresários e empregados das casas argumentavam que tal medida aumentaria o número de desempregados. Com isto, vê-se que por mais que a manutenção de empregos deva ser algo a se levar em conta, não pode, neste caso, superar o interesse no combate ao crime, podendo instaurar um caos social.[7]

Tal relevância da preservação da empresa para fins sociais representa apenas o ponto de partida em sua aplicação pois, de igual importância é se verificar se a manutenção de suas atividades é juridicamente possível. Assim, se uma empresa possui objeto ilícito, por mais que o encerramento de suas atividades gere desemprego, não pode ser permitido que ela continue em funcionamento. Da mesma maneira não se pode desrespeitar os direitos dos credores e parceiros contratuais do empresário, que tem na empresa a garantia patrimonial de suas faculdades,

[6] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro:* empresa e atuação empresarial. 9. ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2016. V. 1.
[7] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro:* empresa e atuação empresarial. 9. ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2016. V. 1.

argumentando-se ser necessidade a preservação da empresa, uma vez que geraria um elemento econômico desagregador na sociedade, espalhando desconfiança e enfraquecendo as relações jurídicas.[8]

Assim, por mais que a extinção da empresa deva ser vista em último caso, o princípio de sua preservação não se pode ser utilizado como meio para acobertar torpezas, ainda que o fim da atividade empresarial acarrete impactos sociais e econômicos. Assim, cabe ao juiz, em cada caso concreto, contextualizar este princípio as circunstancias fáticas chegando a melhor e mais correta decisão.[9]

Jorge Lobo afirma que, para a recuperação judicial se aplicam os princípios da preservação da empresa, de sua função social, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da segurança jurídica e da efetividade do direito. [10]

O individual não pode ultrapassar o coletivo, devendo sempre buscar preservar as atividades da empresa, mesmo que em detrimento de um credor, vez que este princípio deve ser utilizado como meio para diminuir os pedidos de falência no país.[11]

Sendo assim, entra em cena o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que molda o princípio da preservação da empresa e, resultado dessa ligação está o princípio da valorização do trabalho, pois, de acordo com o raciocínio do ilustre Marlon Tomazette, sempre deve-se buscar a preservação da empresa que, além de continuar gerando emprego e riquezas em sua região, proporcionam os meios necessários para que cada funcionário possa ter amparo para promover seu sustento e de sua família, assim como preceitua a legislação, dando dignidade aos mesmos.

2.2 Princípio da função social da empresa

[8] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro:* empresa e atuação empresarial. 9. ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2016. V. 1.
[9] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
[10] LOBO, Jorge. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2005.
[11] TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

Consolidado no Direito Brasileiro, a partir da Constituição da República de 1988, está a afirmação do interesse púbico como norteador e limitador das faculdades individuais, ou seja, impede-se que abuso do direito e o arbítrio individual possa atingir a razão de ser de uma faculdade jurídica. Desta forma, a função social torna-se um elemento inerente a faculdade jurídica e, para sua correta compreensão, é preciso levar em conta seus fins econômicos e sociais. [12]

O princípio da função social da empresa não caracteriza mera proteção do empresário ou sociedade empresária, mas também proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam com suas atividades. Desta forma, tal princípio age tanto a favor, quanto em detrimento do empresário e os sócios da sociedade empresaria, retirando deles a faculdade de sua conversação, podendo levar à desapropriação da atividade econômica organizada ou sua transferência a outra pessoa. [13]

A ideia da função social de uma sociedade empresaria não deve objetivar apenas o lucro, mas preocupar-se com os reflexos que poderão ser gerados perante a sociedade, seja na forma como incorpora ao bem privado uma utilização voltada para a coletividade, seja trazendo realização social ao empresário e todos os colaboradores de seu fim.[14]

Consoante entendimento de Enedino, através do princípio da função social da empresa, o princípio da solidariedade no campo empresarial ganha destaque, uma vez que não será possível obedecer ao primeiro quando a empresa não der efetividade ao princípio da solidariedade, ou seja, quando sua atuação não for solidária. Desta forma, a empresa estará agindo solidariamente, a partir do momento em que gerar empregos, obter resultados positivos, permitindo aos empreendedores o giro de capital, circular a riqueza e desenvolvimento de novas tecnologias, bem como, de

[12] MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial. 9. ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2016. V. 1.
[13] MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial. 9. ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2016. V. 1.
[14] CARNEIRO, Paloma Torres. *Função social da empresa*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10318>. Acesso em 11 mar. 2017.

suma importância, respeitar o meio ambiente e a integridade física e moral do trabalhador, assegurando uma existência digna as pessoas as proporcionando um bem-estar social, mesmo que tudo isso sejam consequências de uma maior rentabilidade.[15]

Seguindo com o entendimento do autor, o princípio da função social da empresa se impõe de tal forma que não apenas o direito contratual se pauta mediante suas diretrizes, mas todos os institutos jurídicos do direito empresarial, que devem ser interpretados sempre em observância a preservação da função social.

Segundo o Conselho de Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, no Enunciado 53: "deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa".[16]

Dessa forma, complementando o entendimento adotado pelo Conselho de Justiça Federal, tem-se que os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal, devendo assim serem observados nas relações privadas, evitando o abuso de poder econômico decorrente das desigualdades econômicas.[17]

Chegando a conclusão do princípio ora em análise, tem-se a teoria moderna da empresa que facilita a aplicação do mesmo, vez que é possível realizar a distinção do sujeito de direito, que representa o empresário ou a sociedade empresaria, do sujeito de fato, caracterizado pela empresa. Ou seja, a empresa poderá continuar em funcionamento, desempenhando suas atividades ainda que não seja possível que o titular do sujeito de direito não possua condições de subsistir no desempenho de seu papel como empresário.[18]

2.3 Princípio da livre iniciativa

[15] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
[16] BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. I Jornada de direito civil, n. 53, artigo 966. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/754>.
[17] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
[18] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

Seguindo na linha de raciocínio de Mamede, o princípio da função social da empresa conduz ao princípio da livre iniciativa, não de forma egoísta a alcançar apenas seus próprios resultados ou metas, mas uma iniciativa que ainda que cumpra seu papel individual, possuiu um importante papel na sociedade devendo ser valorizada e protegida pelos Poderes e Órgãos Públicos.[19]

Ao longo dos séculos o ser humano tem se desenvolvido e se dedicado a empreendimentos diversos. A própria humanidade é fruto do trabalho de gerações há milhares de anos, em que foram criadas formas de limitar o comportamento individual em detrimento dos riscos ou prejuízos para a sociedade. Com isso passaram a ser desenvolvidas regras jurídicas, normas pelo Estado que de um lado proibiam determinados comportamentos e, por outro permitia que dentro do legalmenteaceito, houvesse um espaço de liberdade da ação econômica, espaço para a livre iniciativa. Com o passar do tempo tais normas foram evoluindo, mas ainda com a ideia principal mantida de que é preciso se valorizar a livre iniciativa.[20]

A Constituição Federal do Brasil consagrou tal premissa em seu artigo 1º, inciso IV:[21]

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui- se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> - a soberania;
>
> - a cidadania
>
> - a dignidade da pessoa humana;
>
> - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Ainda na carta Magna, em seu artigo 170[22]:

[19] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro:* empresa e atuação empresarial. 9. ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2016. V. 1.
[20] MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresariaL*.11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.
[21] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 fev. 2018.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I - soberania nacional; II - propriedade privada;
>
> III - função social da propriedade; IV - livre concorrência;
>
> - defesa do consumidor;
>
> - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
>
> - redução das desigualdades regionais e sociais;
>
> - busca do pleno emprego;
>
> - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
>
> **Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.**

O princípio da livre inciativa é considerado como um fundamento da ordem econômica, dando a iniciativa privada um papel de protagonista na produção ou circulação de bens e serviços, não apenas às empresas, mas incluídos as indústrias e contratos em geral. Entretanto, tal liberdade não pode ser vista como anárquica, porem social, que pode, em casos excepcionais, ser limitada e sofrer intervenções governamentais.[23]

Consoante jurisprudência pertinente ao tema, proferiu o Ministro Eros Graus na ADI 1950:

> É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre-iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto,

[22] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 fev. 2018. (grifo nosso)
[23] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

> a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre-iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá -la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre-iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [arts. 23, inc. V, 205, 208, 215 e 217, § 3o, da Constituição. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.[24]

Para maiores esclarecimentos acerca do tema, tem-se a doutrina de Enedino, em que o Direito Empresarial está construído sobre a liberdade da ação econômica, em que o empresário e a sociedade empresaria podem desenvolver suas atividades sob uma proteção constitucional, firmada como um fundamento do Estado Democrático de Direito e de Ordem Econômica, desde que seus objetos sejam lícitos.[25]

2.4 Princípio da segurança jurídica

Todos os agentes envolvidos na cadeia de relações que envolvem a atividade econômica, sejam credores, devedores ou terceiros interessados devem poder dispor de normas claras e precisas, normas que afiram segurança jurídica ao processo.[26]

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1950/SP, Tribunal Pleno. Requerente Confederação Nacional do Comércio – CNC. Intimado: Governador do Estado de São Paulo. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Eros Grau, Brasília, 02 de junho de 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos /detalhe.asp?incidente=1748433>. Acessado em 08 fev. 2018.

[25] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

[26] SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência:* teoria e prática. 3.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Inclusive as jurisprudências dos tribunais devem ser uniformes, servindo de guia para que os envolvidos tenham conhecimento de como a recuperação poderá proceder.

Seguindo com os ensinamentos de Salomão, o Código de Processo Civil estabeleceu a teoria dos precedentes, criando uma uniformização vertical que possui as seguintes características: "dever de uniformidade; estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica e isonomia; integridade; e coerência no que diz respeito a correlação do julgamento atual com os precedentes do passado".[27]

Dessa forma, é preciso que os tribunais uniformizem suas jurisprudências para que, quando for preciso, os empresários, sócios ou interessados no processo de recuperação judicial saibam como proceder e tenham a segurança de como, possivelmente, se dará seu pedido ao judiciário.

2.5 Princípio da legalidade tributária

O artigo 5º, inciso II, da Constituição federal traz a concepção de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.[28]

O princípio da legalidade tributária está postulado no artigo 3º, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.[29]

O artigo 150, I, da Constituição Federal possui o sentido de cobrar o tributo e, como essa cobrança depende de uma prévia instituição de exação, o princípio da legalidade se torna um dos princípios mais importantes porque traz segurança jurídica

[27] SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência:* teoria e prática. 3.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
[28] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 fev. 2018.
[29] BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Aceso em 08 fev. 2018.

de que o tributo será criado no âmbito de uma Assembleia Legislativa, composta por representantes do povo. As normas secundárias (decretos, portarias, etc), derivadas do Poder Executivo, não servem para criar tributos, como era feito antigamente. Segundo a Constituição Federal, um tributo somente poderá ser instituído mediante lei, seja ordinária, ou casos em que podem ser utilizados veículos normativos que contenham a mesma força de uma lei, como uma medida provisória, ou complementar.[30]

2.6 Princípio da indisponibilidade do interesse publico

Nas lições da professora Di Pietro, os poderes atribuídos à Administração Pública têm caráter de poder-dever, vez que ela não pode dispor dos interesses públicos, não pode deixar de exercer sob pena de responder por ter agido omissivamente. Desta forma, não pode a Administração Pública renunciar aos exercícios de sua competência que lhe são outorgados por lei, como, por exemplo, deixar de punir quando constante a prática de ato ilícito, não pode realizar liberalidade com o dinheiro público, pois, ao deixar de exercer suas competências está se prejudicando o interesse público.[31]

A indisponibilidade do interesse público, irrenunciável pela autoridade administrativa, encontra-se positivada no artigo 2º, da Lei 9.784/99[32]:

> Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
>
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
>
> - atuação conforme a lei e o Direito;

[30] ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2017.
[31] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[32] BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em 14 fev. 2018.

> - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
>
> - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
>
> - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
>
> - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
>
> - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
>
> – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
>
> - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
>
> - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
>
> - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Como se verá adiante, através dos princípios até aqui estudados, caberá ao Poder Judiciário, no uso de suas funções, fazer um sopesamento entre os interesses públicos e sociais, deliberando, ou não, a favor quanto da concessão do benefício de recuperação judicial, ainda que suspendendo a exigibilidade da apresentação de certidões negativas ou positivas com efeito de negativas, viabilizando, assim, que a empresa possua condições econômicas e financeiras de se reerguer e dar continuidade às suas atividades empresariais.

3 BREVE HISTÓRICO: DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Ainda que já existente em outras partes do mundo, no ordenamento brasileiro a figura da concordata surgiu com o Código Comercial em 1850, em que era prevista apenas a concordata suspensiva da falência, na qual os credores eram reunidos duas vezes. Na primeira, recebiam um relatório do juiz sobre o estado e as causas da falência e a listagem dos credores. Em um segundo momento, os credores eram reunidos para deliberarem acerca da concordata, que não era poderia ser concedida caso houvesse culpa, fraude ou se já tivesse sido concedida anteriormente.[33]

A parte do Código Comercial que se referia às falências sofreu uma modificação através da Lei 24.05.1903, instituindo a concordata, ao invés da moratória. Entretanto, os institutos da concordata e da falência eram insuficientes, visto que não conseguiam atender todos os interesses das grandes e modernas empresas.[34]

Pelas insatisfações à época, sobreveio a publicação do Decreto Lei n. 7661/45 reforçou os poderes dados aos magistrados, levando uma diminuição da influência dos credores, com a abolição da assembleia de credores para a aprovação das concordatas e tornaram-se um benefício que o Estado poderia conceder.[35]

O decreto-lei n. 7.661 de 1945, proposto pelo Ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho, inicialmente como um anteprojeto, tornando-se vigente dois anos após eliminou a figura do liquidatário e, a concordata preventiva deixou de ser dependência dos credores. O processo falimentar com o processo criminal, havendo o crime falimentar, passou a ser instaurado possibilitando índices para um tratamento mais severo ou mais tolerante quanto ao falido na esfera civil.

[33] ESTEVEZ, André Fernandes. *Das origens do direito falimentar à lei n. 11.101/2005*. Revista jurídica empresarial 15. P. 1-14, Jul/ago, 2010. Disponível em: <http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/3003201121 3207.pdf>. Acesso em 23 mar. 2018.

[34] ESTEVEZ, André Fernandes. *Das origens do direito falimentar à lei n. 11.101/2005*. Revista jurídica empresarial 15. P. 1-14, Jul/ago, 2010. Disponível em: <http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/3003201121 3207.pdf>. Acesso em 23 mar. 2018.

[35] ESTEVEZ, André Fernandes. *Das origens do direito falimentar à lei n. 11.101/2005*. Revista jurídica empresarial 15. P. 1-14, Jul/ago, 2010. Disponível em: <http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/3003201121 3207.pdf>. Acesso em 23 mar. 2018.

A concordata era a possibilidade que um credor de boa-fé, em situação de liquidez, pudesse dar seguimento as suas atividades. Essa concordata era destinada a suspender, quando suspensiva, ou prevenir, quando preventiva, a falência do empresário ou sociedade empresaria caso houvesse uma proposta de pagamento, fosse à vista ou prazo, dos valores que eram devidos aos credores quirografários.

Ou seja, os seus efeitos tinham validade apenas quanto aos credores quirografários, estando presentes ou não no processo, residentes ou não no país, não abarcando nenhuma oura classe de credores, sejam eles trabalhistas ou tributários.

Contudo, a concordata padecia de diversos inconvenientes, uma vez que eram extremamente formais, seus prazos eram intransigentes, não envolvendo todos os credores, além de débitos fiscais, encargos trabalhistas e divididas bancárias não serem abrangidas, alcançando somente os créditos dos fornecedores.

Assim, a concordata prevista à época mostrava-se insuficiente, visto que não alcançava todos os credores, apenas os quirografários e a nova realidade econômica, social e política a desgastou. Logo, foi formada uma comissão para rever a legislação, aprovando, em caráter emergência, uma reforma que foi convertida na Lei n. 7.274/84. No ano seguinte, veio o Decreto-Lei 2.279/85, corrigindo graves erros na redação e por fim, em 2005 foi publicada a atual Lei de Falências e recuperação judicial.[36]

Assim, não sendo a concordata eficiente em recuperar a empresa, ela apenas prorrogava o sofrimento, haja vista que não alcançava os verdadeiros problemas da empresa. Como consequência, o número de falências insolúveis e concordatas fracassadas só aumentava, gerando uma desconfiança e descontentamento no mercado, acarretando a necessidade de uma reforma na lei falimentar a fim de propor uma maior eficiência ao processo.

[36] ESTEVEZ, André Fernandes. *Das origens do direito falimentar à lei n. 11.101/2005*. Revista jurídica empresarial 15. P. 1-14, Jul/ago, 2010. Disponível em: <http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf>. Acesso em 23 mar. 2018.

Este decreto-lei de 1945, vigente no Brasil por meio século perdeu sua eficácia definitivamente devido ao grande desenvolvimento do país e os progressos da ciência jurídica, dando lugar a decretação da nova lei de falências e recuperação de empresas, número 11.101 de 2005, extinguindo a concordata preventiva e suspensiva, introduzindo a forma de recuperação da empresa.

Dessa forma, com o intento de solucionar tais controvérsias, há o decreto da nova lei de falências nº 11.101 de 2005, trazendo a recuperação judicial e extrajudicial, cujo objetivo é preservar as atividades de empresas que se encontram em situações viáveis, protegendo, a médio e longo prazo que os direitos dos credores, os empregos e a normalidade das relações dos fornecedores e consumidores sejam assegurados.

Objetivando, além de resolver o passivo, permanecer ativa, na recuperação os credores podem conhecer a verdadeira situação que o devedor, revendo propostas, dando alternativas. Desta forma, tem-se que o processo de recuperação é uma intervenção, a pedido do devedor, dos credores em sua empresa.

Assim, a nova lei de falências busca, além de manter a preservação da empresa, gerando empregos, mas inclusive a empresa como uma fonte de recolhimento de tributos.

No que tange a recuperação judicial, a lei 11.101/2005 é aplicável exclusivamente às empresas que estão em crise econômica, financeira, também chamada de crise de liquidez; ou patrimonial, sendo esta a pior, conhecida como insolvência e, se crônica, levará a empresa ao processo de falência com a consequente extinção das atividades.[37]

De acordo com o artigo 47, da Lei 11.101/2005, pode-se extrair o conceito de recuperação judicial, qual seja o objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, para que seja possível a manutenção da fonte

[37] GOUVÊA, João Bosco Cascardo de, 1947 – *Recuperação e falência*: lei no 11.101/2005: comentários artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

produtora, dos empregos, dos interesses dos credores, para que, dessa forma, seja promovida a preservação da empresa, sua função social e o estimulo a atividade econômica.

Por recuperação judicial entende-se como um conjunto de atos que, para serem praticados, necessitam de deferimento judicial e, como objetivo possui a superação de crises em empresas viáveis. Alguns elementos essenciais para a recuperação podem ser elencados, são eles: "série de atos; consentimento dos credores; concessão judicial; superação da crise; e manutenção das empresas viáveis".[38]

Ponto que merece destaque é a "manutenção de empresas viáveis", que, consoante ensinamento de Tomazette, apenas estas podem justificar os sacrifícios empregados pelos credores, ou seja, os credores deverão sopesar os ônus da manutenção e o ônus do encerramento da atividade. Por viabilidade entende-se que o processo de recuperação da empresa conseguirá reestabelecer o fluxo normal da atividade, voltando o risco ao seu titular.[39]

Fabio Ulhoa Coelho lista alguns fatores a serem observados para a verificação quanto a viabilidade econômica de uma empresa, quais sejam: a importância social que detêm; a mão de obra e tecnologia utilizados; os valores do ativo e do passivo; qual a idade da empresa; e seu porte econômico. Contudo, cumpre frisar que são apenas referências para a apuração de viabilidade da empresa.[40]

Elucidando, é preciso realizar uma análise quanto a empresa que irá requerer a recuperação, tendo em vista que nem toda empresa deverá ser recuperada, pois, a reorganização de suas atividades econômicas é trabalhosa uma vez que os custos gerados para tal terá de ser suportado por alguém, seja em investimentos no negócio em crise, nas perdas de crédito ou ainda como os agentes econômicos irão repassar

[38] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* Falência e recuperação deempresas. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. V. 3.
[39] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. V. 3.
[40] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

aos seus respectivos as taxas de risco associados a recuperação judicial ou extrajudicial. Ou seja, o ônus gerado para se recuperar uma empresa recai sobre toda a sociedade.[41]

Mesmo tomando por base o princípio da preservação da empresa, por exemplo, ainda assim este não sustenta a tese de que toda empresa deverá ser preservada, tendo em vista que outras empresas que funcionam em determinado sistema é que deverão ser preservadas, a fim de evitar que o mercado se abale.

Partindo do esclarecimento de quais e em que situação uma empresa deve se encontrar para ser preservada, passaremos a uma análise acerca de quais são os requisitos para uma empresa que, em meio a uma crise econômico ou financeira, possa requerer a recuperação judicial.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho, os meios de recuperação da empresa estão exemplificados no artigo 50, da Lei 11.101/05. Estão presentes os instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos que geralmente são utilizados na superação das crises empresariais. Esses instrumentos devem ser pleiteados em juízo pelos administradores da sociedade empresaria, sendo previamente analisados juntamente com advogados, se seriam os mais eficientes e quais aplicar para que o resultado seja o mais eficiente para reerguer a atividade econômica.[42]

Continuando na doutrina de Fabio Ulhoa Coelho, os instrumentos presentes são:

Dilação de prazo ou revisão das condições de pagamento (meio que mais se aproxima da extinta concordata, contudo, vincula todos os credores): a proposta de reorganização é representada com o abatimento na importância das dívidas do devedor ou com o aumento do prazo para o vencimento;

[41] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial:* direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
[42] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial:* direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Operação societária – cisão, incorporação, fusão, transformação: o devedor tem a função de coloca-las em um plano econômico demonstrando que sua efetivação corroborará para o reestabelecimento da atividade empresarial;

Alteração do controle societário – total ou parcial: é possível que haja a venda do poder de controle, quando total, ou que um novo sócio seja admitido no bloco controlador, na parcial;

Reestruturação da administração: na maioria das vezes, a razão pela qual a empresa está enfrentando problemas econômicos é a falta de condições ou competência por parte doa administradores de realizarem corte de pessoal ou de despesa, atualizarem a empresa ou afinar os recursos disponíveis;

Concessão de direitos societários extrapatrimoniais aos credores: seria a eleição de um administrador em separado ou veto a determinadas matérias. Ou seja, seria um grau mínimo admitido de ingerência dos credores na administração da sociedade empresaria.

Reestruturação do capital: o ingresso de recursos possibilitando ampliar a competitividade da sociedade devedora, a fim de, por exemplo, contornar a crise, desafogar o fluxo de pagamentos dos juros bancários, pagar os passivos maiores.

Transferência ou arrendamento do estabelecimento: mudança da titularidade ou na direção do estabelecimento empresarial da sociedade empresaria em crise. Ocorre com a venda do estabelecimento ou com a direção da atividade econômica passa para o arrendador que possui melhores condições para recuperar a empresa.

Renegociação das obrigações ou do passivo trabalhista: depende da anuência dos trabalhadores e do sindicato, pois resulta de contrato de trabalho com a redução de salários e a mudança na jornada de trabalho dos empregados da sociedade em crise.

Dação em pagamento ou novação: um ou mais credores podem concordar em receber bem diverso do contratado para resolver a obrigação, quando da dação. Ou,

da novação, podendo ser objetiva ou subjetiva, em que elementos da obrigação existente são substituídos, dando lugar à sua substituição por outras novas.

Constituição de sociedade de credores: há a substituição de seus direitos de credores pelos de sócios, tendo expectativa de lucro nas hipóteses de sucesso no plano de reorganização da empresa.

Realização parcial do ativo: se traduz na venda de bens do patrimônio de titularidade da sociedade devedora para obtenção de recursos necessários ao patrocínio da recuperação.

Equalização de encargos financeiros: renegociação do passivo da sociedade que explora a empresa em situação crítica.

Usufruto de empresa: é a transferência da direção da atividade econômica em crise para um sujeito mais hábil.

Administração compartilhada: trata da divisão de responsabilidades entre a sociedade devedora e seus credores

Emissão de valores mobiliários: aplicado somente a sociedade empresaria por ações, que poderá emitir debêntures ou outros valores mobiliários.

Adjudicação de bens: sua eficácia está vinculada a manutenção no estabelecimento da devedora dos bens essenciais à organização da atividade empresarial elaborada.

Além de não excludentes, estes meios de recuperação da empresa podem se complementar e não excluem outras possibilidades de recuperação que podem ser propostas pelos envolvidos, mas deverão ser submetidas a uma análise e, posteriormente, uma possível aprovação judicial.

Para que seja possível o pedido judicial para alguma das formas de recuperação expostas acima, é necessário ainda que, para legitimar-se, além de exercer atividade econômica com risco de falência, a empresa deve cumprir mais quatro exigências, que são: não estar falida; existir regularmente há mais de dois anos;

não ter sido concedido o mesmo benefício há menos de 5 anos; e o seu sócio administrador não ter sido condenado por crime falimentar.[43]

Inicia-se então o processo de recuperação judicial, o qual é dividido em três partes. A parte inicial é denominada fase postulatória, em que a sociedade empresarial apresenta seu requerimento para a recuperação. Seguindo, tem-se a fase deliberativa, em que após uma averiguação acerca do crédito, é discutido e aprovado um plano de reorganização concedendo o benefício da recuperação. A última fase do processo é a fase de execução, que se baseia na fiscalização do plano de reorganização, se está sendo ou não cumprido.[44]

Sendo deferida a recuperação judicial, ou seja, estando a petição inicial e a documentação necessária apresentadas pelo devedor em ordem, este ingressa no processo, pois, ainda que não tenha sido concedida, desde então o devedor já se encontra amparado pelo processo sofrendo todos os efeitos decorrentes da condição solicitada e imposta a ele. Importante frisar que a decisão que defere o pedido representa tão somente a efetiva instauração do processo, produzindo diversos efeitos que possibilitarão que o empresário devedor possa negociar com seus credores e assim formar acordos.[45]

Delineando a temática proposta no presente trabalho, outro elemento obrigatório da decisão que irá deferir o processamento, além da aprovação do plano pela assembleia geral de credores é a dispensa de apresentação de certidões negativas de débitos tributários ou a apresentação de certidões positivas com efeito de negativas para que assim a empresa possa operar sua manutenção, da mesma forma como era exigido no instituto da concordata (artigo 31, II, Lei 8.666/93).[46]

[43] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial:* direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
[44] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial:* direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
[45] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. V.3.
[46] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. V.3.

Desse modo, ao analisar o artigo 57 da Lei 11.101/2005, vê-se que o legislador positivou a exigência da prova de regularidade fiscal ao impor ao devedor que está buscando a concessão da recuperação judicial a quitação de seus débitos tributários, ou ao menos o seu parcelamento para que o benefício possa ser deferido.

Ipsis Litteris, o artigo 57 da Lei 11.101/2005[47]:

> "Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. "

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 191-A postula que: "a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei." [48]

Controverso ao sentido intrínseco do pedido de recuperação, pois o devedor que está solicitando a concessão judicial do benefício possui dividas, dentre elas, tributos em atraso, deixando de possuir tais certidões e a imposição de sua exigência poderá inviabilizar a manutenção e continuação da empresa, obstando sua recuperação.

É dever do poder público colaborar com a recuperação de empresas, vez que beneficiará a todos os envolvidos e o meio no qual a empresa está inserida e, quando reestabelecida, a empresa poderá quitar suas obrigações perante o fisco.

4 NOÇÕES DE DIREITO TRIBUTÁRIO

4.1 Surgimento e Evolução do Fenômeno da Tributação

[47] BRASIL, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 06 fev. 2018.

[48] BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Aceso em 08 fev. 2018.

Nos primórdios da sociedade, para que o Estado pudesse obter recursos necessários para cobrir suas despesas necessárias atinentes ao cumprimento de suas finalidades, valia-se de meios como guerras de conquistas, extorsões de povos, doações voluntárias, fabricação de moedas, exigências de empréstimos, imposição de penalidades e outros, em que diversos desses processos de obtenção de receitas públicas eram considerados como tributos.[49]

Entretanto, ao passo que as despesas públicas evoluíam, maior se tornava a necessidade de o Estado promover uma fonte regular e permanente de recursos financeiros. Dessa maneira, passou, então, a utilizar-se de sua força coercitiva para retirar, parcialmente, a riqueza dos particulares sem que houvesse contraprestação alguma, tornando-se, assim, o tributo a principal fonte de riqueza do Estado necessários a realização de suas atividades.

A intensificação da arrecadação por parte do Estado culminou com uma luta dos povos contra a tributação imposta. Três movimentos são conhecidos nas civilizações, como na Espanha, as Cortes de Leão em 1188, que firmaram o princípio de que os impostos precisariam ser votados por delegados dos contribuintes. Já em Portugal, tinha-se as Cortes de Lamengo, em 1413 para a obtenção dos impostos. A França, por meio da reunião, em États Généraux e nos "Estados Provinciais", dos representantes da nobreza, clero e do povo, obtinham tributos, desde o início do século XVI.

Seguindo no entendimento e estudo de Harada, resta claro que, seja de forma direta ou indireta, a tributação foi causa de grandes revoluções ou transformações sociais, tais como a Revolução Francesa, a Independência das Colônias Americanas, a Revolução Mineira, entre outros.[50]

[49] HARADA, *Kiyoshi. Direito financeiro e tributário* – 26. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
[50] HARADA, *Kiyoshi. Direito financeiro e tributário* – 26. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

A imposição exacerbada da carga tributária, incompatível com a capacidade financeira da população, somada a falta de investimentos nas áreas onde foram arrecadados os tributos foram essenciais para o início dos movimentos pela independência e de cunho separatista.[51]

Atualmente, há o princípio de aprovação prévia, pelos representantes do povo, das receitas tributárias que se encontra inserido nas Cartas Políticas de quase todos os países e, no Brasil, por meio do princípio da legalidade tributária, presente desde a primeira Constituição Republicana de 1891.

Ou seja, a tributação constituiu-se como uma categoria jurídica que somente pode ser disciplina pelo Direito e exigido através de uma relação existente entre o Estado e o contribuinte, derivada exclusivamente de lei.

4.2 Conceito e noções gerais de Direito Tributário

Pode-se dizer que o Direito Tributário é o ramo que disciplina o processo de retirada compulsória de parte das riquezas da população, pelo Estado, observando-se princípios do Estado e de Direito, além de ser responsável pelo estudo da relação entre o fisco e o contribuinte.[52]

Para que o Estado possa exercer sua atividade financeira necessário se faz a captação de recursos matérias, possibilitando a manutenção de sua estrutura e oferecendo serviços ao contribuinte que lhe compete, por ser o legítimo provedor das necessidades da coletividade.[53]

No entendimento de Sabbag, Direito Tributário é a representação positivada da ciência jurídica que engloba o conjunto de normas e princípios jurídicos que regulam as relações na obrigação tributária, compostas pelas partes (ente público estatal e contribuinte), a prestação (ou objeto, que representa uma obrigação, podendo constituir-se em obrigação de dar, de fazer ou não fazer) e o vínculo jurídico

[51] PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo.* 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[52] HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário* – 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
[53] SABBAG, Eduardo. *Direito tributá rio I*. São Paulo: Saraiva, 2012.

(representado através de uma norma jurídica em que no polo ativo encontra-se o credor – entes tributantes, conhecidos como fisco – e o polo ativo é composto pelo credor – ou devedor, o contribuinte) que é a relação Estado e contribuinte na atividade financeira do Estado atinente a instituição, fiscalização e arrecadação de tributos.[54]

No artigo 3º, da Constituição Federal, estão consagrados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são[55]:

> Art. 3°. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – Garantir o desenvolvimento nacional;
>
> – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Atender a finalidade de promover os objetivos fundamentais inseridos na Constituição resultada na cobrança de tributos como principal fonte de receitas públicas, havendo a necessidade de se positivar regras por meio da ciência jurídica intitulada como Direito Tributário ou Direito Fiscal[56].

A razão de existência do Estado, por assim dizer, é a realização do bem comum e, para que seja possível alcançar esse objetivo, o Estado necessita de recursos financeiros, buscando-os através da atividade financeira do Estado, arrecadando, administrando e aplicando as receitas obtidas.[57]

Nos esclarecimentos de Icihara, as receitas podem ser originárias, quando decorrentes do próprio patrimônio do Estado, sendo patrimoniais ou empresariais, ou receitas derivadas, em que se incluem as arrecadações provenientes dos tributos.

---

[54] SABBAG, Eduardo. *Direito tributá rio I*. São Paulo: Saraiva, 2012.
[55] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 fev. 2018.
[56] SABBAG, Eduardo. *Direito tributá rio I*. São Paulo: Saraiva, 2012.
[57] ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributá rio:* atualizado até EC 85/15 e LC 149/15. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Consoante definição legal, prevista no artigo 3º do Código Tributário Nacional, "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".[58]

As espécies tributárias estão previstas na Constituição Federal, em seu artigo 145 e no artigo 5º, do Código Tributário Nacional, em que estão relacionados como:[59]

Impostos

Ordinários

Residuais

Extraordinários de guerra

Taxas

Pelo exercício do poder de polícia

Pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis

Contribuições de melhoria

Contribuições

Sociais

Gerais

De seguridade social (ordinárias, residuais, provisória, de previdência do funcionalismo público estadual, distrital e municipal)

De intervenção no domínio econômico

Do interesse das categorias profissionais ou econômicas

[58] BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Aceso em 08 fev. 2018.
[59] PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo* – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017P. 51 e 52.

De iluminação pública municipal e distrital

Empréstimos compulsórios

Extraordinários de calamidade ou guerra

De investimento

4.3 Obrigação Tributária

Por obrigação entende-se haver um vínculo entre duas ou mais pessoas, a respeito de um dever a ser cumprido, podendo uma exigir de outra ou cumprir algo devido. Esses sujeitos correspondem ao sujeito ativo, que impõem a obrigação e o sujeito passivo, que possui o dever de dar ou fazer, cumprindo com a obrigação.

Especificamente no Direito Tributário, a obrigação corresponde ao seu núcleo por referir-se a um direito obrigacional, em que o sujeito ativo o Estado e o sujeito passivo o contribuinte, que pagará o tributo. Assim, é a relação jurídica cujo objetivo é uma prestação, podendo esta ser positiva ou negativa, devendo estar prevista na legislação tributária, constituindo-se em pagar um tributo ou penalidade.[60]

De acordo com o artigo 113 do Código Tributário Nacional, a obrigação tributária poderá ser principal ou acessória. A obrigação principal surgirá com a ocorrência do fato gerador e seu objeto é o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, extinguindo-se juntamente com o crédito que decorrer dela. Já a obrigação acessória é decorrente da legislação tributária em que seu objeto representa as prestações, sejam positivas ou negativas, previstas no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos e a sua inobservância se converte em obrigação principal relativa à penalidade pecuniária.

A obrigação tributária apenas pode resultar de lei, em que, a partir da ocorrência do fato gerador, que representa uma situação prevista abstratamente em

[60] BORBA, Claudio. *Direito tributário*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

lei, uma hipótese de incidência que, uma vez ocorrido no mundo real, nasce a obrigação tributária e, com isso, feito o lançamento, o crédito tributário.[61]

4.4 Crédito Tributário

Disposto no artigo 139 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário é aquele decorrente da obrigação principal e possui a mesma natureza.

Ou seja, assim que a lei cria o tributo e a hipótese prevista do fato gerador na lei se concretiza no mundo jurídico, nasce a obrigação tributário e, através do lançamento, o crédito tributário que deverá ser pago pelo contribuinte.[62]

O lançamento está previsto no artigo 142, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe[63]:

> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
>
> Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Pode-se extrair do conceito delineado na lei que lançamento tributário é uma atividade privativa da autoridade administrativa, correspondente a um procedimento administrativo que busca verificar se ocorreu o fato gerador da obrigação, determinando a matéria tributável, realizando o cálculo do montante do tributo devido, bem como a identificação do sujeito passivo.

Desta maneira, o texto do artigo 142 no que se refere à expressão crédito tributário, pressupõe certeza e liquidez, vez que houve a formalização do crédito a

[61] HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
[62] ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributá rio:* atualizado até EC 85/15 e LC 149/15. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
[63] BRASIL, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Aceso em 08 fev. 2018.

partir da verificação de que a hipótese de incidência do fato gerador previsto em lei de fato ocorreu, foi realizada a correta identificação do sujeito passivo e o montante devido foi apurado.[64]

Assim, o lançamento é responsável por constituir o crédito tributário, declarando a preexistência da obrigação tributária em virtude da ocorrência do fato gerador previsto em lei.

Uma vez declarado o crédito tributário, além de ser executável pelo sujeito ativo da obrigação tributária, somente poderá deixar de ser exigido nos casos de suspensão, extinção ou exclusão, uma vez previstos expressamente no Código Tributário Nacional.

4.4.1 Suspensão do crédito tributário

A suspensão da exigibilidade do crédito, de caráter transitório ou temporário é caracterizada pela dilação ou prorrogação do prazo de pagamento, ou seja, a exigibilidade do pagamento fica suspense.[65]

As hipóteses de suspensão da exigibilidade estão previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional, que compreende: a moratória; o deposito do seu montante integral; as reclamações e os recursos; a concessão da medida liminar em mandado de segurança; a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outra espécie de ação judicial; e o parcelamento, contudo, somente se aplicando as obrigações principais, não atingindo as obrigações acessórias, ou seja, estas últimas ainda precisarão ser cumpridas.

Caso ocorra alguma das causas elencadas no artigo 151, do Código Tributário Nacional e, enquanto ela durar, além de suspender o crédito tributário, irá possuir as seguintes consequências: bloqueio do ajuizamento da execução fiscal; suspensão da

[64] PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[65] ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributá rio:* atualizado até EC 85/15 e LC 149/15. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

contagem de prazo prescricional para o ajuizamento de ação fiscal, caso já tenha sido dada início, ou impede a iniciação da contagem, além de não dispensar o cumprimento das obrigações acessórias.[66]

4.4.1.1 moratória e o parcelamento

A primeira hipótese de suspensão do crédito tributário é a moratória, que é a situação em que o credor concede uma dilação de prazo ao devedor, assim a dívida que estava vencida ou prestes a vencer, terá nova data de vencimento, de acordo com os casos previstos em lei.[67]

A moratória poderá ser concedida tanto individualmente, quanto em caráter geral. Individualmente pode ser, por exemplo, o parcelamento dos débitos fiscais, em que o devedor, através da confissão de dívida vencida, solicita o parcelamento dos débitos para uma nova data de vencimento futura.[68]

Na moratória, no exemplo do parcelamento dos débitos, a consequência é que as dívidas passarão a vencer em nova data e o devedor contribuinte poderá solicitar a certidão negativa, que representa condição de suma importância para as empresas que pretendem negociar com o Estado.

O parcelamento, semelhante à moratória, mas institutos juridicamente diversos, vez que o parcelamento sempre será em caráter individual e deve ser requerido pelo contribuinte, enquanto a moratória poderá ser em caráter geral, não depende de confissão de dívida.[69]

Por outro lado, a moratória em caráter geral pode ser concedida pela autoridade competente de cobrar o tributo, desde que exista lei para sua concessão,

[66] BORBA, Claudio. *Direito tributário*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
[67] BORBA, Claudio. *Direito tributário*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
[68] ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributá rio:* atualizado até EC 85/15 e LC 149/15. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
[69] ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributá rio:* atualizado até EC 85/15 e LC 149/15. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

delimitando sua aplicabilidade, com a circunscrição da região ou território, classe ou categoria que irá atingir.

O artigo 153 do Código Tributário Nacional determina que a lei que for conceder a moratória em caráter geral ou individual, deverá especificar o prazo de duração do favor; as condições da concessão do favor em caráter individual; caso seja o caso, os tributos a qual se aplicará, o número de prestações e seus vencimentos, dentro do prazo de duração e as garantias que serão fornecidas pelo beneficiado no caso de concessão em caráter individual.

4.4.1.2 depósito do montante integral

O depósito do montante integral representa um ato do sujeito passivo da relação tributária que, com o fim de suspender a exigibilidade do credito tributário, realiza o deposito do valor devido integralmente, podendo ocorrer tanto na via administrativa quanto em juízo.[70]

O Superior Tribunal de Justiça revelou seu entendimento quanto do deposito na Súmula 112, em que "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro"[71]

Não só suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas o depósito do montante integral suspende ainda a fluência dos juros incidentes sobre o sujeito passivo, ou seja, ainda que continuem fluindo, serão devidos pela instituição depositária, suspendendo, inclusive, o curso da prescrição.

4.4.1.3 reclamações e recursos administrativos

[70] MACHADO Segundo, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

[71] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de segurança n. 1267-AM. Primeira Seção. Recorrente: Sony Componentes Ltda. Recorrida: União Federal. Relator Ministro José de Jesus Filho. 25 de outubro de 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula112.pdf>. Acesso em 30 mar. 2018.

Após a apuração do montante devido pela autoridade administrativa, o sujeito passivo será notificado para pagamento ou, caso não concorde com os valores lançados, apresente reclamação administrativa respaldando suas razões de discordância. A possibilidade de questionar o lançamento constitutivo do crédito tributário decorre do direito constitucional da ampla defesa.[72]

A Administração Pública, em faze do questionamento do sujeito passivo, irá examinar o lançamento para apurar se houve algum erro, se está de fato de acordo com a lei e, até que a autoridade se pronuncie, ficará o crédito suspenso e, somente após o pronunciamento definitivo da Administração, é que o crédito poderá voltar a ser exigido.

4.4.1.4 concessão de liminar em mandado de segurança e tutelas provisórias em outras espécies de ação judicial

Inicialmente, a liminar em mandado de segurança era a única causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário proveniente de ordem judicial e, somente com o advento da Lei Complementar 104/2001, surgiram as demais causas suspensivas.[73]

Para que sua concessão seja possível, o juiz deve verificar se existe a presença dos requisitos da fumaça do bom direito e se a espera pelo julgamento pode acarretar em danos irreparáveis ou de difícil reparação.[74]

Desta maneira, trata-se de uma ação fundada na Constituição cujo objetivo é proteger direito líquido e certo, seja de forma repressiva, preventiva, geral ou individual.[75]

4.4.2 Extinção do crédito tributário

[72] MACHADO Segundo, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
[73] SABBAG, Eduardo. *Direito tributá rio I*. São Paulo: Saraiva, 2012.
[74] SABBAG, Eduardo. *Direito tributá rio I*. São Paulo: Saraiva, 2012.
[75] BORBA, Claudio. *Direito tributário*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Por meio do princípio da legalidade tributária, o CTN disciplina as causas de extinção do crédito tributário, seguindo o disposto no artigo 97, IV, em que somente a lei poderá estabelecer as hipóteses de extinção do crédito.[76]

O artigo 156 do Código Tributário Nacional dispõe acerca dos meios que extinguem o crédito tributário através do pagamento; da compensação; da transação; da remissão; da prescrição e decadência; da conversão do depósito em renda; do pagamento antecipado e a homologação dos lançamentos; a consignação em pagamento; a decisão administrativa irreformável, entendida definitiva na orbita administrativa, que não possa mais ser objeto de ação anulatória; a decisão judicial transitada em julgado; e, por fim, a dação em pagamento em bens imóveis.

Destarte, as hipóteses de extinção podem ser satisfativas, quando há o pagamento, o pagamento seguido de homologação, compensação, conversão em renda, valores depositados ou consignados ou a dação em pagamento. Desconstitutivas, quando por decisão administrativa ou judicial. Pode ainda o crédito ser perdoado, quando há a remissão. Ou precluso, quando ocorre a decadência ou a prescrição.[77]

4.4.3 Exclusão do crédito tributário

A exclusão do crédito tributário é realizada por meio da isenção e da anistia e consiste na inviabilidade de sua constituição, sendo assim mesmo que o fato gerador tenha se materializado, nascendo a obrigação tributária, o lançamento não será realizado, consequentemente não haverá a constituição do crédito tributário.[78]

[76] BORBA, Claudio. *Direito tributário*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
[77] PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[78] SABBAG, Eduardo. *Direito tributá rio I*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Entretanto, a exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias decorrentes deste, como a emissão de notas, escrituração de livros fiscais, entre outros.[79]

Dessa forma, ao ser concedida a isenção ou a anistia, há a exclusão do crédito tributário e, por conseguinte, o contribuinte fica exonerado de apurar e cumprir com a obrigação tributária principal e o fisco impedido de constituir o crédito e de exigi- lo.[80]

4.5 Extrafiscalidade do Direito Tributário

A doutrina faz uma divisão acerca da função que os tributos exercem, podendo ser de natureza fiscal, parafiscal ou extrafiscal.

Quando se fala em natureza fiscal, sua principal finalidade é a obtenção de recursos para custear o orçamento previsto de uma determinada entidade do Estado, ou seja, predominantemente sua função é meramente arrecadatória, como o IPTU, por exemplo. Por outro lado, a natureza parafiscal refere-se aos tributos em que o sujeito ativo é pessoa diversa da entidade que detém a competência tributária, ou seja, são tributos responsáveis para a obtenção de recursos para entidades que não são estatais, mas que atuam como uma ampliação destas.[81]

No que tange à extrafiscalidade do Direito Tributário, foco do presente estudo, o tributo figura com um fim ou proposito diferente da obtenção de receitas para custear as despesas do Estado. Dessa forma, o tributo é utilizado para atingir outras finalidades, dirigir comportamentos, estimular ou desestimular condutas, ou seja, a extrafiscalidade versa em valer-se, deliberadamente, desse efeito para se conseguir chegar a metas específicas.[82]

---

[79] MACHADO Segundo, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
[80] PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[81] MACHADO Segundo, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
[82] MACHADO Segundo, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

A função da extrafiscalidade se ampliou no momento em que o Estado passou a intervir mais amplamente na economia, a partir do século XX. Resumidamente, o Estado utiliza-se de parâmetros diversos da capacidade econômica para contribuir para tratar desigualmente os contribuintes.[83]

Quando um tributo possui finalidade extrafiscal, esses efeitos não são apenas uma decorrência da tributação, mas eles foram deliberadamente almejados pelo legislador.[84]

A Constituição Federal trata, em alguns artigos, da autorização da utilização dos tributos com natureza extrafiscal, sendo: nas exceções às anterioridades de exercício e/ou nonagesimal e nas atenuações à legitimidade relativamente à impostos capazes de atuar como reguladores da produção de bens, atribuindo ao Poder Executivo prerrogativas para a alteração da legislação pertinente; bem como na previsão de que os impostos de Imposto Predial e Territorial Urbano e Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural sejam utilizados de modo a induzir o cumprimento da função social da propriedade; na previsão de benefícios fiscais de incentivo regional; na determinação de estimulo ao cooperativismo; e na determinação de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.[85]

Contudo, para que a tributação com finalidade extrafiscal seja válida, é preciso analisar alguns aspectos, sendo estes a análise da concorrência das competências administrativas e tributária do ente político e, também, o exame do ajustamento da tributação para influenciar a pretensão desejada, ou seja, se terá eficácia possível para despersuadir as práticas que se pretende evitar ou estimular as práticas tidas como corretas.[86]

[83] MACHADO Segundo, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
[84] PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[85] PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[86] PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Dessa forma, os tributos com natureza extrafiscal surgem para corrigir possíveis distorções de natureza econômico financeira; incentivar ou desestimular determinadas condutas, para atender os interesses sociais; e para aferir índices econômicos de riqueza, como conhecer o perfil do contribuinte.[87]

5 A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: HIPÓTESE DE ETRAFISCALIDADE

O tema aqui tratado tem sido alvo de posicionamentos diversos no Superior Tribunal de Justiça. Essa intervenção do Poder Judiciário tem como pressuposto viabilizar a recuperação da empresa, evitando que se vá a falência, na medida em que é reconhecida a função social desempenhada pelas empresas, a circulação de riqueza que é gerada, a produção e circulação de bens e ou serviços. As atividades desempenhadas pelas empresas não beneficiam somente os empresários e seus sócios, mas beneficia todo o ambiente e sociedade, assim como os funcionários, fornecedores, clientes, o mercado e, inclusive, o próprio Estado, que se beneficia com os tributos e com as atividades desempenhadas, vez que sozinho, não teria capacidade para atender todas as demandas da população.[88]

A Lei 11.101/2005, que trouxe o instituto da recuperação judicial a definiu como uma medida genérica para viabilizar a recuperação da empresa que se encontra em crise, evitando que a empresa chegue ao ápice da crise, instaurando-se o processo de falência.[89]

Quando ainda existente o antigo instituto da concordata, para ajuizá-la, o devedor deveria comprovar a inexistência de execução fiscal ajuizada, mas, caso houvesse, caberia ao devedor provar a existência de penhora aceita pela Fazenda Pública. Em um segundo momento, para a concessão da concordata era imperiosa a

[87] CAPARROZ, Roberto. *Direito tributá rio*. São Paulo: Saraiva, 2017.
[88] MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*.11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
[89] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. V. 3.

comprovação de quitação dos tributos relativos à atividade mercantil do concordatário, conforme disposto no DL 7.661/1945.[90]

No novo e atual sistema, com o advento da Lei 11.101/2005, restou apenas a necessidade de comprovação de regularidade do credito tributário para que a recuperação judicial seja concedida, não mais no seu ajuizamento, como estabelecido no artigo 57 da referida lei e artigo 191-A, do Código Tributário Nacional (CTN), incluído pela Lei Complementar 118/2005.[91]

Contudo, como estudado no capítulo anterior, uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário é o parcelamento, previsto no artigo 151, VI, do Código Tributário Nacional e no artigo 68, da Lei 11.101/2005.

Logo, por mais que o CTN e a Lei 11.101/05 exijam a apresentação de certidões negativas para que a recuperação judicial possa ser concedida, comprovando a quitação dos débitos tributário, tal requisito foi flexibilizado pelo artigo 68 da referida lei, estabelecendo que as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional de Seguro Social poderão deferir, nos termos de legislação específica, o parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Tributário Nacional.[92]

Note-se que o artigo 68 da lei e o artigo 155-A do Código Tributário Nacional fazem menção a necessidade de legislação específica que trate do parcelamento dos créditos.

Resultante do entendimento dos referidos artigos, surgiu o Enunciado 55 da I Jornada de Direito Comercial que dispõe que o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do

[90] SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência:* teoria e prática. 3.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
[91] SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência:* teoria e prática. 3.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
[92] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

disposto no artigo 57 da Lei 11.101 e no artigo 191-A, do Código Tributário Nacional.

Ou seja, enquanto lei específica não regulamentar o parcelamento tributário, não poderá ser exigida a apresentação de prova de quitação de todos os débitos tributários, em que sua não apresentação não poderia constituir óbice a concessão do benefício.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido pelo eminente Ministro Luiz Felipe Salomão, confirma o entendimento de que, sendo a recuperação judicial um meio para viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção de sua fonte produtora, dos empregos, interesses, sua função social, deve o parcelamento ser utilizado em benefício, pois é um direito da empresa e, a ausência de legislação específica sobre a matéria não pode ter o condão de inviabilizar ou constituir ônus ao contribuinte.

Destaca-se ementa do julgado:

> DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.
>
> O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é **"viabilizar a superação da situação de crise econômico- financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".**
>
> O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de **parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de**

> **suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.**
>
> O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à **ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.**
>
> Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE
>
> ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013)[93]

Entretanto, o entendimento ora adotado pela Corte Especial não é uniforme no Tribunal Superior, haja vista que a Primeira Turma tem se manifestado contrariamente.

Os fundamentos adotados pela Primeira Turma são no sentido de que ainda que instituída a possibilidade de parcelamento para suspender a exigibilidade do crédito tributário por meio de legislação especifica, os princípios da recuperação da econômica da empresa e de sua preservação não garantem o afastamento dos princípios da isonomia e da legalidade tributária, ou mesmo da vedação de interpretação extensiva da legislação que versa sobre a suspensão do crédito tributário.

Sobre o entendimento seguido pela Primeira Turma:

> TRIBUTÁRIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARCELAMENTO DE CRÉDITO. LEI ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. LEI GERAL. APLICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO E DA RECUPERAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA. OFENSA. INOCORRÊNCIA.

[93] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp 1.187.404/MT. Corte Especial. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Viana Trading Importação e Exportação de Cereais LTDA. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília 21 de agosto de 2013. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000540484&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 14 jun. 2018.

A Lei n. 11.101/2005 previu que ao devedor em recuperação judicial as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social poderão deferir parcelamento de seus créditos, nos termos de legislação específica editada em conformidade com o Código Tributário Nacional (art. 68).

A LC n. 118/2005 alterou o CTN, para introduzir o art. 155-A, §§ 3º e 4º, e estabelecer que lei específica disporá sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedor em recuperação judicial e que a falta dessa lei (situação existente à época da demanda) autoriza a aplicação da lei geral de parcelamento existente na unidade da Federação do devedor - na hipótese, a Lei n.

10.522/2002.

A legislação confere à empresa "em recuperação judicial" tratamento diferenciado, mas não a exime de se submeter à disciplina legal do parcelamento nem permite a extensão de benefícios a hipóteses nela não contempladas, não sendo assegurada à aludida contribuinte a escolha, por combinação de leis, de um terceiro programa de parcelamento, com o objetivo de parcelar débitos tributários vencidos a qualquer tempo, como garantido pelo regulamento geral da Lei n. 10.522/2002, consoante as regras do programa especial da Lei n. 11.941/2009.

Os princípios da preservação e da recuperação econômica da empresa (art. 47 da Lei n. 11.101/2005) não garantem excepcional afastamento dos princípios da isonomia e da legalidade tributária (art. 97, VI, do CTN) nem do disposto no art. 111, I, do CTN, que veda interpretação extensiva da legislação que dispõe sobre a suspensão do crédito tributário, modalidade na qual o parcelamento se enquadra (art. 151, VI, do CTN).

Recurso especial desprovido.

(REsp 1383982/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO,

Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 05/03/2018)[94]

Contudo, após a submissão de diversas lides sobre a mesma problemática, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Ministro Mauro Campbell Marques, da

[94] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp 1.383.982. Primeira Turma. Recorrente: Agrícola Nova América LTDA. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília 05 de março de 2018. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301364550&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 14 jun. 2018.

Primeira Seção, acolheu a proposta de afetação do recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, sob o Tema 987, a definir a questão jurídica central que consiste na: “possibilidade da pratica de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal.[95]

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. PROPOSTA DE AFETAÇÃO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS CONSTRITIVOS.
>
> Questão jurídica central: "Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal".
>
> Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos (afetação conjunta: REsp 1.694.261/SP, REsp 1.694.316 e REsp 1.712.484/SP).

No momento resta aguardar pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema que vinculará todas as decisões acerca da mesma matéria, contudo, há de se esperar pelo bem da empresa em detrimento do crédito tributário.

Ora, caso à empresa seja concedido a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o Fisco só terá a ganhar.

Fundamentando a afirmação acima descrita, visualizemos o seguinte cenário: a Fazenda exige a comprovação de quitação dos débitos tributários para que seja concedida a recuperação judicial, contudo, a empresa já se encontra em situação de dificuldades para se manter, logo, muito provavelmente não conseguirá arcar com a exacerbada carga tributária devida, assim, sem recursos, a empresa não irá conseguir manter os empregos, promover a circulação de bens e serviços, gerar renda e, consequentemente, levantar a quantia necessária para adimplir com suas obrigações fiscais, não conseguindo honrar com os princípios da isonomia, legalidade tributária

[95] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. ProAfr no Resp 1.694.261/SP. Primeira Seção. Recorrente: Mastra Indústria e Comércio Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Marco Campbell Marques. Brasília 27 de fevereiro de 2018. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=987&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 13 jun. 2018.

ou supremacia do interesse público, não restando outra alternativa senão o fechamento de suas portas e a decretação da falência.

Imaginemos uma segunda possibilidade. É concedida a empresa a recuperação judicial com a suspensão da exigibilidade do crédito por essa devido e, desta maneira, a empresa conseguirá desenvolver sua atividade empresarial, promovendo sua função social, preservando a empresa e todos os benefícios dela decorrentes e, com o passar do tempo, totalmente reerguida, a Fazenda poderá cobrar todos os tributos e créditos devidos.

Esses representam os dois prismas presentes no atual cenário brasileiro, carecendo de um firme posicionamento dos Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o tema 987 afetado pelo rito dos recursos repetitivos, delineará oprocedimento a ser seguido pelos demais tribunais, trazendo segurança jurídica para os postulantes da recuperação judicial.

Sob a ótica da necessidade de preservação da empresa, possível concluir pela necessidade de uma aplicação da função extrafiscal dos tributos (ao menos momentânea), com a finalidade de garantir a função social da empresa e, no futuro, resgatar a função fiscal dos tributos, caso a empresa seja preservada e continue a exercer sua atividade econômico-financeira.

6 CONCLUSÃO

Antigamente, com o instituto da concordata, ao se requerer a recuperação judicial, nem todos os credores eram abarcados, surgindo, além desse, diversos inconvenientes que fizeram com que o a concordata fosse extinta, dando lugar a recuperação judicial por meio da nova lei de falências e recuperação judicial, advinda através da Lei 11.101/2005.

A recuperação judicial possibilita que empresas que estejam enfrentando crises econômico-financeiras tenham a chance de se reerguer e dar continuidade às suas atividades, desde que seja uma empresa economicamente viável, pois, não seria

possível submeter toda e qualquer empresa, visto que não adiantaria e desperdiçaria recursos.

Assim, caso a empresa consiga superar a crise instaurada, será possível atender aos princípios a ela inerente, como, por óbvio, sua preservação, vez que remete ao segundo princípio aqui tratado, que é o da função social da empresa.

O princípio da função social da empresa significa que, ao dar continuidade ao seu funcionamento ela estará gerando empregos, renda, contribuindo para a circulação de bens e serviços atinentes à sua área de atuação, além de que, pelo princípio da livre iniciativa que o Estado coloca a favor das empresas, o governo se desonera da necessidade de prover serviços que seriam de sua competência, para que ainda sejam disponibilizados para a população, contudo, por meio das empresas que se dispõem.

Por outro lado, existem os princípios tributários, como o da legalidade tributária, que prevê que os tributos serão instituídos por lei e uma lei disporá sobre sua cobrança, requisitos, validade, base de cálculo, alíquota, entre outros.

Atrelado ao princípio da legalidade tributário está o princípio da indisponibilidade do interesse púbico, cujo importância consiste na cobrança dos tributos uma vez instituídos pelas leis, ou seja, os tributos, necessários para a consecução do bem comum, ao atendimento das demandas coletivas não podem deixar de ser cobrados, não pode o Estado dispor de sua cobrança ou de sua utilização sob consequência das necessidades públicas não conseguirem ser plenamente atingidas.

Dessa maneira, os tributos são instituídos e é delimitada sua hipótese de incidência, seu fato gerador, bem como base de cálculo, alíquota, etc.

Uma vez ocorrido, no mundo real, o fato gerador de determinado tributo, nasce a obrigação tributária, constituindo o crédito tributário, que representa a grande dificuldade que a empresa encontra para conseguir dar prosseguimento a superação da crise econômico financeira instaurada, vez que a apresentação de certidões

negativas ou positivas com efeito de negativas são condições imprescindíveis para o deferimento do pedido de recuperação judicial.

Contudo, o Código Tributário e a Lei 11.101/2005 trazem a possibilidade da suspensão do crédito tributário, elencando algumas hipóteses, dentre elas, a do parcelamento, devendo lei específica o regulamentar.

Pois bem, a Lei 10.522/02 regula algumas questões quanto o parcelamento do crédito tributário, contudo, não abarca todas as questões necessárias.

Diante da falta de legislação acerca do tema, os tribunais têm decidido de maneira diversa, ora concedendo a recuperação judicial e suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, vezes negando a suspensão do crédito, inviabilizando a recuperação judicial de ocorrer, levando as empresas à falência.

A divergência entre os tribunais tem causado enorme insegurança jurídica, violando o princípio constitucional da segurança jurídica, deixando os empresários e administradores judiciais perdidos, sem ter a certeza de qual caminho percorrer e quais alternativas tentar para evitar à falência.

Para que esta insegurança jurídica instaurada perdure por mais tempo, o Superior Tribuna de Justiça, após diversos casos idênticos em matéria, decidiu, através do Ministro Benedito Gonçalves, da Primeira Turma, acolher a proposta de afetação do recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, sob o tema 987, em que a questão ficou delimitada da seguinte maneira: “possibilidade da pratica de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal.

Caso decidido a favor da empresa, a esta será possível dar continuidade às suas atividades, que refletirá em benefício para toda a população, bem como para o Fisco, que conseguirá, através dos lucros gerados pela empresa, receber seus créditos, ao invés de dar início a uma enorme briga judicial, que acarretará em custos judiciais, e dificilmente conseguirá receber o que lhe é devido.

Concluindo, o presente trabalho abordou a questão do sopesamento entre a exigibilidade do crédito tributário em face de empresas em recuperação judicial, em que entendeu-se que a vida da empresa vale mais que a tentativa do imediato cumprimento das obrigações tributárias perante a fazenda pública, resultando em incontáveis benefícios para a população, para o Governo, para os sócios e demais envolvidos.

Enfim, razoável a extrafiscalidade momentânea dos tributos, vez que os tributos com tal natureza servem para, dentre outras, estimular condutas, que pode ser, no caso das empresas em crise financeira, sua recuperação, dando a elas a oportunidade de se reequilibrarem, para garantia da fiscalidade futura, em que o Fisco terá recolhido os tributos devidos, atingindo a finalidade da arrecadação para custeio das despesas em prol de toda sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário* – 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2017.

ALEXY, Robert. *Princípios formais*: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BORBA, Claudio. *Direito tributário* - 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Branco, Paulo Gonet. *Tributaç ão e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Sé rie IDP).

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *I Jornada de direito civil*, n. 53, artigo 966. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/754.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 08 fev. 2018.

BRASIL, *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em 06 fev. 2018.

BRASIL, *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Aceso em 08 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1950/SP*, Tribunal Pleno. Requerente Confederação Nacional do Comércio – CNC. Intimado: Governador do Estado de São Paulo. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Eros Grau, Brasília, 02 de junho de 2006. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1748433. Acessado em 06 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. Resp 1.187.404/MT*. Corte Especial. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Viana Trading Importação e Exportação de Cereais LTDA. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília 21 de agosto de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000540484&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 14 jun. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. Resp 1.383.982*. Primeira Turma. Recorrente: Agrícola Nova América LTDA. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília 05 de março de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301364550&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 14 jun. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. ProAfr no Resp 1.694.261/SP*. Primeira Seção. Recorrente: Mastra Indústria e Comércio Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Marco Campbell Marques. Brasília 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=987& operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO. Acesso em 13 jun. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de segurança n. 1267*-AM. Primeira Seção. Recorrente: Sony Componentes Ltda. Recorrida: União Federal. Relator Ministro José de Jesus Filho. 25 de outubro de 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula112.pdf. Acesso em 30 mar. 2018.

CAPARROZ, Roberto. *Direito tributá rio*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNEIRO, Paloma Torres. Função social da empresa. In: *Revista âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. p. 1-6. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artig o_id=10318. Acesso em 11 mar. 2017.

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado* – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*: direito de empresa. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29.ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do direito falimentar à lei n. 11.101/2005. *Revista jurídica empresarial* 15. P. 1-14, Jul/ago, 2010. Disponível em: http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf. Acesso em 23 mar. 2018

GOUVÊA, João Bosco Cascardo de, *1947 – Recuperação e falência: lei no 11.101/2005*: comentários artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário: atualizado até EC 85/15 e LC 149/15*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOBO, Jorge. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO Segundo, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 9. ed. ref., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2016. v. 1.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SABBAG, Eduardo. *Direito tributário* I. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

. 2001.

A TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS: SUA TRAJETÓRIA LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Ian Gustavo Moreira Gomes

RESUMO

Este trabalho analisa a trajetória da titularidade dos honorários advocatícios sucumbenciais, sob os vieses legal e jurisprudencial, trazendo à tona o tratamento dado à matéria por cada um dos vieses. Ademais, traz o aspecto histórico do instituto desde a sua concepção, no Direito Romano, passando por Chiovenda – o pai da teoria da sucumbência – e menciona cada lei que dispôs sobre o instituto dos honorários de sucumbência no Direito Brasileiro. Posteriormente, parte-se para a análise da jurisprudência pátria sobre o tema, especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, comparando-a com as disposições legais sobre o instituto e analisando a harmonia entre os vieses, bem como as suas contradições.

1 INTRODUÇÃO

Os honorários são a remuneração do profissional liberal pelo serviço por ele prestado. No caso do advogado, sua remuneração é denominada de honorários advocatícios, que é o pagamento pela sua atuação em juízo em nome da parte representada por ele. Há duas espécies de honorários: os contratuais e os sucumbenciais. Os honorários contratuais são os proventos acordados em contrato celebrado entre o cliente e seu advogado. Os honorários sucumbenciais, por sua vez, são valores fixados na sentença que serão pagos pela parte vencida no processo (CAHALI, 1978).

Atualmente, o titular da verba dos honorários sucumbenciais é o advogado da parte vencedora do processo. É dele o direito de perceber esse valor fixado na

sentença, uma vez amparado pelos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/1994, bem como pelo artigo 85, caput e §14, do Código de Processo Civil/2015. Porém, nem sempre foi assim. Há um extenso caminho percorrido pelo instituto, o qual sofreu diversas mudanças em seu processo de desenvolvimento em termos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

A análise desse caminho é o objetivo deste artigo científico, que se propõe a examinar o percurso legal traçado pelo instituto dos honorários sucumbenciais, bem como analisar jurisprudencialmente o seu desenvolvimento. Além disso, o presente estudo pretende comparar os dois vieses do tema, a saber, o viés legal e o viés jurisprudencial, bem como analisar seus pontos em comum e os pontos em contradição. Além do objetivo geral, este trabalho tem como objetivos específicos: (i) investigar a atuação da lei em relação ao tema, associá-la à motivação que lhe deu causa, ao cumprimento de suas finalidades, bem como às suas consequências jurídicas e (ii) compreender como a jurisprudência pode afetar o direito das partes, na medida em que se aproxima ou se afasta do cumprimento da finalidade legal do instituto dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Para tal, a metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, utilizando-se do levantamento de célebres e respeitadas doutrinas em matéria de Direito Processual Civil, jurisprudência pátria – especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – bem como legislação atual e antiga acerca do tema.

Dessa maneira, este artigo científico, no item 1, analisará a trajetória legal e doutrinária do instituto. No item 2, passar-se-á ao exame jurisprudencial de tema, tendo em vista a problemática da titularidade acerca do recebimento dos honorários sucumbenciais.

2 ORIGEM E TRAJETÓRIA LEGAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

O objetivo principal deste primeiro item é a conceituação e explicação dos honorários advocatícios e da teoria da sucumbência. Nesta direção, realiza a análise

histórica e legal da trajetória que percorreu o instituto dos honorários advocatícios de sucumbência desde a sua origem no Direito Romano até o Código de Processo Civil de 2015 – no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Direito Romano

O honorário advocatício é a remuneração que o advogado, como profissional liberal, recebe pela realização do seu trabalho. Entretanto, nem sempre existiu essa remuneração ao trabalho prestado pelo advogado. Para explicar o atual significado dos honorários, é importante remeter ao Direito Romano, onde surgiu a referência jurídica do vocábulo "honorário".

Assim como diversos de nossos institutos jurídicos, foi no Direito Romano que surgiu a expressão *jus honorarium*, como sendo o conjunto de ordens e decretos dos *magistratus populi romani* (magistrados de Roma), publicados no início de seus ofícios., afirmando os princípios norteadores do seu exercício na função (FILHO, jan./mar. 1998). Observa-se que o vocábulo citado nada tem em comum com o atual significado da palavra "honorário", sendo usada em referência à remuneração dos profissionais liberais pelos serviços prestados.

Devido ao caráter publicista do Direito Romano, não se falava – ao menos inicialmente – em remuneração pelo trabalho do advogado, seja pelo cliente, seja pelo reembolso das custas processuais pagas pela parte vencida. O advogado trabalhava gratuitamente enquanto intérprete público do Direito e, em contrapartida recebiam prestígio e favores políticos, dada a relevância da função social que exercia (FILHO, jan./mar. 1998). Além disso, os encargos do processo e suas despesas eram arcadas pelas próprias partes, cada uma por si. Não se falava em sucumbência do perdedor. Pelo contrário: o processo representava um risco às partes por não levar em consideração o sucesso na demanda, as despesas contraídas com o litígio, bem como a já citada sucumbência (CAHALI, 1978).

Com o passar do tempo, o perfil anteriormente traçado do processo sofreu relevantes modificações. Ainda no período das *legis actiones* (ações da lei), era

depositado determinado valor pelos litigantes, perdendo-o o vencido ao findar a ação, por fazer valer erroneamente o seu direito ou negar o correto exercício do direito de outrem. Esse valor era destinado aos sacerdotes ou ao Erário a título de imposto. Houve também o advento da *actio dupli*, no mesmo período, que consistia numa ação direta em face do vencido que injustamente resistisse à demanda pelo dobro do valor do objeto da condenação (CAHALI, 1978).

Mais à frente, no período *per formulas* (período formulário) do processo civil romano, surgiram mais encargos ao vencido, a exemplo da *sponsio* e da *restipulatio*: garantias recíprocas do autor e do réu para a satisfação do crédito do vencedor da demanda, as quais asseguravam o pagamento da quantia pelo vencido – pelo simples fundamento da sucumbência (CAHALI, 1978).

Destarte, verifica-se no processo civil romano a natureza de pena na condenação da parte vencida, em repressão à sua conduta temerária de resistir ao exercício do justo direito do vencedor da demanda.

2.2 Direito Contemporâneo

No Direito contemporâneo, o primeiro jurista a estabelecer um princípio capaz de sobrepor o arbítrio judicial em relação às custas processuais foi Afolfo Weber. O autor contrariou o caráter penoso inserto na condenação do litigante temerário ao estabelecer que a função desta condenação é apenas o ressarcimento do vencedor. Weber ainda colocou a culpa extracontratual e a equidade como fundamento desse princípio, no sentido de que deve ser reparado todo dano injusto por aquele que o causa culposamente. Culpa extracontratual é o dever comum de cuidado das partes o qual não está previsto em contrato, no entanto, quando não observado, gera dano a outrem. Se insuficiente a culpa extracontratual por si só, evoca-se o princípio da equidade para assegurar o ressarcimento da parte pelos danos que sofreu em decorrência do ato injusto. De igual forma, assegura o ressarcimento da parte pelos gastos com a lide através da sucumbência (CAHALI, 1978).

A teoria de Adolfo Weber perdura até os dias contemporâneos na ideia da natureza ressarcitória da condenação; tanto em relação aos danos causados no direito material, quanto no direito processual, mediante o ressarcimento pelos gastos com a lide – afirmado na teoria da sucumbência de Chiovenda (CAHALI, 1978).

2.3 O Princípio da Sucumbência

Afirmando a teoria do ressarcimento de Adolfo Weber, Giuseppe Chiovenda estabeleceu o princípio da sucumbência, afirmando que "a parte vencida é condenada ao pagamento das custas do processo. Se várias forem as partes condenadas, repartem-se proporcionalmente as custas, ou na medida de seu interesse na contenda" (CHIOVENDA, 2002). Ao estipular seus fundamentos, o autor defendeu o seguinte pressuposto (CHIOVENDA, 2002 p. 242):

> O fundamento dessa condenação é o *fato objetivo* da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar um diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante. (CHIOVENDA, 2002 p. 242)

Ressalta-se que o princípio da sucumbência vale tanto quando o bem jurídico é tutelado em favor do autor, na sentença procedente, quanto em favor do réu, no caso de sentença denegatória da demanda. O que interessa para a incidência do princípio é saber quem foi a parte vencida no processo, pois esta sucumbirá ao pagamento das custas processuais e dos honorários do advogado do vencedor (CAHALI, 1978).

Desse modo, o princípio da sucumbência pressupõe a função da sentença de assegurar que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi declarada a sua razão. Hélio Tornaghi exemplifica com precisão o fundamento da sucumbência ao propor a seguinte situação: se o credor da importância *x* precisar pagar a quantia *y* para ter o seu crédito reconhecido judicialmente, o valor da obrigação terá sido transformado em *x-y* pelo custo do processo. Seria o processo

judicial nessa hipótese, em vez de um instrumento de tutela, uma ferramenta de redução de direitos (TORNAGHI, 1976).

2.4 Código de Processo Civil de 1939

Anteriormente à unificação do Direito Processual, que somente ocorreu com o Código Processual Civil de 1939 em decorrência do princípio federativo instaurado na Constituição de 1937, a jurisprudência pátria não era uniforme na aplicação dos critérios relativos à condenação do vencido ao pagamento das custas processuais do vencedor – incluindo os honorários advocatícios. Isso ocorria pelo fato de cada unidade da federação ser competente para legislar sobre processo, regulando cada qual a matéria a seu modo. Isso fazia com que o campo jurisprudencial tendesse à divergência de uma unidade federativa para outra, apesar de os diplomas procurassem manter uma certa semelhança nas disposições (CAHALI, 1978).

O Código de 1939 não adotou o princípio da sucumbência na condenação das custas processuais. Em vez disso, norteava-se pelo caráter penoso da referida condenação, baseando-se no dolo ou na culpa do vencido e condenando-o pela conduta temerária com a qual se portou durante a ação judicial (TORNAGHI, 1976). Em seu artigo 63, o diploma dispõe o seguinte:

> Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente a verdade ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários de advogado.

Verifica-se na disposição do Código o caráter penoso e disciplinar de sua redação, condenando a parte no pagamento de honorários caso tenha se portado temerariamente durante o processo – não adotando, portanto, a teoria da sucumbência.

Além disso, o diploma legal previa outra condenação, atribuída particularmente ao réu, a saber: era condenado também ao pagamento de honorários,

caso tenha dado causa à ação por dolo ou culpa (contratual ou extracontratual). Assim dispunha o art. 64 em sua redação original: “Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários de advogado da parte contrária” (BRASIL, 1939).

Entretanto, como afirma Yussef Cahali (1978), a responsabilização do vencido a pagar as custas e os honorários com base apenas na culpa e no dolo de sua conduta não atendia à necessidade jurídica pátria, bem como à indiscutível evolução do instituto. Coube à jurisprudência a realização de um trabalho analítico e interpretativo para conferir maior elasticidade à aplicação do dispositivo legal.

Com o objetivo de suprir tais carências, fora publicada a Lei nº 4.632/1965, a qual alterou a redação do art. 64 e adotou explicitamente a teoria da sucumbência na condenação das custas e honorários advocatícios. Suprimindo a condição do dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, para a referida condenação, a nova disposição exigia apenas que a fixação de desse moderada e motivadamente (CAHALI, 1978).

Assim ficou a nova redação do art. 64 do CPC/39, após a publicação da Lei nº 4.632/1965 (BRASIL, 1939):

> Art. 64 A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55. (Redação dada pela Lei nº 4.632, de 1965).
>
> § 1º Os honorários serão fixados na própria sentença, que os arbitrará com moderação e motivadamente. (Incluído pela Lei nº 4.632, de 1965).
>
> § 2º Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários. (Incluído pela Lei nº 4.632, de 1965)

Como se verifica com o advento da referida Lei, o princípio da sucumbência foi explicitamente adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, suprimindo em parte o caráter penoso da condenação nas custas e honorários, restando intacta a redação do art. 63 do Código. Entretanto, a mera adoção da expressa da teoria da sucumbência não foi bastante para solucionar os diversos casos concretos que o cotidiano trazia,

principalmente por não manter harmonia com outras disposições que permaneceram incólumes (CAHALI, 1978).

Evidenciou-se, através desta experiência, a necessidade de uma modificação sistemática por completo do instituto da condenação em custas e honorários, a fim de que os reclames da comunidade jurídica pudessem ser atendidos

2.5 Lei nº 4.215/1963 (Antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, foi promulgada a Lei nº 4.215/1963 – o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Com o advento dessa Lei, desencadeou-se grande debate acerca da titularidade dos honorários advocatícios: se pertencem à parte vencedora ou ao advogado desta. Tal discussão se deve especialmente devido à redação do artigo 99 do diploma legal, que assim dispunha (BRASIL, 1963):

> Art. 99. Se o advogado fizer juntar aos autos, até antes de cumprir-se o mandato de lavramento ou precatório, o seu contrato de honorários, o juiz determinará lhe sejam estes pagos diretamente, por dedução de quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.
>
> § 1º Tratando-se de honorários fixadas na condenação, tem o advogado direito autônomo para executar a sentença nessa parte podendo requerer que o precatório, quando este for necessário, seja expedido em seu favor.
>
> § 2º Salvo aquiescência do advogado, o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária não lhe prejudica os honorários, quer os convencionais, quer os concedidos pela sentença.

Segundo o entendimento de Sérgio Fadeo (1975), a redação do artigo 99 conferiu a titularidade dos honorários sucumbenciais ao advogado do vencedor, não a este último. Com isso, o pagamento dos honorários pelo sucumbido deveria ser feito diretamente ao advogado da parte. Ainda, acrescentou que o referido dispositivo dispensava quaisquer questionamentos por parte da doutrina e da jurisprudência.

Entretanto, há controvérsias com relação ao posicionamento de Fadeo que merecem especial atenção.

O direito autônomo do advogado aos honorários da condenação é tratado por Chiovenda, o qual afirma que o direito autônomo do advogado nada tem em comum com os honorários sucumbenciais, a não ser o mero objetivo de assegurar o direito do procurador ante a inadimplência do cliente (Chiovenda, 1935 apud Cahali, 1978, p.336).

Depreende-se desta assertiva que, uma vez condenado o sucumbente ao pagamento dos honorários, esse montante é destinado ao vencedor e não ao seu patrono. O advogado perceberá o que ajustou com seu constituinte. O objetivo da quantia fixada na condenação é o ressarcimento do vencedor da lide, e não amontoar ao advogado dupla remuneração (CAHALI, 1978).

Cahali (1978) afirma que o entendimento jurisprudencial e doutrinário orientava-se no sentido de que os honorários sucumbenciais concerniam à parte vencedora da lide, como ressarcimento, e somente eram atribuídos ao seu patrono caso houvesse estipulação contratual expressa nesse sentido ou em caso de inadimplência da parte no pagamento dos honorários contratuais.

Nos Embargos de Divergência em Agravo nº 884.487/SP, impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, o Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, ao proferir voto-vista, expôs sua posição acerca do artigo 99 da Lei nº 4.215/1963.

O Ministro aduz que o Estatuto da OAB de 1963 estabeleceu nos artigos 96 e 97 o direito do advogado apenas aos honorários contratados e, apenas na falta de contrato, o patrono tinha direito aos honorários fixados na sentença. Na ausência de contrato dispondo sobre os honorários é que os mesmos eram fixados na condenação em percentagem sobre o valor da causa (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça).

O antigo Estatuto (BRASIL, 1963), na redação dos artigos 96 e 97, assim dispunham:

> Art. 96. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na Ordem o direito aos honorários contratados ou, na falta de contrato, dos que forem fixados na forma desta lei.
>
> Art. 97. Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários serão fixados por arbitramento judicial em percentagem sôbre o valor da causa.

Explica, ainda, o Ministro que o artigo 99 do referido diploma regulava a possibilidade de o advogado postular em juízo que os honorários já contratados lhe fossem remunerados diretamente, por dedução da importância a ser recebida pelo seu cliente. Afirma, em suma, que o propósito do Estatuto era remunerar o patrono da parte vencedora essencialmente pelos honorários contratados, facilitando o direito à sua percepção diretamente em juízo. Assim sendo, na vigência da Lei nº 4.215/1963, o advogado tinha direito apenas aos honorários contratados e, na falta destes, procedia-se ao seu arbitramento judicial (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça).

Yussef Cahali tece suas considerações acerca do direito autônomo do advogado à execução dos honorários fixados na condenação, concluindo o seguinte (1978 p. 343):

> Na realidade, embora o Estatuto da Ordem assegure ao advogado direito autônomo para executar a sentença na parte relativa aos honorários fixados na condenação, podendo, inclusive, requerer a sua dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte através de levantamento ou precatório, a autonomia desse direito diz apenas com a via para a realização do crédito por honorários. Este crédito, porém, pertence originariamente ao vencedor, ponto a respeito do qual não pode remanescer dúvida, a teor do art. 20 do Código de Processo Civil. Desse direito originário do cliente vencedor é que resulta, por derivação, o direito do advogado, seja em razão da *cessio iuris*, seja em razão da expropriação ou transferência compulsória a seu favor.

Extrai-se de tais considerações que o direito do advogado à execução dos honorários fixados na sentença é autônomo no que se refere à forma processual de seu exercício, entretanto, tal direito deriva ou origina-se do direito do vencedor, titular dos honorários sucumbenciais fixados na sentença (CAHALI, 1978).

2.6 Código de Processo Civil de 1973

Em 11 de janeiro de 1973, foi promulgada a Lei nº 5.869/1973, que instituiu novo Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo o mesmo entendimento da modificação trazida ao Código de 1939 através da Lei nº 4.632/1965, o Código de 1973 manteve a teoria da sucumbência e determinou que a sentença condenaria o vencido a reembolsar o vencedor nas despesas que antecipou e nos honorários advocatícios (MIRANDA, 1999).

Verifica-se a manutenção do princípio da sucumbência no artigo 20 do Código, o qual dispunha que "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria" (BRASIL, 1973).

O referido artigo, portanto, reafirmou a teoria da sucumbência e confirmou a titularidade da parte vencedora com relação ao recebimento dos honorários fixados na condenação, tendo em vista a natureza ressarcitória da sucumbência, segundo a qual o direito do vencedor não deve sair reduzido de um processo em que foi declarada a sua razão (TORNAGHI, 1976). Ademais, a exposição de motivos do Código de 1973 ratifica o seu posicionamento, conforme se vê a seguir (BRASIL, 1972):

> O projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor (artigo 23). "O fundamento desta condenação", como escreveu Chiovenda, "é o fato objetivo da derrota, e a justificação deste instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor um tanto quanto possível nítido e constante".

O código ainda trouxe importantes renovações acerca da fixação de honorários na sentença, através de emenda pela Lei 5.925/1973, no §3º do artigo 20, o qual dispôs que os honorários deveriam ser fixados entre o mínimo de 10% e o

máximo de 20%, calculados sobre o valor da causa, com base nas circunstâncias mencionadas nas alíneas *a, b* e *c* do parágrafo citado (BARBI, 1998). As circunstâncias previstas nas alíneas faziam referência ao trabalho realizado pelo advogado, quais sejam, o grau de zelo do procurador; o lugar da prestação do serviço; bem como bem como a natureza e importância da causa, o trabalho exercido nela e o tempo exigido para a realização do serviço (BRASIL, 1973).

A emenda que inseriu o §3º no artigo 20 originou-se do desagrado dos advogados acerca da arbitragem demasiadamente estreita ora feita pelos juízes e tribunais. Importante ressaltar que a reivindicação dos advogados não protegia os interesses da classe, mas sim o interesse do cliente. Como o contrato entre o cliente e o advogado estipula o pagamento de honorários entre 10 e 20% do valor da causa, o patrono recebia do constituinte aquilo que fora contratado; porém este último restava prejudicado quando os honorários sucumbenciais estipulados na sentença eram inferiores ao que foi pago ao procurador (BARBI, 1998).

Desse modo, o escopo da lei foi garantir ao vencedor plena satisfação de seu direito – para que este não saísse diminuído do processo –, impedindo que os magistrados fixassem honorários excessivamente modestos (BARBI, 1998).

2.7 Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB)

Aproximadamente 20 anos após a publicação do Código de Processo Civil de 1973, foi promulgado em 1994 o novo Estatuto da Advocacia, por meio da Lei nº 8.906/1994. Através dos artigos 22, *caput*, e 23, o novo Estatuto revogou o artigo 20 do CPC/1973, retirando a titularidade do direito aos honorários sucumbenciais fixados na sentença da parte vencedora e transferindo-a para o seu advogado (ALVIM, et al., 2012), como se vê a seguir (BRASIL, 1994):

> Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

> Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Arruda Alvim (2012) leciona que o dispositivo dos artigos 22 e 23 da Lei conferiu ao advogado um agora direito próprio aos honorários sucumbenciais – lembrando que, ao tempo do antigo Estatuto da OAB, o direito próprio à referida verba pertencia à parte vencedora; ao seu patrono cabia apenas o direito autônomo de receber diretamente em juízo os honorários fixados na sentença, nos casos já mencionados no subitem 1.5 deste capítulo – cabendo-lhe também o direito autônomo para executar a sentença, na parte relativa à verba sucumbencial.

O fenômeno causado pelo advento do novo Estatuto aboliu, por consequência, completamente o progresso alcançado historicamente pelo Código de Processo Civil de 1939, pela Lei nº 4.632/1965, bem como pelo Código de 1973, abolindo ainda a teoria da sucumbência – adotada por todas essas leis – em favor do advogado da parte, o qual já era remunerado pelo seu serviço através dos honorários contratuais.

2.8 Código de Processo Civil de 2015

Com o advento da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico ratificou o posicionamento tomado pelo novo Estatuto da Advocacia, conferindo ao advogado no artigo 85, *caput*, do novo Código a titularidade dos honorários arbitrados na condenação, estipulando o seguinte (BRASIL, 2015): "A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor", garantindo-lhe ainda o direito de propor ação autônoma para a sua definição e cobrança, caso a sentença seja omissa nesse ponto (§18 do artigo 85).

Quanto à redação inserta no *caput* do citado artigo, é necessário asseverar que o Código Processual Civil de 2015, ao se referir ao pagamento dos honorários, não cuida dos honorários contratuais, apenas dos honorários de sucumbência fixados na

sentença – na medida em que um é independente do outro (CAMARGO, et al., 2015).

Importante ressaltar que o Código adotou o princípio da sucumbência, porém modificou a sua natureza jurídica e principal função do instituto: a de ressarcimento da parte vencedora no tocante aos gastos de pagamento dos honorários advocatícios. O CPC/2015, por sua vez, estabeleceu no artigo 85, §14, a natureza jurídica alimentícia dos honorários sucumbenciais – tema que já era amplamente discutido pela jurisprudência pátria, a partir do advento da Lei nº 8.906/1994 (CAMARGO, et al., 2015).

Agora, segundo o princípio da sucumbência adotado pelo novo Código, do fato objetivo da derrota origina-se o direito do advogado de auferir a verba honorária, bem como a obrigação da parte vencida de efetuar o pagamento (CAMARGO, et al., 2015).

Acerca da natureza alimentícia dos honorários fixados na condenação, leciona Luiz Henrique Volpe Camargo (2015 p. 304):

> Ao atribuir expressamente ao advogado da parte vencedora a titularidade dos honorários de sucumbência, o *caput* do art. 85 compatibiliza o CPC/2015 com o art. 23 da Lei 8.906/1994. Trata-se, pois, da reafirmação na lei geral (CPC/2015) do direito já reconhecido na lei especial (art. 23 da Lei 8.906/1994), no sentido que os honorários de sucumbência não têm mais feição reparatória da parte – como tinham até 1994 – , para assumir função remuneratória do advogado da parte.

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno (2015 p. 101)

> O §14, rente ao que estabelece o Estatuto da Advocacia e da OAB (art. 23 da Lei n. 8.906/94) e a jurisprudência dos Tribunais superiores, dispõe que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho.

Desse modo, os honorários figuram, conforme Luiz Henrique Volpe Camargo (2015), como a fonte de sustento de qualquer advogado privado. Além de suprir todas as despesas que tem o advogado, como a manutenção da equipe, de computadores, do estabelecimento físico do escritório, impostos, etc., os honorários

ainda são a fonte provisão do advogado e de sua família, pois a sua vida se sustenta a partir dos honorários que recebe.

A título de curiosidade, Humberto Theodoro Júnior (2016) comenta que até mesmo a Fazenda Pública, que na vigência do CPC/73 se beneficiava do princípio da sucumbência quando era parte vencedora no processo, foi afetada, pois o novo Código conferiu também aos advogados públicos o direito de receber os honorários fixados na sentença, conforme o §19 do artigo 85.

Do disposto no referido §19, parte-se à seguinte indagação: dada a natureza alimentar dos honorários de sucumbência, por qual razão os mesmos foram conferidos aos advogados públicos, uma vez que – diferentemente do advogado privado – recebem proventos fixos decorrentes do cargo público e não têm gasto algum com a manutenção do seu local de trabalho? A resposta para essa questão não é encontrada na doutrina ou na jurisprudência. Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro achou por bem fazê-lo, assim como achou por bem modificar drasticamente a função primeira da teoria da sucumbência: a de "prover para que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão" (TORNAGHI, 1976 p. 165).

3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TEMA

O presente item propõe-se a analisar o instituto da titularidade dos honorários de sucumbência sob a ótica da jurisprudência pátria, produzida especialmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Ainda, busca comparar a interpretação jurisprudencial com a legislação e doutrina tratadas no Capítulo 1 deste trabalho, observando os pontos em comum e os pontos em contradição entre a jurisprudência e a Lei.

3.1 Recurso Extraordinário nº 6.500/SP

Em 15 de abril do ano de 1943, durante a vigência do Código Processual Civil de 1939, foi julgado no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário

6.500/SP, sede na qual se discutiu a possibilidade de o patrono da parte vitoriosa receber diretamente da parte vencida os honorários fixados na sentença. Os requerentes sustentaram a existência de um direito próprio dos advogados de requerer, nos próprios autos da execução, os honorários sucumbenciais diretamente do perdedor, sem dependência de ação direta para tal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

O Ministro Philadelpho Azevedo – o qual fora presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros entre os anos 1937 e 1938 –, então relator do caso, defendeu a destinação da verba honorária fixada na sentença ao advogado pois ela seria, embora indiretamente, a retribuição pelo esforço honesto empregado pelo causídico no processo. Na ocasião, o voto do relator foi acompanhado pela maioria dos Ministros (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

Oportuno ressaltar trecho do voto do ministro relator, a seguir colacionado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

> Assim, sendo o advogado o destinatário da quota atribuída a título de plenitude de reparação ou, mesmo, em certos casos, de pena, está claro que, sem estorvos por parte de seu cliente, pode ele providenciar para recebimento direto, tomando as precauções necessárias e iniciando ação contra o devedor, que as desprezar ou tiver agido com malícia.

Ora, como pode o advogado ser o destinatário de uma importância fixada na sentença a título de plenitude de reparação, quando, na realidade, não teve nenhuma despesa com as custas do processo? Ademais, qual seria o sentido de designar ao causídico uma verba a título de penalidade pela culpa, contratual ou extracontratual, da parte vencida em dar causa ao litígio?

É importante ressaltar que a finalidade do Código de 1939, em seu artigo 64, ao atribuir a quota sucumbencial ao vencedor da lide era ressarci-lo, a fim de que seu direito não saísse diminuído de um processo em que fora reconhecida a sua razão (CHIOVENDA, 2002). O advogado era, sim, o destinatário dos honorários fixados na sentença, apenas na hipótese de inadimplência de seu cliente em não pagar os

honorários contratuais, daí assegurado o direito autônomo do patrono em executar diretamente do vencido a verba sucumbencial (CAHALI, 1978).

3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.194/DF

No ano de 1996, logo após o advento da Lei nº 8.906/1994, foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional da Indústria a ADI 1194/DF, requerendo medida liminar para suspender a eficácia dos artigos 1º,§2º; 21 e seu parágrafo único; 22; 23; 24 e seu §3º; e 78 do Estatuto da Advocacia e da OAB; ainda, requereu, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos – em especial os artigos 22 e 23, objeto da presente análise, com o fundamento de que a titularidade dos honorários advocatícios sucumbenciais pertence à parte vencedora e não ao seu patrono (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

No julgamento da medida cautelar, o STF foi unânime em acompanhar o voto do ministro relator da ação, o Min. Maurício Corrêa (presidente da OAB entre os anos 1979 e 1986), para indeferir o pedido de suspensão da eficácia dos artigos 1º,§2º; 21 e seu parágrafo único; 22; 23; 24 e seu §3º; e 78 do Estatuto da Advocacia e da OAB, alegando a preliminar de ilegitimidade *ad causam* da Requerente em relação aos artigos 22, 23 e 78. Segundo o STF, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) não possuía legitimidade para pleitear a suspensão da eficácia destes artigos por impertinência temática – ou seja, não havia relação entre a finalidade institucional do CNI e o conteúdo normativo dos citados dispositivos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

Segue ementa do julgamento da medida cautelar da ADI 1194/DF, *in verbis* (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

> EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - LEI N. 8.906, DE 04.07.94: PAR. 2. DO ART. 1., ART. 21 E SEU PAR. ÚNICO, ARTS. 22 E 23, PAR. 3. DO ART. 24 E ART. 78. PRELIMINARES: LEGITIMIDADE

> ATIVA "AD CAUSAM"; PERTINENCIA TEMATICA. AÇÃO CONHECIDA EM PARTE, E MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, EM PARTE.
>
> 1. Preliminar: legitimidade ativa "ad causam": art. 103, IX, da Constituição.
>
> **2. Preliminar: ilegitimidade ativa "ad causam", por impertinencia tematica, com relação aos arts. 22, 23 e 78 da Lei n. 8.906/94; ação direta não conhecida, nesta parte, mas conhecida quanto ao par. 2. do art. 1., ao art. 21 e seu par. único e ao par. 3.do art. 24.**
>
> 3. Mérito do pedido cautelar: a) par. 2. do art. 1.: liminar indeferida; b) art. 21 e seu par. único: liminar deferida, em parte, para dar interpretação conforme a expressão "os honorarios da sucumbencia são devidos aos advogados dos empregados", contida no "caput" do artigo, no sentido de que e disposição supletiva da vontade das partes, podendo haver estipulação em contrario, por ser direito disponivel; c) par. 3. do art. 24: liminar deferida para suspender a sua eficacia até o final julgamento da ação.
>
> (ADI 1194 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/1996, DJ 29-03-1996 PP-09344 EMENT VOL-01822-01 PP-00083) (grifo nosso)

Já no ano de 2009, a ação retornou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal para julgamento do mérito. Nesta ocasião, o STF manteve a decisão quanto à ilegitimidade *ad causam* da CNI, por impertinência temática, para pleitear a inconstitucionalidade dos artigos 22, 23 e 78 da Lei nº 8.906/1994, conforme se extrai do julgamento a seguir colacionado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

> EMENTA: ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. ARTIGOS 1º, § 2º; 21, PARÁGRAFO ÚNICO; 22; 23; 24, § 3º; E 78 DA LEI N. 8.906/1994. INTERVENÇÃO COMO LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE SUBSECÇÕES DA OAB: INADMISSIBILIDADE. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ARTIGOS 22, 23 E 78: NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. ART. 1º, § 2º: AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 21 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 24, § 3º: OFENSA À LIBERDADE CONTRATUAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE PROCEDENTE.
>
> 1. A intervenção de terceiros em ação direta de inconstitucionalidade tem características distintas deste instituto nos processos subjetivos. Inadmissibilidade da

> intervenção de subsecções paulistas da Ordem dos Advogados do Brasil. Precedentes. **2. Ilegitimidade ativa da Confederação Nacional da Indústria - CNI, por ausência de pertinência temática, relativamente aos artigos 22, 23 e 78 da Lei n. 8.906/1994. Ausência de relação entre os objetivos institucionais da Autora e do conteúdo normativo dos dispositivos legais questionados.**
>
> 3. A obrigatoriedade do visto de advogado para o registro de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas (artigo 1º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994) não ofende os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade associativa.
>
> 4. O art. 21 e seu parágrafo único da Lei n. 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente.
>
> 5. Pela interpretação conforme conferida ao art. 21 e seu parágrafo único, declara-se inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual "é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência".
>
> 6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 21 e seu parágrafo único e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 24, todos da Lei n. 8.906/1994.
>
> (ADI 1194, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-01 PP-00014 LEXSTF v. 31, n. 369, 2009, p. 46-123) (grifo nosso)

Salienta-se que o Ministro Joaquim Barbosa, após pedir vista dos autos, suscitou questão de ordem para que fosse apreciada como julgamento de fundo a questão da constitucionalidade dos artigos 22 e 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB, dada a relevância de sua matéria. No entanto, o Tribunal rejeitou a questão de ordem levantada pelo Ministro Joaquim Barbosa, sendo acompanhado apenas pelo Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.055/DF

Seguindo o exemplo da ADI 1194/DF, no dia 16 de outubro de 2013, foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal pela Associação Nacional dos Usuários do Sistema Telefônico Fixo Comutado e Móvel Celular (Anustel) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.055/DF, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/1994, sob semelhante fundamento utilizado na ADI 1.194/DF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

O relator, Ministro Luiz Fux, reconhecendo a relevância da questão, submeteu o processo diretamente ao Tribunal para julgamento definitivo da ação. Através do parecer do Ministério Público, o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot requereu, preliminarmente, a falta de legitimidade da Anustel para questionar a constitucionalidade dos referidos artigos da Lei nº 8.906/1994, devido à impertinência temática e por não se enquadrar no conceito de entidade de classe de âmbito nacional (CF/88, artigo 103, IX). No mérito, defendeu a inexistência de inconstitucionalidade com relação aos artigos 22 e 23 do Estatuto da Advocacia. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça).

Mais tarde, em 3 de outubro de 2017, o Ministro Luiz Fux decidiu monocraticamente pelo não conhecimento da ação, declarando a ilegitimidade ativa *ad causam* da requerente, pelos mesmos fundamentos sustentados em sede de parecer pelo Ministério Público (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

3.4 Súmula Vinculante 47

Apesar de a matéria da titularidade dos honorários advocatícios não ter sido enfrentada na ADI nº 1.194/DF e na ADI nº 5.055/DF, após o advento da Lei nº 8.906/1994 – ainda durante a vigência do Código Processual Civil de 1973 – o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que os honorários fixados na sentença pertencem ao advogado e possuem natureza alimentícia.

A exemplo do entendimento formado pela Corte Suprema durante o vigor do CPC/1973, o Recurso Extraordinário nº 146.318/SP, julgado em 13 de dezembro de 1996 sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, reconheceu a natureza alimentar

dos honorários advocatícios sucumbenciais. Com isso, o julgado pressupôs a constitucionalidade dos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/1994, conforme ementa a seguir transcrita (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. PAGAMENTO NA FORMA DO ART. 33, ADCT. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS: CARÁTER ALIMENTAR. ADCT, ART. 33.**
>
> **I- Os honorários advocatícios e periciais têm natureza alimentar.** Por isso, excluem-se da forma de pagamento preconizada no art. 33, ADCT.
>
> II. - R.E. não conhecido.
>
> (RE 146318, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1996, DJ 04-04-1997 PP-10537 EMENT VOL-01863-03 PP-00617)

Ainda, em sede de comprovação do entendimento pacificado pelo STF, o acórdão publicado em 2011 no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 415.950/RS assim dispõe (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. SUBMISSÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS, OBSERVADA ORDEM ESPECIAL.
>
> **1. Os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado e possuem natureza alimentícia.** A satisfação pela Fazenda Pública se dá por precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de igual natureza. Precedentes: AIs 623.145, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli; 691.824, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 732.358-AgR, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 758.435, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso; REs 470.407, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 538.810, sob a relatoria do ministro Eros Grau; e 568.215, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia; bem como SL 158-AgR.
>
> 2. Agravo regimental desprovido.
>
> (RE 415950 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, DJe-162 DIVULG 23-08-2011 PUBLIC 24-08-2011 EMENT VOL-02572-02 PP-00282)

Já no ano de 2015, o STF editou a Súmula Vinculante nº 47, pressupondo novamente a constitucionalidade dos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/1994 e afirmando a natureza alimentícia do instituto. Adiante, a redação da Súmula, *in verbis* (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

> Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

No debate de aprovação da referida Súmula, o presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski assim considerou (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

> Percebe-se, assim, que o tema albergado pelo enunciado sob encaminhamento revela-se atual e dotado de nítido efeito multiplicador, porquanto se mostra ainda frequente a necessidade deste Supremo Tribunal repisar que os honorários advocatícios representam verba de natureza alimentar, a qual não se confunde com o débito principal.

3.5 Embargos de Divergência em Agravo nº 884.487/SP

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi julgado no dia 4 de agosto de 2017 o emblemático e polêmico caso dos Embargos de Divergência em Agravo nº 884.487/SP, no qual se discutia a titularidade dos honorários de sucumbência desde antes da Lei nº 8.906/1994, durante a vigência do CPC/73.

No julgamento dos embargos, a Corte Especial decidiu, por 9 votos a 7, a possibilidade de o advogado receber os honorários fixados em sentença prolatada na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e na Lei nº 4.215/1963, por possuírem caráter autônomo e integrarem o patrimônio do advogado, garantindo-lhe o direito de promover, em benefício próprio, a execução. A ementa do julgado assim dispõe (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça):

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. EXAME DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL NO ACÓRDÃO EMBARGADO. CABIMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS POR

ACÓRDÃO DO STF EM 1985 - ANTES DA VIGÊNCIA DO ESTATUTO DA OAB DE 1994. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 99 DA LEI N. 4.215/1963.

PRECEDENTES HISTÓRICOS DA SUPREMA CORTE. DÍVIDA DA PARTE VENCIDA EM FACE DO ADVOGADO DA PARTE VENCEDORA. ART. 20, CAPUT, DO CPC DE 1973.

ELEMENTOS QUALITATIVOS, QUE INFORMARÃO O VALOR DOS HONORÁRIOS, DERIVAM DA ATUAÇÃO DO CAUSÍDICO. ART. 20, § 3º, DO CPC DE 1973.

RECENTE PRECEDENTE DO STF.

1. Os embargos de divergência opostos em face de acórdão proferido em agravo regimental em agravo de instrumento manejado contra decisão que inadmitiu recurso especial (art. 544 do CPC de 1973) são cabíveis, desde que tenha sido examinado o mérito do recurso especial. Precedentes.

2. Os honorários advocatícios de sucumbência fixados por sentença ou acórdão prolatado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei n. 4.215/1963 - anterior, portanto, à edição da Lei n.

8.906/1994 - possuem caráter autônomo e integram o patrimônio do advogado, o que lhe assegura o direito de promover, em proveito próprio, a execução.

3. Os precedentes históricos da Suprema Corte (RE 6.500/SP e RE 58.533/MG) - a qual possuía, antes da Constituição da República de 1988, a competência para interpretar a legislação infraconstitucional - acentuavam o entendimento de que os honorários advocatícios fixados na sentença não deveriam ser considerados como de titularidade da parte, ante a vedação de qualquer acordo entre os litigantes que interferisse no direito do advogado em receber tal verba diretamente da parte vencida.

4. Nesse sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 6.500/SP, em 1943, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que a vedação ao enriquecimento sem causa constituía óbice intransponível à tentativa de se direcionar a verba sucumbencial à parte vencedora, porquanto os honorários advocatícios fixados na sentença amiúde superam os honorários contratuais, constituindo, desse modo, parcela relevante da remuneração dos causídicos.

5. Mais recentemente, a Excelsa Corte, apreciando incidentalmente a mesma questão controvertida nestes embargos de divergência, reafirmou a sua jurisprudência histórica no sentido de que os honorários advocatícios de

sucumbência, fixados antes da vigência do Estatuto da OAB em 1994, pertencem ao advogado, uma vez que: a) "segundo os levantamentos históricos da edição do Código de Processo Civil de 1973, em nenhum momento, pretendeu-se afastar o direito autônomo do advogado à verba honorária"; e b) "se a verba fosse destinada ao litigante, não haveria razão para fixar os honorários conforme os parâmetros revelados no § 3º do artigo 20 do referido diploma, a considerar o zelo, o tempo, a complexidade, enfim, fatores relacionados à atuação do causídico no processo" (STF - Agravo Regimental na Execução na Ação Cível Originária n. 381/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/5/2014, publicado em 27/5/2014).

6. Deveras, todos os elementos que são sopesados pelo juiz para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, descritos no parágrafo 3º do art. 20 do CPC de 1973, estão diretamente relacionados à atuação do causídico no processo, tudo a indicar que tal verba é de titularidade do advogado da parte vencedora.

7. Ao enfrentar a questão sob a lente do caput do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, esta Corte Superior manifestou o entendimento de que os honorários advocatícios fixados na sentença constituem "dívida da parte vencida frente ao advogado da parte vencedora (...)" (RMS 24.010/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/9/2008, DJe de 26/9/2008).

8. Ademais, examinado o tema à luz do art. 96 da Lei n. 4.215/1963, observa-se que o antigo Estatuto da OAB, em nenhuma circunstância, vedava a cumulação dos honorários advocatícios contratuais e os de sucumbência. Assim, as disposições contidas no art. 99 desse diploma legal tinham por objetivo assegurar ao causídico o recebimento da verba honorária contratual com a reserva de valores a serem recebidos pelo seu constituinte, com base nas cláusulas avençadas no contrato (caput), facilitar a execução dos honorários de sucumbência fixados na sentença (§ 1º), bem como impedir a celebração de acordo entre a parte contrária e o cliente do advogado que pudesse lhe prejudicar os honorários advocatícios contratuais ou os concedidos pela sentença (§ 2º).

9. Desse modo, à luz do estatuído no art. 99 e seus parágrafos da Lei n. 4.215/1963, sem causa, dos precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal Superior, bem como da doutrina relativa ao tema, forçoso concluir que o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do causídico ao recebimento dos honorários advocatícios

> **sucumbenciais fixados na sentença, os quais constituem verba autônoma que integra o patrimônio do advogado.**
>
> 10. Embargos de divergência conhecidos e não providos.
>
> (EAg 884.487/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/04/2017, DJe 04/08/2017)

Cumpre observar, por fim, que todos os fundamentos que embasaram a ementa, dos itens 2 a 9, vão de encontro aos ensinamentos da doutrina majoritária acerca do tema, contrariando, inclusive, as lições de Chiovenda acerca do princípio da sucumbência e sua natureza ressarcitória (CHIOVENDA, 2002). Para além disso, os fundamentos elencados na ementa contradizem a própria legislação anterior à Lei nº 8.906/1994, bem como os seus motivos.

A título de exemplo, o item 7 da citada ementa dispõe que o STJ, ao enfrentar a matéria à luz do CPC/73, concluiu que os honorários sucumbenciais constitui "dívida da parte vencida frente ao advogado da parte vencedora" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça). Ora o entendimento da Corte Superior é expressamente contrário ao do artigo 20 do Código de 1973, o qual estabelece que "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios" (BRASIL, 1973).

Ademais, o item 9 do julgado assevera que à luz da "doutrina relativa ao tema, forçoso concluir que o art. 20 do CPC de 1973 não retirou a titularidade do causídico ao recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça). Entretanto, percebe-se ao longo de toda a análise realizada no Capítulo 1 deste artigo, que até o advento da Lei nº 8.906/1994 o advogado nunca teve a titularidade dos honorários sucumbenciais, mas, sim, a parte vencedora do processo era a verdadeira titular da verba. Conforme leciona Hélio Tornaghi acerca do pagamento dos honorários sucumbenciais (1976 p. 165), "o reembolso feito pelo vencido ao vencedor é satisfação de débito, sem a qual o direito desse último sofreria diminuição". O doutrinador menciona que ao vencedor é devido o pagamento, a título de reembolso – não ao seu patrono.

Por último, quanto ao item 5 do acórdão, o qual defende que "se a verba fosse destinada ao litigante, não haveria razão para fixar os honorários conforme os parâmetros revelados no § 3º do artigo 20 do referido diploma" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça), ensina Celso Agrícola Barbi (1998 p. 137):

> A atual legislação manteve, acertadamente, no art. 20, o princípio de que o vencido deve pagar os honorários de advogado do vencedor e incluiu, através de emenda apresentada no Congresso, a regra do §3º, segundo o qual eles devem ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, calculado sobre o valor da condenação, atendidas as circunstâncias mencionadas nas alíneas *a, b* e *c* do mesmo parágrafo.
>
> A emenda teve origem na insatisfação dos advogados com a fixação excessivamente modesta de honorários pelos juízes e tribunais.
>
> A queixa dos advogados tinha procedência, e não se destinava especificamente a defender interesses pessoais seus, e sim os de seus clientes; como o advogado, geralmente, contrata com o seu cliente honorários que vão de 10 a 20%, o profissional recebia do seu constituinte aquilo que foi contratado. Mas este ficava realmente prejudicado, quando os honorários fixados na sentença eram inferiores ao que contratava.
>
> Desse modo, a finalidade da lei, de dar ao vencedor plena satisfação do seu direito, ficava frustrada pela modicidade da condenação, que não correspondia àquilo que, razoavelmente, contratara com seu advogado.

Portanto, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça no EAg nº 884.487/SP, pelo ato de conceder a titularidade do recebimento dos honorários sucumbenciais ao advogado antes mesmo do Estatuto da Advocacia, contrariou a doutrina e a legislação disponível acerca do tema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou analisar o polêmico e importantíssimo instituto dos honorários advocatícios sucumbenciais. Polêmico pelo fato das notáveis mudanças que ocorreram dentro do instituto ao longo de sua história no ordenamento jurídico brasileiro – algumas que, inclusive, ocorreram motivadas por fundamentos um tanto quanto turvos –, bem como pelas contradições evidenciadas

entre a jurisprudência pátria e legislação. Importante pois a função e a natureza jurídica dos honorários sucumbenciais tratam de dois aspectos cruciais do processo judicial: o ressarcimento da parte vencedora pelos gastos com todo o processo e a remuneração do advogado da parte vencedora pelo serviço prestado.

O Item 1 trouxe à baila todo o trajeto histórico e legal percorrido pelos honorários sucumbenciais, desde a sua origem no Direito Romano até a sua atual aplicação no ordenamento pátrio. Evidenciou a função reparatória da parte vencedora nos Códigos de 1939 e 1973, bem como a sua drástica mudança, passando a ter natureza alimentícia a fim de remunerar o advogado – cumulando o recebimento dos honorários sucumbenciais com os honorários contratuais já percebidos pelo advogado.

Foi exposto, ainda, no segundo Item, o tratamento jurisprudencial dado aos artigos 22 e 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB, bem como a situação jurídica dos honorários advocatícios de sucumbência antes e depois da referida Lei no cenário das decisões judiciais, gerando impactos financeiros e satisfatórios ao direito da parte vencedora do processo e trazendo benefícios para o seu patrono.

Não se buscou com este artigo banalizar o sucesso do nobre serviço do advogado, serviço diligente que requer zelo e exige constante atualização intelectual. De maneira alguma. No entanto, é necessário levar em consideração que não pode a parte sair com seu direito diminuído em valor de um processo no qual foi declarada a sua razão, uma vez que a mesma teve gastos para ter o seu direito reconhecido. É necessário repará-la, e o instrumento capaz de cumprir essa função são os honorários advocatícios sucumbenciais.

Com efeito, durante a vigência do Código de 1939, a função dos honorários fixados na sentença era, além de ressarcitória, punitiva. Buscava-se através desse instituto punir o réu pela sua conduta culposa em dar causa ao processo litigioso. Com o desenvolvimento da sociedade e a complexidade das demandas que surgiam no ordenamento jurídico, O Diploma de 1939 adotou o principio da sucumbência, deixando de lado a finalidade punitiva da condenação ao pagamento dos honorários

sucumbenciais. Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, a legislação continuou evoluindo em busca da idoneidade em relação ao ressarcimento dos gastos processuais da parte vencedora.

Entretanto, apesar de todo o trabalho que teve o legislador para tornar a lei mais justa e equitativa, o Poder Judiciário distanciou-se da finalidade legal, dando lugar a um entendimento em benefício do advogado – que não despendeu de gasto algum com as custas processuais – e em detrimento do direito da parte vencedora, uma vez que o seu direito saiu com valor diminuído da lide. Diminuído, sim, pois apesar de ter reconhecida a sua razão na demanda, os gastos que desembolsou com o processo (custas processuais e honorários advocatícios contratuais) não mais eram ressarcidos a depender da jurisprudência dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, conforme visto no item 2 deste trabalho. Restou a seguinte situação: o constituinte vencedor do litígio tinha o valor de seu direito diminuído pelas despesas processuais e, por outro lado, o advogado era duplamente remunerado pelo seu serviço prestado através do recebimento dos honorários contratuais e sucumbenciais.

Bom, acompanhando o desenvolvimento coletivo e a mudança de interesses da sociedade, a lei também sofre mutações; por vezes desenvolvendo, por vezes regredindo. Nessa conjuntura da divergência entre a finalidade do legislador e a interpretação jurisprudencial, foi editada a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB) que, por ser lei federal, teve o mesmo status que o CPC/73, então em vigor. O referido Estatuto da Advocacia, por fim, alterou a natureza jurídica dos honorários advocatícios sucumbenciais – de ressarcitória para indenizatória – e transferiu a titularidade da parte para o seu patrono. Este fenômeno jurídico foi ratificado, posteriormente, pelo Código Processual Civil de 2015, dirimindo qualquer divergência entre a lei e a jurisprudência; porém, defasou definitivamente o reconhecimento do direito do vencedor, diminuindo o seu valor na demanda judicial.

Por fim, o objetivo da presente discussão teórica é apontar criticamente essa defasagem e denunciar o retrocesso traçado pelo ordenamento jurídico brasileiro em

relação aos honorários advocatícios sucumbenciais, afastando-se da finalidade equitativa da lei.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken de e ALVIM, Eduardo Arruda de. 2012. *Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed.* Rio de Janeiro : Revista dos Tribunais, 2012.

BARBI, Celso Agrícola. 1998. *Comentários o Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I.* 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade.* ADI 1994/DF, Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 20 de maio de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602352> : Acesso em: 2 de outubro de 2018, Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* . ADI 5055/DF, Decisão Monocrática. Requerente: Associação Nacional dos Usuários do Sistema Telefônico Fixo Comutado e Móvel Celular. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. 3 de outubro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312891217&ext=.pdf> : Acesso em: 2 de outubro de 2018, Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar.* ADI 1994 MC/DF , Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 14 de fevereiro de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346885> : Acesso em: 2 de outubro de 2018, Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário.* RE 415.950 AgR, Segunda Turma. Agravante: União. Agravado: Macropack - Produtos Alimentícios Ltda. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 26 de abril de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2198945> : Acesso em 8 de novembro de 2018, Supremo Tribunal Federal.

_____. 1939. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. [Online] 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Agravo.* EAg nº 884487/SP, Corte Especial. Embargante: Cooperativa de Produtores de Cana-de-açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo. Embargados: Vicente de Paulo Miller Perricelli (espólio) e outros. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, 4 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802070622&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> : Acesso em 25 jun 2018, Superior Tribunal de Justiça.

_____. 1972. Exposição de motivos. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973.* [Online] 1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequenc>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. 2015. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. [Online] 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. 1963. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. [Online] 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. 1973. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. [Online] 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em 29 set. 2018.

_____. 1994. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. [Online] 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário.* RE nº 6.500/SP, Primeira Turma. Relator: Min. Philadelpho Azevedo. Rio de Janeiro, 15 de abril de 1943. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584532> : Acesso em 9 de novembro de 2018, Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário.* RE 146.318/SP, Segunda Turma. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Manoel Pires de Campos. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 13 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1533942> : Acesso em 8 de novembro de 2018, Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 47.* Brasília, 2 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=47.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes> : Acesso em: 2 de outubro de 2018, Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 47 - Debate de Aprovação.* Brasília, 2 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_47__PSV_85.pdf> : Acesso em: 2 de outubro de 2018, Supremo Tribunal Federal.

BUENO, Cassio Scarpinella. 2015. *Novo Código de Processo Civil Anotado. 1ª ed.* São Paulo : Saraiva, 2015.

CAHALI, Yussef Said. 1978. *Honorários Advocatícios.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, et al. 2015. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. 2002. *Instituicões de direito processual civil.* 2. ed. Campinas : Bookseller, 2002.

FADEO, Sérgio Sahione. 1975. *Código de Processo Civil Comentado, vol. I.* 3. ed. Rio de Janeiro : José Konfino, 1975.

Federal, Supremo Tribunal. Portal do Supremo Tribunal Federal. *Supremo Tribunal Federal.* [Online] [Citado em: 9 de novembro de 2018.] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=116>.

FILHO, Orlando Venâncio dos Santos. jan./mar. 1998. O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade. *Revista de Informação Legislativa.* Bralília, n.137, p. 31/39, jan./mar. 1998, Vol. 35.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. 2016. *Código de Processo Civil Anotado. 20ª ed.* Rio de Janeiro : Forense, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. 2016. *Novo Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. 1999. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º a 45.* 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. 2000. *Comentários ao Código de Processo Civil, .* vol. I. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

TORNAGHI, Hélio. 1976. *Comentários ao código de processo civil, vol. I.* 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.

ADOÇÃO HOMOPARENTAL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lara Miguel de Cerqueira

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto o instituto da adoção e visa identificar a real possibilidade jurídica de perfilhamento por casais homoparentais no ordenamento jurídico brasileiro com enfoque na Lei Maior, analisando a interpretação, por parte dos julgadores e doutrinadores, da legislação vigente e dos princípios constitucionais correlatos, de modo a constatar a prioridade dada a função social do instituto da adoção, baseado no primado da Dignidade da Pessoa Humana, em detrimento dos preconceitos e polemicas que cercam o assunto homoafetividade, observando-se, por fim, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial que os Tribunais Superiores já vem se posicionando favoravelmente ao pleito de perfilhamento por casais homoafetivos.

1 INTRODUÇÃO

O projeto de monografia em questão se propõe a analisar a possibilidade jurídica de casais homoafetivos exercerem seu direito a adoção, não como indivíduos singulares, mas com o intuito prévio de constituir família em formato de pares adotantes, de direitos e deveres igualitários em relação ao adotando, observando a interpretação doutrinaria e jurisprudencial acerca do assunto, com enfoque nos princípios constitucionais que resguardam o cumprimento prioritário da função social do instituto da adoção, qual seja, o melhor interesse do adotando.

Considerando as discussões que permeiam a temática homossexualidade, principalmente no que diz respeito ao convívio destes com seres em fase de desenvolvimento psicossocial, de uma perspectiva psicológica, aborda-se a

interferência que a orientação sexual dos responsáveis pode ter no crescimento dos infantes, atingindo diretamente a questão da primazia do melhor interesse adotando.

A proposta desenvolvida é de notória relevância social ante o crescente abandono infantil decorrente da pobreza que acomete o povo brasileiro em contrapartida à quantidade progressiva de casais homoafetivos que pleiteiam adotar e se veem em necessidade de buscar as vias judiciais superiores para que lhes seja assegurado esse direito, muitas vezes negado em primeira instância pela ausência de observância da real função social do instituto do perfilhamento, em razão de crenças religiosas que marginalizam pessoas não obedientes aos padrões que antes regiam a sociedade brasileira.

No âmbito jurídico, a importância da temática se da, não apenas pela configuração de auxílio no desafogamento do judiciário recursal, provocado todas as vezes que o âmbito administrativo ou judicial primário denega o direito sem justificativa plausível, como, primordialmente, pela insegurança constitucional causada pelas adversidades enfrentadas por casais homoafetivos, prejudicados pela omissão legislativa do ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao assunto.

A problemática enfrentada decorre das inúmeras negativas aos pleitos de adoção que recebem os casais homossexuais no âmbito administrativo e judicial por justificativas claramente influenciadas por ideais públicos em desacordo com os conceitos modernos de família - baseados fundamentalmente na afetividade- e que ocasionam grande insegurança jurídica na sociedade brasileira diante da clara violação ao princípio constitucional de igualdade perante a Lei entre os brasileiros no que concerne aos deveres e direitos como cidadão.

O problema apresentado consiste na duvida quanto a real possibilidade jurídica de adoção por casais homoparentais no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos princípios constitucionais que determinam a crucial observância da função social do melhor interesse do adotando ao se tratar de perfilhamento.

Objetiva-se demonstrar o cenário atual brasileiro acerca da possibilidade jurídica de casais homoafetivos adotarem no Brasil, não como indivíduos singulares, mas como paritários em responsabilidades e direitos relacionados ao adotando, por garantia do principio fundamental de atender, prioritariamente, ao melhor interesse do mesmo, em conjunto com a igualdade, também assegurada constitucionalmente.

O primeiro capítulo apresenta os conceitos de adoção na visão de importantes juristas que se manifestaram acerca da adoção, versando sobre os entendimentos doutrinários acerca na natureza jurídica do instituto.

O segundo capítulo trata dos aspectos formais do instituto da adoção, percorrendo pelas modalidades de perfilhamento, detalhando o procedimento, conforme o Conselho Nacional de Justiça, pelo qual se legitima o vínculo familiar afetivo instituído e pontuando o caráter humanitário que reveste o ato de adotar.

O terceiro capítulo discorre sobre o reconhecimento dos direitos dos homossexuais no Brasil, especialmente no que tange à possibilidade jurídica de perfilhamento em conjunto por pares homoafetivos, em contraste com o cenário internacional.

O quarto e último capítulo esclarece os efeitos de ordem pessoal e patrimonial que emanam do deferimento do pleito de perfilhamento, tanto diretamente para as partes integrantes do processo de adoção, quanto indiretamente para os familiares correlatos do adotante.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, através de obras conceituadas de doutrinadores atuantes na cena do direito de família no ordenamento brasileiro, além de exposição jurisprudencial dos Tribunais Superiores acerca do instituto da adoção, especialmente quando pleiteada por casais homoafetivos.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

Tratando-se de um dos institutos mais antigos de que se tem notícia, o perfilhamento é assunto amplamente conceituado e discutido pelo ordenamento em

razão de interferir diretamente nas esferas jurídicas e sociais, carecendo de acompanhar as constantes mudanças que ocorrem na sociedade e em seus princípios e costumes.

2.1 Conceitos

O instituto da adoção se trata de uma forma afetiva de filiação que visa reproduzir a filiação natural, sendo conhecida, por esse motivo, como modalidade civil de filiar, uma vez que é por sentença judicial que se reconhece o vínculo decorrente de manifestação de vontade que supre a inexistência de vínculo biológico. (VENOSA, 2013).

Ao deparar-se com a palavra adoção, proveniente do termo em latim *adoptio*, cogita-se, em primeiro plano, em escolher alguém para tornar-se filho e, consequentemente, integrar uma família, sendo, neste interim, diversas as concepções utilizadas para descrever o perfilhamento.

Para Gonçalves (2014) a adoção é ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha. Ou seja, adoção é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho (BEVILÁQUA, 1956), independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim. (PEREIRA, 2016).

Em uma tentativa mais abrangente, Diniz (2002) afirma:

> A adoção vem a ser um ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.

Desta maneira, extrai-se que o estado de filiação decorre de um fato - o nascimento - ou de um ato jurídico, qual seja, a adoção (BIRCHAL, 2009), sendo

que este ato cria entre pessoas primitivamente estranhas um vínculo de paternidade/maternidade análogo ao que resulta da filiação biológica. (DIAS, 2015).

2.2 Natureza Jurídica

A discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do ato de adotar decorre de sua natureza e de sua origem. (VENOZA, 2013).

Na vigência do Código Civil de 1916 era perceptível o caráter contratual que revestia o instituto da adoção, uma vez que se apresentava e era levado a feito como negócio jurídico bilateral e solene, que carecia do consentimento das partes e era realizado por escritura pública, possuindo todas as características contratuais exigidas pela Lei atuante. (GONÇALVES, 2014)

Todavia, a partir da Constituição Federal de 1988 a doutrina passou a considerar a natureza jurídica da adoção como de ato jurídico complexo misto, dado seu anterior elemento fundamental de vontade do adotante, com efeitos previstos em Lei conforme o fim que o declarante se propunha a alcançar, subsumido pela exigência de intervenção dos tribunais, trazidas pelo sistema jurídico moderno, para, ao invés de homologarem, de fato concederem a adoção, ainda a requerimento do adotante, entretanto sob a determinante apreciação das circunstâncias concretas do caso, em observância ao interesse de criação e educação do adotando. (VARELA, 1999, apud GAGLIANO).

Desta forma, considerando que o aludido instituto provem de comportamento humano cujas consequências jurídicas são legalmente previstas e independem da liberdade de escolha, a soberania da ordem pública relativa à adoção, ultrapassando qualquer acordo de vontades, enquadra de maneira mais adequada sua natureza à de ato jurídico em sentido estrito, ou seja, não negocial, ainda que inicialmente o requerimento do Adotante e a estima da opinião do Adotado pretendido caracterizem certa natureza contratual.

3 A PRÁTICA DA ADOÇÃO NO BRASIL

Consoante o que se apresentou, logo após a instauração da Constituição Federal de 1988, entrou em vigor a lei 8.069 de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, no intuito de normatizar as disposições sobre a proteção integral da criança e do adolescente, inclusive no que tange à adoção.

3.1 Requisitos Para Candidatar-Se À Adoção Conforme A Lei Brasileira

Para tanto, elencou-se uma série de requisitos necessários ao pleito e efetivação do perfilhamento, quais sejam os listados abaixo.

3.1.1 Idade Mínima Do Adotante

Capitulado no art. 42, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a imprescindibilidade de ser o Adotante maior de 18 anos, independentemente de seu estado civil, é a primeira condição a ser satisfeita para se pleitear uma adoção.

A esse respeito, Lôbo (2011) relata:

> Podem adotar todas as pessoas civilmente capazes, isto é, as que tenham idade superior a 18 anos, de qualquer estado civil. Não há mais a restrição que havia no Código Civil de 1916, concernente ao impedimento temporário (cinco anos) após o casamento. A exigência de idade mínima de 18 anos (antes, era de 50, depois de 30, no Código Civil, e de 18, no Estatuto da Criança e do Adolescente) ainda é maior que a exigida para o casamento, para o qual basta a idade de 16 anos. Porém é razoável, pois, se o impulso à união conjugal é uma realidade social em tenra idade, que o direito não pode ignorar, a adoção, para realizar o princípio constitucional da paternidade responsável (art. 226, § 7º da Constituição), pode ser utilmente limitada, até porque é dependente de aprovação pelo Estado-juiz. Se o adotante tiver menos de 18 anos, a adoção será nula, por violação de requisito legal essencial, não podendo ser sanada, quando completar a idade.

Em reflexão correlata, é vedado o perfilhamento por aqueles privados do discernimento adequado para tal prática, equitativamente aos abstidos de exprimirem livremente sua vontade, ainda que por motivo transitório, em virtude da intenção fundamental de inserir o indivíduo em ambiente familiar propício ao seu

desenvolvimento, sem vistas à prejudicá-lo, restando também excluídos os ébrios excepcionais e habituais, considerados relativamente incapazes pelo Código Civil. (LÔBO, 2011).

3.1.2 Diferença De Dezesseis Anos Entre Adotante E Adotado

O paragrafo 3º, do artigo 42 do referido diploma legal assevera: "O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando".

Pode se dizer que o contraste etário estabelecido possui o fito de reproduzir a realidade das famílias naturais, nas quais, sobrepondo o princípio da razoabilidade às excepcionalidades de caso, usualmente há essa distinção de idades entre pais e filhos, ao passo que a mesma contribui para uma convivência familiar mais respeitosa quando do exercício do poder familiar. (LÔBO, 2011).

A diferença razoável de idade tem se demonstrado historicamente fator bastante significativo para o exercício mais eficiente do poder familiar, no que tange ao respeito do Adotando para com seu Adotante. (GONÇALVES, 2014)

Nota-se, pois, que tal requisito justifica-se no intuito de inserir o indivíduo a ser perfilhado em ambiente domiciliar paritário ao cotidiano dos filhos biológicos, nos quais estarão sujeitos ao poder familiar, sendo que a hierarquia parental se apresenta mais efetiva e passível de aceitação das partes quando em observância da diferença mínima de idade.

3.1.3 Consentimento Dos Pais Ou Dos Representantes Legais

No tocante ao consentimento dos pais ou dos representantes legais para a concessão da adoção, é o caput do art. 45 do ECA que estabelece o mesmo como necessário para validar o processo, em razão do poder familiar que incumbe ao responsável pelo infante e que tem de ser transferido ou concedido para o adotante. Dessa maneira, convém pontuar do que se trata o poder familiar no âmbito jurídico.

Outrora denominado de Pátrio Poder, o poder familiar consiste em uma compilação de obrigações e direitos relativos aos bens e à pessoa do filho menor, elaborada idealmente para que fosse exercida em condições paritárias por ambos os genitores a fim de que os encargos advindos da delineação normativa sejam desempenhados atendendo o interesse e a proteção do descendente.

Neste interim, o ideário norteador de isonomia na relação entre os pais e o infante incide igualmente no que concerne ao exercício do poder familiar, instituto que pode ser conceituado como sendo o poder exercido pelos genitores no que diz respeito aos filhos, em meio a concepção de família democrática, de colaboração parental e de relações esteadas, mormente, no afeto. (TARTUCE, 2012)

Dito isso, tal fator se faz indispensável em razão da adoção ensejar em desligamento completo do menor das relações de parentesco com a família biológica de que se tem notícia, justificando a proibição de completar-se o processo na ausência do consentimento, que deverá ser manifestado por termo. (LÔBO, 2011)

Contudo, apesar de estipular a necessidade de anuência, o artigo supracitado prevê, em seu paragrafo 1º, a possibilidade de desconhecimento ou destituição do poder familiar dos pais ou representantes, que resultam na dispensa do consentimento, ressaltando em seu art. 23, todavia, que a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou suspensão do poder familiar.

Nesse contexto, a destituição do poder familiar apenas pode ser realizada em procedimento que observe rigorosamente o principio do contraditório, de maneira que é legalmente indispensável, diante a impossibilidade de concessão dos pais ou responsáveis, independente do motivo que a inviabilizou, a fim de que o consentimento seja suprido. (GONÇALVES, 2014)

Ademais, o paragrafo §2º do art. 45 do aludido Estatuto complementa o requisito, estabelecendo a necessidade de consentir o próprio adotando, quando esse assume a condição de adolescente, sendo maior de doze anos de idade, nos termos da norma em questão, com fito de manifestar-se expressamente se é de sua vontade

ou não ser adotado por quem o pleiteia como filho, para as considerações do julgador.

Sendo assim, apesar da negativa do adotando não justificar por si só indeferimento do pedido ao adotante pelo Juiz, diferentemente do caso de adoção de maior de 18 anos, quando o consentimento é imprescindível ao deferimento, os adendos citados baseiam-se no principio fomentador do ECA de resguardar os direitos dos menores, se opondo à legislação anterior, que não manifestava tamanha valorização a situação e opinião dos infantes. (VENOSA, 2013)

3.1.4 Efetivo Benefício Para O Adotando

A Constituição de 1988 materializou o princípio do melhor interesse do adotando, assegurando legalmente através do art. 227, que lhe fosse conferido, pela família, sociedade e Estado, todo o necessário para seu desenvolvimento digno e esclarecendo que, mediante impossibilidade de tal cumprimento por parte da família biológica, o instituto da adoção, ou seja, a colocação em família substituta efetivaria o princípio da proteção integral do qual se vale o menor. (GONÇALVES, 2014)

Outrossim, o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no mesmo diapasão, que o processo de adoção deve ocorrer em cumprimento à premissa de apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos, atendendo prioritariamente ao melhor interesse do infante carente de amparo familiar.

Sendo assim, o efetivo benefício se reconhece tanto sob perspectiva objetiva, na qual reputam-se as condições oferecidas de ambiente e convivência familiar, verificando sua adequação em cumprimento ao princípio absoluto previsto no art. 227 da Constituição, que assegura à criança e ao adolescente o direito à saúde, à segurança, à educação, à formação moral e ao afeto; quanto sob perspectiva subjetiva, na qual incumbe ao juiz aferir a existência de indicadores da viabilização

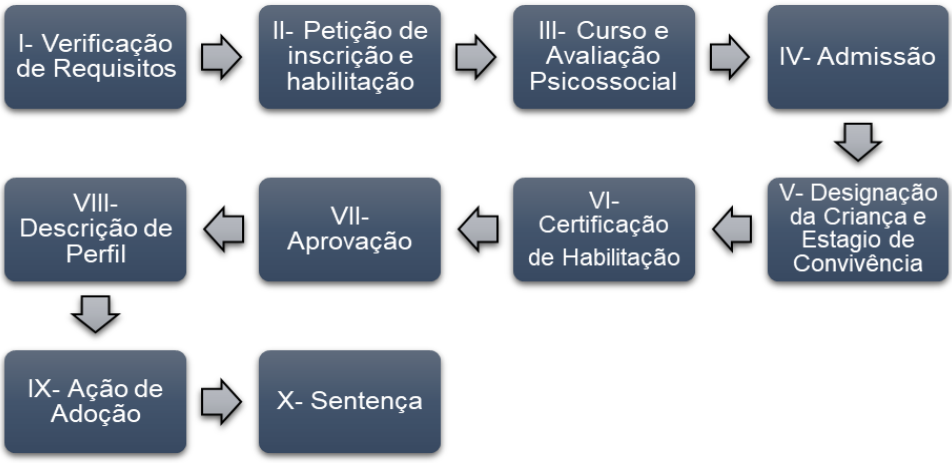
de real e eficaz relacionamento afetivo e de afinidade entre Adotante e Adotando. (LÔBO, 2011)

3.2 O Processo Judicial Para O Pleito De Adoção No Brasil

Conforme explicitado anteriormente, o instituto da adoção é subordinado, nos termos do artigo 47 do ECA e do art. 1.618 do CC/2002, à sentença judicial proferida após a ocorrência de devido processo legal que, através de mandado, inscreve-se no registro civil, estabelecendo o vínculo para todos os fins.

O procedimento para pleitear a adoção se apresenta em 10 passos, consoante o que se passa a demonstrar: (CNJ, 2018)

Figura nº 1 – Etapas do processo de adoção.



Fonte: formulado pela Autora, a partir de: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passo-a-passo-da-adocao. Acesso em 20 de abril de 2018.

Uma vez tomada a decisão de adotar, o pretendente verifica se preenche os requisitos de idade mínima de 18 anos do adotante e a diferença mínima de 16 anos entre o adotante e o perfil de adotando pretendido; (CNJ, 2018)

Nota-se que o ato essencial da primeira fase do processo é, consoante o Conselho Nacional de Justiça, a decisão de um em tomar outrem como seu filho, o que desde já demonstra o caráter social do instituto, por estampar etapa, que apesar

de informal, é imprescindível ao seu cumprimento, qual seja, a manifestação de vontade e disposição para submeter-se aos tramites legais para alcançar seu intento.

Verificados os requisitos, o pleito de inscrição e habilitação para o Cadastro Nacional de Adoção deve ser realizado através de petição, devidamente subscrita por advogado particular ou defensor publico, e distribuída no cartório da Vara de Infância; (CNJ, 2018)

A admissão de adoção por escritura publica fora excluída com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que expressamente remete o procedimento as disposições do ECA, que em seu art. 47 determina taxativamente a constituição do vínculo por sentença judicial.

O candidato deve obrigatoriamente participar de curso de preparação psicossocial e jurídica para adoção, com carga horaria variável de acordo com o município em questão. Após comprovada a participação no curso, o candidato é submetido a avaliação psicossocial com entrevistas e visitas domiciliares, afim de analisar a situação socioeconômica e psicoemocional do futuro adotante, realizadas pela equipe técnica Interprofissional; (CNJ, 2018)

Ajuizada a demanda, iniciam-se as medidas preparatórias e certificatórias acerca das circunstancias gerais pessoais, sociais e financeiras de quem pretende adotar, já com fito de assegurar estar aquele apto à propiciar convívio e desenvolvimento adequado à qualquer pretendido.

O resultado da avaliação acima é encaminhado ao Ministério publico, que dá seu parecer favorável ou não à sua aplicação e, em seguida, ao Juiz da Vara de Infância em questão, que decide se o candidato está ou não apto a ser de fato um adotante, em observância a todos os requisitos legais; (CNJ, 2018)

Após o Código de Menores, o ECA reservou ao MP papel de suma importância ao designá-lo fiscal dos direitos dos tutelados pelo Estatuto, consolidando-se como presença constante, quer na qualidade de curador, quer na

qualidade de fiscal da Lei, em todas as demandas que envolvem interesses de menores.

Durante a entrevista técnica o candidato descreve o perfil do adotando pretendido, acerca de aspectos de gênero, faixa etária, estado de saúde e possuir ou não irmão, dentre outros. (CNJ, 2018)

A esse respeito, observa-se que, no caso de infante com irmãos, é legalmente imperativa, art. 28, §4º do ECA, a colocação do conjunto sob o acolhimento da mesma família, ressalvadas as exceções previstas.

A partir do laudo da equipe técnica da vara e da manifestação do Parquet, o Juiz competente profere sentença acolhendo ou não o pleito do pretendente, em viés de certificado de habilitação para ser adotante, valido por dois anos em território nacional; (CNJ, 2018)

O certificado de habilitação não afasta a obrigatoriedade de analisar-se no caso concreto o pedido de adoção, ficando ainda sujeito ao julgamento.

Em situação favorável, o nome do candidato é automaticamente inserido na fila dos cadastros de adoção local e nacional, observada a cronologia da habilitação, onde deve aguardar pela comunicação do Estado acerca de possível adotando compatível com o perfil pretendido fixado em sede de entrevista; (CNJ, 2018)

O Cadastro Nacional de Adoção é uma ferramenta digital coordenada pela Corregedoria do CNJ para auxiliar os julgadores das Varas de Infância a proceder nas demandas de adoção.

A Vara de Infância informa o candidato quando identificada uma criança com o perfil indicado, apresentando seu histórico de vida ao Adotante. Em caso de interesse, eles são apresentados. Após o encontro o Adotando também é ouvido a respeito da vontade de dar continuidade ao processo e, em decorrência de manifestação volitiva mutuamente favorável, inicia-se o estagio de convivência monitorado pela justiça e pela equipe técnica; (CNJ, 2018)

Durante o estágio de convivência é permitido ao Adotante visitar o abrigo onde reside o Adotando e dar pequenos passeios com o mesmo, almejando aproximação e desenvolvimento da relação afetiva entre as partes.

Caso o relacionamento entre Adotante e Adotando seja reciprocamente promissor, Aquele deve ajuizar ação de adoção na Vara competente, da qual lhe é concedida a guarda provisória do infante, valida até que se conclua o processo; (CNJ, 2018)

O menor então passa a residir com a família que o pretende, recebendo visitas periódicas da equipe técnica, que apresenta avaliação conclusiva ao final do procedimento. É nesse estágio crucial em que se pode analisar a adaptação do menor no novo lar, juntamente com a receptividade dos outros integrantes no núcleo familiar, se for o caso.

Considerada a analise da equipe técnica sobre a convivência domiciliar do adotando com o adotante e sua família, o Juiz da Vara da Infância e Juventude profere sentença de adoção e determina a lavratura do novo registro de nascimento com o sobrenome da nova família, igualando em termos legais o infante à um filho biológico; (CNJ, 2018)

Note-se que a inserção por completo do menor na família que o acolheu é formulada em detalhes, tais como atribuí-lo, de pronto, o sobrenome comum e nome dos ascendentes, sem quaisquer observações da origem do ato, visando evitar discriminações de quaisquer espécies, a luz do princípio do melhor interesse do adotando.

Observadas as etapas discriminadas pelo Conselho Nacional de Justiça, elaboradas de modo generalizado, existem pontuações excepcionais decorrentes de variáveis nos aspectos pessoais e processuais de uma adoção.

A esse respeito, esclarece-se que, nos termos do art. 148, III, do ECA, a competência para o julgamento das demandas de adoção é exclusiva das Varas de Infância e Juventude nos casos em que o adotando é menor de 18 anos. Sendo este

maior, a competência para analise e julgamento é das Varas de Família, em atenção, igualmente, aos requisitos legais. (LÔBO, 2011)

Outrossim, destaca-se novamente que, no caso de adotando maior, o perfilhamento, apesar de ainda subordinado a decisão judiciaria, é suscetível à livre-iniciativa dos interessados, sem que haja interferência do Estado ou de outrem, mesmo que genitores biológicos, quanto à manifestação da vontade. Nesse caso, há dispensa jurisprudencial de consentimento adverso àquele do adotado e do próprio adotando. (PEREIRA, 2014).

Tal interpretação pode ser observada na Ementa do Julgamento realizado pela 3ª turma do STJ no Recurso Especial 1444747/DF 2014/0067421-5, de relatoria do Min. Ricardo Villas Boas, publicado no DJE em 23 de março de 2015, o qual colaciona-se a ementa *in verbis.*

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO.
>
> 1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva.
>
> 2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal.
>
> 3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade.
>
> 4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.
>
> 5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil).

> 6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.
>
> 7. Recurso especial não provido

Ademais, o art. 153 do ECA confere ao magistrado julgador da demanda, poderes para realizar a investigação dos fatos e, de ofício, ordenar, que sejam tomadas todas as medias necessárias para atender ao andamento adequado do devido processo legal, beneficiando prioritariamente o adotando, considerando e valorando à oitiva do Ministério Público ao que observar ser pertinente.

Ainda nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o art. 50 dispõe que o registro de todos os postulantes a adotantes, bem como dos infantes passíveis de colocação em família substituta, se faz necessário no intuito de garantir obediência à ordem de inscrição de ambos, sem que haja favorecimento ilícito e consequente quebra de organização cronológica, ressalvadas as dispensas elencadas em Lei.

Sobre a sentença que defere e concede a adoção, Pereira (2014) afirma:

> A decisão estabelece o vínculo da adoção e será inscrita no registro civil mediante mandado, de que constarão os nomes dos adotantes como pais, bem como dos seus ascendentes. O mandato judicial (de que não se fornecerá certidão) será arquivado, cancelando-se o registro original do adotado. Nenhuma observação poderá constar sobre a origem do ato.

Em suma, o processo judicial instituído para realização da adoção no ordenamento brasileiro, foi elaborado afim de satisfazer todos os quesitos legalmente previstos à efetivação do perfilhamento, sempre com vistas à supremacia do principio constitucional do melhor interesse do adotando.

3.2.1 O Estágio De Convivência

Se apresentando não apenas como uma das etapas do processo de adoção, o estagio de convivência é pré-requisito, previsto pelo art. 46 do ECA, para concessão

valida de sentença de perfilhamento, restando sua duração a mercê da autoridade judiciaria, admitindo, em seu paragrafo 1º, como exceção, a ocorrência de pleito no qual o Adotante já detém tutela ou guarda legal do Adotando por tempo suficiente para que tenha se constituído o vínculo pretendido, também à critério do Juiz competente.

Nesse contexto, estágio de convivência é o período de aproximação no qual o adotando é gradativamente confiado aos cuidados de quem se interessa a perfilha-lo, com fito de que seja possível analisar, através da coabitação, em especial, a adaptação no novo lar e a interação com os demais integrantes do núcleo domiciliar, para garantir que o relacionamento seja construído a base de afinidade e afetividade suficientes para justificar a concessão da instauração do vínculo parental. (DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim, 2011)

Entende-se, então, que o escopo do estágio de convivência é certificar a compatibilidade entre as partes, verificando a probabilidade de sucesso na adoção. Por essa razão, a Lei determina sua dispensa quando adotando já estiver na companhia do adotante por tempo hábil suficiente a propiciar avaliação segura da conveniência para se constituir judicialmente o vínculo familiar. (RODRIGUES, 2014 apud. GONÇALVES)

Dessa maneira, conclui-se que o estágio de convivência possibilita, através da adaptação, que se construa intimidade entre o Adotante e o Adotando, ao passo que confirma o intento de que o instituto se consume, antes de se tornar definitivo, transcendendo a colocação em família substituta para a real formação de família, reconhecendo legítimo o afeto recíproco no qual fundou-se o pleito. (ELIAS, Roberto João, 2010).

3.3 O Caráter Humanitário Como Função Social Da Adoção

Inobstante o que se entende doutrinariamente por perfilhamento, é fundamental discorrer e enfatizar o caráter social e humanitário que integra predominantemente o instituto e se inicia no principio constitucional da dignidade da

pessoa humana, art. 1º, III, que compreende, entre outros, o direito de viver em família, também elencado na Carta de 1988, art. 227, caput, que impõe o dever familiar de prestar todo o suporte necessário ao menor em desenvolvimento.

Enquanto por um lado a adoção possui escopo assistencialista, concedendo descendentes aos que tiveram tal possibilidade natural negada, por outro o assistencialismo prestado ao adotado constitui uma maneira de favorecer suas condições morais e materiais. (DINIZ, 2003).

Atualmente, prioriza-se o reconhecimento da afetividade como fator principal e imprescindível das relações familiares, sobretudo no que tange ao ato de requerer legalmente a instauração de vínculo parental, com pessoa com a qual, apesar de estranha, partilha-se afeto, afinidade e estima tamanha que socorre-se às vias estatais para que se consume o que já se encontra domiciliado em seu coração, ter outrem como seu descendente/genitor legitimo.

Outrossim, a partir da introdução do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro a adoção deixou de sobrepor o querer de quem adota para valorizar e privilegiar o interesse e conveniência de quem será adotado, enfatizando o caráter humanitário e protecionista que reveste o perfilhamento e objetiva melhorias nas circunstancias em que vivem os desamparados. (RODRIGUES, 2004).

A esse respeito, salienta-se, ainda, o tratamento igualitário constitucionalmente reconhecido aos descendentes biológicos e adotivos, para todos os fins, sendo vedada qualquer discriminação relativa à origem da filiação, que apesar de não ser tão antigo quanto o instituto em si, vem se consolidando juntamente com a progressão do caráter humanitário da adoção, fazendo com que o infante seja cada vez mais paritariamente inserido no novo ambiente familiar proposto a ele.

Para Lôbo (2011):

> A total igualdade de direitos entre os filhos biológicos e os que foram adotados demonstra a opção da ordem jurídica

> brasileira, principalmente constitucional, pela família socioafetiva. A filiação não é um dado da natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas.

Por essa razão, a decisão e o processo de candidatar-se à adoção envolvem uma serie de requisitos jurídicos e sociais, como tratado anteriormente, analisados minuciosamente para evidenciar a existência de vínculo afetivo duradouro, real propósito de reconhecer aquele estranho como seu descendente e inseri-lo completamente no convívio familiar, provendo todo o necessário para seu crescimento, haja vista ser a adoção ato irrevogável.

Infere-se, portanto, que a função social e o principal proposito da adoção é satisfazer seu caráter humanitário, atendendo prioritariamente as necessidades de um menor desamparado, oferecendo, através de uma nova família, todo o suporte afetivo, moral e material apropriado para seu desenvolvimento, atribuindo à quem candidata-se ao posto de responsável pela criança ou adolescente, após verificar atentamente se suas intenções são legítimas, a incumbência de lidar com a criação deste como se o vínculo proviesse do sangue.

3.4 Modalidades De Adoção Reconhecidas No Brasil

O ato de adotar possui variadas maneiras de ser realizado, seja em atendimento à legislação e jurisprudência vigente ou em utilização dos costumes sociais, cada uma com sua especificidade, porem, todas com o mesmo objetivo final, acolher outrem em condição de filho e prover a este amparo familiar decorrente da construção de vínculo afetivo duradouro e normatizadas, conforme o art. 1.618 do Código Civil de 2002, com redação alterada pela Lei de Adoção em 2009.

Atualmente, o ECA tem por requisitos básicos iniciais para a candidatura à Adoção apenas os etários, quais sejam: mínimo de 18 anos completos do adotante,

independentemente de seu estado civil, e diferença mínima de 16 anos entre o adotante e o adotando, conforme o que já se explicitou, todavia, os principais desdobramentos do perfilhamento, dentro do que se esclareceu são: individual, unilateral, conjunta, póstuma, tardia, à brasileira, internacional e Homoparental, esclarecidas a seguir.

3.4.1 Adoção Individual

O art. 42 do ECA, teve a redação alterada pela Lei de Adoção em 2009 e determinou, que os maiores de 18 anos podem adotar, independente de seu estado civil, admitindo, portanto, a adoção individual por pessoas solteiras, que se submetem ao processo regular do pleito, desde que observados o vínculo afetivo duradouro e que consideradas aptas a prover ambiente familiar propício ao desenvolvimento adequado do adotante.

3.4.2 Adoção Unilateral

O paragrafo 1º do art. 41 do ECA prevê a possibilidade, em caso de casamento ou união estável, do cônjuge ou companheiro do outro que já possui filhos pleitear pela adoção dos mesmos. Nesse caso, respeitados os requisitos iniciais, o adotando mantém os vínculos de filiação com o parente natural participante da união, ficando submetido o infante ao poder familiar dos dois por igual, excluindo-se apenas o ascendente substituído pelo adotante.

Com o acontecimento desse fenômeno, Dias (2015) estabelece que:

> Forma-se um novo núcleo familiar, chamada família mosaico, e é natural o desejo de consolidar os laços familiares não só do par, mas também com relação aos respectivos filhos. Por isso, admite a lei que o cônjuge ou companheiro adote a prole do outro. Ocorre a exclusão do genitor biológico, que é substituído pelo adotante, permanecendo o vínculo de filiação com relação ao outro genitor (ECA 41 § 1º). Em outras palavras, se uma mulher tem um filho, seu cônjuge ou companheiro pode adotá-lo. A criança permanece registrada

> em nome da mãe biológica e o adotante é registrado como pai. O filho mantém os laços de consanguinidade com a mãe e o vínculo paterno é com o adotante. O poder familiar é exercido por ambos, e o parentesco se estabelece com os parentes de cada um dos genitores.

A respeito da adoção unilateral, três são suas hipóteses. A primeira se da quando há o reconhecimento somente por parte de um dos genitores, caso em que basta o consentimento deste para que seu cônjuge ou companheiro adote seu filho, ressalvado o melhor interesse do infante. (GRISARD FILHO, 2001).

A segunda ocorre quando o menor é reconhecido por ambos os genitores, necessitando, da destituição do poder familiar daquele ascendente que será substituído, para que seja efetivado o cônjuge do natural remanescente, além do consentimento deste. (GRISARD FILHO, 2001).

A derradeira decorre do falecimento de um dos genitores que, a critério do magistrado competente para deferir a adoção, pode ser entendido como impossibilidade de consentimento do ascendente morto ou extinção do poder familiar em razão da morte, encarando-se como a primeira hipótese. (GRISARD FILHO, 2001).

3.4.3 Adoção Conjunta

Prevista pelos parágrafos 2º e 4º do art. 42 do ECA, esse desdobramento é o pleito realizado pelos dois cônjuges ou companheiros que, em união matrimonial ou estável, manifestam vontade de adotar em conjunto, adquirindo ambos os poderes e responsabilidades familiares relativos ao adotante.

Em primeiro plano a adoção conjunta exige que o par de adotantes seja casado civilmente ou mantenha união estável e comprove a estabilidade da família. Em segundo plano o ECA admite que os divorciados, separados judicialmente e ex-companheiros adotem em conjunto, desde que, para justificar a excepcionalidade, o estagio de convivência tenha sido iniciado na constância da união e que se evidencie

a existência de vínculo de afetividade afinidade com aquele que não deterá a guarda, que deve, para tanto, ser acordada previamente junto com o regime de visitas.

Dessa maneira, entende-se que a comprovação de estabilidade do ambiente onde se almeja criar o infante, independente da situação amorosa do par, pode ser extraída de depoimentos testemunhais e relatórios de estudo psicossociais de equipe técnica personalizada, sendo primordial para que o julgador possa seguramente aprovar o pleito feito pelo casal em observância à proteção integral do adotando. (GAGLIANO e FILHO, 2011)

3.4.4 Adoção Póstuma

Denominada adoção *post mortem*, trata-se de adoção após o falecimento do adotante, a modalidade é prevista no art. 42, §6º do Estatuto e determina que ante inequívoca manifestação de propósito, quando em vida, de efetivar o ato, este pode ser deferido caso o Requerente venha a falecer no curso do processo, podendo ser conjunta ou individual.

Para caracterizar a adoção póstuma é necessário que se comprove, além do revelado intento em perfilhar, contando com processo em curso, que a pretensão não se efetivou por questão alheia a vontade de quem buscava a outorga do Estado para consagrar sua condição de adotante, tal como morte inesperada. (RIZZARDO, 2011).

Ao falar sobre a sentença que defere a adoção, Dias (2015) destaca:

> A sentença de adoção possui eficácia constitutiva e seus efeitos começam a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença (ex nunc), não produzindo efeito retroativo (ECA 47 § 7 .0). Contudo, a lei abre exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito da sentença retroage à data do falecimento. Paulo Lôbo explica que o óbito faz cessar a personalidade e nenhum direito pode ser atribuído ao morto, sendo a retroatividade excepcional, no interesse do adotando.

Observa-se, portanto, que conforme o disposto no ECA, destacam-se dois requisitos para a caracterização de tal modalidade. Primeiramente a inequívoca manifestação de vontade, o qual deverá reunir um conjunto comprobatório acerca dessa vontade, uma vez que o interessado não está presente. O segundo requisito diz respeito a necessidade de o procedimento de adoção já estar em curso. No entanto, este último, conforme entendimento do STJ, deixou de ser exigido:

3.4.5 Adoção "À Brasileira"

Nome que se dá à pratica de registrar filho de outrem, diretamente em cartório, como se seu fosse, sem a incidência dos tramites legais, analise dos requisitos básicos ou do procedimento adequado. Este ato é, em teoria, considerado crime contra o estado de filiação, nos termos do art 24 do CP, contudo, normalmente concede-se o perdão judicial em razão da motivação afetiva que deu causa. (DIAS, 2015)

Apesar de ser considerada ilegal, esse tipo de adoção encontra, de certo modo, abrigo no art. 227 da Constituição, que prioriza o direito da criança ao convívio familiar em termos absolutos, travando um certo conflito entre a norma procedimental da adoção e o aludido principio fundamental. (LOBO, 2011)

Apesar de existirem casos fraudulentos onde se percebe adoções a brasileira de maneira conjunta, ou seja, por ambos os pais, é mais comum que o cônjuge ou companheiro da mãe biológica de um recém-nascido registre como seu próprio, diretamente em cartório, filho que sabe ser de outrem, assumindo e responsabilizando-se pela paternidade do infante.

Segundo Bordallo (2006), são esses os fatores que ocasionam esse tipo de adoção:

> Não desejarem que o fato seja exposto em um processo, achando que assim agindo, a criança nunca saberá que foi adotada; receio que a criança lhes seja tomada ao proporem a ação, considerando a existência do cadastro que deve ser respeitado; medo de não lhes ser concedida a adoção.

Configurada a inequívoca relação de afeto, principal característica da adoção à brasileira, a irregularidade do ato se subsumi à garantia constitucional que ela proporciona a inúmeros infantes de convivência familiar e desenvolvimento adequado.

3.4.6 Adoção Internacional

A adoção internacional pode ser individual ou conjunta e se da quando quem postula a adoção reside em pais diverso do adotando. Esta elencada nos arts. 50 e seguintes do ECA e na Convenção de Haia de 1993, sendo considerada, conforme art. 50 §10º do mesmo dispositivo, medida excepcional pelo ordenamento, que só deve ser deferida em caso de inexistência de adotante interessado e adequado brasileiro.

A discussão acerca do objetivo da adoção internacional decorre da grande importância que alguns atribuem ante as enormes taxas de abandono financeiro e afetivo, o que ocasiona um crescimento constante no numero de acolhidos em instituições e expande a pobreza e outros problemas sociais no Brasil, em razão da carência de condições para uma mantença adequada desses lugares. (DIAS, 2015).

Todavia, outros defendem que, haja vista ser dificultoso perdurar o acompanhamento do infante que muda de país para ser adotado, esse tipo de perfilhamento favorece em certo grau o trafico e corrupção de menores, sustentando-se, ainda, que estaria o Estado violando o direito a identidade do adotando ao sujeita-lo ao estrangeiro. (GONÇALVES, 2014).

Ressalta-se que o Eca determinou prazo mínimo de 30 dias para concluir-se o estagio de convivência na modalidade de adoção internacional, de maneira que independe da idade do adotando, desde que menor de 18 anos. (GONÇALVES, 2014).

3.4.7 Adoção Homoparental

Modalidade de adoção onde o casal Homoafetivo busca adotar em conjunto para que ambos os genitores ou genitoras possam legalmente exercer o poder familiar sobre o adotando, atribuindo a ele todos efeitos de ordem pessoal e patrimonial relativos a ambos os adotantes.

Sobre o conceito de família, Dias (2004) pontua:

> Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional, nada justificando que se desqualifique o reconhecimento dela, pois o só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais.

Outrossim, Venosa (2013) se posiciona:

> Nesse campo, com maior incidência, é fundamental o apoio de operadores de ciências auxiliares, como pedagogos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos etc. Com a palavra esses profissionais sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos. Cabe ao jurista estar aberto à recepção das manifestações sociais, sem preconceitos, mas com a temperança necessária que nossa ciência exige em cada solução. Só com a análise profunda de cada caso é que se terá condições de se responder se existe ambiente familiar propício para a adoção nesse caso e, na verdade, em qualquer outra situação, dentro da regra geral que rege as adoções. Não há nada que indique a priori que a adoção por um casal homoafetivo seja inconveniente, degradante ou dificultoso para a formação do menor adotado, como também não há certeza alguma a esse respeito quando os adotantes são heterossexuais.

Perceba-se que a orientação doutrinária acerca da adoção por pares homoafetivos é a de tratamento igualitário e submissão aos exatos mesmo critérios que qualquer pleito de perfilhamento, independente de estado civil ou orientação sexual do adotante, desde observado com prioridade absoluta seu melhor interesse, visto que não existem indícios de que a homossexualidade dos futuros genitores degrade ou dificulte o desenvolvimento adequado do menor.

Não obstante o reconhecimento supra de paridade entre pares homos e héteros, a possibilidade jurídica de casais homoafetivos entrarem na fila para adoção ainda é assunto contestado no ordenamento brasileiro, como se passa a expor.

4 RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS

Marginalizados por ideologias religiosas, os homossexuais, ainda que presentes na sociedade desde as primícias, durante muito tempo foram vítimas de repúdio e rejeição pública por não se adequarem ao que se instaurou culturalmente como comportamento convencional, tornando-se alvos de inúmeras rotulações pejorativas e discriminatórias utilizadas como fundamento para o tratamento desigual que vêm recebendo ao longo dos séculos. (DIAS, 2010).

Entre outros direitos, a comunidade homossexual buscou, inicialmente, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo para fins legais, principalmente no que dispunha ao patrimônio dos cônjuges e sua legitimidade para benefícios previdenciários e adoção, embasando-se nos princípios constitucionais da dignidade humana (art.1º da CF), da igualdade substancial (arts. 3º e 5º), da não discriminação (art. 5º da CF) e do pluralismo familiar (art. 226 da CF). (DIAS, 2010).

Os entendimentos favoráveis relacionados aos direitos dos casais homoafetivos iniciaram-se em 1999, com o deferimento, prolatado pela justiça gaúcha, da competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões entre indivíduos do mesmo sexo, o que ensejou na discussão relativa à jurisdição das varas de família nas demandas que tramitavam anteriormente nas esferas cíveis, tratando, consequentemente tais casais como efetivas entidades familiares.

No ano seguinte, o TJ do Rio Grande do Sul admitiu, na mesma senda, um requerimento de herança que, pela pretensão sucessória mediante alegação de união estável homoafetiva, havia sido julgada extinta por impossibilidade jurídica do

pedido. A Sentença fora reformada por unanimidade de votos respaldados nos princípios constitucionais que vedam discriminações de qualquer caráter.

Sobre tal decisão, a Vice Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família discorreu: “pela primeira vez, a justiça emprestou relevância ao afeto, elegendo-o como elemento de identificação para reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas.”. (DIAS; apud TEIXEIRA; RIBEIRO, 2010).

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Recurso Especial, permitiu a inclusão do companheiro/a como dependente em plano de assistência medica, em análise dos direitos das relações homoafetivas de modo análogo ao das uniões estáveis.

Já em 2008, foi reconhecida pelo STJ, também em Recurso Especial, a possibilidade jurídica da Ação Declaratória de União Homoafetiva, embasada na inexistência de dispositivo legal que vede o prosseguimento do feito.

Nesse mesmo contexto, a portaria 25/00 do INSS garantiu auxílio por morte e auxílio reclusão aos homossexuais, e a Resolução Normativa nº 77/08 do Conselho Nacional de Imigração assegurou, ao parceiro estrangeiro que vive em união homoafetivas com o nacional, visto de permanência.

Por sua vez, em atenção à circular nº 257/04, a Superintendência de Seguros Privados assumiu a viabilidade de companheiros homossexuais configurarem como beneficiários do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Seguro DPVAT).

A Agencia Nacional de Saúde Suplementar determinou, na Súmula Normativa 12/2010 que o/a parceiro/a homossexual pode ser dependente do beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde e, de igual forma, o Parecer nº 1.503/10 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional atestou o direito do contribuinte declarar o companheiro/a como dependente junto ao imposto de renda.

Apesar do crescente reconhecimento dos homossexuais como indivíduos dignos de direitos conferidos intrinsicamente pela sociedade aos heterossexuais,

algumas lacunas legais e dispositivos normativos exemplificativos eram interpretadas de maneira desfavorável ao alcance de certas garantias por parte da população marginalizada pelos hábitos tidos como não convencionais. A exemplo, tem-se o Acórdão 462893 de 2010, sob Relatoria do Min. João Batista Teixeira, como se verifica abaixo:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE GUARDA. CONVERSÃO PARA ADOÇÃO. ARTS. 42, § 2º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO ATENDIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO
>
> 1.Nos termos da norma inserta no § 2º, do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para a adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.
>
> 2.**É inviável o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois esta só poderia ser constituída por pessoas de sexo diferente, a teor do disposto nos 226, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil.**
>
> 3.Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida. (grifou-se)

Nesta senda, o maior marco legal relacionado à luta para equiparar os direitos dos casais homoafetivos aos dos heteroafetivos e, assim, amenizar a discriminação que acomete os que se interessam pelo mesmo sexo deu-se pelas decisões da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF-2011 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº132/RJ-2011, interpostas na Suprema Corte, que modificaram o entendimento quanto ao art. 1.723 do Código Civil Brasileiro, excluindo do mesmo qualquer dito passível de entendimento que impeça o reconhecimento da união homoafetivas como entidade familiar.

O *decisium* supracitado, exceto pela abstenção do Min. José Antônio Dias Toffoli, que se declarou suspeito por já haver exarado parecer favorável ao reconhecimento da união homoafetivas quando ainda na condição de Advogado geral da União, foi unanime e, através de seu efeito vinculante, eliminara as omissões e redações legislativas que permeavam negativamente o ordenamento

jurídico brasileiro acerca da legitimidade, para fins legais, da união entre pessoas do mesmo sexo.

Observe-se, entretanto, que todas as conquistas dos direitos dos homossexuais deram-se através de recursos judiciais, o que explicita a negativa em esfera administrativa e também em primeira instância, restando, portanto, claro que a simples diversidade de hábitos marginaliza toda uma sociedade, no caso a homossexual, impondo a ela que busque judicialmente algo que, aos outros, é, via de regra, inerentemente garantido. O assunto adoção aclara, mais do que qualquer outro, essa situação que acomete as pessoas que se relacionam com o mesmo sexo, como se denota a seguir.

4.1 Família Homoafetiva

Durante muitos séculos adotou-se como concepção de família, quase que de modo intuitivo, aquela formada apenas por um homem e uma mulher através dos laços matrimoniais, sendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo alvo de repúdio popular, rotulações pejorativas e adversidades discriminatórias.

Entretanto, constrói-se atualmente um novo conceito de entidade familiar decorrente das transformações sociais e equivalente à estas, carecendo, por suas inovações, de maior proteção por parte do Estado e hermenêuticas condizentes com a realidade fática dos brasileiros.

Ao rastrear os fatos da vida, o constituinte de 1988 passou a conferir proteção especial não somente ao casamento, mas às relações afetivas extraconjugais e monoparentais, além de abrigar extraordinariamente a união estável entre homem e mulher, trazendo a ideia de entidade familiar, no entanto, sem nada aclarar em relação á união homoafetivas propriamente dita.

Conforme Paulo Lôbo (2011), o caput. Do Art. 226 da Constituição de 88, trata-se de clausula geral de inclusão, não sendo admissível que se exclua qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Dito isso, a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família - que dispõe de um conceito plural – a entidade familiar homoafetiva. (LOBO, 2002).

A compreensão de Paulo Lobo é compartilhada por Maria Berenice Dias, ambos respaldados, conforme esclarece esta ultima, no primado do respeito à dignidade humana e nos princípios da igualdade e da liberdade onde, ao conceder proteção à todos, veda discriminação e preconceitos, garantindo o exercício dos direitos sociais e individuais. Há de se assegurar a segurança, o bem estar, a liberdade e o desenvolvimento a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (DIAS, 2015).

Como marco no reconhecimento de novos tipos de família, em especial a homoafetivas, é imperioso reiterar o julgamento de duas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de união estável entre casais homossexuais, por unanimidade de votos, dispondo de efeito vinculante.

A partir da decisão supradita decisão, a jurisprudência possibilitou a conversão da união homoafetivas em casamento e a habilitação direta para o mesmo, de forma que o CNJ proibiu a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento, ambos entre pessoas do mesmo sexo, por parte das autoridades.

Posto isso, Rosa Maria de Andrade Nery explana que esta solução é um arremedo da resolução jurídica que o Parlamento deveria dar, conferindo a completa elucidação sistemática das questões de família e sucessões que a matéria sugere. (Nery, 2013, p. 197).

O malfeito criticado pela autora acima mencionada é fruto da evidente omissão jurídica no que tange às relações homoafetivas que, embora

consideravelmente presentes na realidade da população brasileira, se veem reféns da apreciação do julgador para decidir conforme suas próprias crenças e interpretações, nem sempre livres de preconceitos diante da diversidade sexual alheia.

Apesar das orientações jurisprudenciais se mostrarem a favor do respeito igualitário às relações homoafetivas, tanto em natureza de união estável como de casamento, as lacunas deixadas pelos legisladores possibilitam a rejeição da prestação jurisdicional, ou seja, negar direitos, não acatando, por exemplo, que ao tratar de homem e mulher em dispositivo legal, é necessário ler duas pessoas, sem distinção de orientação sexual.

4.2 Homoafetividade E Adoção

A adoção é uma modalidade de filiação "construída no amor". (FACHIN, 2012, p.219).

Nesse contexto, é possível observar que a apropriação da palavra afeto pelo instituto se apresenta como referência para sua função de integrar completamente a criança ou adolescente à família substituta que proporcionará seu desenvolvimento da melhor maneira, como já fora tratado.

A partir da crescente demanda por parte da população homossexual acerca do reconhecimento de seus direitos como paritários aos dos heterossexuais, principalmente no que concerne aos atos da vida civil, os juristas e legisladores responsáveis pela interpretação e formulação dos dispositivos normativos relativos aos direitos das famílias se viram, diante de tamanha dinamicidade na realidade cultural dos núcleos parentais, impelidos a modificar-se conceitualmente a esse respeito.

Um dos âmbitos fomentadores de significativas discussões derivadas das modificações apreciativas acima comentadas é o do instituto da adoção, no que tange a casais homossexuais perquirirem tal direito, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro é considerado omisso quanto a diversos aspectos das uniões homoafetivas inclusive no que se refere à perfilhação.

A adoção de crianças e adolescentes tem como principio constitucional norteador o melhor interesse do adotando, havendo de ser analisado sob o prisma de um cauteloso processo, que assegure sua função social de beneficiar, em todos os aspectos, o desenvolvimento do menor, como dita o Art. 43 do ECA.

Sem importância à sua origem, a filiação em si é uma construção cultural fortificada pela convivência e pelo entrelaçamento dos afetos, ao passo que, nesta senda, o filho biológico também é adotado pelos pais em seus cotidianos. (DIAS, 2015)

Adentrando aos fatores psicológicos da criança que, na visão de alguns, são passíveis de sofrer interferência em caso de adoção por casais homoafetivos, a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta esclarece que não são conhecidos fatores psicológicos que vinculem o exercício da parentalidade à orientação sexual da pessoa. (MOTTA, 2010).

Dito isso, em um país onde se tem como valor fundamental a dignidade da pessoa humana, especialmente no que tange às crianças e adolescentes, impedir a adoção por parte de casais homoafetivos que possuem plenas condições de suprir a carência material e afetiva à qual os menores que moram em abrigos e instituições acolhedoras estão sujeitos é ferir o preceito da dignidade em si, impondo-lhes tratamentos coletivos e situações precárias por períodos longos e desnecessários.

4.2.1 Adoção Homoafetiva No Ordenamento Jurídico Brasileiro

Diante da impossibilidade biológica de procriar, os casais do mesmo gênero que pleiteiam consumar o direito à descendência recorrem à reprodução assistida, autorizada pela resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, independente de orientação sexual, ou à adoção, que não possui nenhuma vedação legal de ser perquirida por casais do mesmo sexo, todavia, não é assegurado expressamente por nenhum dispositivo sancionado.

A problemática desenrola-se a partir da aversão de boa parte dos heterossexuais à possibilidade dos casais homoafetivos se valerem do direito ao instituto da adoção, sob a alegação de que o menor não se desenvolveria psicossocial e emocionalmente saudável em meio a tal lar.

Nas palavras de Roger Rios (2001):

> Nas disputas judiciais (...), tem-se alegado contra a possibilidade de adoção por homossexuais argumentos de variada matiz, tais como o perigo potencial de a criança sofrer violência sexual (2) o risco de influenciar-se a orientação sexual da criança pela do adotante (3) a incapacidade de homossexuais serem bons pais e (4) a possível dificuldade de inserção social da criança em virtude da orientação sexual do adotante.

Num primeiro instante homossexuais se candidatavam individualmente à adoção, posto que dessa maneira não eram questionados se mantinham relacionamentos de quaisquer espécies. Assim, a inocorrência de estudo social com o cônjuge homoafetivo tornava a habilitação deficiente, deixando de atender completamente aos prevalentes interesses do adotando. (DIAS, 2015).

O resultado do requerimento unilateral acarretava em prejuízo à criança ou adolescente, que possuía vínculo jurídico com apenas um dos pais, ou mães e, consequentemente, a ausência obrigacional, ainda que sob tentativas de suprimento afetivo, gerava irresponsabilidade de um dos genitores para com o filho que não fora considerado legitimamente seu.

Faticamente, não existe impeditivo jurídico manifesto de deferimento do instituto ao casal homoafetivo, condicionado, paritariamente ao de qualquer outro indivíduo, às reais vantagens para o adotando e aos fundamentos legítimos do pleito, desde que satisfaça essas e outras exigências gerais do Estatuto que regulamenta o processo e a Lei que alterou alguns de seus dispositivos, como já fora explicitado.

Uma das contrariedades mais frequentes se apresentava à respeito da indispensabilidade de que os adotantes mantenham união estável, comprovando a estabilidade da família, ou já sejam civilmente casados, ponto atacado por

fundamentalistas sob o argumento de que uniões homoafetivas não seriam uniões estáveis e, por consequência, não ensejariam possibilidade de adoção. Contudo, tal justificativa já se encontra superada jurisprudencial e doutrinariamente, uma vez que a situação jurídica da união de duas pessoas do mesmo sexo vem sendo tratada de maneira análoga às regras disciplinadoras da união estável heterossexual. (SPENGLER, 2011).

Em relação à Lei 6.015/73, que normatiza os Registros Públicos, a constância de dois nomes femininos ou dois nomes masculinos em um registro de nascimento se opõe, exclusivamente, aos costumes sociais, uma vez que não são encontradas impugnações manifestas no ordenamento positivo pátrio, como explana Silva Junior:

Sendo a Lei 6.015/73 de exigências meramente formais, não se encontra nela fatores impeditivos sobre que o no registro conste, como pais, duas pessoas de mesmo sexo. A esse respeito, o ECA apenas prevê, no art. 47, que o "vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão". O § 1º do mesmo artigo, outrossim, não discrimina sexo biológico, transcrevendo-se: "a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes". (SILVA JÚNIOR, 2010).

Nesse contexto, posteriormente ao reconhecimento pela Suprema Corte Federal da união estável e do casamento homoafetivos e diante da ausência de oposições legais expressas, valendo-se da interpretação extensiva admitida pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a justiça brasileira entendeu por permitir a concessão, em maioria, da dupla parentalidade por pessoas do mesmo sexo.

Contudo, o Art. 29 do ECA veda a colocação em famílias substituta onde os integrantes possuam qualquer tipo de incompatibilidade com a natureza do ato ou não ofereçam ambiente familiar adequado, texto esse que viabiliza interpretação desfavorável à demanda homoparental pelo instituto, à depender da apreciação do julgador. Dessa forma, revela-se substancial a normatização adequada do tema no ordenamento jurídico brasileiro, para que seja atendida, de fato, a função social de

visar o melhor interesse do adotando, independente da orientação sexual dos pais que se propuseram à acolhe-lo como filho.

O primeiro reconhecimento legal do direito à homossexuais requererem a adoção dos filhos anteriormente adotados pelo parceiro/a, considerando o planejamento prévio de adoção conjunta, foi pelo TJRS, através de decisão unanime em Apelação Cível.

Nos dias atuais, já se é assentado jurisprudencialmente a possibilidade de adoção por casais homoparentais, como é possível verificar nas ementas a seguir:

> RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ARTS 29 E 50, §§ 1º E 2º). HABILITAÇÃO PARA FINS DE ADOÇÃO DE MENOR. FASE DE NATUREZA JURISDICIONAL. CABIMENTO DO ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE PESSOA HOMOAFETIVA NO CADASTRO. POSSIBILIDADE. LIMITE MÍNIMO DE IDADE DO ADOTANDO. IMPOSIÇÃO DESCABIDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO.
>
> **1.É viável a inscrição de pessoa homoafetiva no cadastro de interessados em adoção de menor, cabendo a verificação do preenchimento dos requisitos estabelecidos nos arts. 29 e 50, §§ 1º e 2º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).**
>
> 2. Ante a ausência de restrição legal, descabe a imposição de limite de idade para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva.
>
> 3.Recurso especial desprovido. (REsp 1525714 PR 2012/0019893-3; Rel. Min. Raul Araújo; DJe 04/05/2017). (grifou-se)
>
> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.
>
> Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.
>
> II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista

um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança –, mas que se aplica também à adoção conjunta – onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".
VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva – ou aqueles que têm disforia de gênero – aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos tecnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.

Recurso especial NÃO PROVIDO. (REsp 1281093 SP 2011/0201685; Rel. Min. Nancy Andrighi; Dje 04/02/2013) (grifou-se)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:

"APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento" (doc. 6).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

3. O Recorrente alega contrariado o art. 226, § 3o, da Constituição da República, afirmando haver "duas questões

jurídicas que emergem do contexto apresentado, para que se possa oferecer solução ao presente recurso: i) se há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar; ii) se a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual.

(...) Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

(...) Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar.

(...) E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não respeitadas e previstas as idiossincrasias e particularidades dos relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais" (doc. 7).

Apreciada a matéria trazida na espécie, **DECIDO.**

4. Razão jurídica não assiste ao Recorrente.

5. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por votação unânime, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, "para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva" (DJe 14.10.2011).

No voto, o Ministro Relator ressaltou que "a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos.

Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo − data vênia de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com

> as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade".
>
> O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial.
>
> Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente.
>
> 6. Pelo exposto, **nego seguimento a este recurso extraordinário** (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1o, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (RE 846.102; Rel. Min. Carmen Lúcia; DJe 17/03/2015) (grifou-se)

Nota-se, portanto, em alusão ao que brilhantemente expos a Min. Nancy Andrighi neste penúltimo acórdão colacionado, que ante a equiparação jurídica dos direitos da personalidade dos grupos minoritários aos dos heterossexuais, se faz necessária a adequação geral do ordenamento infraconstitucional brasileiro para priorizar a real proteção do menor em relação à lares impróprios, no que refere-se à afeto, estabilidade e possibilidade, sendo indiferente à orientação sexual dos Adotantes, para eliminar os resquícios remanescentes de preconceito jurídico.

4.2.2 No Âmbito Internacional

A adoção homoafetiva conjunta já é admitida em pouco mais de 20 países, localizados, em sua maioria, na Europa, em países onde o casamento entre homossexuais é legalizado.

A Holanda foi pioneira em permitir a adoção Homoparental, fazendo-o em dezembro de 2000 apenas com crianças de nacionalidade Holandesa e em 2005 com menores oriundos de outros países.

Posteriormente a adoção Homoparental conjunta foi possibilitada no Canadá, África do Sul, Suécia, Espanha, Andorra, Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda do Norte, Bélgica, Dinamarca, Franca, Nova Zelândia, Luxemburgo, Malta, México, Áustria, Irlanda e Eslovênia (EBC, 2015).

Nos Estados Unidos esse tipo de adoção é legal na maior parte dos 50 estados federados, caso em que utilizou-se tal argumento para que o Supremo Tribunal legalizasse em junho de 2015 o casamento homossexual a titulo nacional

Em âmbito latino, o Tribunal Constitucional da Colômbia autorizou em novembro de 2015 que casais homoafetivos possam exercer os mesmos direitos que os héteros quanto a adoção.

Há países, como no caso de Malta e alguns estados da Austrália, onde apesar de o casamento homossexual ainda não ser reconhecida, é prevista a adoção. Já Portugal admite o casamento, mas não autoriza a adoção.

Algumas nações permitem a coadoção, onde adota-se o filho biológico ou adotivo de seu cônjuge. Dentre eles, a Finlândia – que prevê a adoção conjunta desde 2017 -, a Croácia e a Eslovênia – que só autorizam adoção de filhos biológicos -, e a Estônia.

A Alemanha autorizou a coadocao de filhos biológicos do cônjuge em 2005 e de filhos adotados em 2013, sendo que Berlim aprovou em maio de 2014 um conglomerado de legislações que objetivam combater a homofobia, apesar de descartar a possibilidade de legalizar o casamento homoafetivo, que já é direito reconhecido no país desde 2001.

5 EFEITOS DA ADOÇÃO

Compreende-se a necessidade de tamanha cautela no processo de adoção ao observar o estipulado no art. 39, §1º do ECA no que diz respeito à irrevogabilidade do ato, em conjunto com o art. 41 do mesmo dispositivo, que estabelece o total desligamento do Adotando, independente de sua idade, de quaisquer vínculos com a família originaria, salvo os casos de impedimento matrimonial, iniciando assim, as disposições acerca dos efeitos da adoção. (FERNANDES, 2004)

Tal como as acima mencionadas, as principais implicações decorrentes do transito em julgado da sentença que concede o perfilhamento, se apresentam como de ordem pessoal e de ordem patrimonial, como se passa a expor.

5.1 Efeitos De Ordem Pessoal

Na categoria de efeitos de ordem pessoal encontram-se as deliberações a respeito do nome, parentesco e poder familiar, advindos do comentado desligamento do Adotando para com a família originaria em consequência da constituição de parentesco civil com o Adotante, constitucionalmente equiparado, em direitos e obrigações, inclusive para fins sucessórios, ao vínculo consanguíneo, pelo que se verifica do art. 227, §6º da Carta Politica e do art. 41, caput, do ECA. (GONÇALVES, 2014).

Ressalta-se que, apesar da equivalência legal entre os filhos biológicos e os adotados, para que haja a completa inserção deste na família adotante, o dispositivo resguarda, por razoes sobretudo genéticas, mas contendo também influencias morais e éticas, os impedimentos matrimoniais. (VENOSA, 2013)

Nesses termos, o poder familiar relativo ao Adotando é transferido em sua totalidade para o adotante, assumindo este por completo os deveres e direitos especificados no artigo 1.634 do Código Civil, inerentes à responsabilidade e ao exercício de tal poder. Assim, o poder familiar originário não se restaura nem sob ocasião de morte do adotante. (GONÇALVES, 2014).

Ademais, findo o procedimento adotivo, torna-se direito do Adotado utilizar o sobrenome do adotante, seguindo as regras de registro de dos descendentes biológicos, sendo que, na existência de outros filhos, a composição da nomenclatura há de ser comum, ante a vedação constitucional de discriminação entre eles. (LÔBO, 2011).

5.2 Efeitos De Ordem Patrimonial

Os efeitos de ordem patrimonial tratam, majoritariamente, dos direitos sucessórios advindos da adoção, complementados pelas disposições alimentícias.

Como falado, com a adoção, o menor insere-se completamente na família do adotante, como se filho biológico fosse, equiparando-se aos mesmos. Sendo assim, é normal que todos os direitos e obrigações sejam igualados, na mesma proporção.

Ainda segundo Gonçalves (2014), no que se refere aos direitos sucessórios, o filho adotado tem capacidade para concorrer em igualdade de condições com o filho biológico, devido a equiparação de direitos e obrigações dos mesmos, fazendo com que a sucessão de um filho adotado seja idêntica ao de um filho biológico, ficando impossibilitados de suceder apenas por algumas das causas de deserdação ou indignidade, elencadas no artigo 1.962 do Código Civil. Porem, com a morte de qualquer parente da família biológica do adotado, o mesmo não poderá suceder em nenhuma hipótese, já que foram afastados todos os laços de parentesco.

Assim, a prestação de alimentos é recíproca entre pais e filhos, segundo o artigo 1.696 do Código Civil, sendo extensivo a todos os ascendentes. Como destaca Gonçalves (2014), fazendo referência ao artigo 1.689 do CC, o adotante, em exercício do poder familiar, é usufrutuário dos bens do adotado e tem a administração sobre os bens do mesmo.

6 CONCLUSÃO

Sob o prisma da realidade social, é cediço que a entidade familiar considerada tradicional vem passando por transformações provenientes das diversas modalidades de relacionamentos que ganham crescente visibilidade pública e são baseadas, essencialmente, no afeto recíproco.

Nesse contexto, o presente trabalho foi realizado com o propósito de analisar a possibilidade jurídica de adoção por pares homoafetivos, tendo em vista que tal entidade se amolda ao conceito de família nesta nova perspectiva, em especial após o reconhecimento legal da união estável entre casais do mesmo sexo.

Ao que se observou, nos dias atuais, ante o princípio do melhor interesse do adotando, o afeto é o fator determinante para que se viabilize a adoção. Desse modo, uma vez constatado o elemento afetivo na relação entre Adotantes e Adotando, há de se observar a primazia da dignidade da pessoa humana em conjunto com a isonomia para assegurar aos candidatos ao perfilhamento condições paritárias, independente de sua orientação sexual.

Tangente à tal posicionamento, apresentou-se parecer técnico especializado de psicóloga pediatra, no sentido de esclarecer a independência entre os fatores - orientação sexual dos genitores e desenvolvimento psicossocial do menor.

Isto posto, compreende-se que a negativa ao pleito de perfilhamento homoafetivo se da em razão de interpretação limitada de dispositivos normativos antiquados por parte dos julgadores, que se valem da omissão legislativa que permeia o assunto para intentar contra os preceitos constitucionais de dignidade e isonomia.

Todavia, remete-se à interpretação doutrinaria para depreender que, apesar de polêmica, a filiação Homoparental, desde que se reconheceu a união estável homossexual como idêntica à heterossexual para todos os fins legais, é realidade na sociedade brasileira, haja vista não possuir vedação normativa de nenhuma espécie.

Ademais, a jurisprudência atual dos Tribunais Superiores consolida reiteradamente a total possibilidade do pleito, observado o real benefício para o adotando no caso concreto, como em todo e qualquer requerimento de adoção, orientando que se interprete extensivamente as normas vigentes.

Assim, resta claro que os princípios da dignidade, da isonomia e - especialmente no que concerne à adoção - do melhor interesse do menor que carece de assistência, hão de se sobrepor ao preconceito remanescente no judiciário brasileiro, até que se extirpe totalmente a discriminação quanto a orientação sexual dos indivíduos e os pleitos de filiação homoparental prescindam de interferências dos Tribunais de Superposição para assegurar garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BORDIN, Drenya. **Adoção por homossexuais**. 2004. 48 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2004.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Ma ciel. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Brasília, 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 22 mai. 2018.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONGRESSO EM FOCO. **Dois pais homoafetivos e três adoções tardias.** Disponível em:<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/dois-pais-homoafetivos-e-tres adocoes-tardias>. Acesso em: 16 abril 2018.

COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. **Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica.** Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Viana, Juiz de Fora, n. 1, 2004. Disponível em: < http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2018.

CURY, Rodrigo Diniz. **Apontamentos sobre a resistência à prática da adoção tardia no Brasil**: causas culturais e possíveis soluções. Revista CEPPG, Catalão, v. 10, n. 19, jul./ dez. 2008.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado** – 2ª edição. São Paulo: FTD, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução a ciência do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

EBC, Agencia Lusa. **Adoção por casais homossexuais**, Lisboa, nov. 2015. Disponível em: < http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2015-11/adocao-por-casais-homossexuais-ja-e-possivel-em-cerca-de-20-paises > Acesso em 23 ago. 2018.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª edição. São Paulo; Saraiva, 2004ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente – 12ª edição. São Paulo. Atlas. 2010

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões Homossexuais:** efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004.

FERRONI, Renato. **A adoção por casal homossexual e a ausência legislativa.** 2004. 105 f. Monografia, Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2004.

FONSECA, Cláudia. **Caminhos da adoção**. São Paulo: Cortez 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?.** Revista Brasileira de Direito de família, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil:** Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direitos da criança e adoção internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Homoparentalidade e superação de preconceitos. Revista Jurídica Consulex, n. 123, 2010.

OLIVEIRA, Eliana Maria Pavan de; REIS, Ana Paula Nunes. **Adoção Tardia**: um estudo sobre o perfil da criança estabelecido pelos postulantes à adoção. Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 16, n. 15, ago. 2012. Disponível em: <www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/download/75/67>. Acesso em: 5 mai. 2018

PAIVA, Leila Dutra. **Adoção:** significados e possibilidades. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PURETZ, Andressa; LUIZ, Danuta Estrufika Cantóia. **Adoção Tardia**: Desafios e Perspectivas na Sociedade Contemporânea. Emancipação, Ponta Grossa, v. 7, n. 2, ago. 2007. Disponível em: < http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4024346>. Acesso em: 16 jul. 2018.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família.8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6.

SILVA, Ana Paula Rocha; TAVARES, Maria Terezinha. **Adoção por homossexuais no Brasil.** Horizonte Científico, Uberlândia, v. 1, n. 1, mar. 2007. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/3832/2837>. Acesso em: 21 jul. 2018.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é doação**. 9. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

TALAVERA, Glauber Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flavio. Direito de Civil, V, **Direito de Família.** São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**, v. 05. São Paulo: Método, 2012.

VARELA, Antunes. **Direito de Família**. Lisboa: Petrony, 1999.

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção Tardia:** Da família sonhada à família possível. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção Tardia.** Disponível em: <http:// paisadotivossa.blogspot.com/2007/07/artigo-adoo-tardia.html> Acesso em: 23 mai. 2018

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** vol: Direito de Família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Os filhos de ninguém, abandono e institucionalização de crianças no Brasil.** Conjuntura Social, Rio de Janeiro, jul. 2000. Disponível em: <www.nac.ufpr.br/artigos_do_site/2000_Os_filhos_de_ninguem.pdf > Acesso em: 18 ago. 2018

FLUXO MIGRATÓRIO DE FRONTEIRA: O CASO VENEZUELA ACO 3121

Laura Estephânia Baptista Pereira de Mello

RESUMO

A pesquisa demonstra quais os critérios legais que qualificam o refúgio, no âmbito internacional e na legislação pátria, sobretudo com a atuação do CONARE na análise dos pedidos de reconhecimento da condição de refugiado. Para tanto, o presente artigo analisa os critérios estabelecidos na decisão de tutela antecipada nos autos da ACO 3121, a qual indeferiu o fechamento provisório da fronteira entre a Venezuela e Roraima. A partir desse caso, examina-se o Decreto Estadual de Roraima e a decisão da 1ª Vara Federal de Roraima, mostrando o caminho jurídico até chegar à decisão do STF.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por propósito analisar quais critérios jurídicos foram sustentados na decisão de tutela antecipada da Ação Civil Ordinária (ACO) 3121 em que o estado de Roraima requer o fechamento provisório da fronteira entre Brasil, na divisa deste estado, e a Venezuela, até que a situação na fronteira seja normalizada ou que seja encontrado um equilíbrio.

O país vizinho vive uma crise social, político e econômica que perdura desde 2015 e o exôdo de venezuelanos já tem preocupado outros países da região, como Colômbia, Equador e Peru, os princiapais países que têm recebido migrantes venezuelanos.

Nos dias três e quatro de setembro deste ano, houve uma reunião promovida por representantes do Brasil, Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile, Méximo, Panamá, Paraguay, Peru e República Dominicana para discutir uma

estratégia para unificar medidas, inclusive eliminando restrições, em relação ao trânsito de venezuelanos na América Latina. Foi ressaltado nesta reunião que cada país deve assumir sua própria responsabilidade a fim de solucionar a crise migratória em comento.

Ocorre que, antes desta reunião, o Brasil já teve que se debruçar sob a questão da migração de venezuelanos, pois desde o início da crise no país vizinho há um contínuo fluxo de migrantes para cá.

A pesquisa justifica-se pelo fato do Brasil ter firmado compromissos internacionais, e inserido em seu ordenamento jurídico deveres para com as pessoas em situação de refúgio, que é um instituto regulado por um estatuto, e não é aplicado por mera solidariedade do Estado acolhedor, mas sim por sua postura internacional firmada.

Entretanto, o estado de Roraima (RR), que tem sido uma das principais portas de entrada para o território nacional, de maneira reiterada, tem demonstrado que a despeito dos compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro, não é possível receber, adequadamente, toda esta quantidade de migrantes, em média 500 por dia.

Tal conduta ficou clara com a edição de Decreto Estadual visando, entre outras medidas restritivas ao recebimento de migrantes venezuelanos, o fechamento provisório da fronteira entre este país e o Brasil.

Com a intensificação do fluxo migratório de venezuelanos e sem encontrar a efetividade da política pública de interiorização, a qual prevê a redistribuição, voluntária, dos migrantes para os demais estados da federação; a governadora do Estado de Roraima, Suely Campos, baixou o Decreto Estadual n. 25.681-E.

Se a determinação de acolhida vem de instrumentos internacionais e encontra amparo na legislação pátria, o que será explicado mais adiante, há algum respaldo jurídico para o pedido desse ente federativo? A questão não se encerra aí, pois

mesmo após decisão do Supremo Tribunal Federal que revogou o decreto, houve mais uma medida do estado de Roraima, desta vez adotada pelo judiciário.

A situação na fronteira entre Brasil e Venezuela, no município de Pacaraima/RR, tem se agravado com o aumento do fluxo de migrantes venezuelanos. Em consequência da intensificação deste fluxo, o sentimento predominante na população deste município é a insegurança. Por sua vez, a insegurança em nada facilita no ideal de unificação das medidas adotadas por cada país que recebe esses migrantes.

Por outro lado, a insegurança não surgiu do nada. Em 2017, o município de Pacaraima contava com, aproximadamente, 12.380 habitantes. A chegada de tamanha quantidade de migrantes fez com que a população do local dobrasse. E isto, tem reflexo claro na maneira como são recebidas pelos brasileiros as pessoas que saem da Venezuela e vem para o Brasil. Os serviços públicos básicos, como saúde, segurança e educação ficaram sobrecarregados.

Diversos episódios de confronto entre brasileiros e venezuelanos na cidade de Pacaraima vêm ocorrendo. A animosidade cresceu tanto que no dia 18 de agosto de 2018, houve atos de violência extrema. Apenas para citar alguns exemplos, supostamente, migrantes venezuelanos atiraram pedras e danificaram veículos de brasileiros próximo a fronteira com a Venezuela. Em alguns casos, chegaram a agredir as pessoas que estavam no interior dos carros. Em contrapartida, brasileiros teriam ateado fogo a objetos pertencentes a migrantes venezuelanos e expulsado os estrangeiros de um abrigo localizado no centro do município.

A violência veio de ambos os lados, e o que mais preocupa é que independente da nacionalidade, todos merecem ser tratados com respeito e dignidade. Violência só gera mais violência, e no contexto atual, nada de bom pode advir disso.

Quando se pensa em refúgio e crise migratória, logo vem a mente as tensões vivenciadas pela Europa nos últimos anos. Imagens que chocam e comovem a todos,

de famílias inteiras afundando após encontrar no mar a única opção para fugir do local que antes chamavam de lar. Mas, quando se está diante do presente caso, parece não ser tão comovente para população em geral. A principal resposta ouvida é “mal cuidamos dos nossos cidadãos, para que lidar com o problema dos outros?”.

Conforme dito anteriormente, não se trata de problema dos outros. E esta visão fundada no medo e na insegurança não coaduna com os compromissos internacionais firmados pelo Brasil nessa matéria. E falta solidariedade sim. Uma solidariedade que decorre dos ditos compromissos aos quais o Estado brasileiro aderiu voluntariamente.

Além do aspecto jurídico do tema apontado acima, há o aspecto social. Para este é preciso ter em vista que a mobilidade humana é um fenômeno global, que embora não seja algo recente, tem ganhado maior atenção nos últimos anos devido à repercussão na mídia de conflitos e outras situações que, segundo as Nações Unidas, no ano de 2015 já tinham forçado 21 milhões de pessoas a fugirem de seus países.

A relevância do tema também está firmada pela sua atualidade, uma vez que, diariamente, evolui, exigindo novas soluções e formas de pensá-lo, em meio a uma crise migratória mundial e que reverbera também na América Latina, além de ser uma questão social, de cunho humanista.

Nesse sentido, é fundamental compreender como o judiciário, diante de critérios legais e da intensificação do fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil, bem como das consequências sociais no estado de Roraima, estipulou um padrão jurídico para determinar que as fronteiras devam permanecer abertas.

A estrutura do artigo consiste em: a) um primeiro tópico, no qual são abordados os critérios jurídicos estabelecidos nas normas internacionais (Convenção/51) e na legislação pátria sobre o instituto do refúgio (Estatuto dos Refugiados), e como o CONARE utiliza esses critérios ao analisar os pedidos de reconhecimento da condição de refugiado;b) segundo tópico o qual trata do fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil, por meio da análise de um ato do

executivo local (Decreto Estadual) e um ato do judiciário (decisão em sede de tutela antecipada na 1ª Vara Federal de Roraima), com o intuito de verificar se os critérios elencados em ambos os atos são compatíveis com as definições legais tratadas no tópico anterior; c) terceiro tópico o qual analisa a decisão da Ministra Rosa Weber nos autos da ACO 3121, em que foi indeferido o pedido de tutela antecipada para fechamento da fronteira entre Brasil e Venezuela, na cidade de Pacaraima/RR.

2 REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DO REFÚGIO

De início, destaca-se que a intensificação do fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil é consequência da crise econômica e um cenário de desprezo aos direitos essenciais a uma sobrevivência minimamente digna nesse país._____Com o aumento da demanda por proteção em países vizinhos, entre eles o Brasil, questiona-se qual o tratamento deve ser dispensado a esses migrantes, tendo em vista que o referido fluxo migratório é de natureza mista ou irregular, o que significa que entre as pessoas que buscam proteção no Brasil, há solicitantes de refúgio ou refugiados (em potencial), bem como migrantes econômicos, indígenas e outras categorias de migrantes.

Como o instituto do refúgio não é aplicado por mera solidariedade do Estado concedente, mas sim por sua postura na política internacional, é preciso delimitar quais critérios legais são utilizados para o reconhecimento da condição de refugiado.

A conceituação de refugiado em face da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967 (conceito clássico de refúgio) é pautada no fundado temor de perseguição, em razão da etnia, religião ou alinhamento político. Preenchidas essas condições, as normas internacionais a respeito da matéria incidem, inclusive com a aplicação do princípio da não devolução ao país em que a pessoa tinha sua vida ameaçada.

Quanto às causas que impulsionam o movimento de refugiados no globo, são mais recorrentes e reconhecidas nos supracitados textos legais, as causas políticas quando há guerra no país de origem e as econômicas. Essas últimas não se confundem com a migração econômica (emigrantes e imigrantes), porque o refúgio

ocorre quando a violação de direitos humanos é tamanha que a pessoa não possui meios para sobreviver com uma vida digna, enquanto para os migrantes econômicos, embora haja uma insatisfação com as condições locais, não há a impossibilidade de satisfação das necessidades vitais no país de origem.[1]

No âmbito nacional, compete ao Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) a análise da condição de refugiado e à União legislar e executar medidas na área migratória.

2.1 Critérios empregados pelo Estado brasileiro: papel do CONARE

O CONARE faz parte da estrutura tripartite estabelecida pela Lei n. 9.474/97 (Estatuto dos Refugiados) para tratamento das questões relacionadas à temática do refúgio. É órgão vinculado ao Ministério da Justiça e atua em conjunto com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e representantes da sociedade civil.

As decisões do CONARE levam em consideração o conceito amplo de refúgio disposto no artigo 1º da supracitada lei, qual seja, todo indivíduo que

> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
>
> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
>
> III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.[2]

[1] CASELLA, Paulo. **Refugiados: conceito e extensão** in O Direito Internacional dos Refugiados: Uma perspectiva brasileira. Coordenadores Nadia de Araujo e Guilherme Assis de Almeida. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[2] BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. **Estatuto dos Refugiados**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /LEIS/L9474.htm. Acesso em: setembro de 2018.

Desta forma, o CONARE elevou o refúgio como instituto de proteção à vida, diferenciando-o de vez do asilo político que é ato soberano do Estado.[3] Aliás, o sistema do refúgio é mais protecionista e não arbitrário como no asilo, porque nele há uma coletividade de seres humanos forçados a saírem de seu país de origem, por sofrerem perseguições, pelos motivos expostos acima.

Portanto, ao analisar se o solicitante de refúgio terá ou não sua condição reconhecida, o CONARE utiliza os critérios estabelecidos pela Lei n. 9.474/97.

A outra base legal nacional para apreciação do pedido de refúgio é a própria Constituição Federal, ao estabelecer que as relações internacionais do Estado brasileiro serão regidas segundo os princípios da prevalência dos direitos humanos e da concessão de asilo político (art. 4º), e da garantia de igualdade de todos (art. 5º).[4]

2.2 Competência da União em matéria migratória

A repartição de competência entre os entes federativos é matéria constitucional. Segundo o art. 21, inciso XXII da Carta Magna, compete a União executar os serviços de polícia de fronteira. Quer dizer, incumbe a Polícia Federal a fiscalização e administração das fronteiras. No que concerne à competência para legislar sobre a matéria migratória, consoante o art. 22, inciso XV da Constituição Federal, compete, privativamente, a União legislar sobre emigração, imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros.

Ressalta-se que tal disposição constitucional foi efetivada por meio da Lei n. 9.474/97, pelo Decreto n. 840/93, o qual dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), bem como pela Lei n. 13.445/17. Logo, não há que se falar em ausência de legislação pátria pertinente à matéria. Outrossim, as supracitadas leis são parâmetros, limites para a atuação dos poderes executivo e judiciário.

---

[3] LEÃO, Renato. CONARE: **balanço de seus 14 anos de existência.** In: 60 Anos de ACNUR, perspectivas para o futuro. RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). p. 69 e segs.

[4] PACÍFICO, Andrea e MENDONÇA, Renata. **A Proteção Sociojurídica dos Refugiados no Brasil**. *Textos e Contextos*, Porto Alegre, vol. 9, n. 1, p. 170-181, jan/jun. 2010.

Isto posto, serão analisados dois atos do estado de Roraima: do Executivo, por meio de Decreto Estadual e do Judiciário, a decisão em sede de tutela antecipada do juízo da 1ª Vara Federal de Roraima nos autos do Processo n. 002879-92.2018.4.01.4200 (Ação Civil Pública).

3 PEDIDO DO ESTADO DE RORAIMA

Tendo em vista os critérios legais fixados nas normas internacionais sobre a matéria e pelo sistema brasileiro com a atuação do CONARE, é possível afirmar que o Executivo e o Judiciário, respectivamente, agiram em sentido contrário ao estabelecido no tópico anterior?

3.1 Decreto Estadual n. 25.681-E

Em 2017, 17.865 venezuelanos solicitaram o reconhecimento da condição de refugiado ao Estado brasileiro,[5] representando mais de 50% das solicitações feitas nesse ano. O estado de Roraima sozinho recebeu 15.9555 solicitações. No ano passado, os venezuelanos representaram 33% das solicitações em trâmite no Brasil. No mundo, entre janeiro e setembro de 2017, 48.500 nacionais da Venezuela solicitaram refúgio.

É diante deste cenário que a governadora do Estado de Roraima elaborou o Decreto Estadual n. 25.681 - E, de 01/08/2018, o qual visava restringir o acesso aos serviços públicos aos estrangeiros que possuam passaporte, sob o argumento de que o estado não consegue lidar com o fluxo de migrantes venezuelanos.

O referido decreto visa à atuação especial das forças de segurança pública, em razão do intenso fluxo migratório direcionado, principalmente, para os municípios de Boa Vista e Pacaraima, o que tem sobrecarregado a prestação de serviços públicos nessas localidades.

[5] Sistema do Refúgio Brasileiro. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/refugio-em-numeros-2010-2016. Acesso em: 30 set. 2017. Acesso em setembro de 2018.

Entre os motivos que ensejaram a elaboração deste instrumento normativo, destacam-se a ineficiência das ações federais no controle da fronteira, sobretudo a entrada indiscriminada de pessoas as quais não se enquadram na situação de refúgio, o aumento da demanda por serviços públicos aos imigrantes e da criminalidade, e a maior vulnerabilidade de crianças e idosos migrantes em situação de rua.

Aduz, ainda, que não tem sido feita de forma correta a identificação de quais pessoas no grupo de migrantes de fato se enquadram a categoria de refugiadas, pois estão entrando no território nacional de forma indiscriminada, sem cautelas sanitárias e verificação dos antecedentes criminais.

Algumas das medidas decretadas não têm respaldo nas normas que regem a matéria, tanto no âmbito nacional, quanto no internacional, conforme será analisado a seguir.

Em primeiro lugar, há um equívoco quanto às regras que dispõem sobre as medidas compulsórias de deportação e de expulsão quando envolvem pessoas na condição de refúgio.

O artigo 5º do supracitado decreto estadual determina

> aqueles cidadãos estrangeiros que praticarem atos contrários aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal e Constituição do Estado de Roraima, inclusive a violação de direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros [...] estão sujeitos às normas legais cabíveis, devendo a autoridade policial responsável adotar as providências necessárias para procedimentos de deportação ou expulsão, conforme o caso.[6]

A deportação não se confunde com o impedimento à entrada do estrangeiro, pois esta ocorre quando ele não possui justo título para entrar no Brasil (documento válido). Como a entrada no território nacional ocorre de maneira irregular, cabe a polícia federal, que é a autoridade competente, promover a deportação de estrangeiro.

[6] RORAIMA. Decreto nº 25.681-E. Disponível em: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/08/selection.pdf. Acesso em setembro de 2018.

A partir disso, é possível aferir que, ao contrário do determinado no decreto, o que gera a deportação não é o cometimento de ato em desfavor de direitos fundamentais dos brasileiros, ou a violação aos princípios constitucionais federais ou estaduais. Para que haja a deportação, a entrada do estrangeiro deve ter sido irregular na origem, ou se tornado irregular com o decurso do tempo.

Ocorre que, em matéria de migração e tendo em vista que a situação em tela gira em torno de um fluxo misto, a falta de documentação válida não pode caracterizar a irregularidade. Isto porque, um dos princípios norteadores da Lei n. 13.445/2017 (nova Lei de Migração), consoante seu artigo 3º, inciso V é a "promoção de entrada regular e de regularização documental."[7]. Esta lógica se aplica aos migrantes que não estejam enquadrados na condição de refugiado. Contudo, em meio a crise migratória, não é cabível exigir documentos válidos daqueles que fogem de seu país de origem, independente da causa ser reconhecida como pressuposto para o refúgio.

Ou seja, em vez de deportar de forma direta, a polícia federal deve promover a regularização documental quando for possível. E a medida compulsória de deportação só acontecerá após procedimento administrativo, o qual deve respeitar a ampla defesa e o contraditório.

Já a expulsão é medida administrativa decorrente de crime. De acordo com o artigo 54, §1º da referida lei, é necessário que haja sentença condenatória transitada em julgado. Novamente, não se trata de um mero ato discricionário da autoridade policial, nem tão pouco pode emanar de ordem do poder Executivo como pretendeu o decreto estadual ora em análise.

Ao determinar a possibilidade de deportação ou de expulsão à revelia do procedimento legal, o decreto feriu princípios basilares da Constituição Federal, o que motivou a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal e pela

[7] BRASIL. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. **Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: setembro de 2018.

Defensoria Pública da União perante a Justiça Federal do Estado de Roraima, cuja decisão em sede de tutela provisória será analisada no próximo subtópico.

Ainda no que concerne à documentação válida, o decreto exige em seu artigo 3º, § único, a apresentação de passaporte como condição para que o migrante vindo da Venezuela possa usufruir de serviços públicos, salvo quando houver urgência ou emergência. Ora, já foi abordado que a documentação válida não pode ser um limite ao acesso do migrante ao território nacional, na situação em análise, até porque há pessoas que preenchem os requisitos para o pedido de refúgio, mas pela urgência no deslocamento, ou mesmo por determinação do país de origem, viajam sem passaporte ou qualquer outro documento.

Ademais, condicionar o acesso aos serviços públicos prestados pelo estado de Roraima à apresentação de passaporte válido é uma atitude que caminha na contramão dos princípios dispostos na Lei de Migração e é expressamente contrária ao artigo 4º, inciso VIII dessa lei, senão vejamos:

> Art. 4o Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:
>
> VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.[8]

Os principais pontos da decisão do juízo da 1ª Vara Federal de Roraima sobre o pedido de antecipação de tutela serão tratados a seguir, haja vista que alguns dos argumentos colacionados pelo magistrado foram abordados também na ACO 3121.

3.2 Ação Civil Pública n. 002879-92.2018.4.01.4200

Conforme dito anteriormente, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União em Roraima ajuizaram Ação Civil Pública, visando a revogação

[8] BRASIL. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. **Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: setembro de 2018.

total do Decreto Estadual n. 25.681 – E, a fim de preservar a atribuição constitucional da União para função de policiamento das fronteiras, além de ferir disposições constitucionais e tratados internacionais sobre o tema.[9]

O juízo da 1ª Vara Federal de Roraima determinou a suspensão do ingresso formal e admissão de venezuelanos no Brasil "a partir da ciência desta decisão e até que se alcance um equilíbrio numérico com o processo de interiorização e se criem condições para um acolhimento humanitário no estado de Roraima"[10] . O magistrado alega que os migrantes venezuelanos não merecem ser acolhidos em condições tanto quanto ou mais degradantes do que viviam em seu país, como é o exemplo de mulheres e crianças mendigando na rua e homens buscando emprego em sinais. Ademais, o magistrado ressaltou que

> É necessária parada para um balanço das medidas adotadas até então e implementação de outras mais efetivas que assegurem o acolhimento humanitário dos imigrantes venezuelanos, mas também assegurem a fruição dos direitos e garantias dos brasileiros e acelerem o chamado processo de interiorização.[11]

Ao apreciar o pedido liminar nos autos desta Ação Civil Pública, o magistrado considerou que por ser um fluxo misto, as benesses ou os direitos relativos aos pleiteantes de refúgio não poderiam ser estendidos aos demais migrantes.

---

[9] **MPF e DPU buscam na Justiça Federal a garantia do acesso de migrantes aos serviços públicos.** Portal de notícias do MPF. Roraima: 03 de agosto de 2018. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/rr/sala-de-imprensa/noticias-rr/mpf-e-dpu-acionam-justica-federal-para-garantir-acesso-de-migrantes-a-servicos-publicos>. Acesso em: setembro de 2018.

[10] RORAIMA. 1ª Vara Federal de Roraima. Ação Civil Pública nº 002879-92.2018.4.01.4200. Requerentes: Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. Requeridos: Estado de Roraima e União. Boa Vista, 5 de agosto de 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=28799220184014200&secao=RR&nome=MINISTERIO%20PUBLICO%20FEDERAL&mostrarBaixados=N>. Acesso em: setembro de 2018.

[11] RORAIMA. 1ª Vara Federal de Roraima. Ação Civil Pública nº 002879-92.2018.4.01.4200. Requerentes: Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. Requeridos: Estado de Roraima e União. Boa Vista, 5 de agosto de 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=28799220184014200&secao=RR&nome=MINISTERIO%20PUBLICO%20FEDERAL&mostrarBaixados=N>. Acesso em: setembro de 2018.

Há dois trechos desta decisão que merecem destaque porque trataram a questão sob a ótica do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), revogado desde a vigência da nova Lei de Migração em novembro de 2017 (180 dias após a publicação).

No primeiro afirma a decisão que "Nenhum estado pode ser tão permissivo à imigração"[12] . E no segundo que a "imigração, fora os casos de refúgio, não é um direito do estrangeiro, mas uma concessão do Estado"[13] .

Independente de qual categoria seja objeto de atenção, não há dúvidas que este fluxo migratório intenso vindo da Venezuela é uma migração forçada, a qual poderia inclusive ser considerada migração por sobrevivência.

Apesar deste conceito não possuir previsão legal, há algumas semelhanças entre ele e as disposições do Estatuto dos Refugiados.

Enquanto na lei brasileira de refúgio é empregada a definição "fundado temor de perseguição", sob o ponto de vista da migração por sobrevivência é adotada a ideia de "ameaça real à existência" da pessoa (migrante), assim, embora haja semelhanças entre o conceito de migração por sobrevivência e o de refugiado para fins da lei nacional, eles se diferem no que concerne às causas desses dois tipos de migração. [14]

[12] RORAIMA. 1ª Vara Federal de Roraima. Ação Civil Pública nº 002879-92.2018.4.01.4200. Requerentes: Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. Requeridos: Estado de Roraima e União. Boa Vista, 5 de agosto de 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=28799220184014200&secao=RR&nome=MINISTERIO%20PUBLICO%20FEDERAL&mostrarBaixados=N>. Acesso em: setembro de 2018.

[13] RORAIMA. 1ª Vara Federal de Roraima. Ação Civil Pública nº 002879-92.2018.4.01.4200. Requerentes: Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. Requeridos: Estado de Roraima e União. Boa Vista, 5 de agosto de 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=28799220184014200&secao=RR&nome=MINISTERIO%20PUBLICO%20FEDERAL&mostrarBaixados=N>. Acesso em: setembro de 2018.

[14] CORREA, Mariana Almeida Silveira; NEPOMUCENO, Raissa Barcellos; MATTOS, Wesley H. C.; MIRANDA, Carla. **Migração por sobrevivência**: soluções brasileiras. REHMU – Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana, Brasília, Ano XXIII, n. 44, jan./jun.

O Estatuto dos Refugiados foca na perseguição ou violação de direitos, isto se dá porque todo indivíduo que é perseguido tem sua existência ameaçada, mas nem todo indivíduo que tem a existência ameaçada é perseguido.

Por outro lado, ambos (lei brasileira e conceito de migração por sobrevivência) tratam da proteção às pessoas que foram obrigadas a migrar.

A jurisprudência juntada pelo magistrado para sua fundamentação foi o Agravo Regimental n. 0009420-44.2012.4.01.0000/AC, (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Corte Especial, Relator Desembargador Mario Cesar Ribeiro) referente ao caso do Haiti, em que o Tribunal Federal da 1ª Região entendeu que o Judiciário não pode determinar a abertura da fronteira, pois isso atenta contra a ordem social e a segurança, na medida em que o livre ingresso no território nacional acarreta num colapso dos serviços públicos de saúde e segurança, afetando nacionais e imigrantes.

Conforme exposto nos tópicos anteriores, a Lei de Migração repudia qualquer forma de discriminação ao migrante, independente da sua categoria. Ela é pautada num paradigma humanista, que consagra direitos, liberdades e garantias aos migrantes, com um olhar voltado para mobilidade e que preza pela efetividade do princípio da não discriminação.

A ideia do imigrante como ameaça a segurança nacional não entra na lógica desta lei.

Outra justificativa exposta na decisão foi que compete ao CONARE a análise dos pedidos de refúgio. Entretanto, a mesma decisão foi favorável a

> suspender a admissão e o ingresso no Brasil de imigrantes venezuelanos a partir da ciência desta decisão até que se alcance um equilíbrio numérico com o processo de interiorização e se criem condições para um ACOLHIMENTO HUMANITÁRIO em Roraima.[15]

[15] RORAIMA. 1ª Vara Federal de Roraima. Ação Civil Pública nº 002879-92.2018.4.01.4200. Requerentes: Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. Requeridos: Estado de Roraima e União. Boa Vista, 5 de agosto de 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=28799220184014200&secao=RR

Para que o procedimento de reconhecimento da condição de refugiado seja concretizado, não pode ser obstada a entrada no território nacional. Afinal, diferentemente do asilo político, o refúgio prescinde da extraterritorialidade.

De outro turno, ainda que no futuro o pleito seja indeferido ou a pessoa venha a perder ou ter excluída a condição de refugiada, impedir a entrada no Brasil é impossibilitar que o pleito dela seja apreciado pelo CONARE.

A lei de migração não rediscute o instituto do refúgio, apenas o complementa em alguns pontos, pois a Lei n. 9.474/97 (Estatuto do Refugiado) continua em vigor e atende bem as especificidades da condição de refugiado ou de solicitante de refúgio.

Apenas foram suspensos pela decisão de 1ª instância o art. 2º, 3º, § único e 5º, quanto a discriminação negativa, deportação ou expulsão (dos solicitantes de refúgio).

4 PADRÃO JURÍDICO DEFINIDO NA ACO 3121, EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA

O estado de Roraima ajuizou Ação Cível Ordinária perante o Supremo Tribunal Federal, com o intuito de suspender temporariamente a imigração na fronteira entre Brasil e Venezuela, pedido que, no fundo, repete as disposições do Decreto Estadual que pretendiam o fechamento provisório da fronteira ou a limitação da quantidade de refugiados venezuelanos a serem recebidos por dia, ou seja limitar o ingresso de refugiados ou solicitantes de refúgio, por controle em cotas.

Além deste pedido principal, o estado de Roraima requereu a redistribuição dos (i)migrantes para outros Estados, conforme a política pública de interiorização, e que sejam adotadas medidas político-administrativas pelo Governo Federal, como a

&nome=MINISTERIO%20PUBLICO%20FEDERAL&mostrarBaixados=N>. Acesso em: setembro de 2018.

criação de barreira sanitária, reforço na vacinação fornecida e a instalação de hospital de campanha do Exército.

Apesar disso, afirma não ser contrário ao acolhimento humanitário, apenas visa a adoção de critérios para as cotas de distribuição dos migrantes e que sejam tomadas medidas compensatórias à cada estado, de forma proporcional a quantidade de migrantes recebidos.

Uma vez que o contexto fático que ensejou o ajuizamento desta ação é o mesmo do decreto estadual, passaremos ao estudo da decisão em si, para verificar se está em consonância com os critérios legais para reconhecimento do refúgio adotados pelo Brasil e quais as possíveis consequências jurídicas desta decisão.

Merecem destaques os seguintes pontos na decisão da Ministra Rosa Weber e que serão tratados um por um abaixo: os direitos humanos serem parâmetro nas decisões relacionadas a migração, sobretudo para que seja franqueado o exercício de direitos no país de acolhida; a maior vulnerabilidade das pessoas envolvidas numa migração forçada em que estão presentes diversas categorias de migrantes, entre eles solicitantes de refúgio ou refugiados, há presença já consolidada no Brasil de uma estrutura voltada para o acolhimento dos refugiados, composta pelo ACNUR e CONARE.

A ideia principal é que “as dificuldades decorrentes do fluxo excessivo não autorizam a lesão a direitos individuais de brasileiros ou estrangeiros”.

Afirmar que os estrangeiros também possuem direitos individuais é reconhecê-los enquanto seres humanos, independente das condições que os trouxeram até o Brasil ou se a entrada aconteceu de forma irregular.

Os direitos humanos são parâmetros a serem seguidos antes, durante e após a solicitação de refúgio. E devem também pautar, sempre, o tratamento de todos os indivíduos que participam de um fluxo misto.

Questão delicada é a do refugiado de fato que não possui proteção especial definida e também é figura presente nesse tipo de fluxo. Uma parcela da doutrina entende que

> o refugiado de fato é protegido pelo Direito Consuetudinário (devido à regra de ius cogens do non-refoulement, contida no art. 33 da Convenção de 51, pela qual um Estado não pode mandar uma pessoa de volta ao território de onde fugiu por sua vida correr perigo em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou filiação em determinado grupo social), e que, por isso, é portador de direitos assim como o refugiado estatutário.[16]

Mesmo assim, o que acontece na realidade é uma postura mais restritiva do Estado acolhedor, em razão da proteção internacional ao refugiado de fato ser mais branda do que para o refugiado estatutário.

Em suma, ao lidar com um fluxo misto, a vulnerabilidade é algo que qualifica todos migrantes, não importa a categoria em que possam ser enquadrados. Se refugiados estatutários ou de fato, se migrantes econômicos.

Sob essa ótica, direitos humanos e migração não são duas coisas desassociadas uma da outra. A análise do enquadramento desses migrantes a condição de refugiado será feita posteriormente pelo CONARE, e até que chegue esse momento, não se pode abrir mão de direitos que garantem o mínimo suficiente à sobrevivência de cada um dos atores envolvidos.

Diversas são as razões para o deslocamento em massa de venezuelanos para o Brasil. Embora não seja possível afirmar que todas essas pessoas são solicitantes de refúgio ou mesmo refugiadas, a falta ou total ausência de serviços essenciais, a repressão por motivos políticos, a insegurança e a violência no seu país de origem, poderiam se encaixar na "grave e generalizada violação de direitos humanos" e no "fundado temor de perseguição por opinião política", previstos no art. 1º da Lei n. 9.474/97 (Estatuto dos Refugiados).

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Ordinária nº 3121. Requerente: Estado de Roraima. Requerido: União. Brasília, 6 de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155. Acesso em: agosto de 2018.

A violação generalizada a este rol de direitos além de legitimar o reconhecimento do status de refugiado, faz parte dos critérios para elaboração de políticas públicas no país de acolhida, e antes disso, na forma como são recebidas essas pessoas. Portanto, os direitos humanos devem ser parâmetro também para a fase da proteção que ocorre no país de acolhida.

Embora o conceito de direitos humanos seja vasto há que se ter em consideração as seguintes ideias: que o refugiado e o requerente de refúgio são seres humanos e, portanto, merecem proteção ampla; que para a Convenção de 51, um dos fundamentos para o reconhecimento do status de refugiado é a afirmação internacional de direitos humanos e que a "proteção internacional do refugiado" decorre da responsabilidade estatal.[17]

Os requisitos para ter reconhecida a condição de refugiado devem ser analisados de acordo com a evolução do conceito de refugiado, que abarca os refugiados de fato, categoria não prevista no texto da Convenção de 51, mas que está presente em fluxos mistos, como é o caso em tela.

Ignorar a heterogeneidade dos fluxos migratórios desencadeia consequências gravosas tanto para os solicitantes de refúgio e refugiados como para os demais migrantes, sobretudo na efetivação dos direitos humanos.[18]

Neste ponto, a decisão, em sede de tutela antecipada, indica que por se tratar de um fluxo misto:

> A utilização indiscriminada de medidas voltadas a restringir migrações irregulares pode acabar privando indivíduos não apenas do acesso ao território, mas do acesso ao próprio procedimento de obtenção de refúgio no Estado de destino, o que poderia, a depender da situação, configurar, além de descumprimento do dever de proteção assumido

[17] MENEZES, Thais; REIS, Rossana. **Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento pós-determinação do status de refugiado.** Revista Brasileira de Política Internacional, v. 56, n. 1, p. 144-162, fev. 2013.

[18] SILVA, João Carlos. Fluxos migratórios mistos e os entraves a proteção dos refugiados. Revista, Rio de Janeiro, jun. 2017.

> internacionalmente, ofensa à cláusula constitucional asseguradora do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88).[19]

Na prática, o fechamento da fronteira ou a limitação de ingresso (cotas de ingresso) é um óbice ao exercício de direitos previstos em instrumentos internacionais a que o estado brasileiro se sujeitou, por adesão voluntária. E foi inclusive inspirado nelas, que editou o Estatuto dos Refugiados.

O policiamento da fronteira deve ser feito pela União e não cabe a polícia civil ou polícia militar de Roraima determinar quais pessoas podem ou não entrar no Brasil. E se não pode opinar sobre a entrada, certamente não pode fazê-lo quanto à saída, por meio de medidas compulsórias.

Fato é que, ao estipular a saída compulsória por meio da deportação, ou mesmo da expulsão, a autoridade policial deve seguir os preceitos previstos na Lei de Migração, e acima de tudo, seguir os princípios que estão previstos na Constituição Federal e que se irradiam a toda legislação pátria. Como o princípio da ampla defesa e contraditório, que faz parte dos procedimentos de deportação e de expulsão e que não encontra aplicação quando os migrantes são mandados à força de volta para Venezuela, sem sequer haver o procedimento administrativo previsto em lei.

Também é contrário as medidas compulsórias determinadas pela autoridade policial, o princípio do non-refoulement, pelo qual o solicitante de refúgio ou refugiado não pode ser devolvido de maneira forçada ao Estado que o perseguia ou ameaçava sua existência.

No que tange a competência da União para legislar sobre matéria migratória, a decisão aponta que ela não restou inerte, pois editou o Estatuto dos Refugiados e a Lei de Migração. Somadas essas leis aos dispositivos da própria Constituição, constata-se que a matéria está plenamente amparada na legislação pátria.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Ordinária nº 3121. Requerente: Estado de Roraima. Requerido: União. Brasília, 6 de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155. Acesso em: agosto de 2018.

Com isto, quer se afirmar que existem ferramentas no ordenamento jurídico brasileiro para resolver as questões relacionadas ao intenso fluxo de migrantes na região fronteiriça. E também há dever de proteção humanitária que provoca nas pessoas que estão do outro lado uma

> justa expectativa naqueles que ingressam ou estão em vias de ingressar no território brasileiro, para que sua condição seja reconhecida como tal, ou ao menos que possa ser submetida à avaliação dos órgãos competentes.[20]

Mais do que um aparato jurídico, já há uma estrutura institucionalizada voltada ao acolhimento, qual seja a colaboração entre ACNUR e CONARE, sendo certo que os solicitantes de refúgio e refugiados só terão acesso a ela se não tiverem tolhido o direito fundamental de petição. Este direito por sua vez só, pelas características próprias do instituto do refúgio só pode ser exercido deste lado da fronteira.

Enquanto permanecesse fechada, a violação ao supracitado direito se renovaria dia após dia. E pior, os migrantes continuariam sujeitos as violações de direito que já sofriam no próprio país de origem e deram causa a sua fuga.

5 CONCLUSÃO

A questão aqui tratada não pode ser analisada tão somente pelo ponto de vista nacional. Migrar é um fato social complexo e um direito humano. Deixar de acolher alguém que sofria perseguições por simplesmente ser quem é, pertencer a determinado grupo, exercer sua liberdade de expressão quanto a política ou qualquer outro motivo previsto no texto convencional e na legislação brasileira é ser condizente com essas práticas.

Ao aderir aos instrumentos internacionais sobre o tema e produzir legislação própria sobre o assunto, o Brasil demonstrou qual sua postura enquanto país. E é o

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Ordinária nº 3121. Requerente: Estado de Roraima. Requerido: União. Brasília, 6 de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155. Acesso em: agosto de 2018.

acolhimento. Não se trata de mera solidariedade estatal. É um compromisso firmado com o mundo.

Por se tratar de um fluxo misto, há presença de migrantes que podem se enquadrar na condição de refugiado, inclusive entre eles há solicitantes desse instituto. Por consequência, são aplicáveis as regras concernentes ao refúgio, embora, justamente, devido ao caráter heterogêneo desse fluxo existam outras categorias de migrantes tais como os econômicos.

Tendo em vista, a maior vulnerabilidade dos solicitantes de refúgio e refugiados inseridos num fluxo migratório misto, a interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição e da legislação vigente.

Assim, o Estatuto do Estrangeiro, não pode fundamentar qualquer decisão nessa seara, já que agora há a Lei de Migração, que trata a matéria sob uma ótica contrária a desse Estatuto.

Não importa qual o momento ou sob que aspecto for examinada, a migração deve ter como parâmetro os direitos humanos, inclusive no que diz respeito ao exercício dos direitos assegurados no texto convencional, e no caso do Brasil, em conformidade com o disposto no Estatuto dos Refugiados e na Lei de Migração, bem como nas balizes elencadas na decisão em sede de tutela antecipada na ACO 3121.

Afinal, o Brasil faz fronteira terrestre com outros países da América Latina, e antes disso, faz parte do mundo.

Uma vez que os parâmetros traçados na decisão em sede de tutela antecipada da ACO 3121 foram estipulados por decisão monocrática, é possível que na eventualidade da matéria ser afetada ao Pleno do Supremo haja a estipulação de outros critérios.

Seja por esta razão ou pela constante evolução fática, ainda há espaço para aprofundar a matéria, que certamente não se esgota com este trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Estatuto do Estrangeiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 01 out. de 2018.

BRASIL. Decreto n. 840, de 22 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0840.htm. Acesso em: 01 out. de 2018.

BRASIL. Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. **Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm. Acesso em: 01 out. de 2018.

BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. **Lei de Imigração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 30 set. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Ordinária nº 3121. Requerente: Estado de Roraima. Requerido: União. Brasília, 6 de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155. Acesso em: ago. de 2018.

CASELLA, PAULO BORBA. **REFUGIADOS: CONCEITO E EXTENSÃO.** IN: O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS: UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA. ARAÚJO, NÁDIA DE; ALMEIDA, GUILHERME ASSIS DE. (COORD). RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2001.

CORREA, Mariana Almeida Silveira; NEPOMUCENO, Raissa Barcellos; MATTOS, Wesley H. C.; MIRANDA, Carla. **Migração por sobrevivência**: soluções brasileiras. REHMU – Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana, Brasília, Ano XXIII, n. 44, jan./jun.

MENEZES, THAIS; REIS, ROSSANA. **DIREITOS HUMANOS E REFÚGIO: UMA ANÁLISE SOBRE O MOMENTO PÓS-DETERMINAÇÃO DO STATUS DE REFUGIADO.** REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICA INTERNACIONAL, V. 56, N. 1, P. 144-162, FEV. 2013.

MIGRAÇÃO POR SOBREVIVÊNCIA: SOLUÇÕES BRASILEIRAS. REHMU – REVISTA INTERDISCIPLINAR DE MOBILIDADE HUMANA, BRASÍLIA, ANO XXIII, N. 44, P. 221-236, JAN./JUN., 2015.

PACÍFICO, ANDREA; MENDONÇA, RENATA. **A PROTEÇÃO SOCIOJURÍDICA DOS REFUGIADOS NO BRASIL.** TEXTOS E CONTEXTOS, PORTO ALEGRE, VOL. 9, N. 1, P. 170-181, JAN/JUN. 2010.

SILVA, JOÃO CARLOS. **FLUXOS MIGRATÓRIOS MISTOS E OS ENTRAVES A PROTEÇÃO DOS**

REFUGIADOS. REVISTA, RIO DE JANEIRO, JUN, 2017.

LEÃO, RENATO. **O INSTITUTO DO REFÚGIO NO BRASIL APÓS A CRIAÇÃO DO COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS – CONARE.**

LEÃO, RENATO. CONARE: **BALANÇO DE SEUS 14 ANOS DE EXISTÊNCIA.** IN: 60 ANOS DE ACNUR, PERSPECTIVAS PARA O FUTURO. RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO; RODRIGUES, GILBERTO; ALMEIDA, GUILHERME ASSIS DE (ORG.). P. 69 E SEGS.

MPF e DPU buscam na Justiça Federal a garantia do acesso de migrantes aos serviços públicos. Portal de notícias do MPF. Roraima: 03 de agosto de 2018. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/rr/sala-de-imprensa/noticias-rr/mpf-e-dpu-acionam-justica-federal-para-garantir-acesso-de-migrantes-a-servicos-publicos> Acesso em: setembro de 2018.

RORAIMA. Decreto nº 25.681-E. Disponível em: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/08/selection.pdf. Acesso em: 30 set. de 2018.

RORAIMA. 1ª Vara Federal de Roraima. **Ação Civil Pública nº 002879-92.2018.4.01.4200**. Requerentes: Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. Requeridos: Estado de Roraima e União. Boa Vista, 5 de agosto de 2018. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=28799220184014200&secao=RR&nome=MINISTERIO%20PUBLICO%20FEDERAL&mostrarBaixados=N>. Acesso em: 30 set. de 2018.

Sistema do Refúgio Brasileiro. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/refugio-em-numeros-2010-2016>. Acesso em: 30 set. 2018.

O DEPOIMENTO ESPECIAL E A ESCUTA ESPECIALIZADA DE CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Letícia Graziela Lima dos Santos

RESUMO

O artigo teve como objetivo analisar os institutos do depoimento especial e da escuta especializada da criança e do adolescente vítimas de violência sexual trazidos pela Lei nº. 13.341/2017, sob a ótica do paradigma da proteção integral. A metodologia usada consistiu na revisão da literatura sobre o tema, buscas em plataforma digital e, principalmente, análise de documentos legislativos. Observou-se que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, devidamente ratificada e internalizada pelo Estado brasileiro, prevê que todos os indivíduos com idade inferior a 18 anos devem ser ouvidos nas demandas que lhes digam respeito, sejam na esfera administrativa, seja na esfera judicial, em face da condição de sujeito de direitos. Entretanto, verifica-se que a violência sexual traz consequências nefastas na vida de uma criança ou adolescente e, por isso, se faz necessário um cuidado no método de inquirição. Assim, o depoimento especial e a escuta especializada nascem como forma de evitar uma revitimização da criança e do adolescente vítima da violência sexual, mediante ambientes mais harmoniosos, longe do agressor e com apoio de profissionais para a oitiva da vítima. Essa metodologia, cujas diretrizes estão na lei n. 13.431/2017, está em perfeita harmonia com os princípios basilares do paradigma da proteção integral presente na Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará do depoimento especial e a escuta especializada da criança e do adolescente nos termos da Lei n. 13.431/2017, na perspectiva do

paradigma da proteção integral. A abordagem tem por intuito aclarar os direitos e garantias fundamentais afetos às crianças e aos adolescentes, no que toca ao direito de manifestação e expressão perante os órgãos que integram o sistema de garantias e de justiça.

Por muito tempo, os depoimentos envolvendo crianças e adolescentes eram realizados seguindo o modelo pertinente ao adulto depoente. Contudo, a partir da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, se percebeu a necessidade da formatação do modelo de inquirição que obedecesse à condição de sujeito de direitos em fase especial de desenvolvimento reconhecida na normativa internacional, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, foi editada a Lei n. 13.431/17, em vigor desde o mês de abril de 2018, devido a *vacatio legis*, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Verifica-se que a análise da lei requer um diálogo com os princípios previstos nos instrumentos normativos nacionais e internacionais que regem o campo do atendimento a esta categoria.

Nessa perspectiva, o objetivo do presente trabalho é abordar o instituto do depoimento especial e da escuta especializada, sob o enfoque do paradigma da proteção integral da criança e do adolescente e, para tanto, o estudo será dividido em três tópicos.

O primeiro tópico irá abordar o paradigma da proteção a partir dos instrumentos internacionais e os princípios basilares que o regem, oportunidade em que serão pontuados alguns direitos fundamentais, especialmente o direito à manifestação e escuta da criança e do adolescente.

O segundo tópico cuidará de alguns aspectos acerca da violência sexual, notadamente quanto ao conceito e à revitimização, quando da inquirição da criança e do adolescente vítima dessa violência.

No terceiro tópico será apresentado um breve contexto do tema até a vigência da Lei n. 13.341/2017, abordando sucintamente o pioneiro projeto "depoimento sem dano", a recomendação do Conselho Nacional de Justiça e a edição da recente Lei n. 13.431/17.

O artigo registra importância acadêmica, porquanto almeja analisar a metodologia de inquirição formatada pela lei em evidência e os princípios que sedimentam o paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, base da ordem jurídica brasileira em matéria de atendimento da criança e do adolescente.

2 ASPECTOS DO PARADIGMA DAS NAÇÕES UNIDAS DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Inicialmente, se faz necessário elaborar um breve relato a partir dos instrumentos internacionais até o paradigma da proteção integral da criança e do adolescente.

Em 1924 foi aprovada a Declaração dos Direitos das Crianças de Genebra pela Liga das Nações, instrumento que refletiu uma grande preocupação com os direitos das crianças, na medida reconheceu que a criança era um ser especial, razão pela qual necessitava de atenção especial[1]. Em 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabeleceu que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, prezando pela relação de uns aos outros com espírito de fraternidade, e que perante a lei todos são detentores dos mesmos direitos, sem qualquer distinção[2].

Contudo, em 20 de novembro de 1959, foi aprovado o primeiro instrumento adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) destinado exclusivamente para a criança, nomeado de Declaração Universal dos Direitos da Criança, o qual foi

[1] AMIM, Andréa Rodrigues. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11.

[2] DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira**: atualizado e com remissões ao Novo Código Civil. 3 ed. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 22-33.

criado para proteger as crianças independentemente de contextos[3]. Este documento adotou como um de seus princípios a proteção especial para o desenvolvimento espiritual, físico, moral e mental, bem como, garantiu a educação gratuita, a priorização em proteção e socorro e a garantia contra a negligência, crueldade e exploração[4].

A ONU, em 1979, reconheceu a necessidade de atualização dessa Declaração, razão pela qual criou um grupo para trabalhar a redação da chamada Convenção dos Direitos da Crianças, que foi aprovada em 1989. Assim, a partir desta Convenção é que surge o paradigma da proteção integral, tendo como fundamento o reconhecimento da peculiar condição da criança como pessoa em desenvolvimento como titular de proteção especial[5].

Essa Convenção, no Brasil, foi internalizada pelo Decreto Legislativo n. 28/90 e promulgada pelo Decreto n. 99.710/90. No artigo 1º ela considera como crianças todos os indivíduos que possuem idade inferior a 18 (dezoito) anos e assegura a essa categoria o direito de expressar suas opiniões sobre qualquer assunto livremente[6]. Além disso, assegura a oportunidade de serem ouvidas no processo judicial ou administrativo, garantia a ser observada por essas instâncias, notadamente a judicial[7].

---

[3] **DATAS comemorativas – Dia da ONU.** Disponível em: <http://educaja.com.br/2008/10/datas-comemorativas-dia-da-onu.html>. Acesso em: 26 mai. 2018.

[4] AMIM, Andréa Rodrigues. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11-12.

[5] AMIM, Andréa Rodrigues. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 12.

[6] BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Artigo 12. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

[7] DIREITOS HUMANOS: Documentos Internacionais. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006. p. 140.

Esse instrumento internacional afirma em seu texto os princípios da corresponsabilidade, da prioridade absoluta, do melhor interesse e da condição de sujeitos de direitos em fase peculiar de desenvolvimento, os quais estão presentes na ordem jurídica brasileira.

O princípio da corresponsabilidade impõe a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado no respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Vale dizer que todos devem garantir e preservar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo esses sujeitos de direitos. Portanto, a proteção integral impõe um conjunto articulado de ações governamentais ou não, em parceria com a sociedade e com a família na busca da garantia de um desenvolvimento saudável.

O princípio da prioridade absoluta orienta que a criança e o adolescente devem ser as prioridades do Estado, dando concretude à proteção integral mediante a aferição do melhor interesse da criança e do adolescente. A prioridade absoluta é exemplificada no atendimento prioritário nos serviços públicos, nas situações de socorro, nas execuções de políticas sociais e na destinação de recursos/verbas públicas[8].

Amim apregoa que colocar a criança e o adolescente em prioridade máxima tem o objetivo de ponderar os interesses do Brasil, ao tempo em que os reconhece como o futuro do país[9].

Entretanto, deve-se ter em mente que a garantia de prioridade não pode ser alvo de mera escrita em um papel, mas que ocorra de fato a correta a destinação de recursos públicos, bem como a proteção integral da criança[10].

[8] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

[9] AMIM, Andréa Rodrigues. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 20.

[10] ELIAS, João Roberto. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

Assim, perceptível que o princípio da prioridade absoluta tem como finalidade a preservação da proteção integral da criança e do adolescente e a concretização dos direitos e garantias fundamentais insculpidas na Lei Maior[11] e no Estatuto da Criança e do Adolescente[12].

O melhor interesse trata-se de um princípio norteador do legislador e do interprete da norma, porquanto determina que as necessidades das crianças e dos adolescentes devem gozar de privilégio na interpretação da lei[13], bem como na solução de impasses e na criação de regras futuras[14].

Nesse sentido, a análise dos fatos e da subsunção à norma há que prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente, de forma a garantir o respeito aos direitos fundamentais. Assim, atenderá o melhor interesse as decisões que zelam por esses direitos. O melhor interesse será aferido não somente pelos ajustes das normas aos fatos que deram ensejo a uma demanda judicial, mas também pela manifestação das crianças e dos adolescentes envolvidos[15].

E, por fim, o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento parte da premissa que a criança e o adolescente não são conhecedores de seus

[11] BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

[12] BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

[13] Interpretação de lei é o processo pelo qual a lei é interpretada e aplicada. É um tipo de interpretação jurídica.

[14] AMIM, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. p. 22-23.

[15] AMIM, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. p. 22-23.

direitos e não são capazes de darem efetividade à estes. Portanto, necessário se faz as condições especiais para que alcancem a plenitude do desenvolvimento.

Esse princípio coloca a criança e o adolescente em situação especial, isso porque são mais vulneráveis e necessitam de regime que visem salvaguarda-los, que o permitam construir suas habilidades humanas com plenitude. Isso porque os indivíduos com idade inferior a 18 anos não possuem total desenvolvimento de suas personalidades, sendo essa uma característica inerente à condição de pessoas ainda em fase de formação psíquico, moral, social, intelectual e físico[16].

Deve-se ter em mente que a personalidade é a base dos direitos e deveres, sendo o primeiro bem do indivíduo. Entretanto, enquanto o adulto possui uma personalidade completa, a criança e o adolescente possuem personalidade em desenvolvimento e vulnerável, ou seja, incompleta. É por este motivo que o sistema jurídico confere uma proteção especial para os indivíduos com idade inferior a 18 anos[17].

Para além, a proteção integral da criança e adolescente está intrinsicamente relacionada com a efetivação dos direitos fundamentais. E é daí que ressai a necessidade da condição especial desses sujeitos, ante o natural contexto de vulnerabilidade, em razão da fase peculiar de desenvolvimento[18].

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento impõe um olhar diferenciado nos atendimentos conferidos à criança e ao adolescente. Dado a sua importância, este princípio está disposto em diversos momentos no Estatuto da Criança e do Adolescente, a exemplo do art. 6º[19], que o reconhece como um norte de interpretação.

---

[16] MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos.** São Paulo: Manole, 2003. p. 109.

[17] MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos.** São Paulo: Manole, 2003. p. 118.

[18] MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 140.

[19] BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e

Observa-se que os princípios basilares do paradigma da proteção integral está previsto na Constituição Federal de 1988, por meio do art. 227, ao reconhecer a corresponsabilidade entre a família, a sociedade e o Poder Público, pela garantia dos direitos fundamentais, com absoluta prioridade[20].

Nessa esteira, no ano de 1990, surge a Lei n. 8.069, Estatuto da criança e do adolescente, que adotou como paradigma a proteção integral. Fonseca assevera que o artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma exatamente a disposição constitucional em questão. Vejamos:

> "Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e o adolescente, configura a síntese do pensamento do legislador constituinte introduzindo a Doutrina da Proteção Integral, que é a denominação que se dá ao protetivo arcabouço legislativo e social, ancorado na Constituição Federal e em documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente"[21].

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem com intuito de reconhecer os direitos fundamentais da infanto-adolescência, sob o viés de igualdade, em respeito a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, é possível sustentar que Estatuto da Criança e do Adolescente é a versão nacional da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança[22], eis que esse instrumento internacional prestigia esses valores.

Observa-se que a Constituição Federal[23] e o Estatuto da Criança e do Adolescente[24] ao fixarem os direitos fundamentais buscam diminuir a imersão de

---

a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

[20] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11.

[21] FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 14.

[22] SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente com conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 64-65.

[23] BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

criança e adolescente em diversas mazelas, dentre as quais destaca-se a violência sexual.

3 VIOLÊNCIA SEXUAL E A INQUIRIÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os instrumentos normativos em referência asseguram direitos e conferem legitimidade para crianças e adolescentes acessarem o judiciário sempre que afrontados os seus direitos fundamentais, especialmente no contexto da violência sexual, sendo este um dos graves problemas no Brasil e no mundo[25].

A palavra violência significa usar da força, ou seja, é fazer alguém agir contra sua vontade empregando a intimidação e a força. Trata-se de obrigar uma pessoa a fazer aquilo que não deseja por meio da força[26].

Já a violência sexual, na forma de abuso sexual, praticada contra criança ou adolescente, é a conduta humana de cunho sexual, podendo ser a penetração vaginal ou anal, o toque nas partes íntimas da criança ou do adolescente ou fazer com que estes toquem as genitais de outras pessoas, bem como o contato oral-genital e até mesmo o esfregar da genital do adulto com a criança[27]. A violência sexual contra a criança ou o adolescente, geralmente, ocorre onde há uma relação de confiança, a exemplo do pai, professor, padre, etc.

O abuso sexual contra crianças e adolescentes é extremamente sensível, pois há o uso da força física ou moral, sendo estes violados no íntimo de suas

[24] BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

[25] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 53-54.

[26] VERONESE, Josiane Rose Petry. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Doméstica***:* quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1998. p. 102.

[27] VERONESE, Josiane Rose Petry. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Doméstica***:* quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1998. p. 167.

sexualidades. É um assunto preocupante, pois está relacionado à t*abus* sociais como por exemplo o incesto e, geralmente, a violência é escondida[28].

Outra modalidade de violência sexual é a exploração sexual, caracterizada pela relação comercial entre os envolvidos. Não há relação de confiança entre a vítima e o agressor, pois decorre da utilização da criança e do adolescente em comércio do sexo, como pornografias e prostituição infantil[29]. Assim, a violência sexual, seja na modalidade de abuso ou exploração é o contato, o envolvimento ou qualquer interação de cunho sexual com a criança e o adolescente[30].

Daí ressai a importância dos direitos conquistados, sendo a criança e os adolescentes sujeitos de direitos e detentores dos direitos fundamentais à liberdade, ao respeito e à dignidade. Justamente por esse motivo é que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança assegura a criança e ao adolescente o direito de expressarem suas opiniões e serem ouvidos, especialmente quando vítimas de violência sexual, seja na forma de abuso, seja na forma de exploração[31].

Rech apregoa que há 3 (três) hipóteses em que pode ocorrer violências sexuais sem vestígios de materialidade: (i) A temporalidade, pois a ausência de identificação ou de perícia faz com que o hematoma que ficou na criança desapareça com o tempo. (ii) A omissão da informação por parte da vítima e do abusador. (iii) A desconexão aparente da lesão com a violência sexual, ou seja, quando o agressor deixa marcas em lugares inusitados, a exemplo do aperto dos ombros da vítima[32].

A violência sexual contra a população infanto-juvenil é a forma de maus-tratos mais difícil de ser descoberta, porque, em regra, o autor não deixa marcas

[28] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de vigilância em saúde. **Saúde e prevenção nas escolas:** guia para a formação de profissionais de saúde e de educação. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/SPE_Guia_Formacao.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

[29] VERONESE, Josiane Rose Petry. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Doméstica***:* quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1998. p. 110-111.

[30] CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43.

[31] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 56.

[32] RECH, Lílian Keli. **Abuso sexual contra a criança e o adolescente:** o contexto do desvelamento e a denúncia aos serviços de proteção. Projeto de Pesquisa apresentado ao Programa de Mestrado em Serviço Social da UFSC. Florianópolis, 2004. p. 14-15.

visíveis, dificultando a produção de provas. Porém, deixa grandes vestígios psíquicos, ou seja, aqueles que não podem ser vistos no corpo da vítima, mas detectados mediante a observação do comportamento, podendo levar ao primeiro quadro depressivo[33].

Existem vários fatores internos e externos que desencadeiam o silêncio das crianças e dos adolescentes vitimizados, como por exemplo, a distorção da realidade e as ameaças físicas e psicológicas, conduzindo-os a um quadro de reféns dos constrangimentos e das intimidações[34].

A violência sexual, na forma de abuso, geralmente, vem acobertado pelo silêncio e o medo da vítima, o que gera uma sequência de acontecimentos que viola os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, assim esbarrando na condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Entretanto, isso desencadeia uma dificuldade na produção de prova contra o agressor e, por isso, o sistema de justiça tem buscado a inquirição das vítimas como meio probatório, principalmente no processo criminal[35].

Nesse contexto, a inquirição de crianças e adolescentes deverá se nortear pela proteção, considerando, sobretudo, a fase especial de seres em desenvolvimento, a dependência emocional dos familiares e o natural constrangimento que envolve a inquirição, pois essas pequenas vítimas tratarão de fatos ligados a intimidade delas[36]. As consequências são drásticas e doloridas para a vítima e para os seus familiares. Isso porque lembrar da violência sofrida implica em experenciar novamente a carga de sofrimento vivida por ocasião dos fatos, assim, afrontando de forma direta a

[33] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 159-160.
[34] CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir criança s e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.
[35] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 160.
[36] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 160.

condição de sujeito de direito da criança e do adolescente. Portanto, o ideal é a presença de um profissional da saúde psíquica para a colheita do depoimento[37].

Assim, a materialidade da violência sexual quando praticada contra a criança ou o adolescente deve ser analisada dentro de suas peculiaridades, pois durante a colheita do testemunho há necessidade de evitar o processo de revitimização[38].

A violência sexual, em todas as modalidades, configura tipos penais.[39] Nesse campo, o que se busca é a condenação do agressor e, não raras vezes, diante da necessidade de produção probatória, os aplicadores do direito acabam por esquecer do paradigma da proteção integral[40].

Dessa forma, notório que existe um desconhecimento dos promotores, dos defensores e advogados e dos magistrados sobre a saúde mental da criança e do adolescente quando vitimizados. Por isso, mesmo diante da alegação de inexistência do fato ou negativa de autoria por parte da vítima é possível que tenha ocorrido a violência sexual e isso decorre da dificuldade da vítima sinalizar o que ocorreu por falta de amparo, por confusão mental e até mesmo por falta de confiança nos adultos[41].

É por esse motivo que deve ser evitado o chamado processo de revitimização. Às vezes a forma brusca de inquirição pode trazer lembranças fortes ao ponto de causar danos tão graves ou mais graves que a violência sexual sofrida[42]. Nesse sentido, percebe-se que a maior problemática enfrentada para a produção probatória,

---

[37] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 161.

[38] VERONESE, Josiane Rose Petry. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Doméstica***:* quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1998. p. 170.

[39] BRASIL. **Decreto-lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 213 Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Art. 217-A Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

[40] VERONESE, Josiane Rose Petry. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Doméstica***:* quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1998. p. 162.

[41] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de**. Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 161.

[42] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 166.

mediante a inquirição da criança e do adolescente é a falta de profissionais capacitados e de estrutura adequada para ouvir a vítima[43].

Na verdade, a palavra inquirir tem amplo sentido e não é o melhor método a ser usado com crianças e adolescentes, principalmente, em situação de risco, pois significa indagar, fazer perguntas direcionadas, investigar e pesquisar. O processo penal usa a inquirição direta com os adultos, fazendo do inquirido um objeto da investigação[44].

A criança e o adolescente devem ser escutados, ou seja, devem ser ouvidos, a partir de metodologias adequadas. O método de escuta pode vir acompanhado de manejos que respeitam a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, a exemplo dos profissionais da saúde que utilizam brinquedos para colher informações da criança[45].

Ao falar de escuta da criança e do adolescente é necessário lembrar que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças assegura que os menores de 18 (dezoito) anos se manifestem da melhor forma possível sobre os fatos ligados às suas rotinas, dando a oportunidade de participarem de todas as decisões que interfiram em suas vidas, tanto pessoal como familiar, conforme disciplina o art. 12 do referido instrumento[46].

Para além disso, esse instrumento internacional permite a expressão das opiniões, de forma que não há que se falar em exigência de relatar os fatos traumáticos, sob pena de afrontar diretamente a condição peculiar da pessoa em

[43] SOUZA, Ismael Francisco de Souza. DUARTE, Priscilia Ugioni. **A proteção aos direitos da criança:** Um estudo sobre a inquirição nos casos de abuso sexual. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19840/a-protecao-aos-direitos-da-crianca/2>. Acesso em: 24 set. 2018.
[44] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 169.
[45] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 169.
[46] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170.

desenvolvimento, pois esse princípio reconhece imaturidade psíquica, física e mental das crianças e dos adolescente, o que os diferenciam dos adultos[47].

Assim, ouvir o menor de 18 anos, conforme prevê a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, não significa apenas a palavra falada, mas também observar sinais de comportamento que apresentam, de maneira a preservar a condição de desenvolvimento dessas vítimas.

4 O DEPOIMENTO ESPECIAL E A ESCUTA ESPECIALIZADA

O depoimento especial e a escuta especializada (também chamada de qualificada) aparentemente recentes, surgiram na verdade há mais de uma década no projeto denominado "Depoimento sem dano", idealizado por José Antônio Daltoé Cezar, Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre.

O autor do projeto observou que na maioria dos casos de violência sexual contra criança e adolescente em que analisava, durante a fase de instrução probatória, era perceptível a falta de estrutura e a exposição da vítima. Constatou, ainda, que o constrangimento era imenso, o que levava a um prejuízo para o quadro de provas. Nesse sentindo, esse magistrado descreveu como motivação do projeto o seguinte:

> "Percebi também que, embora houvesse um maior esforço para que as inquirições em Juízo procedessem com mais tranquilidade para as vítimas, assim como com regularidade processual para os acusados, na maior parte dos casos, ante a inapropriação dos meios físicos e humanos utilizados pela justiça criminal, as informações prestadas na fase policial não se confirmavam em Juízo. Isso criava situação de constrangimento e desconforto para todos que participavam das solenidades, principalmente para as crianças e adolescentes apontados como abusados. Dessa forma, as ações terminavam, na sua maior parte, sendo julgadas improcedentes, com base na insuficiência de provas"[48].

[47] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual:** proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170.

[48] CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 59-60.

Dessa forma, o projeto buscou a retirada das crianças e dos adolescentes do ambiente das salas de audiências, com o conseguinte encaminhamento para salas preparadas e com ambiente adequado para a colheita dos depoimentos. O objetivo foi reduzir os danos psíquicos, evitar perguntas inapropriadas e impertinentes, melhorar a produção de provas e, por fim, garantir a proteção integral das vítimas[49].

Em maio de 2003, foi realizada a primeira audiência com as técnicas denominadas pelo projeto "Depoimento sem dano", onde se observou a adequação da forma de inquirição e tranquilidade da vítima em realizar o seu depoimento[50].

No dia 23 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 33, orientando a adoção do depoimento especial nos processos judicias, nos moldes do projeto "Depoimento sem dano", para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. O Conselho Nacional de Justiça embasou a Recomendação no art. 227 do Texto Constitucional, no art. 28, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que assegura o direito das crianças de serem ouvidas nas demandas judiciais que afetem matéria de interesse desses.

Essa Recomendação visava facilitar a produção de provas orais e dar a essas uma maior robustez, em busca da verdade real, na perspectiva de alcançar a responsabilização do agressor. Assim, o Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais de Justiças Estaduais e do Distrito Federal e Territórios a adoção do depoimento com vídeo gravação para as crianças e os adolescentes, devendo ocorrer em ambiente separado da sala de audiência, em atendimento ao paradigma da proteção integral.

Em abril de 2017, foi editada a Lei nº. 13.431/17 que dispõe sobre o depoimento especial e a escuta qualificada da criança e do adolescente, porém essa

[49] CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 62.
[50] CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 63.

lei somente entrou em vigor após um ano, devido à *vacatio legis*. Portanto, em abril de 2018 é que, efetivamente, ela alcançou vigência.

Essa lei define o depoimento especial e a escuta qualificada especializada, nos seguintes termos:

> "Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.
>
> Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária."

De acordo com tal norma, os institutos são diversos na prática, porquanto a escuta especializada se limita à realização de entrevista com relato perante órgão da rede de proteção e o outro, o depoimento especial, é a oitiva perante a autoridade investigativa e/ou judicante.

Com a recente vigência da Lei n. 13.431/17, o Conselho Nacional de Justiça, mais uma vez, se manifestou de forma favorável, informando que irá apoiar os Tribunais a implementarem o depoimento especial com uso de técnicas humanizadas de oitivas de crianças e adolescentes[51]. Nessa perspectiva, o CNJ tem ofertado cursos de capacitação para os profissionais, além de articular entre o judiciário e as redes de saúde, assistência social e segurança um protocolo de atendimento às vítimas[52].

O depoimento especial e a escuta especializada são realizados com a presença da criança e do entrevistador profissional em ambiente mais acolhedor, enquanto

[51] IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **CNJ ajuda tribunais na adoção do depoimento especial de crianças.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14018/CNJ+ajuda+tribunais+na+adoção+do+depoimento+especial+de+crianças>. Acesso em: 24 mai. 2018.

[52] IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **CNJ ajuda tribunais na adoção do depoimento especial de crianças.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14018/CNJ+ajuda+tribunais+na+adoção+do+depoimento+especial+de+crianças>. Acesso em: 24 mai. 2018.

isso o agressor e os demais participantes do processo permanecem na sala de audiência em tempo real. Ainda o depoimento é gravado para juntada no processo[53].

As perguntas são direcionadas em linguagem adequada a idade da vítima, tendo a criança e o adolescente direito de relatar livremente e por apenas uma vez. Dessa forma, o depoimento especial e a escuta especializada proporcionam uma não revitimização com a situação de traumas vividos[54].

Assim, é preciso realizar a oitiva da criança e do adolescente considerando o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, portanto, levando em consideração a maturidade física e psíquica de cada vítima de violência sexual com idade inferior a 18 anos.

O objetivo da nova técnica é garantir o direito de escuta da criança e do adolescente, de forma a evitar ou diminuir o sofrimento dessas vítimas vulneráveis, ao relembrarem da violência vivida e ao mesmo tempo contribuir para a produção de provas[55].

Os depoimentos serão tomados por profissionais capacitados para dialogarem com as vítimas, como assistentes sociais e psicólogos, buscando a verdade dos fatos por meio da confiança e não interrupção do relato. Cabe ao profissional que irá realizar o depoimento especial ou a escuta especializada o readaptação das perguntas para a melhor compreensão da vítima menor que está sendo entrevistada[56].

[53] CHILDHOOD, Pela proteção da infância. Fundada por S. M. Rainha Silvia da Suécia. **Depoimento especial.** Disponível em: <http://www.childhood.org.br/programas/depoimento-especial>. Acesso em: 18 set. 2018.

[54] CHILDHOOD, Pela proteção da infância. Fundada por S. M. Rainha Silvia da Suécia. **Depoimento especial.** Disponível em: <http://www.childhood.org.br/programas/depoimento-especial>. Acesso em: 18 set. 2018.

[55] MPPR. Ministério Público do Paraná. Criança e Adolescente. **MPPR prepara-se para escuta humanizada de vítimas de violência**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/2018/02/20036,10/MPPR-prepara-se-para-escuta-humanizada-de-vitimas-de-violencia.html>. Acesso em: 18 set. 2018.

[56] MPPR. Ministério Público do Paraná. Criança e Adolescente. **MPPR prepara-se para escuta humanizada de vítimas de violência**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/2018/02/20036,10/MPPR-prepara-se-para-escuta-humanizada-de-vitimas-de-violencia.html>. Acesso em: 18 set. 2018.

A Lei n. 13.431/2017, sem dúvida, representou avanço no campo da produção probatória e, nesse sentido, aparenta ter colaborado para a investigação a cargo do Ministério Público, pois a escuta e o depoimento, seguindo a metodologia em referência, apontam para a celeridade da investigação na busca da verdade. Ainda, a procedimentalização disposta em lei, reconhece a criança e o adolescente como seres em desenvolvimento, razão pela qual necessitam de um olhar diferenciado, mormente quando das suas oitivas sobre fatos que resultaram em sofrimento, o que sinaliza para o respeito ao paradigma da proteção integral dessa categoria vitimizada[57].

Além disso, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) incluiu a temática do depoimento especial como matéria do curso de vitaliciamento de juízes, que acontece depois de dois anos do ingresso na magistratura.

O CNJ, reiteradamente, em se posicionado a favor do depoimento especial e tem lutado pela implementação do sistema trazido pela Lei n. 13.431/2017, visto que entende ser um dos mecanismos das garantias constitucionais afetas à criança e ao adolescente[58].

Atualmente, 23 Tribunais de Justiça no Brasil, ou seja, 85% (oitenta e cinco por cento) possuem salas adaptadas e reservadas para a colheita do depoimento da criança e do adolescente, onde são chamadas de salas de depoimento especial. O TJDFT lidera o avanço da implementação, contando com 16 fóruns com salas de

[57] MPPR. Ministério Público do Paraná. Criança e Adolescente. **MPPR prepara-se para escuta humanizada de vítimas de violência**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/2018/02/20036,10/MPPR-prepara-se-para-escuta-humanizada-de-vitimas-de-violencia.html>. Acesso em: 18 set. 2018.

[58] FARIELLO, Luiza. **Método que humaniza depoimento de criança na Justiça vira lei.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84752-metodo-que-humaniza-depoimento-de-crianca-na-justica-vira-lei>. Acesso em: 03 jun. 2018.

depoimento especial e já tendo realizado 691 atendimentos, por meio da sua Secretaria Psicossocial[59].

O método depoimento especial e escuta especializada vem como mais uma estratégia de proteção da criança e do adolescente, por meio da qual se proporciona um ambiente com maior segurança e reduzido dano, o que permite uma colheita de depoimento mais confiável e menos agressiva por meio da técnica adequada[60], de modo a preservar os direitos fundamentais reconhecidos pelos instrumentos normativos, sejam internacionais, sejam internos, especialmente o direito da criança e do adolescente de serem ouvidos e se manifestarem sobre as demandas que lhes dizem respeito, sejam administrativas ou judiciais[61].

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva do paradigma da proteção integral, o presente artigo tratou da recente Lei n. 13.341/2017, que disciplinou a temática, depoimento especial e a escuta especializada da criança e do adolescente, vítimas da violência sexual.

Do estudo foi possível apurar que os instrumentos normativos internacionais, ao longo da história, foram formatando um paradigma de proteção a essa categoria, a partir do reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e se encontram em fase especial de desenvolvimento, motivo pelo qual necessitam de um olhar diferenciado do mundo adulto. Esse paradigma sedimenta a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, recepcionada pelo art. 227 da Constituição Federal da República do Brasil e materializada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Este último instrumento dispõe sobre os direitos fundamentais,

[59] FARIELLO, Luiza. **Método que humaniza depoimento de criança na Justiça vira lei.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84752-metodo-que-humaniza-depoimento-de-crianca-na-justica-vira-lei>. Acesso em: 03 jun. 2018.

[60] FARIELLO, Luiza. **Método que humaniza depoimento de criança na Justiça vira lei**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84752-metodo-que-humaniza-depoimento-de-crianca-na-justica-vira-lei>. Acesso em: 03 jun. 2018.

[61] ROCHA, Maria Isabel de Matos. **"Depoimento especial" de criança e adolescentes vítimas de violência sexual:** a experiência do Estado de Mato Grosso do Sul. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/04/ARTIGO-Depoimento-Especial-MARIA-ISABEL-ROCHA.R5K.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

política de atendimento e responsabilização daqueles que ameaçarem ou violarem os direitos da infanto-adolescência.

Num contexto de desrespeito a esses direitos, a violência sexual praticada contra a criança e o adolescente trazem consequências traumáticas para a vida desses e, por isso, embora a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 já garantisse o direito da escuta especial, a teor do seu princípio 12, observou-se dificuldades para a elaboração de uma metodologia que diminuísse os efeitos da revitimização.

A nova lei, ao dispor sobre o depoimento e a escuta especializada de crianças e adolescentes vítimas da violência sexual, atentou para o ambiente e procedimento a ser manejado por profissional qualificado. Nesse sentido, dispôs sobre a necessidade de se organizar um ambiente humanizado, longe do agressor, mediante a presença de um entrevistador profissional, responsável pela elaboração da indagação, a ser feita de forma clara e atendendo às condições cognitivas da criança e do adolescente, de modo a colaborar para a diminuição dos efeitos da revitimização e a impedir eventuais constrangimentos.

Dessa forma, perceptível que os institutos analisados, além de contribuírem para a produção de provas na seara penal, ainda amoldam-se perfeitamente ao paradigma da proteção integral, porquanto o método de depoimento e de escuta da criança e do adolescente, vítimas de violência sexual, se apresenta em compasso com os princípios que informam esse paradigma, especialmente quanto ao reconhecimento da condição de sujeitos de direitos que se encontram em fase peculiar de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AMIM, Andréa Rodrigues. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de vigilância em saúde. Saúde e prevenção nas escolas: guia para a formação de profissionais de saúde e de educação. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/SPE_Guia_Formacao.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

CEZAR, José Antônio Daltoé. Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CHILDHOOD, Pela proteção da infância. Fundada por S. M. Rainha Silvia da Suécia. Depoimento especial. Disponível em: <http://www.childhood.org.br/programas/depoimento-especial>. Acesso em: 18 set. 2018.

DATAS comemorativas – Dia da ONU. Disponível em: <http://educaja.com.br/2008/10/datas-comemorativas-dia-da-onu.html>. Acesso em: 26 mai. 2018.

DIREITOS HUMANOS: Documentos Internacionais. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

DOTTI, René Ariel. Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira: atualizado e com remissões ao Novo Código Civil. 3 ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

ELIAS, João Roberto. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIELLO, Luiza. Método que humaniza depoimento de criança na Justiça vira lei. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84752-metodo-que-humaniza-depoimento-de-crianca-na-justica-vira-lei>. Acesso em: 03 jun. 2018.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas, 2011.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. CNJ ajuda tribunais na adoção do depoimento especial de crianças. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14018/CNJ+ajuda+tribunais+na+adoção+do+depoimento+especial+de+crianças>. Acesso em: 24 mai. 2018.

ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Martha de Toledo. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos. São Paulo: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MPPR. Ministério Público do Paraná. Criança e Adolescente. MPPR prepara-se para escuta humanizada de vítimas de violência. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/2018/02/20036,10/MPPR-prepara-se-para-escuta-humanizada-de-vitimas-de-violencia.html>. Acesso em: 18 set. 2018.

RECH, Lílian Keli. Abuso sexual contra a criança e o adolescente: o contexto do desvelamento e a denúncia aos serviços de proteção. Projeto de Pesquisa apresentado ao Programa de Mestrado em Serviço Social da UFSC. Florianópolis, 2004.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. “Depoimento especial” de criança e adolescentes vítimas de violência sexual: a experiência do Estado de Mato Grosso do Sul. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/04/ARTIGO-Depoimento-Especial-MARIA-ISABEL-ROCHA.R5K.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente com conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Ismael Francisco de Souza. DUARTE, Priscilia Ugioni. A proteção aos direitos da criança: Um estudo sobre a inquirição nos casos de abuso sexual. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19840/a-protecao-aos-direitos-da-crianca/2>. Acesso em: 24 set. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. COSTA, Marli Marlene Moraes da. Violência Doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1998

A REALIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO NA UNIDADE DE SANTA MARIA (DF): UMA ANÁLISE À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Lídia Aguiar Borges Taquary Rezende Maranhão

RESUMO

A pesquisa analisa as expectativas e as realidades da medida socioeducativa de internação, no que tange à doutrina da proteção integral de direitos reservados às crianças e aos adolescentes. A metodologia utilizada consiste na análise de estudos sobre o tema, em especial as pesquisas feitas por Débora Diniz e Natália Vilarins. A partir da análise dos dois estudos anteriormente citados, verifica-se que a tradição menorista de confisco das crianças para reformatórios parece ser um passado que não ruiu à luz das proteções garantistas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dado que, na realidade, o que se tem no cotidiano é o inverso do que é disposto em lei: uma cadeia de meninas – instituição punitiva com fragmentos educacionais – marcada, sobretudo, pelo desespero durante a internação e pelo desamparo após a internação.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o intuito de contrapor a realidade da medida socioeducativa de internação na Unidade de Internação de Santa Maria (DF) à luz da Doutrina da Proteção Integral, em substituição ao paradigma da situação irregular.

O tema de pesquisa se justifica em virtude da relevância social que tem e o impacto que essa medida causa sobre as meninas que vivem na Unidade de Internação de Santa Maria. Para tanto, a metodologia utilizada consistiu na análise

de doutrinas, artigos científicos, consulta à legislação, bem como comparação com os estudos feitos por Débora Diniz e Natália Vilarins.

O artigo se estrutura da seguinte forma: a) o primeiro tópico consiste na análise das expectativas acerca da medida de internação, onde serão trazidos o histórico dos sistemas de responsabilização juvenil até chegar ao sistema da proteção integral, abordando, para tanto, documentos e convenções internacionais que contribuíram para o modelo atual; b) no segundo tópico, fazendo-se um cruzamento entre os estudos de Débora Diniz e Natália Vilarins, será analisada a realidade da medida de internação em Santa Maria.

2 AS EXPECTATIVAS ACERCA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

A sociedade elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, configurando cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, incluindo-se aqui, por óbvio, as crianças e os adolescentes. [1]

A trajetória histórica do Direito da Criança e do Adolescente, detalhada na obra organizada por Kátia Maciel, permite elaborar uma síntese explicativa dos momentos mais pertinentes para a compreensão de aplicação de medidas socioeducativas.[2]

O debate sobre os modelos de justiça juvenil acaba por se associar à evolução dos direitos humanos, bem como ao reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos.

Durante a fase imperial tem início a preocupação com os menores infratores. Dada a vigência das Ordenações Filipinas, a inimputabilidade penal, segundo

[1] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

[2] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

Andréa Rodrigues Amin[3], era alcançada aos sete anos de idade. Dessa forma, dos sete aos dezessete anos o tratamento desferido aos menores era similar aos adultos, com apenas uma atenuação quando da aplicação da pena. [4]

Com o advento do Código de Menor, houve uma pequena alteração no exame da capacidade para aplicação da pena. Os menores de catorze anos eram considerados inimputáveis.

O Primeiro Código Penal dos Estados Unidos do Brasil acabou mantendo a mesma linha do código anterior. Todavia, eram considerados inimputáveis os menores de nove anos.

Nessa época, o pensamento da sociedade se dividia entre assegurar direitos ou se proteger dos menores infratores. Diante desse cenário, em 1906, casas de recolhimento são criadas com a finalidade de educar menores em abandono.

Diante das influências externas e intensas discussões, fundada no binômio delinquência-carência, criou-se a Doutrina do Direito do Menor, delineando-se, desse modo, a Doutrina da Situação Irregular. [5]

Em 1926, com a publicação do Decreto nº 5.083, foi criado o primeiro Código de Menores no Brasil, que cuidava, sobretudo, dos menores abandonados, que, em 1927, foi substituído pelo Código Mello Matos (Decreto nº 17.943-A/1927), onde caberia ao Juiz de Menores decidir sobre o destino.

No início do século XX, marco da implementação do Modelo da Situação Irregular, tinha-se um sistema completamente organizado, marcado pela associação da palavra menor a crianças pobres e que, por esta razão, deveriam ser tuteladas pelo

[3] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

[4] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

[5] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

Estado para a preservação da ordem e também como forma de assegurar o sistema capitalista em curso. [6]

Não se falava, à época, em garantias de direitos, pois o modelo não atingia todas as crianças, mas apenas os menores em situação irregular – considerados como aqueles que estivessem em condição de pobreza, abandono ou que tivessem cometido infração. Por esta razão é que, como já dito, como não havia preocupação com os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes em geral, é que as medidas a serem aplicadas eram as mesmas e seriam cumpridas no reformatório.[7]

Segundo Amin, a tutela da infância, nesse momento histórico, caracterizava-se pelo regime de internações marcado pelos vínculos institucionais, onde o principal objetivo era reeducar o menor com vistas a adequar o seu comportamento ditado pelo Estado. Assim, a preocupação central era correcional.

No Brasil, o Serviço Social passa a integrar programas de bem-estar e, durante a vigência do Código de Menores, foram criados o Serviço de Assistência aos Menores (SAM) – Decreto-lei nº 3.799/1941 – e, em seguida, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), instituições criadas para corrigir o que era tido como irregular.[8]

O SAM atendia menores delinquentes e desvalidos e foi redefinido pelo Decreto-lei nº 6.865 de 1944, com o intuito de buscar soluções aos problemas de atendimento, tais como ausência de estabelecimentos suficientes. No entanto, passou a sofrer duras críticas na década de 1960, pois acabou por se distanciar do

[6] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil:** paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017.

[7] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil:** paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017.

[8] VILARINS, Natália Pereira Gonçalves. Meninas de Santa Maria: a precarização da vida na medida socioeducativa de internação. 2016. Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Humanas (IH), Departamento de Serviço Social (SER), Programa de Pós-Graduação em Política Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 12. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22509/1/2016_N atáliaPereiraGonçalvesVilarins.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2018.

seu objetivo inicial e, diante de problemas como desvio de verbas, superlotação, ensino precário, o programa foi extinto em 1964 pela Lei nº 4.513, que, assim, criou a Funabem.[9]

Ainda segundo a autora, a atuação desse novo programa baseava-se na Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM). Do ponto de vista legal, a Funabem tinha uma proposta pedagógica-assistencial progressista. Todavia, na prática, mostrava-se como um instrumento de controle do regime político militar.

Este modelo veio a ruir somente a partir da década de 1960 – época em que se passou a discutir a atuação desmedida dos juízes de menores, bem como a ausência de garantias processuais. Isto porque no final dos anos 1960 e começo da década de 1970, iniciam-se debates para reforma ou criação de uma legislação menorista. Assim, em 10 de outubro de 1079 foi publicada a Lei nº 6.697, novo Código de Menores, que consolidou a doutrina da Situação Irregular.

A indistinção entre os necessitados de proteção e aqueles que seriam responsáveis pelo cometimento de um delito caracterizava o paradigma da situação irregular e terminava por legitimar a arbitrariedade dos juízes de menores, pois propiciava o controle ilimitado sobre os menores de 18 (dezoito) anos. [10]

Em 1990, saturada pelos mesmos sintomas que extinguiram o SAM, a Funabem foi substituída pelo Centro Brasileiro para Infância e Adolescência (CBIA), onde já é possível perceber a mudança na terminologia da instituição,

[9] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos práticos e teóricos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

[10] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil:** paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017, p. 29 e 30.

substituindo a palavra menor por “criança e adolescente”, expressão esta advinda da Constituição Federal de 1988[11].

Nesse sentido, diante da ruptura que o modelo da situação irregular começa a sofrer, ante a preocupação pelo reconhecimento de todas as garantias fundamentais que deveriam estar presentes em todo procedimento judicial, é que surge o chamado Modelo Educativo.

Este modelo encontra guarida somente no Estado de Bem-Estar, em que as políticas públicas permitiram a reorientação dos mecanismos de recuperação das crianças e adolescentes. Para isso, vislumbrou-se a necessidade de medidas que não só retirassem o adolescente do processo judicial, mas que também fossem destinadas ao amparo da família.

No entanto, assim como o sistema anterior, o modelo educativo provocou muitas críticas, uma vez que se utilizava de soluções desjudicializadoras para conflitos que envolvem crianças e adolescentes, dando margem para o surgimento do Modelo da Proteção Integral ou de Responsabilidade.

A Constituição Federal de 1988, de acordo com Amin, trouxe significativas mudanças no ordenamento jurídico, o que, por sua vez, coroou o estabelecimento de novos paradigmas. Isto porque, no que tange ao cenário político, houve a necessidade de reafirmar valores que foram ceifados durante o regime militar. Na seara das relações privadas se fazia necessário atender aos clamores sociais por uma sociedade menos patrimonialista e liberal. Assim, de um sistema garantidor do patrimônio do indivíduo, passou-se a um modelo fundado no respeito à dignidade da pessoa humana. [12]

[11] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/cons tituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 de ago. 2018.

[12] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

A partir da Constituição de 1988, os direitos das crianças e dos adolescentes foram levados ao patamar de direitos fundamentais, firmando a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, sujeitos à legislação especial, em seu artigo 228. [13] De acordo com Amin, o binômio individual-patrimonial foi substituído, com a Constituição de 1988, pelo coletivo-social. Trata-se, portanto, de uma mudança de paradigma.

Para a consolidação do modelo de responsabilidade foi fundamental o papel da Convenção dos Direitos da Criança (CDC)[14], de 1989, que representou, assim, a quebra do paradigma punitivo e excludente que vigorava anteriormente.[15]

A Convenção reconhece a absoluta prioridade, respeitando o melhor interesse e obrigando o Estado a respeitar as responsabilidades dos pais de promover o exercício dos direitos reconhecidos na CDC. Isto porque, como passaram a ser sujeitos de direitos, crianças e adolescentes saem da condição de objetos de direitos para a de sujeitos que possuem direitos.

Cabe trazer, ainda, que a doutrina da proteção integral está também embasada na Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral dos Direitos da Criança, que foi tema de um conjunto de documentos internacionais publicados entre 1980 e 1990, tais como: Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (1989); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, Regras de Beijing (1985)[16]; Regras das Nações Unidas para Proteção aos Menores Privados de Liberdade (1998); Diretrizes das Nações Unidas para

[13] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil:** paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017, p. 59.

[14] BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 05 de ago. 2018.

[15] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. Justiça penal juvenil: paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017, p. 110.

[16] BRASIL. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude Regra de Beijing. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Regras-M%C3%ADnimas-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Administra% C3%A7%C3%A3o-daJusti%C3%A7a-da-Inf%C3%A2ncia-e-da Juventude-Regra-de-Beijing.pdf>. Acesso em: 17 de ago. 2018.

Prevenção da Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad (1990); Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, Regras de Tóquio (1990). Esses debates influenciaram a construção de textos na seara dos direitos da criança e do adolescente.[17]

Merece destaque, ainda, a atuação do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), que resultou do 1º Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, realizado em 1984, e que teve a finalidade de sensibilizar a sociedade acerca da questão das crianças e adolescentes rotulados como "menores abandonados" e que a Constituição garantisse e ampliasse os direitos sociais das crianças e dos adolescentes. [18]

O esforço, segundo relata Amin, foi recompensado com a aprovação dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, que coroou o Brasil como uma das nações mais avançadas na defesa dos interesses infanto-juvenis, o que marcou a adoção da doutrina da proteção integral. [19]

O modelo de responsabilidade passa a ser construído a partir de uma concepção fundamental, qual seja: "o adolescente que comete um delito não pode ser processado nem sancionado de maneira mais rigorosa que o adulto"[20], mas, para tanto, precisou-se estabelecer uma menoridade e uma maioridade penal para exigência da responsabilidade juvenil.

A doutrina da proteção integral enfatiza, assim, tanto a proteção ou responsabilização quanto a garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos

[17] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos práticos e teóricos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

[18] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos práticos e teóricos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

[19] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos práticos e teóricos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

[20] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil:** paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017, p. 34.

adolescentes como um todo. Rompe com o padrão preestabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança.

Apesar da Constituição Federal, em seu artigo 227, definir a aplicação dos direitos fundamentais, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo Amin, a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.

Foi nesse cenário que foi instituída, em 13 de julho de 1990, a Lei nº 8.069[21], que versa sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), propiciando reais condições para que os direitos consagrados na Constituição Federal – em específico nos artigos 227, 228 e 229 – pudessem ser concretizados. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, juntamente com o ECA, um sistema de garantia de direitos às crianças e aos adolescentes, promovendo importantes conquistas no atendimento à infância e à adolescência no que se refere às medidas socioeducativas.

O ECA é produto da articulação de três segmentos: o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas. Coube ao movimento social pressionar. Aos agentes jurídicos traduzirem os anseios da sociedade. E, por fim, coube ao Poder Público, por meio do Senado e da Câmara, efetivar os anseios sociais.

Formalmente, segundo Amin, sai de cena a Doutrina da Situação Irregular e se implanta, em seu lugar, a Doutrina da Proteção Integral, onde crianças e adolescentes passam a ser titulares de direitos subjetivos.

Trata-se de um novo modelo, no qual família, sociedade e Estado são partícipes do sistema de garantias. Outra conquista pelo sistema foi o abandono da internação como regra no atendimento às crianças e aos adolescentes, sendo que a lei passou a recomendá-la como último recurso na aplicação das medidas socioeducativas.

[21] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 de jul. 2018.

Para tanto o ECA estabeleceu a divisão entre crianças (até doze anos incompletos) e adolescentes (de doze anos completos até dezoito anos incompletos), apresentando, por sua vez, a responsabilização pelos atos praticados por adolescentes e, ainda, trouxe, ao longo de seu texto, políticas públicas que se executam em três segmentos: 1) políticas sociais básicas presentes no artigo 4º do ECA; 2) políticas de proteção especial voltadas, mais precisamente, às famílias e que estão contidas nos artigos 23, parágrafo único, 34, 101 e 129 do ECA e; 3) políticas socioeducativas elencadas no artigo 112 do ECA.

Ocorre, porém, que, apesar de toda essa estrutura normativa, o ECA ainda carecia de regulamentação no que tange à execução das medidas socioeducativas.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) foi então instituído pela Resolução nº 119/2006[22][23] do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), tem como objetivo buscar a efetiva implementação de políticas públicas destinadas aos adolescentes autores de ato infracional e suas respectivas famílias, com vistas a acabar com o isolamento do Poder Judiciário. [24]

Em seguida o SINASE veio a ser objeto da atual Lei 12.594/12.

O artigo 1º da Lei do Sinase estabelece: a) princípios gerais orientadores, tais como: princípio da legalidade, princípio da excepcionalidade da intervenção judicial, princípio da prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas, princípio da proporcionalidade em relação à ofensa cometida, princípio da brevidade, princípio do fortalecimento dos vínculos familiares; b) procedimentos de manutenção, substituição e suspensão relativos a medidas de meio aberto ou fechado; c) direitos

[22] BRASIL. Resolução nº 119, de 11 de dezembro de 2006. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e dá outras providências. Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-119.pdf>. Acesso em: 17 de ago. 2018.

[23] Ressalte-se, desde já, que a Resolução 119/06, composta de quatro artigos, aprovou o Sinase trouxe, além de definições e inclusões, as balizas da sua constituição.

[24] DIGIÁCOMO, Eduardo. Sinase: Lei 12.594/12 em perguntas e respostas. São Paulo: Ixtlan, 2016. p. 18.
Disponívelem:<http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/sinase/sinase_em_perguntas_e_respostas_para_conselheiros_tutelares_ed2016.pdf . Acesso em: 05 de ago. 2018.

individuais dos adolescentes em cumprimento de medidas; d) obrigatoriedade de elaboração de planos individuais de cumprimento das medidas elencadas nesta Lei; e) regime disciplinar e, por fim; f) hipóteses de extinção das medidas impostas.[25]

O Sinase trouxe novas questões quanto à aplicação e execução das medidas socioeducativas e também relacionadas à elaboração dos Planos de Atendimento Socioeducativo – ferramenta que gere a modalidade socioeducativa. O documento atinge o adolescente e a família de forma a romper com a violência. [26]

O Plano Individual de Atendimento (PIA)[27], previsto nos artigos 52 a 59 da Lei em análise, constitui-se em um dos instrumentos mais importantes da fase de execução das medidas socioeducativas, tendo em vista que resulta no olhar da equipe técnica sobre o desenvolvimento da medida pelo adolescente e o envolvimento da família durante o período de cumprimento de tal medida, firmando-se, portanto, como um documento norteador e não apenas um mero relatório descritivo. Frise-se, contudo, a obrigação da elaboração do PIA em se tratando de cumprimento de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação.

Nesse sentido, o Sinase passou a ser a ferramenta utilizada para consolidar a travessia da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral.

No que concerne à aplicação das normas contidas no ECA, o artigo 103 conceitua o ato infracional como sendo uma conduta descrita como crime ou contravenção penal. As medidas socioeducativas estão previstas no artigo 112, dividindo-se em: a) advertência; b) obrigação de reparar o dano; c) prestação de

[25] ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes; SIQUEIRA NETO, Lélio Ferraz de; ALBINO, Priscila Linhares. **Considerações sobre o subsistema de execução de medidas socioeducativas criado pela Lei Federal nº 12.594/12 (SINASE)**. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/SINASE/Artigo-2-SINASE-CIJ-MP-SC_artigodrfernandoedrlelio.pdf>. Acesso em: 05 de ago. 2018.

[26] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. Justiça penal puvenil: paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017, p. 112.

[27] A Resolução 160/13 aprovou o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo (PIA) para os próximos dez anos aos adolescentes que se encontrem em cumprimento de medidas socioeducativas.

serviços à comunidade; d) liberdade assistida; e) semiliberdade e; f) internação. Ressalte-se, ainda, que no artigo 110 estão expressas as medidas de proteção.

O foco deste estudo é a medida socioeducativa de internação, considerada mais gravosa por envolver a privação de liberdade.

O ECA, no parágrafo segundo do artigo 121, expõe que a medida de internação dependerá de uma avaliação judicial a ser realizada em, no máximo, 6 (seis) meses, tendo, assim, um prazo indeterminado. O único prazo certo é que a internação, conforme dispõe o parágrafo terceiro do dispositivo supracitado, não poderá exceder o prazo de 3 (três) anos.

Segundo Ana Paula Motta Costa[28], essa indeterminação existe porque as penas oferecidas pelo Estatuto não são correspondentes aos atos infracionais praticados, o que acaba por inserir insegurança quando da aplicação de tal medida.

Ademais, a Lei impõe, ainda, em seus artigos 112 e 140, *caput*, a necessidade de medidas pedagógicas e que, portanto, denota que a internação deverá ser cumprida em estabelecimento educacional.

Entretanto, apesar das conquistas, a medida de internação ainda apresenta desafios a fim de garantir os direitos e, assim, alcançar os objetivos estabelecidos em lei. Existem interpretações que giram em torno de que o modelo de responsabilização juvenil não teria um caráter punitivo, mas de reinserção social. Ao passo que outros defendem que o significado da medida tem um cunho punitivo, embora sua execução tenha um caráter pedagógico.

A medida socioeducativa de internação só pode ser aplicada mediante um processo penal completo e válido que garante os direitos individuais dos adolescentes e limita o *ius puniendi* do Estado. O modelo processual do ECA se

[28] COSTA, Ana Paula Motta. As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

mostra confuso, vez que mescla características tanto do modelo acusatório quanto do modelo inquisitivo. [29]

Implantar o sistema de garantias é, sobretudo, um desafio. Isto porque faz-se necessário romper com a dogmática da situação irregular não só no aspecto formal, mas também na prática do dia a dia, exigindo, para tanto, conhecimento aprofundado acerca da matéria. [30]

No entanto, o que se problematiza aqui é: em que medida esses direitos são concretizados, de modo a fazer incidir, de fato, o modelo da proteção integral das meninas que cumprem medida socioeducativa de internação em Santa Maria (DF)?

3 A REALIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO NAS MENINAS DE SANTA MARIA (DF)

Diante desse cenário legal e doutrinário, analisa-se, a seguir, a realidade das meninas que cumprem medida socioeducativa de internação na unidade de Santa Maria (DF). Para isso, serão utilizados dois estudos: o primeiro intitulado "Meninas fora da lei: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal"[31] de autoria da Débora Diniz; e o segundo, da Natália Pereira Gonçalves Vilarins[32], chamado "Meninas de Santa Maria: a precarização da vida medida socioeducativa de internação".

[29] VILARINS, Natália Pereira Gonçalves. Meninas de Santa Maria: a precarização da vida na medida socioeducativa de internação. 2016. 110 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Humanas (IH), Departamento de Serviço Social (SER), Programa de Pós-Graduação em Política Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22509/1/2016_NatáliaPereiraGonçalvesVilarins.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2018, p.15.

[30] AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

[31] DINIZ, Debora. Meninas fora da lei: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Brasília: Letras Livres, 2017.

[32] VILARINS, Natália Pereira Gonçalves. Meninas de Santa Maria: a precarização da vida na medida socioeducativa de internação. 2016. 110 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Humanas (IH), Departamento de Serviço Social (SER), Programa de Pós-Graduação em Política Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22509/1/2016_NatáliaPereiraGonçalvesVilarins.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2018.

3.1 Etnografia

Débora Diniz realizou uma pesquisa etnográfica, publicada em 2017, que traz um relatório de experiência, ao longo de doze meses, precedida de uma pesquisa de cinco anos na cadeia feminina do Distrito Federal. A autora Débora Diniz buscou analisar quem são e como vivem as meninas na Unidade de Internação de Santa Maria (DF).

A Unidade de Internação de Santa Maria é mista - tendo cerca de cento e cinquenta internos, sendo sua maioria composta por meninos – e se assemelha a uma instituição total, pois diferentes aspectos serão vividos no mesmo espaço e tempo por todas as pessoas. As meninas vivem em dois módulos que são organizados de acordo com a existência de uma decisão judicial, quais sejam: as provisórias e as sentenciadas. As provisórias são aquelas que permanecem na unidade por, no máximo, quarenta e cinco dias. Já as sentenciadas são aquelas que recebem a medida socioeducativa de internação, onde sairão da unidade em algum período que não extrapole três anos – conforme aduz o artigo 121 do ECA –, tendo em conta que essa medida é marcada, como já dito em capítulo anterior, pela indeterminação.

A pesquisa narra que há algo similar nas meninas que cumpriam medidas de internação em Santa Maria: a) tinham entre 14 (catorze) e 17 (dezessete) anos (doze em um total de dezoito); b) definiam-se como negras (quinze em um total de dezoito); c) chegaram à unidade de internação tendo abandonado a escola antes de concluir o ensino fundamental (dezessete em um total de dezoito, sendo que oito delas não haviam concluído o quinto ano); d) quase todos possuíam registros de internação prévia; e) juntas somaram mais de 100 (cem) passagens pela Delegacia da Criança e do Adolescente; f) nove das dezenove meninas caíram com parceiros homens definidos como maridos.

Há uma série de fatores comuns entre as meninas para a rua ter sido mais atrativa que a escola ou a casa. Um deles é o entendimento de que a família sobrevivia do tráfico e que a droga, por sua vez, era o que movia sua subsistência e,

ainda, que havia um partilhamento de experiências entre sua família e o resto do mundo. O que se entende, então, é que a participação no comércio de drogas garantia a urgência material, conquistando, desse modo, a independência financeira e o prazer do consumo, fazendo-se afirmar o seguinte: não está nos genes o conflito com a lei, mas sim nas formas de sobrevivência.

Há, ainda, um "rumor" de que as meninas são mais cruéis no crime e mais insubordinadas nas cadeias. No entanto, Debora Diniz não encontrou evidência que o sustentasse no dia a dia de Santa Maria, exceto pelos suicídios ou tentativas de suicídios presenciadas. O que pode ter contribuído para alimentar esse rumor foi a crescente feminização do sistema. De 2012 a 2014, por exemplo, o crescimento acumulado das meninas foi de 25% (taxa esta calculada pela pesquisa a partir de dados segregados do Levantamento Anual do Sinase 2014).

Posto isso, o ECA aduz que a internação deve ser feita em um estabelecimento educacional. Isto porque a ideia do texto legal seria que as meninas sairiam de uma situação de desemparo na rua para que o Estado pudesse oferecer proteção de forma integral.

No livro "Cadeia: relato sobre mulheres", Débora Diniz afirma, a partir da realidade vista e sentida durante o tempo em que ficou acompanhando o dia a dia destas mulheres, que o presídio é uma máquina final de abandono[33]. Abandono este que teve início desde muito cedo nas vidas destas mulheres. Esse itinerário carcerário do abandono é o mesmo vivenciado pelas meninas de Santa Maria (DF).

O estabelecimento educacional previsto no ECA, segundo a pesquisa, acaba por se tratar, na realidade, de uma cadeia de meninas, haja vista que não se tratam de estabelecimentos educacionais, mas sim punitivos. Diniz lista os motivos: a) primeiro porque há cela, castigo, controle e vigilância; b) segundo porque, na medida de internação, não só há o sequestro da liberdade de uma menina com vistas a puni-la pela infração cometida, como também há o recolhimento para que ela

[33] DINIZ, Debora. **Cadeia:** relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 210.

possa fazer uso do seu tempo de outra maneira; c) o tempo que interessa para o Estado é aquele que compreende até três anos da vida de uma menina, oportunidade esta em que há a transformação do ciclo "da rua para a prisão ou da rua para o cemitério".

3.2 Estudo de Casos: Jade e Pikena

O segundo estudo foi feito por Natália Vilarins tendo como personagens principais Jade e Pikena, onde é feita uma análise acerca da materialização da proposta de garantia de direitos na medida socioeducativa de internação. Isto porque, compartilhando do mesmo pensamento de Débora Diniz, a autora entende que a unidade de internação mais se parece a uma prisão, o que, por sua vez, impede a efetivação de direitos. A internação, nesse sentido, passa a representar e marcar o destino das meninas que representam uma ameaça de perigo pela infração cometida e, diante disso, passa a ser o lugar em que elas passam a existir como figuras não humanas, tendo em conta que há a transformação automática, no momento em que passam a cumprir a medida de internação, em indivíduos perigosos.

Judith Butler[34] aborda sobre o tema ao falar dos prisioneiros da guerra contra o Afeganistão e que, por serem considerados perigosos, foram reduzidos a seres não humanos, sendo aproximados à figura de animais e, por esta razão, suas mortes não seriam dignas de luto. Logo, existem vidas que não são reconhecidas como vidas, dado que os sujeitos se constituem e se reconhecem mediante normas que trazem o conceito do que pode ser encarado como uma vida. Essas normas modelam o sujeito para torná-lo reconhecível por meio de marcos como, por exemplo, a medida de internação.

A autora analisa em sua pesquisa, ainda, que existem dois documentos principais na medida de internação, quais sejam: relatórios e o PIA. Os discursos apresentados nesses documentos formam o exame – que surge quando se traça a personalidade, a história de vida e a família das meninas e relaciona esses aspectos

[34] BUTLER, Judith. Marcos de guerra: las vidas llordas. Madrid: Paidós, 2010.

ao ato infracional cometido, o que acaba por constituir a vida dessas meninas. Na realidade, as meninas acabam se deparando por um Tribunal de perversidade e de perigo em detrimento de um Tribunal de julga o ato infracional.

Como dito, a pesquisa traz como personagens principais a história de Jade e Pikena. Jade tinha, à época, dezenove anos e passou dois anos internada por um ato grave e único: latrocínio. Já Pikena estava passando pela unidade de internação pela segunda vez por tráfico de drogas. Logo, Jade se tornou mais uma das meninas de Santa Maria pelo ato infracional que cometeu – mediante violência ou grave ameaça –, ao passo que Pikena seria perigosa por sua delinquência e teve sua medida de internação decretada por motivos aliados a condições pessoais e sociais e, ainda, ante a sua reincidência no sistema socioeducativo.

Jade e uma amiga – cujo nome não foi mencionado no estudo – diziam sofrer assédio sexual de um homem mais velho que oferecia dinheiro a elas em troca de sexo. Como uma forma de vingança, cometeu, junto com seu namorado, o ato infracional. Jade foi liberada após dois anos. No entanto, seu tempo na internação fez com que ela se esquecesse de como era o mundo. O mundo lhe pedia força de vontade, mas de onde retirar força se esta foi perdida durante o cumprimento da medida socioeducativa? A internação interrompe a vida da menina e não foi diferente com Jade. Ela foi afastada do mundo que não mais aceitava sua presença. Contar sua história até passou a ser uma hipótese, mas essa história ou seria distorcida, como assim o foi, pelos jornalistas, ou seria tratada como sinônimo de vergonha e desumanização.

A precarização da vida é marcada pela exposição e dependência do outro e, por sua vez, é vulnerável à violência, à dor, ao adoecimento e à morte. No caso das meninas de Santa Maria, elas, que até então eram invisíveis, passam a ser vistas pela sociedade como indivíduos perigosos e que, em consequência disso, precisam ser extintos da sociedade. É o que Alessandro Baratta chama de ideologia da defesa

social[35] - a ideologia da defesa social era o auge das ideologias marxistas nas ciências sociais e significava a eliminação do perigo social e eliminação dos indivíduos tidos como delinquentes. Na vida de Pikena e da maioria das meninas de Santa Maria a precarização da vida foi um processo anterior a sua passagem na medida de internação, mas sua entrada no sistema socioeducativo não rompeu com esse processo, mas sim promoveu a sua continuidade no itinerário punitivo. No que diz respeito à Jade, a precarização não se deu previamente ao cumprimento da medida socioeducativa, mas sim o ato infracional cometido e o período de internação que promoveram a precarização da vida.

Robert Castel[36] afirma que as sociedades modernas são construídas com o alicerce da insegurança, pois não encontram entre si a capacidade de gerar proteção, uma vez que as sociedades modernas têm como premissa o individualismo; a promoção do outro. Nesse sentido, o autor preleciona que o que irá configurar a proteção do outro não é o outro em si, nem o grupo a qual pertence, mas sim as propriedades que tem.

Segundo a autora, a insegurança sentida pelas meninas de Santa Maria acaba por representar, para uma grande parcela da população, um problema de segurança pública que deve ser combatido com ação de polícia. Diante desse problema, o Estado, por sua vez começa a puni-las como resposta imediata ao clamor público.

De acordo com o advogado Ariel de Castro Alves[37], o ECA ainda apresenta desafios quanto a sua efetiva implementação. Isto porque a proteção integral, como se vê nos casos trazidos ao longo do estudo, é, por vezes, inexistente e isso se deve ao fato de que os entes públicos deixam a desejar na transformação da lei em realidade.

---

[35] Sobre o tema, ver: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

[36] CASTEL, Robert. **A insegurança social: o que é ser protegido**? Petrópolis: Vozes, 2005.

[37] Tema disponível em: < http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalhoinfantil/noticia/nos-24-anos-do-eca-advogado-critica-a-falta-de-implementacao-da-lei-a-protecao-integral-e-muitas-vezes-inexistente/>. Acesso em: 17 de set. 2018.

Diante do cenário atual, quem acaba por estar irregular é a família, o Estado e toda a sociedade que não garantem o mínimo acesso aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Sem contar, ainda, que os órgãos, que a princípio, deveriam proteger, encontram-se sem condições de infraestrutura de trabalho, o que traz a seguinte pergunta: se o próprio Poder Judiciário não consta de mínimas condições de infraestrutura de trabalho, como ele vai cobrar das prefeituras, estados e instituições, uma proteção que nem ele mesmo sequer prioriza?

O que se denota, a partir dos casos trazidos ao longo do estudo, é que, conforme argumenta Andréa Amin, a doutrina da proteção integral está bem delineada na legislação. O desafio maior é torná-la efetiva e palpável nos aspectos práticos. Tarefa esta que não é simples, pois exige conhecer de uma nova sistemática para, assim, romper com a dogmática da doutrina da proteção irregular. Além disso, exige um comprometimento de todos os agentes – Judiciário, Ministério Público, técnicos, Executivo, sociedade civil, família – em adequar o cotidiano infanto-juvenil a um sistema garantista.

Por fim, cabe trazer aqui uma carta de uma das meninas de Santa Maria que foi anexada ao estudo de Débora Diniz. A narrativa se faz importante e, inclusive, necessária, pois elucida a realidade da insegurança, do desamparo, da ausência da autoconsideração, da distância acerca dos aspectos do cotidiano, do desamparo diante da construção de projetos futuros, retirando a dignidade sobre si e a esperança que as move:

> Sabe quem sou eu? Uma menina que desde pequena sonhava em ser feliz, sonhava com uma casa bonita e com uma família estruturada. Mas na medida em que fui crescendo, percebi que não bastava apenas sonhar. Para conseguir o que eu esperava da vida, precisei despertar para o mundo e lutar contra dragões. Acredite, há dragões no mundo. A vida é feita de lutas e foi numa dessas que eu perdi, e me dei conta da realidade. Sabe de onde eu escrevo? Escrevo sentada em uma cama, chamada de jega, e ao meu redor só vejo grades e um corredor nebuloso, que me causa arrepios. Escrevo de dentro da prisão, o maior dragão que já enfrentei. Vivo aqui há um ano e oito meses. É a mesma rotina todos os dias: acordo aos sons de trancas e algemas, a voz que me desperta é a de uma

> agente que confere o meu corpo. Durmo com o barulho de grades sendo trancadas. Você deve se perguntar por que estou aqui. Estou aqui porque vendi drogas, a juíza me disse que sou "traficante de drogas". Quando eu era criança, meus pais eram pobres, minha mãe uma trabalhadora humilde, passávamos necessidade. Na adolescência, acredite, eu queria um emprego honesto, mas não suportava mais viver na decadência de minha casa. Eu queria ir para escola vestida, voltar da escola com colegas, mas sem sentir vergonha da miséria que era minha casa. Não me ache tola, eu era só uma adolescente que buscava autoestima e conforto. Foi fácil participar do tráfico de drogas, ele fazia parte da minha vizinhança. A minha história é comum aqui onde vivo. Há outras meninas com dramas maiores, algumas sofreram violência, outras foram abandonadas. Ouvi dizer que vocês querem reduzir a maioridade penal para 16 anos. Eu tenho 18 anos, e me imagino agora no presídio. Não entendo de muitas coisas, mas posso lhe contar de minha vida: eu, talvez, fosse entrar no crime ainda mais jovem. É terrível me imaginar, ou imaginar outra menina, aos 16 anos em um presídio. Aqui não é um lugar feliz, mas eu vou à escola todos os dias. No presídio, eu não teria nem esta chance de mudança. Quando eu for liberada, e espero que seja logo, eu espero não ser identificada como uma ex-presidiária: quero poder começar minha vida. Eu sei que você me ignora, vivemos em uma sociedade preconceituosa. Mas, sem prisão, meu nome não estará sujo e, quem sabe, eu poderei arrumar um emprego digno. Sem essa chance, meu único refúgio de sobrevivência seria o crime novamente. Se a maioridade penal tivesse sido alterada antes de eu ser presa, neste momento, eu não teria oportunidade de estudar e nem de lhe escrever esta carta para este concurso. Tudo seria muito mais difícil e sem esperança. Eu sou mesmo tão perigosa para não merecer esta chance?[38]

4 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar, diante do que se é esperado do panorama legal, a realidade da medida socioeducativa de internação das meninas de Santa Maria e, posto isso, verificar a efetividade da doutrina da proteção integral. No entanto, como já dito, apesar de apresentar expectativas, a medida socioeducativa de internação apresenta uma realidade adversa quanto ao seu cumprimento, dado que,

[38] DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei:** a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Brasília: Letras Livres, 2017, p. 27.

diante da indeterminação contida em seu texto legal, esta medida passa a ficar sob o pálio de uma discricionariedade estatal, mas o problema não para por aí.

A tradição menorista de confisco das crianças para reformatórios parece ser um passado que não ruiu à luz das proteções garantistas do ECA. Isto porque, na realidade, não há a elaboração de um novo projeto de vida, mas sim a institucionalização da existência pela imposição disciplina. Frise-se, contudo, que não se tem (e nunca se teve) a intenção aqui de negar a existência de direitos previstos no ECA. Direitos existem, mas, ao contrário do que dispõe o texto legal, esses direitos não se mostram capazes de chegar aos barracos de internação.

Na realidade, o que se tem no cotidiano é o inverso do que é disposto em Lei: uma instituição punitiva com fragmentos educacionais, marcada, sobretudo, pelo desespero durante a internação e pelo desamparo após a internação. O tempo da internação deveria ser de estímulo a outros projetos de vida. Todavia, para isso as meninas precisariam do conhecimento de outras formas de existir que não sejam atreladas ao comportamento contrário à ordem jurídica.

O ECA não estabelece um período determinado para o cumprimento da medida de internação. Como foi visto, essa indeterminação existe porque as penas oferecidas pelo Estatuto não são correspondentes aos atos infracionais praticados, ficando, portanto, sob o pálio de uma discricionariedade estatal, de acordo com a condição pessoal do adolescente.

Assim, quando a proteção integral falha, as meninas são levadas para a medida de internação para que possam ser reeducadas até retornarem ao convívio social. No entanto, isso é apenas uma carta de intenções presente no texto legal e, conforme, visto nos estudos acima, não condiz com a realidade.

Em descompasso com a alteração do paradigma na legislação, a instituição não substitui a cultura específica da chamada “situação irregular”. Afasta oportunidades de comportamentos, levando as meninas a um processo de desculturamento que as incapacita a enfrentar os aspectos do cotidiano. As

adolescentes perdem diversos referenciais imprescindíveis à vida social. Não existe, assim, socioeducação e há, ainda, um abismo entre lei e prática cotidiana, retornando ao modelo anterior.[39] As adolescentes acabam por perder não somente a autoconsideração e passam também a apresentar marcas cravadas na carne, mente e, sobretudo, alma. A internação retira, de forma cruel e danosa, a dignidade sobre si e a esperança, tornando-se, para tanto, um depósito para neutralizar pessoas indesejadas pela vida social[40].

Nesse sentido, diante dos estudos trazidos nesse capítulo, é que se é possível depreender que os direitos existentes no ECA não se efetivam nas meninas de Santa Maria, ante a promoção da precarização da vida. O que se pode afirmar, no entanto, é que direitos até existem, mas eles não são capazes de chegar aos barracos de internação. A porta da realidade é escancarada e mostra, sem filtros ou maquiagens, uma realidade prisional que revela, assim, uma piora na vida das meninas que passam pelas medidas de internação e só termina por intensificar a revolta e o desamparo estatal de todos os lados e por todos os cantos. A simulação de prisão com mínimos resquícios de um estabelecimento educacional acaba por não reconhecer a precarização da vida das meninas e desafia o enquadramento prático da doutrina da proteção integral de direitos.

Desse modo, diante de tudo que foi abordado neste ensaio, é possível afirmar que o projeto garantista de direitos, advindos, sobretudo, com o advento da doutrina da proteção integral, não se efetiva nas meninas que cumprem medida de internação em Santa Maria (DF), dado que tal medida, como se mostrou na prática, promove a precarização, fazendo com que suas vidas sejam indignas de serem vividas.

REFERÊNCIAS

[39] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil:** paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017, p. 120.

[40] ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil:** paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017, p. 121.

ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. Justiça penal juvenil: paradigmas e experiências comparadas. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017.

ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes; SIQUEIRA NETO, Lélio Ferraz de; ALBINO, Priscila Linhares. Considerações sobre o subsistema de execução de medidas socioeducativas criado pela Lei Federal nº 12.594/2012 (SINASE). 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/SINASE/Artigo-2-SINASE-CIJ-MP-SC_artigodrfernandoedrlelio.pdf >. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 05 de ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 de jul. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). Levantamento anual Sinase 2013. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015.

BRASIL. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude Regra de Beijing. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Regras-M%C3%ADnimas-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Administra%C3%A7%C3%A3o-daJusti%C3%A7a-da-Inf%C3%A2ncia-e-da Juventude-Regra-de-Beijing.pdf>. Acesso em: 17 de ago. 2018.

BRASIL. Resolução nº 113, de 19 de abril de 2006. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/113-resolucao-113-de-19-de-abril-de-2006/view>. Acesso em: 17 de ago. 2018.

BRASIL. Resolução nº 119, de 11 de dezembro de 2006. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e dá outras providências. Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-119.pdf>. Acesso em: 17 de ago. 2018.

BRASIL. Resolução nº 160, de 18 de novembro de 2018. Aprova o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo. Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-160.pdf>. Acesso em: 17 de ago. 2018.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BUTLER, Judith. Marcos de guerra: las vidas llordas. Madrid: Paidós, 2010.

BUTLER, Judith. Vida precaria: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006. Disponível em: < https://psicanalisepolitica.files.wordpress.com/2014/10/butler-judith-vida-precaria.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

CASTEL, Robert. A insegurança social: o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005

COSTA, Ana Paula Motta. As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COSTA. Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIGIÁCOMO, Eduardo. Sinase: Lei 12.594/12 em perguntas e respostas. São Paulo: Ixtlan, 2016. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/sinase/sinase_em_perguntas_e_respostas_para_conselheiros_tutelares_ed2016.pdf>. Acesso em: 05 de ago. 2018.

DINIZ, Debora. Cadeia: relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DINIZ, Debora. Cadeia de Papel. Revista Liberdades, São Paulo, ed. nº 20, set./dez. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/256-Cadeia-Papel>. Acesso em: 26 de maio de 2018.

DINIZ, Debora. Meninas fora da lei: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Brasília: Letras Livres, 2017.

KEHL, Maria Rita. Ressentimento. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

KIDDO, Yuri. Nos 24 anos do ECA, advogado critica a falta de implementação da lei: "a proteção integral é muitas vezes inexistente". Publicado em: 30 de novembro de 2016. Disponível em: < http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalhoinfantil/noticia/nos-24-anos-do-eca-advogado-critica-a-falta-de-implementacao-da-lei-a-protecao-integral-e-muitas-vezes-inexistente/>. Acesso em: 4 de set. 2018.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 820-1030.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1031-1187.

MALLART, Fábio. Cadeia dominadas: a Fundação Casa, suas dinâmicas e trajetórias de jovens internos. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

MARTINS, Renata Monteiro. As meninas que cumprem medida de internação: uma interface entre gênero e proteção integral do sistema socioeducativo. 2016. 96 f. Monografia (Graduação) – Instituto de Ciências Humanas (IH), Departamento de Serviço Social (SER), Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/ file:///I:/Monografia/Textos-Base/2016_RenataMonteiroMartins_tcc.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2018.

VILARINS, Natália Pereira Gonçalves. Meninas de Santa Maria: a precarização da vida na medida socioeducativa de internação. 2016. 110 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Humanas (IH), Departamento de Serviço Social (SER), Programa de Pós-Graduação em Política Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22509/1/2016_NatáliaPereiraGonçalvesVilarins.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2018.

ATIVISMO JUDICIAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Ludmylla Medeiros do Couto

RESUMO

O trabalho tem como objeto de estudo o ativismo judicial e seus impactos na concretização dos direitos e garantias fundamentais, buscando trazer uma reflexão sobre a compatibilidade desse cenário com o Estado de Direitos Fundamentais. Nesse contexto, será estudada a confrontação do ativismo judicial para o que se chama de ativismo constitucional, atividade que caminha de mãos dadas com o Estado de Direito. Para melhor delimitação do tema, será estudado um direito fundamental em espécie, a saber, a presunção de inocência ou direito fundamental à não culpabilidade. Serão analisadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que discutiram sobre a possibilidade da execução provisória da pena, nos termos do que se encontra expressamente previsto no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LVII. Assim sendo, o tema é controvertido no meio jurídico e divide opiniões acerca da constitucionalidade do posicionamento do STF quanto ao assunto e, portanto, serão explanadas as favoráveis e contrárias, a partir de uma análise crítica fundada nas posições teóricas apresentadas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo do ativismo judicial, buscando demonstrar seu conceito, causas e consequências, em contraposição ao ativismo constitucional, termo que, embora não inédito, é recente e vem ganhando espaço nos discursos jurídicos dentro do contexto do estado de direitos

fundamentais, que também será estudado.[1] Ao ouvir falar sobre ativismo judicial, num primeiro momento, já é possível

vislumbrar uma significativa carga valorativa inserida no termo no sentido de que muitos já o visualizam como algo bom ou ruim, pois, atualmente, com a notória atuação dos nossos tribunais superiores, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, o tema constantemente faz parte de discursos jurídicos, acadêmicos e populares acerca da concretização de direitos e garantias fundamentais.

O que se pretende neste trabalho, entretanto, não é defender ou criticar a atitude ativista, mas, sim, estudá-la sob suas diversas perspectivas, trazendo à tona suas nuances e, assim, engendrar uma reflexão acerca de suas consequências dentro do Estado de Direito. Sobretudo, o estudo buscará demonstrar os impactos do ativismo (seja ele o judicial ou o constitucional) no que tange à concretização de direitos fundamentais. Consequentemente, as abordagens feitas conduzirão a alguma conclusão a respeito do tema, no contexto teórico do que a Professora Christine Peter propõe como o Estado de Direitos Fundamentais.

Conforme mencionado, paralelamente ao estudo do ativismo judicial, surge a necessidade de demonstrar também as propostas do ativismo constitucional, importante ferramenta do Estado Constitucional, no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais.

O ativismo constitucional é um termo mais abrangente que leva em consideração não apenas o ativismo praticado pelo Poder Judiciário, mas também todo e qualquer ativismo praticado no âmbito de qualquer dos Poderes e de suas instituições na busca pela concretização dos direitos fundamentais inseridos em nossa Carta Magna.[2]

Já o ativismo judicial nos remete a uma atitude ativa somente do Poder Judiciário no âmbito dos conflitos jurídicos que chegam a suas mãos. Essa atitude

[1] PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.
[2] Ibidem.

pressupõe uma judicialização de demandas feita por parte da sociedade, pois, como sabemos, o Judiciário é norteado pelo princípio da inércia, no qual não é permitido ao magistrado, em regra, atuar de ofício.[3]

A busca pelo Judiciário se dá quando não mais é possível resolver o problema por outros meios mais simples ou quando a lide ganha uma proporção que já não é mais possível aos particulares solucionarem sozinhos. Então, a existência de um elevado número de judicializações de demandas, fazendo com que o Judiciário comece a atuar onde outros Poderes é que deveriam fazer, leva-nos a acreditar que está havendo negligência por parte do Legislativo e do Executivo.

Nesse sentindo, temos que o ativismo judicial também é resultado de omissão legislativa ou executiva, o que leva o Poder Judiciário a ter de agir com o intuito de suprir tais omissões. Essa situação pode criar um problema, fazendo com que um poder fique super inflado em relação aos demais, passando o Judiciário a uma posição de usurpador de funções do Poder Legislativo e do Poder Executivo.[4]

Para demonstrar os impactos do ativismo sobre os direitos fundamentais, será feita uma análise jurisprudencial de algumas decisões sobre um dos casos notórios que foi objeto de muitos debates entre os ministros do Supremo Tribunal Federal. As decisões analisadas têm como objeto de discussão a possibilidade sobre a execução provisória da pena, no âmbito do processo penal e os impactos dessa execução no direito fundamental à presunção de inocência.

A presunção de inocência é princípio basilar do processo penal, o que é facilmente demonstrado por meio de todos os outros princípios que norteiam o processo, que se tornou garantista por ocasião da promulgação da Constituição em 1988, o que nos mostra a preocupação dela em garantir um processo primado pela dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é fácil enxergar que a

3 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid (2009), p. 17-32.
4 Ibidem.

constitucionalização do processo penal teve o intuito de dar maior proteção ao indivíduo diante do poder punitivo do Estado.

As mudanças jurisprudenciais, com impactos diretos à Constituição, se deram por meio de 3 decisões provenientes dos seguintes *Habeas Corpus*: HC 84.078-7 MG[5], HC nº

126.292 SP[6] e, por último, o mais recente HC nº 152.752 PR[7], julgado pelo Supremo e que gerou grande repercussão pois poderia representar um outro marco no entendimento da Corte, mas veio a ratificar o que já havia sendo entendimento firmado pelo HC 126.292.

O marco da mudança teve início com o julgamento do HC nº 84.078-7[8], decidido

em 05 de fevereiro de 2009, de relatoria do ministro Eros Grau, que teve como entendimento final a impossibilidade da execução provisória da pena, por terem os ministros, naquela ocasião, entendido que a atitude afrontava o direito à presunção de inocência.

Posteriormente, em 2016, e, vale ressaltar, já com novas cadeiras ocupadas, o STF revisou seu entendimento acerca do assunto por meio do julgamento do HC nº 126.292-SP[9] e passou a adotar posicionamento oposto ao adotado anteriormente, ou seja, passou a entender que não constitui afronta ao artigo 5º, inciso LXII (direito à presunção e inocência), da Constituição Federal, a execução provisória da pena.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >
6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >
7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf >
8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >
9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >

Com o julgamento do HC nº 152.752-PR[10], de relatoria do ministro Edson Fachin, o tema voltou a ser discutido e gerou muita especulação sobre se iria ou não ocorrer nova revisão da jurisprudência, porém o entendimento permaneceu o mesmo e é o que vem sendo aplicado até então, qual seja, a execução provisória da pena não afronta a CF de 1988.

Nesse contexto, o trabalho tem o intuito de demostrar o ativismo judicial em um caso específico de grande repercussão, aprofundando, assim, o estudo sobre o direito à presunção de inocência e, por último, por meio de análise jurisprudencial, expor cada uma das razões trazidas nos acórdãos analisados e os impactos do ativismo no que tange à relativização ou efetivação de direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2: DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL

2.1 Considerações Iniciais

Nossa Constituição nos traz logo em seu artigo 2º[11] o princípio da separação dos poderes, importante limitador da atuação dos órgãos do Estado e caracterizador de um regime democrático. Em termos mais técnicos, os autores afirmam que a separação de poderes é, na verdade, uma separação de funções do poder, já que este é uno.[12]

Nesse sentido, há, dentro do texto constitucional, vários exemplos da aplicação do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes de forma que um exerce sobre o outro controle de forma recíproca, sem prejuízo da independência de cada um.[13]

Tal controle tem extrema relevância para o eficiente funcionamento do nosso Estado Democrático de Direito, não permitindo que um Poder se sobreponha ao outro

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf >
[11] Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
[12] BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 2º ed. Editora Saraiva.
[13] Ibidem.

e, assim, os três atuem harmonicamente de forma a proteger os indivíduos de eventuais abusos, como ocorria no passado.[14]

Nesse sentido, afirma o ministro Luís Roberto Barroso[15]:

> O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

Para se ter ideia da importância desse princípio em nossa ordem constitucional, ele encontra-se elencado no rol das chamadas cláusulas pétreas, que são aquelas em que não se pode emendar o dispositivo com tendência a querer abolir o direito ali colocado. De igual forma, é importante que na prática da atuação estatal não haja desrespeito ao princípio em questão.[16]

Nesse sentido, já de antemão, é possível estranhar o termo ativismo judicial, pois soa como se o Poder Judiciário estivesse atuando mais do que deveria (adiante veremos que é exatamente isso) ou mais do que os outros Poderes, o que, nesse caso, se mostra incoerente dentro de um Estado em que as funções dos Poderes são separadas e entre eles pretende-se exercer um controle a fim de evitar a sobreposição de um em relação ao outro.

2.2 Ativismo judicial e o Ativismo Constitucional

Antes de invadir os estudos sobre ativismo judicial, é importante trazer à tona o fenômeno que o precede, qual seja, a judicialização, pois, como se sabe, o Poder Judiciário, em regra, age por provocação de terceiro interessado na sua atividade, o que consubstancia o princípio da inércia. Pois bem, a judicialização corresponde às

[14] Ibidem.
[15] Ibidem.
[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >

demandas que são levadas ao Poder Judiciário diariamente pelos indivíduos para que, assim, ele exerça sua atividade judicante.[17]

Quando há excessiva judicialização de demandas ocorre uma verdadeira transferência de poder dos Poderes Legislativo e Executivo para as mãos do Poder Judiciário, que passa a agir mais ativamente na vida dos cidadãos, decidindo, na maioria das vezes, sobre questões que interferem diretamente na esfera privada dos indivíduos.[18]

Entre as causas da judicialização, segundo o ministro Luís Roberto Barroso, está a redemocratização, que ganhou força com a promulgação da Constituição de 1988, pois, a carta magna fortaleceu as instituições essenciais à justiça, o que fez com que o Poder Judiciário também se tornasse fonte de concretização de direitos fundamentais. Uma outra causa foi o processo de constitucionalização de diversas matérias antes não encontradas em seu texto, o que faz com que a Constituição Cidadã se caracterize como uma Constituição eminentemente analítica e, por fim, a última causa apontada como motivadora da judicialização é o sistema de controle de constitucionalidade altamente abrangente, fazendo com que ainda mais questões sejam judicializadas.[19]

A própria possibilidade de judicializar uma demanda é um direito fundamental assegurado constitucionalmente, correspondente ao direito de ação, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão à direito será afastada do Poder Judiciário.[20]

O direito de ação então abre portas para que outros direitos possam ser concretizados por meio de decisões judiciais. A judicialização caminha, pois, junto com o ativismo judicial, mas ao passo que aquela é um fato, que está fora da esfera

[17] Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*.
[18] Ibidem.
[19] Ibidem.
[20] ORSATTO, Sílvio Dagoberto. A atuação do poder judiciário no estado constitucional em face do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 238-251.

de controle dos magistrados, o ativismo judicial é uma atitude de escolha acerca do modo como será tomada as suas decisões.[21]

O ativismo judicial é, pois, ação que implica em uma participação expansiva do Poder Judiciário na intenção de dar maior alcance e sentido ao texto constitucional, o que provoca, em maior ou menor grau, uma invasão na esfera de competência dos outros Poderes, o que, em alguns casos, ocorre pela própria omissão deles.[22]

Nesse ponto, colaciono a contribuição de Ronald Dworkim[23] em uma de suas obras:

> Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizada na prática.

O motivo de não ser plenamente possível que o juiz encontre solução para todos os casos no direito positivado é simples, não há como o legislador prever todos os possíveis conflitos que podem surgir na sociedade. Para isso é dado ao magistrado outros meios de suprir as lacunas que eventualmente surgirem.

Segundo alguns autores, o ativismo judicial é até necessário num Estado Democrático de Direito na medida em que também é fonte de concretização de direitos fundamentais e garantidor de eventuais agressões que os cidadãos possam vir a sofrer do próprio Poder Legislativo e, nesse ponto, é possível vislumbrar o sistema de freios e contrapesos em atuação.[24]

Em maior ou menor medida, pois, é possível afirmar que o juiz quando decide cria direitos por meio de sua atividade judicante. Nesse sentido, o que despende

[21] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.
[22] Ibidem.
[23] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128
[24] COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 2-22.

preocupação é os limites dessa atuação, pois é essencial, para manutenção do Estado de Direito, que os Poderes estejam sempre atuando harmonicamente.[25]

Criação judicial do direito e ativismo judicial são termos que não se confundem, pois, a criação judicial do direito é o próprio exercício regular do poder-dever do Poder Judiciário, enquanto que o ativismo judicial seria a extrapolação desse poder-dever. [26]

No Brasil, o grande protagonista de toda a discussão sobre ativismo judicial é o Supremo Tribunal Federal, o que não poderia ser diferente já que é ele o guardião da Constituição da República e, portanto, nossa instância constitucional a quem se recorre sempre que surgem os casos difíceis no contexto da nossa Carta Magna.

Entretanto, é importante lembrar que, enquanto guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal deve assegurar o respeito às normas constitucionais de forma que os direitos ali elencados sejam materialmente assegurados e não apenas formalmente, e faz isso como última instância a quem recorremos. Tal função, porém, não legitima atuação para além do que a própria Constituição autoriza, que é o sentido que imprime, negativamente, o termo ativismo judicial.

É o limite traçado pelo princípio constitucional da separação dos poderes que delimita a criação judicial do direito para que ela não se transforme em ativismo judicial, o que, em alguns casos, é de fácil constatação, porém em outros há alto grau de complexidade em definir esses limites levando em conta a abertura deixada pelo próprio texto.[27]

Luís Roberto Barroso[28], elenca algumas situações em que é possível enxergar o ativismo judicial, são elas:

[25] Ibidem.
[26] Ibidem.
[27] COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 2-22.
[28] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p. 22.

> a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
>
> a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
>
> a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A situação que será analisada em nosso estudo não parece se adequar a nenhuma das hipóteses elencadas pelo ministro, pois trata-se de um dispositivo ao qual foi dado interpretação diversa em diferentes momentos, fazendo com que haja uma grande dúvida acerca da real vontade do legislador constituinte e também se na situação houve extrapolação de poder do Supremo Tribunal Federal no momento de interpretar a norma, fazendo com que uma nova norma fosse criada e nos levando a um estado de insegurança jurídica.

É possível visualizar a primeira situação quando o STF, por ocasião do julgamento da ADPF 132[29] reconheceu a união homoafetiva, concluído que o emprego da palavra "família" no texto constitucional, assim como no Código Civil, abrange não só aquela constituída por homem e mulher, mas também contempla a união entre pessoas do mesmo sexo, pois a orientação sexual do indivíduo não pode ser usada como fundamento à desigualação jurídica.

A segunda, é realizada quando algum dos legitimados impetra uma das ações de controle de constitucionalidade, caso em que, atendidos os requisitos constitucionais para conhecimento da ação, o STF fica obrigado a se manifestar acerca da constitucionalidade ou não da norma impugnada, foi o que ocorreu quando o Supremo se manifestou, por meio da ADIN 4815[30], sobre a publicação de biografias não autorizadas.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Min. Ayres Brito. 2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/p aginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 4815. Relator: Min. Cármen Lúcia. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>

A terceira situação ocorre quando, por exemplo, o Poder Judiciário impõe a um hospital que seja dado a um determinado indivíduo o direito de ser internado em uma UTI em caráter de urgência.

Na primeira situação, é possível visualizar o Poder Judiciário atuando ativamente e invadindo a esfera de competência típica do Poder Legislativo, mas com o fim de concretizar direitos fundamentais, assim como na terceira hipótese o Judiciário invade a esfera de competência do Poder Executivo, mas por omissão deste e no intuito de assegurar um direito fundamental.

Em contraponto ao ativismo judicial está a autocontenção judicial que busca um posicionamento mais retraído de forma a se evitar a invasão na esfera de competências dos demais poderes. Até a Constituição de 1988 essa era a característica do Poder Judiciário brasileiro, porém, com a promulgação da carta magna e todo o processo de redemocratização advindo junto com ela, conforme dito anteriormente, o Poder Judiciário passou a ser mais atuante.[31]

Apesar do ativismo judicial ser uma onda que vem tomando conta das Cortes Constitucionais em vários países, o Brasil ainda tem lugar de destaque nesse sentido, pois questões de todos os tipos chegam ao Supremo para julgamento e os cidadãos brasileiros acompanham tudo ativamente, na expectativa de terem suas demandas atendidas.[32]

Sobre a atividade judicante, Inocêncio Mártires Coelho[33] nos ensina o seguinte:

> *Interpretar* não é criar, advertem os interpretativistas, é simplesmente *aplicar* a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular, cujas decisões *políticas* não podem ser substituídas pelas decisões *jurídicas* – sobretudo as de forte inspiração *política* – da magistratura constitucional.

[31] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 2011.
[32] Ibidem.
[33] COELHO, Inocêncio Mártires, Interpretação constitucional. p.105-111.

Os interpretativistas são aqueles que pretendem interpretar a Constituição de maneira mais limitada, de modo a não haver uma criação judicial de norma por entenderem que tal atitude é incompatível com o princípio democrático, já que magistrados não chegam ao poder por meio de escolha popular. Porém, os interpretativistas não chegam a ser fortemente positivistas pois admitem a necessidade de adequação do texto à realizade social, não devendo o aplicador da norma prender-se tão somente à literalidade constitucional, mas interpretá-la pautado por limites previamente estabelecidos.[34]

Já os não interpretativistas são aqueles que seguem uma posição oposta, defendendo uma interpretação mais expansiva, o que se coaduna com o ativismo judicial vivido na contemporaneidade.[35]

Nesse sentindo é também o que abriga Fernando Lassalle, que adverte para importância da atualização da Constituição à realidade social, que vive em constante mudanças e por esse motivo não deve ser engessada sob pena de se tornar uma mera folha de papel e não refletir a realidade constitucional que por ela é regida.[36]

Importante levantar alguns pontos que são colocados em oposição ao aumento da intervenção do Judiciário na vida dos cidadãos, entre eles estão os riscos que o ativismo judicial traz para a legitimidade democrática, o que traz a discussão o fato de os agentes do Poder Judiciário não serem eleitos, conforme defendido também pelos interpretativistas.[37]

Outro risco é o da politização da justiça, que pode ocorrer, por exemplo se magistrados passarem a tomar decisões populistas diante de omissões legislativas, o que faz com que as pessoas comecem a ver no Poder Judiciário um herói, salvador da pátria e isso não é saudável para a democracia. Por isso, então, é que há meios de se evitar esse tipo de conduta, como por exemplo a motivação racional a que estão

[34] Ibidem.
[35] Ibidem.
[36] Ibidem.
[37] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 2011.

obrigados os magistrados, que devem sempre expor, amparados pelo ordenamento jurídico, as razões de suas decisões.[38]

E, por fim, um outro contraponto diz respeito à capacidade institucional do Judiciário e os seus limites pois, num Estado que tem como fundamento basilar a separação de poderes é de suma importância que haja equilíbrio na tomada de decisões de cada um deles para que não ocorra hegemonia de um poder em relação ao outro. Algumas decisões, segundo o então ministro Barroso, não cabem ao Poder Judiciário tomar, pois, na maior parte das vezes,

o magistrado não consegue enxergar o impacto sistêmico que uma decisão pode causar na realidade social do país.[39]

E, assim como o estado de direito tem evoluído para um estado constitucional, preocupado sempre em tornar efetiva a Constituição no que tange aos direitos fundamentais, juntamente com ele uma importante ferramenta em atualização ao ativismo judicial: o ativismo constitucional. A respeito disso, incialmente, nas palavras de Christine Peter[40]:

> O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas do poder, seja pelo legislador, seja pelo juiz.

O ativismo constitucional, pois, traduz-se num ativismo vindo dos três poderes do Estado e de suas instituições com o intuito único de concretizar direitos constitucionais, o que se coaduna com o estado de direitos fundamentais, que revela-se como uma atualização do estado direito.[41]

Nesse sentindo, o deslocamento do ativismo judicial para o constitucional nos leva a um novo olhar em relação a separação das funções dos poderes, em que se

[38] COELHO, Inocêncio Mártires, Interpretação constitucional. p.105-111.
[39] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 2011.
[40] PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.
[41] Ibidem

percebe que, para a efetivação de direitos fundamentais é necessário que haja sim um ativismo, ainda mais com uma Constituição analítica como a brasileira, mas esse ativismo deve vir de todas as funções do poder estatal e não apenas de um deles por não ser compatível com o estado constitucional.[42]

Assim, de acordo com Christine Peter[43], há três perspectivas sobre as quais podemos visualizar o ativismo constitucional, quais sejam, o plano ideológico, o plano teórico e o metodológico.

O plano ideológico nos remete a um ativismo preocupado com a concretização de direitos fundamentais baseado na teoria da ordem de valores, que é aquela que diz que todo o ordenamento jurídico está vinculado aos direitos fundamentais e que, para tanto, necessita do ativismo advindo de todas as instituições dos poderes e não apenas do Poder Judiciário para alcançar seus fins. A crítica feita aqui é no sentido de que o seguimento a essa teoria conduz a percepção de uma hierarquia entre as normas constitucionais, fazendo com que as normas que tratam de direitos fundamentais se sobreponham a outras normas da Constituição, o que não é admitido em nosso ordenamento.[44]

O plano teórico enfrenta o ativismo como alternativa para solução de alguns problemas decorrentes do positivismo, partindo de um pressuposto humanista, embasando suas atitudes na dignidade da pessoa humana e direcionando seu olhar para o indivíduo como sujeito de direitos. Nesse sentido, o ativismo constitucional pode ser usado como ferramenta no neoconstitucionalismo, pois este é um novo paradigma que surge como atualizador do estado constitucional e que se preocupa em dar concretização aos direitos constitucionais, portanto ativismo constitucional e neoconstitucionalismo convivem juntos harmonicamente com os mesmos fins.[45]

[42] PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.
[43] Ibidem.
[44] Ibidem.
[45] PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.

Sobre o neoconstitucionalismo, ratificando o exposto, Luís Roberto Barroso[46] nos ensina o seguinte:

> Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja condolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

E, por fim, o plano metodológico é aquele que está preocupado em concretizar os direitos fundamentais em sua dimensão fática, tentado, por meio das técnicas de ponderação e atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, resolver conflitos de concorrência e colisão dos direitos, o que implica em um dispêndio maior por parte do julgador, já que terá que justificar bem suas razões.[47]

Superadas as distinções entre ativismo judicial e constitucional, é possível perceber que, levando em consideração os princípios que norteiam o estado democrático de direito, a atitude ativista é necessária mas deve ser empenhada pelos três poderes harmonicamente e não apenas por um em detrimento dos demais, pois um cenário desse tipo nos conduz a um estado de crise fazendo crer que está ocorrendo omissão por parte dos demais poderes.

CAPÍTULO 3: DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

[46] BARROSO, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. número 9, 2007.

[47] PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.

3.1 Origem da presunção de inocência

Em todo o tempo, desde antigamente, o indivíduo sempre esteve em situação de inferioridade diante Estado, quando no passado este era autoritário. Tratava-se, pois, de uma relação vertical deste com os cidadãos, o que, nesse ponto (relação vertical), não mudou nos dias de hoje, porém, após as duas grandes guerras mundiais, nota-se que as Constituições pelo mundo passaram a ter uma preocupação maior com o indivíduo, dando-lhe mais proteção, visto que sua situação de vulnerabilidade subsiste.

Não diferente das outras Constituições do mundo, nossa Constituição de 1988 também se preocupou em trazer expressamente direitos que, em um outro momento, foram negligenciados aos cidadãos. Em se tratando de processo penal, essa situação de vulnerabilidade do indivíduo torna-se ainda maior, pois o cidadão é diminuto diante do poder punitivo estatal, precisando, dessa forma, de uma proteção ainda maior em face dele. E é por isso que doutrinas processuais penais garantistas[48] afirmam que o processo penal é, em verdade, um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado, servindo para inibir possíveis abusos, autoritarismos ou arbitrariedades do Estado sobre o indivíduo que responde a processo criminal.

Dentre as normas que permeiam o processo penal brasileiro, a presente pesquisa irá ater-se à presunção de inocência, princípio basilar do processo penal e que constitui hoje uma de suas principais garantias, tendo em vista as diversas atrocidades que já foram acometidas contra o indivíduo no passado por ter sua culpabilidade afirmada precocemente.[49]

Inicialmente, a presunção de inocência, além de constituir uma garantia ao acusado em um processo penal, é, antes de tudo, um direito assegurado pela própria Constituição Federal, sendo, pois, uma garantia constitucional expressa, tamanha sua importância na vida do indivíduo. Tal norma dita que somente será considerado

[48] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.
[49] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira; 2ed.; São Paulo: EDIPRO, 2015.

culpado pela prática de algum ilícito aquele que, submetido a processo permeado pela ampla defesa e contraditório, tiver sentença penal condenatória com trânsito em julgado.[50]

Embora seja chamado por muitos de princípio, não há consenso na doutrina e jurisprudência quanto à classificação dessa norma, sendo que existem correntes com motivos racionais para justificar ambas as posições, que ora afirmam que é um princípio, ora afirmam que é regra e isso também será objeto de estudo no momento da análise jurisprudencial.

Para os fins a que se propõe o presente trabalho, é importante o estudo das origens da presunção de inocência, de forma que possamos entender o porquê esse direito está na Constituição e por que o constituinte escreveu o texto da forma que lá está colocado, para então termos condições de entender também os argumentos colocados quando da análise jurisprudencial que será feita no capítulo seguinte.

O direito à presunção de inocência, segundo alguns doutrinadores, tem seus primeiros resquícios no direito romano. Entretanto, só foi de fato positivado em um ordenamento jurídico durante a Revolução Francesa, com o advento da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, importante marco para o início do reconhecimento desse direito.[51]

Na Roma antiga, quando vigorava o processo inquisitório, inexistiam garantias aos acusados, o processo era mera formalidade para aplicação da pena e este norteava-se pela presunção de culpabilidade.[52]

Sobre esse direito, Eugênio Pacelli[53] nos rememora os pressupostos que norteavam o processo penal no passado:

[50] BRASIL, Constituição Federal de 1988: art. 5º, LVII.
[51] BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6
[52] PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (abril-junio 2017), Abril 2017 – ISSN: 1988-7833.
[53] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21 ed. Editora Atlas. 2017.

> Voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal, então, era o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?
>
> Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, presunção de culpa, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há a se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobretudo no Brasil, onde a onda policialesca do Código de Processo Penal produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras.

E, sobre a origem da presunção de inocência, Pacelli[54] nos ensina:

> O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).

Desse modo, percebemos que o que temos hoje é o completo oposto do que o que nos foi dado no passado, quando vigorava a presunção de culpabilidade. A situação do indivíduo diante do Estado era de completa vulnerabilidade e a arbitrariedade das decisões judiciais prevalecia.

Na época em que houve a ascensão da igreja católica, teve início o período inquisitorial, em que o indivíduo era penalizado por seus pecados e qualquer mera

[54] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21 ed. Editora Atlas. 2017.

suspeita de cometimento de infração levava-o a ser considerado culpado, prevalecendo, de igual forma, a presunção de culpa.[55]

Naquela época, todos os poderes de instruir, acusar e julgar estavam concentrados em uma só pessoa, o que fazia com que o julgador fosse totalmente parcial e o acusado ainda mais fraco diante do poder punitivo.[56]

Com o advento do Iluminismo e, posteriormente, a Revolução Francesa, o processo inquisitorial começou a sumir, pois foram constatadas diversas falhas nele. Caminhando com a evolução, começou-se a exigir que fosse comprovada a culpa daqueles que eram acusados de algum crime.[57]

Mais tarde, em 1948, a presunção de inocência foi positivada no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que prescreveu da seguinte forma[58]:

> Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Observe-se que, até então, os textos que trouxeram o direito não estabeleceram nenhuma especificidade ou marco temporal para definir como se daria a comprovação dessa culpabilidade, reservando isso à lei, porém, a declaração da ONU, em avanço, já trouxe também o princípio da publicidade e a garantia de defesa, o que robustece a dignidade do indivíduo dentro de um processo criminal.

Em 1966, foi celebrado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[59], ratificado pelo Brasil em 1992, em que acomodou o seguinte texto: “toda

[55] PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (abril-junio 2017), Abril 2017 – ISSN: 1988-7833.
[56] Ibidem.
[57] Ibidem.
[58] Declaração Universal dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas. Disponível em http://www.onu.org.br/img/2 014/09/DUDH.pdf.
[59] Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Mais tarde, em 1969, o Pacto São José da Costa Rica[60] também previu texto quase idêntico a esse, que passou a vigorar no Brasil também em 1992 depois de ter sido ratificado por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992 e o Decreto nº 678, de 6 de maio de 1992.

No Brasil, quando entrou em vigor o nosso atual Código de Processo Penal, muitas críticas foram feitas pois nele foram suprimidas diversas garantias sociais que até então tinham sido conquistadas pelos cidadãos. [61]

Dentre todas as constituições brasileiras, a primeira a trazer consigo o direito à presunção de inocência foi a Constituição da República de 1988, que, além de expressar a norma, a expressou com rigor estabelecendo marco para a comprovação da culpabilidade, o trânsito em julgado, quando então o indivíduo sai do estado de inocência e passa a ser considerado culpado.[62]

José Afonso da Silva define a natureza da presunção de inocência ora como direito, ora como garantia. É uma garantia na medida em que traz proteção à liberdade de locomoção do indivíduo, impedindo que o Estado a restrinja antes de comprovar a sua culpa e é direito pois encontra-se elencado no rol de direitos fundamentais. Nos ensina, ainda, que é um princípio pois serve de fundamento valorativo para o direito processual penal.[63]

3.2 Culpabilidade e o trânsito em julgado

Outro ponto importante a se ressaltar é que a maioria das Constituições do mundo não trazem expressamente o momento em que o indivíduo pode deixar de ser

[60] Pacto São José da Costa Rica. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

[61] PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (abril-junio 2017), Abril 2017 – ISSN: 1988-7833.

[62] BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6.

[63] Silva, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Disponível em < https://www.migalhas.com.br/arquivos /2018/4/art20180402-05.pdf>

considerado culpado, trazendo em seu texto apenas que deverá ser considerado inocente até que sua culpa seja comprovada legalmente, diferentemente das Constituições brasileira, italiana e portuguesa, que afirmaram o estado de inocência até o julgamento definitivo, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.[64]

Foi objeto de muitos debates durante a Assembleia Nacional Constituinte a forma como o direito à presunção de inocência seria inserido na Constituição de 1988 e, muitos dos textos propostos, não mencionavam o trânsito em julgado, prevendo apenas redações como "Todo e qualquer cidadão acusado de um ato delituoso é considerado inocente até que sua culpabilidade resulte cabalmente demonstrada, através de processo regular, no qual se lhe tenha assegurada plena e ampla defesa" ou "Todo acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa; e tem direito de ser preservada ao máximo possível essa condição". Porém, no fim, o texto que ficou convencionado foi aquele que estabeleceu a inocência até o trânsito em julgado.[65]

Tem relevância ter conhecimento que o texto passou por diversos estudos e debates até chegar ao que ficou estabelecido, pois assim, percebemos que o que foi positivado foi feito por vontade do legislador, já que teve a oportunidade de fazer de modo diverso.

Entretanto, há críticas quanto ao que foi escrito na Constituição pelo fato do texto ter passado por diversas alterações feitas pelos constituintes sem muito fundamento técnico, o que resultou em alguns dispositivos deficientes, necessitando de interpretações que, na maior parte das vezes, não são consensuais e causam alvoroço.[66]

[64] BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6
[65] Ibidem.
[66] Ibidem.

Nota-se que a Constituição Federal pretendeu seguir o modelo italiano em sua redação, pois esta também exige sentença definitiva para que seja aferida a culpabilidade, a diferença é que o texto da Constituição da Itália prevê a presunção de não culpabilidade enquanto a nossa prevê a presunção de inocência (embora isso não seja unânime).

Embora pareça sem importância, a diferença entre as duas terminações já foi objeto de discussão e a escolha por uma delas traz consequências interpretativas para sua aplicação prática. Quando se fala em presunção de não culpabilidade, ao absolver um acusado, por exemplo, por falta de provas, não está se afirmando sua inocência, mas apenas informando que não foi possível colher provas suficientes para aferição de sua culpabilidade. Quando se fala em presunção de inocência, a visão é outra, pois o indivíduo, enquanto não condenado, é inocente, ou seja, por qualquer motivo que ele venha a ser absolvido, tal absolvição só irá ratificar seu estado de inocência.[67]

Em razão dessa semelhança entre o texto das duas Constituições é que alguns doutrinadores acreditam que, já que a Constituição brasileira sofreu influência da italiana, o que deve ser extraído de seu texto é a presunção e não culpabilidade.[68]

Em termos práticos, em verdade, as nomenclaturas não intentam grande diferença, pelo menos não no Brasil, pois, como se sabe, uma vez acusado em processo criminal o indivíduo já é etiquetado[69] e passa a ser visto com outros olhos pela sociedade. Se for encarcerado, ainda que preventivamente, a situação ainda piora. O Supremo Tribunal Federal não estabelece distinções entre os termos, usando-os como sinônimos em suas decisões, conforme veremos mais adiante.

[67] BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6
[68] Ibidem.
[69] Ibidem.

O professor José Afonso da Silva[70] pondera, sabiamente, que a culpabilidade integra o conceito de crime, sendo seu terceiro elemento e, para que se fale em condenação de um indivíduo, necessário é que haja comprovação dessa culpabilidade que, nos termos da Constituição Federal, se dá com o trânsito em julgado. Se para condenar, é exigível a culpabilidade comprovada, para aplicar uma pena ela deve ser exigida com muito mais rigor, porém, não é o que está acontecendo.

Outro ponto controvertido diz respeito a presumir inocente alguém que um juiz de primeira instância está condenando, pois, como se sabe, o juiz só deve condenar se estiver convicto da culpa do indivíduo. Ao olhar por esse lado parece existir incoerência entre as normas do próprio ordenamento, mas, se analisarmos a questão por um outro viés, e, valendo- se de uma interpretação sistêmica, pode-se perceber que talvez quis o constituinte dar ao acusado o direito de ter sua situação analisada sob outros olhos, pois, o juiz é ser humano e, assim sendo, também pode errar, o que de fato acontece. Então, numa tentativa de evitar um inocente condenado definitivamente, justifica-se o direito do réu de contestar aquilo que o julgador afirma e então preserva-se mais uma vez sua dignidade humana.[71]

3.3 Execução provisória da pena

A própria expressão já nos remete a um significado, a provisoriedade da execução de uma pena. Ou seja, será algo temporário, que poderá ou não se tornar definitivo. O problema reside no fato da irreversibilidade dessa decisão, pois aqui, estamos tratando de uma liberdade individual, a liberdade de locomoção.

A execução provisória da pena consiste em uma antecipação do cumprimento da pena imposta por meio de sentença penal condenatória e que já teve as possibilidades de recursos ordinários esgotados. Assim, mesmo que haja recursos

[70] SILVA, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Disponível em < https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/ 4/art20180402-05.pdf

[71] BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6

extraordinários pendentes, é possível que se inicie o cumprimento da pena. Chama-se antecipação da execução porque esta ocorre antes mesmo do trânsito em julgada da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, o raciocínio seguido é o de que o processo se divide em duas fases, a ordinária, composta pela primeira e segunda instância; e a extraordinária, que ocorre nos tribunais superiores. Vencida as instâncias ordinárias, restariam respeitados o direito ao duplo grau de jurisdição e o direito à presunção de inocência, entretanto, não é o que defende os constitucionalistas.[72]

Todo esse cenário é possível de ocorrer porque os recursos extraordinários são desprovidos do efeito suspensivo, o que significa dizer que a interposição deles não tem o condão de suspender a execução da pena imposta na decisão recorrida.[73]

Assim, na tentativa de impedir que continue ocorrendo a execução provisória da pena, há Projetos de Lei[74] tramitando no Poder Legislativo que pretendem alterar a Lei 8.038/1990, que dispõe sobre os recursos especial e extraordinário, e o Código de Processo Penal a fim de dar efeito suspensivo a esses recursos, impedindo, assim, que a pena seja executada provisoriamente.[75]

Quando esses recursos são utilizados no âmbito do processo civil, é mais aceitável a execução da sentença na pendência desses recursos tendo em vista o requisito da reversibilidade da decisão, que consiste na possibilidade de retorno ao *status quo ante*[76], ou seja, caso a decisão recorrida seja alterada na fase recursal é possível que aquilo que foi executado retorne ao estado anterior. Já em processo penal, tal situação não se mostra possível.

---

[72] IBCCRIM. *Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 24 – nº 281 – Abril/2016 – ISSN 1676-366. Disponível em www.ibccrim.org.br
[73] Ibidem.
[74] PL 4577/2016. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078412 >
[75] IBCCRIM. *Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 24 – nº 281 – Abril/2016 – ISSN 1676-366. Disponível em www.ibccrim.org.br
[76] Estado em que as coisas estavam antes.

José Afonso da Silva, em parecer emitido sobre o assunto, afirma que, se em matéria processual civil é exigida a possibilidade de reversão da decisão para que esta possa ser executada a título provisório, logo, muito mais deve ser exigido em matéria processual penal, em que estamos lidando com a liberdade de locomoção do indivíduo e, por óbvio, não há como devolver a ele o tempo em que teve sua liberdade restringida caso a decisão definitiva seja em sentido contrário a anteriormente proferida.[77]

Os defensores da execução provisória da pena costumam citar o que ocorre na grande maioria dos países em que não há óbice algum quanto a ocorrência dela, já que as Cartas Internacionais as quais todos esses países devem obediência e, inclusive, o Brasil, apenas aduz em seu comando que o indivíduo é inocente até que fique provada a sua culpa. A partir dai foi dado a cada Estado a obrigação de dar fiel execução a essa norma da forma que for mais conveniente em suas Constituições.[78]

Acontece que, no Brasil, a escolha do legislador constituinte foi estabelecer de maneira incisiva o marco temporal da comprovação dessa culpa, o que não foi feito nos outros países, dando, portanto, abertura para que magistrados pudessem decidir que momento seria esse. A importância de se obedecer a vontade do legislador constituinte é o respeito a separação de poderes, é o respeito a uma norma que também foi escolhida por ele para ser considerada cláusula pétrea e, vale lembrar, que o Legislativo é representante direto do povo, o que já não ocorre com o Poder Judiciário, que são representantes indiretos.

[77] SILVA, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Disponível em < https://www.migalhas.com.br/arquivos/20 18/4/art20180402-05.pdf

[78] Execução provisória da pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Disponível em < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria _da_pena_ versao_final_corrigido2.pdf>

Em nosso próprio ordenamento jurídico já tivemos Constituições que flexibilizaram esse princípio, conforme colacionado abaixo artigo da Constituição do Brasil de 1824[79]:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
>
> [...]
>
> VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. [SIC]

Percebe-se que, nessa norma sim foi dado um maior grau de abertura para decisões no caso concreto, pois a Constituição não expressou o que seria ou em que momento se daria a "formação da culpa", o que já não ocorreu na Constituição de 1988, em que o constituinte deixou claro que a presunção de inocência só acaba quando ocorre o trânsito em julgado.

Nossa constituição é classificada como rígida por somente admitir a alteração em seu texto mediante emenda à constituição por meio do poder constituinte derivado, que exige um quórum qualificado de 3/5, em dois turnos e em cada casa do Congresso Nacional. Perceptível é que o constituinte originário não quis facilitar a alteração da Constituição.

Pois bem, para fazer interpretações à Constituição de forma a adequá-la aos anseios da sociedade e torná-la efetiva é necessário que se respeite os limites impostos pelo próprio poder constituinte originário, pois é completamente

[79] Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

incompatível com nosso Estado Democrático dar a qualquer dos poderes poder sem limites para realizar suas atribuições.

Além da limitação formal exigida para alteração da Constituição Federal, há também limitações materiais dispostas no artigo 60, §4º da CR em que aqueles direitos considerados como cláusulas pétreas não podem ser objetos de emenda tendente a aboli-los, o que, dessa forma, não impede que venham a ser ampliados.

Gilmar Mendes nos ensina que a finalidade da cláusula pétrea não é preservar a redação de uma norma constitucional, seu intuito vai além disso, elas servem para impedir que haja um retrocesso constitucional, rompendo com princípios e estruturas da Constituição motivado pela sedução de determinado momento político.[80]

Roberto Barroso nos diz em um de seus votos sobre o assunto que a possibilidade da interpretação sistêmica feita pelo Supremo, conferindo ao texto do dispositivo interpretação diversa do que está positivado decorre da forma de alteração constitucional conhecida como mutação constitucional.[81]

Mutação constitucional é a alteração dada à interpretação da norma constitucional pelo Poder Judiciário, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma sem que para isso seja necessário que ocorra uma alteração formal em seu texto.[82]

Entretanto, nas palavras de Gilmar Mendes[83] "A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional."

Levando em consideração que o constituinte originário estabeleceu limites materiais para o poder constituinte derivado é importante nos atentarmos para o fato

[80] Mendes, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. 2014.
[81] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >
[82] Mendes, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. 2014.
[83] Ibidem.

de que tais limites devem também ser observados pelo Poder Judiciário quando se vale da mutação constitucional para alterar a norma da constituição.

Quais limites seriam esses? O direito à presunção de inocência está previsto no artigo 5º da Constituição Federal e é considerado cláusula pétrea, logo, a limitação reside no fato de que eventuais alterações ao texto, sejam por meio de emenda ou sejam por meio da mutação constitucional, devem respeitar o disposto no artigo 60, §4º da CF, ou seja, não é possível alteração tendente a abolir um direito fundamental, mas apenas ampliá-los.

Está claro que a nova interpretação dada pela Corte não amplia o direito à presunção de inocência, mas sim o restringe, contrariando duplamente a Constituição Federal, tanto no que se refere à afronta ao direito ali assegurado ao réu em processo criminal, como também desrespeitando os limites materiais impostos pela própria Constituição por ocasião de alterações realizadas em seu texto ou em sua interpretação.

Segundo José Afonso da Silva, o que ocorreu no julgado do HC 126.292 não foi mutação constitucional, nas palavras dele "Na verdade, isso não é mutação constitucional, mas mudança na interpretação da norma"[84]. E, por fim, completa: "Em suma, interpretação, como tal, não pode mudar a Constituição. O Acórdão sabe disso, por isso lanço mão da doutrina da mutação constitucional, que também não o pode."[85]

Além disso, outro ponto discutível e que o professor José Afonso traz à tona e, na hipótese, também não poderia ter margem para interpretação é se o direito à presunção de inocência seria regra ou princípio. Se for levado em consideração que trata-se de um princípio é possível que haja ponderação no caso concreto, já quando se trata de regra aplica-se o "tudo ou nada".

[84] Silva, José Afonso. Parecer sobre a execução provisória da pena. p. 14
[85] Ibidem. p. 15

Os ministros que votaram a favor da execução provisória, por óbvio, defendem que se trata de um princípio e, portanto, passível de interpretação, já quem posiciona-se contrariamente à execução provisória, diz tratar-se de uma regra e, tal qual, deve ser aplicada conforme a literalidade da Constituição.

No acórdão nº 84.078[86], afirmou-se que executar a pena provisoriamente é incompatível com a Constituição e fazer isso só justifica-se a pretexto de ser conveniente para o magistrado e não para o processo penal.

Luís Roberto Barroso, trouxe como uma das justificativas de seu voto o fato de o sistema de justiça estar em descrédito com a sociedade.[87]

O argumento enfrentado de que o sistema de justiça está em descrédito a pretexto de se mitigar um direito expressamente assegurado pela Constituição, permitindo assim a execução provisória da pena, significa que estamos diante de uma mitigação de um direito fundamental com o fim de sanar uma falha do próprio Estado, ou seja, com o intuito de dar uma resposta à Sociedade pelas falhas do Judiciário no que tange à punição daqueles que cometem crimes, está se atenuando um direito constitucional, que consequentemente acaba por violar outras garantias constitucionais, como o devido processo legal. Um completo absurdo priorizar a celeridade de um processo em detrimento de garantias ligadas diretamente ao direito à liberdade de locomoção e à dignidade da pessoa humana.

O excesso de possibilidade de recursos tem sido o motivo do descrédito do sistema de justiça, porém o Estado deve procurar resolver o problema de outra forma que não seja suprimindo direitos conquistados até aqui.

CAPÍTULO 4: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

[86] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >

[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº126.292-SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao sob o número 10460083

4.1 Habeas Corpus nº 84.078-7- MG

Apesar de, desde a promulgação da Constituição de 1988, estar impresso no texto constitucional o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a execução provisória da pena sempre foi admitida no processo penal brasileiro, até que o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7 - MG, em 2009, de relatoria do então Ministro Eros Grau, mudou o entendimento da Corte Constitucional, entendendo que seria incompatível com o texto constitucional a antecipação da execução da pena.[88]

O Habeas Corpus em análise foi impetrado em favor do réu Omar Coelho Vitor, que foi denunciado pelo crime de homicídio qualificado (artigo 121, §2º, I e IV c/c artigo 14, II do código penal), porém sua condenação foi por homicídio privilegiado e sua pena foi dosada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. O órgão acusador apelou da sentença e o caso foi levado ao plenário novamente para realização de novo Júri, que resultou em uma condenação majorada de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime integralmente fechado, o que posteriormente foi alterado para regime inicialmente fechado após julgamento da apelação da defesa.[89]

A defesa interpôs recurso extraordinário e especial, sendo que apenas o último foi admitido pelo Tribunal e o Ministério Público, por sua vez, pediu a prisão preventiva do réu por acreditar que este apresentava intenções de fuga. Assim, foi decretada a prisão preventiva do condenado provisório.[90]

Com base nisso, o Habeas Corpus foi impetrado em questionamento aos fundamentos da preventiva, se os motivos que ensejaram a decisão seriam idôneos para manutenção da prisão cautelar, uma vez que o impetrante do *writ* afirmou e trouxe alguns documentos comprobatórios de que os fatos alegados pelo Ministério

[88] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >
[89] Ibidem.
[90] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >

Público como motivadores da prisão cautelar não prosperavam, pois, o réu não tinha intenção de furtar-se da aplicação da lei penal.[91]

Em seu voto, o relator ressaltou que afastado os motivos que ensejaram a prisão preventiva, a manutenção da privação do paciente configuraria execução antecipada da pena. O ministro, manifestou-se no sentido de que o entendimento até então adotado merecia revisão da Corte. Aduz que somente um desafeto da nossa Constituição poderia admitir a ocorrência da execução provisória antes do trânsito em julgado, pois a CF é clara em seu texto e, portanto, a prisão nesses termos só poderia ser decretada a título cautelar (prisão em flagrante, prisão temporário ou prisão preventiva).[92]

Além disso, a antecipação da pena também viola ampla defesa do acusado, pois, como o próprio nome nos permite inferir, ela não deve ser visualizada de maneira restrita, mas sim de maneira ampla, abrangendo todas as fases processuais, incluindo as extraordinárias. Portanto, qualquer consequência gravosa ao réu, deve ser aplicada observado aquela condição constitucional, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que só ocorre quando se esgota todas as possibilidades de recurso.

As produções legislativas dos anos 90 mostram-se reacionárias aos anseios populares, afirma o relator, o que representa um retrocesso, de certa forma, pois, invertendo- se a premissa de que o indivíduo é inocente até que fique comprovada sua culpa, tem-se que ele é culpado até que fique comprovada sua inocência, é a mensagem que nos é passada quando um réu em processo penal tem sua pena executada provisoriamente.[93]

O direito processual penal constitui garantia do indivíduo face ao poder punitivo do Estado, pois, não é demais lembrar que o acusado, no processo penal, constitui parte mais frágil diante do Estado, sendo, portanto, desiguais. Dessa forma,

[91] Ibidem.
[92] Ibidem.
[93] Ibidem.

os representantes desse poder não podem agir de forma a dar resposta ao desejo de vingança da sociedade, pois, dessa forma, estaríamos, ainda que indiretamente, regredindo aos tempos em que a vingança privada prevalecia, em que o "olho por olho, dente por dente" é que comandava. Agir dessa forma significa desvirtuar a finalidade do processo penal e transformar o que, outrora foi garantia do réu, em arma contra ele.[94]

O ministro Menezes Direito, em seu voto no Habeas Corpus nº 84.087-7, denegou a ordem por entender que a norma do artigo 5º não tem o alcance que o relator pretende dar, entendendo que o que posto ali não é uma vedação à privação de liberdade antes do julgamento dos recursos especiais e extraordinários, já que tais recursos se restringem à análise de matéria de direito e não de matéria de fato. É por esse motivo, aduz o ministro, que tais recursos não têm efeito suspensivo e possuem acesso restrito, de modo a evitar o retardamento da execução.[95]

Afirma ainda que vedar a execução da pena antes do julgamento dos recursos dirigidos às instâncias extraordinárias seria atribuir efeito suspensivo a eles. A admissão da prisão cautelar antes do trânsito em julgado e não admissão da execução da pena antes dele é o reconhecimento de valor superior [96]

O ministro Celso de Melo inicia seu voto ressaltando o caráter instrumental da prisão preventiva apta a auxiliar a atividade estatal dentro do processo penal, não podendo, de forma alguma, constituir sanção ao acusado, pois só a prisão pena tem essa função.

A liberdade, enquanto direito constitucional, não pode ser prejudicada a pretexto de dar efetividade a um discurso autoritário. A Constituição, ao trazer

[94] Ibidem.
[95] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >
[96] Ibidem.

expressamente em seu texto a presunção de inocência, impõe ao Estado uma regra de tratamentoque impede que se desfira ao acusado ser tratado como se culpado fosse.[97]

Obedecer a essa norma constitucional representa proteger direitos e garantias fundamentais do acusado e também é requisito de legitimação da imposição de sanções. As instituições jurídicas estatais não podem se sobrepor a mandamento constitucional dentro de um Estado de direito. A Constituição possui limites que devem ser observados para sua efetiva proteção.[98]

O ministro cita algumas declarações internacionais que consagram a presunção de inocência e lembra ainda do Decreto-lei, editado em uma época autoritária, em que era imposto ao acusado o dever de provar que não era culpado, pois, era vigente a presunção de culpa.[99]

Hoje, de maneira totalmente oposta, o ônus de comprovar acusações é de quem as faz, ou seja, ao Ministério Público. Portanto, parte-se da presunção de inocência até que fique provado, dentro do processo, que o cidadão é culpado.[100]

E a descaracterização da presunção de inocência tem momento certo e determinado pela Constituição, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Importante ressaltar também que o caminhar da marcha processual não faz com que a presunção de inocência se afaste progressivamente, ou seja, o fato de o réu ter condenação confirmada na segunda instância não afasta seu direito constitucional, que subsiste também no segundo grau.[101]

A presunção de inocência é, portanto, um obstáculo a eventuais arbitrariedades que possam atingir direitos básicos assegurados pela Constituição. Tamanha é a importância em assegurar a efetivação dessa presunção que nem

[97] Ibidem.
[98] Ibidem.
[99] Ibidem.
[100] Ibidem.
[101] Ibidem.

mesmo inquéritos ou ações penais em curso tem o condão de afetar de forma negativa o acusado, pois somente o ato definitivo e irrecorrível possui essa força.[102]

Coerentemente, a Constituição, ao tratar, por exemplo, da suspensão de direitos políticos, só autoriza essa ocorrência após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma, percebe-se que as normas constitucionais convergem harmonicamente na afirmação da importância do estado de inocência presumido.[103]

Qualquer possibilidade, portanto, de reversão de decisão condenatória, com pronunciamento absolutório, ainda que seja recursos extraordinários, impede que direitos venham ser atingidos justamente porque é esse o propósito de ter sido inserida na Constituição o princípio da presunção e inocência. Com essas considerações, o ministro Celso de Melo acompanha o relator do Habeas corpus.[104]

O ministro Menezes Direito em sentido contrário ao relator no Habeas Corpus, posiciona-se favoravelmente à execução imediata da pena se não houver recurso pendente provido de efeito suspensivo.[105]

O ministro Cezar Peluso no seu voto no Habeas Corpus ressalta a incoerência da Suprema Corte ao relembrar decisão proferida que, à época, em 2007, fixou que não era compatível com a Constituição lei estadual que impusesse ao funcionário público desconto nos vencimentos enquanto ainda pendente ação penal por crime funcional. Entretanto, apesar de nessa decisão não permitir que medida gravosa que causariam danos patrimoniais fosse aplicada provisoriamente, pretendia-se permitir que a execução provisória da pena fosse aceita quando constituiria medida ainda mais gravosa, pois privaria a liberdade do indivíduo.[106]

[102] Ibidem.
[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >
[104] Ibidem.
[105] Ibidem.
[106] Ibidem.

É válido lembrar que efeitos patrimoniais possuem reversibilidade em caso de posterior absolvição, o que já não ocorre com a privação da liberdade, pois tempo de encarceramento não pode ser devolvido ao indivíduo de maneira alguma.[107]

Nem mesma as penas restritivas de direito podem ser executadas provisoriamente de acordo com a lei de execução penal em vigor e de acordo com decisões proferidos pelo próprio Supremo, em que repele a execução provisória das medidas. Se então penas menos graves não admitem execução provisória, quanto mais penas mais graves como é a privação da liberdade.[108]

O ministro Joaquim Barbosa em contraposição ao aduzido pelo ministro Cezar Peluso afirma que as estatísticas mostram como o sistema recursal é falho já que permite uma excessividade de recursos e, se for aguardar o julgamento de todos os recursos possíveis o processo jamais chegará ao fim. Entretanto, aponta o ministro Cezar Peluso o sistema carcerário está lotado, com quantidade superior ao suportado, o que é incoerente com a fala do ministro Joaquim.[109]

Porém, não é razoável que a solução para um sistema recursal exarcebado que o indivíduo tenha que pagar com sua liberdade. É como penalizar alguém por exercer seu direito, o que também vai de encontro com o processo penal constitucional. É como o indivíduo exercer seu direito ao silêncio e isso ser usado para prejudicá-lo já que não está cooperando para a solução do litígio.[110]

Bastante levantado pelos ministros contrários à execução provisória é que há a possibilidade de prisão cautelar quando esta se mostrar necessária dentro das hipóteses admitidas em lei e que, portanto, não há motivos para uma execução antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.[111]

[107] Ibidem.
[108] Ibidem.
[109] Ibidem.
[110] Ibidem.
[111] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >

Tal impossibilidade deriva de mandamento constitucional que foi bastante claro em sua redação ao afirmar que ninguém será considerado culpado até que transite em julgado a sentença. Contrariar isso, é cometer ato totalmente inconstitucional e, nas palavras do ministro Celso de Mello, ato lesivo ao "*status libertatis*" da pessoa.[112]

O ministro Eros Grau em sua opinião no voto do Habeas Cropus ressalta a importância de dar à liberdade o mesmo tratamento que se dá à propriedade na Corte. Nesse sentido, afirma em seu voto: "A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade" (e me referi àquele caso) "certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade."[113]

O ministro Joaquim Barbosa no voto que proferiu no Habeas Corpus ressalta que deve ser respeitada as decisões das instâncias ordinárias, pois foram proferidas por juízes presumidamente idôneos para tanto e que permitir que a execução se dê somente após o julgamento de todos os recursos prejudica a efetividade do processo, pois frustra a condenação determinada pelas instâncias de primeiro e segundo grau levando a um estado de impunidade.[114]

Assim, levando em conta o infindável número de processos que abarrota o Poder Judiciário e as inúmeras possibilidades de interpor recursos leva, em muitos casos, ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva fazendo com que a tutela jurisdicional não seja efetiva.[115]

Ressalta ainda a relatividade do princípio da presunção de inocência, sendo prova disso a legitimidade da prisão preventiva e prisão temporária. Entretanto, ressalte-se que tais institutos diferencia-se da prisão pena pois seu objetivo é dar efetividade ao bom andamento do processo e não punir o acusado, tanto é que para se

[112] Ibidem.
[113] Ibidem.
[114] Ibidem.
[115] Ibidem.

operar a prisão preventiva ou temporária é necessária a verificação de alguns requisitos elencados pelo Código de Processo Penal.[116]

O fato dos recursos extraordinário e especial não serem dotados de efeito suspensivo é outro argumento levantado pelos defensores da execução provisória da pena, pois a falta do efeito suspensivo autoriza, desde logo, que a decisão seja cumprida ainda que na pendência de recursos.[117]

Joaquim Barbosa alega ainda que não há garantia a um triplo grau de jurisdição, mas tão somente um direito à interposição de recursos contra a sentença condenatória e, além do mais, a restrição colocada para interposição de recurso extraordinário reforça a ideia de que é possível executar a pena provisoriamente visto que a maioria dos recursos extraordinários não são providos e grande parte dos que são poderiam também ter a questão resolvida por meio de habeas corpus.[118]

O que se pretende também é cumprir com a razoável duração do processo e, sendo assim, entende-se que, esgotado o exame em primeira e segunda instância, a regra é o cumprimento imediato da decisão já que o recurso extraordinário é desprovido de efeito suspensivo. E, caso o réu sofra algum constrangimento ilegal ele conta com o remédio constitucional do Habeas Corpus em que poderá até suspender o cumprimento da pena.[119]

Ressalta também a prejudicialidade das funções da pena ao não permitir a execução provisória, pois esperar o esgotamento das possibilidades de recurso faria com que a prevenção geral e especial restassem perdidas.

O ministro Ayres Brito no Habeas Corpus votou pela concessão do habeas corpus e pela impossibilidade da execução provisória da pena. Afirmando, assim, que a liberdade é a regra, prisão é medida excepcional e, em nossa Constituição, a única

[116] Ibidem.
[117] Ibidem.
[118] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >
[119] Ibidem.

hipótese em que se admite prisão automática, ocasionando a mitigação da presunção de inocência é quando o indivíduo está em flagrante delito.

Aduz que é necessário sim ponderar a justiça penal eficaz e a liberdade do individual, porém, muito bem colocado, afirma que justiça penal eficaz não se alcança com o sacrifício do devido processo legal.

Por fim, explica que a defesa dele pela não aplicabilidade do direito à presunção de não culpabilidade no processo eleitoral não é contraditório com o voto no presente acórdão, uma vez que a esfera eleitoral obedece a outros critérios e tutela outro tipo de interesses que levam em conta também a representatividade popular, o interesse da sociedade como um todo. O que é diferente no processo criminal já que lida diretamente com a liberdade individual.[120]

O ministro Cezar Peluzo, concedeu a ordem em Habeas Corpus, posicionando-se contrariamente à execução provisória da pena. O ministro fez uma contextualização histórica para explicar a lógica de seu voto.[121]

Num primeiro momento a presunção de inocência surgiu como reação contra o tratamento que era dispensado ao réu antigamente, pois a presunção era de culpa, cabendo ao réu comprovar sua inocência e, além disso, chegavam a arrancar confissão por meio de tortura sem que isso incorresse em nulidade para o processo.[122]

Mais tarde, na Itália, as discussões giravam em torno dos fins do processo, afirmavam que ele seria um instrumento de defesa do réu contra o Estado, instrumento de cidadania. O terceiro momento aduzido pelo ministro é a Declaração Universal dos Diretos Humanos em que a especial atenção voltou-se para a regulação do ônus da prova.[123]

O ministro encara a presunção de inocência como sendo um princípio que veio para tutelar a dignidade da pessoa humana ao indivíduo que responde a um

[120] Ibidem.
[121] Ibidem.
[122] Ibidem.
[123] Ibidem.

processo penal. Que o fato de alguém estar sendo acusado em um processo criminal não lhe retira sua dignidade perante o Estado até que sobrevenha sentença penal condenatória definitiva.[124]

O devido processo legal além de ser aquele que atende aos preceitos da lei, é também aquele que segue os ditames da justiça, um processo justo, e não há como dizer justo um processo que impõe medidas gravosas ao indivíduo, como a privação da liberdade enquanto sanção, sem ter ainda uma condenação definitiva que a justifique.[125]

A Ministra Ellen Gracie, em seu voto no Habeas Corpus, denega a ordem se posicionando favoravelmente à execução provisória, argumentando que esse instituto foi admitido desde quando a Constituição foi promulgada e não há como afirmar que durante 20 anos as cadeiras anteriores se equivocaram ao permitir a execução provisória, é uma jurisprudência consolidada. Além do mais, ela segue na linha de posicionamentos já expostos, em que a análise de fatos e provas se esgota nas instâncias ordinárias.

Ministro Marco Aurélio votou pela concessão da ordem e pautou seu voto na impossibilidade de retorno ao *statu quo ante* na esfera criminal justamente porque não há como devolver ao indivíduo o tempo que perdeu encarcerado, indenização do Estado não satisfaz o prejuízo que lhe foi causado, diferente do que ocorre na esfera civil em que há diversas situações em que é possível reverter uma medida deferida antecipadamente e isso constitui um requisito para tanto, o requisito da reversibilidade da decisão.[126]

Por fim, o ministro Gilmar Mendes votou pela concessão do Habeas Corpus, sendo contrário, portanto, à execução provisória da pena. Interessante dado foi mostrado por ele sobre o número de Habeas Corpus concedidos pelo Supremo

[124] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531 >
[125] Ibidem.
[126] Ibidem.

apesar de os recursos extraordinários serem admitidos em números bastantes reduzidos, talvez por sua delimitação temática.[127]

O voto do ministro permeado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois, tal princípio não permite que o indivíduo se torne objeto da ação estatal, mas ao executar a pena provisoriamente parece ser exatamente isso que se faz.[128]

O respeito aos princípios, direitos e garantias fundamentais que trazem normas de proteção ao cidadão é justamente o que diferencia um regime democrático de um totalitário e por isso é tão importante preocupar-se com a correta aplicação dessas normas.[129]

Ademais, o ministro traz também o princípio da proporcionalidade como justificador da impossibilidade da execução provisória da pena, pois está se falando aqui da restrição da liberdade da pessoa e por isso não há que se falar em prisão a não ser que estejam presentes os pressupostos da prisão preventiva.[130]

Foi a partir desse acórdão que se consolidou uma nova jurisprudência, em que não foi permitido mais que a pena fosse executada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O que veio a mudar sete anos mais tarde, quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292, que será descrito a seguir.

4.2 Habeas Corpus nº 126.292 SP

Em 2016, ocorreu mudança na jurisprudência da Suprema Corte, no que diz respeito a execução antecipada da pena, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 126.292-SP, de relatoria do ministro Teori Zawaski, impetrado em favor do paciente Marcio Rodrigues Dantas, que teve por autoridade coatora o relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça, que denegou ordem de

[127] Ibidem.
[128] Ibidem.
[129] Ibidem.
[130] Ibidem.

outro Habeas Corpus impetrado após o Tribunal de Justiça negar provimento a apelação e ter expedido mandado de prisão contra o réu.[131]

O ministro Relator votou pela denegação da ordem trazendo em seu voto diversos julgados que demonstram que realmente a Corte sempre manteve sua jurisprudência assentada na compatibilidade da execução provisória da pena e o direito à presunção de inocência, o que só veio a mudar em 2009, com o julgamento do Habeas Corpus descrito no item anterior.[132]

Para o ministro, a presunção de inocência existi até a sentença condenatória ser proferida, momento em que já tem início uma formação do juízo de culpabilidade. Dessa forma, para o juiz que condena em primeiro grau, fica superada a presunção de inocência.[133]

Depois que se encerra o duplo grau de jurisdição ocorre uma preclusão da matéria fático-probatória, pois os recursos dirigidos às instâncias extraordinárias limitam-se à análise de matéria de direito, o que, para o relator, justifica a relativização da presunção de inocência e a falta de efeito suspensivo desses recursos.[134]

Para ele, então, a execução da pena na pendência de recursos não compromete o núcleo essencial do direito à presunção de inocência que, segundo escreve, foi o que o legislador constituinte quis proteger.[135]

O ministro Edson Fachin, que acompanhou o voto do relator, ressalta que a regra da presunção de inocência não tem caráter absoluto, que as instâncias ordinárias tem soberania no que diz respeito à avaliação de provas e fatos e que, acesso aos

[131] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >
[132] Ibidem.
[133] Ibidem.
[134] Ibidem.
[135] Ibidem.

tribunais superiores se dá por absoluta excepcionalidade, que deve ocorrer com o fim apenas de fazer com que exerçam seus papéis de uniformizadores.[136]

Ressalta, assim como os outros, a infinidade de possibilidades de recursos oponíveis as decisões que fariam com que a execução demorasse muito a acontecer e observa que conferir caráter absoluto à presunção de inocência é desconfiar absolutamente das decisões das instâncias ordinárias.[137]

Por fim, aduz que a solução para eventuais decisões teratológicas, com eminente injustiça se dá por meio de medidas cautelares que podem conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários, assim como também o habeas corpus resolve esse problema.[138]

O ministro Luís Roberto Barroso também se coadunando com o entendimento do relator do Habeas Corpus pauta seu voto nas seguintes premissas: a execução provisória da pena não ofende a presunção de inocência; a Constituição condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado e não a prisão; a presunção de inocência é princípio e não regra; a execução da pena é necessária para assegurar a ordem pública e a credibilidade do Poder Judiciário. [139]

Observa ainda que a medida irá coibir a interposição de recursos protelatórios, valorizar as instâncias criminais ordinárias e reduzir os crimes de colarinho branco pois, a execução antecipada da pena faz com que quem comete esses crimes de fato cumpram suas penas, pois, afirma que os indivíduos pobres têm sua liberdade cerceada desde o primeiro grau. Com isso, acredita que haverá redução da seletividade do sistema penal.

[136] Ibidem.
[137] Ibidem.
[138] Ibidem.
[139] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >

Por fim, a espera pelo julgamento de recursos extraordinários pode ocasionar a prescrição, impedindo a aplicação da lei penal. Portanto, a execução antecipada diminui a sensação de impunidade.[140]

A ministra Rosa Weber votou por manter a jurisprudência já consolidada desde de 2009, resolvendo prestigiar, assim, a segurança jurídica, pois não é plausível alterar a jurisprudência pela mudança de membros do Supremo Tribunal Federal.[141]

O Ministro Luiz Fux, acompanhou integralmente o relator e os ministros que assim também o fizeram, ressaltando a desvirtuação do direito a não culpabilidade e que não há como depois de ter sido condenado em todas as instâncias o indivíduo chegar ao STF sendo presumidamente inocente. Para ele, a culpa já está comprovada com o esgotamento as instâncias ordinárias, não necessitando do trânsito em julgado para que a pena comece a ser executada.[142]

A Ministra Cármen Lúcia, que também acompanhou o relator, afirma que outras são as consequências aplicáveis somente após o trânsito em julgado e não o da prisão, que, segundo ela, é cabível e não afronta o princípio em questão pois tal possibilidade pode ser extraída inclusive de documentos internacionais.[143]

O ministro Gilmar Mendes votou pela possibilidade da execução provisório e iniciou, juntamente com o ministro Barroso, fazendo referência à percepção que a imprensa internacional tem do Brasil, aduzindo o fato de que há exceção de prisão preventivas, no entanto, não é possível executar a pena antes do trânsito em julgado. Sendo assim, o fato de não conseguir executar a pena depois da condenação faz com que exista um grande número de prisões preventivas para que se consiga punir de alguma forma.[144]

[140] Ibidem.
[141] Ibidem.
[142] Ibidem.
[143] Ibidem.
[144] Ibidem.

Alude o ministro que o núcleo da presunção de inocência é impor à acusação o ônus da prova da existência do crime e de sua autoria, além do que o réu não deve ser tratado como culpado. Entretanto, ser tratado como culpado é que necessita de uma regulamentação do legislador para que fique bem delimitado em que circunstâncias se daria isso.[145]

Aqui, ressalte-se, por mais que eventualmente não tenha ficado claro o que vem a ser "ser tratado como culpado", há de convir-se que encarcerar o indivíduo é que não é trata- lo com a presunção de não culpabilidade, pois até mesmo quando preso cautelarmente, aos olhos da sociedade, o indivíduo já está condenado, ainda que futuramente venha ser absolvido.

Ele também fala sobre a progressividade da culpa, que a medida que o indivíduo é condenado pela instância superior tem-se que estaria sua culpa sendo aferida gradativamente, o que talvez seja incompatível com a presunção de inocência como encontra- se enunciada na Constituição.[146]

Seu voto também, assim como o do ministro Roberto Barroso, é sustentado pela afirmação de que a presunção de inocência é princípio e não regra e, sendo assim, é passível de ponderação frente a outros princípios, contrariamente do que diz o constitucionalista José Afonso da Silva[147] em parecer sobre o assunto. Por essa razão é que, para o ministro, é possível que o legislador possa regulamentar essa norma mesmo que isso implique em agravar a situação do acusado que responde a um processo penal.[148]

O ministro Marco Aurélio votou contrariamente ao relator e acompanhou a ministra Rosa Weber. Discursou brevemente aduzindo que o rumo tomado pelo

[145] Ibidem.
[146] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >
[147] SILVA, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Disponível em < https://www.migalhas.com.br /arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>
[148] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >

Supremo com essa decisão esvazia o modelo garantista e põe em dúvida se nossa carta ainda é cidadã.[149]

Ademais, ressalta o perigo dessa mudança em tempos de crise, já que a poucos anos atrás a posição adotado pela Corte era totalmente oposta ao que está sendo admitidopor ocasião do julgamento desse Habeas Corpus.[150]

Diferente do que os ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso ressaltaram, sobre ser a presunção de inocência princípio e não norma, Marco Aurélio observa que a interpretação de uma norma possui limites e o primeiro deles é, onde há clareza, não é necessário interpretação, sendo preciso apenas e tão somente a aplicação da regra ao caso concreto, o que se coaduna com o conceito de regra, que, em sua convicção, é a presunção de inocência. É norma, não princípio.[151]

Afirma que o caminho tomado é uma verdadeira emenda à Constituição, que talvez não pudesse ser feita nem mesmo pelo legislativo em virtude da limitação imposta pelo artigo 60 da Constituição. Executar a pena provisória é inverter a ordem natural das coisas.[152]

Ministro Celso de Mello inicia ressaltando que a presunção de inocência representa uma conquista história contra o Estado e o abuso de poder que persistiam nos tempos remotos. Que esse direito nasceu em reação aos abusos cometidos nessa época e a repulsa a esse direito conquistado de forma tão árdua mostra-se incompatível com o regime democrático e com nosso sistema constitucional.[153]

Do princípio da presunção de inocência emana uma regra de tratamento que impede que qualquer indivíduo possa ser tratado como culpado independente da

[149] Ibidem.
[150] Ibidem.
[151] Ibidem.
[152] Ibidem.
[153] Ibidem.

natureza do crime cometido, enquanto não sobrevier uma sentença penal condenatório definitiva que afirme esse estado.[154]

A observância a esse direito é também proteção para o indivíduo em face do Estado e constitui requisito de legitimação para aplicar as penas resultantes da condenação. A Constituição deixou bem claro os limites para a descaracterização dessa presunção, direito do indivíduo.[155]

O ministro lembra ainda, em contraposição ao aduzido pelo ministro Barroso, que não é adequado comparar a experiência do Brasil com a dos Estado Unidos ou qualquer outro país que admite a execução antecipada pois a Constituição desses países não exige trânsito em julgado como a nossa muito bem enfatiza.[156]

Por fim, o ministro Ricardo Lewandowski deu seu voto prestigiando a presunção de inocência, ressaltando que essa norma da Constituição não admite interpretação pois ela é taxativa e clara em seu texto, devendo tão somente ser aplicada. Observa ainda que o que deve ser revisto é o fato de os recursos extraordinários não terem efeito suspensivo, o que deve ser mudado para ficar em harmonia com a Constituição.[157]

Traz à tona também o fato de a pouco tempo antes do julgamento desse Habeas Corpus o Supremo ter proferido decisão em que afirmava o estado de coisas inconstitucional dentro dos presídios, onde os presos vivem em estado precário e o princípio da dignidade da pessoa humana é algo remoto e agora pretende-se viabilizar ainda mais a entrada de pessoas no cárcere em prejuízo de outro direito constitucional.[158]

E, por fim, lembra que nosso Estado até os dias de hoje privilegia mais a propriedade do que a liberdade e isso é notável pela leitura do Código de Processo

[154] Ibidem.
[155] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292*. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 >
[156] Ibidem.
[157] Ibidem.
[158] Ibidem.

Civil em contraste com o resultado dessa decisão. Também é notório isso pela leitura do Código Penal, em que as penas dos crimes contra propriedade são bem mais rigorosas do que dos crimes contra a pessoa.[159]

4.3 Habeas Corpus nº 152.752 PR

Em 2018, a condenação do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, levou a Suprema Corte a discutir novamente a constitucionalidade da execução provisória da pena. Alguns ministros mudaram seus votos e argumentos, confirme veremos a seguir, mas a jurisprudência manteve o entendimento em uma votação em que 2 ministros e 4 ministras manifestaram-se a favor da execução provisória e 5 ministros manifestaram-se contra.[160]

Por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 152.752, impetrado em favor de Luiz Inácio Lula da Silva, questiona-se novamente se a execução antecipada da pena afronta o direito à presunção de inocência.[161]

O ministro Edson Fachin, relator do acórdão, votou pela denegação da ordem por acreditar não haver ilegalidade na execução provisória da pena, aduziu as condenações já sofridas pelo Brasil por órgãos internacionais em razão de morosidade na resolução de lides criminais, o que negligencia a razoável duração do processo e o direito de acesso à justiça.[162] Defende que a execução provisória da pena é decorrência natural da condenação, não necessitando de motivação específica, uma vez que a necessária motivação é dada no momento da condenação.[163]

O ministro Gilmar Mendes foi um dos que mudou parcialmente seu posicionamento no julgamento do Habeas Corpus, votando pela concessão da

[159] Ibidem.
[160] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 152.752*. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf >
[161] Ibidem.
[162] Ibidem.
[163] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf >

ordem, manifestando-se contrário à execução provisória da pena em alguns casos, já que a partir do entendimento firmado em 2016, as instâncias inferiores passaram a executar a pena de forma automática, independente da quantidade de pena ou da gravidade do crime.[164]

Portanto, defende ele que a presunção de inocência não é tudo ou nada e não deve ser aplicada a execução provisória de forma automática independente das circunstâncias do caso. A execução da pena é uma possibilidade e não uma imposição, então, apesar de afirmar ser possível o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deve ser analisado o caso concreto pata entender a necessidade da medida.[165]

Diante de algumas execuções automáticas ocorridas após o entendimento firmado em 2016, em que ocorreram prisões ilegais, visto que ao chegar ao Superior Tribunal de Justiça o quantum da pena foi diminuída e consequentemente declarada a prescrição, o ministro Gilmar Mendes, com vistas a proteger a segurança jurídica entendeu como sendo mais seguramente possível a execução provisória após julgamentos de recursos dirigidos ao STJ, quando então a sentença condenatória adquire maior grau de estabilidade.[166]

Além dessa possibilidade, entendeu como sendo possível a execução provisória da pena, após a condenação em segunda instância, em casos de crimes mais graves e com cumprimento de pena em regime inicial fechado a fim de garantir da ordem pública ou nos casos de trânsito em julgado progressivo, quando parte da sentença já é robusta o suficiente para ser executada.[167]

Dessa forma, observa-se que o ministro Gilmar Mendes, ao perceber as repercussões negativas de se aplicar absolutamente a execução provisória da pena,

[164] Ibidem.
[165] Ibidem.
[166] Ibidem.
[167] Ibidem.

endureceu seu posicionamento quanto ao tema a fim de evitar ilegalidades na coação da liberdade de locomoção do indivíduo.[168]

O ministro Alexandre de Moraes, votou pela denegação da ordem afirmando não haver ilegalidade que fosse iniciada a execução da pena já que esse é o posicionamento adotado pelo Supremo durante quase todos os anos de vigência da Constituição de 1988 e, além disso, durante todos esses anos a grande maioria dos ministros sempre votaram pela possibilidade da execução provisória.[169]

Aduz que a presunção de inocência é *juris tantum*, ou seja, pode ser relativizada quando produzidas provas mínimas dentro do devido processo legal que comprovam a culpabilidade do agente. Afirma que a presunção de inocência deve ser interpretada a luz dos outros princípios constitucionais que compõem o processo criminal, tais como a razoável duração do processo e o acesso à justiça. Portanto, estaria sendo respeitado o direito à presunção de inocência quando respeitados os critérios probatórios para aferir a culpabilidade do agente.[170]

Para o ministro Alexandre de Moraes, não permitir que seja executada uma sentença condenatória devidamente fundamentada e confirmada em segundo grau de jurisdição, é atribuir ineficácia ao princípio da efetiva tutela jurisdicional.[171]

O ministro Luís Roberto Barroso, que denegou a ordem, manteve seu posicionamento trazendo os fundamentos de seu voto conforme o fez anteriormente. Explica a ocorrência de uma mutação constitucional que se deu em 2016 por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 126.292, o qual foi objeto de análise no item anterior.[172]

Traz os três impactos negativos decorrentes do entendimento firmado pelo julgamento do Habeas Corpus 84.078-7, em 2009, ao não permitir a execução

[168] Ibidem.
[169] Ibidem.
[170] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf >
[171] Ibidem.
[172] Ibidem.

provisória da pena. O primeiro deles é o incentivo para que ocorra infindáveis interposições de recursos protelatórios que objetivam apenas retardar o andamento do processo para alcançar a prescrição. Em segundo lugar, afirma que essa impossibilidade de executar a pena aumentou a seletividade do sistema punitivo, já que é muito mais fácil encarcerar um pobre com drogas do que um rico que comete crimes de colarinho branco. E, por fim, o enorme descrédito do sistema de justiça causado pela demora do andamento dos processos e pela sensação de impunidade gerada na população.[173]

A ministra Rosa Weber votou pela denegação da ordem pautando seu voto, inicialmente pelo princípio democrático, típico de uma sociedade plural que leva a Corte a muitas vezes tomar decisões que não são tão populares. Ponderou também a importância de a jurisprudência do Supremo não mudar sempre que as cadeiras mudarem em respeito a segurança jurídica.[174]

Por fim, discorre sobre o princípio da colegialidade, que deve protagonizar um tribunal tendo em vista que as decisões são tomadas, em regra, em conjunto e não individualmente. Por essa razão, é importante manter uma uniformidade nas decisões dentro de um órgão colegiado.[175]

O Ministro Luiz Fux, que denegou a ordem, inicia seu voto afirmando que a norma em admite sim interpretação já que não é clara quando usa a expressão "ser considerado culpado". Portanto, para se alcançar a vontade do legislador, é necessário interpretar essa norma juntamente com outras normas constantes na Constituição.[176]

Faz uma separação entre o que a Constituição traz sobre não considerar culpado até o trânsito em julgado com a possibilidade de prisão, ponderando que são coisas distintas e que a primeira é que foi delineada pela Constituição, não tendo

[173] Ibidem.
[174] Ibidem.
[175] Ibidem.
[176] Ibidem.

expressada que a prisão não poderia ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.[177]

Discorre sobre a unidade da Constituição que não deve ter suas normas interpretadas isoladamente já que os princípios e regras constituem um todo que devem ser lidos sistematicamente para que assim chegue-se a um resultado mais eficaz possível. Isso é feito por meio da ponderação de princípios para alcançar a vontade do constituinte ao caso concreto.[178]

Ressalta que à época da Idade Média garantir a presunção de inocência era diferente do que se entende por garanti-la hoje, pois em nosso contexto histórico presumir inocente é também realizar um processo justo em que todas as garantias processuais sejam asseguradas, tais como contraditório, ampla defesa, juiz natural e, sobretudo, as regras processuais sobre ônus da prova impostos à acusação. É de suma importância, portanto, interpretar o princípio à luz dos anseios atualizados da sociedade, respeitando sua construção histórica.[179]

Por fim, o ministro define que o direito à presunção de inocência disponibiliza ao réu o direito a ser tratado como inocente durante o processo e disponibiliza também os direitos relativos ao ônus probatório, como o de não produzir prova contra si mesmo, o de não poder ser condenado por meio da utilização de provas ilícitas, o direito ao silêncio que não pode ser utilizado em seu desfavor. Conclui ressaltando que o direito à presunção de inocência não significa imunidade à prisão e, portanto, constitucionalmente possível executar pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.[180]

O ministro Dias Toffoli votou pela concessão da ordem, discorrendo que a presunção de inocência é dividida em norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento. A norma probatória traduz-se na obrigação de o ônus da prova ser

[177] Ibidem.
[178] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf >
[179] Ibidem.
[180] Ibidem.

inteiramente do órgão acusador, a norma de juízo que permite ao magistrado condenar apenas quando houver certeza sobre a culpabilidade já que a dúvida deve favorecer o réu e, por fim, a norma de tratamento assegura ao réu que ele seja tratado como inocente durante todo o processo.[181]

Apresenta os tipos de prisão ressaltando que a prisão-pena só é possível diantede um juízo definitivo de culpabilidade pois, fora dessas hipóteses, somente é cabível uma das prisões processuais. Executar, portanto, a pena-sanção provisoriamente é antecipar um juízo de culpabilidade ainda não plenamente formado, o que viola a regra de tratamento imposta pela presunção de inocência.[182]

O trânsito em julgado não se dá com o exaurimento das instâncias ordinárias, ele se dá com o esgotamento de absolutamente todas as instâncias e a Constituição foi clara quando pontuou que a presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado. Ademais, o ministro ressalta que já há mecanismos para coibir a interposição abusiva de recursos com o intuito de alcançar a prescrição.[183]

O ministro Ricardo Lewandowski, no sentido do que já aduzido na decisão anterior, iniciou o voto ressaltando o contexto em que nos foi dado os direitos constitucionais que hoje temos, conquistas em reação a um regime absoluto.[184]

A rigidez perdura ao olhar para a Constituição e ver os limites impostos à possibilidade de reforma dela. O artigo 60 impõe essas restrições e o direito à presunção de inocência consta em um dos grupos abrangidos por essas limitações.[185]

Nem mesmo ao Poder Legislativo é autorizado reformar direitos fundamentais de forma a vulnera-los, de igual forma isso deve ser obedecido pelo Poder Judiciário

[181] Ibidem.
[182] Ibidem.
[183] Ibidem.
[184] Ibidem.
[185] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf >

quando for realizar mutação constitucional. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer política criminal.[186]

Entendendo, portanto, ser a presunção de inocência cláusula pétrea e reconhecendo os perigos da irreversibilidade da decisão que priva a liberdade do indivíduo, o ministro votou pela concessão da ordem por ser inconstitucional a execução provisória da pena.[187]

O ministro Marco Aurélio, votou pela concessão da ordem, acompanhando o ministro Ricardo Lewandowski, aludindo em seu voto que a norma que traz a presunção de inocência é clara e permitir que a pena seja executada antes do trânsito em julgado é dar um passo maior do que a Constituição permitiu.[188]

O ministro Celso de Mello, votou pela concessão da ordem, manifestando-se contrariamente à execução provisória da pena por entender que afronta o direito fundamental do réu à presunção de inocência.[189]

Ressalta a importância das Instituições Jurídicas respeitarem os limites impostos pela própria Constituição para que se possa concretizar a garantia aos direitos fundamentais.

O ministro relembra decisão proferida pela Corte, em um outro momento, na qual foi derrogada norma que autorizava inserir o nome do indivíduo pronunciado no "rol dos culpados" por entender que era incompatível com a presunção de inocência, só devendo isso ocorrer quando houvesse condenação definitiva. Porém, agora está sendo permitido uma situação mais gravosa sem condenação definitiva, que é a execução prematura da pena, o que se mostra, no mínimo, incoerente.[190]

[186] Ibidem.
[187] Ibidem.
[188] Ibidem.
[189] Ibidem.
[190] Ibidem.

Ressalta ainda que de fato a presunção de inocência não é norma absoluta e não o é porque seu limite encontra-se justamente no trânsito em julgado estabelecido pela própria Constituição.

Ademais, o ministro observa que não há que se legitimar a execução provisória da pena com os fundamentos da prisão preventiva, pois a preventiva não é decretada com base em juízo de culpabilidade, já a prisão pena constitui sanção ao réu condenado criminalmente.

Por fim, a Ministra Carmem Lúcia, votou pela denegação da ordem, já que seu entendimento é o de que é constitucional a execução da pena após o esgotamento de recursos dirigidos às instâncias ordinárias. [191]

Em todos os momentos em que foi discutido sobre a possibilidade de execução provisória da pena, a ministra Carmen Lúcia sempre se posicionou favorável, o que não foi diferente nesse momento. A ministra fundamenta seu voto na efetividade jurisdicional que abarca não somente o respeito à garantia de liberdade do indivíduo, mas também a segurança jurídica e a pacificação social.[192]

Assim, observa-se que apenas no período compreendido entre 2009, com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7, e 2016, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que a execução provisória da pena era incompatível com o direito constitucional à presunção de inocência.[193]

Desde a promulgação da Constituição de 1988, excluído o lapso temporal mencionado no parágrafo anterior, sempre foi admitida execução provisória da pena com fundamento em todos os argumentos levantados pelos ministros favoráveis à hipótese.

[191] Ibidem.
[192] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf >
[193] Ibidem.

E a jurisprudência atual segue nesse raciocínio de que não afronta o direito à presunção de inocência, e, portanto, está em consonância com a Constituição Federal, executar a sentença penal condenatória ainda que na pendência de recursos extraordinários, já que esses são desprovidos de efeito suspensivo.

5 CONCLUSÃO

Aos três Poderes do Estado é permitido exercer as funções um dos outros de forma atípica, mas isso constitui exceção, não regra. A regra que deve ser aplicada é que cada Poder trabalhe harmonicamente uns com os outros sem que ocorra a usurpação de função.

O ativismo pode e deve existir, porém o exercício dele deve acontecer no âmbito de todos os Poderes dentro dos limites de suas respectivas competências, fazendo nascer, assim o ativismo constitucional que, como visto no trabalho, propõe a ideia de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário trabalham juntos e ativamente convergindo para um resultado comum, qual seja, a efetivação de direitos e garantias fundamentais, buscando dar máxima efetividade ao texto constitucional, o que se apresenta totalmente compatível com nosso Estado Democrático de Direito.

Pois bem, o ideal seria o ativismo constitucional, porém o que vem ocorrendo é um ativismo judicial exacerbado, que tem trazido caos e preocupação entre operadores do direito. A execução provisória da pena é um típico caso em que se observa atuação ativista do Poder Judiciário, especialmente da Suprema Corte.

Apesar de em alguns casos o ativismo judicial produzir uma efetividade no que diz respeito à garantia de um direito fundamental, o fato, por si só, de o Poder Judiciário ter que agir para poder assegurar um direito que deveria ter sido feito pelo Poder Executivo ou Poder Judiciário, apesar de produzir um efeito positivo em seu resultado, é preocupante pois demonstra uma crise no âmbito dos Poderes no exercício de suas competências.

Apesar disso, o Poder Judiciário tem atuado tão ativamente que, em muitos casos, é visto como o "salvador da pátria" pois tem dado solução a conflitos quando os outros poderes são omissos. O perigo é que, o que deveria ser exceção, acabou tornando-se regra, pois tudo tem sido levado para pronunciamento do Poder Judiciário, como se ele fosse a esperança para a solução de todos os problemas que surgem e isso tudo faz com que o sistema fique abarrotado de processos, um número de demandas superiores ao que o judiciário suporta e a consequência é que a marcha processual torna-se lenta pois os juízes possuem limitações.

O outro problema, e esse considerado ainda pior, é quando essa atuação ativista vem em prejuízo do cidadão fazendo com que direitos fundamentais sofram algum tipo de mitigação. É o que vem ocorrendo com a presunção de inocência, tratada na presente pesquisa.A presunção de inocência é direito constitucional que foi inserido nas constituições pelo mundo de modo a acabar com as violações que ocorriam com os indivíduos fruto de um sistema autoritário que ignorava totalmente a humanidade das pessoas.

O direito a presunção de inocência, assim como os demais direitos assegurados constitucionalmente, é, em verdade, uma conquista adquirida em forma de direito e garantia em face do Estado de forma a equilibrar essa relação vertical Estado indivíduo.

Os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal são de tamanha importância que o próprio Poder Constituinte impôs restrições ainda maiores à modificação desses direitos a fim de assegurar que seu núcleo essencial se torne intangível.

Ao Poder Legislativo, portanto, quando foi imposta a vedação do artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, pretendeu-se dar proteção à sociedade em face do Estado para que os direitos e garantias fundamentais não fossem atingidos por seus representantes.

A execução provisória pena claramente representa uma mitigação do direito a presunção de inocência, mitigação essa que quando se efetiva torna-se irreversível pois atinge diretamente um outro direito fundamental, qual seja, a liberdade de locomoção.

Há, portanto, já de imediato pelo menos 3 problemas em acatar esse instituto, o desrespeito ao direito à presunção de inocência que consequentemente leva a violação também do direito ao devido processo legal e, por fim, atinge diretamente o direito à liberdade de locomoção, que constitui, depois do direito à vida, um dos direitos mais importantes previstos em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, a conclusão a que se chega é, os direitos fundamentais, listado entre as cláusulas pétreas, não podem ser mitigados nem mesmo por emenda constitucional, procedimento extremamente rigoroso de alteração da Constituição, como pode-se admitir que o Poder Judiciário o faça por meio da interpretação de 11 ministros, pior, por meio de interpretação de 6 ministros (aqueles que votaram a favor da execução provisória)?

Deve-se ressaltar ainda, o tremendo momento de insegurança jurídica em que se vive, pois cada vez que mudam-se os ministros da Corte, muda-se o entendimento sobre a possibilidade ou não de antecipar a execução da pena. Pois, como vimos, até 2016, quando o entendimento mudou, a Corte afirmava ser inconstitucional esse instituto.

Ao permitir que a execução provisória da pena aconteça estamos diante de uma reforma feita pelo Judiciário em relação ao direito à presunção de inocência que tende a abolir esse direito, uma vez que está-se atingindo seu núcleo essencial. Nesse sentido, como afirmar que alguém é presumidamente inocente quando essa pessoa já encontra-se sendo sancionada pelo crime que supostamente cometeu?

É completamente incoerente a execução provisória da pena com o direito à presunção de inocência nos termos em que foi escrito em nossa Constituição. Os dois institutos não convivem em harmonia.

Nesse sentido, apesar de hoje o entendimento que prevalece ser o da possibilidade de antecipação do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por todos os motivos expostos na presente pesquisa, a conclusão a que se chega é tal instituto é inconstitucional, não devendo ser permitido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria dos Diretos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. Malheiros Editores. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. Saraiva. 2010.

_____. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid (2009), p. 17-32.

_____. Roteiro da manifestação oral feita em seu voto sobre Habeas Corpus de Lula. Web. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf. Acesso em: 18/04/2018.

BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18/04/2018.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 em 9 de novembro de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 18/04/2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus. 1. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio da Presunção de Inocência. (CF, art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória confirmada por Tribunal de Segundo Grau de Jurisdição. Execução Provisória.

Possibilidade. 2. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº

313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao sob o número 10460083. Acesso em 16/03/2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus. 1. *Habeas Corpus*. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada ada pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. 2. Habeas Corpus n. 84.078-7/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531. Acesso em 22/04/2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 152.752 Paraná. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 04 de abril de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf. Acesso em 09/04/2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5 ed. São Paulo: Edipro, 2012.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. 1996, ano 33, nº 33, p. 25-43.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4º ed. Saraiva. 2011.

_____. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 3-21, 2015.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. Levando os direitos a sério.

FISCHER, Douglas. Execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. *Revista Direito Público*, v. 6, n. 25, p. 7-30, 2009.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63- 86, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21 ed. Editora Atlas. 2017.

PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (abril-junio 2017), Abril 2017 – ISSN: 1988-7833. Em línea: http://www.eumed.nrt/rev/cccss/2017/02/inocencia.html. Acesso em 18/04/2018.

SILVA, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Web. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf. Acesso em 16/04/2018. Acesso em 16 abr. 2018.

O MÉTODO SOCRÁTICO NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Luis Fellipe Magalhães Pereira

RESUMO

O presente artigo tem como objeto o Método Socrático no Ensino Jurídico Brasileiro, com o objetivo de demonstrar que o ensino jurídico brasileiro atravessa uma longa crise que pode ser enfrentada através de mudanças profundas na forma com que são formados os juristas brasileiros. Para tal, apresento uma definição do Método Socrático e como sua prática tem o potencial de gerar transformações importantes na capacitação das competências necessárias para a prática e construção do conhecimento jurídico. Concluo apresentando como hipótese que o Método de Ensino Socrático é importante ferramenta que deve ser incluída como método fundamental ao ensino jurídico brasileiro, pois se apresenta como solução para diversos dos problemas tratados no decorrer do trabalho.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trabalhará com a metodologia hipotético dedutiva tendo como objeto a aplicação do Método Socrático no Ensino Jurídico Brasileiro e suas consequências. O objetivo do presente artigo é apresentar os desafios enfrentados na formação jurídica brasileira, expor definição do método de ensino jurídico adotado, em particular, nos Estados Unidos da América, seus fundamentos e avaliar sua aplicabilidade na formação dos profissionais do Direito no Brasil. A hipótese apresentada é de que a aplicação de tal método de ensino irá fornecer ferramentas para o aprofundamento das capacidades analíticas, reflexivas, verbais e críticas dos profissionais do Direito no Brasil, aperfeiçoando a prática e qualidade de sua atuação nos mais diversos campos jurídicos. Abordarei também as mais recentes críticas ao modelo nas instituições anglo-saxãs.

No primeiro tópico, “O problema do ensino jurídico e o Método Socrático como alternativa”, apresentarei a motivação do trabalho. O tema encontra sua atualidade em razão da mudança realizada pelo Ministério da Educação e Cultura no instrumento de avaliação das instituições de ensino, em que a inovação no ensino é característica qualificadora, sem, no entanto, definir de forma clara do que se trata a referida “inovação”. Busca-se como referencial as práticas realizadas pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, que é pioneiras na busca por métodos didáticos inovadores, e da própria instituição, com o extinto Programa de Direito Integral – PRODI.

1 O PROBLEMA DO ENSINO JURÍDICO E O MÉTODO SOCRÁTICO COMO ALTERNATIVA

Ao escolher o tema do Método Socrático e sua aplicabilidade no ensino e prática jurídica, fui motivado por uma profunda inquietude quanto ao que se apresenta como paradigma na formação dos operadores do Direito brasileiros e, consequentemente, seus reflexos na prática profissional. Pretendo demonstrar que o sistema jurídico brasileiro se encontra frente uma profunda crise, a qual entendo não enfrentada de forma efetiva pelos métodos de ensino tradicionalmente aplicados no Brasil. Busco a origem de tal crise na formação do operador do Direito brasileiro, a qual julgo deficiente.

Tal crise, como pretendo demonstrar, tem sua origem na excessiva valorização das universidades na reprodução da doutrina e na limitação do estudo ao conhecimento codificado, que é abordado pelos docentes através de conteúdo curricular que se pauta pelo pragmatismo mercadológico, acabando por gerar reflexos nas mais diversas áreas da prática jurídica. Exemplos podem ser encontrados nas mais diversas carreiras jurídicas, como a magistratura, onde parte dos juízes se apoia de forma exagerada na doutrina ou jurisprudência, exarando decisões que se limitam a mera reprodução de categorias de pensamentos predefinidos e muitas vezes inadequados aos casos em julgamento, ou no caso de

advogados que se formam incapacitados para atuar de forma eficiente, por não terem desenvolvido a capacidade de raciocínio e articulação verbal necessárias para o entendimento e defesa dos interesses de seus representados.

A situação atual da comunidade jurídica brasileira encontra-se em um ciclo vicioso, onde, segundo Streck (1999, p. 65) "juízes decidem com os que doutrinam, os professores falam de sua convivência casuística com os que decidem, os que doutrinam não reconhecem as decisões", sendo evidente que tal comportamento se distancia em muito do esperado na prática da atividade jurídica e do magistério, já que se resume a mera reprodução sistemática de conceitos e ideias que muitas vezes perderam a coerência teórica e lógica necessária para manutenção de um campo de estudo que ultrapasse o status de mera colcha de retalhos de conceitos e teorias que só existem como ferramentário *ad hoc* convenientemente criado como justificativa para argumentos baseados em interesses pessoais, políticos ou ideológicos.

Tal situação é constantemente ignorada pela maior parte da comunidade jurídica, que se encontra incapaz de identificar a crise enfrentada ou de compreender os questionamentos de poucos juristas que denunciam a crise nas últimas décadas. Entendo que o início desse ciclo vicioso ocorre no processo de formação do jurista brasileiro, que, no geral, não vem recebendo a instrução intelectual necessária para identificação e confronto das inconsistências e paradoxos das decisões e práticas em voga na comunidade jurídica.

Frente tal problema, busquei encontrar modelo alternativo de educação jurídica que pudesse servir de contraponto ou alternativa ao atualmente estabelecido no Brasil. Baseando-me em minha experiência como discente no Projeto Direito Integral – ProDI, pioneiro em Brasília e colocado em prática pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, onde tive contato com o Diálogo Socrático como método de ensino (FREITAS FILHO; MUSSE, 2013, p. 19), modelo pouco utilizado na educação brasileira, que é marcada por décadas de metodologia baseada em aulas expositivas, leitura e comentários ao texto de leis, existindo apenas tentativas pontuais de incentivo a participação dos discentes, sem, no entanto,

elaboração ou desenvolvimento de uma metodologia coerente com a totalidade do currículo do curso, e capaz de preparar o professor e os alunos para as dificuldades encontradas com a adaptação a essa metodologia de ensino.

O encontro semanal da Docência Temática era ministrado por especialistas de relevância nacional convidados pelo UniCeub, que enviavam previamente um texto de sua autoria para estudo dos alunos e posteriormente palestravam para os alunos e respondiam questionamentos quanto ao tema estudado.

Os Plantões de Atendimento Presencial Obrigatório eram reuniões preparatórias para as práticas dos encontros de Reflexão Estruturante e da Docência Temática. As turmas se encontravam duas vezes por semana plantões de três horas de duração, discutindo os textos estudados, realizando debates e expondo de dúvidas e questionamentos.

Tal experiência influenciou positivamente minha formação profissional e intelectual, me capacitando para exercer com competência minhas funções como aluno e estagiário na prática profissional em escritórios de advocacia. O Método do Diálogo Socrático foi a técnica de ensino que mais me impactou durante minha participação no projeto, sendo evidente o contraste com o modelo de ensino utilizado no decorrer do curso de Direito, que muitas vezes se apresentava como limitado e desinteressante quando comparado com o modelo utilizado no ProDI.

Portanto, defino o objeto principal do artigo como a exposição do método Socrático no ensino e na prática Jurídica, com o objetivo de determinar de forma clara como este é praticado na tradição americana, delimitando de suas características, utilidades e fraquezas, em contraposição com o modelo de ensino brasileiro, e propondo-o como alternativa viável e urgentemente necessária para reestruturação do sistema jurídico nacional.

2 A CRISE NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

A prática cotidiana dos operadores do Direito brasileiros revela de forma incontestável uma profunda crise no processo decisório, na prática legislativa e na atuação de todos os componentes da comunidade jurídica. Os magistrados falham com o dever de coerência em suas decisões, decidem de forma casuística, ora se atendo ao texto da Lei, ora se libertando das amarras da positividade e julgando com base em seus posicionamentos ideológicos e morais, sempre fundamentando seus "decisionismos" em um arcabouço infinito de ementas e doutrinas utilizadas com a liberalidade de um canivete suíço pronto a resolver qualquer dificuldade na justificação de sua atuação incoerente e, muitas vezes, oportunista. Assim, algumas vezes chegamos, por exemplo, ao emblemático caso da decisão que entendeu pela impossibilidade de se considerar o marido como sujeito ativo do estupro da esposa em razão da cópula ser exercício regular de um direito (STRECK, 1999 p. 65).

Os advogados, frente a incoerência dos julgadores, empobrecem teoricamente sua atividade profissional, reduzem sua atuação a uma competição de clareza e objetividade na narração dos fatos e na apresentação de provas, na tentativa de convencer o julgador que, muitas vezes, entende seu papel como materialização do brocado latino da *mihi factum, dabo tibi ius*, "dá-me os fatos e te darei o direito".

Com medo de confundir o julgador com teses complicadas, atrevem-se no máximo a citar conjunto de ementas de jurisprudência que talvez auxilie o magistrado a sentir-se confortável em decidir em seu favor sem a necessidade de incorrer em inovação. Criação de teses originais? Coisa rara. Poucos advogados se atrevem a tal empreitada, preferindo, em caso de inexistência de precedente favorável, a utilização de jurisprudência claramente interpretada de forma inadequada na tentativa de ludibriar o julgador desatento (RODRIGUEZ,2013).

Tal situação não nasce no vácuo, tem sua origem em uma profunda crise educacional que se arrasta por longas décadas na academia brasileira. As faculdades brasileiras se tornaram meras reprodutoras do conhecimento codificado, da dogmática e dos conceitos esposados pelos diversos doutrinadores da moda, que só serão úteis em um eventual concurso público ou Exame da Ordem. O ensino jurídico

é encarado como mera transmissão de técnica que se presta a atender as necessidades profissionais do jurista (STRECK, 1999, p. 67), e obviamente, do ponto de vista pragmático, o questionamento e inovação não ocupam lugar de prioridade em um cenário acadêmico que se presta apenas a satisfazer as necessidades imediatas de seus participantes, que almejam apenas o ferramentário suficiente para alcançar seus objetivos profissionais.

O questionamento e produção de novos conhecimentos se encontra em posição antagônica ao modelo educacional dogmático e burocrático que atualmente é praticado no Brasil, sendo evidente a dificuldade para que tal "atmosfera" intelectual se modifique. Qualquer proposta de mudança é encarada com resistência pelos discentes, que não desejam gastar suas energias com outra tarefa além de absorver todo conteúdo necessário para satisfazer as demandas do mercado de trabalho. Portanto, apenas com a introdução de um novo modelo de ensino será possível formar operadores do Direito capacitados a analisar criticamente seu momento histórico, expor incoerências e construir de forma colaborativa e dialética uma nova comunidade jurídica, com a prática pautada por um elevado grau de excelência técnica e intelectual.

A educação jurídica no Brasil sofre com limitações antigas que impediram o desenvolvimento significativo de sua metodologia de ensino. Com algumas exceções, as faculdades de Direito no Brasil sempre foram limitadas pela extensiva grade curricular extremamente restritiva e compartimentalizada, que impossibilitava a comunicação entre as diversas disciplinas (Princípios gerais da proposta do Curso de Direito-FGV-EDESP, 2007).

Dentro de cada uma dessas disciplinas, o conteúdo é ministrado de forma sistematizada conforme conteúdo programático, com pretensão de esgotar o estudo de toda legislação pertinente a matéria, explorado, muitas vezes de forma desnecessária, vasta quantidade de texto legislativo e doutrinário, sem qualquer oportunidade da formação de raciocínio crítico ou abstração do tema estudado para outros campos do conhecimento.

O conteúdo é tradicionalmente transmitido através do modelo metodológico de palestras magistrais, onde normalmente o professor realiza a leitura da legislação com comentários enquanto os alunos realizam anotações e, posteriormente, a leitura de doutrina indicada (Princípios gerais da proposta do Curso de Direito-FGV-EDESP, 2007).

Sendo esse, em resumo, o roteiro apresentado ao estudante de Direito das faculdades brasileiras, não causa espanto a completa falência do sistema jurídico nacional. Em suas propostas para elaboração de um novo Curso de Direito, a Fundação Getúlio Vargas de São Paulo define o resultado do modelo atual de ensino jurídico:

> Um curso fundado nestes parâmetros induz a formação de um bacharel que possui conhecimento extensivo, memorizado e abrangente de todas as áreas do direito positivo, que reproduz automaticamente a perspectiva fornecida pelos manuais e das palestras a que pôde assistir. É um aluno que raramente foi estimulado a enfrentar com criatividade e autonomia os problemas jurídicos concretos, como se a resposta para eles estivesse explícita nos livros de curso, a principal ferramenta que aprendeu a usar para alimentar seu raciocínio. (Princípios gerais da proposta do Curso de Direito-FGV-EDESP, 2007, p. 10)

O bacharel formado pelo sistema atual de educação jurídica não é capacitado para o exercício da maior parte das carreiras jurídica. Saindo da faculdade, quando muito, possui o básico treinamento necessário para aprovação em concursos das carreiras do serviço público ou aprovação no Exame da Ordem dos Advogados.

Quando aprovado no difícil concurso da magistratura, este descobrirá que só foi capacitado para decorar leis e doutrina. Confrontado com situações complexas, com necessidade de abstrair e inovar, não terá o treinamento intelectual necessário para elaborar decisões que satisfaçam os rigores lógicos e teóricos necessários para o exercício de sua profissão. Quando advogado, não terá capacidade argumentativa, raciocínio lógico e criatividade para elaboração das teses necessárias para sua prática profissional. Caso torne-se servidor público, resultará em um autômato incapaz de realizar qualquer função além daquela designada pela estrutura burocrática vigente.

Com isso, todo sistema jurídico brasileiro encontra-se em colapso. Julgadores que abandonam a coerência entre suas decisões, muitas vezes por sequer refletirem sobre os temas decididos, preferindo a utilização, muitas vezes inadequada, da jurisprudência em voga, ou, quando obrigados a inovar, decidindo de forma teratológica sem qualquer refinamento teórico. Advogados abandonam as fúteis tentativas de terem seus argumentos analisados pelos julgadores. Resignados, buscam o convencimento com petições sucintas que se concentram na descrição dos fatos e apresentação de um arsenal jurisprudencial, pertinente ou não, que convença o magistrado a decidir em seu favor, na esperança que um apelo a autoridade dos Tribunais o auxilie no convencimento do julgador sem as penas de elaborar teses jurídicas que não serão lidas.

O desprezo pela natureza inerentemente argumentativa do Direito alcança o absurdo de existirem propostas visando incentivar a limitação de petições e decisões ao total de 10 páginas, e o pior, sendo apoiadas por órgãos como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O Judiciário brasileiro estabeleceu como uma de suas maiores aspirações alcançar metas impostas pelo CNJ, no entanto, se aproveitando de tal compromisso e da necessidade de agilidade no julgamento para mascarar sua completa incapacidade para decidir de forma convincente, satisfazendo o direito da população em contar com um judiciário que decida com *accountability*, coerência, rigor lógico, racionalidade e obediência às regras jurídicas preestabelecidas (Freitas Filho, 2007).

Não tendo formação intelectual adequada, como esperar que cumpram com suas funções? Não se trata de problema recente, recém diagnosticado, mas de crise profunda e antiga, que já era notada e denunciada ainda na década de 50 por professores universitários (San Tiago Dantas, 2001).

Em reconhecimento ao estado caótico do ensino superior brasileiro, que ultrapassa os problemas específicos do curso de Direito, o Ministério da Cultura e Educação recentemente alterou as diretrizes de avaliação dos cursos de graduação,

introduzindo novo quesito que pontua positivamente a inovação nas metodologias de ensino (INEP, 2017), sem, no entanto, definir o conceito de inovação.

Em alguns casos, práticas adotadas por mais de um século em outros países devem ser consideradas como inovadoras. Não por serem inéditas, mas por representarem um profundo rompimento com o sistema de ensino estabelecido, demandando uma revolução não só na estrutura das faculdades, mas na própria visão do papel do jurista em uma sociedade democrática.

O ensino jurídico, em razão da evolução tecnológica, corre o risco de ultrapassar e negligenciar um aspecto fundamental para seu sucesso, o aperfeiçoamento das capacidades verbais e intelectuais de seus alunos. O ensino socrático caminha no sentido contrário ao que comumente se entende como inovação no ensino, a inovação tecnológica. No entanto, novidades tecnológicas podem servir para consolidar o modelo vigente, simplesmente atualizando as técnicas necessárias para sua perpetuação em um novo contexto histórico (Ghirardi, 2015, p. 74), sendo possível que tais inovações resultem apenas no aprofundamento da crise educacional.

3 O MÉTODO SOCRÁTICO

Em busca de um modelo de ensino capaz de fazer frente as dificuldades enfrentadas pela comunidade jurídica brasileira, destaco o modelo americano de Diálogo Socrático, descrito em artigo de Freitas Filho e Musse (2013) e colocado em prática no extinto Projeto Direito Integral – ProDI, onde tive a oportunidade de vivenciar na prática o modelo proposto.

Descreverei no que consiste o Método Socrático, iniciando com o retorno as fontes primárias, os diálogos socráticos de Platão, definindo de forma concisa no que consiste o modelo de educação inspirado nas descrições da prática filosófica de Sócrates.

Incialmente, cabe resolver um problema fundamental quando se trata de Sócrates e a educação. Na Apologia a Sócrates (PLATÃO apud BRICKHOUSE, 2009), Sócrates claramente declara nada saber e sustenta nunca ter ensinado nada a ninguém. Ao mesmo tempo, na leitura dos demais diálogos, percebe-se que tal afirmação é contraditória com seu comportamento.

Em Menon (PLATÃO apud BRICKHOUSE, 2009), Sócrates utiliza seu método de questionamento com um garoto escravo, demonstrando sua natureza pedagógica. Sócrates apresenta e defende a teoria de que o conhecimento verdadeiro é lembrança, não criação ou absorção, mas sim memória de uma verdade já existente no interior de cada indivíduo. Esse modelo de questionamento pedagógico visa, através do questionamento sistemático e previamente planejado, guiar o interlocutor da posição de ignorância para o de domínio do conhecimento, que o professor já possui. Trata-se de modelo dialético conflituoso onde, através da crítica e exposição de contrapontos, o professor leva o aluno ao aperfeiçoamento do raciocínio lógico e, consequentemente, da matéria ensinada. Foi aplicado pela primeira vez no ensino jurídico por Cristopher Columbus Langdell, Deão da Harvard Law School, que, no final do século XIX (Mintz, 2006, p. 477), desenvolveu a abordagem de convidar seus alunos a fazerem leitura e análise de casos, com posterior questionamento pelo professor, para extração dos princípios e raciocínios jurídicos demonstrados pelo julgador e partes do caso narrado. O método proposto por Langdell representou o rompimento com o modelo ultrapassado de ensino até então adotado nas faculdades americanas. O Presidente de Harvard na época em que Langdell implementou suas mudanças na forma de ensino declarou, impressionado, que o método utilizado guiava o desenvolvimento intelectual dos alunos, fortalecendo suas capacidades mentais, de memorização e aprendizado da matéria.[1]

[1] Professor Langdell had, I think, no acquaintance with the educational theories or practices of Froebel, Pestalozzi, Seguin, and Montessori; yet his method of teaching was a direct application to intelligent and well-trained adults of some of their methods for children and defectives. He tried to make his students use their own minds logically on given facts, and then to state their reasoning and conclusions correctly in the classroom. He led them to exact reasoning and exposition by first setting an example himself, and then giving them abundant opportunities for putting their own minds into vigorous action,

Tal método, apesar de certa resistência inicial, tornou-se amplamente utilizado no ensino jurídico americano (Stuckey, 2009), sendo utilizado, segundo pesquisa realizada no fim da década de 90, por 97% dos professores de Direito nas aulas do primeiro ano de curso(Friedland apud BRICKHOUSE, 2009).

Já em Teeteto (PLATÃO apud BRICKHOUSE, 2009), Sócrates compara sua atividade filosófica com a da parteira, apresentando sua famosa definição da maiêutica. Tal sistema de questionamento é apresentado como técnica, *techne*, que não visa ensinar um conhecimento que o questionador já possui, mas auxiliar o interlocutor a "gerir e parir" suas próprias ideias e conceitos, tendo a nobre função de auxiliar no nascimento bem-sucedido do que é belo, ao mesmo tempo arcando com a responsabilidade de eliminar o nascimento de ideias deformadas ou inviáveis. Na prática de tal modelo de diálogo, Sócrates demonstra comportamento cuidadoso e preocupado com o interlocutor, declarando entender o sofrimento atravessado por aquele que busca alcançar o conhecimento, agindo em um espirito de amizade e franqueza, sem, no entanto, se abster da difícil missão de agir contra ideias que se demonstrem erradas.

Os dois modelos inicialmente apresentados possuem utilidade na educação, e, se utilizados corretamente e com responsabilidade, possuem diversos benefícios que serão expostos adiante. Mas, no entanto, ainda persiste o problema de Sócrates alegar ser ignorante e nada ter ensinado. Como conciliar a natureza educacional do método socrático com as referidas alegações?

Sócrates, quando afirma nada ensinar, fala da natureza não doutrinária de seu método. De fato, Sócrates não busca apresentar doutrina sobre os deuses, natureza ou as práticas políticas. O interesse de Sócrates, através do *elenchos*, questionamento sistemático, é o da prestação de um serviço para a comunidade da qual faz parte. Sócrates se declara estéril, qual uma parteira que já passou de sua idade fértil, e,

in order, first, that they might gain mental power, and, secondly, that they might hold firmly the information or knowledge they had acquired. It was a strong case of education by drawing out from each individual student mental activity of a very strenuous and informing kind. (Eliot, 1920)

incapaz de gestar novos filhos (ideias), auxilia não só no trabalho de parto como na criação de condições saudáveis para a concepção.

Assim, evidente que Sócrates, apesar de não ensinar doutrinas, ensinou uma técnica valiosa para o aperfeiçoamento individual e social, reflexo da necessidade de uma sociedade em crise, como era o caso da ateniense no período após o fracasso na Guerra do Peloponeso, e que, graças a tradição Socrática, alcançou o mais elevado patamar de sofisticação filosófica com o surgimento da filosofia Platônica e Aristotélica, que pautaram o progresso intelectual da Civilização Ocidental nos milênios seguintes (BRICKHOUSE, et al., 2009).

Além dos dois métodos acima descritos, Menon e Teeteto, existe prática diversa chamada modelo de teste. O modelo de teste é utilizado por Sócrates através da ironia, para testar a inteligência de seus interlocutores e expor a falsa aparência de sabedoria. Sócrates utiliza uma máscara de ignorância para incentivar a exposição de seus interlocutores e de suas concepções errôneas, para, assim, impiedosamente testa-las e destruí-las. Obviamente tal modelo de diálogo não se adequa ao ambiente de sala de aula, tendo uma possível utilidade em campos diversos, como o político, debate ou até na prática contenciosa do Direito.

4 O MÉTODO SOCRÁTICO EM SALA DE AULA

O Método Socrático, em seu aspecto didático, é uma eficiente ferramenta educacional, com característica multidimensional e multirelacional que possibilita o desenvolvimento de diversas habilidades fundamentais para formação jurídica. O diálogo socrático em sala de aula tem o potencial de auxiliar o desenvolvimento da habilidade de prestar atenção, ouvir, entender, julgar, formular e articular ideias (MARSHALL, 2005).

Inicialmente, é preciso salientar mais uma vez que, apesar da utilidade do modelo de teste para prática profissional do Direito ou discurso político, este não deve ser confundido com os demais modelos de diálogo e utilizado pelos professores em sala de aula. Sua característica de confronto e ironia não se adequam a

construção ou transmissão de conhecimento, mas sim a denúncia e combate de falsas sabedorias propagadas por indivíduos que acreditam deter conhecimento.

Nas formas utilizáveis do diálogo em sala de aula, o diálogo de Menon associado ao método de casos, proporciona a oportunidade ao professor utilizar seu conhecimento para desenvolver uma série de questionamentos que expõem erros de raciocínio nas respostas de seus alunos, incentivando com que estes consigam dar respostas satisfatórias e possibilitando o desenvolvimento do pensamento indutivo, a percepção dos princípios aplicáveis ao conteúdo ensinado, resultando não apenas na memorização das aulas e dos textos, mas a compreensão oriunda de seu próprio raciocínio, levando ao maior domínio e fixação das matérias ensinadas, ultrapassando a superficialidade do conteúdo e adentrando em seus fundamentos (BRICKHOUSE, et al., 2009).

O modelo de Teeteto, difere de Menon na medida que se propõe colaborativo, de participação comunitária na construção do conhecimento e argumentação (Mintz, 2006 p. 486 apud BRICKHOUSE, 2009, p.187), tendo um efeito benéfico principalmente para os alunos de sexo feminino, principalmente de minorias (STRONG, 1997, p. 133 apud BRICKHOUSE, 2009, p.187) (MINTZ, 2006, p. 486 apud BRICKHOUSE, 2009, p.187), diferindo nesse aspecto quanto ao modelo de teste, onde Sócrates aborda o interlocutor através do confronto, buscando expor o pretenso conhecimento a um escrutínio impiedoso, não demonstrando compaixão para com aqueles que falham em satisfazer a exigências intelectuais ou o modelo de Menon, onde Sócrates realiza um debate guiado, constantemente apresentando contrapontos e críticas ao pensamento do aluno.

O modelo de ensino socrático foi utilizado durante mais de cem anos nas Universidades americanas, gerando uma tradição acadêmica rica e variada, que, apesar de aparentes crises, deve servir como exemplo de alternativa para solução de nossa própria crise no ensino. As constantes análises e pesquisas realizadas pelos acadêmicos americanos devem servir como material de estudo para a busca de soluções que auxiliem na quebra da crise educacional que se instalou na comunidade

jurídica brasileira, da mesma forma que Langdell, no final do Séc. XIX, buscou inspiração em modelos geograficamente e temporalmente tão distantes quanto estamos dos Estados Unidos da época. Tal como os americanos buscaram na Antiguidade Clássica as ferramentas necessárias para superação das dificuldades por eles enfrentadas, não devemos recear recorrer ao caminho trilhado por outras culturas. Devemos observar, julgar e absorver o que de útil nos apresenta a experiência acadêmica da comunidade jurídica americana.

No entanto, para que o método seja aplicado no Brasil, é preciso responder de forma convincente aos críticos (STROPUS, 1996), que questionam as formas de aplicação do método, a viabilidade de sua aplicação, as diferenças entre o sistema de ensino americano e o brasileiro e os impactos pretendidos e colaterais.

A típica sala de aula americana preparada para o modelo de ensino socrático é grande, com cerca de 100 alunos, estando o professor posicionado na frente de várias fileiras de alunos em formato de arena (STRONG, 1997, p. 23 apud MINTZ, 2006, p. 483). O professor propõe diversas perguntas e direciona o debate, escolhendo aleatoriamente alunos para conversação. Situação muito diferente da encontrada nas salas de aula brasileiras.

Em artigo da Professora Ruta K. Stropus da Loyola University (STROPUS, 1996), são apresentas diversas críticas e vantagens no Método Socrático implementado por Langdell.

A primeira crítica é de que o método causa uma variedade de problemas psicológicos aos alunos, que não estão preparados para lidar com a exposição e o caráter confrontacional dos debates em sala de aula, causando ansiedade em alguns alunos, que sentem que precisam estar excessivamente preparados para responder os questionamentos dos professores ou que temem serem escolhidos para participação (MINTZ, 2006, p.486). A exposição e necessidade de se apresentar em frente aos colegas para expor seus argumentos, confrontar os colegas e professores em debates e responder à questionamentos tem o potencial de causar ansiedade e estresse em

uma quantidade significativa de alunos, que entram no curso de Direito sem estarem preparados e equipados com as habilidades de fala, raciocínio, coerência e conteúdo necessários para encarar de forma satisfatória o escrutínio público. Expor os alunos a tais situações tem potencial de gerar constrangimentos ou sabotagem por parte dos alunos que se recusem a participar, o que geraria dificuldade na aplicação da metodologia em sala de aula.

A segunda é de que o foco do método tem como destaque conceitos abstratos do Direito, sem aprofundamento, deixando de lado os aspectos mais técnicos e práticos da disciplina jurídica. Uma das maiores preocupações das faculdades e dos próprios alunos é a concepção de que as aulas necessitam seguir uma estrutura expositiva onde os alunos aprendam de forma passiva uma série de conteúdos técnicos quanto da matéria, das leis e doutrina, sendo o exercício do diálogo socrático e suas inerentes abstrações um desperdício de tempo de aula que deveria ser direcionada para simples exposição da matéria. Os opositores acreditam que a essência da atividade empreendida pela faculdade é transmitir uma série de conteúdos técnicos necessários para o conhecimento das leis, que serão utilizadas pelo estudante para qualificação em exames e concursos. Ao enfrentar a proposta de uma metodologia de ensino baseada no diálogo, leitura e debate de casos, o *establishment* educacional é resistente a adotar uma visão holística e estratégica na formação dos alunos de Direito, já que temem um prejuízo ao ensino do conteúdo programático.

Por fim, foi feita a crítica de que o método de ensino socrático gera desvantagens em alunos de minorias e mulheres, que não se sentiriam dispostos a submeterem-se ao escrutínio dos colegas, sofrendo desnecessário abalo em sua autoestima. Foram realizados estudos onde 25% das alunas declararam perder autoconfiança em razão do método, contra 15% dos alunos (FONTAINE, 1996, p. 17). Tal dado é preocupante, já que no ambiente acadêmico brasileiro se faz necessária uma abordagem que leve em conta as diferenças regionais, sociais, econômicas, culturais e sexuais entre os alunos. Um ambiente de respeito e real

valorização da participação é algo que deve ser incentivado para proteção de minorias ou grupos estigmatizados na sociedade.

Em defesa do método, sustentou-se que ele incentivaria que os alunos não só lessem casos ou decisões, mas que analisassem e aprofundassem seu entendimento. O diálogo socrático presume não só que os alunos tenham lido os textos, mas compreendido seu conteúdo. Em outro sistema de ensino, os alunos adotariam a simples memorização dos casos, das decisões ou dos artigos de lei. O método socrático incentiva que os alunos não só leiam os textos, mas que os entendam, para defender posições em argumentos na sala de aula. Os questionamentos e o debate ultrapassam a mera compreensão do texto, incentivando a conexão dos diversos conteúdos com um campo maior de crítica e análise dos diversos componentes das relações jurídicas estudadas. Assim, o aluno é incentivado a identificar a linha de raciocínio adotada pelos diversos agentes jurídicos que atuaram nos casos paradigmáticos, identificando e analisando a força dos argumentos, as falhas lógicas, estratégias de debate, linguajar jurídico, reações dos julgadores, etc.

O método aborda de forma analítica e não apenas dedutiva, o conteúdo dos textos estudados, incentivando o pensamento independente dos estudantes. Ao analisar uma decisão ou caso, o aluno deve conseguir observar os princípios e o raciocínio jurídico utilizado para alcançar um entendimento abrangente do conteúdo debatido, identificando padrões lógicos e desenvolvendo, assim, habilidades de abstração necessária para prática jurídica. Ultrapassando questões de o que é correto ou errado, o método gera um nível de flexibilidade para com que o aluno perceba o contexto das decisões, os argumentos jurídicos, a lógica utilizada pelos julgadores e a estrutura argumentativa da prática profissional.

O método é crucial para que os alunos desenvolvam suas habilidades verbais, incentivando a participação dos alunos em sala de aula. Permite que os alunos, ao dialogar com o professor e os outros colegas, aprendam a pensar de forma independente e criativa, expressando seus pensamentos de forma clara e persuasiva. E, ao ensinar os alunos a pensarem como jurista, desenvolvem capacidades analíticas

fundamentais para a prática e carreira jurídica, sendo que muitos graduados irão adquirir habilidades que normalmente apenas uma pequena parcela dos operadores do Direito conquistaria após anos de prática.

A realizar a análise do estado atual da comunidade jurídica brasileira, percebe-se que a falta de tais capacidades na formação afeta de forma profunda a dogmática jurídica, o discurso jurídico e a interpretação da lei (STRECK, 1999). O imaginário jurídico brasileiro é povoado por concepções e conceitos ultrapassados que se assemelham ao estado da educação jurídica norte-americana do século XIX (STROPUS, 1996), razão pela qual a classe jurídica não se encontra preparada para identificar e superar as crises de sentido e de funcionalidade do Sistema Jurídico, havendo reflexos de tal limitação no sistema educacional jurídico, que enfrenta resistência para alterar de forma significativa e consistente a forma de ensino, já que grande parte de seus participantes ou não conseguem perceber a gravidade das limitações do modelo atual ou acreditam não haver solução para tal problema.

O desenvolvimento da formação jurídica através da aplicação do modelo socrático de diálogo, pode, de forma criativa, demonstrar as falhas do sistema jurídico, suas incoerências e "remendos", e, dialeticamente, repensar e apurar a atuação de seus operadores. Os efeitos imediatos na qualidade da formação jurídica serão evidentes no desenvolvimento intelectual dos estudantes. O maior potencial transformador encontra-se na profunda transformação que tal mudança de paradigma educacional pode causar em todas as esferas da atividade jurídica. Inicialmente, o primeiro reflexo seria no aperfeiçoamento da técnica legislativa, qualificando servidores e consultores das casas legislativas com o instrumentário necessário para auxiliar os representantes populares e qualificando a comunidade jurídica para realizar crítica e exposição dos questionamentos pertinentes para que a sociedade possa se posicionar bem informada na ocasião das discussões e votações de projetos de lei. Também qualificando os profissionais do Direito para analisar, debater e questionar as decisões judiciais, em especial as da Suprema Corte, proporcionando compreensão generalizada da estrutura dos argumentos e das correntes doutrinárias

existentes, e possibilitando que o operador se posicione de forma segura e consciente no debate jurídico, influenciando positivamente para o aperfeiçoamento e concretização das aspirações democráticas do sistema jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo traçado como objeto de minha análise o Método Socrático no ensino e prática jurídica, e, para isso, como objetivos a compreensão da situação acadêmica brasileira, a prática do método na academia norte-americana e sua aplicabilidade e benefícios no ensino do Direito no Brasil, encerro destacando que a exposição dos fundamentos da busca de uma solução para crise na formação do jurista, a exposição dos reflexos de tal pratica da comunidade jurídica, conceituação do Método Socrático e, por fim, de que forma se dá sua aplicação no ensino jurídico são de vital importância para o desenvolvimento do Direito Brasileiro.

Acredito que a aplicação do modelo de diálogo de Menon e Teeteto, com as devidas adaptações para realidade brasileira, observando as sugestões apontadas em (MARSHALL, 2005), (STROPUS, 1996) e (Stuckey, 2009), na prática cotidiana das atividades das faculdades de Direito do Brasil terá o efeito positivo de incrementar a qualidade do debate que hoje é realizado na academia e Tribunais, fornecendo um crescimento na qualidade dos alunos em suas habilidades essenciais para operação do Direito. Além, entendo que o modelo socrático de ensino possui natureza eminentemente comunitária e colaborativa, o que trará uma nova dimensão intelectual e ética para o estudante, razão pela qual deve se considerada como alternativa ou complementação ao ensino atualmente praticado no Brasil.

Tal método, já em aplicação na formação jurídica das instituições americanas por mais de um século e em algumas faculdades brasileiras, é alternativa para resolução de diversos problemas enfrentados pelos operadores do Direito, principalmente quando recém formados e em buscam de exercer sua atividade profissional com excelência, razão pela qual, em conformidade com os incentivos à inovação propostos pelo MEC no seu instrumento de avaliação das Instituições de

Ensino, deve se realizar uma busca pela implementação de modelos de ensino ainda não popularizados no Brasil, principalmente quando principalmente quando sua implementação tem o potencial de colaborar para a melhoria de todo o sistema jurídico brasileiro.

O papel das Instituições de Ensino deve ultrapassar as demandas mercadológicas de seus alunos, sendo claro que é seu dever cumprir com uma importante missão social que transcende o simples acesso à educação. As Instituições de Ensino Jurídico são responsáveis pela formação de toda classe de operadores do Direito, que não só́ atuam na área jurídica, mas criam o Direito. É de fundamental importância que tais operadores sejam competentes para cumprir suas funções de forma eficiente e dinâmica, já́ que a estrutura jurídica da sociedade é responsável pela manutenção da coesão e paz social.

Sendo claro que seu mau funcionamento inviabiliza a atuação do Estado na sua tarefa de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem- estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988), somente cumpre com sua função social a Instituição de Ensino que forma profissionais aptos a atuarem não só́ como replicadores de conhecimento, mas como agentes criadores de conhecimentos, questionadores, criativos e capazes de perceber e superar as dificuldades apresentadas no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

Brickhouse, Thomas C. e Smith, Nicholas D. 2009. Socratic Teaching and Socratic Method. [A. do livro] Harvey Siegel. [ed.] Harvey Siegel . *The Oxford handbook of philosophy of education.* New York : Oxford University Press, 2009, pp. 177-192.

Eliot, Charles W. 1920. Langdell and the Law School. *Harvard Law Review.* 1920, Vol. 33, 4, pp. 518-525.

Fontaine, Valerie. 1996. Progress Report: Women and People of Color in Legal Education and the legal Profession. 1996, Vol. 28.

Foucault, Michel. 2002. *A verdade e as formas jurídicas.* [trad.] Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro : NAU Editora, 2002.

Freitas Filho, Roberto e Musse, Luciana Barbosa. 2013. ProDI, Projeto Direito Integral: Uma resposta à crise do ensino jurídico brasileiro. *Universitas Jus.* 2013, Vol. 24, 2.

Freitas Filho, Roberto. 2007. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. setembro de 2007, Vol. 44, 175.

Friedland, Steven. 1996. How We Teach: A Survey of Teaching Techniques in American Law Schools. *Seattle University Law Review.* 1996, Vol. 20, pp. 1-44.

Ghirardi, Jose Garcez. 2015. *Ainda precisamos de sala de aula? [recurso eletrônico] : inovação tecnológica, metodologias de ensino e desenho institucional nas faculdades de Direito.* São Paulo : FGV Direito SP, 2015.

Guliuzza III, Frank. 1991. In-Class Debating in Public Law Classes as a Complement to the Socratic Method. *PS: Political Science and Politics.* dezembro de 1991, Vol. 24, pp. 703-705.

Hawtrey, R.S.W. 1972. Socrates and the Acquisition of Knowledge. *Antichthon.* 1972, Vol. 6, pp. 1-9.

INEP. 2017. *Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação Presencial e a Distância - Reconhecimento e Renovação de Reconhecimento.* Brasília : INEP/Ministério da Educação, outubro de 2017.

Kerr, Orin S. 1999. The Decline of the Socratic Method at Harvard. *Nebraska Law Review.* 1999, Vol. 78, 1, pp. 113-134.

Lamy Filho, Alfredo. 1972. A crise do ensino jurídico e a experiência do CEPED. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros.* 1972, Vol. 06, 18, pp. 151-164.

Marshall, Donald G. 2005. Introduction to socratic method and the irreducible core of legal education. *Minnesota Law Review.* novembro de 2005, Vol. 90, 1, pp. 1-17.

Matson, Wallace I. e Leite, Adam. 1991. Socrates' Critique of Cognitivism. *Philosophy.* abril de 1991, Vol. 66, 256, pp. 145-167.

McFarland, Douglas D. 1986. Students and Practicing Lawyers Identify The Ideal Law Professor. março de 1986, Vol. 36, 1, pp. 93-107.

Mintz, Avi. 2006. From Grade School to Law School: Socrates' Legacy in Education. [A. do livro] Sara Ahbel-Rappe e Rachana Kamtekar. *A Companion to Socrates.* London : Blackwell, 2006, pp. 476-492.

Platão. 2009. *Apologia de Sócrates.* [trad.] Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa : Edições 70, 2009.

—. 2005. *Teeteto.* [trad.] Adriana Manuela Nogueira. Lisboa : Gulbenkian, 2005.

Princípios gerais da proposta do Curso de Direito-FGV-EDESP. **Sundfeld, Carlos Ari, et al. 2007.** 4, São Paulo : Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2007, Cadernos Direito GV, Vol. 4.

Redlich, Josef. 1914. *The Common Law and the Case Method in American University Law Schools: A report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Theaching.* New York : Carnegie Foundation, 1914. Vol. Bulletin Number 8.

San Tiago Dantas, F.C. 2001. Em Defesa do Direito - Discurso proferido à 21 de dezembro de 1957, na cerimônia de colação de grau dos bachareis da faculdade Nacional de Direito. *Palavras de um professor.* Rio de Janeiro : Editora Forense, 2001.

Streck, Luiz Lenio. 1999. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

Strong, Michael. 1997. *The Habit of Thought: From Socratic Seminars to Socratic Practice.* Chapel Hill : New View, 1997.

Stropus, Ruta K. 1996. Mend It, Bend It, and Extend It: the Fate of Traditional Law School Methodology in the 21st Century. *Loyola University Chicago Law Journal.* 1996, Vol. 27, 3, pp. 449-489.

Stuckey, Roy. 2009. Melhores práticas para métodos de ensino não-experimentais. *Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito.* 2009, Vol. 3

O NOVO REGIME FISCAL E A REGRA DE OURO DAS FINANÇAS

Tarciso Lorêdo Araújo Filho

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar a compatibilidade do Novo Regime Fiscal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 95/2016, com a Regra de Ouro estabelecida pela Constituição Federal, no art. 167, inciso III. A Emenda é alvo de intensas críticas por parte de diversos segmentos da sociedade, em face da imposição de limites aos gastos primários. O discurso oficial é de que essa medida é fundamental para o reequilíbrio das contas públicas, retomada do crescimento econômico e diminuição da Dívida Pública, o que se caracterizaria como austeridade fiscal. Pretende-se analisar esse discurso junto à realidade prática e a compatibilidade com a Regra de Ouro. A presente monografia utiliza-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, assim como da análise jurisprudencial. Inicialmente estuda-se o Ciclo Orçamentário e a Regra de Ouro, o que possibilita, então, observar as questões envolvendo as receitas e despesas públicas, além de examinar o Novo Regime Fiscal, em sua vigência, limites impostos e método utilizado em sua fixação. Por fim, faz-se a análise do Acórdão 1322/2018 do TCU, que emitiu parecer sobre as contas do Presidente, do ano de 2017, para poder à luz destas informações determinar a prejudicialidade do Novo Regime Fiscal ao cumprimento da Regra de Ouro.

Palavras-chave: Direito Financeiro. Orçamento Público. Teto dos Gastos Públicos. Emenda Constitucional nº 95/2016. Novo Regime Fiscal. Regra de Ouro. Austeridade Fiscal. Despesas públicas.

1. INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como objetivo analisar o Novo Regime Fiscal, também conhecido como Teto dos Gastos Públicos, e sua compatibilidade com o Sistema Orçamentário-Financeiro brasileiro, em especial quanto à chamada "Regra de Ouro", imposta pela Constituição Federal de 1988. O tema da pesquisa é objeto de muito

debate e inquietação no cenário político-econômico atual, especialmente depois dos maus desempenhos da economia brasileira a partir de 2012, assim como a explosão dos níveis de endividamento público no que diz respeito à União.

A mudança foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 95/2016, que acrescenta os artigos 106 a 114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT. É uma tentativa governamental de conter a expansão da dívida pública, através da política de contração dos gastos federais. Derivou-se de um processo crescente de mudança no pensamento político-econômico, aliando-se à própria evolução do Estado. Isso porque, o Estado Moderno, em seus primórdios, se confundia com o detentor do Poder, e, portanto, este dispunha das finanças daquele como se suas próprias fossem.

Entretanto, com o processo de luta e limitação do poder dos Soberanos, ocorre uma mudança de paradigma e o surgimento do Estado Liberal, no qual a receita pública tem como base a tributação, prezando de forma especial pelo equilíbrio das finanças públicas e máquina estatal enxuta. A este segue-se, principalmente a partir dos anos 40, o chamado *welfare state*, profundamente marcado por teorias keynesianas, um rompimento com o paradigma liberal de não intervencionismo econômico. Neste momento, o Estado cresce e intervêm na Economia para estimulá-la, tendo por fim atingir o Bem-Estar social.

Do ponto de vista orçamentário, o modelo *welfare state* estimula o déficit fiscal planejado, ou seja, a contração de empréstimos públicos não só extraordinariamente ou como antecipação de receitas, mas também para financiar investimentos em certas áreas-chave da sociedade, como, por exemplo, a Educação. Isso porque era considerado importante que os Estados em desenvolvimento aproveitassem épocas de baixa econômica para “aquecer” a economia. No caso brasileiro, foi um período definido pelo endividamento e grandes oscilações na inflação.

O final do século XX se encontrou num contexto de inveterado desequilíbrio fiscal, gerador de um círculo vicioso, tornando-se característica marcante das contas públicas brasileiras. Neste período as dificuldades de financiamento do governo aumentaram o percentual de risco da dívida pública, o que culminou com o aumento do custo de rolagem da dívida vincenda e a colocação de novos títulos da dívida no mercado, piorando a capacidade do governo para financiamento.

Neste panorama surge o Estado Fiscal, no qual há a tentativa de se reorganizar o Estado brasileiro, principalmente com a edição de Leis intendendo garantir a eficiência de administração dos recursos públicos. Nesse sentido, a Lei nº 4320/64 e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101 de 2000-LRF), que dificultaram, ao lado da Constituição Federal de 1988, o acesso às operações de crédito.

Entretanto, em que pese todo o endurecimento na disposição do Orçamento Nacional, para se evitar crises fiscais, as políticas públicas, fiscais e econômicas adotadas nas gestões dos anos 1990 até meados de 2015 ocasionaram instabilidades econômicas. A concessão de incentivos fiscais com o intuito de aquecer a economia interna e as reduções diversas de juros para atração de investimentos, embora tenham tornado possível o cumprimento de certos direitos fundamentais, desencadearam um processo de retrocesso social da nação pela atrofia da indústria e economia brasileiras.

Nesse contexto se insere a reforma objeto de estudo nesta monografia, o Novo Regime Fiscal de teto para os gastos públicos, como forma de tentar diminuir a progressão dos percentuais da Dívida Nacional. O foco é na área de Direito Financeiro, em específico relativo ao equilíbrio fiscal, sem análise da questão relativa aos Direitos Fundamentais ou ao Processo Legislativo de aprovação da Emenda nº 95/2016, apenas de documentos produzidos no processo e que justificam a Reforma. O Ciclo Orçamentário se restringe ao da União como ente federativo, pois o Novo Regime foi proposto apenas a essa, assim, não há análise de efeitos reflexos ao resto do Sistema.

No primeiro capítulo, a partir do uso de pesquisa bibliográfica, são tratados os conceitos gerais afetos ao tema, de modo a definir como ocorre o Ciclo Orçamentário e as Leis que o compõem, com ênfase na Lei Orçamentária Anual. Nesta, são abordadas as três contas que a integram, visto serem necessárias para determinar a abrangência do Regime trazido pela Emenda 95/2016. Após, são especificados os componentes das contas do Orçamento, com os conceitos de Receita e Despesa, assim como as subclassificações utilizadas pela Reforma. Ao final, aborda-se no capítulo, em tópico separado, a Regra de Ouro a que o Novo Regime Fiscal (NRF) visa resguardar.

No segundo capítulo, aproveitando-se do arcabouço teórico construído, assim como da pesquisa bibliográfica e documental, é analisada a Reforma Fiscal, com sua caracterização e mudanças promovidas. Preliminarmente, é tratada a Política Fiscal adotada. De forma complementar, são analisadas as informações contidas nos autos da ADI 5658, que, embora não tenha manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal, é, das ADI's relativas à Emenda Constitucional 95/2016 a que conta com a maior participação de *Amici curiae*, e, por força disso, foi escolhida para averiguação nesta pesquisa.

Exposta a fundamentação teórica e efetuada a análise do tema, no terceiro capítulo realiza-se um estudo de caso sobre o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) em seus últimos julgados, com revisão da literatura. Com isto atende-se aos objetivos da pesquisa, observando e expondo as alterações efetivadas pelo Novo Regime nas contas públicas ao enrijecer o Orçamento, e como objetivo específico, a análise da compatibilidade deste regime de Teto dos Gastos com a Regra de Ouro introduzida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

O presente trabalho não tem a intenção de esgotar o assunto, que se demonstra muito complexo, apenas apresentar, dentro do contexto aqui delimitado, as visões dentro da área de Financeiro. No que pese ser tema relativamente novo, com pouca análise do mesmo na literatura, demonstra-se importante o seu estudo, posto que se relaciona diretamente à forma de manejo dos recursos públicos, num

cenário de escassez em que decisões errôneas levam a grande prejudicialidade a toda a sociedade pelo aumento do endividamento do Estado e possível paralisação dos serviços públicos.

2. O ORÇAMENTO NO BRASIL

A primeira parte do trabalho busca definir e contextualizar os termos pertencentes ao âmbito do Direito Financeiro relativos ao tema a ser discorrido; para tanto é importante, sem esgotar o conteúdo de pesquisa, estabilizar o conceito de Orçamento, que será utilizado ao longo de toda a monografia.

Orçamento, de forma simplificada, é a peça composta pelas despesas e receitas de certo período. O mesmo vale para o caso dos Entes Públicos, com a diferença de que deixa de ser apenas um documento de caráter contábil para conter toda a vida do Estado, não sendo apenas um simples plano de ação de determinado Governo, mas representa a vontade popular. É eminentemente político, o que justifica a importância da atuação legislativa no campo orçamentário[1]. Nas palavras do autor Aliomar Baleeiro:

> "O orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei."[2]

Quanto à definição, primeiramente, impende ressaltar que na parte de arrecadação de receitas, não mais é necessária a inclusão na Lei Orçamentária de tributo para que este possa ser arrecadado, respeitadas as regras de Direito Tributário. Em segundo, pode-se observar a caracterização do ato como autorizativo, sendo o meio, com a obtenção de receitas e realização de gastos públicos, para um

[1] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 149
[2] BALEEIRO. Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 397

fim, que é o atendimento dos objetivos do Estado brasileiro, listados no artigo 3 da Constituição Federal[3].

O Orçamento é um documento de conteúdo político-econômico formulado de acordo com técnicas contábeis e normas de Direito Financeiro[4]. Quanto à sua natureza jurídica não há dúvidas em nosso sistema de que é a de lei ordinária, conferida pela Constituição Federal no artigo 165, inciso III[5], que trata dos atos que compõem o Orçamento como "Leis de iniciativa do Poder Executivo" e pelo fato de não haver exigência de quórum especial para aprovação, conforme artigo 166 da Constituição. Em relação às demais leis, difere-se por ser de efeito concreto, discriminando receitas e despesas à Administração, assim como tem prazo determinado.

O Orçamento no Brasil é formado por três leis, listadas no artigo 165 da Constituição[6], que são: O Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), cuja importância conduz ao exame específico de cada um nos tópicos a seguir.

2.1 ORÇAMENTO PLURIANUAL E A LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS

O Plano Plurianual foi trazido pela Constituição Federal de 1988, na qual é prevista, no art. 165, §1º, como sendo o documento onde será estabelecido[7]:

> "[...] de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada".

[3] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.
[4] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 274
[5] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.
[6] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988
[7] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988

No artigo 167, §1º repete-se esta última parte, proibindo que qualquer investimento "cuja execução ultrapasse um exercício financeiro" seja "iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual [...]". Uma prova de sua importância advém da obrigatoriedade de que os planos e programas a serem elaborados de forma nacional deverão estar em consonância com o mesmo, conforme redação do §4º do mesmo artigo.

Como define Kiyoshi Harada[8], o Orçamento (plurianual) nos dias atuais desempenha um papel de programação econômica. É um direcionamento da ação governamental a longo prazo, não sendo suficiente apenas uma Lei Orçamentária anual, pois faz-se necessário garantir a realização de obras e serviços de duração prolongada. Essa característica de médio e longo prazo, de acordo com Marcus Abraham[9], é o que impõe a norma constitucional citada no art. 167 §1º.

O artigo 165, §9º, da Constituição de 1988, impõe à Lei Complementar "dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual (…) ". Tal lei não foi editada, e o dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal[10] que dele tratava foi vetado (art. 3º da referida lei). Assim, segue-se o disposto no art. 35, §2º do ADCT[11], com o início de sua vigência no segundo ano do mandato presidencial e sendo finalizado ao final do primeiro ano do mandato posterior.

É através do PPA que se inicia o ciclo orçamentário, com apenas estimativa dos valores que projeta, não sendo limitadores de despesas no futuro[12]. Nesse ponto,

[8] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 96

[9] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 303.

[10] BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 maio 2000.

[11] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988. Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

[12] BENETON, Marco Antonio Hatem apud PASSEROTTI, Denis Camargo. O orçamento como instrumento de intervenção no domínio econômico. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ressalta Denis Camargo Passerotti, citando Marco Antonio Hatem Beneton[13], que a atribuição de retratar os interesses e objetivos estatais, ao demonstrar as circunstâncias de realização dos investimentos públicos, acaba por influenciar a iniciativa privada na condução de suas atividades. Por este fator, dentre os próprios princípios basilares do Direito Financeiro, torna-se necessário que seja realizada uma mudança de concepção quanto aos objetivos da peça orçamentária e uma maior vinculação e obrigatoriedade de cumprimento.

Quanto ao seu conteúdo, além de abranger os programas de duração continuada, direciona a administração pública no tocante às despesas de capital e outras delas decorrentes, cujas implicações serão tratadas em tópico próprio. Isto posto, faz-se necessário destacar outra peça atinente ao Ciclo Orçamentário, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, regulamentada no artigo 165, inciso II, da Constituição Federal.

Conforme o parágrafo 2º do mesmo artigo, deve-se compreender as metas e prioridades da administração pública federal, com inclusão das "despesas de capital para o exercício financeiro subsequente"[14]. Além disso, irá nortear a formulação da lei orçamentária anual, assim como "disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento".[15] Nas palavras de Ricardo Lobo Torres:

> "[A Lei de Diretrizes Orçamentárias] é, em suma, um plano prévio, fundado em considerações econômicas e sociais, para a

Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20052016-105731/>. Acesso em: 2018-09-23. p. 77.

[13] BENETON, Marco Antonio Hatem apud PASSEROTTI, Denis Camargo. O orçamento como instrumento de intervenção no domínio econômico. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20052016-105731/>. Acesso em: 2018-09-23. p. 78.

[14] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988. Art. 165, §2º.

[15] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.

> ulterior elaboração da proposta orçamentária no Executivo, do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público. ”[16]

Sua natureza, portanto, é formal, com conteúdo de planejamento operacional do governo de curto prazo num período anual[17], transitória, mas de essencial importância para o sistema orçamentário brasileiro e sua organização.

Às exigências dispostas na Constituição, foram acrescentadas outras pela Lei Complementar nº 101 (LRF), como ressalta Régis Fernandes de Oliveira.[18] Entre elas, exige-se do administrador público, no art. 4, inciso I, da LRF que disponha sobre o equilíbrio de receitas e despesas, assim como a limitação de empenho - que, segundo o doutrinador supracitado, é o que se busca: A limitação da vinculação pecuniária, não uma simples barreira à realização de operações financeiras. Ademais, também é exigido pela LRF que na LDO se estipulem normas relativas ao “controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos”[19], o que visa a impedir compras de produtos ou serviços a preços diversos do mercado, decorrentes de aumentos artificiais como forma de lucro em detrimento do Poder Público[20].

Em continuidade, a alínea “f”, da Lei de Responsabilidade Fiscal trata sobre a necessidade de normas relativas a critérios para medir os resultados de programas com financiamento de recursos orçamentários, pois, como trata Régis Fernandes, “não há sentido em financiar programa qualquer, [...], e, depois não ter qualquer controle sobre ele”[21]. Por fim, a LDO deverá fixar “demais condições e exigências

[16] TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 19ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2013. p. 174-175.
[17] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 304.
[18] OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 602-609.
[19] BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de maio de 2000. Art. 4, inciso I, alínea “e”.
[20] OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 603.
[21] OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 603.

para transferências de recursos a entidades públicas e privadas"[22], comando que permite o estabelecimento de requisitos por parte do ente que irá efetuar as transferências, podendo ser inclusive de caráter meramente formal, como a destinação do repasse.[23]

O parágrafo 1º, do artigo 4 da LRF, prevê que a LDO também conterá Anexo de Metas Fiscais, no qual serão fixadas metas a serem implementadas no exercício financeiro a que se refere a lei e nos dois seguintes. Conforme Ricardo Lobo Torres[24], tal disposição é uma anomalia no sistema brasileiro trazida da Lei de Política Orçamentária neozelandesa, que se completaria com o Plano Plurianual num prazo total de oito exercícios. O artigo da LRF que tratava do PPA (art. 3) foi vetado, impedindo que se utilizasse o modelo que inspirou essa disposição. Finalmente, haverá também a necessidade de conter o Anexo de Riscos Fiscais (§3º, art. 4 da LRF), onde devem ser discriminados os riscos com capacidade de impactar as contas públicas e as respectivas cautelas a serem tomadas.

Pode-se notar que esses dispositivos têm como finalidade evitar o indesejado desequilíbrio orçamentário. Como afirma Marcus Abraham, isso decorre do "legítimo espírito da nova cultura de gestão fiscal responsável trazida pela LRF [...]"[25], para proteger a estabilidade das finanças públicas e permitir ao Estado a disponibilidade de recursos suficientes ao cumprimento de seus objetivos, uma vez que a Atividade Financeira é apenas meio instrumental.

2.2 LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL

[22] BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 maio 2000. Art. 4, inciso I, alínea "e".
[23] OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 603.
[24] TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 19ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 174-175.
[25] ABRAHAM, Marcus. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 105.

Com o terreno preparado pelas demais peças, vem a Lei Orçamentária Anual com a intenção de dar maior concretude ao planejamento financeiro do Estado, assim sendo, "é o documento básico e fundamental para a realização da atividade financeira do Estado"[26]. Está disposta no artigo 165, inciso III e §§ 5º a 8º, da Carta Magna de 1988, dispositivo que faz menção, de forma geral, ao conteúdo desta Lei:

> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
>
> III - os orçamentos anuais.
>
> § 5º A lei orçamentária anual compreenderá:
>
> I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
>
> II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
>
> III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.
>
> § 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.
>
> § 7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.
>
> § 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.[27]

Da leitura dos dispositivos, pode-se apreender que comporão a Lei Orçamentária o Orçamento Fiscal, Orçamento de Investimentos e Orçamento da Seguridade Social, os quais serão tratados no decorrer do presente capítulo.

[26] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 305.

[27] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.Art.165.

Ademais, deve o projeto de Lei ser encaminhado conjuntamente a demonstrativo regionalizado do efeito de qualquer renúncia fiscal, que deverá ser compensada com o aumento de receita ou redução de despesas. Inclusive, de forma ao ressaltar a importância de cada conta do orçamento, o §7º explicita a função de reduzir desigualdades inter-regionais, subsumida ao critério populacional[28]. E, por fim, vem o §8º com a finalidade de assegurar o princípio da exclusividade, pelo qual no orçamento só poderá constar a matéria de previsão de receita e destinação de receita. [29]

A iniciativa de elaboração do projeto de Lei é do Executivo, da mesma forma que as demais Leis Orçamentárias, em conformidade com o art. 165 da CF supracitado. Devido ao seu caráter de duração anual, resolveu-se por definir, no artigo 34 da Lei nº 4.320/64, a coincidência do ano financeiro com o ano civil, portanto, de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano[30]. Seu tratamento na Lei Complementar nº 101 complementa a Constituição, no sentido de destacar em seu art. 5º[31] a obrigação de elaborá-la em conformidade com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Em relação à imperatividade do Orçamento, pode ser considerado como impositivo ou apenas autorizativo. No impositivo, haveria uma obrigação do Executivo de esgotamento de verbas

[28] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 100.
[29] OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. 2015. p. 607.
[30] CARNEIRO, Cláudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84-85.
[31] BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de maio de 2000: Art. 5o O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:
I - conterá, em anexo, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do documento de que trata o § 1odo art. 4o;
II - será acompanhado do documento a que se refere o §6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;
III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:
b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

previstas em dotações orçamentárias conforme o texto aprovado, enquanto que no autorizativo, em direção contrária, a mera autorização dada pelo Legislativo não se transforma em obrigação de esgotamento da verba.[32] No caso brasileiro, entretanto, pode-se considerar que a natureza do Orçamento Público é híbrida, como aduz Marcus Abraham:

> Atualmente, podemos afirmar que o orçamento público no Brasil possui um perfil dúplice: em parte é impositivo, e em parte é autorizativo. É impositivo na parte cuja execução faz-se obrigatória (despesas constitucionais e legais), e autorizativo na parcela remanescente, passível de contingenciamento e de não execução. Assim, a nosso ver, restam superados os entendimentos que generalizavam e afirmavam ser meramente autorizativo o orçamento público no Brasil.[33]

Isso faz com que as palavras de Regis Fernandes de Oliveira encontrem plena conexão com a realidade. Isso porque o jurista declara que a lei Orçamentária pode ser considerada como a "lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público".[34] Entretanto, não se pode generalizar, devendo ser lembrado que parte do orçamento público federal nos dias de hoje ainda é objeto de despesas discricionárias, como é o exemplo da DRU – Desvinculação de Recursos da União, que de acordo com a Emenda 93/2016, modifica o art. 76 do ADCT[35] e introduz os artigos 76-A e 76-B, na base de 30% da arrecadação de impostos e contribuições até 31/12/2023.[36]

[32] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 102 -106.
[33] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 321.
[34] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.366.
[35] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988. Atos de Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 76.
[36] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 297-327.

O Orçamento de Investimento, que compõe a Lei Orçamentária Anual, se refere ao investimento a ser realizado em empresas Estatais ou nas quais a União detenha "maioria do capital social com direito a voto"[37]. Não será o foco deste trabalho, pois o mesmo não é afetado pela introdução da Emenda 95 de 2016 no Ordenamento Jurídico brasileiro, uma vez que o mesmo é excluído da abrangência deste, conforme leitura do artigo 106 do ADCT, que institui o Novo Regime Fiscal apenas "no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União".[38]

Dessa maneira, após a análise conceitual da Lei Orçamentária Anual, enfatiza-se no presente sub-tópico, o conteúdo alterado com o advento do Novo Regime Fiscal, que estão abarcados no âmbito do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, e serão analisados na referida ordem.

O Orçamento da Seguridade Social é afetado pela Reforma imposta na Emenda Constitucional nº 95, sob o qual são impostas certas limitações. A Seguridade Social, *per si*, encontra-se definida no artigo 194 da Constituição[39], compreendendo ações na área da Saúde, Previdência e Assistência Social. Em razão do Princípio da Unidade, os três Orçamentos irão compor um único Orçamento Anual, sendo também chamados de "Contas". Contudo, o cálculo é realizado de forma separada e a razão para isso, é explicada nas palavras do autor Valdecir Fernandes Pascoal:

> "A razão da desvinculação dessas ações do orçamento fiscal para um suborçamento específico da seguridade social é a garantia de que esses recursos não serão desviados para qualquer fim, como aconteceu durante muitos anos no Brasil, gerando o déficit na previdência pública. Visa, pois, a conferir transparência à gestão da seguridade social. "[40]

[37] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988. Art. 165, §5º, inciso II.
[38] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.Atos de Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 106.
[39] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.
[40] PASCOAL, Valdecir Fernandes. Direito Financeiro e Controle Externo, 9 ed., Rio de Janeiro: Método, 2015. p.50.

Tais valores a título de serviços e benefícios a serem pagos à população, em geral, deverão possuir uma fonte de custeio própria e no caso, a Seguridade Social é financiada por toda a sociedade, conforme dispõe a própria Carta Magna em seu artigo 195. Com o intuito de garantir que hajam recursos disponíveis, a Lei Complementar 101/2001, em seu artigo 24[41] impõe a obrigação de que, para criar, majorar ou estender benefício ou serviço relativo à Seguridade Social, será necessária a indicação da fonte de custeio total, com as relativas exceções.

De acordo com o doutrinador Marcus Abraham[42], tal dispositivo tem o objetivo de garantir o equilíbrio fiscal, tendo em vista o caráter contributivo conferido pela EC 20/1998 às despesas previdenciárias, condicionando a criação, majoração ou ampliação de despesas da Seguridade à indicação da fonte de custeio, tal qual a Constituição Federal. Inclusive, o mesmo autor cita a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro relativa ao artigo 24 da LRF:

> "[O] intuito do art. 24 é muito claro, pois, como tantos outros, quer evitar que o Poder Público conceda vantagens ou benefícios sem que demonstre a existência de recursos orçamentários para atender à despesa".[43]

Sempre houve uma grande preocupação por parte do legislador originário e derivado, com o equilíbrio necessário entre despesas e receitas da Seguridade Social, inclusive, deixando claro que a previsão destas deverá constar na Lei Orçamentária Anual, embora deva ser lembrado que a execução de despesas que não sejam vinculadas não é obrigatória, dada a natureza autorizativa do orçamento nestes casos. Assim, foram impostas despesas vinculadas pela Emenda Constitucional 86/2015, que fixam parte da Receita Corrente Líquida a ser aplicada em certas áreas de Atuação Governamental, como é o caso da Saúde (a qual consta no Orçamento da

[41] BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de maio de 2000. Art. 24.
[42] ABRAHAM, Marcus. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 189.
[43] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella apud ABRAHAM, Marcus. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 189.

Seguridade) e Educação. Os efeitos da Emenda 95 de 2016 nestas disposições serão objeto de análise no próximo capítulo deste trabalho.

Dessa forma, seguindo com o âmbito de alteração do Novo Regime Fiscal, tem-se o último dos componentes da Lei Orçamentária Anual, o Orçamento Fiscal, e, como será observado no capítulo subsequente, o mais afetado pela Reforma imposta pela Emenda 95 de 2016. De acordo com o parágrafo 5º do artigo 165 da Constituição Federal:[44]

> § 5º A lei orçamentária anual compreenderá:
>
> I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

Assim, como pode ser observado, será o maior "Capítulo" da Lei Orçamentária, contendo o balanço de receitas e despesas referentes a todos os integrantes da União, ou seja, os três Poderes, assim como seus respectivos órgãos, fundos, entidades e fundações. Tal dispositivo que consagra essa união, de acordo com Regis Fernandes de Oliveira, visa a consagrar o princípio da universalidade. Isso porque, "a peça única (princípio da unidade) conterá o orçamento de todas as entidades que detenham ou recebam dinheiro público". [45]

Interessante é observar também o objetivo que a Constituição deixa explícito do Orçamento Fiscal, em seu parágrafo sétimo, do artigo 165:

> § 7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

Ou seja, o Orçamento Fiscal e de Investimentos deverão ser compatibilizados com o plano plurianual, embora não faça sentido que não o fossem, uma vez que tornaria o Plano Plurianual inócuo e sem utilidade, de modo que, deverão ser formulados de forma a reduzir desigualdades inter-regionais. Portanto, todas as

[44] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988. Art. 165.
[45] OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 607.

despesas receitas dos componentes deverão ser submetidas ao Orçamento Fiscal, o qual, como obrigatório, deve ter como função a diminuição de desigualdades inter-regionais.

2.3 DOS COMPONENTES DO ORÇAMENTO: RECEITA E DESPESA

Como anteriormente tratado, o Orçamento é composto pela previsão de Receitas e Despesas de certo Período. Este tópico, subdividido, tem a intenção de tratar de forma específica destes componentes do Orçamento, assim como adentrar nos conceitos de Receita Corrente, Receita de Capital, bem como nas classificações das definições de Despesas e Receitas, necessárias ao embasamento teórico do capítulo seguinte referente ao Novo Regime Fiscal.

2.3.1 RECEITA

A receita, para o Direito Financeiro, nada mais é que a entrada, de forma definitiva nos cofres do Estado, de recursos necessários ao pagamento de suas necessidades. De forma mais específica, Kiyoshi Harada aduz que as receitas públicas serão os ingressos de pecúnia aos cofres estatais para atender suas finalidades através das despesas públicas, assim, a "aplicação dos recursos financeiros ingressados de conformidade com as diversas dotações fixadas na Lei Orçamentária Anual".[46]

É importante diferenciar a Receita Pública de mero ingresso ou entrada[47] nos cofres. Assim, como definido, a Receita Pública é entrada, mas, entrada *definitiva.* Ao contrário disso, a entrada provisória não pode ser considerada como receita. Regis Fernandes de Oliveira explica:

[46] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 42.

[47] Regis Fernandes de Oliveira faz menção à divisão que alguns autores fazem entre ingresso e entrada. Entretanto, à semelhança deste, adotou-se neste trabalho a consideração de ambas como sinônimos. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 233-234.

> "Há entradas que ingressam provisoriamente nos cofres públicos, podendo neles permanecer ou não. Destinam-se a ser devolvidas. Daí as entradas provisórias (também chamadas pelo referido autor de movimentos de caixa)".[48]

Exemplo destas são as fianças, que se destinam à devolução, ou mesmo os empréstimos públicos[49], pois, numa linguagem mais contábil, nas meras entradas, para um referido ativo, haverá uma correspondência no passivo. Impende mencionar também o conceito dado pela Lei 4.320/64, juntamente com a observação de Kiyoshi Harada a respeito:

> "[...] [A] Lei nº 4.320, de 17-3-1964, [...], não perfilhou a conceituação doutrinária de receita pública, ditada por financistas. A lei não elege como requisito indispensável à configuração da receita pública o ingresso de dinheiro sem contrapartida no passivo nem o acréscimo patrimonial da entidade política.
>
> Conquanto não tenha definido expressamente o que seja receita pública, pelo exame de seu art. 11 e parágrafos, permite identificá-la como tal todo ingresso de recursos financeiros ao tesouro público, com ou sem contrapartida no passivo e independentemente de aumento patrimonial, por força do princípio de unidade de tesouraria [...]. "[50]

Essa definição diferenciada exposta pela Lei, que não dá importância à perenidade ou não do ingresso, remete a uma forma de classificação diferente dessa exposta pela doutrina. Devido a isso, o Manual Técnico Orçamentário – MTO 2018[51] classifica as receitas, quanto a sua natureza, entre Ingressos Extraorçamentários e Receitas Orçamentárias. Em relação ao primeiro, seria o que a doutrina chama de meros ingressos, ou simples Movimentos de Caixa, nos quais o Estado será mero depositário dos recursos, como é o caso da já mencionada fiança e Depósitos em Caução.

[48] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 234-235.
[49] §8º, art. 165 da CF. Motivo pelo qual não podem constar na Lei Orçamentária Anual. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.235.
[50] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 43.
[51] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Fiscal. Manual Técnico Orçamentário. Ed 2018. p. 15.

Quanto à segunda classificação, são recursos financeiros que consistem em componente novo para o patrimônio público, "fonte de recursos utilizada pelo Estado em *programas* e *ações* cuja finalidade precípua é atender às necessidades públicas e demandas da sociedade"[52]. O artigo 57 da Lei 4.320/64 deixa estabelecido de forma clara que excetuando as receitas (entradas) extraorçamentárias, "todas as receitas arrecadadas, inclusive as provenientes de operações de crédito" [53], serão consideradas orçamentárias, ainda que não previstas na LOA.

A doutrina tem diversas outras formas de classificar as receitas, assim como as despesas, além de sua natureza. Considerado isso, aqui apenas serão utilizadas as definições que importam à fundamentação teórica da pesquisa, que se restringe ao âmbito da União como ente federativo e à classificação de acordo com a Lei de Normas Gerais do Direito Financeiro[54]. Nela, mais especificamente em seu artigo 11, classificam-se as receitas de acordo com a Categoria Econômica:

> Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.
>
> § 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.
>
> § 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente.

[52] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Fiscal. Manual Técnico Orçamentário. Ed 2018. p. 15.

[53] BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília, de 23 de março de 1964. Art. 57.

[54] BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília, de 23 de março de 1964.

Assim, ao longo desse subtópico serão realizadas as definições de Receitas Correntes e Receitas de Capital, respectivamente.

As receitas correntes compreendem, conforme o texto do §1º, do artigo 11, da Lei 4.320/64[55], em suma, as decorrentes do poder de Império do Estado, como é o caso dos tributos, e também as derivadas da exploração do patrimônio público e atividades econômicas[56]. Disso decorre a constatação de que as receitas correntes têm uma estabilidade característica, no sentido de decorrerem de arrecadação ordinária e não eventual pelo ente, sendo consideradas para a elaboração do orçamento.

Também é necessário definir o conceito de Receita Corrente Líquida, em razão do regime de vinculação que foi instituído pela Emenda 86/2015 à Constituição, fixando a certas despesas uma quantia mínima da Receita Corrente Líquida (RCL). Assim, fazendo uso da breve explicação de Kiyoshi Harada[57], a receita corrente líquida compreenderá o total da receita pública (de tributos, serviços e patrimônios) com exclusão das transferências constitucionais (FPE e FPM).

Em relação às receitas de capital, já podem ser consideradas como opostas às correntes, de forma preliminar. Isso porque, em sua maioria, são as decorrentes da captação externa de recursos por parte do Estado[58], com a constituição de dívidas. Como se pode observar do §2º, do artigo 11, da Lei 4320/64, também são consideradas nesta categoria a conversão, em espécie, de bens e direitos, que serão o capital advindo da alienação de bens móveis, imóveis e direitos de uso. Além disso, as transferências de capital, que podem ser provenientes de outros entes, ou de empresas privadas.

[55] BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília, de 23 de março de 1964.
[56] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.p. 45.
[57] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.p. 105.
[58] PISCITELLI, Tathiane. Direito Financeiro, 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.p. 99.

Pelo Manual Técnico Orçamentário de 2018, também se considera receita de capital a Amortização de empréstimos, que são os "ingressos financeiros provenientes da amortização de financiamentos ou empréstimos que o ente público haja previamente concedido"[59], posto que juros são uma remuneração de capital. Há também o que se classifica como "Outras Receitas de Capital"[60], que são receitas que não conseguem se enquadrar em nenhuma das classificações dadas pela Lei, que é o caso do resultado do Banco Central e a Remuneração das Disponibilidades do Tesouro.

O Superávit do Orçamento Corrente também compõe o §2º, do artigo 11, da Lei 4320/64, que, segundo definição de Jair Cândido da Silva, é correspondente à "diferença positiva entre as operações das receitas e das despesas correntes, uma vez que esses recursos irão financiar o déficit das operações de capital".[61] Ou seja, os recursos excedentes das transações correntes são canalizados para as transações de capital. Este sistema é de fácil definição, porém, de grande importância para a vida econômica do Estado, visto que Orçamentos Superavitários na visão de longo prazo são vitais para a Economia saudável e manutenção da Dívida Pública em patamares controláveis.[62]

2.3.2 DESPESA

Definida a Receita Pública como a Entrada de recursos nos cofres públicos de forma definitiva, faz-se necessário definir também o que são as Despesas Públicas. Pode-se afirmar que estas se resumem à finalidade da obtenção de Receitas, ao mesmo tempo em que sua razão última é a geração de bem-estar público através de

[59] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Fiscal. Manual Técnico Orçamentário. Ed 2018. p. 21.
[60] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Fiscal. Manual Técnico Orçamentário. Ed 2018. p. 21.
[61] SILVA, Jair Cândido da. Lei n. 4.320/64 Comentada – Uma Contribuição para a elaboração da Lei Complementar (§9º do art. 165 da CF/88). Brasília: Editora Thesaurus, 2007.
[62] Neste caso, como poderá ser observado no capítulo seguinte, concordam as princiais correntes econômicas analisadas:

investimentos públicos, posto que a Atividade Financeira Estatal é meio para obtenção disso.

Diante do exposto, pode ser feito uso do conceito tradicional de Aliomar Baleeiro relativo a este instituto, segundo o qual, a Despesa Pública primeiramente designaria um agrupamento dos gastos do Estado para possibilitar a execução de serviços públicos, ou mesmo a aplicação de montante específico de recursos pelo administrador público, "dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo" [63]. Nota-se deste conceito a menção à necessária autorização legislativa, que se dá através da aprovação do Orçamento pelo Congresso Nacional e também a finalidade para a qual se utiliza a despesa pública: Os serviços Públicos.

Sem prejuízo da definição mencionada, Marcus Abraham[64] faz importante comentário para a compreensão da despesa pública numa perspectiva mais ampla no plano financeiro, no sentido de desvincular seu conceito apenas da esfera de atendimento às necessidades básicas coletivas. Assim deverá se dar, segundo esse autor, porque além das necessidades básicas coletivas, o Estado irá destinar parte de suas receitas ao fomento social e econômico, motivo pelo qual a despesa pública se relacionará diretamente com a política fiscal, instrumento utilizado para a administração dos recursos, conforme planejamento direcionado à realização de fim específico.

Disso desponta que as despesas públicas terão características de forma econômica, política e jurídica, conforme dita o autor supracitado[65]. A característica econômica abrangeria do elemento que a constitui, a pecúnia, com abrangência da Atividade Financeira do Estado, que movimenta recursos para determinado fim, afinal, para concretizar a sua missão o Estado necessita de recursos, o que se pode observar pela presença do Princípio da Reserva do Possível – que, de acordo com

[63] BALEEIRO. Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 81.
[64] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 199.
[65] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 200.

Manoel Ilson Cordeiro Rocha[66], apoiando-se na doutrina, é um princípio limitador dos Diretos Fundamentais, condicionando o atendimento destes à existência de recursos.

Ademais, o viés político se demonstra nas escolhas estatais para realização do dispêndio. Enquanto isso, o aspecto jurídico se demonstra na despesa pública por meio da obrigação de sua previsão no orçamento, com permissão legislativa, devendo "encontrar respaldo constitucional ou legal"[67].

A partir disso, salienta-se o aspecto de classificações de despesa, essencial para uma distinção conceitual entre receita e despesa.

À semelhança da situação da classificação das Receitas Públicas, a doutrina classifica de modos variados as despesas. Como já citado, não se pode valorar tais classificações como corretas ou erradas, apenas observar qual a mais adequada no caso em questão. Assim, será seguido o determinado pela Lei de Normas Gerais do Direito Financeiro[68], na qual classificam-se as despesas segundo a classe econômica, entre despesas correntes e de capital. A referida Lei, em seu artigo 12, dispõe:

> Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:
>
> DESPESAS CORRENTES
>
> Despesas de Custeio
>
> Transferências Correntes
>
> DESPESAS DE CAPITAL
>
> Investimentos
>
> Inversões Financeiras

[66] ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro Rocha. A doutrina da reserva do possível e a garantia dos direitos fundamentais sociais. Revista Ciência et Praxis, Minas Gerais, Volume 4, n. 7. p. 27-38, jan./jun. 2011.

[67] Oliveira, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 255.

[68] BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília, de 23 de marços de 1964.

Transferências de Capital

§ 1º Classificam-se como Despesas de Custeio as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis.

§ 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado.

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;

II - subvenções econômicas, as que se destinem a emprêsas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

§ 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de emprêsas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.

§ 5º Classificam-se como Inversões Financeiras as dotações destinadas a:

I - aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização;

II - aquisição de títulos representativos do capital de emprêsas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital;

III - constituição ou aumento do capital de entidades ou emprêsas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros.

§ 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo

> derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.

A Lei de certa forma é autoexplicativa, listando o que compõe as Despesas Correntes, que no caso serão as Despesas de Custeio e as Transferências Correntes, assim como as define, nos parágrafos 1º e 2º, respectivamente. Nessa toada, as Despesas de Custeio correspondem a um crédito destinado à preservação de serviços já criados, incluindo-se nesta a conservação e adaptação de bens imóveis pertencentes ao patrimônio público. Quanto a esta, Jair Cândido da Silva[69] adverte que todos os recursos aplicados com a finalidade de manutenção de certo serviço serão encaixados em tal título, como os referentes a limpeza e conservação, energia elétrica e salários, por exemplo.

Há também nesta categoria as transferências correntes, que segundo o texto da lei se classificarão como créditos para despesas periódicas que não geram contraprestação específica. Como exemplo disso, Marcus Abraham[70] cita as próprias transferências financeiras entre os entes federativos, baseando-se na redação do artigo 13 da Lei 4.320/64.[71] Por fim, em relação às subvenções citadas no §3º do artigo 12 da Lei Geral de Direito Financeiro, destinam-se a cobrir despesas de custeio de entidades beneficiadas, ou seja, tais despesas visarão apenas à "manutenção de uma estrutura já formada e estabelecida."[72]

Já as despesas de capital, conforme define Tathiane Piscitelli[73], serão aquelas de que resulte a majoração do patrimônio estatal e sua capacidade de produção. A intenção não deve ser apenas manter, e sim aumentar e melhorar a estrutura já existente, posto que a motivação por trás da contração de dívidas pelo Estado através

[69] SILVA, Jair Cândido da. Lei n. 4.320/64 Comentada – Uma Contribuição para a elaboração da Lei Complementar (§9º do art. 165 da CF/88). Brasília: Editora Thesaurus, 2007. p. 53

[70] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 206.

[71] BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília, de 23 de março de 1964.

[72] PISCITELLI, Tathiane. Direito Financeiro, 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 111.

[73] PISCITELLI, Tathiane. Direito Financeiro, 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 112.

de operações de crédito é justamente a intenção de realizar investimentos públicos para melhoria do bem-estar.

Assim, os investimentos são os primeiros gastos citados nesta categoria, cujas espécies são citadas no art. 13 da Lei 4.320/1964, sendo, entre outras as obras públicas e aquisição de equipamentos e instalações, sendo simplesmente gastos com intenção de aumento do patrimônio[74]. Tal objetivo é o mesmo das inversões financeiras, à diferença de que estas servem à aquisição de imóveis ou bens de capital, títulos representativos de capital ou constituição ou aumento do capital de entidades e empresas com fins comerciais.

Finalmente, há as transferências de capital, definidas no §6º do artigo 12, que tem base conceitual igual à citada nas transferências correntes, entretanto, são dotações de investimentos ou inversões financeiras a serem transferidas.

2.4 A "REGRA DE OURO" E A ORGANIZAÇÃO DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Como forma de finalização do capítulo deve ser levada em conta a intenção do estabelecimento do Novo Regime Fiscal estabelecido pela EC 95/2016, como se verá à frente, que é a organização das contas públicas e redução da dívida e endividamento públicos por meio do congelamento de despesas. Assim, em exame de organização das finanças públicas, não se pode deixar de mencionar uma importante regra estabelecida no Ordenamento Jurídico brasileiro: O estabelecimento da regra que ficou conhecida como "Regra de Ouro", na Constituição Federal.

Conforme estabelecido nos tópicos anteriores, o Ciclo Orçamentário depende de cuidadoso planejamento e execução como medida de sucesso dos mais diversos segmentos do Estado, com o cálculo das Receitas e Despesas de acordo com cada caso. Ademais, percebe-se que dentro das categorias econômicas nas quais aquelas

[74] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 208.

se dividem, há as Despesas e Receitas Correntes e as Despesas e Receitas de Capital, cada uma com sua função. As primeiras, de forma resumida referem-se à manutenção dos serviços e patrimônio estatais sem nada criar. Enquanto isso, as segundas objetivam o incremento do patrimônio público através de investimentos.

Do ponto de vista lógico, sabe-se que não há como ocorrer uma miscigenação de ambos, pois equivaleria a uma família vender sua moradia (neste caso comparando-se a receita de capital) para compra de comida (uma despesa corrente). Ou seja, ocasionaria uma deterioração e esvaziamento do patrimônio público que prejudicaria a prestação de serviços por parte do Estado, ocasionando, por fim, um regresso social, com a população saindo como a maior prejudicada na situação.

Assim, o emprego de recursos de capital possui restrições, e a principal delas está estabelecida pelo legislador, no artigo 167, inciso III, da Constituição Federal que veda esse financiamento de despesas correntes, nestes termos:

> Art. 167. São vedados:
>
> [...]
>
> III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; [75]

Com esse estabelecimento, segundo Marcus Abraham[76], a regra de ouro tem a intenção de balancear as receitas e despesas públicas, permitindo ao Estado "dispor de recursos necessários e suficientes à realização de toda a sua atividade, garantindo, assim, seu crescimento sustentado", inclusive acrescentando que essa forma de gestão trouxe "racionalidade às finanças públicas no Brasil". Neste sentido também aduz a autora Danielle Martins Duarte Costa[77], que acrescenta que esse

[75] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.

[76] ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 367.

[77] COSTA, Danielle Martins Duarte et. al. Impacto da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a situação econômico-financeira dos municípios mineiros. XVI CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS,

dispositivo impede o pagamento de despesas correntes, como gastos de pessoal através de recursos obtidos por operações de crédito.

A tais observações dos autores citados no parágrafo anterior, pode-se adicionar a fala pontual de Kiyoshi Harada[78] interpretando Aliomar Baleeiro, de que, a ideia não é nem o equilíbrio orçamentário, pois este não é fim por si mesmo, apenas "instrumento de progresso de uma nação", com objetivo de equilibrar a própria economia nacional, "de forma que os investimentos absorvam toda a poupança, sem excedê-la ou ficar abaixo dela".

Desta forma, dá-se por completa a parte referente ao embasamento teórico deste trabalho, demonstrando-se o ciclo orçamentário a ser afetado como um todo pela reforma introduzida com a Emenda 95/2016, assim como os componentes do orçamento e suas contas, importantes para a delimitação da abrangência da referida reforma.

Assim, chega-se ao fim do presente tópico, e consequentemente, do primeiro capítulo da monografia, representado por uma fundamentação teórica acerca do tema de pesquisa, deixando ao tópico posterior, com a devida utilização do arcabouço teórico aqui construído, a análise do Novo Regime Fiscal como Política Fiscal e o exame da ADI 5658 sobre o tema.

3 O NOVO REGIME FISCAL E ANÁLISE DA ADI 5658

Esta parte do trabalho tem como intuito realizar a análise do Novo Regime Fiscal, introduzido pela Emenda 95 de 2016. Definido no capítulo anterior, tal mudança é operada no orçamento brasileiro, com o objetivo de controlar a forma como se darão os gastos, para transformar o Orçamento Fiscal, de certa forma em Orçamento Impositivo. Antes de adentrar à análise propriamente dita, impende

Fortaleza, Viçosa: UFV, p.1-16, 2009. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/979/979>. Acesso em: 09 mar. 2018.

[78] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 84

considerar que essa mudança é fruto de uma forma de gestão das finanças da Nação, ou seja, uma Política Fiscal.

3.1. POLÍTICA FISCAL COMO POLÍTICA ECONÔMICA

A política fiscal utilizada é a Política de Consolidação Fiscal. Como define Judas Tadeu Grassi Mendes[79], a política fiscal se resume na "atuação do governo em relação à arrecadação de impostos e aos gastos públicos". De forma mais aprofundada, na Salem Press Encyclopedia define-se (tradução livre):

> "Política Fiscal é uma prática governamental de regular o percentual de tributos ou receita, e percentual de gastos, numa tentativa de influenciar o sistema econômico de uma nação. [...]. Há inúmeras metas gerais nas decisões da política fiscal, incluindo a melhoria na alocação de recursos específicos nos setores público e privado, aumentando o nível de atividade, e aumentando a distribuição da receita. "[80]

Assim sendo, pode-se dizer que a Política Fiscal é a forma como determinado Governo rege seu Orçamento, através da alocação de recursos para certas áreas específicas focalizadas por aquele, assim como a concessão de subsídios ou isenções fiscais com o objetivo de estimular à economia. Já o Manual Técnico Orçamentário de 2018 considera como objetivo primordial da política fiscal, nesses dizeres:

> "O objetivo primordial da política fiscal do governo é promover a gestão equilibrada dos recursos públicos, de forma a assegurar a manutenção da estabilidade econômica e o crescimento sustentado. Para isso, atuando concomitantemente com as políticas monetária, creditícia e cambial, o governo procura criar as condições necessárias para a queda gradual do

[79] MENDES, Judas Tadeus Grassi. Economia: Fundamentos e aplicações. Ed: Pearson. 2012. P. 99

[80] FIDLIN, D. Fiscal Policy. Salem Press Encyclopedia, 2014. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ers&AN=87322132&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 20 jul. 2018. Texto Original: "Fiscal policy is a government practice that refers to adjusting tax rates, or revenue, and spending levels, or expenditures, in an attempt at influencing a nation's economic system. [...]. There are a number of overarching goals in fiscal policy decisions, including improvement in the allocation of specific resources within the government and private sectors, increasing the level of economic activity, and increasing the distribution of income."

> endividamento público líquido em relação ao PIB, a redução das taxas de juros e a melhora do perfil da dívida pública. "[81]

Não é diferente, por motivos óbvios, da própria definição fornecida pelo Tesouro Nacional em sua página oficial[82], a qual considera a Política Fiscal como agregado de procedimentos através dos quais serão arrecadados recursos, com três objetivos: Alocar recursos, redistribuir renda e estabilizar a macroeconomia.

Em relação a estes objetivos, há diversas formas de enxergar o modo como serão priorizados. De forma geral, tais teorias se dividem entre os defensores de um Estado com maior Intervenção na Economia, prezando pelo desenvolvimento e investimentos, e os defensores da Priorização de Equilíbrio nas Finanças Estatais, almejando sempre metas superavitárias e a quitação de dívidas. Uma vez que o Novo Regime Fiscal decorre da mudança de paradigma entre tais pensamentos, estes serão tratados nos subtópicos a seguir, antes da análise da mudança efetuada na Constituição.

3.1.1 A POLÍTICA FISCAL PÓS-KEYNESIANA

A política Fiscal defendida por Keynes tem como ponto central a atuação do Estado como promovedor da prosperidade de economias de mercado, através dos gastos públicos. Tal atitude visa, numa perspectiva do surgimento do Estado de Bem-Estar Social, atingir a situação de pleno emprego e a garantia dos Direitos Sociais básicos[83].

O Orçamento Público, neste ponto, se tornará uma peça-chave, no Pós-keynesianismo, para combater a deterioração ocasionada por crises financeiras[84].

---

[81] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Fiscal. Manual Técnico Orçamentário. Ed 2018. p. 94-95.

[82] TESOURO NACIONAL. Política Fiscal. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/sobre-politica-fiscal>. Acesso em: 04 jun. 2018.

[83] CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Equilíbrio Fiscal e Política econômica Keynesiana. Brazil South America: Análise Econômica, 2009. Universidade do Rio Grande do Sul: Sistema Eletrônico de Editoração de Periódic (SEER. UFRGS). p. 2-4.

[84] DEZORDI, Lucas Lautert, CURADO, Marcelo. Crises Financeiras e o Papel da Política Econômica: Uma Abordagem Pós Keynesiana. Rio Grande do Sul: Análise Econômica, 2015. p. 106.

Assim, como consideram os autores Marcelo Curado e Lucas L. Dezordi[85], utilizando argumentos do pensador pós-keynesiano Minsky, a atuação de um Governo e um Banco Central são essenciais para tanto, ou seja, aliando as diversas políticas econômicas, entre elas a Fiscal, para promoção do Bem-Estar.

Esta postura mais ativa por parte do Estado deve decorrer da natureza instável do sistema econômico, impedindo os movimentos cíclicos advindos de crises através de movimentos anticíclicos – o que estava sendo o método utilizado pelo Governo Brasileiro até a proposição da PEC do Teto dos Gastos Públicos, que culminou na Emenda 95/2016. Portanto, ao contrário da política clássica, nesta linha de pensamento faz sentido aceitar déficits temporários nas contas públicas[86]. Entretanto, neste caso, e conforme a teoria, somente devem ser aceitos quando necessários à recuperação da economia em grave crise recessiva, visando o longo prazo.

3.1.2. A POLÍTICA FISCAL NA ABORDAGEM CONVENCIONAL NEOCLÁSSICA

Ao contrário da abordagem Keynesiana, a Neoclássica tem seu foco na utilização da política fiscal pelo Estado apenas como forma de possibilitar o equilíbrio das contas públicas necessário à formulação de outras políticas econômicas. Em especial, mostra-se neste ponto a abordagem da austeridade fiscal e a política fiscal contracionista. Estas podem se dar, conforme Marcos S. Vasconcelos[87], através da redução do gasto público ou ampliação dos impostos. Neste caso, restringe-se à dinâmica do Novo Regime Fiscal, que funciona como redução de gastos.

[85] DEZORDI, Lucas Lautert, CURADO, Marcelo. Crises Financeiras e o Papel da Política Econômica: Uma Abordagem Pós Keynesiana. Rio Grande do Sul: Análise Econômica, 2015. p. 107.
[86] MONTES, Gabriel Caldas, ALVES, Romulo do Couto. O Debate acerca dos Objetivos e condução da Política Fiscal: Uma Abordagem Crítica à Visão convencional. Economia e Sociedade: Universidade Estadual de Campinas, v.21.2012. p. 10-11.
[87] VASCONCELLOS, Marco S. Introdução à Economia. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296.

Conforme artigo de Francisco Luiz C. Lopreato[88], o movimento neoclássico surge de críticas às políticas keynesianas de gestão dos gastos públicos, considerando que o regime de gestão fiscal deve corresponder à dinâmica capitalista baseando-se na valorização de estoques de riquezas. A previsibilidade decorrente disto é tida como trunfo do governo para atração de novos investimentos. Há uma preocupação adicional com a sustentabilidade da dívida pública, tendo a consolidação fiscal como caminho a ser seguido, em especial por países em desenvolvimento.

Inclusive, segundo o autor Francisco Luiz C. Lopreato[89], na literatura convencional, a análise com base no ideário de "contrações fiscais expansionistas" – caso do Novo Regime Fiscal- argumenta que mesmo em face de efeitos contracionistas no curto prazo, estes serão solucionados quando se alcance a credibilidade dos investidores no comportamento da economia no futuro. Assim, conclui o citado autor que a política econômica considerada nestas condições retira a grande importância dada pela visão keynesiana à política fiscal, lhe relegando apenas:

> "[A concentração na constituição de] condições de estabilidade e de credibilidade da política econômica, pois, assim, estará contribuindo para o aprimoramento das condições de oferta e pavimentando o caminho da retomada do crescimento sustentável. "[90]

Em outro momento, Francisco Luiz C. Lopreato[91] defendeu, em face dos teóricos convencionais, que foi a expansão dos gastos correntes primários a responsável pelo baixo percentual de investimentos públicos, embora não a considere como única motivadora, ou mesmo o seu corte como única solução, observando que urge, portanto, a organização de um pacote de medidas para a

[88] LOPREATO. Francisco Luiz C. O papel da política fiscal: um exame da visão convencional. IE/UNICAMP, Campinas, n.119, fev. 2006. p. 26-29.
[89] LOPREATO. Francisco Luiz C. O papel da política fiscal: um exame da visão convencional. IE/UNICAMP, Campinas, n.119, fev. 2006. p. 26-29.
[90] LOPREATO. Francisco Luiz C. O papel da política fiscal: um exame da visão convencional. IE/UNICAMP, Campinas, n.119, fev. 2006. p. 28.
[91] LOPREATO. Francisco Luiz C.O papel da política fiscal: um exame da visão convencional. IE/UNICAMP, Campinas, n.119, fev. 2006. p. 39-43

reformulação da política econômica brasileira, dentre elas, o corte de gastos correntes.

Diferencia-se a análise feita na obra "Austeridade e Retrocesso", feita pela FES, SEP e Plataforma de Política Social[92], que considera a austeridade fiscal como uma medida contraditória a ser utilizada na economia, uma vez que o corte de gastos públicos impossibilita o crescimento e torna sempre necessária a redução de gastos. Portanto, tal política conservadora de manutenção do Estado como mínimo e busca constante de superávits primários tornam o regime fiscal impróprio aos investimentos públicos, sendo apenas uma medida de curto prazo.

Amaury P. Gremaud, Marco Antonio S. De Vasconcellos e Rudinei Toneto Júnior, no seu livro "Economia Brasileira Contemporânea"[93] argumentam que uma crítica importante contra a utilização da política fiscal como forma de atuar na economia (a forma keynesiana) é justamente a defasagem temporal da atuação. Isto ocorre quando a intervenção pública ocorre após a ocorrência da flutuação, fazendo com que, em realidade, se desestabilize mais ainda a economia. Aliado a isso, tem-se o endividamento público crescente em face de gastos públicos cada vez maiores, inclusive resultando em uma futura insolvência.

Devido aos resultados econômicos insatisfatórios e uma perspectiva de crescimento da dívida pública brasileira, justificado por um certo desvirtuamento da política keynesiana, o governo decidiu pela formação de uma proposta de Novo Regime Fiscal, composto por determinadas alterações fiscais, sobretudo pelo predomínio de conceitos de políticas econômicas neoclássicas, em especial no âmbito da austeridade fiscal, que a longo prazo funcionará como um congelamento de gastos e sua redução real. Contudo, o Novo Regime de Teto dos Gastos será tratado em tópico específico no presente capítulo.

---

[92] FUNDAÇÃO FRIEDRICH EBERT STIFTUNG (FES). FÓRUM 21. PLATAFORMA POLÍTICA SOCIAL. GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP). Austeridade e retrocesso – Finanças públicas e política fiscal no Brasil. v.1. set. 2016.

[93] GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea. Rio de Janeiro: Atlas.2016. p. 209-210.

3.2 O NOVO REGIME FISCAL

O Novo Regime Fiscal, como observado anteriormente, foi introduzido pela Emenda 95 de 2016, resultado da tramitação das PEC's nº 55/2016 perante o Senado Federal e 241/2016 perante o Congresso Nacional. É uma limitação de gastos introduzida como regra constitucional-orçamentária, posto que o orçamento, conforme o capítulo 1, é a via correta para tratar dos recursos e despesas públicas. Tal limite decorre de política fiscal contracionista do governo à época, na tentativa de conter o crescimento da Dívida Pública Federal.

Para este capítulo, serão considerados o período de vigência dos Teto de Gastos, sua abrangência no Sistema Financeiro Orçamentário, ou seja, quais órgãos e entidades são diretamente afetados, assim como a forma de fixação dos limites. Disso decorre que, por não serem diretamente relacionados ao tema desta pesquisa, não serão abordados os institutos não incluídos na reforma (como única exceção a isso: O pagamento de serviços da Dívida), penalidades às entidades que não cumpram com o Novo Regime Fiscal, nem o dispositivo de exclusão da Responsabilidade Estatal.

3.2.1 DO PERÍODO DE VIGÊNCIA E A ABRANGÊNCIA DA LIMITAÇÃO DOS GASTOS

Como afirmado, caberá a este tópico a análise da duração de tempo das mudanças provocadas pela referida Emenda nas contas públicas federais, e o aspecto de abrangência do limite dos gastos no Regime Fiscal. Impende demonstrar que foram acrescidos ao ADCT os artigos 106 a 114, sendo que o primeiro já inicia colocando o limite temporal de 20 anos:

> Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts.

> 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.[94]

A justificativa para tamanho período de vigência foi indicada de forma pouco fundamentada na EMI nº 00083/2016 MF MPDG, que apenas o considera como "tempo necessário para transformar as instituições fiscais por meio de reformas que garantam que a dívida permaneça em patamar seguro" [95]. Em relação a este prazo extenso, impende mencionar o comentário de Kiyoshi Harada:

> "[...] limitar despesas indiscriminadamente, incluindo, por exemplo, as de investimentos por 20 anos, poderá comprometer as gerações futuras. Não há como sustentar o desenvolvimento econômico, exigido pela expansão populacional, sem investimentos em áreas de infraestrutura. Outrossim, [...] sem que tenha condições de prever as inúmeras variações conjunturais, dentro e fora do país, nesse interregno, e sem considerar a crescente demanda pelos serviços públicos básicos, decorrente do crescimento da população e do grau de politização e conscientização da sociedade em geral, é uma medida que atenta contra o princípio da razoabilidade. A solução está no cumprimento rigoroso das leis orçamentárias pelo emprego eficiente dos mecanismos de fiscalização e controle previstos na LRF e nas normas constitucionais. "[96]

Assim, para esse doutrinador, importa mais o modo como é efetuada a despesa pública, sua qualidade, como no caso de investimentos, cuja falta, como já abordado, poderia levar a uma queda de arrecadação, inclusive com risco de estagnação econômica. Com este entendimento, corroboram diversos autores, seja pela grande perda em setores das despesas primárias devido ao longo período de tempo – como a educação, que terá prejuízos acumulados na ordem dos R$ 433 bilhões num cenário de crescimento de 2% do PIB ao ano[97]. O posicionamento é

---

[94] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988. ADCT. Art. 106

[95] BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição 241/2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>. Acesso em: 27 mai. 2018. p. 5.

[96] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 22.

[97] CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Nota técnica sobre a PEC 241/2016. Disponível em: <http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/06/NOTA_CONJUNTA_CONASS_CONASEMS_PEC241.pdf >. Acesso em: 07 jun. 2018.

praticamente unânime, em especial àqueles que consideram aspectos relativos aos Direitos Fundamentais e a obrigação de sua proteção pelo Estado[98].

Uma observação neste ponto há de ser feita: a partir do décimo ano há uma regra mais flexível à alteração deste regime, permitindo ao Presidente que apresente um Projeto de Lei Complementar que altere o método de correção dos limites das despesas (que como se verá à frente, é o IPCA), de acordo com a inteligência do art. 108, *caput* e parágrafo único do ACDT:

> "Art. 108. O Presidente da República poderá propor, a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal, projeto de lei complementar para alteração do método de correção dos limites a que se refere o inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
>
> Parágrafo único. Será admitida apenas uma alteração do método de correção dos limites por mandato presidencial. "[99]

Esta possibilidade de alteração, conjuntamente ao argumento de que as despesas globais não impendem o contingenciamento de outras áreas do orçamento para a aplicação em Saúde e Educação, é um dos argumentos principais daqueles que consideram a medida estabelecida um acerto para reenquadrar a economia brasileira[100].

---

[98] Quanto a este ponto, citam-se diversos artigos publicados (sem haver esgotamento dos mesmos): Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: MARIANO, Cynara Monteiro. Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. Revista de Investigações Constitucionais. v. 4, n. I. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v4i1.50289>. Acesso: 08 jun. 2018; ROSSI, Pedro. DWECK, Esther. Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação. Cad. Saúde Pública. vol. 32. no.12. Rio de Janeiro. 2016. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2016001200501&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso: 08/06/2018; PINTO, Élida Graziane. Novo Regime Fiscal e a constitucionalização do contingenciamento das despesas primárias obrigatórias. Physis. vol. 26. no. 4. Rio de Janeiro. out./dez. 2016. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000401097>. Acesso: 08 jun. 2018.

[99] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.Atos de Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 108.

[100] Neste sentido: OLIVEIRA. Júlio Marcelo de. Contas à vista - O que há de bom na proposta do novo regime fiscal?. 08 nov. 2016. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/contas-vista-bom-proposta-regime-fiscal >. Acesso em: 08 jun. 2018.

MEIRELLES. Henrique. Artigo: O Novo Regime Fiscal. São Paulo: Folha de S. Paulo. ed. 7 ago. 2016. Disponível em: < http://www.fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/2016/artigo-o-novo-regime-fiscal >. Acesso em: 08 jun. 2018

Após a abordagem dos limites temporais da reforma do Teto dos Gastos, faz-se necessário a análise de quais os setores federais são afetados de forma direta. Estes estão listados nos artigos 106, 107, incisos I a V, e artigo 110 do ADCT, *in verbis:*

> "Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
>
> Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:
>
> I - do Poder Executivo;
>
> II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário.
>
> III - do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;
>
> IV - do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e
>
> V - da Defensoria Pública da União.
>
> Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:
>
> I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e
>
> II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."[101]

[101] BRASIL. Constituição (1988).Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.Atos de Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 107 – 110.

Neste ponto, há que se afirmar não haver muito a ser acrescentado à redação dos artigos, por serem estes autoexplicativos. De forma simplificada, Kiyoshi Harada[102] considera que o NRF fixa uma meta de expansão da despesa primária total, a qual é atribuída à implementação do programa de governo previsto na LOA, excetuando-se a despesa destinada ao pagamento dos serviços da dívida pública[103].

Em relação à forma como aborda a EMI nº 00083/2016 MF MPDG[104], esta faz uma crítica à gerência fiscal de períodos anteriores ao afirmar que haveriam aumentado os gastos públicos de forma descentralizada e porosa:

> "[O] processo descentralizado e disperso de criação de novas despesas gerou crescimento acelerado e descontrolado do gasto. Isso posto, faz-se necessário a introdução de limites ao crescimento da despesa global, ao mesmo tempo em que se preservam as prerrogativas dos poderes constituídos para alocarem os recursos públicos de acordo com as prioridades da população e a legislação vigente. "[105]

Assim, é uma limitação por completo do financiamento à máquina pública, e como já afirmado, uma de várias medidas para a mudança da situação econômica em que o país se encontra. Tal redução visa a tornar o orçamento superavitário para poder pagar os juros da dívida pública.

Contrariamente a esse entendimento, um estudo apresentado pelo IPEA em 2013, "Gasto Público, Tributos e Desigualdade de Renda no Brasil"[106] conclui que o real efeito negativo da política fiscal na economia não advém do financiamento da máquina, e sim de salários do setor público desproporcionais em relação aos pares

---

[102] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.p. 22

[103] Da mesma forma: ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 240/242.

[104] BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição 241/2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>. Acesso em: 27 mai. 2018. EMI nº 00083/2016 MF MPDG. p. 5

[105] BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição 241/2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>. Acesso em: 27 mai. 2018. EMI nº 00083/2016 MF MPDG. p. 04.

[106] IPEA. MEDEIROS, Marcelo; Souza, Pedro. Gasto Público, Tributos e Desigualdade de Renda no Brasil. Texto Para Discussão 1844. 2013. Disponível em: >http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1281<

privados. Isso, segundo a referida pesquisa, afeta na desigualdade de renda no Brasil, além de ser responsável por absorver grandes quantias de receita dos impostos. Diretamente aliado a isso, a previdência também contribuiu com a desigualdade e desequilíbrio econômico na medida em que possuía teto desigual entre Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), o qual persistirá por décadas[107].

Os gastos com salários e os efeitos da Previdência Pública sobre a economia afetariam diretamente a economia[108], anulando os efeitos positivos da Assistência Social, a qual, por não ter um sistema contributivo à semelhança da Previdência Social[109], será apenas mais um gasto caro ao Orçamento Público. Da mesma forma, no texto "Austeridade e Retrocesso"[110], considera-se que o Novo Regime Fiscal não é a melhor alternativa, além de que deveria ser substituída a forma de como o Governo busca a meta fiscal, neste caso, centrando-se na busca pelo superávit primário. Isso transformaria a política fiscal em pró-cíclica, por não levar em consideração a possibilidade de mudanças abruptas no ritmo de crescimento econômico.

Portanto, observa-se que a abrangência deste limite de gastos é bem contestada. Apesar disso, tem grande apoio por parte do Governo e instituições internacionais, como o FMI, que recomenda a certas economias a instituição de

[107] Observa-se aqui que, à época ainda não havia sido imposto o teto do RPPS, entretanto, o estabelecimento deste não torna as conclusões dessa pesquisa inúteis, pois os efeitos da desigualdade duram por muito tempo.

[108] IPEA. MEDEIROS, Marcelo; Souza, Pedro. Gasto Público, Tributos e Desigualdade de Renda no Brasil. Texto Para Discussão 1844. 2013. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1281>. Acesso em: 08 jun. 2018.

[109] Em realidade, o custeio da Seguridade Social (Saúde, Assistência e Previdência) e feito como um todo. Mas, ao contrário da Previdência, a Assistência Social não é contributiva, gerando um peso ao Sistema.

[110] FUNDAÇÃO FRIEDRICH EBERT STIFTUNG (FES). FÓRUM 21. PLATAFORMA POLÍTICA SOCIAL. GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP). Austeridade e retrocesso – Finanças públicas e política fiscal no Brasil. v.1. set. 2016.

medidas de austeridade fiscal[111], relegando parte de sua discussão também à qualidade dos gastos públicos, o que não será tópico deste trabalho.[112]

Além da abrangência deste regime, parte-se para a abordagem quanto ao método utilizado para fixar os limites no Novo Regime Fiscal, no tópico seguinte.

3.2.2 MÉTODO DE FIXAÇÃO DOS LIMITES DO NRF

Remanesce a verificação do método utilizado para fixação dos limites impostos pela Emenda Constitucional 95/2016. Este está fixado nos artigos 107, §§ 1º, 2º, 4º e 5º, assim como nos artigos 110 e 111, abaixo transcritos:

> "Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:
>
> § 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:
>
> I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e
>
> II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.
>
> § 2º Os limites estabelecidos na forma do inciso IV do caput do art. 51, do inciso XIII do caput do art. 52, do § 1º do art. 99, do § 3º do art. 127 e do § 3º do art. 134 da Constituição Federal não poderão ser superiores aos estabelecidos nos termos deste artigo.

[111] Veja: LAMUCCI. Sérgio. BASILE. Juliano. FMI sugere austeridade ao Brasil. Valor Econômico, 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/internacional/3510508/fmi-sugere-austeridade-ao-brasil>. Acesso em: 08 jun. 2018.

[112] Para mais informações sobre o tema, há os questionamentos lançados na matéria publicada por: MENDONÇA. Eduardo. O fetiche da despesa pública: sobre a proposta de limitação constitucional dos gastos públicos por vinte anos, apelidada de "PEC do fim do mundo". JOTA, Opinião & Análise, nov. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fetiche-da-despesa-publica-22112016>. Acesso em: 8 jun. 2018.

> [...]
>
> § 4º As despesas primárias autorizadas na lei orçamentária anual sujeitas aos limites de que trata este artigo não poderão exceder os valores máximos demonstrados nos termos do § 3º deste artigo.
>
> § 5º É vedada a abertura de crédito suplementar ou especial que amplie o montante total autorizado de despesa primária sujeita aos limites de que trata este artigo.
>
> "Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:
>
> I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e
>
> II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."
>
> Art. 111. A partir do exercício financeiro de 2018, até o último exercício de vigência do Novo Regime Fiscal, a aprovação e a execução previstas nos §§ 9º e 11 do art. 166 da Constituição Federal corresponderão ao montante de execução obrigatória para o exercício de 2017, corrigido na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."[113]

O método utilizado para fixar os gastos públicos foi a inflação. Assim, os gastos apenas terão crescimento fixado à taxa da inflação, sem crescimento real, num congelamento das despesas, a partir de 2017, no qual apenas ocorre a correção dos percentuais de 2016. A explicação para tal escolha se encontra na própria Exposição de Motivos do Projeto de Emenda, EMI nº 00083/2016 MF MPDG[114], na

[113] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988. ADCT. Arts. 107, 110 e 111.

[114] BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição 241/2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>. Acesso em: 27 mai. 2018. EMI nº 00083/2016 MF MPDG. p. 5-8.

qual é abordado o crescimento médio de 5,8% das despesas ao ano num período dos anos 1990 até 2015.

Segundo a mensagem supracitada[115], o limite às despesas observará a inflação de acordo com o IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - e terá como dificuldade na prática o momento de determinação deste índice, que usualmente é no período posterior. Assim, a solução apresentada é o cálculo da taxa de inflação de acordo com estimativa do poder Executivo, em sede de Lei de Diretrizes Orçamentárias, sendo aquela retificada sempre que necessário.

Também é explicado na EMI nº º 00083/2016 MF MPDG[116] que a motivação para tais escolhas advém da necessidade de retirar a "estrutura de gastos pró-cíclica" ao evitar fixar o percentual à receita ou PIB. Isso porque seriam essas as medidas responsáveis pela expansão descontrolada dos gastos nos momentos de sucesso econômico. Assim como levou a grande aumento na assistência estatal, haveria de levar a grandes cortes, de tal forma que a ideia do Novo Regime Fiscal é fixar os gastos numa constante anticíclica, evitando variações de acordo com o momento econômico do país.

A respeito disso, Élida Graziane Pinto[117] afirma que a prática à qual se refere como "contingenciamento preventivo" já era utilizada através da imposição de limites a empenhos e movimentações financeiras nos períodos de 2002-2008. Mas, ao tratar que com a crise econômica advinda no período posterior, a partir de 2014,

[115] BRASIL. Proposta de Emenda a Constituição 241/2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>. Acesso em: 27 mai. 2018. EMI nº 00083/2016 MF MPDG. p. 5-8.

[116] BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição 241/2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>. Acesso em: 27 mai. 2018. EMI nº 00083/2016 MF MPDG. p. 5-8

[117] PINTO. Élida Graziane. Novo Regime Fiscal e a constitucionalização do contingenciamento das despesas primárias obrigatórias. Physis, v. 26, n.4, Rio de Janeiro, out./dez, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000401097>. Acesso em: 22 set. 2018.

no Brasil, houve a necessidade de "constranger o comportamento progressivo das despesas primárias obrigatórias"[118].

Conclui então a autora Élida Graziane[119] que essa medida nada mais foi do que a passagem de um modelo de controle de gastos através dos decretos de programação financeira para a própria Constituição, e a principal medida a ser realizada, não o foi: a realização de um aperfeiçoamento das receitas de forma equitativa, além da ausência de um parâmetro para a Dívida Pública da União.

Logo, há bastante debate quanto à política fiscal a ser adotada pelo Estado, assim como em relação aos critérios a serem aplicados à reforma. Em virtude deste piso para os gastos públicos estabelecido no art. 107 do ADCT, principalmente no que se refere à Saúde e Educação, sobre o qual não pode haver aumento real apesar do aumento populacional, gerou grandes polêmicas. Em virtude da possível inobservância a preceitos Fundamentais[120], foram ajuizadas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade visando a declarar a inconstitucionalidade da Emenda nº 95/2016, ou apenas de alguns de seus dispositivos. Embora o tema deste trabalho não envolva a apreciação constitucional do tema, há argumentos apresentados nos processos que são da matéria adstrita ao Direito Financeiro e Orçamentário, motivo pelo qual optou-se por tratar disso em tópico separado, a seguir.

3.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5658

[118] PINTO. Élida Graziane. Novo Regime Fiscal e a constitucionalização do contingenciamento das despesas primárias obrigatórias. Physis, v. 26, n.4, Rio de Janeiro, out./dez, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000401097>. Acesso em: 22 set. 2018.

[119] PINTO. Élida Graziane. Novo Regime Fiscal e a constitucionalização do contingenciamento das despesas primárias obrigatórias. Physis, v. 26, n.4, Rio de Janeiro, out./dez, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000401097>. Acesso em: 22 set. 2018.

[120] Aqui usa-se "possível inobservância" devido ao fato de não haver manifestação definitiva do STF no assunto.

A escolha da ADI 5658[121] dentre todas propostas é motivada pela maior participação de *Amicci curiae,* tendo em vista o maior número de contribuições à discussão. A Petição Inicial foi elaborada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, fazendo uso da legitimidade dada pela Lei e Constituição Federal aos partidos políticos para ajuizar este tipo de Ação.

Quanto ao objeto da peça vestibular, foi a Emenda Constitucional 95/2016, à época do ajuizamento, ainda em fase de tramitação legislativa, como PEC nº 55/2016 no Senado Federal, e PEC 241/2016 na Câmara dos Deputados. Neste sentido, pede a inconstitucionalidade do artigo 108 do ADCT, no que tange à expressão "a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal"[122], além da mudança de interpretação dos artigos 107 e 113 do ADCT.

Dentre os diversos argumentos, a Inicial[123] considera que nesta situação o que foi feito é um "entrincheiramento" de mecanismo de controle dos gastos públicos, retirando do campo da política a decisão sobre meios de atingir o equilíbrio fiscal, terminando por afetar a 5 governos (haja vista a duração de 20 anos).[124] Assim, considera a perspectiva do crescimento econômico, uma vez que os Direitos Fundamentais seriam profundamente afetados com o fim da proporcionalidade entre a Receita e as Despesas, especialmente quanto aos gastos mínimos com Saúde e Educação.

Nesse ponto, a exordial faz uso de argumentos estranhos ao tema deste trabalho, voltando-se à violação de direitos fundamentais, enquanto esse pretende demonstrar a quebra do Princípio do Equilíbrio Fiscal nos casos de Gastos Mínimos em face da economia em déficit. A própria Petição Inicial aborda que a medida

[121] As demais ADI's a tratar sobre o Novo Regime Fiscal são: 5633, 5643, 5680, 5715 e 5734. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Consulta: 20 set. 2018

[122] ADI 5658. Relatora: Min. Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872>. Acesso: 08 jun. 2018.

[123] ADI 5658. Relatora: Min. Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872>. Acesso: 08 jun. 2018.

[124] Caso não se faça uso da faculdade outorgada ao Presidente pelo art. 108 do ADCT, qual seja, a proposição de Lei Complementar para flexionar a regra.

tomada pelo Governo pode ser um acerto, mas o limite temporal exposto é deveras extremado.

Nessa esteira, parte para a análise de modelos comparados para demonstrar que o Brasil não se compara a nenhum dos países que adotaram tetos de gastos, pelo prazo extremamente longo. Além de quê, o princípio da Responsabilidade Fiscal apenas institui a ideia de uma correlação entre a arrecadação e as despesas públicas. Mas, segundo o texto da Petição Inicial, a referida Emenda vai além ao romper a correlação entre arrecadação e gastos, o que seria medita inédita no mundo. Junta-se a isso o fato de que aquela não permite nenhum aumento real de gastos, o que se diferencia dos modelos europeus explicitados.

Junto à Petição Inicial está anexa a Nota Técnica do IPEA 28/2016[125] que analisa os impactos deste Novo Regime ao Financiamento da Saúde e Educação no Brasil. Nela trata-se, inicialmente, da evolução do Financiamento à Saúde e Educação, que, por problemas nos anos 90, tornou-se imperiosa a constitucionalização de disposição expressa de Gastos Mínimos para tais áreas. Com isso, parte-se para a análise dos argumentos utilizados para desvinculação dos recursos da Receita Corrente Líquida.

A Nota considera a possibilidade de manter os crescentes investimentos necessários para a Saúde e Educação, o que demandaria a redução em outras despesas, algo inviável, uma vez que a própria Administração mal se sustém com a quantidade de recursos destinados à mesma. Outro fator posto em consideração pela referida Nota Técnica é o envelhecimento da população, que afetará a economia no futuro e conclui como prejudicado o financiamento à saúde pública no Brasil, algo segundo a qual, já é precário. Aliado a isso estará a desigualdade social, com tendência ao aumento pela não efetivação do direito à Saúde, portanto, o modelo de

[125] IPEA. VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do Direito à Saúde no Brasil. Nota Técnica 28/2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589>. Acesso em: 08 jun. 2018.

teto dos Gastos públicos, do modo como está feito virá a prejudicar o desenvolvimento do País.[126]

Acompanham estes entendimentos exarados na Petição Inicial as demais entidades atuantes como *Amici Curiae,* como a Sociedade Brasileira de Bioética, FINEDUCA, entre outras, afora as que até o momento do fechamento deste trabalho não se manifestaram. Como contraponto, argumentam a representação do Senado em seu parecer, e a da Câmara dos Deputados, assim como a União em sua manifestação[127].

Dessas manifestações, abstraindo-se de argumentos puramente formais e relacionados aos elementos específicos à Ação de Inconstitucionalidade, a maior parte reflete o que já foi abordado sobre os motivos legitimadores da reforma. Dentre eles pode-se incluir o déficit alcançado à época de 170 bilhões, assim como um percentual de 67,5% da Dívida Bruta do Governo em relação ao PIB. Isso permitiria a utilização das medidas da contração fiscal expansionista, abordada no primeiro tópico deste capítulo, que são justamente a contração dos gastos fiscais e a diminuição da atuação do Estado para ganhar a confiança dos agentes econômicos.

Abordam tais peças que a Dívida Pública Brasileira tem como peculiaridade a alta taxa de juros que faz com que seu risco seja alto e, portanto, a reforma que entre seus objetivos quer resguardar o equilíbrio fiscal é uma medida hábil e válida a ser utilizada neste momento histórico. Contesta-se também o argumento de que o engessamento de regras financeiras no ADCT além de efetivamente terem caráter transitório – no sentido de que vinte anos seriam um tempo razoável para mudanças

[126] IPEA. VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do Direito à Saúde no Brasil. Nota Técnica 28/2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589>. Acesso em: 08 jun. 2018. p. 21-22. Interessante a frase colocada na sentença final desta Nota Técnica: "Que visão de futuro se tem para o Brasil? Espera-se ter um país socialmente mais desenvolvido daqui a vinte anos? Então, é preciso refletir sobre os impactos de uma decisão que ocasionaria o desfinanciamento de políticas que promovem a saúde e a inclusão social no país."

[127] Todas as peças podem ser encontradas em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872>. Acesso: 08 jun. 2018.

na economia - não propriamente um “engessamento”. Embasam isso no sentido de haver uma regra de flexibilização, assim como nada impediria que um Governo posterior, ao mobilizar nova maioria no Congresso Nacional, revogue a Emenda 95 por meio de outra.

Finalmente, outro argumento utilizado pelas partes integrantes do setor Público, foi a consideração que outros diversos países já se utilizaram de regras de austeridade fiscal para reger suas economias em períodos de crise, citando modelos como o Europeu, dos componentes da União Europeia. Assim, como forma de abordar o tema de maneira mais específica, a comparação entre aqueles e o modelo brasileiro de contenção de gastos será realizada no próximo capítulo, que também irá efetuar a análise do tema mais específico desta pesquisa, que diz respeito ao Novo Regime Fiscal e o Equilíbrio Fiscal, e até que ponto aquele será influenciado positivamente por este, ou se há possibilidade de que a Regra de Ouro seja quebrada em função desta reforma.

4 NOVO REGIME FISCAL: ESTUDO DE JURISPRUDÊNCIA E A ADEQUAÇÃO À REGRA DE OURO

Como examinado nos capítulos anteriores deste trabalho, o mau desempenho da economia brasileira, em decorrência de diversos fatores, entre eles a má gestão orçamentária, resultou em sucessivos déficits nas contas públicas. Foi escolhida, dentre as formas possíveis para tentar contornar a situação, a utilização da política fiscal como instrumento de política econômica, através da chamada contração fiscal expansionista. Embora não tenha sido a única medida de recuperação proposta pelo governo, através da austeridade fiscal e contingenciamento das contas públicas, intende-se retomar a confiança do investidor para que a economia seja reaquecida.

Além da recuperação de ritmo de investimentos, há a necessidade de adequação dos gastos às receitas públicas, evitando contratações de operações de crédito excessivas, assim como estabelecido pela Constituição com a Regra de Ouro das finanças. Conforme exposto no capítulo anterior, o Novo Regime Fiscal

introduziu a limitação ao crescimento das despesas orçamentárias à taxa da inflação anual, ou seja, sem crescimento real. Quanto aos excedentes, são utilizados para pagar os juros da dívida pública.

Neste contexto, se reserva este último capítulo para o tratamento das principais propostas da monografia, com o Estudo de Caso do Parecer Prévio das contas do Presidente da República de 2017. Isso se dará através da observação da dinâmica de aplicação do Novo Regime Fiscal e resposta da problemática desta monografia, sobre a medida em que a Reforma do Teto dos Gastos Públicos se compatibiliza com o Princípio do Equilíbrio Fiscal. De forma inicial, são expostas as informações do acórdão 1322/2018 do Tribunal de Contas da União, demonstrando-se os principais pontos relativos ao tema deste trabalho, e após, feita análise crítica do posicionamento deste Tribunal quanto à aplicação do Novo Regime Fiscal. Em seguida, com uso do arcabouço teórico e analítico da pesquisa construída, há o exame da compatibilidade da Emenda 95/2016 com a Regra de Ouro das finanças.

4.1 EXPOSIÇÃO DO ACÓRDÃO 1322/2018 DO TCU

O marco para início da vigência do Novo Regime Fiscal foi o ano 2016, a partir do qual despesas apenas serão ajustadas através do índice de inflação IPCA. Considerado o lapso de aproximadamente 2 anos entre seu estabelecimento e este trabalho, já houve análise por parte do Tribunal de Contas da União relativa ao tema. Inicialmente, a perspectiva da pesquisa era o estudo de modelo comparado entre o brasileiro, mas levando em conta as peculiaridades de cada caso prático ocorrido de austeridade fiscal e a existência de análise do tema pelo referido Tribunal, escolheu-se a análise do tema de uma perspectiva interna.

No parecer em questão, exarado em sessão plenária de 13 de junho de 2018, os Ministros do Tribunal de Contas da União aprovaram o Parecer sobre as Contas de 2017 do Executivo Federal[128]. Consideraram que foram observados princípios e

[128] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. Disponível em:

normas constitucionais e legais, mas foram deixadas ressalvas. Assim, inicialmente são expostas as informações trazidas no acórdão, para a posterior exposição da análise feita pelos Ministros.

Conforme a introdução de Relatório do Acórdão, a análise das contas da Presidência pelo Tribunal de Contas é instrumento de *accountability* perante a sociedade, com a produção de informações antes de emissão do parecer prévio, para auxílio do Poder Legislativo quando do julgamento das Contas[129]. É composto também de duas "opiniões" oferecidas pelo TCU, sendo a primeira referente à "fidedignidade das demonstrações contábeis consolidadas"[130], enquanto a segunda examina o cumprimento da Constituição e Legislação, e em especial da Lei Orçamentária Anual (LOA), nas operações em que foram utilizados os recursos públicos federais.

Assim, em resumo, o relatório se divide em sete capítulos. No capítulo seguinte ao introdutório, são tratados o panorama financeiro, orçamentário e econômico da União em 2017, incluindo-se neste a análise da política fiscal e indicadores da dívida pública, razão pela qual é importante ao trabalho. No terceiro capítulo, por sua vez, o TCU analisa o desempenho do Governo na Execução dos programas temáticos definidos no PPA 2016-2019. O capítulo quarto registra os resultados obtidos pelo referido Tribunal quanto à conformação da gestão financeira e orçamentária do ano de 2017.

<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[129] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.1-2. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[130] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.1. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

O quinto capítulo apresenta o "embasamento para a opinião do TCU sobre o Balanço Geral da União"[131], com relatos, resultados e conclusões da auditoria feita, também tornando este capítulo do Relatório importante a este trabalho. Para os capítulos sexto e sétimo restam a "análise do cumprimento de recomendações e observância de alertas exarados nos relatórios sobre as contas do Presidente"[132] e a conclusão.

Assim, passa-se à análise do Relatório e Acórdão, com a premissa de veracidade das informações nele expostas, para fins desta pesquisa.

Dentre os indicadores macroeconômicos analisados, está a taxa de inflação, que obteve queda em comparação aos anos anteriores, registrada em 2,95%133, devida à política monetária do Governo ao mudar os limites de tolerância para a taxa da inflação134. Quanto ao nível de emprego, observou-se o recorde de desemprego desde 2012135, equivalente a 11,8% da população nacional em idade para o trabalho136.

Em relação ao PIB, teve aumento real de 0,98% no ano de 2016, quedando no montante de R$ 6.559.940 milhões, apesar de advindo da queda de 3,54% em 2015 e

[131] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.1-2. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[132] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.1-2. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[133] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.3-4. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[134] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.4-7. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[135] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.4-7. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[136] IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua. Disponível em:<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/primeiros_resultados/analise01.shtm >. Acesso em: 04 set. 2018.

3,46% em 2016, enquanto que o PIB per capita, nas mesmas condições, se retraiu em 0,4%, 4,3% e 4,2%, de 2014 a 2016137. Ademais, importa observar a análise efetuada da carga tributária nacional no período. Neste sentido, o relatório resume os dados às conclusões de que houve diminuição da carga tributária em relação ao PIB do ano anterior, e também queda relativa à parcela disponível à União pelas quedas resultantes do déficit na Previdência138. Outro ponto é o fator risco-país, que conforme o relatório se refere à:

> "[Comparação da] diferença entre a taxa de juros cobrada pelo mercado financeiro para títulos públicos de um conjunto de 21 países emergentes, em relação à taxa de juros dos papéis dos Estados Unidos da América. [...] indica ao investidor que o preço de se arriscar a fazer negócios em um determinado país é mais ou menos elevado"[139].

Um dos pontos da reforma fiscal da emenda constitucional 95, como anteriormente abordado, foi a tentativa de recuperação da confiança dos agentes econômicos na economia brasileira, através do demonstrativo e que é possível ao Estado lidar com o desajuste em suas contas140. Essa recuperação da reputação tem

[137] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.7-10. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[138] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.10-13. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

[139] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.10-13. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. p. 15. Acesso em: 03 set. 2018.

[140] MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Secretaria de Planejamento e Assuntos Econômicos. Nota Técnica nº 15497/2016-MP. Mandado de Segurança nº 34448/2016 e Nota Técnica PGR/SRI nº 82/2016 que tratam da Proposta de Emenda à Constituição nº 241/2016, a qual institui o Novo Regime Fiscal e dá outras providências.p.4, Brasília, 26 out. 2016. ADI 5658. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872>. Acesso: 08 jun. 2018.

influência nos juros fixados para os títulos da dívida pública, através da redução do risco-país141.

É o que registra também o relatório do Acórdão ao demonstrar as mudanças que sofreu o país, ainda dentro do ano de 2017, no indicador EMBI+ (unidade do risco-país) em face de "turbulências nos campos político e fiscal"142. Especificamente no subtópico 2.3, o relatório trata da política fiscal, a qual já foi definida nesta monografia como a forma em que determinado governo gere a dinâmica entre recursos e gastos.

Inicialmente é feita uma análise das definições atinentes à política fiscal, assim como a busca pelo resultado primário. Aduz-se ser um importante indicador para apreciação do "impacto da política fiscal sobre a demanda agregada da economia"143, na medida em que os superávits primários representarão a possibilidade de redução da dívida pública, enquanto que os déficits demonstram o contrário.

Desse ponto, parte-se para análise detida das receitas e despesas primárias, das quais a LDO 2017144 considerou que o resultado primário haveria de ser deficitário em 139 bilhões de reais, mas, após alteração do anexo de metas fiscais dessa lei, o déficit foi aumentado à monta de 159 bilhões de reais. Deu-se atenção às receitas primárias, que apesar de crescentes desde 2013, tiveram desempenho abaixo

---

141 MONTES. Gabriel Caldas. TIBERTO. Bruno Pires. Gestão da Dívida Pública, reputação fiscal e risco país: Evidências empíricas para o Brasil. Revista Planejamento e Políticas Públicas PPP, São Paulo, n. 44. jan./jun. 2015.

142 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.13-18. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

143 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.22-23. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

144 BRASIL. Lei nº 13.408, de 26 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as diretrizes para elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2017 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília,2016. Disponível em: < http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/orcamentos-anuais/2017/lei-13408_26dez2016_texto-ldo-2017.pdf/view>. Acesso em: 05 set. 2018.

do esperado, o que teve influência, em parte, da queda de arrecadação tributária pela Receita Federal e RGPS145.

Após, ocorre observância às Transferências Constitucionais, que têm seu impacto nas receitas disponíveis para a União, e que tiveram grande redução no ano de 2017 em comparação com os anos anteriores em face da "retração da economia na arrecadação de alguns tributos e, por conseguinte, no repasse desses recursos. "[146]

Em relação às despesas primárias, tiveram evolução entre os anos de 2013 e 2017, com extensa redução das despesas discricionárias em relação à participação com o PIB em 2017[147]. Apesar disso, no momento da execução das despesas, observa o Relatório que houve grande contingenciamento, de R$ 58,1 bilhões nas entidades afetadas pelo Novo Regime Fiscal, para possibilitar o cumprimento da meta deficitária estabelecida inicialmente na LDO[148]. Nesse sentido, o Relatório observa crescimento das despesas obrigatórias até 2015, com queda em 2016 e constância em 2017, enquanto que o cenário das despesas discricionárias é de redução significativa em todos os anos, incluído 2017, com órgãos que chegaram a cortes percentuais de 47% (Ministério das Cidades), além dos cortes nos demais Poderes[149].

---

[145] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.24-28. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018.

[146] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.26-28. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018.

[147] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.26-28. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018. p. 29.

[148] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.21. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018.

[149] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.34. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018.

Quanto à LOA 2017, prossegue o relatório ao afirmar que a receita primária líquida foi inferior em 2,8% ao previsto, entretanto, as despesas também foram menores na razão de 3,6%. Em relação aos benefícios concedidos, por afetarem os montantes de receita do Estado, também são considerados no relatório de julgamento das contas do Presidente da República, mas não tem afetação direta ao tema deste trabalho, motivo pelo qual deixarão de ser aqui especificados, assim como a especificação quanto aos métodos de cálculo das contas do governo (abaixo e acima da linha). No que se refere aos regimes de previdência, considera o relatório que o percentual gasto com a previdência tem aumentado desde 2015, concluindo que:

> "Levando em conta a restrição imposta pelo Novo Regime Fiscal, que limita a despesa total ao patamar do ano anterior mais a inflação, conclui-se que a tendência de crescimento contínuo dos gastos com a previdência levará inevitavelmente ao achatamento das demais despesas públicas, com consequências negativas para a qualidade e extensão dos serviços públicos prestados pela União. A preservação das políticas atualmente oferecidas depende do controle dos gastos previdenciários [...]. "[150]

Assim, continua o relatório ao observar que o déficit do Regime Geral de Previdência Social tem crescido mais aceleradamente do que os demais, tendo sido o maior responsável pelo déficit da Previdência Federal desde 2015[151], sendo que em 2017 utilizou a quantia referente a 37% da Receita Corrente Líquida da União[152]. Apesar de o relatório especificar o déficit relacionado a cada área da Previdência, entendeu-se não ser diretamente relacionada à atual pesquisa, motivo pelo qual são deixadas de fora, bastando a informação total relativa ao déficit.

[150] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.57. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018.

[151] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.59. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018.

[152] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.59. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018.

No tópico referente ao orçamento propriamente dito, demonstra-se que as receitas correntes arrecadadas em 2017 se mantiveram estáveis em relação ao período dos últimos três anos analisados em sua comparação ao PIB. Apesar disso, as receitas de capital foram objeto de grandes variações no mesmo período, sendo que em 2017, caíram ao patamar de 17%, em detrimento dos 22% do PIB em receitas correntes, por dinâmicas referentes à procura dos títulos da Dívida Pública[153].

Quanto às despesas orçamentárias, observa o relator que as despesas obrigatórias chegam a 93% do total de gastos, com redução progressiva das despesas não obrigatórias, o que afeta diferentes iniciativas de Governo. Nesse ponto do relatório é importante observar que as despesas referentes à amortização e refinanciamento da dívida estão em franca diminuição, enquanto que o pagamento de juros e encargos se mantém de forma estável[154], afora os gastos com a previdência, anteriormente tratados neste capítulo, que se mantém altos.

Assim, finaliza-se aqui as principais informações trazidas no acórdão sobre a conjuntura fiscal dos últimos anos, de forma que no próximo subtópico será abordada a análise feita pelos Ministros do Tribunal de Contas e recomendações.

Quanto à análise feita no relatório do Ministro Vital do Rêgo sobre os dados trazidos[155], este inicia abordando que a Regra de Ouro imposta pela Constituição não veda absolutamente o financiamento de despesas correntes por receitas de operações

[153] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.70-74. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 05 set. 2018.

[154] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.157-164. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018. p. 77.

[155] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.157-164. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

de crédito, apenas impõe óbices ao Processo Legislativo para tanto[156]. Assim, parte para calcular os requisitos da regra de ouro, chegando à seguinte constatação[157]:

Figura 4 – Tabela de Apuração do Cumprimento da "Regra de Ouro" em 2017 nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social

Apuração do Cumprimento da "Regra de Ouro" – Execução 2017
Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social

R$ m

Receita/Despesa	Execução
Receitas de Operações de Crédito	949.153.791
(-) Variação positiva do saldo da subconta Dívida Pública da Conta Única da União[1]	78.973.753
Receitas de Operações de Crédito Consideradas (I)	**870.180.038**
Despesa de Capital (B)	898.979.680
(-) Incentivos Fiscais a Contribuintes	-
(-) Incentivos Fiscais a Contribuintes por Instituições Financeiras	-
Despesas de Capital Líquidas[2] (II)	**898.979.680**
Resultado para Apuração da Regra de Ouro (III) = (I - II)	**-28.799.643**

Fonte: Relatório Resumido de Execução Orçamentária, Dezembro 2017.

[1] Esses valores correspondem a receitas de operações de crédito efetuadas no contexto da gestão da dívida pública mobiliária federal que não foram aplicadas em despesas neste mesmo exercício, tendo seus recursos permanecidos depositados na subconta Dívida Pública da Conta Única da União.

[2] Despesas de Capital: conforme critério adotado pela STN, consistem nas despesas executadas (liquidadas e inscritas em restos a pagar não processados) com investimentos, inversões financeiras e amortização/refinanciamento da dívida.

Fonte: Acórdão 1322/2018[158]

Nisso, observa o Ministro[159], que foi respeitada a Regra de Ouro no exercício de 2017, pois as despesas de capital foram maiores que as receitas obtidas com Operações de Crédito. Apesar disso, traz à tona que com o decorrer dos anos, tem

[156] Trata-se da exceção

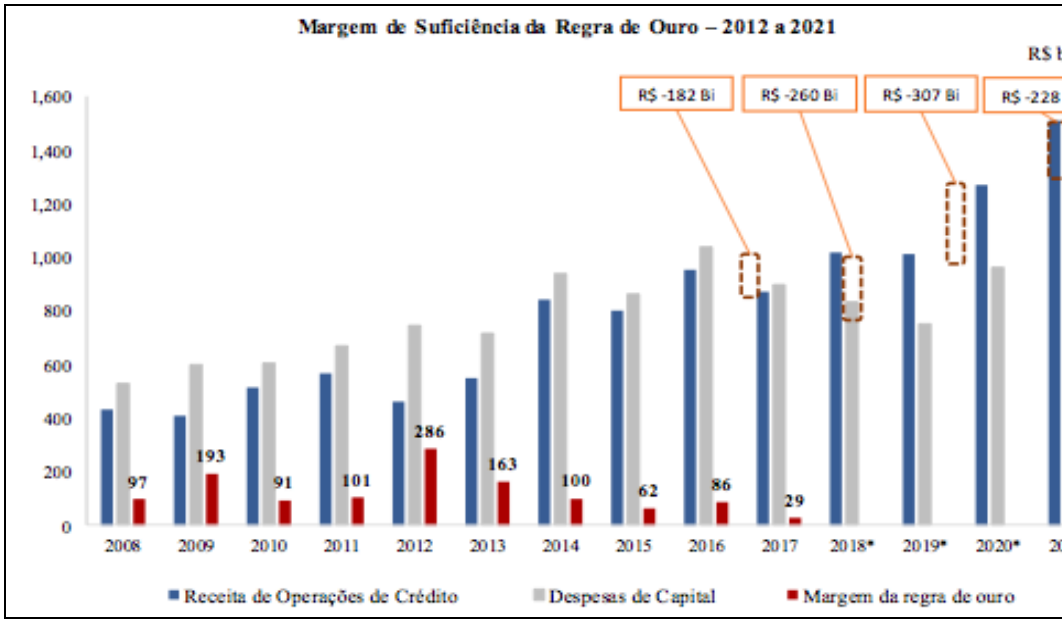
[157] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.160. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[158] Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[159] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.160. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

sido diminuída a Margem de Suficiência da "Regra de Ouro". Assim, como denota o gráfico exposto no acórdão, em pouco tempo, no modelo atual, será ultrapassado o limite imposto pela Regra de Ouro:

Figura 5 – Gráfico: Margem de Suficiência da Regra de Ouro de 2012 a 2021



Fonte: Acórdão 1322/2018 [160]

Além disso, acrescenta o Relatório que a maior parte das medidas propostas com o fito de cumprir a Regra de Ouro no ano de 2018 depende de decisões legislativas incertas[161]. Esse risco de violação ao normativo do art. 167, inciso III, da Constituição Federal, é potencial gerador de implicações econômicas e jurídicas, e,

[160] Acórdão 1322/2018. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[161] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.163. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

em piores cenários, levará à falta de recursos para pagamento de pessoal, juros da dívida mobiliária, ou mesmo inviabilizar a execução de políticas públicas[162]. Diante disso, é fixado o alerta ao Poder Executivo, nestes termos:

> "[Alerta] o Poder Executivo Federal, com fulcro no art. 1º, §1º e no art. 59, §1º, inciso V, ambos da LC 101/2000, que, em um ambiente de sucessivos déficits primários e diante da necessidade de manutenção da oferta dos serviços públicos ao cidadão, há o risco de realização de operações de crédito em montante superior ao das despesas de capital, o que poderá acarretar o descumprimento do disposto no art. 167, inciso III, da Constituição Federal. "

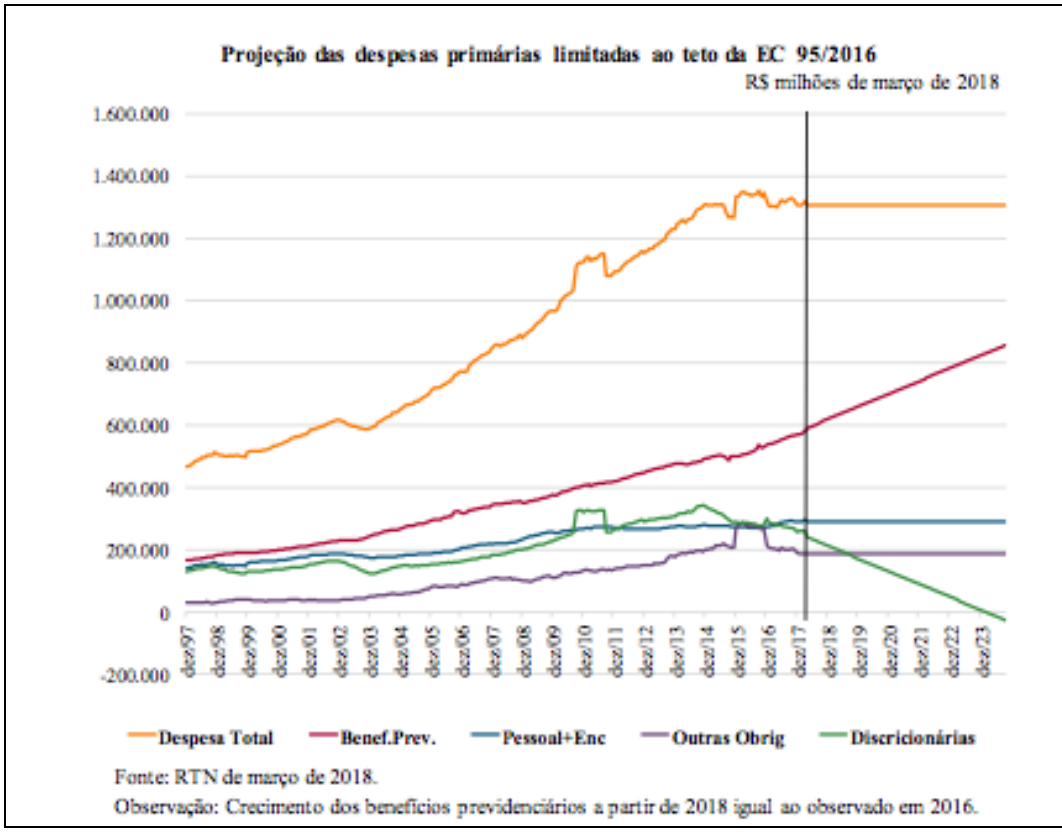
Junto a este cenário, verificou-se no mencionado Acórdão a adequação do Orçamento de 2017 com o disposto na EC 95/2016[163], mas observa-se o achatamento das despesas discricionárias pelo aumento de despesas obrigatórias, em especial o crescimento de gastos com pessoal e gastos previdenciários, que pode resultar numa nulificação daquelas até 2020, conforme o seguinte gráfico[164]:

Figura 6 – Gráfico

[162] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.163. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[163] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.168-170. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[164] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.171. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.



Fonte: Acórdão 1322/2018.[165]

Assim, o acórdão chama a atenção para a dicotomia entre a instituição do Teto de Gastos Públicos no mesmo ano em que foram concedidos aumentos salariais que pressionaram o limite das despesas[166]. Portanto, é emitido o seguinte alerta[167]:

[165] Acórdão 1322/2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[166] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.173-174. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[167] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.175. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

> "[Alerta] o Poder Executivo Federal, com fulcro no art. 1º, §1º e no art. 59, §1º, inciso V, ambos da LC 101/2000, de que a manutenção da atual dinâmica de expansão das despesas obrigatórias, em especial das despesas previdenciárias e das despesas com pessoal, acarreta riscos iminentes e significativos de descumprimento dos limites estabelecidos pela EC 95/2016 e/ou grave comprometimento da capacidade operacional dos órgãos federais para a prestação de serviços públicos essenciais aos cidadãos."

Outro ponto importante se refere aos benefícios tributários, financeiros e creditícios. Conforme consta no Relatório do Acórdão[168], o total destes benefícios no ano de 2017 se deu no montante de R$ 354,72 bilhões, o que equivaleria a pouco mais de 30% da receita primária líquida, sendo que destes, R$ 270,4 bilhões se deram em benefícios tributários[169].

Desta feita, em sede de conclusão acerca das análises feitas, pondera o Ministro no sentido de que a tendência do crescimento do PIB é "declinante", sendo que o PIB *per capita* também "apresenta a mesma tendência"[170]. Junto a isso, em termos de política fiscal, houve o descolamento entre as receitas e despesas primárias desde 2014[171], conforme demonstrado em gráfico[172]:

Figura 7 – Gráfico- Receitas e Despesas Primárias em Percentual do PIB – 2013 a 2017

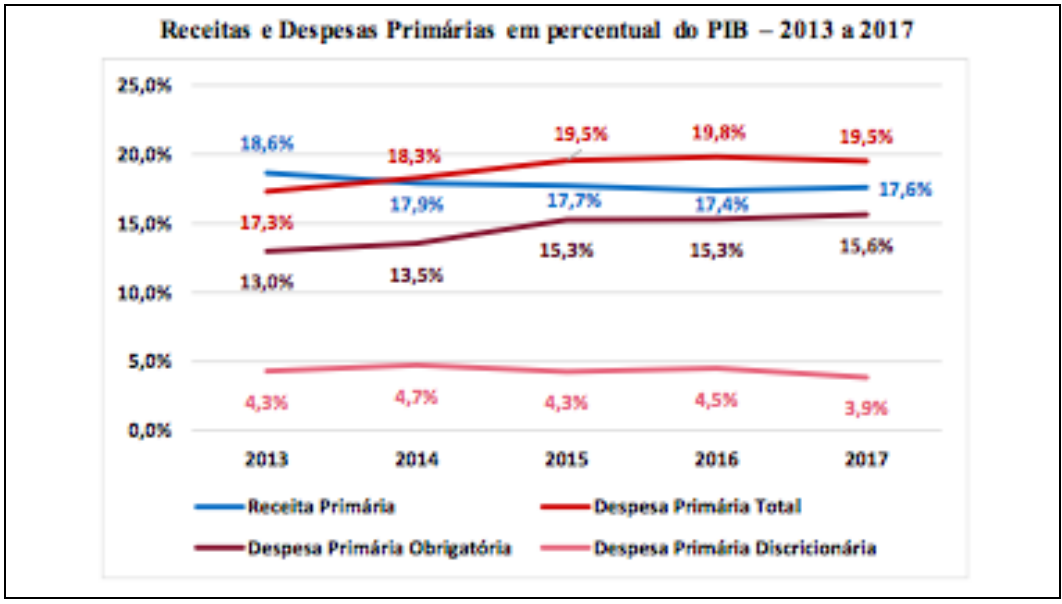
[168] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.38-39. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[169] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.39. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[170] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.297. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[171] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.298. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[172] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.298. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.



Fonte: Acórdão nº 1322/2018[173]

É perceptível, na visão do Ministro Vital do Rêgo[174], o aumento das despesas primárias obrigatórias e das despesas como um todo desde 2013, à medida em que a receita primária e a despesa discricionária vão declinando. Junto a estes fatores há o déficit primário do Governo, que inteirou R$ 119,4 bilhões em 2017, grande retrocesso ao comparar-se com o resultado primário de 2008, que foi no montante de R$ 71,3 bilhões[175].

[173]Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 06 set. 2018.

[174] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.299. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[175] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.300. Disponível em:

Por conseguinte, o princípio do equilíbrio fiscal manifestado no art. 167, inciso III da Constituição tem como objetivo impedir o endividamento do Estado para custeio de despesas correntes, o que foi cumprido em 2017 apesar da margem reduzida, enquanto o Novo Regime Fiscal contribui para este enforcamento[176], na medida em que congelou os gastos para aumento de acordo com a inflação, independentemente da receita disponível ao Estado no exercício. Diante destes fatos, conclui o Ministro[177]:

> "[...] o Novo regime Fiscal não é suficiente para conter a tendência de crescimento das despesas primárias. […], há riscos significativos de descumprimento dos limites estabelecidos naquele dispositivo ou, riscos de grave comprometimento da capacidade operacional dos órgãos federais para prestação de serviços públicos aos cidadãos. "

O cumprimento dessas duas disposições constitucionais corre risco, pela necessidade de realização, por parte do Tesouro Nacional, de operações creditícias para pagamento das despesas de custeio da máquina, sendo destacado no relatório as despesas com a Previdência, pagamentos de pessoal e os juros da dívida.[178] Deste modo, conclui o Ministro Vital do Rêgo pela aprovação das contas de 2017 do Presidente da República, com as ressalvas citadas[179], além de outras que não importam a esta pesquisa[180].

<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[176] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.306. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[177] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.314. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[178] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.315. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[179] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.332. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[180] Referente a percentuais para irrigação.

Em relação às demais declarações de voto[181], a saber, prestadas pelos ministros Augusto Nardes, Benjamin Zymler, Walton Alencar Rodrigues, Aroldo Cedraz de Oliveira, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas, apenas alguns destes chegaram a ressaltar aspectos referentes à Regra de Ouro ou à Emenda Constitucional nº 95.

Desses, o ministro Augusto Nardes reafirma o entendimento do relator de que deve haver emissão de alerta ao Poder Executivo Federal ante à eminente possibilidade de paralisação de serviços e investimentos públicos para se fazer cumprir às disposições da Emenda 95[182], além de considerar pertinente o tratado pelo relator quanto à Regra de Ouro, ou seja, a constatação de que haverá grande dificuldade em cumpri-la nos exercícios vindouros em face da conjuntura econômico-fiscal atual. Nestes termos, adere à proposta do Relator, assim como o faz o Ministro José Múcio Monteiro[183]. Nesse tom se dá o voto da Ministra Ana Arraes, com o adicional de considerar que o referido cenário:

> "[Denota-se] a urgente necessidade de reformas estruturais nas finanças da União, com o propósito de estabilizar, no curto prazo, as despesas obrigatórias e, com isso, não paralisar o fornecimento de serviços públicos essenciais"[184].

O Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira, por sua vez, apenas chega a citar que tal conjuntura econômica é também resultado de forte aumento dos gastos tributários

[181] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.344-365. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[182] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.345. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[183] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.358-359. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[184] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.361. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

por parte da União[185]. O Ministro Bruno Dantas, neste ponto, chama a atenção, demandando que sejam realizadas reformas pelo Poder Executivo, para "extirpação de benefícios fiscais indiscriminados"[186].

Os referidos benefícios fiscais, em 2017, foram concedidos no montante de R$ 354 bilhões enquanto que o déficit fiscal foi de R$ 119,4 bilhões, e, no entender do Ministro, serviriam ao atendimento dos interesses de certas classes[187], muito embora as justificativas utilizadas para conceder tais benesses são os possíveis benefícios à população, através do aumento de empregos e crescimento da economia, o que não ocorreu[188]. Assim, recomenda o Min. Bruno Dantas que o Poder Executivo formule novas metodologias para as renúncias financeiras, tributárias e creditícias, como forma de realmente atingir ao seu objetivo[189].

Destas análises e recomendações dos Ministros do TCU, no acórdão, resolveu-se por aprovar as contas do Presidente da República no Período referente a 2017.

Terminada a análise e disposição dos dados e avaliações do Acórdão 1322/2018 do TCU, será feita no próximo tópico a análise da hipótese deste trabalho, que examina justamente a adequação do Novo Regime Fiscal à Regra de Ouro disposta na Constituição, assim como as motivações do sucesso ou não da norma.

---

[185] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.355-357. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[186] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.363. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[187] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.364. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[188] Vide dados fornecidos nas páginas 47-48

[189] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.365. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

4.2. ANÁLISE DA HIPÓTESE: ADEQUAÇÃO À REGRA DE OURO

Com os dados e informações obtidos nos tópicos anteriores, pode-se observar que o Novo Regime Fiscal e a Regra de Ouro estabelecida pelo artigo 167, inciso III da Constituição Federal estão interligados quanto ao seu objetivo de equilibrar as contas públicas. Sabe-se também que não são as únicas medidas estabelecidas para esse fim, mas ambas foram instituídas com a intenção de impedir que ocorra uma paralisação generalizada dos serviços públicos pela má administração dos recursos.

No caso da Regra de Ouro, visa-se impedir que o Estado se utilize de receitas obtidas através de operações de crédito para financiamento de despesas correntes, embora esteja prevista uma exceção. O Novo Regime Fiscal, por sua vez, surge como uma das medidas de governo para a política fiscal que visam ao combate da crise através da recuperação da confiança dos investidores e a diminuição dos gastos com a máquina pública, através de congelamentos.

De forma preliminar, observa-se que o Novo Regime Fiscal é questionado por ADI's perante o STF. A ADI 5658 foi a escolhida para análise, abordada no tópico 2.3., na qual são trazidos alguns argumentos específicos quanto à incompatibilidade com as normas de Direito Financeiro. Dentre eles, está a ausência de possibilidade de flexibilização do Regime, que no período mínimo de 10 anos só poderá ser alterado por meio de Emenda à Constituição, e, o outro argumento ressaltado é a crítica ao modelo de austeridade, que não levaria ao desenvolvimento.

Fixado isso, partiu-se para a disposição das informações contidas no Acórdão 1322/2018 do Tribunal de Contas da União, assim como o Parecer e entendimento desse Tribunal a respeito da aplicação tanto do Novo Regime Fiscal, como da Regra de Ouro da Constituição. Disso, pode-se perceber que há um processo nos últimos anos, muito em função da crise econômica pela qual o país passa, de redução das receitas primárias pela queda de arrecadação, enquanto existem diversas despesas obrigatórias que não podem ser reduzidas.

Assim, o que se apreende, na mesma linha do afirmado pela conclusão do acórdão é a eminente desobediência à Regra de Ouro, pois as receitas primárias estão caindo à medida em que são aumentadas despesas como a previdência e salários. Ademais, o Novo Regime Fiscal é uma medida que piora a situação, no sentido de que não resolveu o problema do desequilíbrio fiscal, apenas trabalhando dentro da margem de obediência à Regra de Ouro que ainda existe, e por grandes contingenciamentos, que se repetidos levarão à completa ineficiência da máquina estatal.

Os Ministros acompanharam o relator quanto a limitarem seu voto a advertir o Poder Executivo que medidas devem ser feitas para corrigir essa situação e evitar o déficit que compromete a prestação de serviços e funcionamento do Estado[190]. Importa ressaltar, entretanto, o voto do Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira, que imputa a culpa destes problemas no orçamento, em boa parte aos gastos tributários, que foram aumentados pela União na última década, ao passo que o resultado primário da União teve grande redução[191].

Do mesmo modo, o Ministro Bruno Dantas faz duras críticas aos benefícios tributários, que ao seu ver são feitos de forma indiscriminada e não atendem às argumentações utilizadas para os justificarem, como o consequente aumento de empregos ou crescimento de economia. Neste ponto o argumento é endossado pelo relatório elaborado pelo Min. Vital do Rêgo[192]:

> "Em que pese a queda do volume dos gastos tributários em percentual da arrecadação em 2017, ainda se revela um

[190] Observe-se: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p. 344-365. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[191] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. Voto Min. Aroldo Cedraz de Oliveira. p. 355-357. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[192] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.40. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

> patamar preocupante no atual quadro fiscal, em razão do contexto de crise das finanças federais com recorrentes e elevados déficits nas contas públicas desde 2015. Significa dizer, em outros termos, que o crescimento das desonerações federais desde o exercício de 2011 acarretou perdas com receitas federais, trazendo impacto direto na capacidade financeira do Estado para financiar as políticas públicas inseridas no orçamento da União. ”

O Ministro Bruno Dantas, por sua vez, chama a atenção e demanda reformas por parte do Poder Executivo, para “extirpação de benefícios fiscais indiscriminados”[193]. Isso porque, em 2017 foram concedidos benefícios fiscais no montante de R$ 354 bilhões enquanto que o déficit fiscal foi de R$ 119,4 bilhões, e, no entender do Ministro, serviriam ao atendimento dos interesses de certas classes[194], muito embora a justificativa utilizada para tanto sejam os possíveis benefícios à população, através do aumento de empregos e crescimento da economia. Assim, recomenda o Min. Bruno Dantas que o Poder Executivo formule novas metodologias para as renúncias financeiras, tributárias e creditícias, como forma de realmente atingir ao seu objetivo[195].

Neste ponto, há concordância com o afirmado por Ana Carla Abrão Costa, que considera o resultado fiscal de 2017 como um avanço, mas não afasta a gravidade do problema no sistema fiscal[196]. Outro ponto citado pela mesma, que quase não é abordado na produção sobre o tema, mas tem bastante influência, são as concessões políticas feitas pelo governo quando da tramitação das reformas no Poder

[193] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.363. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[194] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.364. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[195] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.365. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[196] COSTA. Ana Carla Abrão. Entrevista Ana Carla Abrão Costa: “Não vamos desperdiçar essa crise”. Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.72, n.2, p.1, fev. 2018.

Legislativo, o que acaba por impedir a sua efetiva implementação[197]. Tal constatação se aplica inclusive à questão dos gastos tributários, que, em parte são fruto da ação de "forças corporativistas que são muito organizadas em defesa de seus privilégios"[198].

Além disso, no que se refere à compatibilidade entre o NRF e a Regra de Ouro, tratam-se de âncoras fiscais distintas, e nesse sentido podem ocorrer divergências de interpretação entre as normas aplicáveis ou mais importantes, que acabam por prejudicar a análise e diagnose dos problemas[199]. Da mesma forma entende José Roberto Afonso[200], o qual reputa a culpa dos problemas fiscais às práticas e vícios da aplicação diária das contas públicas, além de que a própria regra de ouro teve pouca exigência prática, havendo diversas manobras orçamentárias para maquiagem de resultados[201].

Assim, a Regra de Ouro não tem sido realmente aplicada na prática, dando lugar à criatividade para remanejamento de recursos como forma de encobrir o déficit primário e obedecer a regra de ouro artificialmente[202]. Essa artificialidade é inclusive ressaltada por informe do Tesouro Nacional[203]:

---

[197] COSTA. Ana Carla Abrão. Entrevista Ana Carla Abrão Costa: "Não vamos desperdiçar essa crise". Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.72, n.2, p.2, fev. 2018.

[198] COSTA. Ana Carla Abrão. Entrevista Ana Carla Abrão Costa: "Não vamos desperdiçar essa crise". Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.72, n.2, p.2, fev. 2018.

[199] COSTA. Ana Carla Abrão. Entrevista Ana Carla Abrão Costa: "Não vamos desperdiçar essa crise". Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.72, n.2, p.1-4, fev. 2018.

[200] AFONSO. José Roberto. Constituição: entrave ou solução?. Macroeconomia. Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.72, n.3, p. 18-21, mar. 2018. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92CC23104342>. Acesso: 20 set. 2018

[201] Neste sentido, podem ser observadas as considerações do acórdão 1322 do TCU quanto à liberação de recursos: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

[202] Neste sentido: AFONSO. José Roberto. RIBEIRO. Leonardo. Regra de Ouro e Crise Fiscal. Macroeconomia. Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.71, n.10, p. 22-25, out. 2017. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92CC23104342>. Acesso: 15 set. 2018

[203] SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. Coordenação-Geral de Planejamento Estratégico da Dívida Pública – COGEP. Regra de Ouro: Informe Dívida, Brasília, p.1-7, maio. 2018. Disponível em:

> "Vale destacar, no entanto, que o cumprimento da Regra de Ouro em 2017 contou com recursos extraordinários que reduziram a necessidade de receitas de operação de crédito. Destaca-se o retorno antecipado pelo BNDES de recursos que o Tesouro Nacional havia emprestado ao banco no valor de R$ 50 bilhões. Nota-se, portanto, que esses recursos foram fundamentais para o cumprimento da Regra de Ouro no exercício de 2017. "

No que se refere à Regra de Ouro diante desta situação, o próprio Tesouro reconhece a necessidade de medidas para redução da rigidez no orçamento juntamente ao aumento da obtenção de recursos, além da provável necessidade de se utilizar a exceção permitida pela Constituição no art. 167, inciso III[204].

Assim, no Artigo "Uma Perspectiva Crítica do Novo Regime Fiscal para a Dinâmica de Curto e Longo Prazo da Economia Brasileira"[205] os autores chegam à conclusão de que a reforma fiscal foi, de certa forma, uma aposta questionável por parte do governo, pois depende da aprovação de outras reformas para que dê certo, como a reforma da Previdência e Regime de Trabalho dos Servidores Públicos, algo que não ocorreu[206].

<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/659854/Regra+de+Ouro+Informe+30-05/41c50e2b-ccf4-486a-905e-564973ad5394 >. Acesso em: 15 set. 2018.

[204] SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. Coordenação-Geral de Planejamento Estratégico da Dívida Pública – COGEP. Regra de Ouro: Informe Dívida, Brasília, p.6, maio. 2018. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/659854/Regra+de+Ouro+Informe+30-05/41c50e2b-ccf4-486a-905e-564973ad5394 >. Acesso em: 15 set. 2018.

[205] PEREIRA. Hugo Carcanholo Iasco. TANURE. Tarik. TEIXEIRA. André. MISSIO. Fabrício J. Uma Perspectiva Crítica do Novo Regime Fiscal para a Dinâmica de Curto e Longo Prazo da Economia Brasileira. Rev. Econ. do Centro-Oeste, Goiânia, v.3, n.1, p. 51-69, 2017.

[206] Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.40. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018. FREITAS. Antônio Albano de. Uma crítica heterodoxa à proposta do Novo Regime Fiscal (PEC nº. 55 de 2016). Indic. Econ. FEE, Porto Alegre, v.44, n.4, p. 9-26, 2017. VOLPE. Ricardo Alberto. BIJOS. Paulo Roberto Simão. Novo Regime Fiscal: um passo relevante em direção ao equilíbrio das contas públicas. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n.157, fev. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18469&revista_caderno=4>. Acesso em: 20 set. 2018. COSTA. Ana Carla Abrão. Entrevista Ana Carla Abrão Costa: "Não vamos desperdiçar essa crise". Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.72, n.2, p.2, fev. 2018.

Há autores[207] que consideram a medida como um acerto que permite o ajuste gradual das contas[208]. Entretanto, deve-se discordar nesse ponto porque a reforma foi realizada em cima de um grande contingenciamento de despesas[209], assim, não há que se falar em gradualismo. Juntamente a isso, há a redução dos gastos discricionários a curto prazo, com a "reafirmação do subdesenvolvimento"[210] e, a longo prazo, retira-se o controle da autonomia da política fiscal gerando juros mais altos e arrecadação menor[211], ou seja, estagnação econômica com geração de maior desigualdade.

Limitam-se os gastos máximos em todas as áreas sem consideração da prioridade a ser dada pelas circunstâncias ou até mesmo pela política de governo com a fixação dos gastos à inflação sem garantia de superávits primários ou mesmo a redução da dívida pública em comparação com o PIB[212]. Do mesmo modo, são observadas distorções na questão tributária[213], posto que o país é conhecido por ser um dos maiores no ranking de carga tributária[214], mas, como afirmado e

[207] CORDES, T., T. KINDA, P. MUTHOORA & A. WEBER (2015). Expenditure Rules: Effective Tools for Sound Fiscal Policy? IMF Working Paper no 15/29. Washington: International Monetary Fund, 2015.

[208] VOLPE. Ricardo Alberto. BIJOS. Paulo Roberto Simão. Novo Regime Fiscal: um passo relevante em direção ao equilíbrio das contas públicas. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n.157, fev. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18469&revista_caderno=4>. Acesso em: 20 set. 2018.

[209] PINTO. Élida Graziane. Novo Regime Fiscal e a constitucionalização do contingenciamento das despesas primárias obrigatórias. Physis, v. 26, n.4, Rio de Janeiro, out./dez, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000401097>. Acesso em: 22 set. 2018.

[210] PEREIRA. Hugo Carcanholo Iasco. TANURE. Tarik. TEIXEIRA. André. MISSIO. Fabrício J. Uma Perspectiva Crítica do Novo Regime Fiscal para a Dinâmica de Curto e Longo Prazo da Economia Brasileira. Rev. Econ. do Centro-Oeste, Goiânia, v.3, n.1, p. 18, 2017.

[211] PEREIRA. Hugo Carcanholo Iasco. TANURE. Tarik. TEIXEIRA. André. MISSIO. Fabrício J. Uma Perspectiva Crítica do Novo Regime Fiscal para a Dinâmica de Curto e Longo Prazo da Economia Brasileira. Rev. Econ. do Centro-Oeste, Goiânia, v.3, n.1, p. 18, 2017.

[212] FREITAS. Antônio Albano de. Uma crítica heterodoxa à proposta do Novo Regime Fiscal (PEC nº. 55 de 2016). Indic. Econ. FEE, Porto Alegre, v.44, n.4, p. 9-26, 2017. VOLPE.

[213] Observe-se: AFONSO. José Roberto R. GOBETTI. Sérgio Wulff. Impactos das reformas tributárias e dos gastos públicos sobre o crescimento e os investimentos: Caso do Brasil. Nações Unidas – CEPAL. Série Macroeconomia do Desenvolvimento, Santiago Chile, n. 167, p. 5-31, nov. 2015. Disponível em: < https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/39363-impactos-reformas-tributarias-gastos-publicos-o-cresciento-os-investimentos-o>. Acesso em: 20 set. 2018.

[214] VARSANO. Ricardo. PESSOA. Elisa de Paula. SILVA. Napoleão Luiz Costa da. AFONSO. José Roberto Rodrigues. ARAUJO. Erika Amorim. RAMUNDO. Julio Cesar Maciel. Texto para Discussão

demonstrado no relatório do Acórdão 1322/2018[215], também realiza diversas renúncias tributárias a certos setores.

Assim, diante do exposto neste tópico, constata-se que até o momento foi possível manter a adequação da Regra de Ouro com o Novo Regime Fiscal. Entretanto, também foi observado que, caso não sejam realizadas novas reformas para diminuição dos gastos primários obrigatórios e a arrecadação de receita pública não sofra aumento de forma considerável, haverá a quebra da Regra de Ouro, ou, pelo menos, o aumento do endividamento público. Isso, de uma forma ou de outra pode acabar por demonstrar falha na instituição de teto dos gastos públicos, embora existam outras variáveis, como os gastos tributários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa analisou o Novo Regime Fiscal frente a Regra de Ouro das Finanças Públicas. Partiu da definição do Ciclo Orçamentário, no qual observam-se diversas travas à liberdade do gasto de recursos públicos, como forma de impor um bom aproveitamento destes. Neste sentido é inclusa no ordenamento a Regra de Ouro das finanças, que impede, como regra geral, o endividamento público para custeio de despesas corriqueiras.

Apesar dessa regra, entre as imposições orçamentárias, as contas públicas estão em cenário de desequilíbrio, com o aumento de gastos acima do crescimento de receitas. A Emenda Constitucional 95 de 2016, ao impor um teto de limite de gastos primários à União, visa a alcançar o superávit primário e diminuir o crescimento da dívida pública, contudo, propagou um maior desafio ao cumprimento da regra de ouro. Essa Emenda é objetivo de questionamento quanto à constitucionalidade, por tratar-se de questão que afeta a Direitos Fundamentais. No

nº583: Uma Análise da Carga Tributária. Repositório do Conhecimento do IPEA, Rio de Janeiro, ago. 1998. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2439>. Acesso em: 22 set. 2018.

[215] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. p.40. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 07 set. 2018.

entanto, na ADI 5658 analisada neste trabalho, observou-se o argumento de que já existem diversos mecanismos de controle dos gastos não plenamente utilizados, entre eles a Regra de Ouro, além de que há um limite temporal extremado do teto, de 20 anos.

O cumprimento da referida regra, no ano de 2017, se deu por manobras extraordinárias por parte do governo, quando da elaboração da LOA e sua execução, para fazer com que fossem aumentadas as despesas de capital, aumentando assim a margem de liberdade para efetuarem-se operações de crédito. Contudo, essa margem tem se reduzido gradualmente nos últimos cinco anos, deixando claro que na permanência das atuais circunstâncias econômicas, a Regra de Ouro será desrespeitada, ou o Poder Legislativo deverá aprovar créditos suplementares, fazendo uso da exceção disposta no art. 167, III da Constituição Federal.

Mesmo essa situação, entretanto, deve ser provisória, posto que é insustentável ante a elevação da dívida pública. Em paralelo, ocorreu o aumento dos gastos obrigatórios por parte do Novo Regime Fiscal, que ocasiona a diminuição das despesas discricionárias e gera, a longo prazo, a paralisação dos serviços públicos, com grave prejuízo à sociedade. Junto a isso, o fato de que a reforma fiscal se trata de uma de muitas medidas que não puderam ser impostas por completo, por problemas atinentes às negociações políticas no processo legislativo.

Assim, da mesma forma como observado no trabalho de Hugo Carcanholo Iasco Pereira, Tarik Tanure, André Teixeira e Fabrício J. Missio, tem-se uma reforma incompleta realizada em cima de um orçamento muito contingenciado. Isso porque há o aumento gradual e incessante de gastos obrigatórios, como fica claro no Acórdão 1322/2018 do TCU, independentemente da vigência da EC 95/2016, que ocorre com o Sistema Previdenciário, assistencial e de despesas com pessoal, com observância maior neste último, visto que as despesas com servidores foram alvo das concessões feitas pelo governo para conseguir constitucionalizar a austeridade fiscal.

Junto a todos esses fatores, inclui-se também a questão dos gastos tributários, que ocupam quantia superior ao déficit primário da União como reconhecido no próprio Acórdão do TCU examinado, como um dos quesitos a ser examinado quanto à sua eficiência.

Diante desse cenário, tem-se como conclusão desta monografia que o Novo Regime Fiscal, no modo como está posto e diante dos indicadores fiscais e econômicos, não se mostra efetivo em combater a crise fiscal, e, embora não se possa afirmar expressamente que irá causar o descumprimento da Regra de Ouro, observa-se que, pelo enforcamento das despesas discricionárias, torna-se um dos obstáculos ao seu cumprimento, o que o desvirtua de seu objetivo central.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ADI 5658. Relatora: Min. Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872>. Acesso: 08 jun. 2018.

AFONSO. José Roberto. Constituição: entrave ou solução?. Macroeconomia. Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.72, n.3, p. 18-21, mar. 2018. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92CC23104342>. Acesso: 20 set. 2018

AFONSO. José Roberto R. GOBETTI. Sérgio Wulff. Impactos das reformas tributárias e dos gastos públicos sobre o cresciento e os investimentos: Caso do Brasil. Nações Unidas – CEPAL. Série Macroeconomia do Desenvolvimento, Santiago Chile, n. 167, p. 5-31, nov. 2015. Disponível em: < https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/39363-impactos-reformas-tributarias-gastos-publicos-o-cresciento-os-investimentos-o>. Acesso em: 20 set. 2018.

AFONSO. José Roberto. RIBEIRO, Leonardo. Regra de Ouro e Crise Fiscal. Macroeconomia. Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.71, n.10, p. 22-25,

out. 2017. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92CC23104342>. Acesso: 15 set. 2018

BALEEIRO. Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BENETON, Marco Antonio Hatem apud PASSEROTTI, Denis Camargo. O Orçamento como instrumento de intervenção no domínio econômico. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20052016-105731/>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília, de 23 de março de 1964.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 maio 2000.

BRASIL. Lei nº 13.408, de 26 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as diretrizes para elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2017 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília,2016. Disponível em: < http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/orcamentos-anuais/2017/lei-13408_26dez2016_texto-ldo-2017.pdf/view>. Acesso em: 05 set. 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Fiscal. Manual Técnico Orçamentário. Ed 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1322/2018. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 13/06/2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=14817242&codPapelTramitavel=59508680>. Acesso em: 03 set. 2018.

CARNEIRO, Cláudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Equilíbrio Fiscal e Política econômica Keynesiana. Brazil South America: Análise Econômica, 2009. Universidade do Rio Grande do Sul: Sistema Eletrônico de Editoração de Periódic (SEER. UFRGS).

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Nota técnica sobre a PEC 241/2016. Disponível em: <http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/06/NOTA_CONJUNTA_CONASS_CONASEMS_PEC241.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

CORDES, T., T. KINDA, P. MUTHOORA & A. WEBER (2015). Expenditure Rules: Effective Tools for Sound Fiscal Policy? IMF Working Paper n. 15/29. Washington: International Monetary Fund, 2015.

COSTA, Danielle Martins Duarte et. al. Impacto da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a situação econômico-financeira dos municípios mineiros. In: XVI CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 2009, Fortaleza. Artigo. Viçosa: UFV, 2009. p. 1 - 16. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/979/979>. Acesso em: 09 mar. 2018.

COSTA. Ana Carla Abrão. Entrevista Ana Carla Abrão Costa: "Não vamos desperdiçar essa crise". Revista Conjuntura Econômica, São Paulo, v.72, n.2, p.1, fev. 2018.

DEZORDI, Lucas Lautert, CURADO, Marcelo. Crises Financeiras e o Papel da Política Econômica: Uma Abordagem Pós Keynesiana. Rio Grande do Sul: Análise Econômica, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella apud ABRAHAM, Marcus. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIDLIN, D. Fiscal policy. Salem Press Encyclopedia, 2014. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ers&AN=87322132&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>.

FREITAS. Antônio Albano de. Uma crítica heterodoxa à proposta do Novo Regime Fiscal (PEC nº. 55 de 2016). Indic. Econ. FEE, Porto Alegre, v.44, n.4, p. 9-26, 2017.

FUNDAÇÃO FRIEDRICH EBERT STIFTUNG (FES). FÓRUM 21. PLATAFORMA POLÍTICA SOCIAL. GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP). Austeridade e retrocesso – Finanças públicas e política fiscal no Brasil. v.1. set. 2016.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea. Rio de Janeiro: Atlas.2016.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

LAMUCCI. Sérgio. BASILE. Juliano. FMI sugere austeridade ao Brasil. Valor Econômico, 2014. Diponível em: <http://www.valor.com.br/internacional/3510508/fmi-sugere-austeridade-ao-brasil>. Acesso em: 08 jun. 2018.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua. Disponível em:<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/primeiros_resultados/analise01.shtm >. Acesso em: 04 set. 2018.

IPEA. MEDEIROS, Marcelo; Souza, Pedro. Gasto Público, Tributos e Desigualdade de Renda no Brasil. Texto Para Discussão 1844. 2013. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1281>

IPEA. VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do Direito à Saúde no Brasil. Nota Técnica 28/2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589>. Acesso em: 08 jun. 2018.

LOPREATO, Francisco Luiz C. O papel da política fiscal: um exame da visão convencional. IE/UNICAMP, Campinas, n.119, fev. 2006.

MARIANO, Cynara Monteiro. Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. Revista de Investigações Constitucionais. v. 4, n. I. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v4i1.50289>. Acesso: 08 jun. 2018

MEIRELLES. Henrique. Artigo: O Novo Regime Fiscal. São Paulo: Folha de S. Paulo. ed. 7 ago. 2016. Disponível em: < http://www.fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/2016/artigo-o-novo-regime-fiscal >. Acesso em: 08 jun. 2018

MENDES, Judas Tadeus Grassi. Economia: Fundamentos e Aplicações. 2ª Edição. Ed: Pearson. 2012.

MENDONÇA. Eduardo. O fetiche da despesa pública: sobre a proposta de limitação constitucional dos gastos públicos por vinte anos, apelidada de “PEC do fim do mundo”. JOTA, Opinião & Análise, nov. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fetiche-da-despesa-publica-22112016>. Acesso em: 8 jun. 2018.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Secretaria de Planejamento e Assuntos Econômicos. Nota Técnica nº 15497/2016-MP. Mandado de Segurança nº 34448/2016 e Nota Técnica PGR/SRI nº 82/2016 que tratam da Proposta de Emenda à Constituição nº 241/2016, a qual institui o Novo Regime Fiscal e dá outras providências.p.4, Brasília, 26 out. 2016. ADI 5658. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872>. Acesso: 08 jun. 2018.

MONTES, Gabriel Caldas, ALVES, Romulo do Couto. O Debate acerca dos Objetivos e condução da Política Fiscal: Uma Abordagem Crítica à Visão convencional. Economia e Sociedade: Universidade Estadual de Campinas, v.21.2012.

MONTES. Gabriel Caldas. TIBERTO. Bruno Pires. Gestão da Dívida Pública, reputação fiscal e risco país: Evidências empíricas para o Brasil. Revista Planejamento e Políticas Públicas PPP, São Paulo, n. 44. jan./jun. 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA. Júlio Marcelo de. Contas à vista - O que há de bom na proposta do novo regime fiscal?. 08 nov. 2016. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/contas-vista-bom-proposta-regime-fiscal >. Acesso em: 08 jun. 2018.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. Direito Financeiro e Controle Externo, 9 ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

PASSEROTTI, Denis Camargo. O orçamento como instrumento de intervenção no domínio econômico. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20052016-105731/>. Acesso em: 2018-09-23.

PEREIRA. Hugo Carcanholo Iasco. TANURE. Tarik. TEIXEIRA. André. MISSIO. Fabrício J. Uma Perspectiva Crítica do Novo Regime Fiscal para a Dinâmica de

Curto e Longo Prazo da Economia Brasileira. Rev. Econ. do Centro-Oeste, Goiânia, v.3, n.1, p. 51-69, 2017.

PINTO, Élida Graziane. Novo Regime Fiscal e a constitucionalização do contingenciamento das despesas primárias obrigatórias. Physis. vol. 26. no. 4. Rio de Janeiro. Out./Dez. 2016. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000401097>. Acesso: 08 jun. 2018.

PISCITELLI, Tathiane. Direito Financeiro, 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro Rocha. A doutrina da reserva do possível e a garantia dos direitos fundamentais sociais. Revista Ciência et Praxis, Minas Gerais, Volume 4, n. 7. p. 27-38, jan./jun. 2011.

ROSSI, Pedro. DWECK, Esther. Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação. Cad. Saúde Pública. vol. 32. no.12. Rio de Janeiro. 2016. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2016001200501&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso: 08/06/2018

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. Coordenação-Geral de Planejamento Estratégico da Dívida Pública – COGEP. Regra de Ouro: Informe Dívida, Brasília, maio. 2018. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/659854/Regra+de+Ouro+Informe+30-05/41c50e2b-ccf4-486a-905e-564973ad5394>. Acesso em: 15 set. 2018.

SILVA, Jair Cândido da. Lei n. 4.320/64 Comentada – Uma Contribuição para a elaboração da Lei Complementar (§9º do art. 165 da CF/88). Brasília: Editora Thesaurus, 2007.

TESOURO NACIONAL. Política Fiscal. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/sobre-politica-fiscal>. Acesso em: 04 jun. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 19ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2013.

VARSANO. Ricardo. PESSOA. Elisa de Paula. SILVA. Napoleão Luiz Costa da. AFONSO. José Roberto Rodrigues. ARAUJO. Erika Amorim. RAMUNDO. Julio Cesar Maciel. Texto para Discussão nº583: Uma Análise da Carga Tributária. Repositório do Conhecimento do IPEA, Rio de Janeiro, ago. 1998. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2439>. Acesso em: 22 set. 2018.

VASCONCELLOS, Marco S. Introdução à Economia. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VOLPE, Ricardo Alberto. BIJOS, Paulo Roberto Simão. Novo Regime Fiscal: um passo relevante em direção ao equilíbrio das contas públicas. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n.157, fev. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18469&revista_caderno=4>. Acesso em: 20 set. 2018.

A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA ÀS PESSOAS JURÍDICAS EM PROCESSO DE FALÊNCIA OU RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DO TJDFT

Thais Ferreira Ramos

RESUMO

O trabalho monográfico tem como foco principal a concessão da gratuidade de justiça às pessoas jurídicas em situação de falência ou recuperação judicial, mas, para melhor entendimento do leitor, apresenta, primeiramente, conceitos e informações importantes para compreensão do assunto, sobretudo em razão do tema abranger áreas distintas do Direito, como direito processual civil, empresarial e constitucional. Sendo assim, são apresentados os princípios inerentes à análise do tema, os conceitos e seus desdobramentos, a relação entre eles, o histórico da concessão da gratuidade de justiça às pessoas jurídicas e, também, a atual situação de concessão do benefício àquelas em situação de crise patrimonial. Por fim, são apresentadas possíveis saídas para o acesso mais facilitado dos entes coletivos a esse benefício. É importante essa abrangência, pois embora a gratuidade de justiça seja um direito usufruído somente por alguns indivíduos, contém grande importância no meio jurídico, uma vez que, por meio do usufruto desse benefício, é que se alcança o pleno acesso à justiça, esse sim um direito de todo e qualquer cidadão.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Isonomia. Gratuidade de Justiça. Pessoa jurídica. Falência. Recuperação judicial.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se encontra no cenário do direito processual civil e, também, no do direito empresarial, pois ao passo em que trata da concessão do benefício da justiça gratuita no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), o faz especificamente às pessoas jurídicas em situação de crise patrimonial, seja falência ou recuperação judicial.

O acesso à justiça, relacionado ao benefício da gratuidade, está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (CF) e configura um dos princípios constitucionais mais importantes do nosso ordenamento, pois ao definir que toda e qualquer controvérsia, ameaça ou lesão à direito pode ser submetida ao Poder Judiciário, determina, em outras palavras, que é um princípio necessário para a proteção de todos os outros direitos. Portanto, é essencial que esse direito seja amplamente garantido a todos os cidadãos de maneira efetiva e justa, como perfilham Cappelleti e Garth.

Em razão da importância desses princípios é que, no primeiro capítulo, alguns deles serão destacados, sempre de maneira a relacionar com o tema principal de concessão da gratuidade de justiça. Sendo assim, entende-se por oportuno ressaltar, além do princípio do acesso à justiça, o princípio da isonomia, da livre iniciativa, da autonomia patrimonial e da preservação da empresa.

Isso porque, muito embora os entes coletivos tenham uma função social e reflitam na sociedade em diversos aspectos, o modo como vem sendo concedida a gratuidade às pessoas jurídicas perpassa por todos esses princípios, na medida em que têm um acesso mais difícil do que as pessoas físicas ou, por vezes, o patrimônio confundido com o dos sócios, por exemplo.

No segundo capítulo, tanto a hipossuficiência quanto a gratuidade de justiça serão abordadas, demonstrando, inclusive, as diferenças conceituais entre a Justiça gratuita, a Assistência Judiciária gratuita e a Assistência Jurídica gratuita, que ainda são confundidas no meio jurídico.

Por fim, mas muito essencial para o desenvolvimento do tema principal, será demonstrado como se dá, atualmente, a concessão da gratuidade às pessoas físicas e jurídicas, destacando-se o fato de que não

existe presunção relativa de veracidade da declaração para o caso dos entes coletivos, somente às pessoas físicas.

Também de grande valia para o desenvolvimento do trabalho é a definição, no terceiro capítulo, da pessoa jurídica e suas características, como a autonomia patrimonial da pessoa jurídica com relação aos bens dos sócios e as teorias afirmativistas e negativistas acerca da sua natureza jurídica. Ademais, a crise patrimonial no ente coletivo também será apresentada, especificando conceitos e características da falência, da recuperação judicial e da recuperação judicial especial, uma vez que serão essenciais para o entendimento do ponto central do tema.

No quarto e último capítulo, especificamente sobre a concessão da gratuidade às pessoas jurídicas em crise econômico-financeira, será evidenciado o valor das pessoas jurídicas no contexto social e, consequentemente, a importância de lhes assegurar o acesso à justiça, tendo em vista o princípio da preservação da empresa e o fato de, indiretamente, um ente coletivo influenciar em aspectos econômicos e sociais dos seus arredores, uma vez que emprega pessoas, contrata fornecedores, gera capital, etc.

Será apresentado, ao fim, o interesse da sociedade e do Estado em viabilizar soluções jurídicas compatíveis com o ordenamento jurídico atual que facilitem o acesso à justiça desses entes coletivos que se encontram em situação econômico-financeira complicada.

1 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS À CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA ÀS PESSOAS JURÍDICA

A título de introduzir o assunto do presente trabalho monográfico, é essencial que alguns princípios e direitos sejam destacados para clarear aspectos que

circundam os temas principais e colaboram para a melhor compreensão do problema a ser levantado posteriormente.

1.1 Princípio do acesso à justiça

É de extrema relevância destacar a importância do princípio de acesso à justiça, considerado uma pedra fundamental, pois dele depende a efetividade de todos os outros direitos previstos na Constituição Federal[1].

Ao proibir a autotutela privada, o Estado se comprometeu a solucionar os conflitos que surgissem entre seus componentes de modo efetivo e adequado, bastando, em tese, que os lesionados ou ameaçados em seus direitos pleiteassem – em juízo – a solução ao Estado. Segundo o art. 5º, inciso XXXV, da CF, do qual deriva o referido princípio, toda controvérsia sobre direito, incluindo a ameaça – que não era abrangida pela Constituição de 1946 – não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário.[2]

Porém, não basta que as pessoas possam buscar o Estado para encontrar solução para seus litígios, é preciso, segundo Cappelletti e Garth, que o sistema seja igualmente acessível a todos e que produza resultados que sejam individual e socialmente justos.[3]

Nesse sentido, percebe-se que o princípio de acesso à justiça mantém conexão com o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional[4], ao qual

[1] ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 32-45, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1937/1861>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 33.

[2] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 587 e 589.

[3] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

[4] O princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional significa que o Poder Judiciário não poderá se abster de julgar, devendo apreciar a questão trazida à julgamento para dar-lhe solução. (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 588)

está submetido o Poder Judiciário, pois de nada adiantaria garantir o acesso ao Judiciário se o magistrado se mantivesse inerte em seu posto de proteger o Direito.[5]

Nota-se, então, que o acesso à justiça é muito mais do que o simples acesso ao Poder Judiciário. A ordem jurídica justa de Cappelletti e Garth está em proporcionar ao cidadão a reparação de seu direito e o encontro com a justiça efetiva, em que se busca poupar as relações pessoais, quando possível, garantindo um fim justo para todos os litigantes.[6] Está, ainda, em possibilitar a todos, "sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado".[7]

Durante o caminho para a justiça efetiva, porém, existem alguns obstáculos identificados por Cappelletti, sendo o primeiro deles relacionado ao tema desse trabalho, por se tratar dos altos custos despendidos pelas partes em um processo judicial, sobretudo no Brasil, que atribui ao vencido o ônus da sucumbência. Nas pequenas causas esse obstáculo se mostra ainda mais presente, na medida em que os custos podem ultrapassar o valor da causa ou, ainda, consumir o conteúdo da petição a ponto de se tornar uma demanda vazia.[8]

Outra barreira encontra-se na possibilidade – leia-se aspecto financeiro – das partes, pois conforme leciona Cappelletti e Garth, recursos financeiros vultosos configuram uma arma poderosa no processo, demonstrando vantagem por "ser capaz de fazer gastos maiores que a outra [parte] e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente".[9]

---

[5] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 588-589.

[6] ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 32-45, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1937/1861>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 34.

[7] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28-29.

[8] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 16, 17 e 19.

[9] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 21.

Assim, como forma de tentar igualar a condição entre as partes e garantir o real acesso à justiça, a concessão do benefício da justiça gratuita é essencial a quem dela necessita. Vejamos acórdão do TJDFT em que se ressalta a conexão íntima dos dois temas:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. VERBAS SUCUMBENCIAIS. INEXIGIBILIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO PROVIDO. […]. 3. A Gratuidade de Justiça assegura a garantia Constitucional do Acesso à Justiça. Portanto, há séria preocupação em, havendo negativa na justa concessão da Gratuidade de Justiça, inviabilizar-se tal garantia. […].[10]

Continuando, aptidão jurídica e habitualidade com o sistema judicial são empecilhos que afetam, principalmente, os mais carentes, mas não somente eles, pois inclusive pessoas bem informadas, em razão do despreparo jurídico, se sujeitam caladas a situações que poderiam fazer objeção. Nesse sentido, as pessoas afeitas ao sistema judiciário saem em vantagem, pois, diante de uma injustiça, são capazes de reconhecer seus direitos e exigi-los juridicamente.[11]

Sendo assim, Cappelletti e Garth concordam, por fim, que os obstáculos ao acesso à justiça demonstram um padrão, em que os prejudicados são àqueles que pretendem ingressar com pequenas causas e os autores individuais sem muito conhecimento jurídico, principalmente os pobres; e os beneficiados, por assim dizer, são "os litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses".[12]

No entanto, é um liame sensível, pois deve-se reconhecer que tais obstáculos não podem ser totalmente dizimados uma vez que estão inter-relacionados, de modo que eliminar uma das barreiras por completo poderia resultar no aumento ou surgimento de outros obstáculos. Assim, na busca pelo efetivo acesso à justiça, o

[10] TJDFT. *Acórdão n.1069798, 0702070-63.2017.8.07.0007*. Relator: Eustáquio de Castro. 8ª Turma Cível. Data de Julgamento: 25/01/2018, Publicado no DJE: 30/01/2018.
[11] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 22-23.
[12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 28.

inter-relacionamento entre as barreiras não pode ser ignorado, sob pena de prejudicar, ao invés de beneficiar, os litigantes.[13]

1.2 Princípio da isonomia

Muito conhecido também por princípio da igualdade, o princípio da isonomia encontra base jurídica fundamental no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, através da previsão de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Significa que o magistrado, representante do Estado-juiz, deve dar tratamento igualitário a todos os litigantes. Posto isto, a princípio, não há como conceber instrumentos processuais que não sejam uniformes, iguais e equivalentes à todas as partes.[14]

Ingo Wolfgang Sarlet ousa dizer que "igualdade e justiça são noções que guardam uma conexão íntima […] muito embora a justiça não se esgote na igualdade nem com ela se confunda".[15] Assim, não é ideal que se faça a leitura literal de que todos são iguais e, por isso, devem receber o mesmo tratamento, pois para a garantia de igualdade ser real, as disparidades existentes entre as pessoas devem ser observadas. Deve-se observar, portanto, a regra de Aristóteles, a qual determina que os iguais devem ser tratados de modo igual e os diferentes de modo desigual.[16]

Ressalta-se, então, que a abordagem desigual, por si só, não ataca, essencialmente, a isonomia constitucional, basta que ela seja suficientemente justificável, o que se encaixa na "lição de que o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida".[17] Desta forma, cabe destacar que não é

[13] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 29.
[14] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1. p. 147.
[15] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 575.
[16] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 49.
[17] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1. p. 147.

justificável que, em razão de diferenças consideráveis entre os indivíduos, se chegue ao ponto exagerado de conceder um tratamento individualizado para cada pessoa.[18]

Respeitando essas diretrizes, a busca pelo tratamento igualitário, já presente em declarações de direitos e diversas constituições, conquistou espaço central no direito constitucional contemporâneo, sendo analisada sob duas vertentes: a igualdade formal e a igualdade material ou real.[19]

A igualdade formal, também chamada de igualdade jurídica ou civil, é aquela prevista no texto legal, posta no plano normativo, sem estabelecer diferenças entre os cidadãos, somente com o objetivo de evitar arbitrariedades, extinguindo privilégios, isenções pessoais e certas regalias.[20] Contudo, seguindo entendimento de Pontes de Miranda, Sarlet declara que tal previsão pode até ajudar a coibir desigualdades pontuais, mas não é o bastante para abolir as causas da desigualdade em uma sociedade.[21]

Como reação à essa percepção de que a igualdade formal não era suficiente para afastar situações de injustiça, a outra vertente, da igualdade material ou real, surgiu para lembrar que o próprio conteúdo da lei deve ser igualitário. Assim, a igualdade constitucional perante a lei e na aplicação da lei passou a ser, também, uma igualdade na lei.[22]

A igualdade material, como meio de consolidação da igualdade formal, é uma meta a ser atingida pelo Estado em atuação conjunta com a sociedade, pois, ao mesmo tempo em que é preciso atos concretos do Poder Público e a edição de leis no

[18] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 454.
[19] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 575-578.
[20] HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18223-18224-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018. p. 5.
[21] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 578.
[22] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 579.

sentido de minimizar as diferenças, também é necessário a mudança de posição da sociedade, chegando, ao fim, na plenitude do princípio.[23]

No que diz respeito ao tema do presente trabalho, a Constituição não distinguiu a pessoa física da pessoa jurídica ao prever a assistência jurídica integral e gratuita, logo, os direitos assegurados à pessoa física também o devem ser à pessoa jurídica.

A título de exemplo, Oliveira[24] destaca que "a moderna jurisprudência também não distingue a pessoa jurídica da pessoa física, em vários aspectos, inclusive sendo a pessoa jurídica passível de sofrer dano moral", conforme disposição da Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[25]. Assim, a partir do momento em que a pessoa jurídica encontra dificuldades no deferimento do benefício da justiça gratuita, as quais a pessoa física não enfrenta, têm-se por violado o princípio da isonomia processual.

Ainda cabe destaque para a passagem de Bruno Fonseca[26], que, visando a isonomia, evidencia a necessidade de utilização do mesmo critério utilizado para as pessoas físicas na concessão do benefício da justiça gratuita, cabendo, do mesmo modo, a possibilidade de impugnação pela parte contrária e a aplicação de penalidades quando a declaração de hipossuficiência contiver falsidade.

1.3 Princípio da preservação da empresa

[23] D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. *Breve análise do princípio da isonomia*. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wpcontent/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018. p. 3.

[24] OLIVEIRA, Márcio Adriano Gomes de. Da garantia fundamental da assistência jurídica à pessoa jurídica. *Revista Jurídica De Jure*, Belo Horizonte, v. 14, n. 24, p. 333-368, jan./jun. 2015. p. 352.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 227, de 08 de setembro de 1999*. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 13 set. 2018.

[26] FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Gratuidade da justiça às pessoas jurídicas*. São Paulo: EDIJUR, 2004. p. 81.

Há certo tempo que os entes coletivos vêm enfrentando dificuldades no cenário econômico-empresarial brasileiro em razão das constantes crises, sejam elas econômicas, financeiras ou patrimoniais[27]. Essas diversas formas pelas quais as crises se manifestam, quando presentes cumulativamente em uma sociedade empresária, demonstram o seu estado mais crítico, preocupando credores, operários, empreendedores e outros agentes econômicos.[28]

Importante ressaltar que, antes mesmo da previsão do princípio da preservação da empresa no ordenamento pátrio, alguns operadores do direito já se manifestavam pelo acolhimento e promoção da recuperação da empresa. Ademais, múltiplos países já se posicionavam no sentido de explorar e implantar instrumentos de assistência na recuperação de um ente coletivo em dificuldade.[29]

Sabe-se, então, a seriedade de uma crise para a empresa e para a sociedade, pois como explica Fábio Ulhôa Coelho, pode significar o fim de postos de trabalho, o desabastecimento de produtos ou serviços, a diminuição na arrecadação de impostos, a eventual paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional.[30]

Em razão dos diversos interessados na permanência da pessoa jurídica no cenário econômico é que o ordenamento jurídico, muitas vezes, se direciona a criar modos de recuperar uma empresa em crise que mereça ser preservada, o que configura, nos dias de hoje, o princípio da preservação da empresa, não devendo este

[27] Trata-se de diferença explanada por Fábio Ulhôa Coelho, sendo a crise econômica a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária; a crise financeira, quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos; e, a crise patrimonial, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 241-242).

[28] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 243.

[29] PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 2.

[30] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 243.

ser confundido com uma proteção específica ao patrimônio e os interesses do empresário ou da sociedade empresária.[31]

Na verdade, vai muito além, visa proteger, sobretudo, um complexo de interesses, "convergentes não só ao êxito empresarial, mas também à função social da empresa, em consonância com o bem comum, a ordem pública, os interesses gerais da coletividade, o bem-estar social e a ordem econômica".[32]

Nas palavras de Almeida, trata-se de uma conjugação de interesses diversos, citando, a título de exemplo, o lucro do titular da empresa, os salários de natureza alimentar dos trabalhadores, os créditos dos fornecedores e os tributos devidos ao Poder Público.[33]

O referido princípio se relaciona com o princípio da função social da empresa, pois "é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social"[34]. Ambos estão expressamente previstos no art. 47 da Lei 11.101/05[35], que regula a recuperação judicial e extrajudicial, assim como a falência do empresário e da sociedade empresária. Vejamos:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ocorre que nem toda empresa em dificuldade vai justificar a movimentação do Estado para preservá-la. Pelo contrário, algumas empresas devem ser encerradas

---

[31] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 49.

[32] PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 146.

[33] ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 304.

[34] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 49.

[35] BRASIL. *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

para o bem da economia como um todo, realocando os recursos para produção de riqueza em outros âmbitos, inclusive em outras empresas. Assim, conforme ressaltado por Fábio Ulhoa Coelho, a "recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem".[36]

Desse modo, não se trata de um princípio absoluto, devendo haver uma avaliação de custo-benefício, já que os procedimentos tomados para preservar uma empresa podem ser demasiadamente custosos. Nessa hipótese, a prudência e o Direito aconselhariam a não persistir, uma vez que os danos provocados pela preservação não compensariam os respectivos benefícios.[37]

Significa dizer, enfim, que o referido princípio não pode ser utilizado para cobrir torpezas e atividades ilegítimas executadas pelo empresário, uma vez que foi pensado para proteger e preservar a empresa, não o empresário.[38] É a atividade desenvolvida pela empresa que gera efeitos na sociedade, não a atividade específica do empresário que a comanda, logo, somente aquela merece assistência especial do Estado. Vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO COMERCIAL. EMPRESA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. OBJETIVO. SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA E FINANCEIRA. SUSPENSÃO DO CURSO DA PRESCRIÇÃO E DE TODAS AS AÇÕES E EXECUÇÕES EM FACE DO DEVEDOR. PRAZO. 180 DIAS IMPRORROGÁVEL. DESPEJO. DEMANDA ILÍQUIDA NÃO SUJEITA AO JUÍZO FALIMENTAR. 1. A recuperação judicial, por expressa disposição legal, tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua

[36] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 244.
[37] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 50.
[38] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

> função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei nº 11.101/05). […][39]

Pelo exposto, têm-se que a gratuidade de justiça seria um importante instrumento a ser utilizado – dentre os tantos já empregados – para alcançar o objetivo final de manter uma empresa em dificuldades no mercado, haja vista que retira, ainda que temporariamente, uma responsabilidade da pessoa jurídica.

1.4 Princípio da livre iniciativa

Percebe-se a importância do princípio da livre iniciativa pela sua previsão no art. 1º, inciso IV, da Constituição de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, mesmo, da ordem econômica, conforme previsão do art. 170 da Carta Magna[40], dentro do Capítulo I, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, *in verbis*:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: […]
>
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O Direito Empresarial deve muito ao princípio da livre iniciativa, pois cresceu consideravelmente na medida em que foi possibilitado a todos os empresários o desenvolvimento livre de suas atividades de modo seguro e protegido. Para tal, seria necessário apenas que os objetos sociais, tanto de direito, como de fato, fossem lícitos.[41] Importante ressaltar, ainda, que o parágrafo único colacionado acima, traz a expressão "todos", englobando a "universalidade dos sujeitos de direitos e deveres, sejam pessoas naturais (ditas pessoas físicas), sejam pessoas

[39] TJDFT. *Acórdão n.1039349, 0003058-27.2014.8.07.0009*. Relator: Carlos Rodrigues. 6ª Turma Cível. Data de Julgamento: 31/05/2017, Publicado no DJE: 22/08/2017. Pág: 647/690.
[40] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 mar 2018.
[41] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 39.

jurídicas (ditas pessoas morais). Em regra, não importa, sequer, se nacionais ou estrangeiros".[42]

As ressalvas ao referido princípio são poucas e quando existentes, devem estar lastreadas na própria Constituição. Ademais, conforme previsão do parágrafo único, devem estar previstas em lei, em respeito ao artigo 5º, II, da Lei Maior, de modo que decretos e normas infralegais não estão autorizadas a estabelecer restrições ao princípio da livre iniciativa.[43]

Até mesmo as exceções legais à essa garantia constitucional encontram entraves, pois "não pode a lei, desarrazoadamente ou desproporcionalmente, criar impeditivos ao gozo de garantias constitucionais", é exigido fundamentação e razoabilidade, para que não sobre suspeita de que a limitação almeja atender aos interesses públicos maiores e observa, sobretudo, os princípios dispostos no artigo 170 da CF, como soberania nacional, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, função social da propriedade, etc.[44]

Entende-se, por fim, que respeitando os limites legais e jurídicos, somos livres para estabelecer relações econômicas e jurídicas, prestar serviços, celebrar diversos tipos de contratos, etc.

Trata-se de um "sistema econômico de mercado livre, embora regulado". [45] Têm-se, então, que não se trata de um princípio absoluto – muito menos que representa uma liberdade econômica absoluta – já que ainda é necessário respeitar as ressalvas legais e outros princípios constitucionais para que não haja limitação por parte do Estado, como os princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade.[46]

[42] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 38.
[43] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 38.
[44] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 38.
[45] MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 41.
[46] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 660.

Colaciona-se, abaixo, trecho de jurisprudência do TJDFT que destaca a necessidade de cautela na aplicação dos princípios com as demais regras reguladoras existentes:

> ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA PÚBLICA. OCUPAÇÃO. PARCELAMENTO IRREGULAR. CLANDESTINIDADE. IRREGULARIDADE. REGULARIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO DE EVENTUAL ATO ADMINISTRATIVO DE EMBARGO, DESOCUPAÇÃO E DEMOLIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEFLAGRAÇÃO DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. PRESERVAÇÃO DA AUTO-EXECUTORIEDADE DO ATO ADMINISTRA-TIVO. EMBARGO DO ILÍCITO PRATICADO PELOS PARTICULARES, E NÃO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA. ELISÃO DA EFICÁCIA DO ATO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO. EXTERIORIZAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREDICADOS PAUTADOS PELO DIREITO POSITIVADO. PEDIDO. REJEIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVAS ORAIS E PERICIAL. DESNE-CESSIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO. IMPERATIVO LEGAL. SENTENÇA. PRESERVAÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO. […] 7. Conquanto o direito de propriedade e à livre iniciativa e as garantias do contraditório e da ampla defesa consubstanciem direitos fundamentais resguardados pelo legislador constitucional, a realização desses enunciados deve ser consumada em ponderação com os demais vigamentos legais que pautam o estado de direito, pois o interesse coletivo sobrepuja o individual, resultando na apreensão de que não se afigura legítimo se resguardar a construção irregular erigida por qualquer pessoa sob o prisma de que a ilegalidade fora praticada na efetivação de aludidos comandos, notadamente porque a realização material dos enunciados principiológicos não pode ser efetuada à margem do legalmente autorizado e mediante a tolerância da ocupação de áreas parceladas irregularmente e a efetivação de construção à revelia da administração e do poder público (CF, arts. 1º, III, 5º, 6º, 182, 205 etc.). […][47]

[47] TJDFT. *Acórdão n.1068419, 0024050-11.2016.8.07.0018*. Relator: Teófilo Caetano. 1ª Turma Cível. Data De Julgamento: 13/12/2017, Publicado no DJE: 19/12/2017. Pág.: 189-205.

A doutrina analisa o princípio da livre iniciativa por duas perspectivas principais: do livre empreendimento, exposta acima, e da livre movimentação interna de capitais.

A segunda vertente deriva do princípio da livre iniciativa e garante que, assim como é possível abrir um negócio lícito a qualquer momento, é possível, no âmbito interno, realizar e liquidar investimentos lícitos livremente, sem a prévia necessidade de análise, aprovação ou autorização do Estado. [48]

Ademais, pode-se dizer, ainda, que o "princípio da livre movimentação interna de capitais instrumentaliza o princípio da livre iniciativa, bem como princípio da liberdade de locomoção, inscrita no artigo 5º, XV, da Constituição da República", haja vista que o referido inciso se reporta, também, à liberdade de locomoção no território nacional dos bens da pessoa, e não somente da pessoa propriamente dita. Sendo assim, basta, mais uma vez, que tenham origem e destinação lícitas, e atendam eventuais restrições e critérios, formais e/ou fiscais.[49]

Depreende-se, daí, que, assim como o princípio da livre iniciativa, não é um princípio absoluto, já que é possível que existam interferências pontuais, razoáveis e proporcionais, visando sempre o interesse público, como as "intervenções feitas no câmbio, a regulamentação das operações bancárias e financeiras, as medidas que regulam a liquidez financeira" e muito mais, basta que tais intervenções observem as diretrizes constitucionais e os parâmetros legais.[50]

Enfim, é comum encontrar críticas ao princípio constitucional da livre iniciativa, mas atualmente esse princípio constitui, segundo palavras de Mamede, uma "pedra angular do Direito Empresarial". É forçoso reconhecer que, através dele, milhões de pessoas superaram situações econômicas difíceis simplesmente por ter o

[48] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 36.
[49] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 36.
[50] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 37.

ingresso no mercado econômico facilitado e assegurado, com menos rigor e burocracia, e mais proteção.[51]

Durante muitos anos, um empreendedor que buscasse abrir seu negócio era submetido a rígidos requisitos de admissão, o que prejudicava a atuação econômica. Com o princípio da livre iniciativa, basta que estejam preenchidos os requisitos constitucionais e legais para que uma pessoa qualquer possa montar seu negócio, seja ele qual for, desde que seja lícito e respeite os ditames legais.[52]

1.5 Princípio da autonomia patrimonial

Para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico, é imperioso destacar o princípio da autonomia patrimonial, também conhecido como *universitas distat a singuli*, que ocupa lugar importante no Direito Empresarial Societário por ressaltar a separação patrimonial entre pessoa jurídica e seus componentes, isto é, por ressaltar que a "coletividade é distinta das singularidades".[53]

É sabido que os entes coletivos surgem da vontade comum de indivíduos que, impossibilitados de alcançar determinado objetivo sozinhos, unem forças para alcançá-lo juntos, porém, agora, dotados de uma estrutura autônoma e personalidade jurídica própria.[54]

É interessante citar alguns princípios fundamentais que integram a teoria da personalidade jurídica antes do aprofundamento do princípio da autonomia patrimonial, conforme entendimento do professor Washington de Barros Monteiro:[55]

[51] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 35-36.
[52] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 35.
[53] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 52.
[54] QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A pessoa jurídica pobre na forma da lei e sua proteção constitucional de acesso à justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 158, p. 227-232, abr./jun. 2003. p. 229.
[55] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: parte geral. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 154.

> a) a pessoa jurídica tem personalidade distinta da de seus membros (*universitas distat a singulis*), embora esse princípio esteja abalado em matéria de locação predial e relações de consumo; b) a pessoa jurídica tem patrimônio distinto. Essa autonomia patrimonial é caracterizada por dois preceitos: *quod debet universitas non debent singuli* e *quod debent singuli non debet universitas*; c) a pessoa jurídica tem vida própria, distinta da de seus membros.

Enfim, Tomazette explana que a personalidade jurídica é um instrumento – também jurídico – para alcançar os interesses de seus componentes e, para tal, é reconhecido a ela diversos atributos, como nome, nacionalidade, existência distinta, autonomia patrimonial, capacidade contratual e capacidade processual.[56]

O atributo da existência distinta é uma herança do art. 20 do Código Civil de 1916, que reconhecia a autonomia da sociedade empresária, passível de direitos e obrigações. Desse modo, "os atos praticados pela sociedade são atos dela e não de seus membros, produzindo efeitos na sua órbita jurídica e apenas excepcionalmente afetando os sócios".[57]

Observa-se que esse atributo mantém relação estreita com o princípio da autonomia patrimonial, o qual reconhece o patrimônio próprio do ente coletivo, que responde por suas obrigações e é imune às dívidas pessoais de seus membros, salvo, por exemplo, a desconsideração inversa da personalidade jurídica e outros casos previstos em lei.[58]

Conclui-se, portanto, que a "autonomia significa que as obrigações (créditos e débitos) da pessoa jurídica não se confundem com as obrigações (créditos e débitos)

[56] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 241-243.
[57] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 243.
[58] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 243.

dos sócios, não havendo que se falar em compensação".[59] É o que se depreende do art. 795 do Código de Processo Civil (CPC)[60]:

> Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

Conforme entendimento de Tomazette, esse princípio trouxe mais segurança aos sócios no exercício da atividade empresarial, ajudando a desenvolver o mercado, na medida em que alguns riscos foram reduzidos.[61] Porém, a autonomia não pode servir para acobertar situações ilícitas dos sócios e demais componentes. Isto é, "aos sócios ou acionistas não será dado utilizar a pessoa jurídica como instrumento de desígnios pessoais estranhos à destinação do instituto".[62]

Buscando sanar essa questão, surgiu a desconsideração da personalidade jurídica, em que, uma vez identificado prejuízo para terceiros em razão de antijuridicidade em atos dos membros do ente coletivo, a personalidade jurídica da sociedade, antes autônoma, é desconsiderada para alcançar os sócios e/ou acionistas.[63]

Diante da utilização abusiva da forma societária, a desconsideração se mostra como um meio de readequar a pessoa jurídica aos fins para os quais foi criada. Em acertada passagem, Tomazette ressalta que o privilégio da autonomia patrimonial "só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial".[64]

Não se pode entender, porém, que a desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo destruir a autonomia patrimonial dos sócios perante a

[59] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 243.
[60] BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 29 mar. 2018.
[61] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 244.
[62] BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 33.
[63] BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 33.
[64] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 246.

sociedade. Trata-se, na verdade, de um reforço, já que só houve a desconsideração em razão do aproveitamento ilícito da autonomia patrimonial.[65]

No entanto, infelizmente, da mesma forma que o uso adequado da autonomia da pessoa jurídica é uma utopia, a aplicação adequada da desconsideração da personalidade jurídica também o é. Segundo Tomazette, a teoria da desconsideração é medida excepcionalíssima, que só deve ser utilizada quando cabalmente provado o desvio e abuso da pessoa jurídica, justificando o sacrifício da autonomia patrimonial.[66] No entanto, os juízes e tribunais Brasil afora têm aplicado a teoria da desconsideração "com muita largueza, e sem qualquer rigor técnico".[67]

Tal situação deve ser evitada ao máximo para aplicar a desconsideração somente quando realmente provada a sua possibilidade, sob pena de retirar a segurança dos sócios citada mais acima. Isto é, diante do princípio da autonomia patrimonial da sociedade e ausente qualquer hipótese de mitigação a ele, a regra é que as obrigações do sócio não se confundam com as obrigações assumidas pela sociedade, e vice-versa. Vejamos:

> REPARAÇÃO DE DANOS. INTIMAÇÃO PESSOAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO. SÓCIO. PARTE ILEGÍTIMA. RECONVENÇÃO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. CPC/73. […] 2. De acordo com o princípio da autonomia patrimonial, são distintas a personalidade jurídica da sociedade empresária e a dos seus sócios. […].[68]

Em razão do exposto, conclui-se que a hipossuficiência da pessoa jurídica deve ser analisada sem considerar a condição patrimonial do sócio, principalmente quando da análise para fins de concessão de gratuidade de justiça. É essencial que não prevaleça o senso comum ultrapassado que confunde o patrimônio da pessoa jurídica com o da pessoa física que a conduz.

---

[65] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 246.
[66] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 248.
[67] BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 34.
[68] TJDFT. *Acórdão n.1081905, 0047940-69.2012.8.07.0001*. Relator: Fernando Habibe. 4ª Turma Cível. Data de Julgamento: 14/03/2018, Publicado no DJE: 16/03/2018. Pág.: 372/383.

2 HIPOSSUFICIÊNCIA

Impossível seria tratar da gratuidade de justiça sem antes entender no que consiste a hipossuficiência, este gênero de diversas espécies não excludentes, que podem, muitas vezes, ser encontradas cumuladas na mesma situação. Obviamente que também é possível que uma única espécie de hipossuficiência seja identificada, mas de uma maneira ou de outra, certo é que a sua presença demonstra desigualdade em algum aspecto e, por isso, é importante para entender a justiça gratuita.

2.1 Conceito

A etimologia da palavra já antecipa o que ela significa, uma vez que '*hipo'* traz o sentido de escassez ou posição inferior[69], e '*suficiência'* traz o sentido de quantidade suficiente para algo.[70] Logo, hipossuficiência seria a insuficiência de certo atributo para realizar algum ato específico, deixando o hipossuficiente em posição inferior na sociedade.

Por exemplo, uma criança pode ser considerada hipossuficiente econômica, pois não dispõe de recursos financeiros para se sustentar sozinha, necessitando do auxílio de seus responsáveis. Outro exemplo seria o do consumidor, também considerado hipossuficiente em alguns casos, pelo Código de Defesa do Consumidor, para lhe ser concedido a inversão do ônus da prova.

Percebe-se, pelos exemplos, que essa condição vai se exteriorizar de diversas formas no cenário jurídico, sendo as três principais a hipossuficiência técnica (de informação), a hipossuficiência jurídica e, por fim, a hipossuficiência econômica, relacionada com o tema do presente trabalho.

A primeira hipótese diz respeito às pessoas que não sabem identificar o que pode configurar uma prova ou não sabem preservá-las adequadamente, que não

[69] SÓ PORTUGUÊS. *Prefixos*. Virtuous Tecnologia da Informação, 2007-2018. Disponível em <https://www.soportugues.com.br/secoes/morf/morf 7.php>. Acesso em: 30 abr. 2018.
[70] DICIO. *Suficiência*. Dicionário online de Português. Disponível em <https://www.dicio.com.br/suficiencia/>. Acesso em: 30 mar. 2018.

possuem condições de compreender o valor de um documento, etc. Isto é, a carência técnica abrange os leigos que, por falta de experiência ou conhecimento, não conseguem fornecer informações relevantes ao processo, gerando insegurança acerca do direito discutido e dificuldade ao próprio defensor, que pode acabar formulando estratégia errada, resultando na derrota do pleito. Está relacionado, ainda, com a hipossuficiência econômica do indivíduo, já que resta impossibilitado de ir atrás de conhecimentos básicos e seguros acerca do direito que pleiteia. [71]

A hipossuficiência jurídica – também relacionada indiretamente com a hipossuficiência econômica – significa que a defesa fornecida à parte de um processo é de baixa qualidade, uma vez que o patrono da causa age de maneira desidiosa ou imperita. Assim, para a parte hipossuficiente, a demanda judicial resta prejudicada e desequilibrada. [72]

Por último, no panorama jurídico, a hipossuficiência econômica é tida como a escassez de recursos financeiros e econômicos para custear as despesas resultantes de um processo. Está, portanto, relacionada com o conceito de necessitado e com a concessão da gratuidade de justiça. [73]

Para rematar as três classificações, cabe ressaltar que a hipossuficiência técnica, que almeja a proteção do incauto em razão da sua falta de experiência, não deve ser confundida com a hipossuficiência econômica, que resulta na concessão do benefício da justiça gratuita aos necessitados que não podem arcar com as custas judiciais e honorários.[74]

Verifica-se, consequentemente, que a hipossuficiência busca o cumprimento do "princípio de igualdade entre as partes de um processo, tratando desigualmente partes que são desiguais em suas condições pessoais de existência, como por

[71] SOUZA, Rogério de Oliveira. Da hipossuficiência. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 28, 2004. p. 92-93.
[72] SOUZA, Rogério de Oliveira. Da hipossuficiência. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 28, 2004. p. 94.
[73] SOUZA, Rogério de Oliveira. Da hipossuficiência. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 28, 2004. p. 92.
[74] MAGALHÃES. Jorge de Miranda. Princípios gerais do Código do Consumidor: visão histórica. *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 6, p. 91, 1999. p. 91.

exemplo, uma grande empresa e um consumidor residente em bairros populares", exemplo este atinente ao Direito do Consumidor.[75]

2.2 Gratuidade de justiça

Como ressaltado acima, hipossuficiência significa que existe desigualdade de algum modo e que essa situação precisa ser sanada. A gratuidade de justiça vem justamente como uma tentativa de diminuir as desigualdades que, no caso, seriam econômicas.

2.2.1 Conceito de gratuidade de justiça

O benefício da justiça gratuita ou da gratuidade de justiça é destinado aos necessitados e, como já dito, visa o pleno acesso à justiça e a garantia, ainda que indireta, do princípio da igualdade. Sendo assim, é objeto relevante no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que pretende promover o acesso igualitário de todos ao Poder Judiciário, juntamente com os institutos da assistência jurídica gratuita e da assistência judiciária gratuita, que serão tratados em momento posterior.

Segundo Ticiano Alves, a justiça gratuita, eixo central dessa pesquisa, é a dispensa do pagamento antecipado das despesas decorrentes do processo, e dos honorários advocatícios, todavia, como veremos adiante, podem vir a ser cobrados caso haja superveniência de idônea capacidade financeira.[76]

Inicialmente, cabe destacar, segundo o art. 98 do CPC, os legitimados para estarem na posição de beneficiários da gratuidade de justiça. Estes serão as pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que estejam em situação de insuficiência financeira para pagar as despesas decorrentes de um processo, inclusive alguns atos extrajudiciais imprescindíveis à eficaz tutela jurisdicional.

---

[75] SOUZA, Rogério de Oliveira. Da hipossuficiência. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 28, 2004. p. 91

[76] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 301.

Por um tempo, acreditava-se que somente a pessoa natural fosse a legitimada para usufruir desse direito e, de fato, até a entrada em vigor da Súmula 481 do STJ, em 2012, e do Novo Código de Processo Civil, em 2016, esse benefício só era expressamente previsto para as pessoas físicas, havendo apenas posicionamentos e correntes, além de uma jurisprudência divergente, acerca da possibilidade de sua aplicação às pessoas jurídicas.

Reconhecida a evidente necessidade de aplicação da justiça gratuita também às pessoas jurídicas, o assunto foi expressamente previsto, colocando um ponto final sobre a discussão da possibilidade ou não de usufruto pelos entes coletivos, até mesmo dos despersonalizados.

As taxas e despesas que são compreendidas pela gratuidade de justiça estão expressas no §1º do art. 98 do CPC[77], contudo, não se trata de um rol exaustivo, podendo o pleiteante requerer o benefício para uma despesa processual não prevista no artigo.[78] Vejamos o dispositivo:

> § 1º A gratuidade da justiça compreende:
>
> I - as taxas ou as custas judiciais;
>
> II - os selos postais;
>
> III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;
>
> IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;
>
> V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;
>
> VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de

[77] BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 29 mar. 2018.

[78] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 305.

> versão em português de documento redigido em língua estrangeira;
>
> VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;
>
> VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;
>
> IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Essa dispensa pode ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais e ainda pode consistir na redução percentual ou no parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento, segundo disposição dos §§5º e 6º do art. 98 do CPC. Isto é, pode ser conferida total ou parcialmente.

Isso se dá em razão do benefício recair sobre quantia em dinheiro, que é divisível. Assim, fica viável a divisibilidade do benefício, seja em concessão parcial (percentual), ou para um só ato processual, ou, até mesmo, no parcelamento, bastando que o juiz analise caso a caso e determine o que achar mais adequado. Ticiano Alves ainda complementa ao dizer que é possível, inclusive, a combinação das três possibilidades, caso em que poderia haver a "concessão de redução percentual da despesa de um só ato processual, mediante pagamento parcelado"[79]

Por fim, cabe complementar a citação de Ticiano Alves acima, que, ao usar a expressão 'antecipado', quis deixar claro que, na hipótese de superveniência de idônea capacidade financeira, o beneficiário será executado pela Fazenda Pública

[79] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 306.

para fins de recuperação do montante gasto, o que pode ocorrer no prazo de cinco anos da data de trânsito em julgado da decisão. [80]

Esse entendimento resulta do exposto nos §§2º e 3º do art. 98 do CPC, pois o beneficiário continua responsável pelas despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais – se vencido – pelos 5 anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, mas enquanto perdurar a hipossuficiência financeira essas quantias não podem ser cobradas, pois ficam sob condição suspensiva de exigibilidade.

Sendo assim, Theodoro Jr. destaca que os honorários sucumbenciais vão depender do teor da sentença. Se favorável ao beneficiário, seu patrono terá direito ao pagamento dos honorários pela parte vencida, de acordo com o art. 85 do CPC. Se adversa ao necessitado, restando vencido, será normalmente condenado ao ressarcimento do vencedor, no entanto, a exigibilidade resta comprometida em razão da condição suspensiva do art. 98, § 3º, do mesmo código normativo.[81]

Porém, tal condição suspensiva não se aplica às multas processuais, já que, segundo o § 4º do art. 98 do CPC, as multas processuais – coercitivas e punitivas – impostas ao beneficiário não são abrangidas pela gratuidade de justiça. Sendo assim, o beneficiário deve pagá-las ao final, se houver. O Código assim prevê para evitar que os beneficiários se aproveitem dessa 'imunidade' para atuar no processo de maneira desleal e irresponsável e, também, no caso das multas coercitivas, para garantir a efetividade das decisões judicias exaradas contra o beneficiário.[82]

2.2.2 Diferença entre assistência jurídica e judiciária gratuita

[80] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 317.

[81] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 323.

[82] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 307.

Antigamente, no § 35 do art. 141 da Constituição de 1946, somente era previsto que o Poder Público fornecesse assistência judiciária aos necessitados. Posteriormente, essa previsão foi estendida para adoção do termo da assistência jurídica integral, muito mais abrangente e que perdura até os dias de hoje, como pode ser observado no inciso LXXIV do art. 5º da Carta Maior[83]:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […]
>
> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Desse modo, o benefício da gratuidade de justiça e os institutos da assistência judiciária gratuita e da assistência jurídica gratuita confirmam a abrangência do princípio de acesso à justiça.

Os três termos possuem conceitos distintos – porém próximos – que, em razão do desconhecimento, muitas vezes são utilizados como sinônimos pelos operadores de direito e, inclusive, pela Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que regula a concessão de assistência judiciária aos necessitados, prevendo, em outras palavras, no seu art. 1º, que os poderes públicos federal e estadual serão responsáveis por essa assistência, independente da colaboração. [84]

A assistência judiciária gratuita é mais restrita por só abarcar situações que ocorrem em juízo e consiste "no patrocínio da causa de forma gratuita por advogado

[83] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 mar 2018.

[84] BRASIL. *Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 fev. 1950. Disponível em < http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/leis/L1060.htm >. Acesso em 31 ago. 2017.

público (por exemplo, Defensor Público) ou particular (por exemplo, núcleos de prática jurídica das faculdades de direito)".[85]

A assistência jurídica, por sua vez, abrange a assistência judiciária porque vai além da via jurisdicional, compreendendo, também, "a consultoria e a orientação jurídica, não-relacionada a processos judiciais".[86] Sendo assim, está presente, por exemplo, na consultoria, na "atuação em processos administrativos, na formulação e execução de contratos, na veiculação de campanhas publicitárias que esclareçam os direitos dos cidadãos, em mediações e conciliações extrajudiciais etc.".[87]

Isto é, ao adicionar como incumbência do Estado a assistência jurídica efetiva e integral, este se comprometeu a assistir o cidadão jurídica e integralmente, fornecendo-lhe informações, meios e instrumentos próprios para alcançar seus direitos, não necessariamente por meio do processo judicial.[88]

Interessante ressaltar que desde suas primeiras obras, Pontes de Miranda já vinha diferenciando a assistência judiciária do benefício da justiça gratuita. Segundo ele, a gratuidade de justiça possui caráter pré-processual e configura a "dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional". Por outro lado, a assistência judiciária, de caráter administrativo, seria "a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado".[89]

---

[85] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 300.

[86] KUNIOCHI. Hamilton Kenji. *Assistência jurídica aos necessitados*: concepção contemporânea e análise de efetividade. 2013. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Processo Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/dispo niveis/2/2137/tde-09012014-113135/es.php>. Acesso em: 28 mar. 2018. p. 63

[87] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 300.

[88] SOUZA, Rogério de Oliveira. Da hipossuficiência. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 28, 2004. p. 89-90.

[89] MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro, Forense, 1979. t. 1. p. 520.

No fim, todos os três instrumentos de acesso à justiça têm uma ligação próxima, que é a preocupação com as condições financeiras da pessoa beneficiária, haja vista que, em regra, só terá direito aos benefícios o indivíduo que comprovar a insuficiência de recursos.

2.2.3 Requisito para concessão da gratuidade

Observando o artigo 98 do CPC e o inciso LXXIV do art. 5º da CF – colacionado acima – percebe-se que ambas as previsões trazem consigo o termo 'insuficiência de recursos', configurando este um requisito para concessão do benefício da gratuidade.

Não fosse a inteligência do § 4º do art. 99 do CPC, a não assistência por advogado particular poderia ser um segundo requisito para a concessão do benefício. Ocorre que o referido artigo, antecipando-se ao posicionamento de alguns juízes, já deixou claro que "a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça".[90]

Segundo Ticiano Alves, o "patrocínio da causa por advogado particular e a necessidade da gratuidade da justiça não são incompatíveis", pois, além das causas *pro bono*, muitos advogados aceitam causas em que recebem remuneração futura e incerta em cima do êxito da demanda. Ademais, como já dito, a gratuidade pode ser concedida de diversas formas, sendo assim, pode acontecer dos recursos da parte sejam suficientes para custear o advogado particular, mas não o sejam para custear um específico ato do processo.[91]

Conclui-se, pelo exposto, que o único requisito para a concessão do benefício de gratuidade de justiça é a insuficiência financeira, devendo estar presente essa

[90] BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 01 maio 2018.

[91] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 309.

condição para justificar a viabilização do acesso à justiça por meio da concessão do benefício. Vejamos julgado do TJDFT que evidencia essa característica do benefício no seu tópico 2:

> APELAÇÃO CÍVEL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. IMPUGNAÇÃO. PROVA DA CAPACIDADE DO BENEFICIÁRIO. ÔNUS DO IMPUGNANTE. 1. A exigência comprobatória da situação de miserabilidade econômica decorre expressamente do texto constitucional (art. 5º, LXXIV) ao dispor que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". 2. A assistência judiciária não se reveste do caráter de benevolência, mas se apresenta como meio necessário à viabilização do acesso igualitário a todos os que buscam a prestação jurisdicional. 3. O novo ordenamento processualista concedeu à parte contrária a possibilidade de requerer a revogação do benefício concedido, desde que evidencie e demonstre a inexistência dos requisitos essenciais para a sua concessão, conforme inteligência do artigo 100 do CPC. 4. No caso dos autos, em análise detalhada do acervo probatório, o recorrente não trouxe qualquer elemento capaz de desconstituir a decisão do d. magistrado que deferiu a gratuidade de justiça. 5. Recurso conhecido e desprovido.[92]

Não há dúvidas, então, que a insuficiência de recursos é o requisito para concessão do benefício. Porém, o que tem gerado discussão é a necessidade ou não da comprovação dessa insuficiência e, quando necessária, o modo como deve ser feita, como se vê no caso das pessoas jurídicas pleiteantes do benefício.

Há quem diga que a comprovação é medida que se impõe simplesmente por estar prevista na Constituição Federal, afastando a redação do § 3º do art. 99 do CPC, que atribui presunção de veracidade à alegação de insuficiência deduzida unicamente por pessoa física.

Entretanto, esse posicionamento já se encontra superado pela jurisprudência, sendo majoritário aquele que entende que a presunção atribuída à alegação de

[92] TJDFT. *Acórdão n.1069529, 0032997-08.2016.8.07.0001*. Relator: Gislene Pinheiro. 7ª Turma Cível. Data de Julgamento: 24/01/2018, Publicado no DJE: 30/01/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.

hipossuficiência de pessoa natural não viola o disposto na Constituição por se tratar de ampliação do direito, e não restrição dele.[93]

Essa presunção, porém, é relativa (*iuris tantum*), uma vez que a parte contrária tem a possibilidade de contestar a alegação de hipossuficiência para solicitar a revogação da gratuidade concedida, bastando que demonstre a inexistência do requisito essencial para a sua concessão, i. e., a insuficiência financeira. É o que dispõe o artigo 100 do CPC e os julgados nacionais, sendo destacado, aqui, mais um julgado do TJDFT:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PESSOA NATURAL. IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE VERACIDADE. AFASTAMENTO DA BENESSE. PROVA INEQUÍVOCA. INEXISTÊNCIA. Com o advento do novo digesto processual civil consolidou-se o entendimento jurisprudencial segundo o qual se presume como verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural (art. 99, § 3º, CPC/2015). Contudo, a declaração feita por aquele que colima ser contemplado com o benefício da assistência judiciária gratuita possui presunção juris tantum, permitindo a impugnação da contraparte mediante a comprovação da inexistência dos requisitos essenciais à concessão da benesse. Sob essa moldura, é ônus do impugnante demonstrar, de maneira inequívoca, que a situação econômico-financeira do requerente lhe permite arcar com as despesas processuais, nos termos do art. 100, do digesto processual em vigor. In casu, ausente a comprovação de que a agravante possui condições de suportar os encargos processuais, o deferimento dos benefícios da gratuidade de justiça é medida que se impõe.[94]

Para a pessoa jurídica, no entanto, a abordagem muda, haja vista que não há presunção relativa de veracidade na sua alegação de hipossuficiência, devendo, assim, a parte requerente provar a sua insuficiência financeira se quiser o

[93] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 308.

[94] TJDFT. *Acórdão n.1091838, 0702414-31.2018.8.07.0000*. Relator: Carmelita Brasil. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 25/04/2018, Publicado no DJE: 30/04/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.

deferimento do benefício. Em razão de sua importância para o desenvolvimento do presente trabalho, este ponto será abordado mais profundamente no tópico a seguir.

2.2.4 Ausência de presunção de veracidade da declaração da pessoa jurídica

Já foi dito que a possibilidade de um ente coletivo figurar como beneficiário da gratuidade de justiça não era prevista – nem vedada – pela lei. Assim, por um tempo foi concedida apenas jurisprudencialmente até a primeira previsão expressa, que se deu com a Súmula 481 do STJ, e, posteriormente, com o art. 98 do CPC.

Antes disso, porém, o parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50 (atualmente revogado) era o principal fundamento daqueles que entendiam pela impossibilidade de aplicação do benefício à pessoa jurídica, pois afirmavam que a lei, ao ditar como necessitado aquele que não pudesse "pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família", deixou implícito que o benefício não se estenderia às pessoas jurídicas, já que estas não poderiam constituir família.[95]

Acontece que o acesso à justiça compõe o rol de direitos fundamentais dispostos no art. 5º da CF, em seu inciso LXXIV, e, dessa forma, não é concebível a sua compreensão de maneira restritiva pelo aplicador da lei, aplicando vedação à algum direito que a própria lei não previu.

Nesse sentido, aquela leitura literal da lei realizada pelos contrários à concessão não se enquadraria com as disposições constitucionais fundamentais, pois, segundo Ticiano Alves, esse acesso deve ser garantido para os incapazes de arcar

[95] ALVES, Ticiano. Os entendimentos divergentes do STJ e do STF acerca do procedimento para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 151, p. 195-204, set. 2007. p. 197.

com as despesas que um processo traz consigo, situação que tanto a pessoa física, como a pessoa jurídica pode enfrentar.[96]

O necessitado, ainda que pessoa jurídica, não poderia, à bem da justiça, abdicar do seu direito de acesso ao Judiciário, unicamente por impossibilidade econômica. Em artigo sobre o tema, Luis Alberto Thompson Flores[97] destaca que juristas nacionais e estrangeiros, cada vez mais, buscam resguardar os direitos dos mais carentes, e, para tal, a falta de condição econômica não pode ser um óbice para aquele que necessitar, seja ele pessoa física ou jurídica.

Isto é, haveria, sim, compatibilidade de aplicação do benefício de gratuidade de justiça aos entes coletivos, tão necessitados quanto às pessoas físicas, a depender do caso. Assim é o entendimento de Márcio Adriano Gomes de Oliveira[98]:

> […] a Lei Maior de nosso país não distinguiu a pessoa física da pessoa jurídica, e tal norma não deve ser interpretada restritivamente, o que garante à pessoa jurídica todos os direitos assegurados à pessoa física, em razão da citada isonomia.

Assim, configurando uma exigência da sociedade atual e predominando a corrente favorável à concessão da gratuidade aos entes coletivos, o STJ sumulou a questão em 28 de junho de 2012[99], tendo como referência legislativa a Lei de Assistência Judiciária (Lei 1.060/50) e alguns precedentes. Em seguida, no mesmo

[96] ALVES, Ticiano. Os entendimentos divergentes do STJ e do STF acerca do procedimento para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 151, p. 195-204, set. 2007. p. 197-198.

[97] LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Da concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e aos entes beneficentes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 674, p. 63-69, dez. 1991. p. 64.

[98] OLIVEIRA, Márcio Adriano Gomes de. Da garantia fundamental da assistência jurídica à pessoa jurídica. *Revista Jurídica De Jure*, Belo Horizonte, v. 14, n. 24, p. 333-368, jan./jun. 2015. p. 350.

[99] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 481, de 28 de junho de 2012. Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas481-485.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017.

sentido, o CPC de 2015[100] inovou – com relação ao Código de Processo Civil de 1973 – nos artigos 98 a 102 ao prever expressamente sobre a possibilidade de reconhecer a gratuidade da justiça para pessoa jurídica:

> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.
>
> Súmula 481 do STJ. Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Posterior à previsão expressa, a discussão deixou de ser quanto à possibilidade de aplicação e se destinou ao modo de concessão do benefício, isto é, os critérios de comprovação da hipossuficiência, haja vista que não se atribui presunção relativa de veracidade à alegação de hipossuficiência da pessoa jurídica, somente da pessoa natural.

O CPC, corroborando com o que diz a Constituição de 1988, declarou como requisito apenas a insuficiência de recursos, mas nada é dito, em nenhum dos textos normativos, sobre o modo de comprovação dessa carência.

À pessoa física basta alegar a incapacidade econômica em petição, aproveitando de presunção legal relativa de veracidade. Isto é, não é necessário que o pleiteante produza provas da real insuficiência, mas, também, não há impedimento para o fim do benefício em razão de prova adversa trazida aos autos pela parte contrária, ou em decorrência de investigação realizada, *ex officio*, pelo juiz, quando este não estiver convencido da condição de miserabilidade jurídica do requerente do benefício.[101]

No que diz respeito à pessoa jurídica, antes da previsão expressa, haviam divergentes entendimentos do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da

[100] BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 24 ago. 2017.

[101] ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 308.

aplicação, pois este não se importava com a finalidade lucrativa da empresa, bastando a real comprovação da incapacidade. O STJ, por sua vez, concedia a gratuidade às pessoas jurídicas sem fins lucrativos mediante simples declaração, e exigia comprovação das pessoas jurídicas com fins lucrativos através de documentos públicos e particulares, "tais como declaração de imposto de renda, livros contábeis, balanços, declaração de insolvência e, *cuidadosamente*, até reportagens de imprensa".[102]

Posteriormente, mas ainda antes da previsão da Súmula 481 do STJ e do CPC, aconteceu a uniformização da jurisprudência acerca do modo de aplicação do benefício, prevalecendo a tese levantada pelo STF, sendo irrelevante, portanto, a finalidade lucrativa do ente coletivo, que, até então, era relevante na tese do STJ para diferenciar a aplicação.[103]

Pouco tempo depois, como já mencionado, houve previsão expressa no STJ e no CPC no mesmo sentido, de que a pessoa jurídica deve comprovar a miserabilidade jurídica para obter o direito de usufruir da gratuidade de justiça, independente da ausência de fim lucrativo. Infere-se, portanto, que não há presunção legal relativa de veracidade, como há para as pessoas físicas.

As decisões do TJDFT, em sua grande maioria, indeferem o benefício da gratuidade da justiça às pessoas jurídicas em falência, sendo raro o caso em que o juiz, ainda que não devidamente comprovado segundo os seus parâmetros, reconhece a hipossuficiência em razão do princípio da razoabilidade e da análise dos autos. Com relação aos entes coletivos em recuperação judicial a situação é a mesma, se não mais grave.

Enfim, o que se percebe é que, talvez em razão do senso comum que confunde o patrimônio da pessoa jurídica com o da pessoa física que a comanda, a

[102] ALVES, Ticiano. Os entendimentos divergentes do STJ e do STF acerca do procedimento para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 151, p. 195-204, set. 2007. p. 199-200.
[103] ALVES, Ticiano. Benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas: o entendimento (agora) unitário do STF e do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 271-274, nov. 2010. p. 273.

jurisprudência tem embaraçado o acesso das pessoas jurídicas a benefícios assegurados por lei, como o que figura objeto desse trabalho, ainda que manifesta a necessidade de usufruto do benefício, visível no caso das pessoas jurídicas em falência e recuperação judicial.

3 PESSOA JURÍDICA

É de suma importância o esclarecimento dos conceitos, características e particularidades da pessoa jurídica, uma vez que o tema do presente trabalho é específico na concessão da gratuidade da justiça para elas.

3.1 Conceito e características

Não é novidade que a pessoa jurídica surge diante de necessidades das pessoas naturais que, ao enfrentarem limites e dificuldades para alcançar metas e planos somente pela performance individual, se veem forçadas a conjugar esforços com outras, para, nessa união de interesses, alcançar seus objetivos comuns. Essa união forma a pessoa jurídica – diversa da pessoa física (natural) – que, segundo Caio Mário, pode ser um "agregado de pessoas ou de um acervo de bens" para obter resultados maiores mediante a junção de esforços.[104]

No entanto, não basta apenas que indivíduos se vinculem para constituir o ente jurídico, pois rotineiramente se veem sujeitos desenvolvendo atividades em parceria, o que não resulta em uma personalidade jurídica autônoma. É necessário, além dessa vontade humana criadora e da reunião de pessoas ou destinação de um patrimônio, o cumprimento de outros dois requisitos.[105]

A licitude do objeto e da finalidade empresarial é essencial, uma vez que, sendo o objetivo principal dessa reunião o maior alcance de objetivos comuns, não

[104] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 249-251.
[105] PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 89.

seria coeso formar um ente que atuasse de modo contrário à ordem jurídica que lhe permitiu existir.[106]

Também imprescindível, o cumprimento das condições previstas em lei configura o último requisito para a formação da pessoa jurídica. Existem peculiaridades legais que devem ser observadas na sua constituição, como a opção pelo instrumento particular ou escrito público, a inscrição do ato constitutivo no Registro Público, etc.[107]

Mas esse ciclo de existência legal das pessoas jurídicas ultrapassa duas fases distintas, sendo a primeira delas a fase volitiva, que incide na confecção do ato constitutivo escrito, instrumento (estatuto ou contrato social) que traduz a vontade criadora dos sócios. A segunda fase é a administrativa, que consiste no registro e inscrição do ato constitutivo no Registro Público competente, concedendo, agora sim, existência jurídica ao ente coletivo.[108]

Quando não houver sequer um ato constitutivo, existirá, então, uma sociedade de fato, sem personalidade jurídica por se omitir tanto da fase volitiva quanto da administrativa. Por outro lado, se existir o ato constitutivo da empresa, mas este não estiver registrado, existirá uma sociedade irregular, também sem personalidade jurídica, por se omitir da fase administrativa. Sem registro, não há pessoa jurídica.[109]

Reconhecer a existência jurídica significa conferir-lhe personalidade jurídica, o que, segundo Rosenvald, é um atributo que permite à pessoa atuar na esfera jurídica e reclamar por uma proteção jurídica mínima e básica, reconhecida pelos direitos da personalidade. Complementa, ainda, afirmando que é "muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos […] significa, em concreto, ter uma

[106] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 250.
[107] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 249-251.
[108] PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 101.
[109] PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 101.

tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais", condição indispensável ao exercício de uma vida digna. [110]

Via de consequência, a existência jurídica confere, também, capacidade de direito às pessoas jurídicas, pois passam a ter o poder de titularizar relações jurídicas, assim como as pessoas naturais.

Importante, porém, ressaltar que nem a personalidade, nem a capacidade da pessoa jurídica, se confundem com aquela conferida à pessoa física, uma vez que esta última é mais avançada e específica por se ancorar na dignidade da pessoa humana, característica que, em regra, não é reconhecida aos entes coletivos. [111]

3.2 Teorias acerca da natureza jurídica da pessoa jurídica

A natureza jurídica das pessoas jurídicas está envolta em duas teorias explicativas: teoria negativista e teoria afirmativista.

Para a primeira, não existe pessoa jurídica, mas tão somente um patrimônio sem sujeito, destinado a um fim específico, sem conferir-lhe, para tanto, personalidade jurídica. Embora não aceita pela doutrina atual, eram adeptos dessa teoria, por exemplo, Bolze, Ihering, Marcel Planiol, Wieland, Barthélemy, e Léon Duguit. [112]

Os dois primeiros defendiam que não haveria porquê conceder personalidade jurídica própria ao ente coletivo, uma vez que as pessoas físicas que o compõem seriam consideradas em conjunto com suas próprias personalidades, assim, a pessoa

[110] FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 172.
[111] FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 437.
[112] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 246.

jurídica seria "mera projeção das prerrogativas e interesses de pessoas naturais reunidas"[113].

Planiol, Wieland e Barthélemy, por sua vez, sustentavam a vertente que visualizava a pessoa jurídica como mera forma de condomínio ou propriedade coletiva (copropriedade). Enfim, Duguit, mais radical, negava toda personalidade jurídica, fosse ela individual ou coletiva. [114]

Segundo Rosenvald, o "grande pecado da teoria negativista foi confundir a pessoa jurídica (que exerce atividades autônoma e pessoalmente) com os bens que possuía". [115] Por isso, a teoria atualmente adotada pelo Código Civil (CC) pertence à teoria afirmativista, que é subdividida em teoria da ficção legal e teorias da realidade objetiva, técnica e das instituições jurídicas.

Friedrich Karl Von Savigny se destacou como o principal defensor da teoria da ficção legal, muito embora esta tenha se desenvolvido em cima da tese de Windscheid. Essa tese perfilha que somente a pessoa natural tem competência de titularizar relações jurídicas, desse modo, as pessoas jurídicas seriam apenas criação artificial da lei.[116]

Sendo assim, o ente coletivo não possuiria existência real, somente intelectual, uma vez que a lei lhe atribuiu existência. Poder-se-ia dizer que, enquanto a personalidade jurídica da pessoa física é inerente à sua natureza, a da pessoa jurídica nasce do direito, sendo, portanto, mera abstração legal para se adequar em certas realidades.[117]

---

[113] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 163.
[114] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 246.
[115] FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 411.
[116] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 247.
[117] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 87-88.

Essa hipótese, embora enquadrada na teoria afirmativista, não é aceita atualmente, o que se deve, principalmente, ao fato de não esclarecer como fica a figura do Estado como pessoa jurídica. Considerá-lo como ficção seria "o mesmo que dizer que o direito, que dele emana, também o é. Tudo quanto se encontre na esfera jurídica seria, portanto, uma ficção, inclusive a própria teoria da pessoa jurídica".[118]

As teorias da realidade, em contraponto, buscam comprovar que os entes coletivos são mais que meras abstrações legais, são realidades vivas. No entanto, algumas concepções diferentes surgiram em razão dos adeptos discordarem em alguns aspectos.[119]

Os adeptos da teoria da realidade objetiva ou orgânica, Gierke e Zitelman, defendiam que a pessoa jurídica teria existência própria, real e social – assim como a dos indivíduos naturais – mas distinta da de seus componentes. Assim, se tornaria sujeito de direito a fim de realizar objetivos sociais.[120]

Para Silvio Rodrigues[121], essa teoria destacou que as pessoas jurídicas não se tratavam de mera ficção, pois configuravam uma realidade sociológica, logo, seriam seres com vida própria que nascem em razão de pressões sociais. No entanto, a tese incorreu em erro ao não abordar como seria a exteriorização da vontade humana pela pessoa jurídica.[122]

A teoria da realidade técnica – defendida por Geny, Saleilles e Ferrara – é uma concepção intermediária entre a teoria da ficção legal e a da realidade objetiva, pois preconiza que a pessoa jurídica tem existência real, apesar de a sua personificação ser atribuída pelo direito, a fim de lograr êxito em determinados

[118] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 223.
[119] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 223.
[120] FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 412.
[121] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 88.
[122] FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 412.

interesses, "como o livre estabelecimento de relações jurídicas lícitas, facilitando o comércio e outras atividades negociais".[123]

Isto é, estando evidente a necessidade e a praticidade legal do reconhecimento de personalidade própria aos entes coletivos, até para concorrer em par de igualdade com as pessoas naturais, é que o Estado lhes outorga essa personificação. Contudo, não é uma concessão arbitrária, sendo necessário que os entes se encaixem nos ditames legais e cumpram os requisitos estabelecidos.[124]

Atualmente, essa é a teoria afirmativista que prevalece no ordenamento jurídico, pelo que se conclui da leitura do art. 45 do CC, com a seguinte disposição:

> Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. […]

Por fim, ainda existe a teoria da realidade das instituições jurídicas – também chamada de jurídica ou institucionalista – defendida por Maurice Hauriou. Segundo essa tese, a personalidade humana que derivava do direito também poderia ser outorgada a agrupamentos de pessoas ou destinações de patrimônios para que estes pudessem realizar interesses próprios, porém, decorrentes da vontade das pessoas naturais que lhe deram vida.[125]

Ademais, para essa teoria, a instituição existiria antes mesmo da pessoa jurídica ter nascido oficialmente, ou seja, sua "personificação seria a etapa culminante de um processo natural".[126]

3.3 Autonomia da pessoa jurídica

[123] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 248-249.
[124] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 224-225.
[125] FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 412.
[126] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 166.

Embora a autonomia patrimonial da sociedade empresária já tenha sido abordada acima como princípio, é necessário um breve reforço em face da sua importância, uma vez que é uma das maiores consequências da personificação da pessoa jurídica.

Ao conceituar pessoa jurídica, Roberto Senise destaca que ela é "solenemente constituída pela vontade de outras pessoas, físicas ou jurídicas, com personalidade e patrimônio próprios e distintos dos de seus constituintes, e determinada finalidade prevista na sua ata constitutiva".[127]

Fica perceptível que a autonomia patrimonial da entidade coletiva figura como meio de proteção dos indivíduos que a constituem contra os riscos empresariais, pois, segundo Tomazette, "cria-se um centro autônomo de interesses em relação às pessoas que lhe deram origem, de modo que a estas não são imputados as condutas, os direitos e os deveres da pessoa jurídica."[128]

Significa dizer que o patrimônio dos sócios, em regra, resta protegido da responsabilidade decorrente de obrigações da pessoa jurídica, porque ela possui patrimônio próprio que é utilizado ao responder por suas obrigações. Vejamos julgado do TJDFT pertinente ao tema:

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE LOCAÇÃO. IMÓVEL DADO EM CAUÇÃO. PROPRIEDADE DE PESSOA JURÍDICA AUTÔNOMA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS. FIANÇA. VEDAÇÃO DA DUPLA GARANTIA. 1. A pessoa jurídica possui personalidade autônoma, sendo os sócios, pessoas físicas, partes ilegítimas para responderem com seus bens por débitos contraídos pela empresa. 2. Somente pode ser parte em processo aquele que figurou na relação jurídica a ser discutida, salvo as exceções

[127] LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 275.

[128] TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 232.

> previamente estabelecidas em lei. […] 4. Recurso desprovido.[129]

No entanto, trata-se, também, de uma proteção da própria empresa em face das dívidas particulares dos sócios. Se o patrimônio dos sócios não pode ser utilizado para sanar dívidas próprias da empresa, o inverso também não deve ocorrer, pois, agindo assim, restaria prejudicada a autonomia patrimonial da empresa em razão de dívida particular de sócio.

Contudo, a regra de absoluta separação dos patrimônios comporta exceção em razão de diversas fraudes. A perversão no uso da pessoa jurídica dá ensejo à desconsideração da personalidade jurídica sempre que identificado o desvirtuamento dos propósitos do ente coletivo, pois, ficando claro o aproveitamento da entidade jurídica para usos impróprios e desonestos, esta atitude deve ser coibida.[130]

Em sua obra sobre Direito Societário, ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica, Borba[131] acerta ao dizer que "atinge-se o sócio porque a atuação foi dele e não da sociedade – simples anteparo; o ato foi ditado pelo interesse do sócio e não pelo da sociedade, que era distinto". Trata-se, portanto, de um ato de justiça.

É um instituto que deve ser aplicado com cautela e somente nos casos em que verificada a fraude ou o aproveitamento do instituto da pessoa jurídica, muito embora não seja o que acontece na prática, onde o que se vê é sua aplicação com largueza, sem rigorismo técnico algum.[132]

3.4 Crise patrimonial no ente coletivo

[129] TJDFT. *Acórdão n.1087447, 0005331-77.2017.8.07.0007*. Relator: Mario-Zam Belmiro. 8ª Turma Cível. Data de Julgamento: 05/04/2018, Publicado no DJE: 10/04/2018. Pág.: 537/540.
[130] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. p. 246.
[131] BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 32.
[132] BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 31.

Inicialmente, apenas para melhor compreensão nos tópicos seguintes, é importante distinguir empresa de empresário. Segundo Tomazette, "empresa é uma atividade e, como tal, deve ter um sujeito que a exerça, o titular da atividade, denominado de empresário."[133] Este, por sua vez, segundo o art. 966 do CC, é "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"[134]. Em outras palavras, é quem torna a empresa possível, pois, objetivando vantagem econômica, tem a iniciativa de estruturar a empresa, ainda que a sua concretização se dê por meio de outras pessoas.[135]

3.4.1 Falência

A falência é conceituada por Enedino como "o processo de execução coletiva contra o devedor empresário em crise econômico-financeira", pois afasta-se o empresário da função administrativa da empresa falida, buscando a preservação e otimização dos ativos, bens, e recursos produtivos da empresa.[136]

A falência decretada é do empresário, pois ele que figura como sujeito de direito e deve cumprir com suas dívidas. Nesse caso, a empresa apenas "representa o patrimônio que será arrecadado e vendido para formação de caixa, visando ao pagamento dos credores do empresário falido."[137]

[133] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 12.
[134] BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 29 mar. 2018.
[135] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 32-33.
[136] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 927-928.
[137] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 928.

Aliás, conforme Tomazette[138], este é o maior objetivo da falência: pagar todos os credores do devedor empresário, agora falido, de acordo com a ordem de preferência estabelecida no artigo 83 da Lei 11.101/05.

Segundo Almeida, a leitura do inciso I do art. 94 da Lei 11.101/05 leva a crer que a mera impontualidade pode resultar na falência. No entanto, a causa determinante da falência é a insolvência do empresário, sendo esta revelada por meio de uma impontualidade no pagamento de obrigação, ou por atos que demonstrem desequilíbrio econômico ruinoso na empresa.[139]

A insolvência, por sua vez, trata-se de uma condição pessoal daquele que não consegue adimplir com suas obrigações financeiras. No cenário empresarial, principalmente, a insolvência não necessariamente demonstra má-fé do devedor, pois os riscos são inerentes à atividade empresarial e ao ambiente de mercado, podendo, infelizmente, levar à insolvência.[140]

No Brasil, porém, não existe falência decretada de ofício pelo juiz, o que significa dizer que é necessária a provocação por algum dos interessados previstos em lei, quais sejam, os credores, o próprio devedor, o sócio ou acionista, o cônjuge sobrevivente, os herdeiros, o inventariante e, extraordinariamente, o administrador judicial, quando convolada a recuperação judicial em falência.

O credor, segundo Almeida, é o titular da relação jurídica falimentar por excelência e, para requerer a falência, basta que o seu devedor seja empresário ou uma sociedade empresária e que o seu crédito seja líquido, pouco importando se a dívida é civil, comercial, fiscal ou trabalhista.[141]

---

[138] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 280.
[139] ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44-45.
[140] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: falência e recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4. p. 2.
[141] ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80.

Porém, o próprio devedor, antecipando-se aos credores, pode, sempre que verificada a condição de insolvência e o não-cumprimento das condições necessárias para solicitar a recuperação judicial, requerer sua própria falência – denominada de autofalência – independentemente de títulos vencidos ou protestados.[142]

Por outro lado, falecendo o devedor empresário sem ter requerido autofalência, caberá ao cônjuge sobrevivente, a qualquer herdeiro ou ao inventariante, requerê-la. Nesse caso, ocorrerá a falência do espólio, podendo ser requerida no prazo de um ano da data da morte do devedor.[143]

Por fim, na intenção de resguardar os sócios e acionistas minoritários, a lei também lhes confere legitimidade ativa para requerer a falência. Essa atitude é sugerida para situações em que os sócios-administradores se mostram inescrupulosos ou, ainda, quando há inércia da assembleia geral, no caso de sociedades por ações. Não é necessária unanimidade na decisão de requerer a falência, podendo fazê-lo qualquer um dos sócios ou acionistas. No entanto, fica facultado aos demais a oposição ao pedido e sua contestação em juízo.[144]

Uma vez decretada a falência por meio de sentença declaratória constitutiva, o efeito em relação à pessoa jurídica da sociedade empresária será sua extinção. Segundo Coelho[145], o procedimento de dissolução envolve:

> […] a dissolução-ato (ato ou fato jurídico desencadeante do processo de encerramento da pessoa jurídica), a liquidação (solução das pendências obrigacionais mediante a realização do ativo e a satisfação do passivo) e a partilha (distribuição, entre os sócios, do patrimônio líquido remanescente).

As formas de alienação do ativo podem se dar de várias formas, sendo que quatro delas preservam a empresa e permitem a manutenção da atividade por quem

[142] ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44-45.
[143] ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81-82.
[144] ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82-83.
[145] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 293

arrematou a empresa em bloco, filiais, unidades produtivas isoladamente, ou, ainda, o estabelecimento completo. Outra forma de alienação, porém, elimina totalmente a atividade empresarial, pois vende os bens individualmente considerados.[146]

O art. 145 da Lei 11.101/05, por fim, também permite a adoção de qualquer outra modalidade de alienação do ativo, desde que haja aprovação pela Assembleia Geral de credores. O objetivo dessa norma é alcançar, sempre que possível, um modo de preservar a atividade empresarial.[147]

3.4.2 Recuperação judicial

Segundo o art. 47 da Lei 11.101/05[148], a recuperação judicial pretende solucionar a situação de crise econômico-financeira do devedor, para que, desse modo, mantenha-se a fonte produtora do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Esse instrumento é baseado no princípio da preservação da empresa, que reconhece a função social e o estímulo à atividade econômica de uma empresa na sociedade.

Pode-se dizer que, por possuir papel social e econômico importante, e ser uma forma de acolher os interesses da coletividade, a empresa recebe essa proteção abrangente, para que se preserve no mercado sempre que possível e viável, até porque ela "gera empregos, produz e faz circular bens e serviços, urbaniza seus arredores, gera tributos, entre outras atribuições". [149]

Conforme o art. 48 da lei supracitada, a condição para permitir o requerimento da recuperação judicial é a demonstração de que o devedor exerce, no

[146] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 930.
[147] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 930.
[148] BRASIL. *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 17 nov. 2017.
[149] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1081.

momento do pedido, suas atividades de modo regular por mais de dois anos. Ademais, deve cumprir outros requisitos de maneira cumulativa, como não ter usufruído do instrumento da recuperação judicial, incluindo a especial, há menos de 5 anos.

Também não pode ter sido condenado ou não pode ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei 11.101/05. Por fim, o devedor não pode ser falido e, caso tenha sido, deve comprovar que as responsabilidades decorrentes da decretação de falência estão declaradas extintas por sentença transitada em julgado.

Importante ressaltar que, ao contrário da falência, que é decretada contra o empresário, a recuperação judicial é medida deferida em proveito da empresa, ainda que, indiretamente, aproveite aos interesses patrimoniais do devedor empresário. É o que Mamede deixa implícito ao dizer que "não se defere a recuperação para proteger o empresário ou a sociedade empresária (nem os sócios e administradores desta)".[150]

A recuperação judicial envolve uma série de atos, haja vista que uma crise empresarial não seria ultrapassada por um ato qualquer. Primeiramente, é exigido o consentimento de uma quantidade suficientemente representativa dos credores. Depois, busca-se a concessão judicial para que o devedor possa praticar os atos de recuperação, necessários à superação da crise.[151]

No entanto, o instituto da recuperação judicial é deferido para empresas viáveis, isto é, em que há possibilidade de restabelecer o curso normal das coisas. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a viabilidade deve ser analisada através da importância social da empresa (potencial econômico para reerguer-se); da mão de

[150] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: falência e recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4. p. 122-123.
[151] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 44.

obra e tecnologia empregada; do volume do ativo e passivo; da idade da empresa; e do porte econômico.[152]

A Lei 11.101/05 contempla, em seu art. 50, alguns meios de recuperação que podem ser utilizados na superação de crises nas empresas. Trata-se de um rol exemplificativo, que não impede a utilização de outros meios no plano de recuperação. São alguns exemplos a alteração do controle societário, a reestruturação do capital social, a constituição de sociedade de credores, o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, o usufruto da empresa e a venda parcial dos bens.

O descumprimento das condições estabelecidas no plano de recuperação judicial pode, conforme § 1º do art. 61, convolar em falência automaticamente pelo juiz. Ademais, o credor pode executar o saldo do seu crédito novado não quitado ou pedir falência com base nele. Importa ressaltar que, sempre que houver convolação em falência, significa que a recuperação judicial frustrada.[153]

3.4.3 Recuperação judicial especial

A modalidade de recuperação judicial prevista nos artigos 70 e seguintes da Lei 11.101/05 foi pensada especialmente para as microempresas ou empresas de pequeno porte, que, segundo o art. 3º da Lei Complementar (LC) n. 123/06, são as sociedades empresárias, as sociedades simples e todos os empresários que se encaixem na disposição do art. 966 do CC, desde que devidamente registrados.

Segundo a LC acima, para se encaixar como microempresa, deve-se auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00; no caso da empresa de pequeno porte, receita bruta superior a R$ 360.000,00 e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00.

---

[152] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 397-399.
[153] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1122.

Por fim, ainda de acordo com o art. 3º da LC n. 123/06[154], têm-se por receita bruta todo o "produto da venda de bens ou serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos".

Desse modo, todos aqueles que se encaixarem nos conceitos acima se sujeitam a um rito processual simplificado e às normas do plano especial de recuperação judicial, previstas do art. 70 ao 72 da Lei 11.101/05.

Segundo Fábio Ulhôa Coelho, não seria viável – uma vez que a atividade econômica é reduzida – que microempresas e empresários de pequeno porte se utilizassem do mesmo sistema complexo que é previsto em lei para as sociedades devedoras de médio ou grande porte. Se assim o fosse, o benefício acabaria por não ser utilizado por esses entes de micro ou pequeno porte.[155]

Uma característica importante da recuperação judicial de plano especial e que a diferencia da recuperação judicial ordinária é a dispensa da concordância dos credores a serem atingidos. Antigamente, somente os credores tributários eram atingidos, porém, em razão da LC n. 147/14, todos os credores passaram a participar da recuperação.[156]

É o que se depreende do do art. 71, inc. I, da Lei 11.101/05. No entanto, os incisos seguintes também trazem mais peculiaridades dessa modalidade especial de recuperação judicial. Vejamos:

> II - preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à

[154] BRASIL. *Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 14 dez. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

[155] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 444.

[156] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 746.

> taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas;
>
> III – preverá o pagamento da 1a (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;
>
> IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Com relação ao inciso II, Fábio Ulhôa Coelho afirma que "o número exato de parcelas será definido na proposta que o microempresário ou empresário de pequeno porte apresenta com o pedido de recuperação judicial". Complementa, ainda, ressaltando que as dívidas trabalhistas e fiscais não se submetem aos efeitos da recuperação.[157]

Exposto os aspectos teóricos, têm-se que o processo dessa recuperação judicial se inicia com o devedor apresentando a petição e expondo os motivos que o levaram à crise, além de apresentar, também, a proposta de renegociação do passivo. Se recebido o pedido, o juiz já decide imediatamente, optando por homologar a proposta ou decretar a falência e, excepcionalmente, por retificar o plano apresentado, quando desconforme com a lei. Os credores podem apresentar objeções que tratem exclusivamente da adequação da proposta à lei, mas uma vez que houver a sentença de homologação, os efeitos do benefício já passam a valer, inclusive a "suspensão das ações e execuções e a novação das obrigações compreendidas pelo Plano Especial".[158]

Com relação à isso, cabe ressaltar informação importante destacada por Almeida de que, segundo o parágrafo único do art. 71 da Lei 11.101/05, o pedido da recuperação judicial de plano especial "não acarreta a suspensão de curso de

[157] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 444.
[158] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 445.

prescrição e, tampouco, das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano". [159]

4 CONCESSÃO DE GRATUIDADE ÀS PESSOAS JURÍDICAS EM CRISE ECONÔMICA FINANCEIRA

O caráter social e econômico está presente em todo e qualquer aspecto do presente trabalho. Em razão disso, foi de extrema relevância ressaltar, anteriormente, o valor das pessoas jurídicas no contexto social para, nesse momento, ser possível entender a importância de lhes assegurar o acesso à justiça quando necessário.

Como já observado, as pessoas físicas gozam de relativa presunção de veracidade quando emitem a declaração de hipossuficiência para fins de requerer a gratuidade de justiça, assim, não precisam comprovar a real necessidade de concessão do benefício, salvo quando impugnado pela parte contrária.

Por outro lado, é certo que a pessoa jurídica encontra dificuldades que a pessoa física não enfrenta no deferimento do benefício da justiça gratuita, a começar pela presunção supracitada, que não aproveita aos entes coletivos. Existe, assim, uma violação ao princípio da isonomia processual, uma vez que, como destacado no primeiro capítulo, o Estado deve promover tratamento isonômico aos litigantes, não devendo, portanto, conceber benefícios e instrumentos processuais de forma dissemelhante.

Além do mais, como já citado, está presente no direito empresarial o princípio da preservação da empresa, que busca mantê-la em funcionamento sempre que possível, haja vista que vários sujeitos integram uma empresa além dos sócios, como os trabalhadores, que oferecem sua força de trabalho em troca de remuneração e, consequentemente, se tornam clientes no mercado econômico; os fornecedores, que permitem que a empresa alcance o produto ou serviço final oferecido; os clientes

[159] ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 361.

e consumidores; e, dentre outros, de suma importância para o presente tema, o Estado, que recolhe tributos, em seu favor, na figura do Fisco.

Desse modo, o fim de uma empresa deve ser evitado de todas as maneiras possíveis e legais, por menor que ela seja, pois de qualquer maneira ela causará um impacto na sociedade que a rodeia. Para tal, deve haver cuidado especial dos sócios na resolução dos problemas que surgirem e forem capazes de pôr a atividade empresarial em risco. Do mesmo jeito, o Estado deve ponderar e definir estratégias que auxiliem a empresa caso ela falhe na missão acima e chegue a um ponto crítico para se manter ativa.

Trata-se de um ciclo em que a atuação do Estado em prol da empresa busca proteger os interesses dos sujeitos comprometidos com ela, haja vista os reflexos que a paralisação da atividade empresarial pode gerar na coletividade.

É visível o interesse do Estado que a justiça gratuita seja concedida à pessoa jurídica que se encontra em situação crítica para que, com menos um encargo, ela tente se conservar no mercado. Se em processo de falência, porém, não há a possibilidade de reverter a situação para a manutenção da atividade empresarial, mas há, por exemplo, interesse do Estado em receber da massa falida os créditos tributários, o que se torna mais fácil quando a massa falida se vê desobrigada de pagar os encargos e custas processuais.

Vejamos, então, como se dá o deferimento da gratuidade de justiça para entes coletivos em crise econômico financeira no âmbito do TJDFT e, ainda, constatações jurídicas viáveis que, se aplicadas, seriam úteis para desobstruir o acesso à justiça das pessoas jurídicas em crise patrimonial.

4.1 Em caso de Falência

Não existe a possibilidade de um ente coletivo em processo de falência visar o seu retorno ao mercado, pois, como ressaltado anteriormente por Tomazette[160], o objetivo da falência é somente pagar os credores do devedor empresário, que agora se encontra falido. Ou seja, não se busca mais preservar a empresa no mercado, em razão da grave fragilidade econômica que é inerente à situação de falência.

Ainda assim, é possível verificar na grande maioria dos votos proferidos nos acórdãos, inclusive daqueles que concedem o benefício, que existe a réplica do entendimento de que "a falência, por si só, não autoriza a concessão da benesse, motivo pelo qual se faz necessária a demonstração de impossibilidade financeira".[161]

Além disso, aqueles que indeferem o benefício sempre trazem à tona o posicionamento exarado pelo ex-Ministro do STJ, Castro Meira, no REsp 1.075.767/MG, de que a existência de dificuldade financeira da empresa em face de sua insolvabilidade pela decretação da falência não é presumível a ponto de justificar a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, devendo, portanto, haver a comprovação de hipossuficiência financeira. [162]

Em razão dessa exigência, muitas empresas já levam aos autos documentos comprobatórios de sua fragilidade financeira, como o Balanço Patrimonial, os Balancetes Contábeis, o Quadro Geral de Credores, Demonstrações Financeiras, etc. Ocorre que, por não existir uma previsão exata de quais documentos são suficientes para demonstrar a hipossuficiência, é possível verificar, vez ou outra, acórdãos que deferem o benefício para um ente coletivo e indeferem para outro, sendo que ambos apresentaram os mesmos documentos.

No voto do Acórdão n. 953702, de relatoria da Desembargadora Leila Arlanch, o benefício da justiça gratuita é concedido ao ente coletivo requerente em razão da demonstração dos Balancetes Contábeis da empresa nos autos, que foram

[160] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 280.
[161] TJDFT. *Acórdão n. 973421, 0026097-98.2015.8.07.0015*. Relator: J.J. Costa Carvalho. 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/10/2016, Publicado no DJE: 17/10/2016. Pág.: 226/242.
[162] STJ. *REsp 1.075.767/MG*. Rel. Ministro Castro Meira. Segunda Turma, DJe 18/12/2008.

tidos por suficientes para comprovar o comprometimento patrimonial e financeiro do requerente.[163]

Da mesma forma ocorreu no Acórdão n. 990867, de relatoria do Desembargador Cesar Loyola, em que o requerente juntou os Balancetes Contábeis, bem como a relação de credores e de seus respectivos créditos e, assim, alcançou a concessão do benefício.[164]

Por outro lado, no voto do Acórdão n.899184, o benefício foi negado ao requerente por não considerar suficiente os diversos documentos comprobatórios levados pelo requerente, como o Balanço Patrimonial, o Quadro Geral de Credores, as Demonstrações Financeiras, e, também, o mesmo documento que fora considerado suficiente para a concessão nos casos anteriores, que foi o Balancete Contábil. [165]

Existe, então, uma insegurança jurídica, uma vez que entes coletivos que requereram o benefício da gratuidade de justiça e apresentaram os mesmos documentos tiveram, em alguns casos, o benefício concedido e, em outros, negado.

Um caminho jurídico de promover um acesso mais desimpedido e igualitário desse benefício às pessoas jurídicas em processo de falência, ou até em recuperação judicial, seria por meio do mecanismo de comprovação de miserabilidade, já utilizado para as pessoas naturais, ou seja, mediante uma alegação de hipossuficiência pormenorizada, em que se deixa claro, inclusive, a possibilidade de aplicação de penalidades – civis, administrativas e criminais – no caso do documento não exprimir a verdade.[166]

---

[163] TJDFT. *Acórdão n. 953702, 0045697-84.2014.8.07.0001*. Relator: Leila Arlanch. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 29/06/2016, Publicado no DJE: 13/07/2016. Pág.: 166/186.
[164] TJDFT. *Acórdão n.990867, 0035631-77.2016.8.07.0000*. Relator: Cesar Loyola. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 01/02/2017, Publicado no DJE: 03/02/2017. Pág.: 442/458.
[165] TJDFT. *Acórdão n.899184, 0020937-40.2015.8.07.0000*. Relator: Gislene Pinheiro. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 07/10/2015, Publicado no DJE: 14/10/2015. Pág.: 152.
[166] FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Gratuidade da justiça às pessoas jurídicas*. São Paulo: EDIJUR, 2004. p. 79.

Isto é, haveria, do mesmo modo, uma presunção de veracidade relativa atribuída a essa declaração, de maneira que, se a parte contrária entendesse que a situação econômica da empresa requerente do benefício lhe permite custear o processo, apresentaria incidente de impugnação ao pedido demonstrando a falsidade da declaração apresentada. Nesse sentido é o posicionamento de Bruno Gomes Borges da Fonseca[167]:

> Não pregamos a justiça gratuita a todas as pessoas jurídicas; efetivamente, não é isto. Entendemos, apenas, que o mesmo critério utilizado para as pessoas físicas deve prevalecer para os entes coletivos, salientando-se que a parte contrária terá a oportunidade conferida pela Lei de impugnar a concessão do benefício, bem assim à imposição de penalidades em caso de falsidade.

Com a possibilidade de impugnação pela parte contrária e de aplicação de penalidades pelo juiz no caso de falsidade documental, espera-se que somente os verdadeiramente necessitados requereriam o benefício. Dessa maneira, como destaca Márcio Adriano Gomes de Oliveira[168], ao tomar essa medida, acredita-se que "não está abrindo as portas para que empresários inescrupulosos procurem a justiça sob o falso argumento de 'serem pobres no sentido legal', ou que a empresa 'não tem condições de arcar com as custas do processo em detrimento de sua subsistência'.

Por exemplo, no Acórdão n. 236560, houve impugnação da declaração de pobreza apresentada no processo, em que o impugnante acreditou que não houve a devida comprovação nos autos da insuficiência de recursos. A impugnada apresentou contestação alegando que os documentos seriam suficientes para comprovar as dificuldades financeiras e que somente não apresentou Balanço Contábil por se encontrar inativa.

Em julgamento, o Revisor e Relator designado reputou devidamente demonstrada a alegada hipossuficiência, uma vez que houve a falência decretada, o

[167] FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Gratuidade da justiça às pessoas jurídicas*. São Paulo: EDIJUR, 2004. p. 81.
[168] OLIVEIRA, Márcio Adriano Gomes de. Da garantia fundamental da assistência jurídica à pessoa jurídica. *Revista Jurídica De Jure*, Belo Horizonte, v. 14, n. 24, p. 333-368, jan./jun. 2015. p. 362.

que já demonstraria a hipossuficiência e, também, porque a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da empresa corroborava a alegação de que estaria inativa. Ressaltou, por fim, que a benesse da justiça gratuita é temporária, não possuindo o fito de eximir a parte de arcar com as despesas do processo, mas apenas de sobrestar o cumprimento dessa obrigação, na esperança de que sobrevenha alteração positiva em sua situação econômica e, assim, possa realizar o pagamento.[169]

Não obstante todo o exposto, em análise de jurisprudência e acórdãos do TJDFT, é possível constatar que, dentre todos os entes em crise econômico-financeira, a concessão do benefício para aqueles que se encontram em processo de falência é mais facilmente encontrada do que para aqueles que se encontram, por exemplo, em recuperação judicial, como veremos a seguir.

4.2 Em caso de Recuperação Judicial

No tocante às pessoas jurídicas, é perceptível que o benefício da gratuidade de justiça é concedido com mais frequência para empresas que se encontram em processo de falência, isto é, que já não possuem esperanças de voltar ao mercado, mas tão apenas de solver as dívidas da massa falida.

É sabido, também, que a recuperação judicial é menos grave do que a falência, se configurando apenas como uma instabilidade que o ente coletivo perpassa, mas que, com cuidado e incentivo, pode se restaurar.

Não faz sentido, então, que a gratuidade de justiça, ainda que dificilmente concedida, seja feita com mais facilidade para aquele ente coletivo que já está em processo de falência e não tem possibilidade de se reerguer no mercado, do que para aquele que, com o cuidado certo, inclusive do Estado, pode se reerguer e manter a

[169] TJDFT. *Acórdão n. 236560, 0039646-43.2003.807.0001*. Relator: João Egmont, Relator Designado: Nívio Geraldo Gonçalves, Revisor: Nívio Gonçalves. 1ª Turma Cível. Data de Julgamento: 05/12/2005, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 21/02/2006. Pág.: 95.

função social da empresa frente à sociedade, promovendo empregos, desenvolvimento econômico e social, arrecadando impostos, etc.[170]

Sendo assim, além da presunção relativa de veracidade tratada no subtópico anterior, que também poderia ser aplicada aos casos de empresas em recuperação judicial, entende-se que outro caminho jurídico poderia ser viabilizado para que o acesso à justiça fosse mais simples.

Esse caminho seria a concessão automática da gratuidade de justiça assim que houvesse o deferimento do processamento de recuperação judicial pelo juiz e a aprovação do plano pelos credores, uma vez que, para chegar a tal ponto, foi constatada crise patrimonial significativa, principalmente porque os próprios credores aceitaram uma condição que, a princípio, lhes é desfavorável.

Em um plano de recuperação judicial, os diversos agentes econômicos envolvidos – principalmente os credores – se submetem a condições desfavoráveis, visando sempre o bem maior em um futuro próximo e a manutenção da função social da empresa. O Estado, então, que se compromete com a preservação da empresa, não deveria obstaculizar tal benefício ao exigir comprovação de uma situação de fragilidade econômica que já é inerente à situação de recuperação judicial, que é justamente o que se depreende das afirmações contidas nos diversos acórdãos, sempre no sentido de que:

> A situação de recuperação judicial não enseja, por si só, a hipossuficiência da pessoa jurídica que postula a gratuidade da justiça, sendo necessária a comprovação da inexistência de condições financeiras para arcar com as despesas processuais sem o comprometimento do exercício de suas atividades comercias.[171]
>
> Cuidando-se de pessoa jurídica, ainda que em regime de recuperação judicial, a concessão da gratuidade somente é admissível em condições excepcionais, se comprovada a impossibilidade de arcar com as custas do processo e os

[170] FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Gratuidade da justiça às pessoas jurídicas*. São Paulo: EDIJUR, 2004. p. 74.
[171] TJDFT. *Acórdão n.1054583, 0003881-19.2014.8.07.0003*. Relator: Maria Ivatônia. 5ª Turma Cível. Data de Julgamento: 18/10/2017, Publicado no DJE: 27/10/2017. Pág.: 303/307.

> honorários advocatícios, o que não foi demonstrado nos autos.[172]
>
> A recuperação judicial de pessoa jurídica, por si só, não constitui fundamento para que lhe sejam concedidos os benefícios da gratuidade de justiça.[173]

Nesse caso, ao prestar assistência na recuperação do ente coletivo em dificuldade por meio da concessão da gratuidade de justiça, o Estado, além de observar o princípio da preservação da empresa, aumenta as possibilidades desse ente se recuperar com mais facilidade para, num futuro próximo, vir a pagar, inclusive, as custas processuais de que teria ficado livre durante a instabilidade financeira, uma vez que foi dito que tais despesas ficam sob condição suspensiva de exigibilidade, podendo serem cobradas em caso de superveniência de idônea capacidade financeira, no prazo de cinco anos da data de trânsito em julgado da decisão, conforme dita os §§ 2º e 3º do art. 98 do CPC.[174]

4.3 Em caso de Recuperação Judicial Especial

Na hipótese das microempresas ou empresas de pequeno porte, que se utilizam da recuperação judicial especial, o caso é ainda mais complicado, pois a vulnerabilidade é inerente ao simples fato de ser uma microempresa ou empresa de pequeno porte, tanto que justifica a existência de uma rede de dispositivos normativos em seu favor, inclusive um Estatuto próprio (LC 123/2006) que prevê diversos benefícios, seja na sua constituição ou extinção, em licitações, na seara trabalhista, entre outros.

O Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações declarou que, em fevereiro de 2018, houve um aumento de 14,8% nos pedidos de recuperações

[172] TJDFT. *Acórdão n. 964270, 0022200-73.2016.8.07.0000*. Relator: João Egmont. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 31/08/2016, Publicado no DJE: 08/09/2016. Pág.: 299/316.
[173] TJDFT. *Acórdão n.1022429, 0008841-47.2016.8.07.0003*. Relator: Diaulas Costa Ribeiro. 8ª Turma Cível. Data de Julgamento: 01/06/2017, Publicado no DJE: 09/06/2017. Pág.: 421/433.
[174] BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 14 ago 2018.

judiciais em relação ao mesmo mês do ano de 2017, e que, dentre os 132 pedidos, 83 eram de micro e pequenas empresas, o que demonstra sua vulnerabilidade perante as crises e demais situações perpassadas pelo país, pois enquanto empresas de grande porte conseguem contornar as situações complicadas, as micros e pequenas empresas se veem compelidas a fechar as portas.[175]

Sendo assim, em situação de recuperação judicial a fragilidade dessas empresas apenas se agrava, o que já justificaria, por si só, a proposta apresentada anteriormente, de concessão automática assim que houvesse o deferimento do processamento de recuperação judicial pelo juiz, uma vez que, na recuperação judicial especial, existe a dispensa da concordância dos credores.

No entanto, em análise dos acórdãos, percebe-se que o entendimento encontrado é no sentido de que a simples natureza de micro ou pequena empresa não é suficiente para concessão do benefício. Vejamos:

> […] para fazer jus ao benefício, a pessoa jurídica deve demonstrar efetivamente sua incapacidade financeiro-econômica, por meio de balancetes contábeis atualizados ou outro documento hábil a revelar a sua atual e real condição financeira.
>
> Ademais, importa salientar que a mera alegação de que a recorrente é microempresa, auferindo pequena receita, não é suficiente, por si só, para demonstrar o requisito autorizador à concessão da justiça gratuita à pessoa jurídica, sem que apresente comprovação documental de que suas finanças não lhe permitem, de fato, o custeio do processo.[176]

Não obstante, no caso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a situação do acesso à justiça ainda pode ser contornada, pois, segundo o art. 8º, §1º, inc. II, da Lei 9.099/95, as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da LC 123/2006 serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, o que significa dizer que,

[175] INDICADORES ECONÔMICOS. *Serasa Experian*. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em 14 ago 2018.

[176] TJDFT. *Acórdão n.1002752, 0700396-71.2016.8.07.9000*. Relator: Gislene Pinheiro. 7ª Turma Cível. Data de Julgamento: 15/03/2017, Publicado no DJE: 21/03/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.

ao menos em primeiro grau de jurisdição, acessarão à justiça independentemente do pagamento de custas, taxas ou despesas, conforme dispõe o art. 54 da Lei 9.099/95.

Essa possibilidade apenas demonstra que, independentemente do local de ajuizamento da ação, as micro e pequenas empresas fazem jus ao benefício da gratuidade de justiça por diversos fatores, principalmente por sua vulnerabilidade destacada acima, que demonstra diversos fatores de fragilidade, não somente a financeira.

CONCLUSÃO

Durante a produção do presente trabalho, a importância social e econômica do tema ficou cada vez mais visível e possibilitou uma visão mais amigável e abrangente dos entes coletivos, sem aquela consideração já enraizada no pensamento de muitos de que empresa é sinônimo de exploração. Ademais, a seriedade da matéria no cenário jurídico – evidenciada pela incidência de diversos princípios – exige responsabilidade e cuidado do autor no trato do assunto.

É perceptível que tanto a sociedade quanto o Estado são interessados na devida concessão da gratuidade de justiça – quando esta se faz necessária – às pessoas jurídicas em situação de falência ou recuperação judicial, isto é, em latente crise econômico-financeira. Isso porque foi demonstrado que a função social dos entes coletivos é gritante, se revelando presente nos mais variados aspectos, como o trabalhista, econômico, social, fiscal, entre outros.

Assim, analisaram-se possibilidades jurídicas que poderiam ser aplicadas para viabilizar o acesso à justiça desses entes coletivos por meio da gratuidade de justiça, sem que, para isso, o ordenamento jurídico pátrio restasse violado. Por exemplo, em obediência ao princípio da isonomia, que fosse aplicada a presunção relativa de veracidade na alegação de hipossuficiência da pessoa jurídica, assim como já ocorre com a pessoa natural.

Evidenciou-se, ainda, que a concessão desse benefício de maneira mais facilitada às pessoas jurídicas não visa acobertar erros e imprudências do empresário, muito menos cobrir ilegalidades cometidas por ele. Busca, na verdade, resguardar o ente coletivo, sempre que possível e viável, para, assim, evitar todas as consequências jurídicas decorrentes do encerramento de sua atividade econômica.

Ademais, ressaltou-se diversas vezes que a concessão da justiça gratuita é temporária, pois o beneficiário ainda será responsável por todas as despesas processuais, inclusive, pelos honorários de sucumbência, se for o caso. No entanto, só poderão ser cobradas se, nos 5 anos após o trânsito em julgado da decisão, a condição de hipossuficiência financeira for superada.

Enfim, tendo em vista a importância da gratuidade de justiça como forma de obedecer, principalmente, ao princípio do acesso à justiça, recomenda-se que outras indagações sejam desenvolvidas acerca do mesmo conteúdo, em razão, inclusive, das suas diversas possibilidades de desdobramento. Assim, para pesquisas posteriores, sugere-se, por exemplo, um estudo específico e aprofundado das mudanças ocorridas na jurisprudência após a edição do Código de Processo Civil, para verificar se houve, de fato, alguma melhora do acesso desses entes coletivos à justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Ticiano. Benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas: o entendimento (agora) unitário do STF e do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 271-274, nov. 2010.

ALVES, Ticiano. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 299-320, 2015.

Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJ PE/article/view/137/130>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ALVES, Ticiano. Os entendimentos divergentes do STJ e do STF acerca do procedimento para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 151, p. 195-204, set. 2007.

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 32-45, set./dez. 2014. Disponível em: < http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1937/1861>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 28 mar 2018.

BRASIL. *Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 fev. 1950. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em 31 ago. 2017.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 29 mar. 2018.

BRASIL. *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 29 mar. 2018.

BRASIL. *Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 14 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 227, de 08 de setembro de 1999*. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 13 set. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *O acesso à justiça e a cultura cívica brasileira*. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.). Justiça: promessa e realidade: acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 285-293.

CÉSAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: Universidade Federal do Mato Grosso, 2002.

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. *Breve análise do princípio da isonomia*. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wpcontent/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

DICIO. *Suficiência*. Dicionário online de Português. Disponível em <https://www.dicio.com.br/suficiencia/>. Acesso em: 30 mar. 2017.

FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Gratuidade da justiça às pessoas jurídicas*. São Paulo: EDIJUR, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ anexos/18223-18224-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

INDICADORES ECONÔMICOS. *Serasa Experian*. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em 14 ago 2018.

KUNIOCHI. Hamilton Kenji. *Assistência jurídica aos necessitados*: concepção contemporânea e análise de efetividade. 2013. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Processo Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09012014-113135/es.php>. Acesso em: 28 mar. 2018.

LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Da concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e aos entes beneficentes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 674, p. 63-69, dez. 1991.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

MAGALHÃES. Jorge de Miranda. Princípios gerais do Código do Consumidor: visão histórica. *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 6, p. 91, 1999.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: empresa e atuação empresarial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: falência e recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inôcencio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro, Forense, 1979. t. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: parte geral. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

OLIVEIRA, Márcio Adriano Gomes de. Da garantia fundamental da assistência jurídica à pessoa jurídica. *Revista Jurídica De Jure*, Belo Horizonte, v. 14, n. 24, p. 333-368, jan./jun. 2015.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A pessoa jurídica pobre na forma da lei e sua proteção constitucional de acesso à justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 158, p. 227-232, abr./jun. 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SÓ PORTUGUÊS. *Prefixos*. Virtuous Tecnologia da Informação, 2007-2018. Disponível em https://www.soportugues.com.br/secoes/morf/morf 7.php>. Acesso em: 30 abr. 2018.

SOUZA, Rogério de Oliveira. Da hipossuficiência. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 28, 2004.

STJ. *REsp 1.075.767/MG*. Rel. Ministro Castro Meira. Segunda Turma, DJe 18/12/2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

TJDFT. *Acórdão n. 899184, 0020937-40.2015.8.07.0000*. Relator: Gislene Pinheiro. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 07/10/2015, Publicado no DJE: 14/10/2015. Pág.: 152.

TJDFT. *Acórdão n. 953702, 0045697-84.2014.8.07.0001*. Relator: Leila Arlanch. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 29/06/2016, Publicado no DJE: 13/07/2016. Pág.: 166/186.

TJDFT. *Acórdão n. 964270, 0022200-73.2016.8.07.0000*. Relator: João Egmont. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 31/08/2016, Publicado no DJE: 08/09/2016. Pág.: 299/316.

TJDFT. *Acórdão n. 973421, 0026097-98.2015.8.07.0015*. Relator: J.J. Costa Carvalho. 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/10/2016, Publicado no DJE: 17/10/2016. Pág.: 226/242.

TJDFT. *Acórdão n. 990867, 0035631-77.2016.8.07.0000*. Relator: Cesar Loyola. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 01/02/2017, Publicado no DJE: 03/02/2017. Pág.: 442/458.

TJDFT. *Acórdão n.1002752, 0700396-71.2016.8.07.9000*. Relator: Gislene Pinheiro. 7ª Turma Cível. Data de Julgamento: 15/03/2017, Publicado no DJE: 21/03/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.

TJDFT. *Acórdão n.1022429, 0008841-47.2016.8.07.0003*. Relator: Diaulas Costa Ribeiro. 8ª Turma Cível. Data de Julgamento: 01/06/2017, Publicado no DJE: 09/06/2017. Pág.: 421/433.

TJDFT. *Acórdão n.1039349, 0003058-27.2014.8.07.0009*. Relator: Carlos Rodrigues. 6ª Turma Cível. Data de Julgamento: 31/05/2017, Publicado no DJE: 22/08/2017. Pág: 647/690.

TJDFT. *Acórdão n.1054583, 0003881-19.2014.8.07.0003*. Relator: Maria Ivatônia. 5ª Turma Cível. Data de Julgamento: 18/10/2017, Publicado no DJE: 27/10/2017. Pág.: 303/307.

TJDFT. *Acórdão n.1068419, 0024050-11.2016.8.07.0018*. Relator: Teófilo Caetano. 1ª Turma Cível. Data De Julgamento: 13/12/2017, Publicado no DJE: 19/12/2017. Pág.: 189-205.

TJDFT. *Acórdão n.1069529, 0032997-08.2016.8.07.0001*. Relator: Gislene Pinheiro. 7ª Turma Cível. Data de Julgamento: 24/01/2018, Publicado no DJE: 30/01/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.

TJDFT. *Acórdão n.1069798, 0702070-63.2017.8.07.0007*. Relator: Eustáquio de Castro. 8ª Turma Cível. Data de Julgamento: 25/01/2018, Publicado no DJE: 30/01/2018.

TJDFT. *Acórdão n.1081905, 0047940-69.2012.8.07.0001*. Relator: Fernando Habibe. 4ª Turma Cível. Data de Julgamento: 14/03/2018, Publicado no DJE: 16/03/2018. Pág.: 372/383.

TJDFT. *Acórdão n.1087447, 0005331-77.2017.8.07.0007*. Relator: Mario-Zam Belmiro. 8ª Turma Cível. Data de Julgamento: 05/04/2018, Publicado no DJE: 10/04/2018. Pág.: 537/540.

TJDFT. *Acórdão n.1091838, 0702414-31.2018.8.07.0000*. Relator: Carmelita Brasil. 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 25/04/2018, Publicado no DJE: 30/04/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.

TJDFT. *Acórdão n.236560, 0039646-43.2003.807.0001*. Relator: João Egmont, Relator Designado: Nívio Geraldo Gonçalves, Revisor: Nívio Gonçalves. 1ª Turma Cível. Data de Julgamento: 05/12/2005, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 21/02/2006. Pág.: 95.

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

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: A ATUAL SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIOS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 13.463/2017

Vitor Candido Soares

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo expor, inicialmente, a evolução constitucional do regime jurídico de precatórios e o atual procedimento de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, bem como as motivações para a existência de um novo regime especial, previsto na Emenda Constitucional n. 94/2016, e a (real) motivação para edição da Lei n. 13.463/2017. O referido diploma legal, criado a pretexto de atribuir eficiência a recursos que teriam sido ignorados pelos credores fazendários, teve sua constitucionalidade questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF. Serão evidenciadas, também, as razões de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 13.463/2017, por violação aos princípios constitucionais da separação de Poderes e da vedação ao confisco, bem como ao direito de propriedade.

Palavras-chave: Cumprimento de Sentença; Fazenda Pública; Precatórios; Regime Jurídico; Emenda Constitucional n. 94/2016; Inconstitucionalidade; Lei n. 13.463/2017; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, desde 1898, um sistema com prerrogativas diferenciadas para o pagamento, pela Fazenda Pública, de dívidas pecuniárias decorrentes de condenações judiciais transitadas em julgado. Essas dívidas, incluídas no passivo judicial do Poder Público, são denominadas de

precatórios e se submetem a um regime jurídico especial para que ocorra o efetivo adimplemento pelo Estado.

Prevista nas constituições brasileiras desde 1934, essa sistemática sofreu diversas modificações ao longo do tempo, principalmente em razão do inadimplemento dos entes estatais e do completo desvirtuamento da ordem constitucional.

Isso fica ainda mais evidente em momentos de crises financeiras, quando os entes públicos deixam de adimplir não só com as dívidas orçamentárias obrigatórias, mas também com as oriundas de decisões judiciais.

Diante dessa perspectiva, o presente trabalho analisará como as alterações nessa sistemática culminaram em um regime jurídico especial e diferenciado para o adimplemento de obrigações judiciais pelo Poder Público.

O trabalho, portanto, está estruturado da seguinte maneira. No primeiro capítulo será apresentado um histórico da evolução constitucional do regime jurídico de precatórios, com foco nas Constituições brasileiras.

Nessa linha, será demonstrado especificamente como a Constituição Federal de 1988 tratou do tema e as razões para as seguintes modificações por meio de emendas constitucionais. Ainda nesse capítulo, será abordado o novo regime especial de precatórios, delineado pela Emenda Constitucional n. 94, de 15 de dezembro de 2016, que adveio de uma necessidade de adequação do Congresso Nacional ao julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.357 e 4.425, pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou parcialmente inconstitucional a Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da forma como, de acordo com o texto constitucional e, principalmente, com o atual Código de Processo Civil, ocorre o atual procedimento para o adimplemento do passivo judicial pela Fazenda Pública, por meio da fase processual de cumprimento de sentença. São noções gerais imprescindíveis para a compreensão dos tópicos seguintes.

Isso porque, diante de diversos fatores que tornaram ainda mais aguda a crise fiscal pela qual passa a União Federal, as modificações constitucionais não foram suficientes para amenizar o grave quadro econômico brasileiro. Em razão disso, será demonstrado no segundo capítulo que, a pretexto de imprimir maior grau de eficiência aos recursos públicos, foi editada a Lei n. 13.463/2017, que teve sua constitucionalidade questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF. As motivações para a edição dessa lei e para sua impugnação serão, também, demonstradas nesse capítulo.

O terceiro capítulo tem por objetivo demonstrar as razões de inconstitucionalidade da Lei n. 13.463/2017. A partir dos pressupostos apontados no primeiro e no segundo capítulos, serão analisados os desvirtuamentos da ordem constitucional perpetrados pelo mencionado diploma legal, os quais devem ser considerados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF.

2 NOÇÕES GERAIS

2.1 Evolução constitucional do regime jurídico de precatórios

O regime de precatórios foi inicialmente previsto, no direito processual brasileiro, pelo Decreto n. 3.084, de 05 de novembro de 1898, que aprovou a Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal. Essa sistemática diferenciada de satisfação de obrigação de pagar, contudo, somente recebeu status constitucional em 1934, "como forma de assegurar a isonomia entre credores e a impessoalidade administrativa, para evitar favorecimentos políticos ou pessoais"[1].

Antes da vigência da Constituição de 1934, após o processamento pelas autoridades administrativas no âmbito federal (Ministério da Fazenda e Tesouro Nacional), os pagamentos devidos pela Fazenda Pública Federal decorrentes de

[1] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1283.

condenações judiciais transitadas em julgado eram remetidos ao Congresso Nacional para inclusão dos respectivos valores necessários ao pagamento das referidas dívidas judiciais.[2]

O adimplemento das obrigações fazendárias, entretanto, não possuía ordem cronológica predeterminada, o que obviamente possibilitava diversas formas de arbitrariedades constantemente perpetradas pelo Poder Público.

A constitucionalização do regime de precatórios ocorreu, ainda que de maneira incipiente, por expressa previsão na Constituição de 1934, especificamente em seu art. 182, 'caput' e parágrafo único. Vale conferir, de início, o referido dispositivo constitucional:

> Art 182 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.
>
> Parágrafo único - Estes créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição da sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

A partir da leitura do dispositivo supracitado, percebe-se que, ao constitucionalizar a matéria, o legislador brasileiro optou por uma sistemática na qual os pagamentos dos precatórios dar-se-ia na ordem de sua apresentação, de modo que foi determinado tratamento impessoal aos valores destinados aos mencionados pagamentos. Ademais, o parágrafo único do art. 182, determinou que, em caso de preterição da ordem de pagamento, fosse autorizado o sequestro da quantia devida.

[2] SILVA, Américo Luís Martins da. Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV). 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.

Vale destacar, outrossim, que a constitucionalização dessa sistemática também teria como objetivo, em princípio, resolver o problema da inadimplência estatal[3], o que obviamente não se consubstanciou de maneira satisfatória.

Ocorre que o surgimento do precatório, na Constituição de 1934, por se constituir expediente processual pioneiro no ordenamento jurídico brasileiro, revestiu-se de determinada timidez.[4]

As críticas ao instituto ocorreram principalmente nos seguintes aspectos:

> a) só se referiu aos pagamentos devidos pela Fazenda Federal, deixando, consequentemente, ao sabor das Constituições estaduais os débitos dos Estados e Municípios;
>
> b) o total de crédito orçamentário destinado ao pagamento dos precatórios ficava a critério do poder Executivo Federal, o que, na prática, resultava em um controle direto do referido Poder sobre o quantitativo da dívida reconhecida pelo Poder Judiciário, causando, consequentemente, imensa demora na liquidação do processo executivo;
>
> c) o Presidente da Suprema Corte era a única autoridade judicial que tinha competência para expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito.[5]

A principal crítica dizia respeito ao fato de não submeter as Fazendas Estaduais e Municipais ao mesmo regime, o que possibilitava uma "despadronização" mediante as formas previstas pelas Constituições estaduais para o pagamento dos débitos judiciais tanto pelos estados quanto pelos municípios.

Além disso, o Executivo federal tinha a prerrogativa de destinar a quantidade de crédito que bem entendesse para o adimplemento dos débitos decorrentes de condenações judiciais.

É nítida a possibilidade de manifestas arbitrariedades que poderiam ser perpetradas pelo Poder Público que, evidentemente, resultavam em uma indevida

[3] VAZ, José Otávio de Vianna. Liquidação do precatório: pagamento, compensação e poder liberatório. In: VAZ, Orlando (Org.). Precatórios: problemas e soluções. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 83.
[4] DELGADO, José Augusto. Revista de Processos, n. 57, a, 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 13.
[5] DELGADO, José Augusto. Revista de Processos, n. 57, a, 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 13.

intervenção direta do Poder Executivo Federal no pagamento das dívidas já reconhecidas pelo Poder Judiciário.

Por fim, a Constituição de 1934 previa que somente o Presidente da Suprema Corte teria competência para expedir as denominadas ordens de pagamento, de acordo com as verbas já destinadas pelo Poder Executivo para o adimplemento. Sobre o tema, criticou-se o fato de se concentrar, em uma única autoridade judiciária, a expedição dos ofícios para o respectivo adimplemento das dívidas judiciais.

Posteriormente, a Constituição de 1937 não corrigiu as distorções acima mencionadas e apenas incluiu a necessidade de dotação orçamentária específica para os pagamentos decorrentes de condenações judiciais.

Vale conferir, a esse respeito, o disposto em seu art. 95:

> Art 95 - os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentenças judiciárias, far-se-ão na ordem em que forem apresentadas as precatórias e à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas orçamentárias ou créditos destinados àquele fim.
>
> Parágrafo único - As verbas orçamentárias e os créditos votados para os pagamentos devidos, em virtude de sentença judiciária, pela Fazenda federal, serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente do Supremo Tribunal Federal expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor preterido em seu direito de precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para satisfazê-lo, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

Com essa nova previsão constitucional, os valores designados à formação do depósito "deveriam ser, preliminarmente, votadas e incluídas no orçamento. As verbas orçamentárias e os créditos votados para os pagamentos de sentença eram, pois, preceitos de ordem constitucional"[6].

[6] SILVA, Américo Luís Martins da. Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV). 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84-86.

A partir da vigência da Constituição de 1946, o regime de precatórios, então previsto no art. 204, foi significativamente modificado quando comparado ao anteriormente disposto nas Constituições de 1934 e 1937. Por oportuno, confira-se o disposto no referido dispositivo:

> Art 204 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim.
>
> Parágrafo único - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou, conforme o caso, ao Presidente do Tribunal de Justiça expedir as ordens de pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

De plano, nota-se que foi constitucionalizado (e, também, padronizado) a sistemática dos precatórios dos estados e dos municípios. Ademais, a Constituição de 1946 permitiu que os denominados créditos extraorçamentários fossem utilizados para o pagamento de dívidas públicas decorrentes de condenações judiciais.

Isso porque, ao contrário da Constituição de 1937, que previa apenas a utilização de verbas orçamentárias ou demais créditos abertos para essa destinação, a Constituição de 1946 dizia respeito "não somente às dotações orçamentárias, como aos créditos extraordinários abertos para atenderem os pagamentos requisitados pelo Poder Judiciário para cumprimento de seus decisórios contra a Fazenda Pública".[7]

Outra modificação substancial diz respeito à forma como os valores seriam disponibilizados para o pagamento dos precatórios. De acordo com o art. 204, entende-se como repartição competente, em relação à União na Capital, o Tesouro Nacional; para as demais capitais dos Estados, as Delegacias Fiscais. As dívidas

[7] SILVA, Américo Luís Martins da. Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV). 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

estaduais eram pagas pelas tesourarias anexas às Secretarias de Fazenda de cada Estado e as dívidas municipais eram adimplidas pelas próprias tesourarias locais.[8]

Ainda segundo a Constituição de 1946, também foi alterada a competência para a expedição de ordens de pagamento. Anteriormente, a competência era do Presidente do Supremo Tribunal Federal; após, a competência passou a ser do Presidente do Tribunal Federal de Recursos e do Presidente do Tribunal de Justiça local.

A partir da vigência da Constituição da 1967, a sistemática dos precatórios passou a ser prevista no art. 112 do texto constitucional:

> Art 112 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim.
>
> § 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciários, apresentados até primeiro de julho.
>
> § 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão exeqüenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

A principal contribuição da Constituição de 1967 está na introdução de um parágrafo que prevê a obrigatoriedade de inclusão, "no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de

[8] SILVA, De Plácido e. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Guaíra, 1948. p. 1766.

precatórios judiciários, apresentados até primeiro de julho" (art. 112, §1º), mantido na redação da Emenda Constitucional n. 1/1969.[9]

Portanto, passou a ser obrigatório, para todos os entes de direito público, a dotação orçamentária prévia e específica para pagamento das dívidas decorrentes de condenações judiciais.

Cumpre registrar, outrossim, que, conforme o art. 112, §2º, da Constituição de 1967, foi alterada a competência para expedição das ordens de pagamento, que passou a ser do Presidente do respectivo Tribunal em que foi proferida a decisão exequenda.

É importante ressaltar, aliás, que o Código de Processo Civil de 1973 regulamentou, em seus arts. 730 e 731[10], à luz do texto constitucional, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública de forma específica.

A partir da leitura dos referidos dispositivos, é possível notar que foram repetidas as disposições previstas na Constituição de 1967 no que tange à ordem cronológica de pagamento e em relação à possibilidade de sequestro em caso de comprovada preterição.

Ademais, segundo o Código de Processo Civil de 1973, a fase de execução ocorreria por meio de processo autônomo; e a requisição de pagamento era de competência do Presidente do Tribunal em que se deu o trânsito em julgado da condenação judicial.

A sistemática instituída pela Constituição de 1967 manteve-se praticamente inalterada até a promulgação da Constituição da República de 1988, que, conforme

[9] MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diego Zelak. Precatórios: O seu novo regime jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 34.

[10] Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

será demonstrado a seguir, apesar das sucessivas alterações mediante emendas constitucionais, estabeleceu as principais diretrizes para o atual regime jurídico de precatórios.

2.2 Sistemática de precatórios na Constituição de 1988

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 não alterou de maneira significativa a sistemática dos precatórios. A matéria é regulada em praticamente sua totalidade nas disposições gerais do capítulo referente ao Poder Judiciário.

O constituinte de 1988, portanto, optou por manter a estatura constitucional do pagamento dos débitos da Fazenda Pública decorrentes de sentença judicial.

De acordo com o art. 100 da Constituição Federal, o pagamento dos débitos oriundos de decisões judiciais transitadas em julgado será realizado, pelo Poder Público, por meio do pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, na conta dos respectivos credores.[11]

Vale conferir a redação dada pelo constituinte ao referido dispositivo constitucional:

> Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
>
> § 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.
>
> § 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as

[11] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gone. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 1014.

> importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Da leitura do dispositivo supracitado, vê-se que, originariamente, quando comparada à Constituição de 1967, não foram substanciais as alterações.

As principais inovações na sistemática de precatórios prevista pela Constituição Federal de 1988 dizem respeito à criação da preferência no pagamento de créditos alimentícios; à exclusão da obrigatoriedade de manifestação do Ministério Público para que se procedesse ao sequestro; e à necessidade de constar do precatório os valores de correção monetária no momento de sua apresentação.

Ocorre que, desde então, foram significativas as mutações no regime jurídico de precatórios, deflagradas pelo Poder Constituinte derivado, por meio de emendas constitucionais.

Tais mudanças foram iniciadas em 1998, quando promulgada a Emenda Constitucional n. 20/1998, a qual inseriu o § 3º[12] no texto constitucional. O mencionado parágrafo instituiu a modalidade Requisição de Pequeno Valor, que não se sujeitaria às especificações previstas no regime jurídico de precatórios.

Em seguida, a partir da edição da Emenda Constitucional n. 30/2000, a Carta Magna, em seu art. 100, § 1º, determinou que a atualização monetária dos débitos passaria a ocorrer somente quando do seu efetivo pagamento, não quando de sua apresentação. Ademais, foi estabelecida, por meio do § 4º do art. 100, a

[12] Art. 100. (…) § 3° O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

responsabilidade do Presidente do Tribunal que ilegalmente frustrasse ou retardasse o pagamento do precatório.[13]

Posteriormente, em 9 de dezembro de 2009, foi editada a Emenda Constitucional n. 62/2009, que modificou significativamente o art. 100 da Constituição e introduziu o art. 97 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, foi instituída uma sistemática diferenciada de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Município; e estabelecida uma nova ordem no que diz respeito ao cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que condenem o Poder Público ao pagamento de quantia.[14]

A Emenda Constitucional n. 62/2009 modificou de maneira substancial o texto constitucional ao introduzir 10 (dez) parágrafos no art. 100 da Constituição e ao modificar a redação do 'caput' e de outros 6 (seis) parágrafos. Confira-se, por oportuno, a redação do dispositivo constitucional após as modificações:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
>
> § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.
>
> § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do

[13] MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diego Zelak. Precatórios: O seu novo regime jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 36.

[14] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gone. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 1014.

precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e

> constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.
>
> § 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.
>
> § 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.
>
> § 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.
>
> § 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.
>
> § 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.
>
> § 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.
>
> § 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

Em relação aos créditos alimentares previstos no § 1º do art. 100, não há mais a exclusão do procedimento de precatórios; tais créditos têm preferência em relação a todos os outros créditos, exceto aqueles previstos no § 2º, quais sejam, “os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na

data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei".

Já os pagamentos considerados de pequeno valor, de acordo com o § 3º do art. 100, passaram a não se submeter ao regime de precatórios, mas sim a outro regime específico, denominado Requisição de Pequeno Valor, que necessariamente deverá ser mais célere, segundo o comando constitucional.

Aliás, "certos de que esse novo regime atrairia o interesse dos credores, o art. 100 veda o fracionamento dos precatórios para que não houvesse o enquadramento indevido no "pequeno valor" (§5º)"[15].

Cumpre destacar, outrossim, as demais principais regras incluídas: (i) nos §§ 9º e 10º, foi autorizada a compensação do precatório com valores devidos pelo credor para a Fazenda Pública; (ii) no § 11, foi permitida a utilização dos créditos decorrentes de precatórios para a compra de imóveis públicos; (iii) no § 13, foi possibilitada a cessão de precatórios a terceiros; e (iv) os §§ 15 e 16 autorizaram a União, a seu exclusivo critério, a assumir débitos decorrentes de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, com a possibilidade de refinanciamento. A Emenda Constitucional n. 62/2009, porém, foi declarada inconstitucional em diversos aspectos, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425.

Foi declarada a parcial inconstitucionalidade do § 2º, com a exclusão da expressão "na data de expedição do precatório" a fim de permitir a preferência ao indivíduo que completa 60 (sessenta) anos após a expedição do precatório. Ademais, afastou-se a aplicação do § 12, que previa o índice da caderneta de poupança (Taxa Referencial) para atualização monetária dos precatórios.[16]

[15] MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diego Zelak. Precatórios: O seu novo regime jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 41.

[16] MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diego Zelak. Precatórios: O seu novo regime jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 42.

A Suprema Corte também declarou a inconstitucionalidade do regime especial de compensação de débitos inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original da Fazenda Pública, previsto nos §§ 9º e 10º do art. 100.[17]

Nesse contexto, ao concluir o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e n. 4.425, em março de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão e manteve o regime especial de precatórios previsto pela Emenda Constitucional n. 62/2009 por mais cinco exercícios financeiros, contados a partir de 1º de janeiro de 2016.[18]

Ademais, o Supremo Tribunal Federal fixou como termo inicial para os efeitos da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 62/2009 a data da conclusão do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e n. 4.425, em 25 de março de 2015, para manter a validade dos precatórios expedidos ou pagos até essa data. Com isso, foi mantida a aplicação da Taxa Referencial (Índice Oficial aplicável à caderneta de poupança) para a atualização monetária desses precatórios. Posteriormente, os créditos deveriam ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial; e os precatórios tributários passaram a utilizar os mesmos índices aplicados pela Fazenda Pública para atualizar seus créditos tributários.

Tal modulação incluiu, também, os precatórios expedidos pela Administração Pública Federal, relativos às Leis ns. 12.919/2013[19] e 13.080/2015[20], nos quais fixou-se o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial como índice de atualização monetária.

---

[17] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 916.

[18] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gone. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 1017.

[19] BRASIL. Lei n. 12.919, de 24 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12919.htm>. Acesso em 28 de maio de 2018.

[20] BRASIL. Lei n. 13.080, de 2 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13080.htm>. Acesso em 28 de maio de 2018.

Aliás, permaneceram válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista em ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional n. 62/2009, desde que realizados até 25 de março de 2015, bem como a possibilidade de realização de acordos diretos, com a observância da ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito devidamente atualizado.[21]

Por fim, conforme será pormenorizado no tópico seguinte, a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e n. 4.425 foi fator crucial para a edição da Emenda Constitucional n. 94/2016, a qual estabeleceu, recentemente, um novo regime jurídico especial para o pagamento de precatórios.

2.3 Emenda Constitucional n. 94/2016

A Emenda Constitucional n. 94/2016, promulgada em 15 de dezembro de 2016, adveio da necessidade de adequar a sistemática de precatórios a um conjunto de fatores. Em primeiro lugar, para possibilitar a existência de um regime jurídico especial de dívidas decorrentes do passivo judicial de entes federativos e de pessoas jurídicas de direito público. Ademais, também era imprescindível que o Poder Legislativo compatibilizasse o regime com a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4357 e 4425.[22]

Conforme já adiantado, diversos pontos da Emenda Constitucional n. 62/2009 foram declarados inconstitucionais, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e n. 4.425. Em 25 de março de 2015, ao concluir o julgamento, os efeitos da decisão foram modulados para manter o regime especial de precatórios previsto pela Emenda Constitucional n.

[21] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gone. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 1017.
[22] MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diego Zelak. Precatórios: O seu novo regime jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 143.

62/2009 por mais cinco exercícios financeiros, contados a partir de 1º de janeiro de 2016.

Desse modo, a inconstitucionalidade foi decretada com efeitos prospectivos contados da data de julgamento da Questão de Ordem, 25 de março de 2015; logo, manteve-se a validade dos ofícios requisitórios expedidos até essa data.

Ademais, a atualização monetária pelo Índice Oficial de Remuneração Básica da Caderneta de Poupança (Taxa Referencial) foi considerada válida para os precatórios lançados até o dia 25 de março de 2015. Posteriormente, aplica-se o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial.

Ainda de acordo com a decisão, permaneceram válidos os acordos firmados por juízos auxiliares de precatórios, com a limitação de descontos no percentual máximo de 40% do valor da condenação judicial, respeitada a ordem cronológica de pagamento e determinação da lei da unidade federativa devedora.

Permaneceu vigente, outrossim, a possibilidade de aplicação de sanções por falta de pagamento tempestivo dos precatórios pelo ente devedor e a fixação de percentuais mínimos para a receita corrente líquida, nos termos do art. 97, § 10, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias.

Além disso, foi atribuída, ao Conselho Nacional de Justiça, a competência para monitorar e supervisionar o pagamento dos precatórios. Vale conferir a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal:

> Nesta data, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento das ADIs nos 4.357, 4.372, extinguindo o Regime Especial de Precatórios regido pelo art. 97 do ADCT/CRFB 1988.
>
> Eis o teor da decisão: "Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luiz Fux rejeitando a alegação de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 100 da Constituição Federal; declarando inconstitucionais os §§ 9º e 10 do artigo 100; declarando inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança," constante do § 12 do artigo 100, bem como dando interpretação conforme ao referido dispositivo para que os mesmos critérios de fixação de juros moratórios prevaleçam para devedores públicos e

> privados nos limites da natureza de cada relação jurídica analisada; declarando a inconstitucionalidade, em parte, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009; e acolhendo as impugnações para declarar a inconstitucionalidade do § 15 do artigo 100 e do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias introduzidos pela EC 62/2009, o julgamento foi suspenso.
>
> Ausente o Senhor Ministro Gilmar Mendes, em viagem oficial para participar da 94ª Sessão Plenária da Comissão Européia para a Democracia pelo Direito, em Veneza, Itália. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa.
>
> "Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Ministro Luiz Fux concluiu seu voto declarando a inconstitucionalidade do § 15 do art. 100 e do art. 97 do ADCT. O Ministro Teori Zavascki votou no sentido da improcedência da ação. O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de serem apreciadas em primeiro lugar as impugnações ao art. 100 da Constituição Federal, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Presidente. Em seguida, o Tribunal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "na data de expedição do precatório", contida no § 2º; os §§ 9º e 10; e das expressões "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" e "independentemente de sua natureza", constantes do § 12, todos dispositivos do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC nº 62/2009, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. […].[23]

Ao fim do julgamento da Questão de Ordem das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e n. 4.425, o Supremo Tribunal Federal determinara a necessidade de quitação das dívidas decorrentes de condenações judiciais até 2020, surgiu a preocupação de que os Estados não conseguissem arcar com a nova obrigação. Diante disso, em decisão prolatada após a oposição de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal optou por aguardar o Poder Legislativo.[24]

[23] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/Distrito Federal. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Data de Julgamento: 14/03/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

[24] MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diego Zelak. Precatórios: O seu novo regime jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 144.

Nesse contexto, em um esforço conjunto entre os Poderes da República, foi promulgada e publicada a Emenda Constitucional 94/2016, com a seguinte redação, ao que interessa ao presente estudo:

> Art. 1º O art. 100 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 100. [...]
>
> § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.
>
> § 17. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aferirão mensalmente, em base anual, o comprometimento de suas respectivas receitas correntes líquidas com o pagamento de precatórios e obrigações de pequeno valor.
>
> § 18. Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata o § 17, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, de transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo segundo mês imediatamente anterior ao de referência e os 11 (onze) meses precedentes, excluídas as duplicidades, e deduzidas:
>
> I - na União, as parcelas entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios por determinação constitucional;
>
> II - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;
>
> III - na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio de seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.
>
> § 19. Caso o montante total de débitos decorrentes de condenações judiciais em precatórios e obrigações de pequeno valor, em período de 12 (doze) meses, ultrapasse a média do comprometimento percentual da receita corrente líquida nos 5 (cinco) anos imediatamente anteriores, a parcela que exceder

> esse percentual poderá ser financiada, excetuada dos limites de endividamento de que tratam os incisos VI e VII do art. 52 da Constituição Federal e de quaisquer outros limites de endividamento previstos, não se aplicando a esse financiamento a vedação de vinculação de receita prevista no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal.
>
> § 20. Caso haja precatório com valor superior a 15% (quinze por cento) do montante dos precatórios apresentados nos termos do § 5º deste artigo, 15% (quinze por cento) do valor deste precatório serão pagos até o final do exercício seguinte e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária, ou mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado." (NR) […].

Pela leitura do trecho supracitado, percebe-se que a Emenda Constitucional n. 94/2016 aumentou a quantidade de créditos preferenciais, de modo que estão abarcados os decorrentes de precatórios alimentícios aos titulares, portadores de deficiência, de doenças graves, ou com 60 (sessenta) anos ou mais, que adquiriram o crédito por sucessão hereditária, no limite de 3 (três) vezes o valor da respectiva Requisição de Pequeno Valor.

Ademais, vale registrar que, ante os inúmeros questionamentos acerca do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e n. 4.425, que culminaram no esforço conjunto para a aprovação da Emenda Constitucional n. 94/2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 870.497/SE, em sede de repercussão geral, corroborou e ampliou o entendimento que havia firmado, segundo o qual o índice de remuneração da caderneta de poupança é inapto para recompor o valor real da moeda:

> 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão.

> […] 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia [...].[25]

No julgamento das aludidas ações, ficou assentado que a aplicação da Taxa Referencial era inconstitucional para correção monetária dos precatórios. Com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 870.497/SE, o Supremo Tribunal Federal considerou esse índice inconstitucional também para a correção monetária da condenação propriamente dita:

> O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade [CF, art. 5º, XXII (3)], uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.[26]

Portanto, de acordo com o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser determinado como critério de atualização monetária a incidência do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial como indexador do montante devido pela Fazenda Pública.

Ainda em relação à Emenda Constitucional n. 94/2016, para custear o regime especial, o ente devedor deverá depositar, em conta vinculada ao Tribunal de Justiça correspondente, mensalmente, 1/12 de determinado percentual de Receita Corrente Líquida, apurado no mês anterior ao pagamento e que seja suficiente para a efetiva quitação do débito.

As alterações mais significativas na Constituição, no que tange ao regime de precatórios, são decorrentes da inclusão dos §§ 17 a 20 pela Emenda Constitucional n. 94/2016.

---

[25] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.357/DF, Relator Ministro AYRES BRITTO, Julgado em 25.03.2015, DJe 06.08.2015.
[26] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 870.497/SE, Min. Rel. LUIZ FUX, Julgado em 20/09/2017.

Segundo o § 17, os entendes federativos são obrigados a aferir, mensalmente, em base anual, o comprometimento de sua receita corrente líquida em precatórios e em requisições de pequeno valor.

O § 18, por sua vez, detalha os créditos que não estão incluídos na receita corrente líquida, bem como dá um conceito constitucional ao tema, inclusive com a introdução de fórmulas. O §19 prevê uma forma de financiamento do excedente das dívidas em precatórios e em requisições de pequeno valor, quando a média do comprometimento percentual da receita corrente líquida ultrapassar a média dos 5 (cinco) anos anteriores.

Com a inclusão do § 20, estabeleceu-se o limite de 40% de desconto sobre o valor da dívida corrigida monetariamente para que sejam realizados acordos pela Fazenda Pública, por intermédio dos Juízos Auxiliares de Precatórios.

Ademais, o art. 101, § 2º, incisos I e I, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pelo art. 2º da Emenda Constitucional 62/2009, trouxe a seguinte previsão:

> Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 101 a 105:
>
> "Art. 101. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, em 25 de março de 2015, estiverem em mora com o pagamento de seus precatórios quitarão até 31 de dezembro de 2020 seus débitos vencidos e os que vencerão dentro desse período, depositando, mensalmente, em conta especial do Tribunal de Justiça local, sob única e exclusiva administração desse, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, em percentual suficiente para a quitação de seus débitos e, ainda que variável, nunca inferior, em cada exercício, à média do comprometimento percentual da receita corrente líquida no período de 2012 a 2014, em conformidade com plano de pagamento a ser anualmente apresentado ao Tribunal de Justiça local.
>
> […]

> § 2º O débito de precatórios poderá ser pago mediante a utilização de recursos orçamentários próprios e dos seguintes instrumentos:
>
> I - até 75% (setenta e cinco por cento) do montante dos depósitos judiciais e dos depósitos administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais o Estado, o Distrito Federal ou os Municípios, ou suas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, sejam parte;
>
> II - até 20% (vinte por cento) dos demais depósitos judiciais da localidade, sob jurisdição do respectivo Tribunal de Justiça, excetuados os destinados à quitação de créditos de natureza alimentícia, mediante instituição de fundo garantidor composto pela parcela restante dos depósitos judiciais, destinando-se: […].

Trata-se de regra bastante polêmica, questionada pela Procuradoria-Geral da República[27] por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5679/DF, segundo a qual é permitido o uso, por Estados, Distrito Federal e Municípios, de depósitos judiciais e administrativos, provenientes de processos das respectivas searas, nos limites estabelecidos nos incisos I e II.

A título informativo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.679/DF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, foi parcialmente deferida a medida cautelar pleiteada pela Procuradoria-Geral da República, nos seguintes termos:

> DIREITO DE PROPRIEDADE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL QUE AUTORIZA O USO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA O PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS EM ATRASO. CAUTELAR INDEFERIDA.
>
> 1. A EC 94/2015 autorizou o uso de: (i) 75% dos depósitos judiciais e administrativos, referentes a processos tributários ou não, nos quais entes estatais sejam parte; e de (ii) 20% dos demais depósitos judiciais, excluídos aqueles destinados à quitação de créditos de natureza alimentícia. Determinou, ainda, a criação de fundo garantidor com a parcela

[27] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questionada emenda constitucional que autoriza uso de depósitos judiciais para pagamento de precatórios. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340700>. Publicada em: 13 de abril de 2017. Acesso em 05/06/2018.

> remanescente dos depósitos, para garantir a solvabilidade do sistema.
>
> 2. Emendas constitucionais são normas dotadas de presunção qualificada de constitucionalidade, em virtude do quórum elevado exigido para a sua aprovação, aspecto que reforça sua legitimidade democrática.
>
> 3. O requerente não demonstrou que o fundo garantidor, tal como idealizado, é incapaz de assegurar a solvabilidade do sistema e que, portanto, há risco real de que os particulares não levantem seus depósitos no momento cabível.
>
> 4. Os recursos dos depósitos judiciais, nos termos da norma impugnada, serão utilizados exclusivamente para o pagamento de precatórios em atraso até 25.03.2015. Essa destinação condiciona o uso dos recursos à prévia constituição do fundo garantidor e impõe que os pertinentes valores sejam transferidos das contas de depósito para conta específica, vinculada ao pagamento de precatórios, administrada pelo Tribunal competente, afastando-se o trânsito desses valores pelas contas dos Tesouros estaduais ou municipais.
>
> 5. Cautelar parcialmente deferida, apenas para explicitar as condições a serem atendidas pelos entes públicos para a utilização dos recursos oriundos dos depósitos judiciais, tal como enunciado no item anterior: (i) destinação exclusiva para precatórios; (ii) prévia constituição de fundo garantidor; e (iii) não trânsito dos recursos pela conta do Tesouro.[28]

Vale destacar que, ainda segundo o mencionado dispositivo, foi possibilitado aos entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios) a realização de operações de financiamento de 85% do valor do precatório que exceda 15% do montante ordinariamente expedido.

Portanto, no caso de um único precatório superar em 15% (quinze por cento) o montante referente à totalidade dos demais precatórios apresentados até 1º de julho do exercício corrente, haverá o pagamento, no exercício seguinte, de tão somente 15% (quinze por cento) do total daquele precatório; o restante será pago, em iguais parcelas, nos 5 (cinco) exercícios seguintes, com a incidência de juros de mora e de correção monetária.

[28] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na ADI 5679/DF. Relator: LUIS ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 07/06/2017, Decisão monocrática, Data de Publicação: Dje-121, 09/06/2017.

3 ATUAL REGIME JURÍDICO DE PRECATÓRIOS

3.1Procedimento para o adimplemento de crédito judicial pela Fazenda Pública

Demonstrada a evolução constitucional e as sucessivas mutações do regime jurídico de precatórios, cumpre apresentar conceitualmente como efetivamente ocorrerá o trâmite processual destinado ao adimplemento, pela Fazenda Pública, de obrigação de pagar quantia certa decorrente de decisão judicial transitada em julgado.

Inicialmente, é importante esclarecer que a Fazenda Pública, quando em Juízo, tem prerrogativas processuais diferenciadas se comparadas aos litigantes privados.

A despeito das inúmeras críticas a essas prerrogativas, pois parte da doutrina entende se tratar de "benesse unilateralmente estabelecida na lei em prol da Fazenda Pública, a que não corresponda uma diferença real originária de peculiaridades a ela inerentes, corresponde a privilégio processual"[29], destaca-se a diferenciada fase de cumprimento de sentença referente à obrigação de pagar quantia certa a que se sujeita o Poder Público.

A expressão "Fazenda Pública" representa, na verdade, a personificação do Estado[30]. Isso porque o uso frequente desse termo fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais amplo, de modo a se considerar a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, quando se alude à Fazenda Pública, a expressão apresenta-se como sinônimo do Poder Público em juízo[31].

Quando a Fazenda Pública é condenada judicialmente a pagar quantia certa, não se aplica a expropriação de bens do executado (art. 825 do Código de Processo

[29] NETO, João Pereira Monteiro. A nova conformação legal da remessa necessária. In Revista de Doutrina e Jurisprudência, v. 52, Brasília, 2017, p. 258.
[30] DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t.1, n. 78, p. 179.
[31] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.

Civil), uma vez que os bens públicos são dotados, via de regra, de impenhorabilidade e de inalienabilidade. Em decorrência disso,

> (…) sendo o executado a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação do crédito. Diante da peculiaridade e da situação da Fazenda Pública, a execução por quantia certa contra ela intentada contém regras próprias. Põe-se em relevo, no particular, a instrumentalidade do processo, a impor adequação procedimental, na exata medida em que as exigências do direito material na disciplina das relações jurídicas que envolvem a Fazenda Pública influenciam e ditam as regras processuais. Isso porque os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo Erário, merecendo tratamento específico a execução intentada contra as pessoas jurídicas de direito público, a fim de adaptar as regras pertinentes à sistemática do precatório.[32]

Como não se pode falar em expropriação no cumprimento de sentença em desfavor da Fazenda Pública, o resultado é uma execução diferenciada, que resulta no pagamento da dívida por meio da expedição de precatório ou de Requisição de Pequeno Valor.

Esse regime jurídico especial tem como finalidade a expedição de uma ordem de pagamento, que decorre de ofício-precatório enviado pelo juízo competente para o cumprimento de sentença, decorrente de título judicial transitado em julgado, ao Presidente do respectivo Tribunal, que determinará o adimplemento da dívida por meio da inclusão no orçamento anual respectivo.

Assim, precatório pode ser, em suma, conceituado como "o ofício emitido pelo Judiciário, determinando o pagamento de importância em que a Fazenda Pública foi condenada à conta dos créditos respectivos."[33]

Nessa linha, pode-se definir precatório como o

> (…) o instrumento que representa uma requisição judicial de pagamento, consubstanciado no ofício requisitório expedido

[32] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 337.
[33] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 468.

> pelo juiz da execução de sentença ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda, em face da Fazenda Pública ter sido condenada ao pagamento de determinada soma em processo transitado em julgado.[34]

De uma forma ainda mais ampla,

> (...) o precatório apresenta-se como a figura da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, consistente em uma ordem ou requisição da autoridade judiciária à autoridade administrativa responsável pelo cumprimento da sentença, determinando que a verba necessária seja incluída no orçamento, e o respectivo crédito fique à disposição do requisitante, para satisfazer o direito do exequente.[35]

Vale registrar, ademais, a definição proposta por Regis Fernandes de Oliveira, segundo o qual o precatório seria uma "solicitação que o juiz da execução faz ao presidente do tribunal respectivo para que ele requisite verba necessária ao pagamento de credor de pessoa jurídica de direito público, em face de decisão judicial transitada em julgado"[36].

No mesmo sentido, imprescindível registrar a conceituação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello:

> O mecanismo procedimental de pagamento das dívidas de uma pessoa de direito público, que hajam reconhecidos em juízo, tem início com as determinações, chamadas 'precatórios', que os magistrados expedem ordenando ao devedor que inclua na previsão orçamentária do próximo exercício verba necessária para satisfazer os precatórios que hajam sido apresentados até 1º de julho, cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente na data do pagamento.[37]

Nesse contexto, a Fazenda Pública, iniciada a fase de cumprimento de sentença definitivo referente à obrigação de pagar quantia certa, exatamente por seu regime diferenciado, nunca será intimada para efetuar o pagamento da dívida contra

[34] FURTADO, J. R. Caldas. Direito Financeiro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 231.
[35] THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do precatório. In: VAZ, Orlando (Org.). Precatórios: problemas e soluções. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 52.
[36] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 579-580.
[37] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1062.

ela exigida, como ordinariamente ocorre entre litigantes privados, conforme determina o art. 523, 'caput', do Código de Processo Civil[38].

É importante esclarecer que o Código de Processo Civil, em seu art. 534, §2º[39], dispôs que não será aplicável à Fazenda Pública a multa prevista no art. 523, §1º[40], do mesmo diploma legal.

Assim, instaurada a fase de cumprimento de sentença, por demanda proposta pelo exequente, aplica-se à Fazenda Pública o disposto nos arts. 534 e 535 do Código de Processo Civil. O requerente deverá apresentar uma "petição inicial simplificada, cujos requisitos – quando ajuizada contra a Fazenda Pública – estão relacionados no art. 534 do Código de Processo Civil"[41], cuja redação vale transcrever:

> Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo: I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente; II - o índice de correção monetária adotado; III - os juros aplicados e as respectivas taxas; IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.
>
> § 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.
>
> § 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

A partir da leitura do dispositivo supracitado, nota-se que o demonstrativo discriminado de cálculos apresentado pelo requerente deverá contemplar o montante

[38] Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

[39] Art. 534. (…) § 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

[40] Art. 523. (…) § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

[41] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 340.

devido; e o objeto do cumprimento de sentença, com a incidência de juros moratórios e de correção monetária, em detalhes capazes de permitir à Fazenda Pública o efetivo direito ao contraditório.

O cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública pode ser promovido em litisconsórcio ativo. De acordo com o § 1º do art. 534, cada litisconsorte deve requerer seu cumprimento de sentença, apresentando sua correspondente memória de cálculo. Caso a quantidade de litisconsortes possa comprometer o cumprimento da sentença ou dificultar a defesa da Fazenda Pública na impugnação a ser apresentada, poderá ser determinada, nos termos §§ 1º e 2º do art. 113 do Código de Processo Civil, a limitação da presença dos litisconsortes.

Esse requerimento de limitação do polo ativo do cumprimento de sentença poderá ser feito pela Fazenda Pública antes de apresentar impugnação. Nesse caso, o pedido interrompe o prazo para oferecer impugnação, que será integralmente devolvido à Fazenda Pública a partir da intimação da decisão que acolhê-lo ou rejeitá-lo (Código de Processo Civil, art. 113, § 2º).

A despeito de o Poder Público não ser intimado para adimplir a quantia devida, como já exposto anteriormente, mas sim para apresentar impugnação, ele poderá optar por não impugnar ou impugnar parcialmente o cumprimento de sentença, de modo a reconhecer, total ou parcialmente, a procedência da pretensão do requerente. Sobre o tema, cumpre esclarecer que

> não apresentados os embargos ou vindo a ser rejeitados, o juiz determina a expedição de precatório ao Presidente do respectivo tribunal para que reste consignado à sua ordem o valor do crédito, com requisição às autoridades administrativas para que façam incluir no orçamento geral, a fim de proceder ao pagamento no exercício financeiro subsequente.[42]

Nesse aspecto, vale registrar o disposto no art. 535, §§3º e 4º, do Código de Processo Civil:

[42] BRAGA, Paula Sarno et al. Curso de Direito Processual Civil. Execução. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 725.

> Art. 535 (…) § 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada: I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal; II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente. § 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

Desse modo, se houver impugnação parcial pela Fazenda Pública, a parte considerada procedente (ou seja, os créditos considerados incontroversos e declaradamente devidos pelo Poder Público) será objeto de cumprimento a partir da correspectiva expedição do precatório.

Caso a execução não seja impugnada pela Fazenda Pública, ou se reconhecida a procedência dos cálculos apresentados pelo Exequente, após o trânsito em julgado da sentença que julgou a impugnação, será determinada a expedição, pelo Presidente do Tribunal competente, do ofício-precatório.

Isso significa, portanto, que o precatório somente será expedido depois de não haver discussão quanto ao valor executado; por essa razão, tal expedição depende do trânsito em julgado da decisão que julgar a impugnação.[43]

Assim, a partir da rejeição da impugnação de título judicial pela Fazenda Pública, será determinada a expedição do precatório. Este é, vale relembrar, editado pelo juízo competente para o cumprimento de sentença; caberá a esse juízo comunicar, por ofício-precatório, ao Presidente do Tribunal a que está vinculado para que requisite o pagamento à Fazenda Pública.

A título exemplificativo, no caso de cumprimento de sentença contra a União em trâmite na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, após o trânsito em julgado da decisão exequenda, o Juízo da 8ª Vara Federal comunicará, por

[43] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 345.

ofício-precatório, o Presidente do Tribunal Regional da 1ª Região, que requisitará o pagamento à Requerida.

Cumpre esclarecer que, diferentemente da competência do juízo do cumprimento de sentença, a do Presidente do Tribunal é de natureza meramente administrativa. Portanto, em princípio, os atos do Presidente são passíveis de controle, se eivados de ilegalidade, por meio de mandado de segurança, de sorte que não se mostram recorríveis nas mesmas condições das decisões judiciais.[44]

Caberá ao Presidente do Tribunal, portanto, inscrever o precatório e comunicar ao órgão competente para que seja efetuada a ordem de despesa para que a Administração Pública adote as medidas necessárias (como dotação orçamentária, por exemplo), suficientes à abertura do crédito que liquidará a dívida mediante depósito bancário feito à disposição da presidência.[45]

O precatório, para que ocorra o pagamento até o fim do exercício financeiro seguinte, deverá ser inscrito até o dia 1º de julho para que valor seja incluído no orçamento que ainda deverá ser aprovado.

Por exemplo, caso o precatório seja inscrito até o dia 1º de julho de 2018, o montante correspectivo deverá ser pago até o dia 31 de dezembro de 2019; por outro lado, caso a inscrição seja no dia 10 de agosto de 2018, ocorrerá a perda de todo o exercício financeiro de 2019, de modo que o valor será pago tão somente até o dia 31 de dezembro do exercício de 2020.

Ademais, o pagamento será realizado na ordem cronológica da apresentação das requisições (art. 100, "caput", da Constituição Federal). Isto é, na data em que protocolizada a requisição pelo Tribunal competente, sendo obrigatória à

[44] ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1453.
[45] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 343.

Administração Pública a inclusão de dotação orçamentária para satisfação das dívidas judiciais apresentadas até 1º de julho do exercício corrente.[46]

Por fim, impende registrar que haverá a inclusão do passivo decorrente de condenações judiciais na Lei Orçamentária Anual, de iniciativa do chefe do Poder Executivo, que será elaborada no ano corrente e que deve ser aprovada pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional) até o dia 31 de agosto do mesmo ano, para vigorar no exercício seguinte.

3.2 A Lei n. 13.463, de 6 de julho de 2017: cancelamento de precatórios

Em 6 de julho de 2017, foi editada a Lei n. 13.463/2017 (Diário Oficial da União de 7.7.2017), que "dispõe sobre os recursos destinados aos pagamentos decorrentes de precatórios e de Requisições de Pequeno Valor federais".

De início, vale conferir a redação da mencionada legislação:

> Art. 1º A gestão dos recursos destinados aos pagamentos decorrentes de precatórios e de Requisições de Pequeno Valor (RPV) federais será realizada pelo Poder Judiciário, que contratará, com dispensa de licitação, instituições financeiras integrantes da administração pública federal para a operacionalização da gestão dos recursos.
>
> Parágrafo único. Os valores correspondentes à remuneração das disponibilidades dos recursos depositados, descontada a remuneração legal devida ao beneficiário do precatório ou da RPV, constituirão receita e deverão ser recolhidos em favor do Poder Judiciário, o qual poderá destinar até 10% (dez por cento) do total para o pagamento de perícias realizadas em ação popular.
>
> Art. 2º Ficam cancelados os precatórios e as RPV federais expedidos e cujos valores não tenham sido levantados pelo credor e estejam depositados há mais de dois anos em instituição financeira oficial.
>
> § 1º O cancelamento de que trata o caput deste artigo será operacionalizado mensalmente pela instituição financeira

[46] ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1457.

> oficial depositária, mediante a transferência dos valores depositados para a Conta Única do Tesouro Nacional.
>
> § 2º Do montante cancelado:
>
> I - pelo menos 20% (vinte por cento) deverá ser aplicado pela União na manutenção e desenvolvimento do ensino;
>
> II - pelo menos 5% (cinco por cento) será aplicado no Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM).
>
> § 3º Será dada ciência do cancelamento de que trata o caput deste artigo ao Presidente do Tribunal respectivo.
>
> § 4º O Presidente do Tribunal, após a ciência de que trata o § 3º deste artigo, comunicará o fato ao juízo da execução, que notificará o credor.
>
> Art. 3º Cancelado o precatório ou a RPV, poderá ser expedido novo ofício requisitório, a requerimento do credor.
>
> Parágrafo único. O novo precatório ou a nova RPV conservará a ordem cronológica do requisitório anterior e a remuneração correspondente a todo o período.
>
> Art. 4º (VETADO).
>
> Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.[47]

O mencionado diploma legal dispõe sobre a contratação direta de instituição financeira pelo Poder Judiciário para operacionalizar a gestão dos recursos destinados aos pagamentos decorrentes de precatórios e de Requisições de Pequeno Valor federais. Além disso, determina que os valores que correspondem à remuneração das disponibilidades dos recursos depositados constituirão receita e serão recolhidos em favor do Poder Judiciário.

Aliás, por se tratar de lei federal, sua incidência ocorre somente sobre débitos judiciais federais oriundos de precatórios e de Requisições de Pequeno Valor. Portanto, a Lei n. 13.463/2017 não se aplica aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, bem como às entidades da Administração Indireta.

[47] BRASIL. Lei n. 13.463, de 6 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13463.htm>. Acesso em 30 de maio de 2018; grifos aditados.

Há a previsão, outrossim, de uma nova situação de dispensa de licitação, de modo que o administrador público poderá deixar de realizar processo competitivo licitatório para escolher quem celebrará o contrato administrativo.

A mencionada legislação prevê, ademais, uma data limite para o levantamento de valor depositado a título de precatório ou Requisição de Pequeno Valor pelo credor, fixado em até o máximo de 2 (dois) anos, contados da data de depósito.

Findo o prazo, determina-se o cancelamento do respectivo precatório ou da requisição não sacados. A partir do cancelamento, ocorre a transferência dos valores depositados e não sacados para a Conta Única do Tesouro Nacional.

Percebe-se que a norma cancela o ofício requisitório por decurso de prazo. Para o cancelamento, não será necessário "qualquer ato administrativo posterior que declare a invalidez do precatório ou da Requisição de Pequeno Valor, mas decorre imediatamente da norma que, assim, passou a definir o prazo de eficácia dos precatórios: 2 (dois) anos"[48].

Posteriormente, e em razão de inércia do credor, nos termos do art. 3º, § 1º, da referida lei, o precatório perderá a "validade" e a instituição financeira contratada transferirá o montante para a Conta Única do Tesouro Nacional.

Conclui-se que o ofício requisitório inicialmente expedido não será válido; por outro lado, o crédito permanecerá válido, mas, em razão da inércia do credor, não terá eficácia após o cancelamento.

Além disso, segundo o § 2º do art. 2º, os valores cancelados serão destinados em pelo menos 25% do montante para a efetivação de direitos sociais: 20% para manutenção e desenvolvimento do ensino; e 5% para o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Mortes (PPCAAM).

[48] MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diego Zelak. Precatórios: O seu novo regime jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 160.

A preocupação franqueada pela Lei n. 13.463/2017, porém, diz respeito tão somente à arrecadação de recursos financeiros na forma de receita pública, com o objetivo de reforçar o caixa da União em um notório momento de grave crise financeira e de contas públicas renitentemente deficitárias.

Isso fica ainda mais explícito a partir da leitura da justificativa constante da exposição de motivos do projeto inicial (Exposição de Motivos 00104/2017, 10.05.2017):

> Excelentíssimo Senhor Presidente da República,
>
> 1. Submeto à apreciação de Vossa Excelência a proposta de Projeto de Lei a tramitar em regime de urgência e que dispõe sobre os depósitos decorrentes de precatórios e requisições de pequeno valor - RPV.
>
> 2. O Projeto de Lei em pauta propõe o cancelamento dos precatórios e RPVs em consonância com o PARECER nº 04/2016/ASSE/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado Geral da União, em que restou assentado que a inércia dos credores de precatórios e requisições judiciais em levantar o numerário depositado estabiliza a situação jurídica da União como proprietária das quantias, e permite a restituição aos cofres públicos.
>
> 3. Além disso, o próprio Poder Judiciário, por meio da Resolução CJF nº 405, de 9 de junho de 2016 (arts. 45 a 47) reconhece a possibilidade de cancelamento de requisitórios após a constatação de que os credores permaneceram inertes após o prazo de dois anos contados da realização dos depósitos.
>
> 4. A existência de depósitos não levantados representa situação de ineficiência na utilização de recursos públicos para o pagamento de precatório que, por muitas vezes, ficam disponibilizados por mais de dez anos sem que a parte beneficiária saque os recursos.
>
> 5. A implementação desta medida de forma automática e sem a necessidade de manifestação da Administração Pública em cada um dos milhares de processos nesta situação representa economia e racionalização da atuação judicial da AdvocaciaGeral da União, podendo impactar imediatamente e de forma positiva o erário em montante superior a R$ 8,6 bilhões de reais.
>
> 6. Também se prevê que os valores correspondentes à remuneração dos recursos depositados, descontada a

> remuneração devida aos beneficiários dos precatórios ou RPVs, constituirão receita e deverão ser recolhidos em favor do Poder Judiciário.
>
> 7. Essas são, Senhor Presidente, as razões que justificam a elaboração do Projeto de Lei que ora submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência. Respeitosamente,
>
> Assinado eletronicamente por: Dyogo Henrique de Oliveira.

Essa motivação, inclusive, foi apresentada pela Advocacia-Geral da União, órgão de representação da Presidência da República, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF que, conforme será minudenciado a seguir, discute exatamente se o art. 2º do referido diploma legal é compatível com a Constituição Federal.

3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, tem por escopo impugnar o art. 2º da Lei n. 13.463/2017 em razão de alegadas inconstitucionalidades formal e material por violação ao art. 2º (separação de Poderes), ao art. 5º, caput, XXXV, XXXVI (igualdade, efetividade da tutela jurisdicional, segurança jurídica e coisa julgada) e ao art. 100, § 6º (competência privativa judiciária para a gestão dos precatórios), todos da Constituição Federal.

Os argumentos apresentados na mencionada ação têm por objetivo precípuo sustentar, em suma, que o art. 2º da Lei n. 13.463/2017 ofende a Constituição Federal pois impõe "uma série de limitações na relação entre o Poder Público e o cidadão", o que viola "cláusulas pétreas que não podem ser ignoradas ou aniquiladas pelo Legislador [...] ao determinar que precatórios sejam cancelados e que o cancelamento seja feito diretamente pelas instituições financeiras controladas pela União".[49]

[49] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.755/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5238859>, p. 3 do evento 1 – Pje.

O Partido Democrático Trabalhista formulou pedido principal de inconstitucionalidade do art. 2º, caput, § 1º, da Lei n. 13.463/2017, com o consequente reconhecimento da contrariedade lógica dos demais parágrafos do dispositivo (§§ 2º a 4º); vale conferir:

> a) pela concessão, inaudita altera parte, de medida cautelar com a suspensão liminar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99, da vigência e da eficácia da integralidade da Lei 13.463, de 6 de julho de 2017 (sendo o artigo 2º, caput e § 1º por inconstitucionalidade e os demais por arrastamento), até o julgamento final da presente;
>
> b) pela declaração da inconstitucionalidade seja formal, seja material, da íntegra da Lei 13.463, de 6 de julho de 2017 (sendo o artigo 2º, caput e § 1º por inconstitucionalidade e os demais por arrastamento), por clara violação aos artigos 2º, 5º, caput e incisos XXXV e XXXVI e 100, caput e §§ 5º a 7º da Constituição da República, nos termos da fundamentação;[50]

Foi formulado, também, pedido subsidiário de interpretação conforme à Constituição Federal. Trata-se de pedido para requerer a aplicação de, no caso de se considerar a norma compatível com a Constituição Federal, regra de interpretação restritiva aos dispositivos impugnados na referida ação, para que sejam interpretados de acordo com as normas contidas no texto constitucional.

Ante a relevância da matéria impugnada via controle concentrado de constitucionalidade, a Ministra Relatora Rosa Weber, em despacho prolatado no dia 21 de agosto de 2017 (evento 9 – PJE), submeteu ao Plenário do Supremo Tribunal Federal a medida de urgência pleiteada pelo Partido Democrático Trabalhista.

A Relatora destacou o fato de os efeitos concretos da norma inconstitucional conduzirem a cancelamentos que já têm sido promovidos pelas instituições financeiras depositárias:

> 3. Busca-se, em liminar, a suspensão da eficácia do art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 13.463/2017 até o julgamento final da ação, ao entendimento de que presentes o fumus boni juris,

[50] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.755/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5238859>. Evento 1 – Pje.

> face à perfeita adequação do caso, na esteira dos precedentes desta Corte, às inconstitucionalidades apontadas, e o periculum in mora, por serem seus efeitos imediatos, ao registro de que as instituições financeiras depositárias já estão indevidamente cancelando precatórios que aguardam levantamento.[51]

Apesar de ainda não ter sido incluída em pauta de julgamento, nesse interregno foram deferidos diversos pedidos de ingresso de várias entidades como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF, ante a importância e a relevância da matéria, inclusive para subsidiar e reforçar os argumentos apresentados pelo Partido Democrático Trabalhista.

Cumpre registrar, a título exemplificativo, as seguintes entidades que tiveram seus pedidos de ingresso deferidos pela Ministra Relatora: Associação Nacional dos Procuradores e Advogados Públicos Federais (ANPPREV); Federação de Sindicatos de Trabalhadores Técnicos-Administrativos em Instituições Públicas de Ensino Superior no Brasil (FASUBRA-SINDICAL); Associação Nacional dos Servidores Públicos, da Previdência e da Seguridade Social (ANASPS); Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF); e outros.

Para o Autor da ação, duas razões principais fundamentariam a inconstitucionalidade formal da norma, quais sejam: (i) a Lei n. 13.463/2017 estabeleceu inéditas condições para o pagamento de precatórios, uma vez que inova ao prever um prazo de validade que seria incompatível com a Constituição da República; e (ii) o referido diploma legal teria usurpado a competência do Poder Judiciário, ao delegar o cancelamento de precatórios à instituição financeira controlada pelo Poder Executivo.

Ademais, a inconstitucionalidade material da Lei n. 13.463/2017, ainda segundo o Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF, seria pautada na violação: ao princípio fundamental da separação de poderes (art. 2º da

[51] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.755/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5238859>. Evento 9 – Pje.

Constituição Federal); ao princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput, da Constituição Federal), materializado, no caso, na necessária paridade de armas processual; ao princípio constitucional da segurança jurídica, previsto no caput do artigo 5º da Constituição; e ao direito de ação e à coisa julgada material, constitucionalmente previstos.

A Advocacia-Geral da União, órgão de representação da Presidência da República, ao ser intimada para apresentar informações (art. 10 da Lei n. 9.868/1999[52]), adotou, em síntese, as seguintes razões de resposta: (i) o legislador, ao observar o período de escassez de recursos financeiros, optou por privilegiar o princípio da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal; (ii) ao Poder Judiciário somente teria sido outorgada a competência administrativa de processamento dos precatórios, conforme o § 6º do art. 100; as instituições financeiras apenas instrumentalizariam o cancelamento previsto na Lei n. 13.463/2017; (iii) a mencionada lei não extingue de forma definitiva o direito do credor, o que afastaria os argumentos de violações à coisa julgada e à segurança jurídica; e (iv) por fim, não seria razoável aplicar a técnica de interpretação conforme a Constituição para manter inalcançáveis os créditos bloqueados judicialmente[53].

A Presidência da República utilizou como fundamento, ainda, as razões expostas na Nota Técnica n. 14817/2017-MP, emitida pela Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que destacou a

[52] Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

[53] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.755/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5238859>. Evento 13 – Pje.

"relevância da receita que pode ser arrecadada com a Lei n. 13.463, de 2017, tendo em vista o atual contexto de extrema restrição fiscal que passa o Governo Federal"[54].

A despeito dos argumentos expostos pela Presidência da República, representada pela Advocacia-Geral da União, consoante será demonstrado no capítulo seguinte, subdividido em três tópicos, são diversas as razões que evidenciam a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 13.463/2017.

Aliás, ainda que tal dispositivo fosse considerado compatível com o texto constitucional, seria imprescindível a aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição, de modo a compatibilizar o mencionado diplomada legal com os preceitos constitucionais aplicáveis ao regime de precatórios.

Conforme será demonstrado pelos fundamentos do capítulo seguinte, a norma impugnada viola, a um só tempo: (i) o princípio da separação ou da divisão de Poderes (art. 2º c/c art. 100, § 6º, da Constituição Federal); (i) o devido processo legal ou a proibição do excesso estatal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal); (iii) as garantias de efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e de duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal); e (iv) o direito de propriedade (arts. 5º, XXXIX, 150, IV, da Constituição Federal).

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 13.463/2017

4.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Inicialmente, vale ressaltar que o art. 2º da Lei n. 13.463/2017 autorizou à instituição financeira depositária a operacionalização do cancelamento de precatórios federais expedidos, cujos valores não tenham sido levantados pelo credor

[54] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.755/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5238859>. Evento 13 – Pje.

e estejam depositados há mais de dois anos. Posteriormente, o valor depositado deve ser transferido para a Conta Única do Tesouro Nacional.

Tal dispositivo, porém, é de indubitável inconstitucionalidade.

Conforme amplamente demonstrado nos capítulos anteriores, os precatórios correspondem a instrumentos de competência exclusiva do juízo da fase de cumprimento de sentença ou de execução (ou, também, fase satisfativa).

Por intermédio de ato do Presidente do respectivo Tribunal prolator da decisão exequenda, o juízo competente requisita, em caráter obrigatório (como determina o art. 100, § 5º, da Constituição da República) a inscrição do valor devido pela Poder Público em consequência de sentença judicial transitada em julgado ou de título executivo extrajudicial.

O precatório é, na verdade, o instrumento requisitório para a efetiva satisfação judicial do débito fazendário decorrente de decisão judicial transitada em julgado que obriga o pagamento de quantia certa; é uma "solicitação que o juiz da execução faz ao presidente do tribunal respectivo para que ele requisite verba necessária ao pagamento de credor de pessoa jurídica de direito público, em face de decisão judicial transitada em julgado"[55].

Justamente em razão disso é que todas as questões incidentais relativas aos ofícios requisitórios, inclusive as relacionadas às eventuais consequências jurídicas quanto à inércia de credor em proceder ao respectivo levantamento dos valores, devem ser decididas, de maneira exclusiva, pelo juiz da execução, conforme prevê o texto constitucional.

Ocorre que, apesar de o precatório ter evidente natureza de ato jurisdicional típico (isto é, insuscetível de ingerência externa), a legislação em apreço "transferiu" a competência constitucionalmente prevista de operacionalização de precatórios do juízo da execução para instituição financeira depositária.

[55] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 579-580.

Assim, o art. 2º da Lei n. 13.463/2017 acabou por flagrantemente violar o princípio constitucional da separação (ou divisão) dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal. O mencionado princípio tem por objetivo precípuo garantir a harmonia e a independência entre os Poderes da República.

Nesse aspecto, é imprescindível registrar o seguinte entendimento:

> A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.
>
> (...)
>
> A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.
>
> (...)
>
> O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado federal, a que cabe aprovar o nome do escolhido.[56]

Além disso, o referido princípio tem como propósito proteger os "indivíduos contra o abuso potencial do poder absoluto (...), estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais":

> O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e

[56] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 114-115.

> devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais.
>
> (…)
>
> Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4º, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito diversamente, apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma "instância hegemônica de poder"; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas.[57]

O princípio da separação de Poderes, além de ser garantia essencial à percepção lógica do constitucionalismo moderno, pode ser analisado de três maneiras: separação horizontal; separação vertical; e separação temporal de poder:[58]

> Por separação horizontal do poder se está a designar a desconcentração ou divisão do poder, mediante a garantia da divisão e limitação recíproca e da equiparação (igual posição hierárquica das funções no esquema do poder estatal) entre as diversas funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), os assim chamados poderes estatais. Em outras palavras, aqui está em causa o princípio da separação (divisão) de poderes, tal como engendrado na esfera da doutrina que radica na base das constituições modernas e que constitui um de seus elementos essenciais, embora também a forma concreta da noção de separação de poderes não tenha seguido um padrão uniforme, apresentando variações mais ou menos significativas ao longo do tempo e de constituição para constituição.
>
> Por separação "vertical" de poder se costuma designar a distribuição do poder mediante a desconcentração (descentralização) no plano territorial, típica do modelo federativo, onde, embora uma esfera própria e reservada de

[57] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 210-212.

[58] STERN, Klaus. Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 236.

> poder, as competências dos órgãos federativos (administrativas, legislativas e judiciárias – aqui novamente no sentido de uma separação "horizontal") encontram seu fundamento e limite na constituição federal. A ordem federal, contudo, corresponde a uma ordenação hierarquizada, e não uma equiparação entre União e Estados-membros ou mesmo Municípios, como se dá no caso brasileiro, possível até mesmo a intervenção federal nos Estados e/ou Municípios. Importa agregar que, mesmo em Estados unitários, existem níveis significativos de descentralização administrativa, que, por sua vez, também contribuem para uma (hierarquiza- da) racionalização e limitação do poder.
>
> A assim chamada separação temporal do poder guarda relação com o princípio democrático, mas também, em certo sentido, com a forma republicana de governo, no sentido de garantia efetiva da alternância no exercício do poder, alternância que opera como modo de limitação e controle do poder, além de contribuir para assegurar a legitimidade do seu exercício.[59]

Para o que ora importa, a análise dessa garantia sob a sua feição horizontal denota funções precípuas e autônomas que devem, sobretudo de maneira harmônica, respeitar as limitações constitucionalmente impostas às respectivas atribuições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nesse contexto, vale registrar que, a despeito de o mencionado princípio ter fundamento na discricionariedade, evidentemente que é defeso aos Poderes da República usurparem atribuições típicas a eles constitucional e correspectivamente atribuídas. Vale conferir, aliás, o seguinte:

> O princípio da separação de poderes é ancorado na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteiriça. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passa por uma (r)evolução, uma acentuada mudança, e, assim, a separação de poderes. Discricionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas.[60]

[59] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 210-212.

[60] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentários ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 146.

Em outras palavras, trata-se de "garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista" e "nenhum outro princípio de nosso constitucionalismo o excede em ancianidade e solidez".[61]

Portanto, não se pode admitir que, sem expressa autorização constitucional, determinado Poder delegue a outro atribuição que a ele é inerente e indissociável, uma vez que o Poder Constituinte originário definiu uma série de competências com o objetivo de garantir a reciprocidade, a harmonia e a independência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário:

> Ressaltamos serem os "Poderes" (órgãos) independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida quando da manifestação do poder constituinte originário.
>
> Nesse sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como ocorre, por exemplo, com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.[62]

Em razão disso, é nítido que o art. 2º da Lei n. 13.463/2017 viola a literalidade do art. 100, § 6º, da Constituição Federal, segundo o qual "os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral".

A corroborar o exposto, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já reconheceu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.453, que não cabe ao legislador infraconstitucional a edição de legislação com

[61] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 554.
[62] LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 20ª edição. Saraiva Educação, 2012, p. 589.

"restrições que não se coadunam com o direito à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada"[63].

Ademais, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.458, de Relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que não cabe interferência do Poder Legislativo, em regulamentação infraconstitucional, no que diz respeito à administração de valores consignados de ofícios requisitórios pelo Poder Judiciário; vale conferir a elucidativa ementa do julgado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 15.010, DO ESTADO DE GOIÁS, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2004. DECRETO ESTADUAL N. 6.042, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2004. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 01/04 - GSF/GPTJ, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2004. SISTEMA DE CONTA ÚNICA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. PROJETO DE LEI DEFLAGRADO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MATÉRIA QUE DEMANDARIA INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. TESOURO ESTADUAL DEFINIDO COMO ADMINISTRADOR DA CONTA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES.
>
> 1. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida no tocante ao decreto estadual n. 6.042 e à Instrução Normativa n. 01/04, ambos do Estado de Goiás. Não cabimento de ação direta para impugnar atos regulamentares. Precedentes.
>
> 2. A iniciativa legislativa, no que respeita à criação de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais, cabe ao Poder Judiciário. A deflagração do processo legislativo pelo Chefe do Poder Executivo consubstancia afronta ao texto da Constituição do Brasil [artigo 61, § 1º].
>
> 3. Cumpre ao Poder Judiciário a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e

[63] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.453/DF. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Data de Julgamento: 30/11/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2283068>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

> extrajudiciais. Atribuir ao Poder Executivo essas funções viola o disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil, que afirma a interdependência --- independência e harmonia --- entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> 4. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 15.010, do Estado de Goiás. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão 60 [sessenta] dias após a publicação do acórdão.[64]

Como é competência constitucional exclusiva do Presidente do respectivo Tribunal em que foi prolatada a decisão exequenda a operacionalização do pagamento dos precatórios, o art. 2º da Lei n. 13.463/2017, ao "transferir" tal competência para instituição financeira depositária, mostra-se completamente incompatível com a literalidade da Constituição Federal e com o princípio da separação de Poderes.

Inclusive, o art. 535, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, reforça o texto constitucional ao prever a competência do Presidente do respectivo Tribunal para determinar os pagamentos dos créditos inscritos em precatórios. Nos termos do referido dispositivo, "expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal".

Por tudo, é de flagrante inconstitucionalidade a ingerência executivo-administrativa perpetrada pelo art. 2º da Lei n. 13.463/2017, por violação ao princípio da separação de Poderes, uma vez que, de maneira inequívoca, deslegitima a competência do Poder Judiciário para decidir acerca dos pagamentos a ele "consignados diretamente", conforme estabelece o art. 100, § 6º, da Constituição Federal.

[64] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.458/GO. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Data de Julgamento: 21/02/2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.aspclasse=ADI&numero=3458&origem=AP>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

4.2 Afrontas ao princípio da vedação confiscatória e ao direito de propriedade

Conforme amplamente divulgado na comunidade jurídica em geral, o Projeto de Lei n. 57/2017, que culminou na Lei n. 13.463/2017, foi aprovado sob protestos e duras críticas da oposição no Congresso Nacional, que classificou a legislação como confiscatória.[65]

Inicialmente, vale registrar que a Constituição Federal assegura, em seu art. 5º, "caput" e inciso XXII[66], o direito fundamental à propriedade, inerente à ordem jurídico-econômica prevista no texto constitucional, nos termos do art. 170, inciso II[67], também da Constituição.

Diante disso, a Carta Magna prevê que somente poderá ocorrer a expropriação de bens privados em favor do Poder Público em situações de inequívoca excepcionalidade, que também deverão ser previstas constitucionalmente.

A Lei n. 13.463/2017, porém, a pretexto de aumentar a eficiência na utilização de recursos públicos e de dar uma nova destinação a valores já pagos que supostamente teriam sido "abandonados" por inércia do credor, objetivou tão somente um método oblíquo arrecadatório que viola o direito de propriedade e o princípio da vedação ao não confisco. Isso fica evidente na exposição de motivos da referida lei:

> O Projeto de Lei em pauta propõe o cancelamento dos precatórios e RPVs em consonância com o PARECER nº 04/2016/ASSE/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado Geral da União, em que restou assentado que a inércia dos credores de

[65] TEIXEIRA, Matheus. Revista eletrônica Conjur. Sancionada lei que cancela precatórios não sacados dentro de dois anos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-06/sancionada-lei-cancela-precatorios-nao-sacados-dois-anos>. Acesso em 26 de julho de 2018.

[66] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (…) XXII - é garantido o direito de propriedade;

[67] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (…) II - propriedade privada;

> precatórios e requisições judiciais em levantar o numerário depositado estabiliza a situação jurídica da União como proprietária das quantias, e permite a restituição aos cofres públicos.
>
> (…)
>
> 4. A existência de depósitos não levantados representa situação de ineficiência na utilização de recursos públicos para o pagamento de precatório que, por muitas vezes, ficam disponibilizados por mais de dez anos sem que a parte beneficiária saque os recursos.
>
> 5. A implementação desta medida de forma automática e sem a necessidade de manifestação da Administração Pública em cada um dos milhares de processos nesta situação representa economia e racionalização da atuação judicial da Advocacia-Geral da União, podendo impactar imediatamente e de forma positiva o erário em montante superior a R$ 8,6 bilhões de reais.[68]

De início, é fácil perceber a confusão perpetrada pelo legislador infraconstitucional ao tratar de quantias que já integram o patrimônio jurídico de credores do Poder Público. Isso porque a própria exposição de motivos acima transcrita evidencia o caráter confiscatório que traduz a Lei n. 13.463/2017.

Ora, a partir do momento em que a obrigação de pagar quantia certa é efetivamente satisfeita pela União, por meio de precatório ou de Requisição de Pequeno Valor, aquele valor passa a incorporar o patrimônio jurídico do credor, o que constitui, em sentido amplo, propriedade privada. Inclusive, o passivo judicial faz parte das despesas públicas da União; assim, não podem ser tratados como recursos financeiros à disposição do ente público.

Nessa linha, vale registrar que a norma constitucional da não confiscatoriedade (art. 150, IV, da Constituição Federal) tem por função precípua a garantia individual de proteção contra o excesso de poder estatal; tem por escopo vedar eventuais arbitrariedades, como ocorreu pela Lei n. 13.463/2017, que podem ser perpetradas pelo Poder Público:

[68] Excerto da Exposição de Motivos n. 00104/2017-MP, de 10 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 11.10.2017.

> O princípio da não-confiscatoriedade limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados. (...) Estamos confirmando, destarte, que a norma constitucional que impede que os tributos sejam utilizados 'com efeito de confisco', além de criar um limite explícito às discriminações arbitrárias de contribuintes, reforça o direito de propriedade.[69]

Trata-se de uma limitação geral à possibilidade de expropriação de bens incorporados ao patrimônio privado, com o escopo de assegurar e de reforçar o direito de propriedade. Isto é, apesar de a União ter autonomia para decidir a destinação de seus recursos financeiros, mas sempre deve respeitar os direitos constitucionais dos indivíduos e a vedação aos confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal).

Aliás, como a Constituição Federal assegura o direito de propriedade, somente nas hipóteses expressamente nela previstas é que poderão ser consideradas como exceção ao mencionado direito.

A possibilidade de expropriação, portanto, deve ser prevista no texto constitucional. A primeira hipótese é a de desapropriação[70], que possui como pressupostos a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social (arts. 5º, inciso XXIV, e art. 184 da Constituição Federal). A segunda hipótese diz respeito aos empréstimos compulsórios[71], de acordo com os critérios excepcionais previstos no art. 148 da Constituição.

---

[69] CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 98.

[70] A Constituição do Brasil indica, como pressuposto da desapropriação, a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social (arts. 5º, inciso XXIV, e art. 184). Doutrinariamente, costuma-se distinguir essas três hipóteses da seguinte maneira: 1. "existe necessidade pública quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do Estado, o bem particular"; 2. "há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível"; 3. "ocorre interesse social quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição de riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade" (cf. M. Seabra Fagundes, 1984:287-288). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013)

[71] Os empréstimos compulsórios classificam-se em dois grandes grupos: o dos empréstimos ostensivos, autênticos ou puros e o dos empréstimos mascarados, ocultos ou dissimulados. Os empréstimos ostensivos podem, ou não, render juros, mas em regime inflacionário, devem ser indexados à correção

A Lei n. 13.463/2017 não constitui qualquer das hipóteses previstas na Constituição Federal; trata-se, na verdade, de inovação completamente incompatível com a Carta Magna, que, a pretexto de otimizar a utilização de recursos públicos que estariam à disposição da União, acaba por interferir no direito de propriedade e na garantia constitucional da não confiscatoriedade.

O cancelamento unilateral pelas instituições financeiras depositárias de precatórios judiciais e de Requisições de Pequeno Valor federais, sem qualquer autorização da autoridade judiciária competente, a partir de um prazo completamente aleatório e sem qualquer previsão constitucional para impingir sanção por suposta inércia do credor fazendário, consubstancia violação frontal às garantias fundamentais de que dispõem esses cidadãos contra o excesso de poder estatal.

Por consequência lógica à limitação ao direito de propriedade dos credores, a Lei n. 13.463/2017 também viola a coisa julgada material, cuja eficácia será postergada, sem autorização do Poder Judiciário. Isso porque os credores titulares dos montantes confiscados só poderão levantá-los depois de prolatada nova decisão judicial que autorize a expedição de novo precatório, que só poderá ser pago no exercício financeiro seguinte, caso não seja alvo de novos recursos por parte da União.[72]

Portanto, além das inúmeras razões apresentadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755, a inconstitucionalidade da Lei n. 13.463/2017 também está associada, conforme demonstrado, ao manifesto desrespeito tanto à vedação constitucional de confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal) quanto ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal).

5 CONCLUSÃO

monetária. Os empréstimos mascarados aparecem na capitalização compulsória, na conversão forçada, nas antecipações arbitrárias de imposto etc. (TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 424).

[72] SZELBRACIKOWSKI. Daniel Corrêa. Confisco por bancos federais de precatórios e RPVs não sacados é inconstitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-17/daniel-correa-confisco-precatorios-nao- sacados-inconstitucional>. Acesso em 28 de julho de 2018.

Em razão do grave quadro de crise fiscal enfrentado pelo Estado brasileiro nos últimos anos, são renitentes as medidas tomadas pelo Governo Federal (e corroboradas pelo Congresso Nacional) que deixam de observar pressupostos constitucionais basilares e apenas postergam o pagamento de dívidas, em especial as decorrentes de condenações judiciais.

A Emenda Constitucional n. 94/2016, que alterou significativamente a forma de pagamento do passivo judicial pelo Poder Público, e a Lei n. 13.463/2017, que determinou o cancelamento de precatórios não sacados há mais de dois anos, são nítidos e atuais exemplos que, a pretexto de garantirem maior eficiência na gestão de recursos públicos, esbarram em obstáculos constitucionais intransponíveis.

A própria forma como foi aprovada a Emenda Constitucional n. 94/2016 evidencia as dificuldades de se instaurar um regime jurídico de precatórios que seja, no mínimo, compatível com a capacidade orçamentária dos entes federativos. Isso porque, após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.357 e 4.425, foi necessário um esforço conjunto entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal para estabelecer uma sistemática compatível com os termos da decisão que, apesar de declarar a inconstitucionalidade de diversos pontos da Emenda Constitucional n. 62/2009, modulou os efeitos da decisão para os cinco exercícios financeiros seguintes.

A partir da vigência da Lei n. 13.463/2017, foi estabelecida uma data limite para o levantamento de valor depositado a título de precatório ou de Requisição de Pequeno Valor pelo credor, fixado em até o máximo de 2 (dois) anos, contados da data de depósito. Com o fim do prazo para o saque, a legislação prevê o cancelamento do respectivo precatório não sacado. A partir do cancelamento, ocorre a transferência dos valores depositados e não sacados para a Conta Única do Tesouro Nacional.

Diante das manifestas violações ao texto constitucional apresentadas pela mencionada lei, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.755/DF, de

Relatoria da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.

Conforme demonstrado, ao transferir a competência constitucional referente ao pagamento dos ofícios requisitórios do Presidente do Tribunal em que foi prolatada a decisão exequenda para a instituição financeira depositária, o art. 2º da Lei n. 13.463/2017 manifestamente viola a literalidade da Constituição Federal (art. 100, § 6º, da Constituição Federal) e, por consequência lógica, o princípio da separação de Poderes.

Por fim, a partir da expedição do ofício requisitório, aquele valor indubitavelmente passa a incorporar o patrimônio jurídico – privado – do credor fazendário. Por essa razão, a referida legislação incorre em manifesto menoscabo tanto à vedação constitucional de confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal) quanto ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal). Trata-se, portanto, de flagrante desrespeito às garantias fundamentais de que dispõem os cidadãos contra o excesso de poder estatal.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA, Paula Sarno et al. Curso de Direito Processual Civil. Execução. 4 ed. Salvador: JusPodvm, 2013.

BRASIL. Lei n. 12.919, de 24 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12919.htm>.

BRASIL. Lei n. 13.080, de 2 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13080.htm>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MC: Ação Direta de Inconstitucinalidade 5679/DF. Relator: LUIZ ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 07/06/2017, Decisão monocromática, Data de Publicação: Dje-121, 09/06/2017

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucinalidade n. 5.755/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5238859>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questionada emenda constitucional que autoriza uso de depósitos judiciais para pagamento de precatórios. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340700>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/Distrito Federal. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Data de Julgamento: 14/03/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.458/GO. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Data de Julgamento: 21/02/2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.aspclasse=ADI&numero=3458&origem=AP.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.453/DF. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Data de Julgamento: 30/11/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2283068>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Revista Trimestral de Jurisprudência, 144:146, ADIn 581/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Celso de Mello.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DELGADO, José Augusto. Revista de Processos, n. 57, a, 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t.1, n. 78.

FURTADO, J. R. Caldas. Direito Financeiro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 20ª edição. Saraiva Educação, 2012.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diego Zelak. Precatórios: O seu novo regime jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NETO, João Pereira Monteiro. A nova conformação legal da remessa necessária. In Revista de Doutrina e Jurisprudência, v. 52, Brasília, 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. Saraiva, 2016.

SILVA, Américo Luís Martins da. Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV). 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, De Plácido e. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Guaíra, 1948.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STERN, Klaus. Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentários ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SZELBRACIKOWSKI. Daniel Corrêa. Confisco por bancos federais de precatórios e RPVs não sacados é inconstitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-17/daniel-correa-confisco-precatorios-nao-sacados-inconstitucional>.

TEIXEIRA, Matheus. Revista eletrônica Conjur. Sancionada lei que cancela precatórios não sacados dentro de dois anos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-06/sancionada-lei-cancela-precatorios-nao-sacados-dois-anos>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do precatório. In: VAZ, Orlando (Org.). Precatórios: problemas e soluções. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

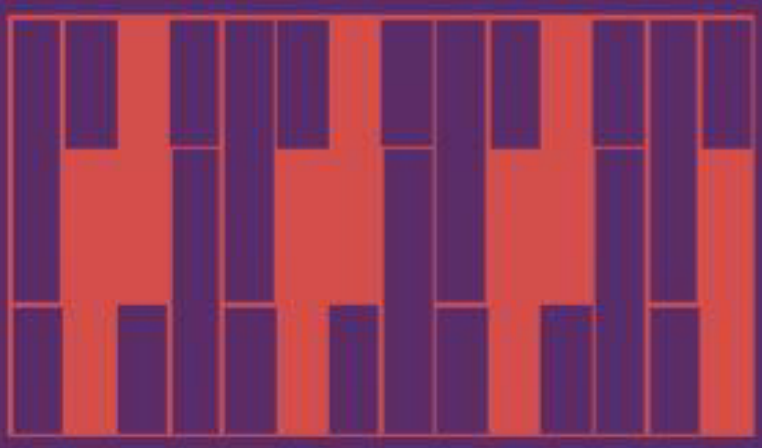
TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VAZ, José Otávio de Vianna. Liquidação do precatório: pagamento, compensação e poder liberatório. In: VAZ, Orlando (Org.). Precatórios: problemas e soluções. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

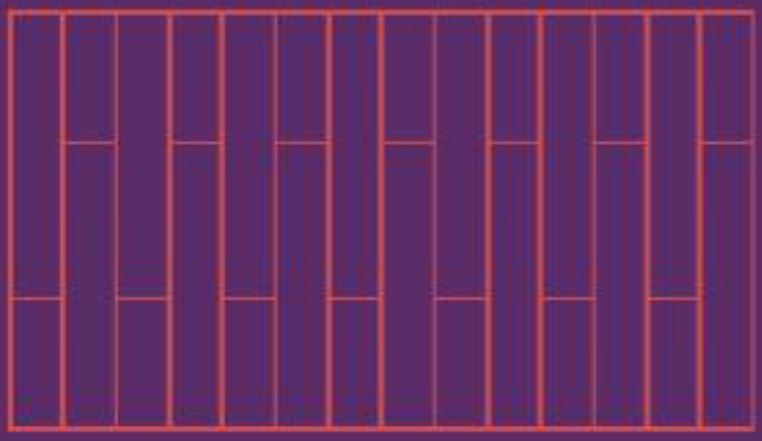
.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.2



Relações Internacionais



UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA AS MULHERES NA NIGÉRIA: A ATUAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO CASO DE TERRORISMO SEXUAL DO GRUPO *BOKO HARAM*

Julia Flausino Traboulsi

RESUMO

Ao longo da história, a mulher esteve em uma posição de inferioridade que a coloca muitas vezes em uma situação de vulnerabilidade, sendo a principal vítima de violência sexual ao redor do mundo. Na tentativa de reverter esse cenário, a Organização das Nações Unidas (ONU) construiu, ao longo dos anos, documentos normativos que promovem os direitos das mulheres, proporcionando-as um amparo teórico de proteção e garantias à sua emancipação e autonomia. Entretanto, mesmo com o trabalho da ONU, os dados mostram que a violência sexual contra as mulheres ainda é usada como demonstração de força e também se mostra como uma das manifestações do terrorismo, um dos exemplos é o grupo terrorista *Boko Haram*, atuante na Nigéria. Mulheres nigerianas são estupradas, torturadas, colocadas à venda e mortas e pouco se fala sobre o assunto no âmbito internacional e poucas medidas são implementadas para contribuir na solução do caso, observando-se uma extrema diferença entre a prática e a teoria do que a ONU pleiteia.

Palavras-chave: Organização das Nações Unidas. Direitos Humanos. Direitos das Mulheres. Efetividade dos Direitos Humanos. *Boko Haram*. Nigéria. Violência sexual.

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre o respeito aos direitos humanos tem si tornado cada vez mais frequente entre os Estados, ganhando força principalmente no âmbito da Organização das Nações Unidas. Diante de um discurso moral, tais direitos são

promovidos e defendidos a fim de proteger todos os indivíduos das desigualdades e injustiças e garanti-los a dignidade humana.

Diversos grupos, em situação de vulnerabilidade e que foram historicamente tratados de forma desigual, passam a ganhar uma atenção especial a partir da ótica dos direitos humanos, estando as mulheres entre esses grupos. Nesse sentido, a elas foram concedidos múltiplos direitos no âmbito internacional, considerados fundamentais e primordiais ao ser humano, com o objetivo de garanti-las uma maior proteção e emancipação, reconhecendo que são um objeto de discriminação e violência, principalmente em situações de conflitos armados.

Apesar das Nações Unidas garantirem às mulheres esse amparo teórico universal, diversas delas continuam não tendo acesso a ele, como é o caso das mulheres na Nigéria. Durante muitos anos, e até os dias de hoje, as nigerianas tem sido alvos de violência pelo grupo terrorista *Boko Haram*, o qual tem utilizado principalmente da violência sexual como uma arma de guerra. Milhares de mulheres estão sendo violentadas e mortas, sendo submetidas a situações completamente desumanas e sendo inteiramente destituídas de seus direitos.

Como tem sido a participação da Organização das Nações Unidas (ONU) em solucionar o caso de violência sexual contra a mulher pelo *Boko Haram*? Esse é problema central em que se busca entender, na medida em que se verifica a ausência de uma ação efetiva da Organização. Dessa forma, busca-se entender as medidas adotadas pela ONU em relação a violência sexual contra as mulheres, bem como analisar a atual atuação do *Boko Haram*, para, assim, relatar como tem sido a contribuição Nações Unidas no combate ao terrorismo sexual do grupo e verificar a aplicabilidade dos tratados internacionais na situação da Nigéria.

No primeiro capítulo, analisa-se os propósitos e objetivos da ONU, bem como a teoria dos direitos humanos por ela defendido. Procura-se apresentar os múltiplos atos internacionais a respeito dos direitos humanos da mulher,

principalmente aqueles que condenam e proíbem a violência sexual, a fim de demonstrar o compromisso e as promessas da Organização com as mulheres.

No segundo capítulo, analisa-se a história do grupo terrorista *Boko Haram* — buscando fazer uma breve retrospectiva desde de sua criação, descrevendo suas ideologias e objetivos – e a forma como ele vem atuando na Nigéria, ressaltando a utilização da violência sexual contra a mulher como uma arma de guerra, além de acentuar as múltiplas consequências físicas e psicológicas que podem ser geradas nas vítimas. Em seguida, busca-se entender o motivo do uso dessa forma de terrorismo, a partir de uma perspectiva do valor do corpo feminino, além relatar o comprometimento do governo nigeriano com as mulheres.

Feitas essas considerações, procura-se apresentar, no terceiro capítulo, a atuação das Nações Unidas na Nigéria em defesa das mulheres nigerianas, a partir do ano de 2014, expondo-se, então, as medidas adotadas pelo Conselho de Segurança da ONU e as contribuições do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) às vítimas de violência sexual na Nigéria. Dessa forma, demonstra-se que as tentativas de contribuição internacional têm sido insuficientes e ineficazes e que há falta de uma ação internacional efetiva, que saia do plano teórico, para a transformação dessa situação.

Ainda no terceiro capítulo, busca-se entender esta apatia da comunidade global em relação às atrocidades causadas pelo *Boko Haram* a partir de uma visão do teórico neorrealista, John Mearsheimer, além de analisar a aplicação múltiplos atos internacionais sobre os direitos das mulheres na Nigéria.

Esse tema foi escolhido devido à falta de discussão e preocupação, no âmbito internacional, a respeito das atrocidades cometidas pelo *Boko Haram* contra as mulheres. Assim sendo, apesar da pesquisa ter sido feita no Brasil, ela é uma boa contribuição à academia por ser um tema pouco abordado e estudado.

2 DIREITOS HUMANOS: INTERNACIONALIZAÇÃO

Conceitos como humanidade, direitos humanos, ser humano e pessoa humana, foram sendo elaborados, aperfeiçoados e entendidos, ao longo do tempo, a partir de processos históricos – muitas vezes atrozes, como foi a Segunda Guerra Mundial – até chegarem a ser entendidos como hoje. "Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (BOBBIO, 2004, p. 9).

O gradativo desenvolvimento dos Direitos Humanos, vai, então – a partir de sua perspectiva de igualdade, justiça social e dignidade da pessoa humana – evidenciar questões sociais antes silenciadas, tais como a desigualdade de gênero, racismo, disparidades socioeconômicas, etc. Tanto como os conceitos e as normativas sobre direitos humanos, foi-se criando também, com o passar dos anos, organismos internacionais que fundamentalmente possuem a tarefa de organizar, proteger, estabilizar e monitorar os entendimentos entre os Estados sobre os direitos humanos e a proteção dos indivíduos, a fim de garantir tais direitos.

A Liga das Nações, criada em 1919, foi a primeira instituição internacional com essa característica e tinha como finalidade assegurar a paz no mundo e, principalmente, conferir estabilidade ao sistema internacional. Esta foi criada no fim da Primeira Guerra Mundial, com o objetivo principal de evitar que as atrocidades geradas na guerra voltassem a ocorrer, tendo em vista que todos os países envolvidos sofreram consequências evidentemente desastrosas. Assim, buscava reunir todas as nações e, funcionando como um meio de mediação entre elas, evitar futuros conflitos, na tentativa de manter a paz no sistema internacional. A organização baseava-se na cooperação entre os Estados, no respeito ao direito internacional, na segurança coletiva e na igualdade e democracia, adotando diversas cláusulas para conseguir implementar esses princípios.

Entretanto, a Liga enfrentou diversos problemas e crises que levaram ao seu enfraquecimento no decorrer dos anos. Decisões inadequadas, ineficiência de seus órgãos, incapacidade de impor seus princípios e a imprevisibilidade das ações de alguns Estados fizeram com que os Estados deixassem de crer na sua funcionalidade, colocando de lado os acordos que foram firmados. Os princípios base do Pacto foram quebrados e ficou evidente que não conseguiram cumprir com o seu próprio propósito de criação, perdendo completamente sua legitimidade. A existência da Liga das Nações foi esvaziada de sentido e enterrada pela Segunda Guerra Mundial, tendo o seu fim em 1946.

Da mesma forma como aconteceu após a Primeira Guerra Mundial, diante das sequelas causadas pela Segunda Guerra Mundial e com a intenção de impedir outro conflito com as mesmas consequências desastrosas, visou-se a necessidade de uma solidariedade entre as nações que restabelecesse o futuro das relações internacionais e, então, garantisse a proteção dos indivíduos em relação ao autoritarismo do Estado. Os países vitoriosos da Segunda Guerra insistem na criação de uma nova organização internacional que substituísse a Liga das Nações, fato que deu origem a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945.

As Nações Unidas vão desempenhar um papel extremamente importante como grande mantenedora da paz e protetora dos direitos humanos. Sua criação é um marco para os direitos humanos, ganhando força com a ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. É a partir desse momento que se inicia a internacionalização e difusão dos direitos humanos ao redor do mundo, os quais "invocam uma plataforma emancipatória voltada a proteção da dignidade humana" (PIOVESAN, 2010, p. 47).

Conforme Norberto Bobbio (2004, p.18) afirma:

> Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha de alguns valores comuns; e podemos finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal

> crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

Devido as diversas desigualdades e atrocidades causadas à pessoa humana ao longo da história e com o reconhecimento da necessidade de se respeitar os direitos naturais de qualquer ser humano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece nos seus 30 artigos um conjunto de valores que devem ser defendidos, respeitados e promovidos pelos Estados. Tais direitos terão como base a ética dos direitos humanos, a qual Piovesan (2010, p. 48) afirma que:

> É a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Os direitos humanos passam a defender uma espécie de sacralização da pessoa humana, na qual o corpo humano passa a ser considerado inviolável, "que não deve ser profanado, atingido, danificado; vale dizer que não deve ser objeto de violência" (ALMEIDA, 2015, p. 29). Os direitos e valores estabelecidos pela Declaração de 1948 baseiam-se, então, em três princípios. São inerentes ao ser humano, iguais a todos os indivíduos — independentemente de sua raça, cor, sexo, idioma, religião, origem nacional ou qualquer outra condição, ou seja, sem qualquer tipo de discriminação — e universais — sendo então aplicáveis por toda parte (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Esses direitos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados e a Declaração baseou-se, exclusivamente, na ideia de que a condição de pessoa é o único requisito para se ter tais direitos (PIOVESAN, 2013).

Alguns dos artigos ratificados na Declaração é o da proibição da escravidão, servidão e tráfico de escravos, proibição da tortura, direito de proteção contra qualquer discriminação, direito ao acesso de tribunais nacionais que julguem casos de violação dos direitos fundamentais da constituição, direito à liberdade, direito à segurança social, direito a uma ordem social e internacional que proporcione a

realização de todos os outros direitos, além de muitos outros (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Tais direitos possuem o objetivo de proteger as liberdades fundamentais, a dignidade e o valor de cada pessoa, além de assegurar a justiça e a paz mundial.

Os direitos e valores propostos na Declaração passaram a ser um dos lemas mais defendidos pela ONU e constituiu uma das bases mais importantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, integrando-se ao Sistema Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. O sistema global vai ser estruturado por diversos tratados, pactos, convenções e declarações a respeito das mais variadas violações aos direitos humanos e vai abranger toda a comunidade internacional. Dessa forma, Flávia Piovesan (2013, p. 333) afirma que:

> Isso significa que o campo de incidência do aparato global de proteção não se limita a determinada região, mas pode alcançar, em tese, qualquer Estado integrante da ordem internacional, a depender do consentimento do Estado no que se atém aos instrumentos internacionais de proteção.

Os sistemas regionais, por sua vez, Sistema Interamericano, Sistema Africano e Sistema Europeu, vão buscar internacionalizar os direitos humanos nas suas respectivas regiões – aperfeiçoando-os de acordo com sua peculiaridade regional (PIOVESAN, 2013).

2.1 Organização das Nações Unidas (ONU)

Criada em junho de 1945, através da ratificação da Carta de São Francisco por 51 países[1], a Organização das Nações Unidas (ONU) vai ter, então, um papel fundamental na interação entre os Estados, na manutenção da paz e principalmente

[1] Os membros-fundadores da ONU são: África do Sul, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Belarus, Bélgica, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Egito, El Salvador, Equador, Estados Unidos, Etiópia, Federação Russa (antiga URSS), Filipinas, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Holanda – Países Baixos, Honduras, Índia, Irã, Iraque, Líbano, Libéria, Luxemburgo, México, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Dominicana, Síria, Turquia, Ucrânia, Uruguai e Venezuela. A República Federal Socialista da Iugoslávia e a Tchecoslováquia foram membros fundadores da ONU até suas dissoluções (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL).

na internacionalização dos direitos humanos. Esta será, portanto, até os dias de hoje, a organização internacional que vai lutar, defender e garantir o acesso aos direitos e liberdades fundamentais a todo e qualquer indivíduo, substituindo a Liga das Nações.

Sua estrutura, no entanto, é mais complexa, dispondo de cinco órgãos principais: Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, Secretariado e Corte Internacional de Justiça.

A Assembleia Geral é o órgão central da Organização, sendo um ambiente de tomada de decisão. A Assembleia é composta por todos os Estados-membros e todos possuem direito a voto. Reunindo-se em sessões anuais, os membros podem discutir qualquer tema que seja de finalidade da Carta, tomando, então, decisões relacionadas a diversas questões, tais como recomendações ao Conselho de Segurança relativas à manutenção da paz e da segurança internacional, à admissão e expulsão de membros, entre outros (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

O Conselho de Segurança é o principal responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional, tendo suas atribuições específicas enumeradas ao longo da Carta. É constituído apenas por 15 Estados-membros, os quais cinco deles são permanentes - China, Estados Unidos, França, Inglaterra e Rússia - e os outros dez são não-permanentes, reeleitos a cada dois anos. Todos possuem direito a voto, porém, para os permanentes “prevalece a regra de unanimidade do processo de tomada de decisões. Daí decorre um verdadeiro direito de veto, meio pela qual podem bloquear todas as decisões do Conselho” (SEITENFUS, 2003, p. 126). Independentemente da decisão desse órgão, todos os membros das Nações Unidas se comprometem a aceitá-las e a executá-las.

De acordo com a Carta das Nações (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945), o Conselho Econômico e Social é responsável por realizar estudos, no âmbito internacional, relativos a assuntos econômicos, sociais, culturais e educacionais e fazem recomendações à Assembleia Geral. O Secretariado é

conduzido por um Secretário-geral, o qual é um dos principais funcionários da instituição, sendo responsável pela rotina administrativa e, eventualmente, política da ONU, além de exercer grande influência dentro da organização e no mundo exterior. Finalmente, a Corte Internacional de Justiça – a qual orienta-se de acordo com seu Estatuto, anexado ao fim da Carta – é o principal órgão judiciário das Nações Unidas, em que os Estados-membros se comprometem a respeitar todas as suas decisões.

A ONU (1945) possui quatro propósitos gerais: manter a segurança e a paz internacional, desenvolver uma relação entre os Estados-membros baseada no respeito ao princípio de igualdade, conseguir uma cooperação internacional para resolver problemas internacionais e ser um centro de harmonização das ações das nações. Para alcançar esses propósitos, dispõe-se de sete princípios, entre eles igualdade entre os membros, cumprimento das obrigações assumidas na Carta por parte das Nações, solução de controvérsias por meios pacíficos, comprometimento em evitar o uso da força, além de prestar auxílio uns aos outros (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945). A solução pacífica de controvérsias é descrita no capítulo seis da Carta das Nações Unidas. A guerra continua sendo a última instância para se solucionar um conflito, prezando sempre pelos meios pacíficos. Dessa forma, as partes da controvérsia devem tentar encontrar uma solução por "negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a organismos ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, p. 25). Caso esses meios não solucionarem a controvérsia, essa deverá ser submetida ao Conselho de Segurança, o qual fará recomendações às partes ou decidirá que medidas devem ser tomadas, tendo ainda em vista uma solução pacífica.

É de responsabilidade do Conselho de Segurança investigar todas situações de ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão, que possa vir a se transformar em um conflito internacional para, assim, fazer recomendações de diálogo entre as

partes envolvidas ou aplicar certas medidas provisórias à estas, a fim de prevenir o conflito. Dispostas no capítulo sete, tais medidas "poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, p. 30). A intervenção militar por parte dos Estados-membros, com uso das forças armadas, ocorrerá apenas quando todas essas medidas se demonstrarem ineficazes e também como uma forma de legítima defesa destes.

Nesse sentido, quando um conflito armado é iniciado, desencadeando uma crise humanitária, a ONU passa a aderir ações preventivas humanitárias através de operações de paz, atuando, então, dentro do conflito com o objetivo de tomar medidas efetivas para a garantia dos direitos humanos e a proteção dos civis que estão dentro do conflito. Entretanto, essa atuação só poderá ser implementada se houver uma autorização explícita e contínua dos Estados em conflito.

Se autorizada sua atuação, a organização adotará um papel de *peacemaking*, *peacekeeping*, *peacebuilding* e *peace enforcement*[2]. Segundo Priscila Faganello (2013), as tarefas de *peacemaking* serão aquelas destinadas a solucionar conflitos em andamento por intermédio de ações diplomáticas, ou seja, buscam o fim do conflito de forma pacífica, por meio de um acordo de paz ou num cessar-fogo. Após um acordo de paz, a missão de *peacekeeping* é implementada — sendo um dos papéis mais importantes e reconhecidos da Organização — a qual será:

> Not only to maintain peace and security, but also to facilitate the political process, protect civilians, assist in the disarmament, demobilization and reintegration of former combatants; support the organization of elections, protect and promote human rights and assist in restoring the rule of law3 (UNITED NATIONS PEACEKEEPING).

[2] Estabelecimento da paz, manutenção da paz, construção da paz e imposição da paz (Tradução livre).
[3] Não apenas para manter a paz e a segurança, mas também para facilitar o processo político, proteger os civis, assessorar no desarmamento, desmobilizar e reintegrar antigos combatentes; dar suporte na

Nas missões de *peacekeeping*, a ONU envia os *peacekeepers* – conhecidos também como capacetes azuis – para essas áreas de conflito com o objetivo de fornecerem uma contribuição humanitária, melhorarem sua resolução, além de restabelecerem a paz e a estabilidade no território, atuando de forma neutra e imparcial e utilizando o uso da força apenas quando necessário para legítima defesa (AMAESE, 2016). Após a paz ter se tornado uma realidade, o *peacebuilding* será direcionado para realizar mudanças estruturais que levaram ao conflito, para, assim, se ter uma paz de longo prazo.

Nas operações de paz, o uso da força vai ser sempre deixado como última instância, sendo utilizado, principalmente, como forma de autodefesa dos capacetes azuis. Portanto, quando as medidas pacíficas não tiverem êxito, será implementado o *peace enforcement*, o qual parte-se da utilização de medidas coercitivas, com o uso da força, para se estabelecer a paz e a segurança internacional (FAGANELLO, 2013). Dessa forma, a força poderá ser utilizada com o "objetivo de proteger civis em ameaça eminente de ataque físico e de prover assistência às autoridades estatais na manutenção da lei e da ordem" (NETO, 2010, p.79), para, assim, evitar que o sofrimento dos civis perpetue por muito tempo e garantir que os direitos humanos, assumidos e desenvolvidos ao longo do tempo pela organização, sejam respeitados.

Essas operações de paz vão ocorrer, principalmente, devido ao papel das Nações Unidas de estabelecer a paz e garantir os direitos humanos. Todo o corpo que constitui a organização vai agir em prol do Direito Internacional dos Direitos Humanos, defendendo e garantindo que – através do sistema global e regional de proteção – cada vez mais, todos os indivíduos tenham acesso aos seus direitos e liberdade e, consequentemente, à justiça.

2.2 Sistema Internacional de Proteção dos Diretos Humanos: mulheres e violência sexual

organização de eleições, proteger e promover os direitos humanos e auxiliar na tarefa de reinstaurar um Estado de direito (Tradução livre).

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos foi, ao longo do tempo, ampliado através da ratificação de uma série de tratados e resoluções internacionais que tiveram como objetivo garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, emancipando diversos grupos e abrindo espaço para múltiplas questões que, anteriormente, eram pouco discutidas.

Entre esses tratados e resoluções, estão aqueles referentes às mulheres que tratam da igualdade e equidade de gênero, emancipação feminina, direitos humanos das mulheres e a violência sexual, etc. Ganhando maior atenção apenas a partir das década de 70, as Nações Unidas declaram o ano de 1975 o Ano Internacional da Mulheres, realizando a Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, na Cidade do México, a qual teve como seus principais objetivos o de promover uma conscientização da permanente discriminação mundial contra as mulheres, bem como impulsionar a emancipação destas, aumentar suas participações em fortalecer a paz mundial e estabelecer uma discussão da igualdade de gênero (UN WOMEN, 2000). A Conferência proclamou o período entre 1976 e 1985 a Década da Mulher – o qual abriu um processo de debates, negociações e estabelecimento de objetivos para a erradicação da discriminação contra a mulher – e adotou, então, um Plano de Ação Mundial que estabelece algumas metas que deveriam ser alcançadas pelos Estados-membros até 1980, afim de garantir igual acesso às mulheres para recursos como saúde, educação, emprego, entre outros (UN WOMEN, 2000).

Tendo em mente os objetivos da Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, a Assembleia Geral adotou em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), sendo o primeiro tratado de direitos humanos que aborda e defende os direitos das mulheres. Constituída de 30 artigos, a Convenção define o conceito de discriminação contra a mulher, como:

> Toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher,

> independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979 apud SENADO FEDERAL, 2013, p.173)

Além disso, a Convenção estabeleceu uma agenda para ação nacional em que os Estados-membros se comprometeram a tomar uma série de medidas para erradicar a discriminação contra as mulheres. As medidas são estabelecer uma legislação nacional de proteção às mulheres numa base de igualdade de gênero – inclusive para eliminar o tráfico de mulheres e exploração da prostituição – tomar medidas apropriadas para eliminar qualquer preconceito ou costumes baseados na ideia de inferioridade feminina, garantir a igualdade entre homens e mulheres nos seguintes direitos: ao voto nas eleições, ao trabalho, às oportunidades de emprego, à remuneração, à proteção da saúde e à segurança, entre outros (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979 apud SENADO FEDERAL, 2013).

Em 1980, é realizado, na cidade de Copenhague, a Segunda Conferência Mundial sobre a Mulher. Esta tinha como objetivo fazer uma revisão do Plano de Ação Mundial estabelecido na Primeira Conferência de 1975, o que fez com que se demandasse medidas nacionais mais fortes que melhorassem os direitos das mulheres, haja vista que poucas metas haviam sido alcançadas (ONU MULHERES BRASIL). Cinco anos depois, realizou-se a Terceira Conferência Mundial sobre a Mulher, em Nairóbi. Nesta, foi feita uma revisão sobre as realizações durante a Década das Mulheres, tendo em vista que essa havia completado sua durabilidade, chegando à conclusão de que os objetivos estabelecidos na primeira e na segunda Conferência não foram devidamente cumpridos, atingindo apenas um número pequeno de mulheres, de acordo com o site da *UN Women* (2000). Segundo o mesmo site (2000), passa-se a adotar, então, as Estratégias Prospectivas de Nairóbi para o Progresso da Mulher para o ano de 2000, cobrando mais por parte dos governos e realizando diversas recomendações para contribuir com a igualdade de

gênero no âmbito doméstico, as quais variaram entre diversos temas, tais como segurança, saúde, emprego, educação, serviço social, entre outros.

Até então, assuntos relacionados à violência contra a mulher eram muito pouco discutidos, podendo-se afirmar que na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher não há nenhum artigo que fale explicitamente sobre o assunto, apenas de forma indireta, sendo subentendido através de artigos que envolvem a temática. Esse cenário começa a mudar a partir da Conferência de Nairóbi, em que "pela primeira vez, se fez recomendações diretas e claras à questão da violência contra a mulher" (MATUELLA, 2017, p. 1283), marcando a fixação dessa questão na agenda internacional. Tais recomendações podem ser analisadas ao longo da Estratégias Prospectivas de Nairóbi para o Progresso da Mulher (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES, 1985), sendo algumas delas a afirmação da necessidade dos governos tomarem medidas legislativas mais eficazes em relação a crimes que envolvem vítimas mulheres – incluindo aqueles relacionados à violência física e sexual, como o abuso sexual e o estupro, e também ao assédio moral – a recomendação da adoção de medidas que dê assistência a essas mulheres, a indispensabilidade dos Estados reconhecerem os direitos que garantem a liberdade das mulheres contra assédio, exploração sexual e prostituição, entre outras.

Em junho de 1993, adotou-se a Declaração e Programa de Ação de Viena, aprovada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, a qual teve como objetivo aumentar os esforços de proteção e promoção dos direitos humanos. Esta ressaltará a relevância da questão sobre a violência sexual – especificamente em casos de conflitos armados – e principalmente da sua eliminação, sendo esta uma violação a dignidade humana. A Declaração evidenciará que:

> The World Conference on Human Rights calls upon the General Assembly to adopt the draft declaration on violence against women and urges States to combat violence against women in accordance with its provisions. Violations of the human rights of women in situations of armed conflict are violations of the fundamental principles of international

> human rights and humanitarian law. All violations of this kind, including in particular murder, systematic rape, sexual slavery, and forced pregnancy, require a particularly effective response[4] (CONFERÊNCIA MUNDIAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1993).

Nesse sentido, no final de 1993, a ONU ratifica a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, a qual surge a partir do reconhecimento de que a violência sexual impede o alcance da paz e da igualdade – conforme salientado na Conferência de Nairóbi – além de ter o intuito de fortalecer e complementar a CEDAW para o fim da violência contra a mulher. Esta passará a ser a primeira declaração que especificamente vai tratar sobre o assunto, trazendo, então, diversas constatações importantes para a comunidade internacional, afirmando que essa violação vai contra os direitos fundamentais e primordiais da mulher e reconhecendo que:

> Violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between men and women, which have led to domination over and discrimination against women by men and to the prevention of the full advancement of women, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men[5] (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Além disso, tem-se uma maior preocupação com algumas mulheres especificas pelo fato de serem consideradas mais vulneráveis às violações: indígenas, refugiadas, as que vivem no meio rural, crianças, bem como as que estão

[4] A Conferência Mundial dos Direitos Humanos invoca a Assembleia Geral a adotar o projeto de declaração sobre a violência contra a mulher e insta aos Estados a combaterem a violência contra a mulher em conformidade com suas disposições. Violações dos direitos humanos das mulheres em situações de conflitos armados são violações dos princípios fundamentais dos direitos humanos internacionais e da lei humanitária. Todas as violações desse tipo, incluindo homicídio, estupro sistemático, escravidão sexual, e gravidez forçada, requerem uma resposta particularmente efetiva. (Tradução livre)

[5] A violência contra as mulheres é uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre os homens e as mulheres, que levaram à dominação e à discriminação das mulheres pelos homens e à prevenção do pleno avanço das mulheres, e que a violência contra as mulheres é uma das questões sociais cruciais pelo qual as mulheres são forçadas a uma posição subordinada em comparação com os homens. (Tradução livre)

em áreas de conflitos armados, entre outras (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Dispondo-se de seis artigos, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher define a violência contra a mulher como "*any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life*"[6] (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

No segundo artigo, reconhece-se que a violência contra a mulher pode ser interpretada de diversas formas – tais como violência física, sexual e psicológica, abuso sexual, estupro, mutilação genital, assédio sexual, tráfico de mulheres e prostituição forçada – podendo ocorrer em ambiente familiar, na comunidade ou fora dela (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993). Descritas no quarto artigo, a Assembleia Geral das Nações Unidas (1993) recomenda diversas medidas com o fim de alcançar a eliminação da violência contra a mulher e respeito aos direitos das mulheres. Essas medidas são dadas como, por exemplo, no dever do Estado de elaborar sanções penais, civis, trabalhistas e administrativas no sistema normativo nacional para julgar e punir adequadamente os casos de vítimas da violência — para, assim, evitar que a violação ocorra devido à falta de leis — bem como adotar medidas que garantem a efetividade da polícia local para eliminar tal violência, os Estados também devem, de acordo com suas possibilidades e com a cooperação internacional, disponibilizar assistência especializada às vítimas e a seus filhos, entre outras medidas (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Em 1995, na cidade de Pequim, foi realizada a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher. Sendo considerada uma nova etapa na luta pela igualdade de gênero,

[6] Qualquer ato de violência baseada em gênero que resulte, ou que seja provável que resulte, em dano físico, sexual ou psicológico ou sofrimento às mulheres, incluindo ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, seja na vida pública ou na vida privada. (Tradução livre)

ela foi a maior das conferências e a mais importante, tendo em vista o número de participantes presentes e os avanços que foram propostos (UM WOMEN, 2000). Essa Conferência analisou as metas atingidas pelas outras três conferências e estabeleceu o necessário para que as mulheres gozassem de todos os seus direitos e alcançassem seu desenvolvimento integral como pessoa (VIOTTI, 2006). Sendo assim, segundo o site da *UN Women* (2000), a Quarta Conferência reconheceu que o empoderamento feminino – o qual coloca o homem e mulher em posições igualitárias – depende essencialmente da reestruturação de toda a sociedade e suas instituições.

Foi adotada a Plataforma de Ação de Pequim, em que os Estados se comprometeram a incluir as questões de gênero em todas suas instituições, políticas, planejamentos e tomadas de decisões, analisando os efeitos que estes causariam às mulheres e aos homens, adequando-os as suas necessidades (UN WOMEN, 2000). Além disso, a Plataforma, estabeleceu doze áreas de preocupação prioritárias dos direitos das mulheres, as quais necessitam de ações concretas dos governantes e da sociedade civil. Algumas dessas áreas são: pobreza, educação, saúde, violência contra a mulher, conflitos armados, economia, poder de decisão, entre outros (VIOTTI, 2006). A Quarta Conferência marcou a inclusão definitiva dos direitos das mulheres como direitos humanos e a questão de igualdade de gênero como uma questão universal.

2.3 A violência sexual em conflitos armados

Apesar do assunto sobre violência sexual em conflitos armados já ter sido discutido em vários encontros, a comunidade internacional foi realmente reconhecer e preocupar-se com essa questão somente a partir dos anos 90. As barbaridades causadas pela guerra civil na ex-Iugoslávia e também em Ruanda foram extremamente marcadas pela violência sexual, nas quais aproximadamente sessenta

e quatro mil mulheres foram estupradas na Bósnia e cerca de quinhentas mil mulheres foram abusadas sexualmente em Ruanda (CRAWFORD, 2013).

Em 1993, há a instauração do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e, no ano seguinte, sua instauração para Ruanda pelo Conselho de Segurança da ONU. Ambos passam a reconhecer o estupro como um crime de guerra, um crime contra a humanidade e uma forma de genocídio, aderindo, então, aos objetivos de realizar investigações, julgamentos e condenações de tais crimes que ocorrem nos países (MATUELLA, 2017).

Em 2000, as Nações Unidas adotam a Resolução 1325 sobre Mulheres, Paz e Segurança, sendo a primeira resolução que reconhecerá os impactos dos conflitos armados sobre as mulheres, especialmente a violência sexual. Tal resolução vislumbra, principalmente, a necessidade de promover a imagem da mulher em papeis de liderança, tomadas de decisões e de manutenção e construção da paz, ressaltando também a importância das partes envolvidas nos conflitos à adotarem medidas que – além de efetivar o direito internacional e os direitos humanos – protejam as mulheres contra abusos sexuais durante períodos de guerra e ressalta também a responsabilidade das partes em acabar com a impunidade dos responsáveis por genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, incluindo os casos de violência sexual (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000).

Quatro resoluções subsequentes foram ratificadas a fim de aprimorar as recomendações da Resolução 1325 e defender os direitos das mulheres, sendo, dessa forma, considerados os cinco documentos de referência para o fim da violência contra a mulher. Em 2008, é criada a segunda geração desses documentos: Resolução 1820. Com o objetivo de fortalecer e promover os direitos das mulheres e condenando todo e qualquer tipo de violência contra a mulheres em conflitos armados, a Resolução pela primeira vez considerou que as mulheres e meninas são alvos do uso da violência sexual, inclusive "*as a tactic of war to humiliate, dominate, instil fear in, disperse and/or forcibly relocate civilian members of a*

community or ethnic group"[7] (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 1). Sendo tal violação colocada como uma tática de guerra, ela passa a ser entendida como um ato intencionalmente cometido pelo inimigo com o intuito de atingir seus objetivos e não mais como uma mera consequência dos conflitos armados, sendo, então, considerada como uma arma de guerra proibida.

Dessa forma, será afirmado na Resolução 1820 que a violência sexual pode ser considerada um crime de guerra, um crime contra a humanidade, com relação ao genocídio, enfatizando que a violência sexual ou qualquer violação à mulher e ao seu corpo pode impedir a restauração da paz e da segurança internacional, passando a ser adotada como um assunto da agenda do Conselho (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008). Logo, a partir dessa resolução, a violência sexual como arma de guerra passa a ser uma questão de segurança internacional, reafirmando e exigindo que todos os Estados estabeleçam medidas que protejam as mulheres e meninas de qualquer forma de violência sexual, incluindo com o uso da força, e enfatizando a necessidade de pôr fim a impunidade de tais atos, aderindo, então, uma política de tolerância zero para a exploração e o abuso sexual (CRAWFORD, 2013). Além disso, solicitou-se ao Secretário-geral da ONU a implementação de operações de *peacekeeping* e *peacebuilding* que contribuam com a proteção e a prevenção do abuso contra as mulheres (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Seguidamente, em setembro de 2009, aprovou-se a Resolução 1888, a fim de fortalecer as resoluções passadas e reafirmar os compromissos e responsabilidades dos Estados e da própria ONU em relação a questão da violência sexual contra as mulheres em conflitos armados, atribuindo extrema relevância ao tema. Essa, reafirmará que a violência sexual, quando usada como uma tática de guerra, poderá corresponder a um impedimento da paz e da segurança internacional, solicitando que

[7] Como uma tática de guerra para humilhar, dominar, incutir medo, dispersar e/ou realocar forçadamente membros civis de uma comunidade ou grupo ético. (Tradução livre)

os Estados adotem medidas judiciais que condenem devidamente os agressores da violência sexual, a fim de garantir que as vítimas tenham acesso à justiça (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009a). Também foi solicitado na Resolução 1888 que o Secretário-geral assegure que um apoio técnico seja fornecido aos Estados em conflito, a fim de contribuir no treinamento de seus militares para aprenderem a lidar com a violência sexual (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009a).

As duas resoluções consecutivas – Resolução 1889 (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009b), ainda do ano de 2009, e Resolução 1960 (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010), do ano de 2010 – serão criadas com a finalidade de reforçar as recomendações e os objetivos das resoluções anteriores e encorajar uma implementação mais efetiva das mesmas pelos Estados, reconhecendo a constante incapacidade de lidar com as questões referentes às mulheres.

Todos esses longos anos de negociação e evolução a respeito das mulheres, desde a Primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres, foram essenciais para incentivar muitas outras resoluções, declarações, conferências e campanhas com o objetivo de promoverem e desenvolverem as recomendações já estabelecidas e para que, assim, houvesse uma implementação mais firme e definitiva destas. Entre essas ações da ONU, está a criação da ONU Mulheres, em julho de 2010, a qual teve extrema relevância para o futuro das mulheres.

A ONU Mulheres, Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres, é responsável por disseminar e fortalecer os direitos humanos das mulheres, criar programas para a equidade de gênero e promover mais igualdade e defesa das mulheres. Defendendo os compromissos dos Estados-membros com os direitos das mulheres, a ONU Mulheres vai focar em cinco principais áreas de atuação, sendo elas:

> Aumentar a liderança e a participação das mulheres, eliminar a violência contra as mulheres e meninas, engajar as mulheres em todos os aspectos dos processos de paz e segurança, aprimorar o empoderamento econômico das mulheres e colocar a igualdade de gênero no centro do planejamento e dos orçamentos de desenvolvimento nacional (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL).

Os acordos adotados pelos Estados-membros da ONU, desde a Primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres, foram fundamentais para alavancar e fortalecer a discussão da igualdade de gênero, emancipar as mulheres, atribuir a devida atenção e relevância a questão da violência sexual contra a mulher diante da população mundial e, finalmente, posicionar as questões das mulheres na agenda internacional.

> Ficou claro que essas declarações, como as de outras conferências, são apenas discursos políticos e simbólicos que não vinculam responsabilidades para os Estados. Porém, elas criam precedentes para que haja uma maior pressão de movimentos organizados de mulheres da sociedade civil que possam demandar atenção para a problemática e, principalmente, requerer ações de maneira legitimada. (MATUELLA, 2017, p. 1286).

A partir desses acordos, a comunidade internacional vai se comprometer em assegurar o respeito dos direitos humanos e das normas que dizem respeito às mulheres e meninas com um discurso de igualdade e universalidade na sua aplicação, sem haver qualquer tipo de discriminação, para que as mulheres tenham acesso à dignidade e justiça. Devido a essa responsabilidade dos Estados, as violações desses direitos, principalmente em conflitos armados, ganham uma força ainda maior para que sejam discutidas e interferidas pelos Estados a fim de solucioná-las.

3 *BOKO HARAM*: HISTÓRIA E INSURGÊNCIA

A Nigéria vem sofrendo uma enorme crise interna que tem resultado em desastres políticos, econômicos e sociais. Essa crise originou-se, principalmente, devido a insurgência do grupo terrorista *Boko Haram* no país, transformando-se em

uma enorme crise humanitária, em que vários nigerianos têm tido diversos de seus direitos humanos violados.

O *Boko Haram* é um grupo terrorista fundado por Mohammed Yusuf, em 2002, em *Maiduguri*, na Nigéria. Criado inicialmente como uma seita religiosa, o *Boko Haram* foi construído em resposta as queixas locais através da insatisfação de Yusuf com o governo corrupto da época, sendo totalmente contra a autoridade nigeriana (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015a). O grupo foi ganhando força, tendo em vista que muitos apoiavam as ideias de Yusuf, o qual, sendo um clérigo islâmico, acreditava que a cultura ocidental, reproduzida pelo governo local, era o motivo de todos os problemas sociais e econômicos do país (CIERCO; BELO, 2016).

Boko Haram – que significa "educação ocidental é proibida" – rejeita completamente a cultura ocidental e é contrário ao governo local. Denominam-se um grupo fundamentalista islâmico, cujo principal objetivo é tomar o poder e estabelecer um Estado Islâmico na Nigéria, defendendo uma implementação rigorosa da lei islâmica, o *Sharia*[8], a qual é considerada a solução para os problemas da sociedade nigeriana (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015a).

Segundo a Anistia Internacional (2015a), apesar do líder Yusuf ter buscado atingir esses objetivos de forma não-violenta, boa parte de seus seguidores atuavam de forma contrária, iniciando diversos conflitos violentos contra o governo, os quais eclodiram, principalmente, no ano de 2009. Nesse mesmo ano, durante um conflito, o líder Yusuf foi preso e, então, morto pelo governo nigeriano, marcando a insurgência do grupo *Boko Haram* com a nova liderança de Abubakar Shekau, o qual passou a atuar de forma muito mais violenta.

[8] *Sharia* é as fontes do direito do sistema islâmico, sendo constituído pelo Alcorão – o qual trata-se da vida religiosa, social, política da pessoa, além do modo como deve se comportar e se relacionar com os demais – pela *Hadith*, que são os ditos e feitos do profeta, pela *Sunna*, a qual expõe os costumes da comunidade, pelo *Ijmá*, que são os consensos da interpretação dos princípios basilares do Islã expostos no Alcorão, pelo *Ijthad*, sendo a jurisprudência a qual será julgada por um juiz com inspiração divina, e pelo *Qyas*, o quais são as comparações e as analogias.

Com o novo líder, o grupo tornou-se totalmente radical, demonstrando uma maior imposição contra o governo nigeriano. O *Boko Haram* passa a ser um grupo terrorista, o qual utiliza-se do "uso da violência com o fim de pressionar governos ou organizações a agirem de acordo com os interesses dos terroristas" (GOLÇALVES; REIS, 2017, p. 7), realizando diversos ataques em aldeias e cidades, sendo considerado um dos maiores grupos terroristas atuais.

O método de recrutamento do grupo terrorista pode ser feito de diversas formas. No início de sua criação, muitos homens entravam no grupo de forma voluntária, principalmente aqueles que estavam desempregados, pois acreditavam que eram uma forma de se sustentarem financeiramente. Como o *Boko Haram* foi se tornando mais violento, seus militantes passaram a forçar os civis a se integrarem ao grupo sob a ameaça de ser a única forma de sobreviverem e de se protegerem de suas atrocidades (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015a).

Já a respeito de seus alvos, o *Boko Haram* atinge todos aqueles que vão contra as ideias religiosas e políticas do grupo, em especial os funcionários do governo local, aqueles que criticam sua ideologia, os cristãos e islâmicos que discordam e que não se convertem à ideologia do grupo e todos os civis de *Maiduguri*, capital do estado de *Borno*, por serem todos considerados incrédulos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015a). Entretanto, em 2012, marca-se o início do uso da violência pelo grupo como meio de forçar a sociedade nigeriana a implementar sua ideologia e, então, atingir seu objetivo. Este passa a demonstra seu poder e força causando um enorme terror na sociedade nigeriana para, então, fazer com que suas demandas sejam atendidas.

Dessa forma, os ataques pelo grupo em diversas cidades e vilarejos passam a ser constantes, atingindo múltiplos espaços públicos como mercados, praças, hospitais, órgãos do governo, igrejas e áreas habitacionais, invadindo-os e destruindo grande parte de suas estruturas e tentando causar o maior número de vítimas. Entre os alvos de ataque, as escolas passam a ser um dos principais, tendo como objetivo a

tentativa de impedir que as crianças recebam a educação ocidental, haja vista é considerada a responsável pela decadência moral nigeriana. Dessa forma, "desde o início do conflito no país africano, há quase nove anos, pelo menos 2.295 professores foram mortos e mais de 1,4 mil escolas foram destruídas. A maioria desses colégios não reabriu as portas em consequência dos danos extremos ou da insegurança constante" (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2018a). Tais ataques estão cada vez mais conseguindo atingir seu objetivo, tendo em vista que "3 milhões de crianças estão fora das escolas" (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2017a).

Assim sendo, entre 2012 e 2013, o governo nigeriano começou as negociações com o grupo terrorista para um cessar fogo, entretanto, as medidas não tiveram sucesso, levando o Senado nigeriano a declarar estado de emergência nos estados de *Adamawa*, *Borno* e *Yobe*, dando início as operações militares da força de segurança contra o *Boko Haram* (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a).

Nos anos seguintes, o conflito foi tomando proporções completamente maiores em que, entre 2014 e 2015, o "*Boko Haram controlled large swathes of territory, including 12 of 27 local government areas in Borno, 5 of 21 in Adamawa and 2 of 17 in Yobe*"[9] (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a, p.3). A situação humanitária também se agravou consideravelmente, tendo em vista que o grupo passou a atuar em toda a região da bacia do Lago Chade, a qual é partilhada pelo Níger, Chade, Camarões e Nigéria, sendo esta a mais afetada. Dessa forma, segundo dados do Escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários (2018a), apenas nos estados de *Borno*, *Adamawa* e *Yobe*, aproximadamente 7,7 milhões de pessoas necessitam de assistência, 1,6 milhões de pessoas tiveram que ser deslocadas dessa região e mais de 3,7 milhões de pessoas enfrentam escassez de alimentos.

[9] O *Boko Haram* controlou grandes extensões de territórios, incluindo 12 das 27 áreas do governo local em *Borno*, 5 das 21 em *Adamawa* e 2 de 17 em *Yobo*. (Tradução livre)

O *Boko Haram* utiliza táticas de guerra como assassinatos em massa, ataques em populações indefesas, dispositivos explosivos, carros bombas e ataques suicidas para matar os civis em ambientes públicos. As táticas utilizadas pelo grupo ainda passam a ser aprimoradas devido ao apoio direto da organização terrorista *Al Qaeda*. De acordo com o relatório do Conselho de Segurança das Nações Unidas (2017a), em 2014, *Boko Haram* passa a ser identificado como um grupo associado à *Al Qaeda*, sendo colocado na lista de Comitê de Sanções da *Al Qaeda* da ONU, o qual busca medidas contra tal organização e suas entidades associadas.

Desse modo, a Anistia Internacional (2015a) analisa múltiplos ataques do grupo com essas táticas, tais como o da cidade de *Gamborou*, no estado de *Borno*, que ocorreu no dia 5 de maio de 2014. Neste, o *Boko Haram* invadiu a cidade disparando tiros em todos que estavam no local, atacaram um centro comercial, atiçaram fogo nas pessoas e em suas casas com o uso de um tanque blindado e mataram 17 policias que estavam na delegacia. Segundo a Anistia Internacional (2015a), ao fim do conflito, detectou-se que 80 estruturas foram danificadas e, aproximadamente, 400 pessoas morreram. Outra cidade que foi vítima do grupo é a *Gwoza*, a qual sofreu diversos ataques consecutivos em suas vilas. Em maio e em junho de 2014, as vilas de *Chinene*, *Halagwa*, *Ganjara*, *Agapalwa*, *Angurva* e *Attagara* foram atacadas pelo grupo, gerando a morte de cerca de 200 pessoas e diversas casas foram queimadas (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015a). Além disso, testemunhas relataram que foram à delegacia antes do conflito, tendo em vista que o *Boko Haram* havia alarmado a comunidade sobre um possível ataque, pedindo, então, que os militares prestassem apoio à vila, entretanto, estes recusaram o pedido, permanecendo em sua base.

Já no início de janeiro de 2015, o *Boko Haram* realizou um massacre na cidade de *Baga* e em diversas vilas ao seu redor. Segundo uma notícia do BBC (2015), o ataque teria iniciado na madrugada no dia 03, quando membros do grupo invadiram a cidade em caminhonete e motos perseguindo e atirando nos moradores

da cidade, enquanto outros membros atiçaram fogo em casas e nas construções da cidade. O *Boko Haram* tomou posse de dezesseis vilas e, de acordo com uma imagem de satélite divulgada pela Anistia Internacional, entre os dias 02 e 07 o grupo terrorista danificou e destruiu 3.700 estruturas da região afetada (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015b). Dessa forma, o ataque fez com que os moradores fugissem para a floresta ou a tentassem atravessar o Lago Chade em busca de refúgio em outras cidades, gerando um dado em que "cerca de 30 mil moradores dessas vilas teriam sido deslocados, com 20 mil acampados na cidade de *Maiduguri* e outros 10 mil levados a *Monguno*, a aproximadamente 60 quilômetros de *Baga*" (G1, 2015).

Apesar dessas pessoas terem conseguindo sobreviver, o ataque foi considerado pela Anistia Internacional (2017) o maior e o mais mortal desde o seu surgimento, o qual se tornou em um verdadeiro massacre, gerando a morte de aproximadamente 2 mil pessoas, segundo a mesma instituição. O governo nigeriano demonstrou um fracasso extremo, tendo em vista que a base militar de *Baga* estava informando o governo desde novembro de 2014 sobre um possível ataque do *Boko Haram*, devido as constantes ameaças do mesmo, pedindo, então, reforços de segurança. Entretanto, nada foi feito pelo governo nigeriano, o qual – além de divulgar a morte de apenas 150 vítimas – demonstrou-se estar evitando o assunto, tendo em vista que não houve nenhum anúncio presidencial a respeito do massacre, mas pelo contrário – assim como o ministro da Economia da Nigéria, Ngozi Okonjo-Iweala – o presidente da época, Goodluck Jonathan, utilizou suas redes sociais para prestar apoio ao atentado que ocorreu na França[10] menos de uma semana depois do de *Baga*, mas não fez nenhuma menção ao que ocorreu dentro de seu próprio país (G1, 2015).

[10] No dia 07 de janeiro de 2015 ocorreu um atentado terrorista em Paris, na França, em um escritório do jornal "Charlie Hebdo", em nome da *Al Qaeda*. Tal atentado ocorreu devido a publicação de uma caricatura pelo jornal, a qual criticava líderes muçulmanos, ocasionou a morte de doze pessoas e onze ficaram feridas. O atentado gerou uma grande comoção global, levando diversas pessoas da comunidade global a prestarem apoio à Paris divulgando nas redes sociais a mensagem escrita "*Je suis Charlie*" ("eu sou Charlie").

Mais recentemente, em fevereiro de 2018, um membro do grupo detonou um colete de bomba em um mercado de peixes na cidade de *Konduga*, no estado de *Borno*, matando cerca de 20 pessoas (THE GUARDIAN, 2018b). No dia primeiro de abril de 2018, outro ataque ocorreu perto da cidade de *Maiduguri*, capital de *Borno*, matando 34 pessoas e deixando 90 feridas, de acordo com o site das Nações Unidas no Brasil (2018b). No dia 5 de maio de 2018, os membros do *Boko Haram* atuam novamente, desta vez na cidade de *Gwaska*, deixando 51 pessoas mortas (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2018c).

Outra tática de guerra que o grupo terrorista passou a aderir é o assassinato, mutilação e sequestro de crianças, além de passarem a recrutá-las e usá-las em seus ataques. Sendo utilizadas como parte dos membros militantes, as crianças são colocadas para atacar as comunidades com o manuseio de armas, implementação de dispositivos explosivos e até mesmo realizar ataques suicidas, além de colocá-la para fornecer algum outro tipo de serviço ao grupo, como mensageiros, vigias e cozinheiros (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015a). Dessa forma, estima-se um dado de que, entre 2013 e 2016, 3.909 crianças foram mortas e 7.333 foram mutiladas durante 474 conflitos do grupo, além de uma estimava de que "*at least 8.000 children have been recruited and used by Boko Haram since 2009*[11]" (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a, p. 6). De acordo com o relatório do Conselho de Segurança da ONU (2017a), as crianças que são recrutadas pelo grupo não são apenas de sequestros, mas também de vínculos familiares e de casos em que os pais entregam os filhos ao grupo devido a incentivos financeiros e a garantia de segurança dos mesmos.

3.1 Violência contra a mulher: uma crescente arma de guerra do grupo terrorista *Boko Haram*

[11] Pelo menos 8.000 crianças foram recrutadas e usadas pelo *Boko Haram* desde 2009. (Tradução livre)

Diante das táticas de guerras utilizadas pelo *Boko Haram*, é possível verificar que este tem utilizado, com uma enorme frequência, as diversas formas de violência contra a mulher. Uma enorme guerra contra as mulheres e meninas nigerianas tem se iniciado, sendo elas os principais alvos das atrocidades do grupo.

O grupo terrorista tem atuado muito através do sequestro de meninas e mulheres, em que, até 2015, estimava-se um número de mais de 2.000 sequestradas (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015a), submetendo-as à diversas formas de violência. De acordo com um estudo da *Human Rights Watch* (2014), grande parte das meninas sequestradas são cristãs, sendo forçadas a se converterem ao islamismo, torturando-as e prendendo-as em ambientes de péssimas condições até aceitarem abandonar o cristianismo. Quando estas aceitam a conversão, são enviadas para alguns acampamentos do grupo, onde passam por um processo de aprendizado do islã para depois serem libertadas ou condicionadas a um casamento forçado com um membro do grupo (HUMAN RIGHTS WATCH, 2014). As que recusam a conversão, são agredidas, mortas ou presas. Segundo a Anistia Internacional (2015a), algumas das meninas eram levadas para a prisão de *Ngoshe*, a qual, segundo um testemunho, mantinha cerca de 200 pessoas, sendo a maioria mulher, de diversas idades, e alguns homens idosos. Nesta prisão, as vítimas recebiam um péssimo tratamento, não tinham acesso a comida, apenas à água contaminada, e eram mantidas lá até aceitarem se converter, morrerem com a adesão de doenças transmitidas na prisão ou até serem executadas.

Algumas das meninas que são sequestradas também são obrigadas a realizarem tarefas dentro dos acampamentos do *Boko Haram*, como cozinhar, limpar a casa dos membros do grupo e lavar a roupa destes, além de muitas vezes serem forçadas a participar de ataques contra a população nigeriana, principalmente, realizando ataques suicidas (HUMAN RIGHTS WATCH, 2014). De acordo com o relatório Conselho de Segurança das Nações Unidas (2017a), 90 crianças foram

utilizadas para realizar 56 ataques suicidas entre o período de 2014 e 2017, sendo que 70 delas eram meninas.

Em 2013, uma menina de 19 anos foi sequestrada e mantida por 3 meses em acampamentos do grupo na cidade de *Gwoza*:

> At first, my job in the camp was to cook for the 14-man group until a month later when I was taken along for an operation. I was told to hold the bullets and lie in the grass while they fought. They came to me for extra bullets as the fight continued during the day[12] (HUMAN RIGHTS WATCH, 2014, p. 26).

Assim, a Anistia Internacional (2015a, p. 72) também expõe um testemunho de outra menina que foi usada para tal finalidade:

> They used to train girls how to shoot guns. I was among the girls trained to shoot. I was also trained how to use bombs and how to attack a village. They'll dress us and demonstrate to us how to explode a bomb. This training went on for 3 weeks after we arrived. Then they started sending some of us to operations. I went on one operation to my own village[13].

Apesar dessas diversas formas que o *Boko Haram* tem utilizado para afetar as mulheres, a que tem sido mais utilizada é a violência sexual, sendo – segundo um dado da ONU – o grupo terrorista que atualmente mais utiliza tal violação como uma tática de guerra (PIMENTA; MALGUEIRO, 2016). Através dos diversos ataques de sequestro de meninas e mulheres, o *Boko Haram* vai submete-las às múltiplas formas da violência sexual, tais como o abuso e assédio sexual, estupro, escravidão sexual, mutilação genital e tráfico de mulheres, estimando-se que, de 2009 até 2016, pelo menos 7.000 meninas e mulheres já tenham sofrido algum tipo de violência

[12] No início, meu trabalho no acampamento era cozinhar para o grupo de 14 homens até um mês depois, quando fui levada para uma operação. Disseram-me para segurar as balas e deitar na grama enquanto eles lutavam. Eles vieram até mim para balas extras enquanto a luta continuava durante o dia. (Tradução livre)

[13] Eles costumavam treinar meninas para atirar em armas. Eu estava entre as meninas treinadas para atirar. Eu também fui treinada para usar bombas e como atacar uma aldeia. Eles nos vestem e demonstram como explodir uma bomba. Este treinamento durou 3 semanas depois que chegamos. Então eles começaram a enviar algumas de nós para as operações. Eu fui em uma operação na minha própria aldeia. (Tradução livre)

sexual pelo grupo (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a).

Em 2010, houve um caso em que cerca de 20 meninas foram sequestradas e levadas para um vilarejo, chamado *Kangyal*, onde sofreram "*the worst form of sexual abuse as their captors took turns on them every evening for three months. When they were eventually rescued, five out of the twenty were pregnant and tested positive to HIV/AIDS test*"[14] (NNADI apud BARKINDO; GUDAKU; WESLEY, 2013, p. 8). Em maio de 2013, seis meninas foram continuamente estupradas por duas semanas pelos membros do *Boko Haram*, em uma casa em *Maiduguri*, sendo a religião das meninas o argumento para o abuso (BARKINDO; GUDAKU; WESLEY, 2013). Outra menina de 19 anos também relata: "*I was raped several times when I was in the camp. Sometimes 5 of them. Sometimes 3, sometimes 6. It went on for all the time I was there. It always happened in the night…"*[15] (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015a, p. 64).

Os casos de violência sexual utilizados pelo grupo são diversos, entretanto, essa tática de guerra chegou ao seu topo no ataque de 15 de abril de 2014, na Escola Secundária de Governo, uma escola de meninas na cidade de *Chibok*, localizada no estado de *Borno*, no norte da Nigéria. Segundo Nanna Bemma Nti (2014), devido aos ataques do grupo terrorista que estavam ocorrendo na época, grande parte das escolas da cidade haviam sido fechadas, levando, muitas meninas à Escola Secundária de Governo, que estava aberta para realização de exames finais.

O ataque ocorreu com o sequestro de aproximadamente 276 meninas que estavam presentes no dormitório da escola, o que gerou uma enorme comoção internacional, iniciando uma campanha global denominada "*Bring Back Our*

[14] A pior forma de abuso sexual como seus captores se revezavam todas as noites durante três meses. Quando elas foram eventualmente resgatadas, cinco das vinte estavam grávidas e testaram positivo para o teste de HIV/AIDS. (Tradução livre)

[15] Eu fui estuprada diversas vezes quando eu estava no acampamento. Às vezes 5 deles. Às vezes 3, às vezes 6. Isto continuou durante todo o tempo em que estive lá. Sempre acontecia a noite... (Tradução livre)

Girls"[16]. Conhecido como o sequestro de *Chibok*, este foi um dos únicos ataques do grupo que resultou em um grande movimento global, sendo incentivado pela comunidade internacional e ganhando força com o apoio da ex-primeira-dama dos Estados Unidos, Michelle Obama, e muitas outras pessoas públicas e celebridades, para que houvesse o resgate das meninas sequestradas (NTI, 2014). Durante a comoção internacional, o *Boko Haram* lançou um vídeo com, aproximadamente, cem meninas, supostamente do sequestro, afirmando que haviam se convertido ao islamismo e o líder do grupo, Mohammed Shekau, declara que as venderia ao mercado escravo e que se casaria com algumas delas, afirmando que estes planos eram aprovados pelo Alcorão (ATTAH, 2016).

Com o passar dos anos, algumas meninas do sequestro foram resgatadas e outras conseguiram fugir do cativeiro. Entretanto, "quatro anos depois do crime, mais de cem meninas ainda não foram devolvidas às suas famílias" (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2018a). Das meninas de *Chibok* que conseguiram escapar, algumas relatam os momentos que passaram, demonstrando que "muitas dessas jovens foram submetidas à escravidão sexual, ao tráfico e ao casamento forçado" (PIMENTA; MALGUEIRO, 2016, p. 9). Alguns dos relatos, apresentado por Attah Christina (2016), é da Asabe Aliyu, que tinha 23 anos na época, morava em uma aldeia perto de *Chibok* e tinha quatro filhos. Asabe foi encontrada vomitando sangue, o que é considerado uma indicação de lesão interna, em uma floresta de *Sambisa*, quando foi resgatada por homens do exército nigeriano, em 2015. A vítima afirmou que os terroristas se revezavam para fazer sexo com ela diariamente, ocasionando em uma gravidez e em um casamento forçado. Outra jovem que conseguiu fugir do grupo relatou que ela foi estuprada 15 vezes por dia por 15 homens durante todo o período que ficou presa com o grupo terrorista (ATTAH, 2016).

[16] Traga as nossas meninas de volta (Tradução livre)

Apenas dois meses antes de completar quatro anos do sequestro de *Chibok*, outro ataque similar ocorreu novamente. No dia 19 de fevereiro de 2018, o grupo terrorista ataca outra escola feminina de ensino médio – desta vez na cidade de *Dapchi*, no noroeste da Nigéria – em que, somente após uma semana do ataque, o governo confirma o desaparecimento de 110 estudantes, das 906 matriculadas no colégio (REVISTA EXAME, 2018). O novo sequestro foi considerado um dos maiores desde *Chibok*, demonstrando que a segurança na Nigéria continua sendo muito precária e que as medidas para solucionar o caso foram pouco efetivas. Testemunhas do ataque ainda relataram que "extremistas islâmicos perguntaram especificamente a localização da escola e alguns dizem terem visto jovens serem levadas sob ameaça de armas" (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018), demonstrando a falta de atuação policial do país. Dessa forma, segundo uma notícia do jornal Folha de São Paulo (2018), o ministro nigeriano, Lai Mohammed, fez um anúncio assegurando a presença de policias nas outras escolas para evitar que um outro acontecimento de igual proporções aconteça novamente e também ressaltou os esforços para localizar as meninas, garantindo a determinação em resgatá-las.

3.2 Consequências da violência sexual

É possível analisar que a utilização da violência sexual contra a mulher como uma arma de guerra na Nigéria teve um grande aumento e passa a ser mais frequente entre as nigerianas, fazendo com que as vítimas fiquem expostas à contraírem as diversas consequências físicas e psicológicas da violação.

Entre as diversas consequências físicas, estão as lesões genitais, lacerações, hematomas internos e externos, equimoses, edemas e gravidez indesejada, além da possível adesão de doenças sexualmente transmissíveis, como Aids, o HIV, HPV, hepatite B, vaginose bacteriana e entre outras (FAÚNDES; ROSAS; BEDONE; OROZCO, 2006). Tais consequências necessitam de um tratamento imediato, tendo em vista que podem acarretar em múltiplos problemas a vida da vítima, como

inflamação pélvica, esterilidade, gravidez ectópica, dor pélvica crônica, podendo até levar a morte.

Já as consequências psicológicas podem ser várias – sendo que cada vítima pode responder de uma forma diferente – como depressão, fobias, ansiedade, uso de drogas ilícitas, sentimento de vergonha e humilhação, uso abusivo de álcool e distúrbios de estresse pós-traumáticos, as quais aumentam os riscos de tentativas de suicídio (FAÚNDES; ROSAS; BEDONE; OROZCO, 2006). A vergonha associada às lesões sexuais e ao reconhecimento de ser uma vítima da violência sexual, faz com que as mulheres hesitem em procurar algum tipo de ajuda ou assistência médica, além de também terem pouco apoio social. Muitas vezes, a família da vítima pode repudiá-la, sem dar o devido apoio a ela, tornando o trauma muito maior, assim como em um caso em que "*a husband of a victim abducted in Adamawa State refused to touch his wife after she was raped by an insurgent in a Boko Haram camp in Gwoza in December 2013*"[17] (HUMAN RIGHTS WATCH, 2014, p. 35).

Tais consequências vão alterar o estado mental da vítima, podendo afetar o modo como vive e como interage em seu meio social. Assim, a violência sexual, além de afetar as mulheres violadas, afeta todo o seu entorno, filhos, maridos, netos, pais e familiares diretos (THOMAS, 2007). A capacidade das mulheres em cuidar de seus filhos pode ser extremamente abalada devido a experiência que passou, podendo causar diversos traumas no bem-estar social e emocional da criança ao longo do tempo, além de que os filhos gerados do estupro "*presentan un mayor riesgo de desarrollar enfermedades mentales y de ser abandonados y desatendidos o de sufrir abusos*"[18] (THOMAS, 2007, p. 16).

3.3 Boko Haram e a utilização do terrorismo sexual

[17] Um marido de uma vítima raptada no Estado de *Adamawa* recusou-se a tocar em sua esposa depois que ela foi estuprada por um insurgente em um acampamento do *Boko Haram* em *Gwoza* em Dezembro de 2013. (Tradução livre)

[18] Apresentam um risco maior de desenvolver doenças mentais e de serem abandonados e negligenciados ou sofrerem abusos. (Tradução livre)

A violência sexual como uma arma de guerra é utilizada em conflitos armados desde os tempos antigos, o que corresponde a como a mulher foi sendo considerada ao longo da história. Hoje menos, mas por muito tempo, alvo de estereótipos, discriminação, opressão e dominação em relação ao homem, cujas consequências perpetuam até os dias de hoje, podendo, assim, entender os motivos do uso da violência sexual como arma de guerra pelo grupo terrorista *Boko Haram*.

De acordo com a feminista Simone de Beauvoir (1970), a identidade da mulher não vai ser formada devido a um destino biológico ou psíquico, mas vai ser socialmente e culturalmente construída pela civilização, que é marcadamente masculina. O homem passa a ter um perfil de superioridade em relação ao sexo feminino, em que, desde a Antiguidade, "a fim de provar a inferioridade da mulher, os antifeministas apelaram não somente para a religião, a filosofia e a teologia, como no passado, mas ainda para a ciência, biologia, psicologia experimental, etc" (BEAUVOIR, 1970, p. 17).

Assim, através dessa construção social, as desigualdades sexuais vão ser hierarquizadas sobre uma perspectiva de que o homem passa a ser considerado como uma autoridade central, um soberano, fazendo com que a relação deste com a mulher se baseie em uma submissão e dominação da mesma. Cria-se uma estrutura de dominação entre as hierarquias do sexo, a qual se baseia em uma constituição da imagem da mulher como um ser subordinado, ou seja, a "opressão das mulheres possui uma forma singular, discernível na estrutura universal ou hegemônica da dominação patriarcal ou masculina" (BUTLER, 2017, p. 21).

Beauvoir (1970) afirma, então, que a mulher é considerada como o "Outro", no sentido de que, através dessa relação de subordinação da mulher pelo homem, ela vai ser vista como um objeto. Entende-se que o homem – em um estado de má-fé – enxergou e desejou a mulher, ao longo dos anos, como um mero objeto, o que torna "precisamente impossível encará-la como outro sujeito. As mulheres nunca, portanto, constituíram um grupo separado que se pusesse para si em face do grupo

masculino; nunca tiveram uma relação direta e autônoma com os homens" (BEAUVOIR, 1970, p. 91)

Sendo, então, a mulher considerada como um objeto de dominação do homem e estando ela em uma posição de subornação a este, a sexualidade e o controle do corpo feminino passam a ser entendidas como uma propriedade masculina, fazendo com que a violência contra a mulher seja uma manifestação dessa relação de poder entre os gêneros (ARIÑO, 2010). Dessa forma:

> la violencia sexual es considerada como síntesis política de la opresión de las mujeres. Porque implica apropiación y daño. Es un hecho político que sintetiza un acto la cosificación de la mujer y la realización extrema de la condición masculina patriarcal. Entre las formas de este tipo de violencia la violación es el hecho supremo de la cultura patriarcal: la reiteración de la supremacía masculina y el ejercicio del derecho de posesión y uso de la mujer como objeto de placer y destrucción[19] (AGUILAR; FULCHIRON, 2005, p. 236).

A utilização da violência sexual vai ser, então, muito utilizada em períodos de conflitos e guerras, desde os tempos antigos. Demonstrando-se a evidente inferioridade da mulher, esta vai ser usada como um mero objeto para se atingir os diversos objetivos dos homens na guerra, os quais são os mesmos para justificar o uso de tal violência pelo *Boko Haram*. O estupro em mulheres da parte inimiga vai ser usado como uma forma de recompensa aos soldados vencedores, como um meio de atender as vontades dos soldados para que estes sejam impulsionados a continuar no conflito, como um plano de negócios comerciais – através do tráfico sexual, o comércio de escravas e pedidos de resgate – e também visando um objetivo político para que um determinado governo passe a aderir a demanda de um certo grupo (ATTAH, 2016), sendo este um dos motivos que mais justifica a utilização da violência sexual pelo grupo terrorista *Boko Haram*.

[19] A violência sexual é considerada uma síntese política da opressão das mulheres. Porque implica apropriação e dano. É um fato político que sintetiza um ato de objetificação das mulheres e a extrema realização da condição masculina patriarcal. Entre as formas desse tipo de violência, o estupro é o fato supremo da cultura patriarcal: a reiteração da supremacia masculina e o exercício do direito de posse e uso das mulheres como objetos de prazer e destruição. (Tradução livre)

A violência sexual vai ser muito utilizada e eficaz para se atingir um objetivo político, tendo em vista os grandes efeitos que ela causa na sociedade invadida. Primeiramente, a violência sexual nos conflitos armados vai ter a capacidade de humilhar e desmoralizar o oponente – o qual não se limita a mulher, mas toda a sua família e comunidade – tendo em vista que as consequências físicas e psicológicas no corpo e na mente da vítima deixam lembranças permanentes das tragédias da guerra e do próprio inimigo em todos a sua volta, que perpetuam de geração em geração (CLIFFORD, 2008).

Além disso, a violência sexual contra a mulher também tem a capacidade de demonstrar e evidenciar o poder que o inimigo tem sobre certa sociedade. Rita Segato (2006) assemelha a violência sexual com a invasão, controle e anexação de um território, sendo, então, uma forma de colonização que "*permite la exhibición del poder de muerte ante los destinados a permanecer vivos*"[20] (2006, p. 18). Ou seja, mediante a violência sexual contra a mulher, pode-se demonstrar o domínio e poder que se tem de um determinado território.

Assim sendo, a violência sexual nos conflitos armados vai significar muito mais do que o próprio ato em si, ela vai ser uma forma de demonstração da capacidade do inimigo praticar o poder, em que, ao invadir uma comunidade e violentar as mulheres, demonstra-se um poder e controle sobre a propriedade do opositor, ou seja, "*mediante el cuerpo de las mujeres no sólo se ejerce un control sobre ellas, sino que este control se hace extensivo a toda la sociedad enemiga*"[21] (ARIÑO, 2010, p. 9).

As mulheres – na existência de sua "objetificação" e vulnerabilidade – são uma arma fácil e eficaz nos conflitos armados, em que seus corpos *"se convierten en transmisores de mensajes de humillación, control y poder*"[22] (COOMARASWAMY,

[20] Permite a exibição do poder de morte ante os destinados a permanecer vivos. (Tradução livre)
[21] Através do corpo das mulheres, não apenas se exerce um controle sobre elas, mas este controle é estendido a toda a sociedade inimiga. (Tradução livre)
[22] Se convertem em transmissores de mensagem de humilhação, controle e poder. (Tradução livre)

1999 apud ARIÑO, 2010, p. 9). Ou seja, as mulheres são utilizadas apenas como um meio e mensagem do grupo terrorista à população e aos líderes políticos para aderirem às suas demandas e demonstrarem poder. Nesse sentido, a violência sexual como arma de guerra vai ter uma ligação direta com o terrorismo, tendo em conta que esse é um método de ação, com o uso ou ameaça da violência, a fim de pressionar um governo ou organizações a agirem de acordo com os interesses dos terroristas (GONÇALVES; REIS, 2017).

No caso do *Boko Haram*, seu método de ação vai ser a própria violência sexual, podendo-se entende-lo como um terrorismo sexual. Utilizando-se da violência sexual e das outras formas de violência contra a mulher, o grupo vai intimidar e aterrorizar a população nigeriana, demonstrando a sua capacidade de exercer o poder, e, então, vai pressionar o governo a aderir seus interesses de estabelecer um Estado baseado nas leis islâmicas.

Outro motivo que justifica a utilização da violência sexual como uma tática de guerra pelo *Boko Haram*, é a crença e a autoperpetuação da religião que defendem (PIMENTA; MALGUEIRO, 2016). Nesse sentido, muitas vezes os membros terroristas vão sequestrar as mulheres nigerianas, obrigando-as a se casarem com eles, para, então, violentá-las a fim de engravidá-las para poderem criar os filhos segundo suas próprias crenças. De acordo com uma declaração do governador do estado de *Borno*, *Kashim* e *Shettima*, em alguns casos do grupo, os terroristas rezavam a Deus antes de cometer a violência sexual para que os filhos gerados de tal ato fossem herdeiros de sua ideologia (ATTAH, 2016).

Todas essas práticas do *Boko Haram* geram efeitos e consequências desumanas e duradouras à toda população nigeriana, entretanto as mulheres e meninas acabam sendo as mais afetadas pelo grupo.

3.4 Atuação do governo nigeriano para solucionar o caso

É evidente que o *Boko Haram* tem desrespeitado diversas leis nacionais e internacionais, em que sua atuação tem deixado milhares de pessoas em extrema necessidade de assistência, fomentando a fome e pobreza, além estar gerando milhares de mortes e afetando milhares de mulheres. Princípios básicos dos direitos humanos estão sendo violados, como a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos e atos internacionais da ONU a respeito da violência sexual contra a mulher.

A posição do governo nigeriano é contra tais atos, afirmando uma luta incansável para o estabelecimento da paz e da garantia de justiça e direitos humanos à todas as mulheres. Assim sendo, é possível analisar algumas medidas que foram adotadas para combater o grupo terrorista e proteger as nigerianas. Entre essas medidas está a criação da Força Tarefa Multinacional Conjunta (conhecida pela sigla em inglês MNJTF), em 2015 – que é uma tropa composta por militares e policiais da Nigéria, Níger, Camarões e Chade – a qual visa uma cooperação para combater *Boko Haram*. Outra medida é a formação da Força Tarefa Conjunta Civil (conhecida como CJTF), sendo essa uma milícia civil criada pelas autoridades do estado de *Borno*, em 2013, estando sob comando militar e também possui o objetivo de contribuir no combate ao *Boko Haram* (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a).

A criação dessas duas Forças visava um fortalecimento na segurança dos civis, um maior combate contra o grupo terrorista. Entretanto, como foi observado anteriormente, apesar do exército nigeriano ter estado presente em diversos ataques terroristas, tendo a possibilidade de evitá-los e de diminuir os impactos desses na população, nada ou pouco fizeram.

Em relação ao sequestro de *Chibok*, em 2014, o presidente da Nigéria declarou estado de emergência, pela terceira vez, devido ao sequestro das meninas (OSASUMWEN; ADEKUNLE; ROLAND; SEGUN, 2017) e se comprometeu a encontrar essas meninas. Em 2016, o governo nigeriano teve uma de suas melhores conquistas, em que, após diversas tentativas de negociação com o *Boko Haram*,

conseguiu resgatar 21 meninas de *Chibok* (OSASUMWEN; ADEKUNLE; ROLAND; SEGUN, 2017).

Porém, é possível observar que as medidas para regatar essas meninas não foram eficazes, tendo em vista que, até 2017, 195 meninas ainda estavam desaparecidas (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2017b). Durante o alvoroço internacional do sequestro, o governador do estado de *Borno* anunciou que investiria o equivalente à 925 mil dólares em reabilitação para as meninas resgatadas, portanto, nada pronunciou a respeito de algum apoio às meninas de sequestros anteriores ou posteriores (HUMANS RIGHT WATCH, 2014). No mesmo período, foi a criado o Fundo de Apoio às Vítimas (VSF), a qual é uma fundação governamental que possui o objetivo de arrecadar fundos para apoiar as vítimas do grupo terrorista. No entanto, a Anistia Internacional (2018a) constatou que sua participação não tem sido suficiente para suprir as lacunas deixadas pelo governo.

Outra medida adotada pelo governo nigeriano foi a criação de campos que acolhem os civis refugiados. De acordo com o estudo da Anistia Internacional (2018a), existem aproximadamente 50 campos de acolhimento que abrigam milhares de nigerianos, estando grande parte no estado de *Borno* – em que, em apenas 14 campos localizados nesse estado, estão abrigados mais de 216 mil nigerianos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a). Entretanto, estando sob comando dos militares e da CJTF, estes campos possuem péssimas condições – tendo um acesso inadequado de comida, água e cuidados de saúde – contabilizando a morte de 15 a 30 pessoas por dia devido à fome ou doenças, em apenas um único campo chamado "*Bama Hospital camp*"[23] (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a).

De acordo com o mesmo estudo (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a), a *National Emergency Management Agency* (NEMA) – a qual é uma agência governamental para administração de emergências na Nigéria – distribui cerca de 24

[23] "*Bama Hospital camp*" é um dos campos de acolhimento de refugiados internos na Nigéria. Ele foi construído em um hospital destruído, na cidade de *Bama*, em 2015. Em 2017, ele foi transferido para o prédio da Escola Secundária, da mesma cidade. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a)

mil sacos de arroz no estado de *Borno* a cada dois meses. Tanto a NEMA quanto a VSF enviam alimentos para os campos de acolhimento, entretanto há mais de 1,4 milhões de refugiados, somente no estado de *Borno*. Dessa forma, essa contribuição demonstra-se incapaz de atingir todos os campos de acolhimento a refugiados, sem estarem disponíveis todos os dias, além de que muitas vezes há casos de monopolização dos alimentos por parte dos militares, tendo os civis que venderem suas próprias roupas e joias para comprar esses alimentos.

O uso da força, exploração sexual e estupro de meninas e mulheres por parte dos militares e da CJTF são muito presentes nesses campos. O lugar que era para ser refúgio da guerra para as vítimas do *Boko Haram*, tornou-se outro lugar de medo e sofrimento, sobretudo, para as mulheres. O exército nigeriano e a CJTF – sendo aqueles que deveriam salvaguardar e lutar pela implementação e respeito das leis nacionais e internacionais que combatem o uso da violência sexual contra a mulher – também estão desrespeitando tais leis, aproveitando-se daquelas que deveriam proteger.

De acordo com a Anistia Internacional (2018a), mulheres e meninas relatam serem espancadas, principalmente ao irem pegar água e comida, por serem consideradas aliadas do grupo terrorista por possivelmente terem tido algum contato com o mesmo, sendo, então, chamadas de "esposas do *Boko Haram*". A Anistia Internacional (2018a, p. 42) apresentou o relato de uma dessas meninas, a qual "*showed crisscrossed scars on her legs and said 'All these marks are from where they beat me when I was trying to get water. If you want to get water, you will get beaten. That is the price for water.' "*[24] (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a, p. 42). Além disso, os militares e a CJTF utilizam da condição de vulnerabilidade das mulheres, oferecendo comida e condições básicas para sobreviverem em troca de

[24] Mostrou cicatrizes cruzadas em suas pernas e disse 'todas essas marcas são de onde eles me bateram quando eu estava tentando pegar água. Se você quiser pegar água, você será espancada. Esse é o preço da água.'. (Tradução livre)

sexo, colocando-as em uma condição de que se recusarem, correm o risco de serem chamadas de "esposas do *Boko Haram*" e sofrerem as consequências por isso.

Uma reportagem do jornal *The New York Times* (2017) relata diversos casos de meninas que foram estupradas pela força de segurança nigeriana. Um deles é o caso de Faltama, que foi sequestrada pelo *Boko Haram*, mantida em cativeiro durante três anos, sendo frequentemente estuprada. Quando finalmente conseguiu fugir, foi acolhida em um dos campos do governo nigeriano, onde diariamente militares apareciam em sua tenda para estuprá-la. Outro caso relatado foi a de Hadiza, que conta ter sido estuprada pelo menos vinte vezes no campo afirmando que " '*once they identified you as a girl they wanted to have sex with, they would harldy leave you alone a single day'* "[25] (THE NEW YORK TIMES, 2017). Dessa forma, após uma visita nos campos de acolhimento de refugiados internos da Nigéria, em 2016, esses locais foram considerados pela ONG Médicos Sem Fronteiras como uma "catástrofe humanitária", (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a).

Antes das mulheres serem levadas para os campos de acolhimento, muitas delas são detidas pelos militares e levadas para um centro de detenção do exército, chamado de "quartel de *Giwa*", na cidade de *Maiduguri* (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a). Após algumas entrevistas da Anistia Internacional com algumas das mulheres que foram soltas, observou-se que muitas delas foram detidas por terem sido vítimas do grupo terrorista, por estarem desacompanhadas do marido ou por possuírem parentesco com algum dos membros do *Boko Haram*. De acordo com a Anistia Internacional (2018a), essas mulheres ficam presas nesse quartel por um período de 6 meses a 2 anos, passando por interrogatórios para verificar se elas se aliaram ao *Boko Haram* ou se são apenas suas vítimas, entretanto, muitas delas não recebem acesso a um tribunal, além de permanecerem em celas com péssimas

[25] 'Uma vez que eles te identificam como uma garota com quem querem fazer sexo, eles dificilmente vão te deixar em paz um único dia.' (Tradução livre)

condições e serem agredidas e insultadas pelos militares durante o interrogatório, chamando-as de "*esposas do Boko Haram*".

A Anistia Internacional (2018a) apresentou algumas medidas governamentais para as alegações de violência sexual dentro dos campos. Em 2015, o governo nigeriano encarregou a NEMA para realizar investigações nos campos a respeito dessas alegações, porém resultaram em um único relatório que constatou apenas a probabilidade dos militantes estarem se aproveitando da vulnerabilidade das mulheres. Em 2016, o governo nigeriano enviou 100 policiais mulheres para os campos, porém foi possível observar que muitas delas desestimulavam as vítimas de violência a processarem os militantes, tendo em vista que precisavam de mais provas para tornar a acusação eficaz. No mesmo ano, o Inspetor Geral da Polícia da Nigéria anunciou que 16 militares foram presos por violência sexual contra mulheres no campo de refugiado, no entanto, até fevereiro de 2018, a Anistia Internacional (2018a) não teve mais informação se houveram mais prisões. Em abril de 2017, diversas mulheres do campo de refugiados se uniram para escrever uma carta ao NEMA, descrevendo todas as suas experiências vivenciadas nos campos, principalmente as de violências sexuais cometidas pelos CJTF, todavia, a única medida tomada foi uma outra investigação no campo – a qual as mulheres alegaram que não foram chamadas para testemunhar – não tendo nenhuma atualização da mesma, pelo menos até fevereiro de 2018 (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a).

A respeito da estrutura jurídica da Nigéria, é possível analisar alguns atos normativos que podem ser usados para defender as mulheres da violência sexual. Primeiramente, a Constituição nigeriana, de 1999, apesar de não tratar especificamente de casos de violência sexual, determina no capítulo 4, os direitos fundamentais dos indivíduos como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, contra a tortura, escravidão e o trabalho forçado, entre outros (CONSTITUIÇÃO, 1999).

Já o Código Penal, aplicável apenas nos estados do norte da Nigéria, possui diversos artigos relacionados à violência sexual. O Código garante que o sequestro

ou indução de meninas, menores de 18 anos, para algum lugar onde possa ser forçada a ter relações sexuais com outra pessoa é um crime com 10 anos de prisão e também sujeito a multa e o tráfico de mulheres, sem o seu consentimento, também é um crime de 7 anos de prisão e com multa (AKPOGHOME, 2016). Sendo a mera penetração suficiente para ser considerado um estupro contra a mulher, o Código Penal garante a pena de 14 anos de prisão para tal crime, quando cometido diante das seguintes circunstâncias:

> (a) against her will; (b) without her consente; (c) with her consent, when her consent has been obtained by putting her in fear of death or hurt; (d) with her consent when the man knows that he is not her husband and that her consent is given because she believes that he is another man to whom she is or believes herself to be lawfully married; (e) with or without her consent, when she is under fourteen years of age or of unsound mind[26](SEÇÃO 282 DO CÓDIGO PENAL DA NIGÉRIA apud AKPOGHOME, p. 23).

Nos estados do sul da Nigéria, é aplicado o Código Criminal, o qual vai considerar o estupro como:

> Any person who has unlawful carnal knowledge of a woman or girl, without her consent, or with her consent, if the consent is obtained by force of by means of threats or intimidation of any kind or by fear of harm, or by means of false and fraudulent representation as to the nature of the act, or, in the case of a married woman, by impersonating her husband, is guilty of an offence which is called rape[27] (SEÇÃO 357 DO CÓDIGO CRIMINAL DA NIGÉRIA apud AKPOGHOME, 2016, p. 23).

[26] (a) contra a vontade dela; (b) sem o seu consentimento; (c) com o seu consentimento, quando o seu consentimento foi obtido colocando-a com medo de morrer ou de se ferir; (d) com o seu consentimento, quando o homem sabe que não é seu marido e que seu consentimento foi dado porque ela acredita que ele é outro homem a quem ela é ou acredita ser casada legalmente; (e) com ou sem o seu consentimento, quando ela tiver menos de quatorze anos de idade ou de mente doentia. (Tradução livre)

[27] Qualquer pessoa que tenha conhecimento carnal ilegal de uma mulher ou menina, sem o seu consentimento ou com o seu consentimento, se o consentimento for obtido por força de ameaças ou intimidação de qualquer tipo ou por medo de danos, ou por meio de representação falsas e fraudulenta quanto à natureza do ato ou no caso de uma mulher casada, por representar o seu marido, é culpado de um delito que é chamado de estupro. (Tradução livre)

Em 2003, a Nigéria aprovou a Lei dos Direitos das Crianças, a qual proíbe qualquer pessoa de ter relações sexuais com crianças, sendo essa considerada como tal até os 18 anos de idade, mesmo havendo o consentimento da mesma, e também proíbe submeter a "*child to physical, mental or emotional injury, abuse, neglect or maltreatment including sexual abuse*"[28] (AKPOGHOME, 2016, p. 26), tendo como pena para tais violações a prisão. Em 2015, foi aprovada a Lei de Violência contra as Pessoas, a qual reafirma as considerações do Código Penal e Criminal, além de acrescentar uma pena de 20 anos de prisão quando o estupro for cometido em coletivo (AKPOGHOME, 2016). Essa lei é considerada um aprimoramento dos Códigos, tendo em vista que ela reconhece que o estupro não ocorre apenas com a penetração na vagina – mas também no ânus e na boca – e passa a considerar a mutilação genital feminina um ato proibido, sendo considerada uma grande evolução para a Nigéria (AKPOGHOME, 2016).

Em 2011, foi criada a Lei de Terrorismo, a qual foi posteriormente reformulada, em 2013. Essa lei, proíbe qualquer ato e forma de terrorismo – incluindo o seu treinamento, auxílio, financiamento e a indução de alguém para cometer tal ato, entre outros – tendo como sua violação a condenação máxima de pena de morte (ATTAH, 2016). Entretanto, segundo Christina Attah (2016), de todos os atos considerados como terrorista pela Lei, nenhum prevê a utilização da violência sexual como uma tática de terrorismo, fazendo com que os julgamentos para tais atos sejam feitos a partir do Código Penal e Criminal, não sendo feitos da forma mais adequada e justa.

As penas para violência sexual contra a mulher do Código Penal e Criminal são menos severas do que as penas da Lei de Terrorismo. Além disso, os dois Códigos exigem provas extremamente rígidas das vítimas, sendo necessário que a penetração seja comprovada e, apesar de não ser obrigatório perante a lei, devem

[28] Criança a ferimentos físicos, mentais ou emocionais, abuso, negligência ou maus-tratos, incluindo abuso sexual. (Tradução livre)

haver provas, testemunhas, de que realmente houve o estupro para que a queixa tenha um valor jurídico maior (ATTAH, 2016). As exigências dessas provas vão dificultar a obtenção da justiça por parte das vítimas, desmotivando-as de levarem seus casos à justiça, tendo em vista que raramente as vítimas – principalmente as que são sequestradas pelo *Boko Haram* – serão violentadas na presença de testemunhas e possuirão a oportunidade de fazer o exame médico imediatamente após serem violentadas.

Assim sendo, é possível analisar que grande parte das medidas adotadas pelo governo nigeriano para contribuir com o fim do uso da violência sexual contra as mulheres pelo *Boko Haram* são insuficientes e ineficazes. Os contínuos ataques – sendo muitos deles similares aos anteriores, como os frequentes sequestros de meninas – demonstram que as medidas implementadas são falhas e que o Estado pouco tem feito para melhorá-las e prevenir que outros casos ocorram. "*What happened in Chibok should have served as a wake-up call to the Nigerian government. Yet four years on, thousands more women and girls have been taken from their homes and forced to live in captivity, in events largely unnoticed and unreported by media*[29]" (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018b).

A Nigéria tem falhado com diversas resoluções e declarações da ONU a respeito do direito da mulher e da violência sexual. A situação que o País presencia vai contra todo o ideal e princípios de emancipação e respeito às mulheres, defendidos pela Nações Unidas. Leis nacionais e internacionais pelo estão sendo violadas pelo *Boko Haram* e mesmo assim há pouca atuação dos militares, poucas medidas para melhorar a segurança da cidade – principalmente a segurança das mulheres – pouca assistência às vítimas, leis falhas, injustas e sem prática. Medidas

[29] O que aconteceu em *Chibok* deveria ter servido como um alerta para o governo nigeriano. No entanto, quatro anos depois, milhares de mulheres e meninas foram retiradas de suas casas e obrigadas a viver em cativeiro, em eventos que são muitas vezes despercebidos e não relatados pela mídia. (Tradução livre)

que não são aplicadas com eficácia e que não asseguram os direitos que às mulheres são prometidas.

A adoção de uma política de intolerância zero à violência sexual contra a mulher, exigida pela ONU, não está sendo institucionalizada pelo governo nigeriano. Muito pelo contrário, além de não adotar medidas adequadas para proteger as mulheres da atuação do *Boko Haram*, as leis nacionais e internacionais estão sendo violadas pelo próprio governo, por aqueles que na verdade deveriam garanti-los. Enquanto deveriam respeitar, proteger e emancipar as mulheres, estão se aproveitando do seu *status* de vulnerabilidade, destituindo-as de seus próprios direitos fundamentais e retirando todo o valor e relevância que elas possuem.

4 AS NAÇÕES UNIDAS NA NIGÉRIA E O *BOKO HARAM* (2014-2018)

Diante da atuação do *Boko Haram*, principalmente no que se refere ao uso da violência sexual como arma de guerra, a ajuda humanitária internacional tornou-se completamente necessária na Nigéria, tendo em vista os diversos atos internacionais da ONU que estão sendo desrespeitados e milhares de mulheres estão tendo seus direitos violados. Entretanto, até hoje não foi instalada uma missão de paz da ONU na Nigéria e a Organização só passou a atuar no país de forma mais atuante a partir de 2014, principalmente depois do sequestro de *Chibok*, em maio de 2014.

No mês seguinte do sequestro das meninas de *Chibok*, a ONU incluiu o *Boko Haram* na lista de sanções 1267, considerando-o um grupo ligado à *Al Qaeda* e submetendo-o à diversas sanções (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014). Em junho do mesmo ano, uma carta é elaborada pelos representantes da Nigéria e da Inglaterra para o Conselho de Segurança da ONU, tendo como objetivo dar atenção a uma reunião que ocorreu com os ministros da Nigéria, Níger, Camarões, Chade e representantes de Benin, França, União Europeia, Canadá, Estado Unidos, das Nações Unidas e da União Africana

(CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014). Nessa carta, relata-se o comprometimento dos Estados em resgatar as meninas de *Chibok*, prevenir o uso da violência sexual em conflitos, oferecer treinamento às forças de segurança nigerianas para lutar contra o grupo terrorista, dar suporte para a educação de meninas e assistência ao governo nigeriano, além de manter uma cooperação entre os países para combater o *Boko Haram* (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014).

Os países presentes na reunião do Relatório 425 e outros parceiros da Nigéria – sendo fortemente impulsionados pela campanha "*Bring Back Our Girls*" e promovendo o estabelecimento dos valores morais e os princípios dos direitos humanos – "*provided supplementary military support to augment Nigeria"s weak counter terrorism prowess. They provided spy planes, technical experts and also sent Special Forces to assist Nigeria"s efforts*[30]*"* (KHAN; HAMIDU, 2015 apud OSASUMWEN; ADEKUNLE; ROLAND; SEGUN, 2017, p.46).

Além disso, o UNFPA (Fundo de População das Nações Unidas), em conjunto com o Ministério Federal e da Saúde do Estado de *Borno*, passou a providenciar suporte psicológico e serviços de saúde sexual e reprodutiva, além de um programa de reintegração e educação para as meninas que fossem sendo resgatadas do sequestro de *Chibok* e para as outras meninas e mulheres vítimas da violência sexual e suas famílias (UNFPA, 2014).

A partir do caso de *Chibok*, uma maior atenção internacional foi direcionada à Nigéria e à utilização da violência sexual contra as mulheres pelo *Boko Haram*. Dessa forma, é possível observar algumas medidas adotadas pela ONU que tiveram como objetivo contribuir no estabelecimento da paz e promover os direitos humanos, incluindo o das mulheres.

[30] Forneceu apoio militar suplementar para aumentar a fraca capacidade antiterrorista da Nigéria. Eles forneceram aviões de espionagem, especialistas técnicos e também enviaram Forças Especiais para ajudar nos esforços da Nigéria. (Tradução livre)

4.1 Documentos do Conselho de Segurança da ONU

Primeiramente, em dezembro de 2013, o Conselho de Segurança concordou em realizar um mandato para o Escritório das Nações Unidas no Oeste da África realizar um relatório, a cada 6 meses, para relatar a situação da região, durante um período de 3 anos (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013) e que foi postergado por mais 3 anos, em 2016 (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016a). Dessa forma, sendo elaborados dois relatórios por ano, esses mencionam os ocorridos na Nigéria e as ações na Organização no país.

A partir de uma análise no banco de dados disponível no *site* das Nações Unidas (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018), em 2014, o Secretário-geral da ONU apresentou para o Conselho de Segurança – além dos dois relatórios do mandato do Conselho, sendo eles o 422 e o 945 – outros dois relatórios, o 9 e o 542, que dizem respeito à África, mencionando, então, a situação na Nigéria. Além de relatarem questões econômicas, políticas e de saúde, os quatro apresentam alguns dos impactos gerados na Nigéria pela atuação do *Boko Haram*, o aumento de refugiados, mortes e ataques do grupo, além de relatarem alguns dos ataques nas cidades no país, condenando completamente a atuação dos terroristas (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018). O caso do sequestro das meninas de *Chibok* ganham uma atenção nos documentos, afirmando o empenho das Nações Unidas em cooperar militarmente para encontra-las, além de prestar outros apoios ao caso, como já mencionado anteriormente (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018a). Os relatórios afirmam as contínuas violações dos direitos humanos e das leis internacionais, declarando, então, o apoio da ONU no intercâmbio de informações com a Nigéria para combater o *Boko Haram* e pedem às autoridades nigerianas a implementação de medidas para acabar com o caso (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018).

A partir do mesmo banco de dados (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018), em 2015, três relatórios do Secretário-geral da ONU foram apresentados para o Conselho de Segurança, a respeito da África que mencionam a situação na Nigéria – os Relatórios 472 e 1012 do mandato do Conselho e também o 560. Nesses relatórios as mulheres são mais mencionadas, relatando a crescente utilização de mulheres como escravas sexuais e bombas-suicidas pelo *Boko Haram*, além de relatarem e parabenizarem o governo nigeriano por recuperarem algumas meninas sequestradas pelo grupo e por essas estarem recebendo assistência de reabilitação.

Nos três relatórios de 2015, apresenta-se os ataques contínuos dos terroristas na Nigéria e, mesmo enfatizando os territórios recuperados pelo governo nigeriano, afirmam que a situação contínua grave, com a violação de diversos direitos humanos e leis internacionais, havendo escassez de alimentos, segurança, assistência humanitária e financiamento, além da grande quantidade de refugiados (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018). Em relação as medidas implementadas pela ONU na Nigéria, o Relatório 560 (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015a) menciona a elaboração de um workshop no país para tratar de paz e segurança, principalmente em relação ao combate do *Boko Haram* e as assistências necessárias às vítimas. Já no Relatório 1012 (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015b), menciona-se uma visita da Organização na Nigéria para verificar se as medidas do combate ao terrorismo recomendadas por ela, nos anos anteriores, haviam sido implementadas.

Em 2016, apenas os dois relatórios do mandato do Conselho de Segurança foram elaborados pelo Secretário-geral da ONU, o Relatório 566 e o 1072. O Relatório 566 (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016b) menciona a visita da ONU na Nigéria para verificar o andamento dos processos de implementação das medidas recomendadas pela mesma, relata a contribuição de 50

milhões do Senado nigeriano para realocação e reabilitação das pessoas refugiadas na Nigéria e a de 40 milhões das Nações Unidas para países que estão sendo afetados pelo grupo terrorista, porém, da mesma forma, relata-se que um advogado de direitos humanos – junto com a Comunidade Econômica dos Estados da África (CEDEAO) – entrou na justiça contra o governo nigeriano por não prevenir as mortes e estupros do *Boko Haram*.

No Relatório 1072 (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016c), afirma-se que de um plano de financiamento de 439 milhões para os países da região do lago da Chade, feito por organizações humanitárias, apenas 30% desse valor foi recebido, relata-se também uma visita do Representante Especial do Secretário-geral da ONU no estado de *Borno* para reafirmar o compromisso da Organização em estabelecer a paz na Nigéria e discutir a respeito da atuação dos terroristas e dos problemas de segurança no país com as *steakholders* nigerianas, atores internacionais, sociedade civil e com as agências da ONU presentes no país.

Em 2017, o Secretário-geral da ONU apresentou os dois relatórios do mandato do Conselho de Segurança, o 563 e o 1104. O Relatório 563 relata que as autoridades nigerianas estavam submetendo suspeitos de serem aliados do *Boko Haram* a prisões e maus tratos, afirmam que ainda há poucas medidas judiciais que podem ser recorridas pelas vítimas dos terroristas, "*highlighting weaknesses in accountability under national and international legal instruments for human rights violations committed either by armed groups or by security forces*[31]" (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017b, p. 7). Além disso, relata-se que novas visitas foram realizadas afim de discutir as questões do conflito, as prevenções de novos ataques e questões humanitárias – remetendo às medidas para resgatar as meninas de *Chibok* – e que a União Europeia e da ONU continuavam

[31] Destacando as fraquezas na prestação de contas sob os instrumentos legais nacionais e internacionais para violações de direitos humanos cometidos por grupos armados ou pelas forças de segurança. (Tradução livre)

contribuindo com recomendações ao governo nigeriano para adotarem medidas judiciais que respondem adequadamente os casos de terrorismo e melhorarem as investigações de tais casos. (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017b).

Já no Relatório 1104, demonstra-se um aumento dos ataques do *Boko Haram* no território nigeriano, mencionando, então, que a grande insegurança no norte do país "*has limited humanitarian access and led to a suspension of lifesaving humanitarian deliveries to those areas*[32]" (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017c, p. 6). Ainda nesse relatório, é mencionado a criação de uma comissão judicial para analisar o cumprimento das leis internacionais dos direitos humanos pelas forças de segurança nigerianas – realçando, pela primeira vez, desde 2014, as alegações de violações cometidas por essas – o contínuo trabalho da União Europeia e das Nações Unidas com a Nigéria para implementação de medidas judiciais que respondem ao terrorismo e que de 1,5 bilhões de dólares solicitados pelas agências da ONU e organizações não-governamentais a serem direcionados para questões humanitárias na região do Lago do Chade, apenas 54% desse valor foi recebido (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017c).

Além desses dois relatórios, em 2017 o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprova a primeira e única – até os dias de hoje – resolução a respeito do conflito na região do Lago do Chade gerada devido a insurgência do *Boko Haram*. A Resolução 2349 expressa grande preocupação aos ataques terroristas na Nigéria, reconhecendo no país as "*security crisis, humanitarian emergency, and development deficits resulting from the violence by terrorist groups Boko Haram*[33]" (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017d, p. 1).

[32] Têm limitado o acesso humanitário e levou à suspensão de entregas humanitárias que salvam vidas nessas áreas. (Tradução livre)
[33] Crises de segurança, emergência humanitária e déficits de desenvolvimento resultantes da violência do grupo terrorista *Boko Haram*. (Tradução livre)

Demonstrando uma preocupação com a proteção dos civis que sofrem de violência e abusos sexuais, o Conselho da ONU (2017d) condena todos os ataques terroristas e violações das leis internacionais e dos direitos humanos cometidos pelo *Boko Haram* – incluindo os que envolvem *"women and children, abductions, pillaging, child, early and forced marriage, rape, sexual slavery and other sexual and gender-based violence, and recruitment and use of children, including increasingly the use of girls as suicide bombers*[34]" (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017d, p. 2) – solicitando, então, que os governos da região cooperem militarmente para garantirem a efetividade das leis, direitos e a dignidade dos civis, além de atribuírem mais mulheres à cargos em setores de segurança, implementarem medidas judiciais que condene adequadamente os criminosos de violência sexual contra a mulher e medidas de assistência física e psicológica à essas vítimas. Do mesmo modo, insta-se por mais apoio das entidades das Nações Unidas, através de treinamento militar e apoio humanitário.

Ainda no mesmo ano, foi elaborado o primeiro relatório das Nações Unidas sobre situação da Nigéria, o Relatório 304. Ele é complemente direcionado ao conflito que país tem vivenciado, entretanto, foca sua análise nas violações contra as crianças, cometidas pelas forças armadas e pelo *Boko Haram* no período entre 2013 e 2016, apesar de fazer diversas ressalvas aos outros métodos de atuação do grupo terrorista e violações dos direitos humanos – como a utilização da violência sexual contra as mulheres – já analisados anteriormente (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a). Esse relatório é o primeiro que demonstra com mais intensidade as violações cometidas principalmente pelas forças de segurança nigeriana, mencionando que, em 2016, visitas foram feitas pela ONU nos "quarteis de *Giwa*", estabelecendo que visitas mensais seriam realizadas para verificar as condições do estabelecimento (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES

[34] Mulheres e crianças, sequestros, roubos, casamento prematuro e forçado, estupro, escravidão sexual e outras violências sexuais e de gênero, e recrutamento e uso de crianças, incluindo o uso crescente de meninas como bombas suicidas. (Tradução livre)

UNIDAS, 2017a). Afirma-se também que, em 2016, o UNICEF estabeleceu um programa de assistência meninas e mulheres vítimas de violência sexual dos terroristas, apoiando sua reintegração social (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a).

Em 2018, até o mês de junho, foi feito apenas o primeiro relatório do mandato do Conselho de Segurança, sendo ele o 649. Analisando os contínuos ataques do *Boko Haram*, observa-se o seu aumento na Nigéria, ressaltando o alarmante uso de mulheres como bombas suicidas que, de acordo com a ONU Mulheres "*nearly one in every five suicide bombers in Nigeria is a child, and girls account for 75 per cent of all child suicide bombers*[35]" (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018b, p. 5). Além disso, relata-se que, apesar das autoridades nigerianas terem afirmado conseguir afastar o *Boko Haram* de diversas áreas, os ataques terroristas continuam intensos, a crise humanitária permanece agravante e os níveis de necessidade de assistência são elevados, ainda mais levando em consideração que a ajuda financeira internacional continua crítica. (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018b). Já em relação as medidas judiciais relacionadas ao terrorismo, afirma-se que "*a Nigerian court sentenced more than 200 people, including kidnappers of the girls from Chibok in 2014, to prison terms of up to 30 years, and released 475 others due to lack of evidence*[36]" (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018b, p. 7).

Analisando esses documentos, é evidente que a ONU reconhece e sensibiliza-se com o conflito que está ocorrendo na Nigéria. Contudo, mesmo a Organização não podendo interferir na soberania do país, esta não tem atuado da forma como poderia e deveria, podendo-se observar muitas falhas no seu envolvimento para

[35] Quase um em cada cinco bombas-suicidas na Nigéria é uma criança, e as meninas correspondem por 75% de todas as crianças-bomba-suicidas. (Tradução livre)

[36] Um tribunal nigeriano condenou mais de 200 pessoas, incluindo sequestradores das meninas de *Chibok* em 2014, a penas de prisão de até 30 anos, e libertou outras 475 devido à falta de provas. (Tradução livre)

contribuir no estabelecimento da paz e no caso de violência sexual contra as mulheres.

Primeiramente, é possível observar que a ONU demorou um longo período para atuar de forma mais intensa no caso, tendo em vista que diversas mulheres já estavam sendo vítimas do *Boko Haram* antes de 2014. Mesmo com a suposta intensificação de sua atuação, os documentos do Conselho demonstram que poucas medidas foram realmente tomadas para solucionar o caso. Os casos de violência sexual contra mulher cometido pelas forças nigerianas só foram mencionadas e aprofundadas em 2017, somente nesse ano foi escrito o relatório direcionado à Nigéria, há apenas uma única resolução da ONU para o caso nigeriano e a campanha "*Bring Back Our Girls*" foi uma das únicas campanhas de nível internacional a respeito da violência contra as mulheres nigerianas.

O caso do sequestro de *Chibok* era para ter servido como um aviso às Nações Unidas do que está acontecendo na Nigéria, entretanto os contínuos casos de sequestro e violência sexual contra meninas e mulheres, tanto por parte do *Boko Haram* quanto por parte dos militares nigerianos, deixam evidente que as medidas da ONU não têm sido suficientes para solucionar e prevenir que os casos aconteçam.

A ONU se pronuncia a respeito das violações do *Boko Haram*, mas a gravidade e relevância destas deveriam ter pronunciamentos mais frequente e mais intensos, a fim de que uma maior atenção internacional fosse direcionada às nigerianas. As medidas para solucionar o caso de violência sexual são raras, além de que o tema é pouco abordado, discutido e internacionalizado. O melhor exemplo disso é o caso do massacre de Baga, analisado anteriormente, o qual foi completamente ofuscado e esquecido pelo atentado que ocorreu na França.

4.2 Assistência às vítimas de violência sexual: contribuição do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA)

Além das medidas das Nações Unidas para contribuir com o caso de violência sexual na Nigéria, descritas nos documentos do Conselho de Segurança da ONU, é possível verificar que o UNFPA também tem se envolvido no país para auxiliar as vítimas da violação.

Primeiramente, segundo um dado disponibilizado pelo site do organismo da ONU (UNFPA), a Nigéria está entre os países que mais precisam do suporte da agência, sendo esse dado baseado na quantidade de recursos disponíveis no país e em seis indicadores, sendo eles a taxa de natalidade da população mais pobre, taxa de mortalidade, taxa de gravidez em adolescentes, demanda por contraceptivos, taxa da presença de HIV em pessoas de 15 a 24 anos e taxa de desigualdade de gênero.

No relatório anual de 2017 da agência, ela estabeleceu um plano estratégico para cada continente entre o período de 2014 e 2017, determinando um programa de despesa para cada país, sendo que a quantidade deste financiamento se baseia nas necessidades de cada um deles em relação à 5 áreas: *"integrated sexual and reproductive health; adolescentes; gender equality and rights; data for development; organizational efficiency and effectiveness*[37]" (UNFPA, 2017a, p. 17). Ou seja, a agência estabelece o quanto de dinheiro que cada país necessita e demonstra o quanto deve ser implementado em cada área, de acordo com a necessidade de cada país. Nesse sentido, o UNFPA estabeleceu um plano estratégico para a Nigéria com despesa total de aproximadamente 97 milhões (UNFPA, 2017a).

De acordo com dados disponibilizados pela mesma agência, em 2017, 19,600 milhões foram solicitados conforme o plano estratégico, porém somente 6 milhões foram disponibilizados (UNFPA, 2018). Deste financiamento solicitado, a maior parte, 76,3%, seria destinada à servidos de saúde sexual e reprodutiva, 5% à adolescentes, 7,1% à igualdade de gênero, 1,1% à efetividade organizacional, 10,6% à análise na dinâmica populacional (UNFPA, 2018). Em 2018, esses dados são

[37] Saúde sexual e reprodutiva integrada; adolescentes; igualdade de gênero e direitos; dados para desenvolvimento; eficiência e eficácia organizacional. (Tradução livre)

bruscamente alterados, tendo um aumento para 44,315 milhões solicitados, sendo apenas 4,359 milhões disponibilizados (UNFPA, 2018).

De acordo com os dados do UNFPA (2018), em relação aos serviços prestados, a agência conseguiu construir na Nigéria, em 2017, 185 clínicas móveis, 21 "lugares seguros" – os quais são "*useful for violence prevention, reproductive health information, psychosocial counseling, skill acquisition, livelihood support*[38]" (UNFPA, 2016) – 211 instalações que fornecem saúde materna, 185 instalações que fornecem cuidados obstétricos, 60 lugares que disponibilizam apoio clínico de estupro e 14 mil kits de dignidades foram distribuídos, os quais contém "*culturally appropriate dresses and feminine hygiene supplies*[39]" (UNFPA, 2017b). Em relação à capacitação de servidores da ONU, 60 pessoas foram treinadas em saúde reprodutiva e sexual, 202 pessoas capacitadas em Pacote Inicial Mínimo, 120 treinados para dar suporte psicossocial, 202 treinadas para emergências obstétricas, 180 pessoas capacitadas para as clínicas de estupro e 90 pessoas para lidarem com os casos de violência baseadas no gênero (UNFPA, 2018). Já em relação ao alcance que essas contribuições alcançaram, a agência atingiu aproximadamente 750 mil pessoas com todos os tipos de serviços de saúde sexual e reprodutiva, 304 mil pessoas tiveram acesso a todos os tipos de serviço de violência baseado no gênero, 36 mil mulheres e meninas acessaram lugares que possuem kits de pós-estupro, 157 mil pessoas se beneficiara de kits de saúde reprodutiva e 277 mil pessoas aos serviços de Planejamento Familiar (UNFPA, 2018).

Dessa forma, é possível analisar que, apesar de haver projetos que auxiliam as vítimas de violência sexual na Nigéria, há uma extrema carência de financiamento que deem seguimento aos mesmos. Assim como nas contribuições financeiras ressaltadas nos documentos do Conselho de Segurança da ONU, no UNFPA há uma enorme diferença entre o valor solicitado pela organização e o que ela recebe para

[38] Úteis para a prevenção de violência, informação de saúde reprodutiva, aconselhamento psicossocial, aquisição de habilidades, suporte de subsistência. (Tradução livre)
[39] Roupas culturalmente apropriadas e suprimentos de higiene feminina. (Tradução livre)

implementação dos projetos. Pior, o dado de 2018 demonstra que as necessidades no país aumentaram e, ao invés das contribuições aumentarem, elas diminuíram. As contribuições humanitárias são limitadas quando analisado um dado que mostra que aproximadamente 2,9 milhões de pessoas necessitam de proteção contra violências de gênero, sendo 82% mulheres, apenas no nordeste da Nigéria (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COORDENAÇÃO DE ASSUNTOS HUMANITÁRIOS, 2018b). Apesar das existentes contribuições às vítimas de violência sexual, "*humanitarian needs continue to grow and so do the resources needed to respond*[40]" (UN NEWS, 2018).

4.3 Mearsheimer: a promessa da ONU a partir de uma visão neorrealista

A partir do momento em que as Nações Unidas começaram a sensibilizar os Estados sobre as graves violações cometidas contra as mulheres, viu-se que os países voltaram seus olhos para as minorias, através dos diversos tratados, declarações, convenções e resoluções que afirmam os direitos das mulheres como parte dos direitos humanos, sendo eles fundamentais e universais.

A ONU possui um amparo teórico e institucional que garante proteção e emancipação das mulheres, principalmente àquelas que estão em situações de riscos, como em conflitos armados. Entretanto, é possível verificar uma enorme diferença entre a teoria e a prática de suas garantias e promessas.

Não há dúvidas de que as Nações Unidas solidarizam-se com a situação das mulheres e meninas na Nigéria, principais vítimas do *Boko Haram*, porém suas contribuições foram, até hoje, insuficientes e ineficazes. Em meio a um discurso de universalidade dos direitos humanos e sacralidade da pessoa humana, as nigerianas continuam sendo violadas e, muitas vezes assassinadas, direitos e leis continuam sendo ignorados e milhares de terroristas e soldados continuam saindo impunes de

[40] As necessidades humanitárias continuam a crescer e os recursos precisam responder. (Tradução livre)

seus crimes. Falta uma ação da ONU que saia do plano teórico e entre no plano prático.

Porque que existe este silêncio internacional? Tentarei explicar a partir dos cinco pressupostos realistas do sistema internacional, colocados pelo teórico Mearsheimer (MEARSHEIMER, 1994). Primeiro, o sistema internacional é anárquico, onde não há um órgão superior aos Estados. Segundo, os Estados possuem uma capacidade militar ofensiva, possuindo, então, capacidade de se destruírem, sendo considerados perigosos entre si. Terceiro, os Estados nunca estarão certos sobre as intenções dos outros, fazendo com que sempre esperem o pior deles, tendo em vista a sua capacidade militar. Quarto, a sobrevivência e o desejo de manter sua soberania é o que move cada um dos Estados, levando, então, ao último pressuposto, em que esses pensarão estrategicamente em como sobreviver no sistema internacional (MEARSHEIMER, 1994).

Esses cinco pressupostos fazem com que os Estados temam uns aos outros e — ao tentarem sobreviver no sistema anárquico e perigoso — busquem, a todo momento, maximizar seu poder em relação aos outros, a fim de garantir sua segurança, fazendo com que sempre ajam segundo seus próprios interesses e procurando tirar vantagens uns dos outros (MEARSHEIMER, 1994). Dessa forma, a cooperação vai ser difícil de ser alcançada e mantida, haja visto que ela só vai ocorrer dependendo dos ganhos que os Estados obterem através dela, se esses ganhos estiverem de acordo com seus interesses e se eles são bons quando comparados com os dos outros beneficiários, e não apenas por um "*commitment to build a world order independente of a state's own interest*[41]" (MEARSHEIMER, 2001).

Além disso, sendo o sistema anárquico, a cooperação vai ocorrer como uma forma dos Estados manterem a distribuição de poder entre eles ou para aumentarem

[41] Compromisso de construir uma ordem mundial independente do próprio interesse do estado. (Tradução livre)

o seu próprio poder (MEARSHEIMER, 1994). Como exemplificado por Mearsheimer (1994), os investimentos norte-americanos durante a Guerra Fria para dissuadir a União Soviética de começar uma guerra, não foram feitos para promover "*peace around the world, but because American leader feared that Soviet victory would lead to a dangerous shift in the balance of power*[42]" (MEARSHEIMER, 2001, p.64).

De acordo com os neorrealistas, a cooperação é uma exceção e a guerra e o conflito são a regra. Dessa forma, o mundo político é uma luta constante pela sobrevivência, vantagens e dominância, ou seja, os Estados só vão cooperar como uma forma de sobrevivência, com o objetivo de adquirirem vantagens absolutas e de maximizarem suas forças, sempre agindo conforme seus próprios interesses (JERVIS, 1999).

Assim sendo, Mearsheimer (1994) afirma que as instituições não possuem a mínima influência sob os Estados, na verdade, elas são movidas por eles, tendo em vista que as regras das instituições são reflexos dos interesses dos Estados e suas ações só serão efetivas se forem de acordo com os mesmos. Logo, o autor defende que as promessas das instituições internacionais, de promoção e estabelecimento da paz, são falsas e que, na realidade, elas são meros instrumentos para que os Estados atinjam seus interesses, além de serem uma forma de manter a distribuição de poder no sistema internacional, ou seja, "*the most powerful states in the system create and shape institutions so that they can maintain their share of world power, or even increase it*[43]" (MEARSHEIMER, 1994, p. 13).

Segundo esse preceito, os atos internacionais a respeito dos direitos humanos vão utilizados como uma forma de estratégia política internacional utilizada pelos Estados, dentro das Nações Unidas, para que alcancem seus próprios interesses e não

[42] Paz em todo o mundo, mas porque o líder americano temia que a vitória soviética levaria a uma perigosa mudança no equilíbrio de poder. (Tradução livre)
[43] Os estados mais poderosos do sistema criam e moldam as instituições para que possam manter sua parcela de poder mundial ou mesmo aumentá-la. (Tradução livre)

como uma forma de estabelecer a paz. Logo, Costas Douzinas (2009, p. 131) afirma que "quando direitos humanos e interesse nacional coincidem, os governos se tornam seus maiores defensores".

Douzinas exemplifica isso a partir das sanções econômicas e os suscetíveis bombardeios no Iraque, em 1998, que duraram 10 anos "a fim de forçar o regime a eliminar suas armas de destruição em massa" (DOUZINAS, 2009, p. 143), destruindo completamente a sociedade iraquiana e afetando a vida de mais de 21,7 milhões de pessoas. Em contrapartida, no caso de Ruanda, em 1994 – o qual foi considerado o segundo maior genocídio no mundo – diversas mensagens foram enviadas a ONU, pedindo uma intervenção a fim de evitar a agravação da situação, entretanto, não tiverem efeito algum, havendo, na realidade, a retirada dos integrantes da força de paz que estavam em Ruanda, deixando apenas 270 homens (DOUZINAS, 2009). Douzinas afirma que "as vidas de algumas centenas de integrantes das forças de paz ocidentais eram certamente mais importantes que as centenas de milhares de africanos" (DOUZINAS, 2009, 145), levando o autor a mencionar um embaixador nigeriano, o qual questionou se a África havia saído do mapa da questão moral.

Dessa forma, a falta de participação efetiva da ONU sobre os casos de violência contra as mulheres nigerianas, cometidas pelo grupo *Boko Haram*, mostra-se, na realidade, como total falta de interesse dos Estados nas questões das mulheres, principalmente porque não haverá nenhum benefício ao cooperarem para solucionar o caso. Nesse sentido, sendo movida pelos interesses dos Estados, as Nações Unidas pouco vão atuar na Nigéria para realmente solucionar o caso e suas medidas e proteção dos direitos humanos vão ser insuficientes e, inevitavelmente, ineficazes.

Como analisado anteriormente, o significado do corpo da mulher é "objetificado", colocando-a em uma posição inferior e de subordinação ao homem, retirando-se todo o seu valor. O corpo feminino é um mero objeto, sem relevância e importância, utilizado pelo *Boko Haram* como uma forma de demonstrar seu poder e

dominar um território. Nesse sentido, a falta de atuação e medidas das Nações Unidas para solucionar o caso e não terem uma posição mais coerente e forte em relação a ele, também significa dizer que os Estados pouco se importam com as mulheres nigerianas.

O silêncio internacional, a apatia, a falta de manifestação da ONU em colocar relevância ao caso na Nigéria, demonstra-se como uma falta de interesse dos Estados que também entendem de certa forma que o corpo "objetificado" da mulher não importa, não tem valor, é insignificante e, logo, não traz benefício algum.

Os Estados, não fazendo parte desse conflito e não tendo interesse nele, nada fazem. Não possuem interesse por serem apenas mulheres e, além disso, se encontram em um país não ocidental. Em um mundo marcadamente ocidentalizado e anárquico, países como a África ficam à margem do interesse dos Estados considerados mais fortes, onde suas questões são silenciadas e pouco vão importar no sistema internacional, como pode ser exemplificado pelo caso de Baga, analisado anteriormente.

Nesse sentido, as mulheres africanas "*are rarely presented as if they were viable human being*[44]" (OYEWUMI, 2005, p. 250), tendo em vista que o seu gênero, nacionalidade e raça. "*The unvoicing of the black women is literal, and her essence projected only as a void*[45]" (OYEWUMI, 2005, p. 254). Em outras palavras, sendo as nigerianas mulheres, inferiores, objetos de subordinação e dominação, negras, africanas e em um país não ocidental, elas são insignificantes, não geram benefícios e, consequentemente, são esquecidas pelos Estados.

Quando as Nações Unidas dão as costas a situação que está acontecendo com as nigerianas, quando essas questões são pouco defendidas e esquecidas, ignora-se os direitos básicos dessas mulheres e nega-se o seu valor e importância.

[44] São raramente apresentadas como se fossem um ser humana. (Tradução livre)
[45] A falta de voz das mulheres negras é literal, e sua essência é projetada apenas como um vazio. (Tradução livre)

Dessa forma, a universalidade e aplicabilidade dos direitos humanos podem ser questionáveis, onde somente são usados pela comunidade internacional quando querem e onde querem, de acordo com seus interesses, não sendo, então, um princípio normativo (DOUZINAS, 2009). A defesa e implementação de tais direitos são interesseiros, fazendo com que os diversos atos internacionais das Nações Unidas a respeito dos direitos humanos e dos direitos das mulheres nada signifiquem se o significado do corpo feminino continua o mesmo ou se pouco mudou diante da percepção dos Estados. Ou seja, suas promessas de paz, dignidade humana, emancipação e universalidade, são falsas.

5 CONCLUSÃO

A ONU, diante do seu papel principal de mantenedora da paz, passa a ser símbolo da defesa e garantia dos direitos humanos a todos os indivíduos após a Segunda Guerra Mundial. Às mulheres, proporciona um amparo teórico de proteção e garantias de sua emancipação, reconhecendo sua importância como indivíduo e atribuindo grande relevância ao valor de sua vida.

Entretanto, enquanto as Nações Unidas proclamam a sacralidade do corpo humano e comprometem-se com a proteção das mulheres, milhares delas são vítimas de violência sexual como arma de guerra na Nigéria, leis e direitos nacionais e internacionais são violados, e pouco se fala ou faz-se para combater o caso. Essa falta de manifestação reflete a percepção que os Estados possuem a respeito da mulher e de seu corpo que, na realidade, o consideram insignificante e irrelevante.

Na realidade, há uma total falta de interesse dos Estados em combater o caso, o que demonstra a falta de importância da mulher através da ótica dos Estados, além de ser um conflito não-ocidental. Sem o interesse dos Estados, a ONU pouco se manifestará e as nigerianas continuarão tendo seus direitos básicos desrespeitados. É possível perceber que, na realidade, o universalismo dos direitos humanos é falho e

sua aplicação pelas Nações Unidas é completamente discriminatória, interessada e seletiva.

Há extrema necessidade de haver uma mudança na perspectiva dos Estados a respeito da mulher. É necessário que haja uma mudança do entendimento do papel da mulher, o qual passa a enxerga-la não mais como um objeto, mas como um indivíduo, repleto de direitos e dignidades, como uma pessoa humana. Apenas assim os direitos humanos sairão do plano teórico para serem aplicados em favor das nigerianas e das mulheres como um todo.

As Nações Unidas precisam realmente se preocupar com a humanidade que tanto defendem e lutar pelos direitos que promovem. Humanidade que inclui as diversas raças, etnias, nacionalidades e gêneros. Humanidade a qual as mulheres e meninas fazem parte. Mulheres que são humanas, dignas de direitos, que também querem a vida e que merecem vive-la.

Diversas mulheres e meninas inocentes vivem em situações desumanas, sofrem de escravidão sexual, estupro e torturas nos conflitos armados, não se limitando apenas à Nigéria. Essas mulheres não podem ser esquecidas e terem seus direitos negados. A comunidade não deve dar as costas a elas, mas garantir-lhes proteção, justiça e direitos que merecem como todo e qualquer indivíduo.

Nesse sentido, é de extrema importância que as nigerianas, e as vítimas de violência sexual como arma de guerra em geral, ganhem voz através dos outros atores internacionais e ações acadêmicas e midiáticas para que seja relembrado à humanidade das atrocidades que vivem e, então, tentar sensibilizar cada vez mais os Estados em fortalecer os direitos das mulheres, não só em locais específicos, mas em todo o mundo.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Yolanda; FULCHIRON, Amandine. El carácter sexual de la cultura de violencia contra las mujeres. In: UNESCO. **Las violencias en Guatemala**: algunas

perspectivas. Colección Cultura de Paz, n.10. Guatemala: Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/16914.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.

AKPOGHOME, Theresa. Analysis of the Domestic Legal Framework on Sexual Violence in Nigeria. **Journal of Law and Criminal Justice**, Benin, v. 4, n. 2, p. 17-30, dez. 2016. Disponível em: <http://jlcjnet.com/journals/jlcj/Vol_4_No_2_December_2016/3.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2018.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos Humanos e não-violência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

AMAESE, Innocent Lopor. **UN Peacekeeping Operations as a Potential Hindrance to the Peace Processes in the Great Lakes Region of Africa**: A Case of the United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo (MONUSCO). 2016. 75 f. Dissertação (Mestrado). Faculty of Social Sciences in fulfilment for the requirement for the Master in Peace and Development work of Linnaeus University, Suécia, 2016. Disponível em: <http://www.diva-portal.se/smash/get/diva2:933648/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL. **'Our job is to shoot, slaughter and kill':** Boko Haram's reign of terror in north in north-east Nigeria. Londres, p. 1-85, 2015a. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/04/Nigéria-Boko-Haram.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Nigeria: Nigerian authorities were warned of Boko Haram attacks on Baga and Monguno**. 28 jan. 2015b. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/01/nigeria-nigerian-authorities-were-warned-boko-haram-attacks-baga-and-monguno/>. Acesso em: 21 maio 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL. **They betrayed us**: women who survived Boko Haram raped, starved and detained in Nigeria. Londres, p. 1-88 2018a. Disponível em: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR4484152018ENGLISH.PDF>. Acesso em: 21 ago. 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Nigeria: Government still failing victims of Boko Haram four years on from Chibok**. 14 abril 2018b. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/04/nigeria-government-still-failing-victims-of-boko-haram-four-years-on-from-chibok/>. Acesso em: 05 set. 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Região do Lago Chade: novos ataques do Boko Haram causam grande aumento das mortes entre civis**. 06 set. 2017. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/regiao-lago-chade-novos-ataques-boko-haram-causam-grande-aumento-das-mortes-entre-civis/>. Acesso em: 14 maio 2018.

ARIÑO, María Villellas. La violência sexual como arma de guerra. **Quaderns de Construcció de Pau**, Barcelona, n. 15, p. 1-15, set. 2010. Disponível em: <http://escolapau.uab.es/img/qcp/violencia_sexual_guerra.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. In: SENADO FEDERAL, COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS. **Direitos Humanos:** atos internacionais e normas correlatadas. 4. ed. Brasilia: Senado Federal; Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 abril 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaration on the Elimination of Violence against Women**. 1993. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>. Acesso em: 13 abril 2018.

ATTAH, Christiana E. Boko Haram and sexual terrorism: The conspiracy of silence of the Nigerian anti-terrorism laws. African humans rights law journal, v. 16, n. 2, p. 385-406, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962016000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 maio 2018.

BARKINDO, Atta; GUDAKU, Benjamin; WESLEY, Caroline. Our Bodies, Their Battleground: Boko Haram and Gender-Based Violence against Christian Women and Children in North-Eastern Nigeria since 1999. **Nigeria's Political Violence Research Network**, Nigéria, n. 1, p. 1-37, nov. 2013. Disponível em: <https://www.worldwatchmonitor.org/old-site-imgs-pdfs/3117403.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.

BBC BRASIL. **Boko Haram: o que aconteceu em Baga?**. África Ocidental, 03 fev. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150203_nigeria_baga_lk>. Acesso em: 21 maio 2018.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. Disponível em: <https://crabgrass.riseup.net/assets/127566/Beauvoir,%20Simone%20O%20Segundo%20Sexo%20vol%201.pdfAcesso em: 14 maio 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUTLER, Judith**. *Problemas de gênero***: feminismo e subversão da identidade. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CIERCO, Teresa; BELO, António. Será a Nigéria um Estado falhado?: O grupo Boko Haram. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 21, p. 121-146, dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522016000300121&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 maio 2018.

CLIFFORD, Cassandra. Rape as a Weapon of War and it's Long-term Effects on Victims and Society. 7th Global Conference Violence and the Contexts of Hostility, p.1-13, Budapeste, maio 2008. Disponível em: <www.peacewomen.org/assets/file/Resources/NGO/vaw_rapeasaweaponofwar_stopmodernslavery_may2008.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Documents**. 2018. Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/documents/>. Acesso em: 06 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Letter dated 29 December 2016 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General**. 2016a. Disponível em: <http://undocs.org/S/2016/1129>. Acesso em: 10 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Letter dated 18 June 2014 from the Permanent Representative of Nigeria and from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council**. 2014. Disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/S_2014_425.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS**. Letter dated 23 December 2013 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General**. 2013. Disponível em: <https://undocs.org/S/2013/759>. Acesso em: 10 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório 304**: Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Nigeria. 2017a. Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/N1709682.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório 560**: Causes of conflict and the promotion of durable peace and sustainable development in Africa. 2015a. Disponível em: <http://undocs.org/S/2015/560>. Acesso em: 06 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURNÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório 563**: Report of the Secretary-General on the activities of the United Nations Office for West Africa and the Sahel. 2017b. Disponível em: <http://undocs.org/S/2017/563>. Acesso em: 09 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório 566**: Report of the Secretary-General on the activities of the United Nations Office for West Africa and the Sahel. 2016b. Disponível em: <http://undocs.org/S/2016/566>. Acesso em: 07 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório 649**: Report of the Secretary-General on the activities of the United Nations Office for West Africa and the Sahel. 2018b. Disponível em: <http://undocs.org/S/2018/649>. Acesso em: 10 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURNÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório 1104**: Report of the Secretary-General on the activities of the United Nations Office for West Africa and the Sahel. 2017c. Disponível em: <http://undocs.org/S/2017/1104>. Acesso em: 10 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório 1012**: Report of the Secretary-General on the activities of the United Nations Office for West Africa. 2015b. Disponível em: <http://undocs.org/S/2015/1012>. Acesso em: 06 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório 1072**: Report of the Secretary-General on the activities of the United Nations Office for West Africa and the Sahel. 2016c. Disponível em: <http:// undocs.org/S/2016/1072>. Acesso em: 08 set. 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1325**. 2000. Disponível em:

<www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325%282000%29>. Acesso em: 24 abril 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1820**. 2008. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1820%282008%29>. Acesso em: 24 abril 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1888**. 2009a. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/534/46/PDF/N0953446.pdf?OpenElement>. Acesso em: 24 abril 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1889**. 2009b. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/542/55/PDF/N0954255.pdf?OpenElement>. Acesso em: 24 abril 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1960**. 2010. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1960(2010)&referer=http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/documentos-de-referencia/&Lang=E>. Acesso em: 30 abril 2018.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2349**. 2017d. Disponível em: <http://undocs.org/S/RES/2349(2017)>. Acesso em: 11 set. 2018.

CONSTITUIÇÃO. **Constituição da República Federal da Nigéria**. 1999. Disponível em: <http://www.nigeria-law.org/ConstitutionOfTheFederalRepublicOfNigeria.htm#Chapter_4>. Acesso em: 26 ago. 2018.

CRAWFORD, Kerry F. From Spoils to Weapons: Framing Sexual Violence as a Weapon of War at the United Nations Security Council. **American Political Science Association**, Washington**,** p. 1-17, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2301879>. Acesso em: 24 abril 2018.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COORDENAÇÃO DE ASSUNTOS HUMANITÁRIOS. ***Humanitarian needs and requirement***: overview.

2018a. Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/LCB_HNRO_21022018_EN_Final.pdf>. Acesso em: 15 abril 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COORDENAÇÃO DE ASSUNTOS HUMANITÁRIOS. ***Humanitarian needs****:* overview. 2018b. Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/13022018_ocha_humanitarian_needs_overview.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

FAGANELLO, Priscila**. Operações de Manutenção da Paz da ONU**: de que forma os Direitos Humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

FAÚNDES; et al. Violência sexual: procedimentos indicados e seus resultados no atendimento de urgência de mulheres vítimas de estupro. Revista Bras Ginecol Obstet, v. 28, n. 2, p. 126-135, 2006. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Cristiao_Rosas2/publication/262479446_Sexual_violence_Recommended_procedures_and_results_of_emergency_care_for_women_victims_of_rape/links/5653b17408aeafc2aabb5e5c.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Governo da Nigéria reconhece desaparecimento de 110 garotas**. 25 fev. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/02/governo-da-nigeria-reconhece-desaparecimento-de-110-garotas.shtml>. Acesso em: 22 maio 2018.

G1. **Massacre do Boko Haram teve pouca repercussão internacional; entenda**. São Paulo, 13 jan. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/massacre-do-boko-haram-teve-pouca-repercussao-internacional-entenda.html>. Acesso em: 21 maio 2018.

GOLÇALVES, Joanisval Brito; REIS, Marcus Vinícius. **Terrorismo**: conhecimento e combate. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Those Terrible Weeks in their Camp**: Boko Haram Violence against Women and Girls in Northeast Nigeria. Estados Unidos da América, p. 1-63, 2014. Disponível em: <http://features.hrw.org/features/HRW_2014_report/Those_Terrible_Weeks_in_Their_Camp/assets/nigeria1014web.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

JERVIS, Robert. Realism, Neolibearalism, and Cooperation: Understanding the Debate. **International Security**, v. 24, n. 1, 42-63, 1999. Disponível em:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/09_JERVIS_Robert_pdf.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

MATUELLA, Iazana. Conflitos armados e a agenda internacional: a questão da mulher. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 1277-1295, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000301277&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 Abril 2018.

MEARSHEIMER, John. The false promise of international institutions. **International Security**, v. 19, n. 3, p. 1-49, 1994. Disponível em: <http://www.rochelleterman.com/ir/sites/default/files/mearsheimer%201994.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

MEARSHEIMER, John. **The Tragedy of Great Power Politics**. New York: W. W. Norton & Company, New York, 2001. Disponível em: <http://ls-tlss.ucl.ac.uk/course-materials/PUBLG035_73788.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Boko Haram sequestrou mais de mil crianças na Nigéria desde 2013, revela UNICEF. 20 abril 2018a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/boko-haram-sequestrou-mais-de-mil-criancas-na-nigeria-desde-2013-revela-unicef/>. Acesso em: 16 maio 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Chefe da ONU condena ataque a aldeia no noroeste da Nigéria. 08 maio 2018c. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-condena-ataque-a-aldeia-no-noroeste-da-nigeria/>. Acesso em: 22 maio 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Crise humanitária ameaça futuro de gestantes e crianças na Nigéria, alerta ONU**. 18 jan. 2017a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/crise-humanitaria-na-regiao-da-bacia-do-lago-chade-piora-alerta-onu/>. Acesso em: 13 nov 2017.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Especialistas da ONU fazem novo apelo por resgate de meninas sequestradas na Nigéria. 13 abril 2017b. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-fazem-novo-apelo-por-resgate-de-meninas-sequestradas-na-nigeria/>. Acesso em 25 abril 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. ONU condena ataque a civis no nordeste da Nigéria; 34 pessoas foram mortas. 02 abril 2018b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-condena-ataque-a-civis-no-nordeste-da-nigeria-34-pessoas-foram-mortas/>. Acesso em: 20 maio 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU Mulheres: Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/onumulheres/>. Acesso em: 11 maio 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Países-membros da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>. Acesso em: 05 abril 2018.

NETO, Danilo Marcondes de Souza. **A política brasileira para as operações de paz e intervenções humanitárias: normas, ética e regionalização no envolvimento brasileiro na MINUSTAH**. 2010. 356 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812644_10_pretextual.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018.

NTI, Nanna Bemma. Silence on the Lambs: The Abducted Chibok Schoolgirls in Nigeria and the Challenge to UNSCR 1325. **Kofi Annan International Peacekeeping Training Centre**, p. 1-5, nov 2014. Disponível em: <https://www.africaportal.org/publications/silence-on-the-lambs-the-abducted-chibok-schoolgirls-in-nigeria-and-the-challenge-to-unscr-1325/>. Acesso em: 15 maio 2018.

ONU MULHERES BRASIL. **Conferências Mundiais da Mulher**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 13 abril 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** São Francisco, 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Nações-Unidas.pdf>. Acesso em: 14 abril 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estratégias Prospectivas de Nairóbi para o Progresso da Mulher.** Nairóbi, 1985. Disponível em: <http://www.un-documents.net/nflsaw.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Declaration and Programme of Action**. Viena, 1993. Disponível em: < http://www.un-documents.net/ac157-23.htm >. Acesso em: 13 abril 2018.

OSASUMWEN; ADEKUNLE; ROLAND; SEGUN. Implications of the Release of Chibok Girls on Nigeria's War on Terrorism. **Covenant University Journal of Politics & Internationall Affairs**, Ota, v. 5, n.1, p. 40-59, jun. 2017. Disponível

em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/468-838-1-SM.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

OYEWUMI, Oyeronke. **African Gender Studies**: A Reader. 01. ed. New York: Palgrave Macmillan US, 2005. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=RlUBDgAAQBAJ&pg=PA254&lpg=PA254&dq=silenced+african+women&source=bl&ots=SLr3Zwtcnk&sig=sAqjJluS3WYg8IPiFwl-LHuJqvY&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiopurllurdAhWLhJAKHauvDsgQ6AEwEXoECAMQAQ#v=onepage&q&f=false>.

PIMENTA, Marília Carolina B. Souza; MALGUEIRO, Carolina. A crescente violência de gênero em zonas de conflito: omissão e paralisia. Ensaios do Instituto de Estudos Econômicos e Internacionais, n. 27, p. 1-17, 2016. Disponível em: <http://www.ieei-unesp.com.br/portal/wp-content/uploads/2016/06/ENSAIO-DO-IEEI-Nº-27.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e Direitos humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA EXAME. **110 meninas da Nigéria desaparecem após ataque do Boko Haram**. 26 fev. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/110-meninas-da-nigeria-desaparecem-apos-ataque-do-boko-haram/>. Acesso em: 22 maio 2018.

SEGATO, Rita Laura. **La escritura em el cuerpo de las mujeres asesinadas em Ciudad Juárez**: território, soberania y crímenes de segundo estado 01.ed. México: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2006.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

THE GUARDIAN. **Nigeria: three suicide bombers kill at least 20 people at Market**. 17 fev. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2018/feb/17/nigeria-three-suicide-bombers-konduga-maiduguri>. Acesso em: 25 maio 2018.

THE NEW YORK TIMES. **They Fled Boko Haram, Only to Be Raped by Nigeria's Security Forces**. 08 dez. 2017. Disponível em:

<https://www.nytimes.com/2017/12/08/world/africa/boko-haram-nigeria-security-forces-rape.html>. Acesso em: 25 maio 2018.

THOMAS, Katie. Violencia sexual: arma de guerra. **Migraciones Forzadas**, n. 27, p. 15-16, maio 2007. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3036/1/15-16.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

UN NEWS. **Progress made but Lake Chad crisis is not over, says UN relief chief, urging greater support for region**. 03 set. 2018**.** Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2018/09/1018252>. Acesso em: 14 set. 2018.

UN WOMEN. **The Four Global Womens' Conferences 1975-1995: Historical Perspective**. 2000. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/followup/session/presskit/hist.htm>. Acesso em: 12 abril 2018.

UNFPA. **Annual Report 2017**. 2017a. Disponível em: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_PUB_2018_EN_AnnualReport.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

UNFPA. **Bring back our Chibok girls, all abductees now**. 14 abril 2016. Disponível em: <https://www.unfpa.org/es/press/bring-back-our-chibok-girls-all-abductees-now>. Acesso em: 05 set. 2018.

UNFPA. **Nigeria Humanitarian Emergency**. 2018. Disponível em: <https://www.unfpa.org/data/emergencies/nigeria-humanitarian-emergency>. Acesso em: 05 set. 2018.

UNFPA. **Providing Support for the Chibok Girls and their Families**. 2014. Disponível em: <https://www.unfpa.org/es/node/8436>. Acesso em: 04 set. 2018.

UNFPA. **Total need**. Disponível em: <https://www.unfpa.org/data/total-need>. Acesso em: 05 set. 2018.

UNFPA. **UNFPA on Standby to support the released Chibok girls**. 2017b. Disponível em: <https://nigeria.unfpa.org/en/news/unfpa-standby-support-released-chibok-girls>. Acesso em: 05 set. 2018.

UNITED NATIONS PEACEKEEPING. **What is peacekeeping**. Disponível em: <https://peacekeeping.un.org/en/what-is-peacekeeping>. Acesso em: 8 abril 2018.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher: Pequim, 1995. In: SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA A MULHER, **Instrumentos Internacionais de Direito das Mulheres**. Brasília: Heloisa Frossard, 2006, p. 147-258. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/SPM_instrumentosinternacionaisdireitosdasmulheres.pdf>. Acesso em: 24 abril 2018

CULTURA E NEGOCIAÇÃO: O CASO DE JERUSALÉM

Lucas Aquino Silva

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia visa analisar os impactos derivados dos aspectos culturais no âmbito das negociações, em específico as negociações referentes a Jerusalém entre os povos Palestinos e os povos Judaicos que hoje habitam a região da Palestina. Essa temática apresenta grande importância para o estudo de relações internacionais uma vez que tenta estudar e compreender parte da essência do estudo de relações internacionais, ou seja, tenta compreender o impacto resultante da forma de se viver de determinado povo nas decisões do estado a que pertencem.

Esta monografia se encontra dividida em um total de três capítulos, sendo cada um destes responsável por uma parte do estudo a ser apresentado. O primeiro capítulo irá se focar no clareamento das teorias a serem utilizadas na execução deste trabalho e dos conceitos a serem aplicados durante a análise de caso apresentada no terceiro capítulo, dando enfoque para o conceito de cultura que se encontra dotado de tamanha diversidade entre os seus significados o que dificulta a realização de trabalhos sobre a mesma.

O segundo capítulo contemplará o estudo do desenvolvimento histórico do estado de Israel no território palestino e busca encontrar nas histórias tanto judaicas quanto muçulmanas o suporte à análise do terceiro capítulo e desta forma apontar

um caso onde o impacto da cultura pode ser aplicado e melhor compreendido de forma a ser mais nítido o impacto causado pela mesma na questão.

O terceiro capítulo desta monografia por sua vez irá buscar, nos acontecimentos descritos na segunda parte deste estudo, elementos que sejam caracterizados pelas teorias trabalhadas no primeiro capítulo, com o intuito de melhor basear a análise do impacto da cultura nas negociações referentes à cidade de Jerusalém que resultaram na elaboração das resoluções 181 (1947) e 242 (1967) e desta forma identificar se a cultura teria sido um elemento decisivo ou impactante nas negociações Judaico-Palestinas.

Realizar o estudo de negociações referentes à cidade de Jerusalém é particularmente complexo, pois as negociações relativas a questão palestina propriamente ditas são de caráter sigiloso e não podem ser encontradas transcrições das mesmas em caráter oficial; Por outro lado, pode-se observar as tendências históricas das mesmas através das resoluções 181[1] e 242[2] emitidas pela assembleia geral da ONU. Portanto as análises que serão feitas nesta monografia não dizem respeito as negociações propriamente ditas, como justificado anteriormente, mas, sim, uma análise indireta através das reações e das decisões tomadas pelos organismos de governança internacional em resposta a estas negociações e para todos os efeitos os próprios efeitos causados por tais negociações.

Desta forma esta monografia busca comprovar a dificuldade de se negociar por conta do aspecto cultural dos povos envolvidos nesta negociação, compreendendo, portanto, os impactos causados por tais choques culturais, e assim clarear os impactos dos choques culturais em um ambiente de negociação entre duas partes.

[1] ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. Resolução 181. AG Index: A/RES/181(II) A-B, doze de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181(II)

[2] CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. Resolução 242. Index: S/RES/242, 9 de Novembro de 1967. Disponível em: http://undocs.org/S/RES/242(1967)

As teorias a serem utilizadas neste são as teorias de Geert Hofstede em seu livro *culture and Organizations: Software of the Mind* (2010) referentes ao aspecto organizacional da cultura e ao desenvolvimento cultural em si também conhecida como *Cultural Onion Theory*, e as teorias referentes ao desenvolvimento e aspectos psicológicos das negociações derivadas do livro *The Art and Science of Negotiation* de Howard Raiffa que permitirão analisar mais precisamente as reações do cenário internacional às negociações que ocorreram no período de tempo, a Produção de Emmanuel Adler sobre o construtivismo nas relações internacionais também será aplicada na execução deste trabalho.

2 BASE TEÓRICA E A ONION THEORY

Este capítulo da monografia visa melhor trabalhar as teorias nas quais irão se basear as análises realizadas no terceiro capítulo desta, clareando e definindo melhor os termos a serem utilizados e assim desenvolver uma base teórica de forma a sustentar os argumentos feitos nesta pesquisa. Para a realização desta pesquisa é importante compreender que o termo Cultura será utilizado no seu sentido antropológico tal qual utilizado por Geert Hofstede em seu livro *Cultures and Organizations: Software of the Mind (2010)*, portanto cultura será interpretada como a forma de viver de uma população, englobando os seus costumes, tradições e formas de pensar além de seus heróis e modelos.

O teórico Geert Hofstede descreve a cultura através de um modelo conhecido como *Onion Theory*, na qual divide cultura em duas grandes áreas, sendo estas, os valores que fazem o papel de núcleo e são a camada mais interna da cultura, e as práticas que são compostas pelas outras três camadas que cobrem os ritos, heróis e símbolos. A utilização desta teoria se dá pela sua aplicação pelo próprio Hofstede em pesquisas relacionadas a organização das empresas em diversas culturas, o que aproxima e viabiliza o conceito de cultura do mundo das negociações.

Para que seja realizada as análises sobre a negociação entre as partes será utilizado o livro de Howard Raiffa *The Art and Science of Negotiation* (1982) de forma a melhor compreender a natureza das negociações e achar em quais momentos podem estas estar a mercê da cultura conforme descrito por Hofstede. Para se realizar o estudo sobre negociações é necessário que se compreenda o conceito de Confiança, uma vez que com base no artigo *In Global Negotiations, It's all about trust* (2018) escrito por Brian Gunia, Jeanne Brett e Amit Nandkeolar disponível no site da *Harvard Business Review*[3] negociar no ambiente internacional se dá principalmente por meio da confiança e que a desconfiança neste âmbito se torna muito mais difícil de se superar do que a confiança é de se perder.

> It's no secret that negotiations are more fruitful when parties freely share information about their interests and goals. But that requires trust, which may be in short supply at the bargaining table. This appears to be true especially in Asian countries, including India and Japan, and in negotiations involving parties from different cultures (Brian Gunia, 2012)

Como este trabalho tem por objetivo analisar o impacto cultural das negociações entre a Palestina e Israel acerca da cidade de Jerusalém é importante também que o autor Emmanuel Addler e sua produção sobre *O construtivismo no estudo das relações Internacionais*, uma vez que irá trabalhar a diferença de visão entre os indivíduos sobre a visão do "eu" e do "outro", e assim viabilizar o estudo dessa negociação.

2.1 A "onion theory"

Como trabalhado por Hofstede em seu livro *Cultures and Organizations: Software of the Mind (2010)*, o mundo atual está imerso em vários conflitos que variam desde problemas ecológicos e meteorológicos à problemas de natureza econômica os quais não se encontram limitados às fronteiras de um ou outro estado.

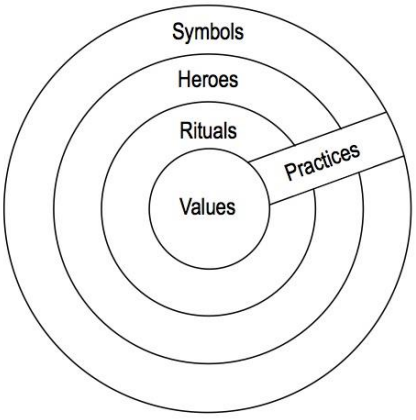
[3] GUNIA, Brian; BRETT, Jeanne; Nandkeolyar, Armit. In Global Negotiations It's All About Trust. Harvard Business Review. Disponível em: <https://hbr.org/2012/12/in-global-negotiations-its-all-about-trust>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

É esperado que indivíduos de diferentes nações que pensam, sentem e agem de formas diferentes uma da outra cooperem entre si para assim solucionarem tais problemas.

Os líderes destas diferentes nações necessitam do apoio e suporte de suas respectivas populações para que as soluções tomadas no âmbito internacional gerem os resultados esperados, e sejam assim melhor implementadas. Para que este apoio seja possível é necessário que ambas as partes aprendam as nuances da cultura uma da outra e assim sejam capazes de encontrar soluções viáveis para ambas.

Em seu livro *Hofstede* então irá trabalhar a cultura como uma forma de programação mental dos indivíduos inseridos nesta, posteriormente desenvolvendo o que virá a ser chamado neste trabalho como "*Onion theory*". O modelo desenvolvido por Hofstede divide a cultura em quatro camadas distintas, e destas três são pertencentes a um conjunto chamado de práticas (figura 1) e a quarta camada é composta pelos valores.

Figura 1: Cultural Onion Model.



Hofstede, 1991.

O modelo coloca nas camadas mais externas os elementos da cultura que são mais visíveis nos indivíduos de uma cultura, e no centro os elementos que não são nítidos para estrangeiros, e que mais dificilmente podem ser alterados nos indivíduos de determinada cultura. Este modelo pode ajudar a melhor compreender as diferenças entre os indivíduos de sociedades distintas, e assim melhor compreender como cada uma destas partes irá atuar em relação às situações propostas.

2.1.1 Práticas

O conjunto das práticas no modelo de Hofstede (2010) é composto pelas camadas dos símbolos, heróis, e rituais e compõem as camadas mais externas da Cultura podendo, portanto serem notados por observadores de determinada cultura. No entanto os seus significados muitas vezes permanecem visíveis apenas para aqueles inseridos em determinada cultura. sendo os símbolos a camada mais externa, seguida pelos heróis e pelos rituais. Cada uma destas camadas é responsável por elementos mais nitidamente visíveis no próprio comportamento dos indivíduos e cada uma destas apresenta características específicas.

A camada dos símbolos é a mais externa presente no modelo e é, portanto, a mais visível aos observadores de determinada cultura, sendo composta principalmente de palavras e gestos, a até mesmo objetos detentores de algum significado para os integrantes de determinada cultura, como a cruz para os cristãos, ou os totens para os nativos norte-americanos. Os símbolos de status como vestimentas ou cortes de cabelo também se encontram nesta camada. É importante ressaltar que os símbolos são a parte mais mutável da cultura e desaparecem e são repostos com maior facilidade em relação aos outros elementos da cultura.

A segunda camada do modelo pertence aos heróis dos indivíduos daquela cultura. Sejam eles reais ou fictícios, eles cumprem o modelo de quais valores são mais considerados dentro de determinada cultura, realizando, portanto, a função de

serem modelos de comportamento para os integrantes daquela cultura. Segundo o próprio Hofstede (2010) até mesmo personagens fictícios como o Rei Artur, Batman, Snoopy, e Asterix tiveram a sua importância como heróis culturais em seus respectivos locais de nascimento.

A camada dos rituais inclui atividades coletivas realizadas dentro de determinada cultura, mas também algumas modalidades de comportamento que possuam o interesse de alcançar determinado objetivo considerado essencial dentro de um grupo, independentemente se isto possui ou não impacto no objetivo em questão. Alguns exemplos de rituais são os comprimentos entre indivíduos, e cerimônias sociais religiosas como casamentos.

2.1.2 Valores

Os valores são obtidos cedo pelo indivíduo e são a camada mais profunda da cultura, sendo invisíveis para os observadores, e muitas das vezes não podem, ou tendem a não ser discutidas entre os membros de determinada cultura, por ser considerado algo básico para os integrantes desta cultura, fazendo, portanto, com que os valores sejam dificilmente substituídos ou perdidos pelos seus integrantes.

Dentro dos valores estão os elementos considerados certos e errados para os indivíduos de determinada cultura, e normalmente são compostos por sentimentos que vêm com um indicativo que mostra um lado positivo e um lado negativo. Os exemplos de valores dados por Hofstede em seu livro são;

- .. O mau versus o bom
- .. O sujo versus o limpo
- .. O perigoso versus o seguro
- .. O proibido versus o permitido
- .. O decente versus o indecente
- .. O moral versus o imoral

- .. O feio versus o bonito
- .. O artificial versus o natural
- .. O anormal versus o normal
- .. O paradoxal versus o lógico
- .. O irracional versus o racional

Estes valores normalmente vêm com uma preferência de se estar a um lado ao invés de outro, e no caso das negociações, valores como o quanto um indivíduo se arrisca, ou o quanto a confiança é importante para aquela parte durante o período das negociações são parte dos principais valores a serem levados em consideração. Tornando assim o grupo dos valores de extrema importância quando se tenta construir confiança entre duas partes.

2.1.3 A Religião como aspecto Cultural

Os povos a serem trabalhados nesta pesquisa foram escolhidos pela sua proximidade com os aspectos religiosos em relação a sua forma de vida. Não somente eles tendem a ser mais voltados para a religião, como também utilizam da religião como um manual para seu modo de vida. Possuem em suas respectivas religiões heróis e símbolos, assim como valores que defendem e que são descritos com base nestas, portanto estes povos não somente têm uma religião, mas fazem de suas respectivas religiões a sua cultura, lhes ditando e ensinando como agir, pensar e sentir[4].

As religiões Judaica e o Islamismo (majoritária dentre os Palestinos) são consideradas ambas tradicionais, cujas premissas e valores já se encontram fixos e, portanto, não possuem muito espaço para a abertura, além de que os seguidores de tais religiões ao contrário de diversos povos da história não tentaram desvincular o

[4] GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. 1.ed. pgs. Pgs. 66 á 74 Rio de Janeiro. 2008.

estado e a religião, mas sim aproximá-los, utilizando de premissas religiosas para a sua criação de leis e até de seus valores para definir modos de conduta.

No caso dos seguidores e dos países cujo Islamismo é a religião predominante pode-se exemplificar como aspectos da cultura deste povo os cinco pilares do Islamismo, sendo estes os cinco principais atos exigidos por esta religião aos seus praticantes, o ato de professar e aceitar o Credo, orar cinco vezes ao dia, com o fiel voltado em direção à meca, doar dinheiro aos necessitados, observar as obrigações do Ramadã e pelo menos uma vez em vida realizar uma peregrinação à meca, caso possua condições financeiras e físicas[5]. Outro exemplo do Islamismo como cultura local é a existência da Xaria, ou Direito Islâmico, onde há pouca ou nenhuma distinção entre os princípios da religião e a legislação local.

2.2 O Construtivismo nas relações internacionais

A teoria do Construtivismo nas Relações Internacionais será também utilizada como forma de suporta à análise. Para isso, neste trabalho será utilizado primeiramente o artigo "O construtivismo nas relações internacionais", feito por Emmanuel Addler, em 1999. O artigo apresenta a discussão que ocorria até então sobre o papel das ideias nas relações internacionais, trabalhando na discussão iniciada entre os "racionalistas" (Como citado abaixo) e os partidários de epistemologias interpretativistas (teóricos críticos no sentido da escola de Frankfurt e teóricas feministas) sobre a natureza da realidade internacional e como os estudiosos deveriam explica-la.

> São vistos como "agentes goal-seeking que buscam realizar seus interesses frente a um ambiente externo caracterizado pela anarquia e pelo poder de outros estados. A questão paradigmática é de como os estados realizam seus objetivos tendo em vista os limites através dos quais operam. Quando os objetivos são interdependentes, a questão assume uma forma estratégica: como poderá um estado alcançar o que deseja,

[5] ESPOSITO, John L. **Islam: The straight path**. New York: Oxford University Press, 1998.

> dadas as preferências e capacidades dos outros?" (Caporaso, 1992: 605; Apud Emmanuel Addler 1999: 201).

A abordagem do construtivismo passou posteriormente a ser descrita, explicada e aplicada de forma empírica, sendo contrastada com outras das abordagens existentes nas relações internacionais. No entanto a teoria construtivista no âmbito das relações internacionais sofre com uma crença errônea de que o construtivismo é uma variação da perspectiva "reflexivista" assim como o pós-estruturalismo e o pós-modernismo, causando uma quantidade reduzida de produções utilizando o construtivismo como trabalhado por Addler em seu artigo.

Addler defende em seu artigo que o construtivismo não é sobre o enfrentamento da ciência por interpretações literárias ou "relatos", mas sim sobre a própria natureza da ciência social, criando assim um contraponto da concepção naturalista de ciência, quase inteiramente baseada em filosofias da ciência concorrentes e teorias que há muito tempo teriam sido abandonadas pela física. Addler traz também em seu artigo uma metáfora para ilustrar esse argumento;

> Suponha que você arremesse uma pedra ao ar. Ela pode ter apenas uma resposta às forças físicas externas que agem sobre ela. Porém, se você arremessar um pássaro ao ar, ele pode voar para uma árvore. Embora as mesmas forças físicas ajam sobre o pássaro e a pedra, uma quantidade massiva de processamento interno de informação afeta o comportamento do pássaro (Waldrop, 1992: 232 Apud Emmanuel Addler, 1999: 203).

A continuação do trecho citado acima em resumo se apresenta assim; Addler argumenta que se metaforicamente arremessarmos um grupo de pessoas, uma ou mais nações ao ar a direção para a qual estes irão se desviar não é determinado inteiramente por forças ou constrangimentos físicos, assim como também não depende inteiramente de preferências pessoais e escolhas racionais. Sendo assim depende também dos conhecimentos compartilhados, significados coletivos, autoridade e legitimidade, leis, recursos naturais e instituições, de sua criatividade conjunta e até mesmo de suas práticas;

> Construtivismo é a perspectiva segundo a qual o modo pelo qual o mundo material forma a, e é formado pela, ação e interação humana depende de interpretações normativas e epistêmicas dinâmicas do mundo material. (Emmanuel Addler, 1999; 205).

O construtivismo, portanto, visa mostrar que as nossas instituições são baseadas em entendimentos coletivos, que com o passar do tempo foram consideradas pela consciência humana até que tivessem sido difundidas e consolidadas como inevitáveis. Os construtivistas portanto, acreditam que a capacidade humana de reflexão e aprendizado tem seu maior impacto no modo como os indivíduos e atores sociais dão sentido ao mundo material e, sendo assim, os entendimentos coletivos são os motivos pelos quais os indivíduos compreendem as coisas como elas são e como indicações de como deveriam utilizar as suas habilidades materiais e seu poder.

Portanto para os construtivistas as relações internacionais são constituídas primariamente de fatos sociais, e ao mesmo tempo se apresentam como "realistas ontológicos", ou seja, não acreditam que o mundo apenas exista no âmbito material, realizando assim o papel de uma ponte entre as filosofias da ciência social positivista/materialista e a ciência social interpretativista. Addler também trabalha em seu artigo com a ideia de que os construtivistas que seguem uma perspectiva interpretativista abraçam a posição mediativa, aceitando a noção de que existe um mundo real, mas que este não pode ser inteiramente determinado pela realidade física, uma vez que as identidades, interesses e comportamentos dos agentes políticos são socialmente construídos por significados, interpretações e pressupostos de natureza coletiva sobre o mundo.

O artigo *O construtivismo no estudo das relações internacionais* (1999) escrito por Emmanuel Addler tem uma conexão muito profunda com a teoria trabalhada por Hofstede em seu livro *Culture and Organizations: Software of the mind* trabalhado na primeira parte deste capítulo uma vez que em vários pontos de seu artigo Addler cita autores que explicitam e citam a importância das mesmas

qualidades que compõem o modelo de cultura trabalhado por Hofstede, abrindo assim a possibilidade de utilizar do modelo dele dentro do estudo das Relações Internacionais e mais explicitamente do estudo do caso palestino utilizando deste modelo.

2.3 A conexão entre os modelos

Os modelos selecionados para a realização desta pesquisa variam de modelos que permitam uma melhor compreensão sobre as culturas e em certa medida categorizar elementos importantes para a compreensão da mesma. Enquanto que outros irão trabalhar diretamente com o desenvolvimento e com a relação dessas culturas nas negociações.

O modelo da cebola cultural de Geert Hofstede utiliza de 4 pontos básicos para categorizar e melhor dividir os diferentes aspectos pertencentes a uma determinada cultura, e desta forma viabiliza a realização de análises que levem em consideração culturas distintas, em outras palavras o modelo nos dá as bases necessárias para a interpretação e análise de elementos culturais, levando em conta desde os símbolos desta cultura até os Valores da mesma como visto anteriormente neste capítulo.

Se para Emmanuel Addler, o direcionamento dos indivíduos e das nações não depende apenas de ações racionais e escolhas pessoais, mas também de conhecimentos coletivos, instituições práticas e de sua criatividade conjunta podemos aqui então começar a perceber um vínculo entre o conceito cultural de Hofstede e de Addler com relação à tomada de decisão dos indivíduos de determinado grupo Cultural.

Ou seja, os construtivistas atribuem a outros elementos parte da responsabilidade pelas decisões de povos de distintas origens, uma vez que terão elementos diferentes e que não são normalmente levados em consideração pelas escolas realistas, porém mais importante do que isto são os elementos que são

levados em consideração, pois os conhecimentos compartilhados, significados coletivos, autoridade e legitimidade, leis, recursos naturais e instituições, de sua criatividade conjunta e até mesmo de suas práticas são todos elementos pertencentes á forma de ver o mundo de determinada comunidade, ou seja são todos elementos da cultura de um determinado povo.

3 CONTEXTO HISTÓRICO

Este capítulo possui a intenção de clarear e esclarecer melhor o desenvolvimento dos conflitos na região da palestina e desta forma viabilizar uma visão um pouco mais clara sobre a evolução dos eventos históricos que atingiram a região. Desta forma este capítulo se torna essencial para a realização das análises realizadas no terceiro capítulo desta monografia.

No decorrer deste capítulo serão apresentados o principal movimento judaico e um pouco sobre os movimentos nacionalistas da palestina, assim como uma versão resumida do desenvolvimento da situação na palestina desde 1900, até pouco depois da criação do estado de Israel. E assim melhor situar o momento histórico para a realização das discussões que virão a ocorrer no terceiro capítulo deste trabalho.

Este capítulo está estruturado de forma a mostrar um pouco sobre o desenvolvimento da Palestina, e desta forma mapear e trazer à tona informações importantes de caráter relevante para a análise deste texto, seguido de informações sobre o movimento sionista e a forma como este se estruturou durante o período de assentamento Judaico no território da palestina, o capítulo então encerra falando sobre a Palestina no entre guerras e com uma breve explicação sobre a cidade de Jerusalém para os povos da região.

3.1 O desenvolvimento da Palestina até a guerra dos seis dias

A Palestina no ano de 1900 era parte do que era conhecido como o império otomano, tendo a sua população composta por Judeus, Muçulmanos e Cristãos que

compartilhavam até este momento o território Palestino. Durante este período um movimento que estava acontecendo na Europa começa também a surgir na Palestina, onde os árabes que viviam na região passam a desenvolver uma identidade nacional, se reconhecendo como Palestinos, e não mais apenas como árabes.

> O começo da imigração para a Palestina, que os sionistas esperavam que com o tempo fizesse com que os judeus se tornassem na maioria da população do território, seria imediatamente recebida com hostilidade pela população árabe, tensão que apenas aumentaria nas décadas subsequentes com a agitação nacionalista em toda a região e a formação de uma identidade nacional palestiniana, cujo traço mais singular e premente seria a rejeição do sionismo. (Ricardo Brilhante, 2014;43)

Ao mesmo tempo em que os árabes da Palestina desenvolvem a sua identidade nacional surge na Europa um movimento Judaico chamado de Sionismo, que buscava criar nos judeus essa mesma sensação de identidade nacional, essencialmente defendendo o judaísmo não somente como uma religião, mas também como uma nacionalidade que merecia um território próprio para o seu desenvolvimento.

Após a Segunda Guerra Mundial ocorre a queda do Império Otomano, causando a divisão da região da Palestina entre os Impérios Francês e Britânico, resultando, eventualmente, no Mandato Britânico da Palestina, o qual, em um primeiro momento, possibilitava a imigração Judaica para a região, o que permitiu, um aumento significativo de Judeus no território da Palestina durante os anos 1900 e 1929. Com o aumento no número de Judeus no território da Palestina há também um aumento na tensão entre árabes e Judeus, causando agressões de ambas as partes, o que força o Mandato Britânico da Palestina a controlar a migração de Judeus para a região a partir do ano de 1930.

Em resposta ao controle migratório imposto pelo Mandato Britânico da Palestina aos Judeus, foram formadas milícias judaicas que combatiam tanto os árabes quanto os britânicos. E com o início do holocausto em 1933 os Sionistas

passam a obter grande apoio internacional para escapar de seus perseguidores nazistas, durante este período, porém os conflitos na região da palestina saem de foco e se tornam dormentes, retomando em 1947 com o final da Segunda Guerra Mundial.

Após os conflitos na Europa com a criação da Liga das Nações, o Império Britânico leva a questão palestina para ser resolvida no âmbito da Liga, resultando na resolução de número 242 a qual dividia a palestina como na Figura 2. O plano em questão visava dar aos Judeus um estado próprio enquanto dava aos Palestinos a sua independência, e, para evitar conflitos referentes a cidade de Jerusalém esta passaria a ser considerada uma zona especial e uma cidade internacional.

Figura 2: Mapa da divisão da Palestina 1947

Fonte: Brasil escola[6]

Os Sionistas aceitam o plano elaborado no âmbito da Liga pelos Britânicos, declarando assim a independência do Estado de Israel na região da Palestina, mas,

[6] Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/geografia/questao-palestina.htm>

para os Árabes, o plano de divisão da Palestina era apenas mais uma tentativa Europeia de colonizar a região, fazendo com que os vizinhos árabes da palestina oferecessem suporte na tentativa de se unificarem para formar a União Árabe da Palestina na região onde antes se localizava o Mandato Britânico.

O conflito entre as Nações árabes e Israel resultou no Estado de Israel tendo dominado maior quantidade de terra do que o acordado previamente no plano da divisão da palestina pela Liga das Nações, tendo a partir do fim do conflito incorporado todo o território Palestino exceto a Faixa de Gaza e a Cisjordânia que pertenciam respectivamente ao Egito e a Jordânia (que havia tomado a Cisjordânia durante o conflito), o que forçou os muitos palestinos a saírem de suas casas para dar espaço a ocupação Israelense.

Intensificou-se assim o conflito entre os Israelenses e os Árabes na Região, que culminaria na guerra dos seis dias, na qual Israel toma toda a extensão da região da Palestina além das Colinas de Golan e a península de Sinai posteriormente trocada com o Egito para a criação dos acordos de Paz entre Israel e o Egito.

3.2 A história do Movimento Sionista (1897- 1921)

A divisão da Palestina através das resoluções 181 e 242 da ONU tem sido ao longo dos anos uma temática consideravelmente polêmica. Existem indivíduos que se posicionam a favor da criação do Estado Judaico hoje conhecido como Israel, e existem aqueles que se posicionam contrários tanto à criação do mesmo quanto a sua manutenção, mas mesmo com tamanha divisão existe um consenso quanto a instabilidade regional derivada dessa divisão. Este capítulo pretende clarear o cenário político no momento da criação do Estado de Israel e os atores presentes nesta situação, bem como os fatores que acabaram por causar e intensificar o conflito.

Derivado da perseguição sofrida pelos povos judaicos desde a antiguidade, para Herzl [7]um jornalista austro-húngaro nascido na cidade de peste em 1860 e teria sido o fundador do Sionismo Político, a perseguição sofrida pelo povo Judaico teria sido um dos principais motivos para o nascimento do movimento sionista, e um dos motivos de sua anormalidade em comparação a outros movimentos Europeus do mesmo período, possuindo um intuito de gerar um espírito nacional mesmo sem a existência de um território geográfico, ou uma língua própria.

O movimento Sionista foi de extrema importância para a formação do estado de Israel, uma vez que a pressão criada por este movimento em conjunto com o Holocausto durante o período da segunda Guerra Mundial teriam criado uma sensação de insegurança neste povo, e no sistema internacional a sensação de dever à este povo um espaço seguro, o que eventualmente resultou na elaboração das resoluções 181 e 242 no conselho geral das Nações Unidas que preveem a criação do estado judaico de Israel no território palestino.

Para melhor compreender a evolução deste movimento será realizado um estudo com base nos dados da livraria virtual judaica[8]. Em 1897 em Basiléia dentro do território Suíço nasce o começo de um movimento judaico, responsável por colocar em movimento a cadeia de acontecimentos que resultará na criação de um estado judaico legítimo, atualmente conhecido como Israel. Este movimento se inicia pelo primeiro congresso Sionista, e era um movimento judaico que segundo o site da Livraria Virtual Judaica[9] visava dar ao povo Judeu reconhecimento público e um "lar" seguro na Palestina.

[7] BRILHANTE. Ricardo Jorge Nicolau. 1948 ou 1967? Legitimidade e reconhecimento: a rejeição do sionismo e a impossibilidade de uma solução de dois estados até 2001. 2014. p. 30. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Católica Portuguesa. Porto.

[8] Informações retiradas do site; http://www.jewishvirtuallibrary.org/first-to-twelfth-zionist-congress-1897-1921

[9] Zionism: A definition of Zionism

Este congresso originalmente seria feito em Munique na Alemanha, mas havia considerável oposição pela liderança da comunidade local resultando na sua transferência para a Basiléia na Suíça. A convenção foi presidida por Theodore Herzl e contou com aproximadamente 200 participantes, sendo as maiores conquistas desta a criação de uma organização internacional chamada de Organização Mundial sionista e da formulação da plataforma sionista tornando-se um marco para o movimento[10].

Em 1898 houve o segundo congresso também localizado na Basiléia. Durante este período a oposição Judaica se encontrava bem mais ativa, e foi tomada a decisão de que o movimento não somente se focaria em atividades políticas, mas também em trabalhar dentro das comunidades judaicas, estabelecendo um corpo financeiro voltado para o desenvolvimento da palestina.

Novamente acontecendo na Suíça o Terceiro congresso Sionista tem o seu início com um relatório dos encontros entre Herzl e Kaiser William II em Constantinopla e Jerusalém. Apesar do fato que esses encontros não criaram nenhum resultado prático, o fato de que eles existiram teve considerável valor simbólico para o movimento. Este congresso passa boa parte de seu tempo discutindo a dimensão política do Sionismo, apesar da oposição a esta defender que era mais importante para efeito prático que o esforço para o assentamento fosse encorajado. Neste congresso foi definido que os fundos somente seriam gastos na Palestina, ou na Síria.

O quarto Congresso Sionista foi realizado na Cidade de Londres na Inglaterra, e tinha como intuito afetar a opinião pública naquele país de forma a fazer com que a Grã-Bretanha simpatizasse com o movimento, mas encontrou diversas barreiras e dificuldades para isto, dentre estas estavam a dificuldade de encontrar evidência que comprovasse que milhares de judeus foram expulsos da Romênia e o

[10] Informações retiradas do site; http://www.jewishvirtuallibrary.org/first-to-twelfth-zionist-congress-1897-1921

restante teria sido perseguido, e o posicionamento dos sionistas religiosos que demandavam que o movimento sionista se restringisse a questões de natureza política.

A quinta sessão do Congresso Sionista, ocorrida em 1901 na Basiléia, marca a criação do Fundo Judaico Nacional e de uma tentativa de maior democratização dentro da organização, além da adoção do Programa de cultura hebraica. Durante este congresso houve também relatos sobre o encontro entre Herzl[11] e o Sultão Abdul Hamid II da Turquia, mas tais conquistas não teriam satisfeito todos os delegados, em especial aqueles associados com a recém-formada facção democrática.

Em 1903 ocorreu o sexto congresso sionista, novamente na Basiléia. Este foi o último congresso realizado por Herzl, e neste congresso foi oferecido a possibilidade de um assentamento Judeu no Leste da África. A proposta ficou conhecida pelo nome de "*Uganda Project*", e foi seriamente levada em consideração pelos integrantes do congresso. Com relação a verificação do projeto este obteve 295 votos a favor, 178 contrários e 98 abstenções, resultando em um comitê sendo despachado para examinar a possibilidade deste assentamento no Leste Africano e na américa do Sul[12].

Posterior a morte de Herzl durante a sétima convenção o debate foi direcionado para o assentamento fora da Palestina, mas o relatório da comissão fora de que "Uganda" não era ideal para assentamento judaico em massa, e que o único local viável para os judeus seria na palestina, ou em sua proximidade.

A escolha da cidade de Haia para a realização do oitavo congresso em 1907 se deu baseada no conhecimento de que a segunda convenção de paz internacional

[11] Informações retiradas do site; http://www.jewishvirtuallibrary.org/first-to-twelfth-zionist-congress-1897-1921

[12] BRILHANTE. Ricardo Jorge Nicolau. 1948 ou 1967? Legitimidade e reconhecimento: a rejeição do sionismo e a impossibilidade de uma solução de dois estados até 2001. 2014. p. 37. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Católica Portuguesa. Porto.

seria realizada nesta cidade, e durante esta convenção as discussões giravam em torno de como o movimento sionista poderia obter apoio das grandes nações para a colonização palestina. Os sionistas políticos pediam que uma carta fosse assegurada antes de se iniciar o trabalho prático no território da palestina, enquanto que os Sionistas práticos defendiam que era necessário um assentamento substancial para que a causa recebesse apoio de uma das grandes potências, resultando no final do oitavo congresso Sionista onde é feita uma síntese de ambas as posições política e prática, levando o nome de Sionismo sintético, este sendo a voz de boa parte dos Delegados, e tendo Chaim Weizzman como seu principal representante.

O nono congresso Sionista acontece na cidade de Habsburgo na Alemanha em 1909 e há o crescimento da esperança que com a Revolução turca os esforços sionistas possam encontrar maior facilidade em se instalar naquele local. O congresso, porém, se encontrava novamente divido sobre a questão de como implantar o programa sionista, o lobby prático acusava Wolffsohn de focar os seus esforços em atividades políticas e o político de julgar projetos pelo seu valor comercial. Essa liderança rival ganhava força e suporte dos representantes do movimento operário na palestina. Tal rivalidade, porém, chegaria ao seu fim com o décimo congresso sionista.

O décimo congresso sionista ocorre novamente na Basiléia em 1911 e é conhecido por ser o congresso da paz, pois a partir deste o debate entre os sionistas práticos e os sionistas políticos torna o sionismo sintético o modo operante do movimento. Atenção considerável foi colocada no trabalho prático no território palestino, a cultura hebraica e as relações entre os sionistas e os árabes foram pela primeira vez colocadas em questionamento.

Em 1913 na Áustria houve o décimo primeiro e penúltimo congresso sionista, este congresso se foca em discutir as atividades de assentamento na palestina e, também durante o mesmo Weizmann e Ussishkin ganharam o suporte do congresso

para o estabelecimento da universidade hebraica em Jerusalém, que só foi aberta em 1925.

O último congresso sionista ocorreu posteriormente a primeira guerra mundial, em 1921, uma época na qual o movimento já havia ganhado apoio britânico, é importante notar que durante este período a Palestina estava sob domínio Britânico, que havia erradamente julgado a reação dos povos árabes com relação aos povos judaicos que tentavam se inserir na região. Este suporte britânico se deu por um documento de nome (the Balfour Declaration), resultando em apoio na votação dentro da liga das Nações.

Os efeitos do último congresso Sionista foram a estabilização da organização mundial sionista, com Wizmann se tornando o presidente da mesma, e Sokolow o presidente do executivo, além de diversas revoltas árabes no território palestino em especial em Jerusalém e em Tel aviv, O congresso teria, porém, passado uma resolução alegando que o sionismo buscava "viver relações de harmonia e respeito mútuo com os povos árabes"[13].

> Segundo Yosef Gorny, em termos ideológicos, o sionismo dividir-se-ia, entre 1882 e 1917, em dois grupos com visões totalmente díspares em relação aos palestinianos: uma facção reconhecia a igualdade de direitos entre os dois povos, enquanto que uma outra mantinha reivindicações exclusivas baseadas unicamente nos direitos dos judeus. (Ricardo Brilhante, 2014; 44)

O movimento sionista foi o principal motivador e ator quando se trata das ações Judaicas de mobilização para a terra da palestina, uma vez que não somente financiou centenas de assentamentos como foi responsável por gerar grande pressão internacional que eventualmente viria a culminar na criação do estado de Israel.

3.3 O oriente árabe no entre guerras

[13] Disponível em; <https://www.jewishvirtuallibrary.org/first-to-twelfth-zionist-congress-1897-1921>

O colonialismo no oriente árabe teria sido muito rápido, chegando de forma tardia em comparação com as outras regiões, tendo sido terminada a colonização na região nos anos 60 do século XX, e os novos processos colonialistas que viriam a seguir foram minados por rebeliões por parte dos povos e pelas suas próprias oscilações e incoerências. Fortalece-se então os movimentos do Pan-arabismo, patriotismos locais, o próprio islamismo entre outras ideologias que passam assim a moldar as sociedades no oriente-médio.

A colonização do oriente médio segundo o livro O mundo árabe[14] pode ser dividido em três etapas, um indo desde o final da primeira guerra mundial até o começo dos anos 1930, na qual os ex-aliados Grã-bretanha e França estabelecem e consolidam o seu controle na região. A segunda etapa se inicia na década de 30, onde as potências fascistas assumem o controle da região, sendo esta etapa finalizada em 1945 o que leva a terceira e última fase do colonialismo onde ambas Grã-bretanha e França entram em conflitos inúteis na tentativa de manter o controle de suas respectivas colônias.

Ocorre a partir de então a partilha do Crescente fértil, onde tanto a França quanto a Grã-Bretanha outorgam os territórios árabes como mandatos da Organização das Nações Unidas, a primeira assumindo o Líbano e a síria, e a segunda o Iraque e a Palestina. Neste ponto o mandatário era o responsável por preparar o território tutelado para sua futura autodeterminação. Porém na prática os beneficiários viviam uma situação do mais puro imperialismo.

Estas colônias, porém, apresentavam um caráter artificial, sendo que as suas fronteiras dividiam uma sociedade milenar, que se aproveitava de uma economia comum e que passava assim por um processo de conscientização de possuir um destino comum. Estes povos que possuíam dialetos e costumes distintos, além de critérios religiosos que ligassem a sua identidade coletiva, haviam recentemente

[14] DEMANT, Peter. **O mundo muçulmano**. 3.ed. São Paulo: Contexto 2013 P.188.

iniciado a ver a possibilidade de uma nacionalidade, que agora se encontrava impedida pela partilha realizada por estes estados estrangeiros.

Esta partilha aparenta ser o oposto das promessas realizadas para esses povos, que estavam esperando as promessas de unidade e independência, o que resultou em revoltas antiocidentais e protestos que, seriam reprimidos antes mesmo que a autoridade colonial viesse se estabelecer.

> A amargura e a raiva pelas promessas não cumpridas de unidade e independência foram profundas; protestos e revoltas antiocidentais foram reprimidas antes que a autoridade colonial pudesse se estabelecer. Essas convulsões fizeram parte da onda revolucionária internacional que, desde 1917, estava desafiando o sistema capitalista mundial. Em 1920, uma assembleia pan-árabe em Damasco ofereceu a coroa da pretensa monarquia árabe ao filho do xarife de Meca, Faissal. Os nacionalistas foram desalojados e bombardeados pelo exército francês. As revoltas foram esmagadas com sangue, mas o descontentamento continuou. (DEMANT, Peter. **O mundo muçulmano**. 3.ed. São Paulo: Contexto 2013, pg.189)

As potências colonialistas trouxeram consigo muitas mudanças e não todas tiveram um impacto negativo, elas desenvolveram a infraestrutura local, e estimularam a educação e melhoraram o padrão de vida, porém no aspecto comunitário ambas as potências praticaram o desarmamento das maiorias e o fortalecimento das minorias, de forma a utilizar estas para policiar as demais. Desta forma a visão da maioria era de que estas minorias tinham se associado aos colonizadores (alguns dos povos incluídos destes eram os armênios, Judeus, Xiitas e Druzos), e na prática essas políticas posteriormente dificultaram a integração destas minorias com a maioria nas nações árabes.[15]

3.4 Jerusalém para os povos

O conflito da Palestina, porém apenas engloba a questão geral que este trabalho visa estudar, e mais especificamente os conflitos acerca da cidade de

[15] DEMANT, Peter. **O mundo muçulmano**. 3.ed. São Paulo: Contexto 2013, p.193

Jerusalém. A cidade é um dos principais pontos de fragilidade envolvendo este conflito, uma vez que esta cidade é considerada uma cidade sagrada para tanto os Judeus quanto para os muçulmanos, que são respectivamente as principais religiões dos povos de Israel e da região da Palestina.

O estado de Israel para os cidadãos Judeus era essencialmente um estado para Judeus, uma vez que o movimento sionista defendia a ideia de que os eles não eram membros de uma religião, mas sim um povo que não tinha nação, e sustentavam esta argumentação por meio das histórias de perseguição aos judeus, desde antes da segunda guerra. Eventualmente o estado de Israel seria então criado através de uma proposta pelas Nações Unidas em 1947 que dividiram a região em duas partes, uma sendo um espaço para os Judeus e a outra um Estado Árabe e determinar a cidade de Jerusalém um território Internacional.

Os Sionistas aprovaram o plano, mas os Árabes na região viram o plano apenas como mais uma tentativa de colonialismo Europeu na sua região, com o intuito de reduzir mais o seu território, esse desentendimento culminou em guerras na região, incluindo a guerra dos seis dias e na guerra Árabe-Israelense que durou décadas. Durante os conflitos o estado de Israel tomou territórios muito além daqueles previstos no acordo realizado nas nações unidas, tomando a metade ocidental de Jerusalém, as colinas de gorran, além das penínsulas de Sinai e Gaza.

As conquistas de Israel acabaram por deixar os Judeus responsáveis por governar os povos palestinos destas regiões também. Em 1978 Israel e o Egito assinaram os acordos de Camp David, onde as penínsulas de Sinai e Gaza teriam sido devolvidas para o Egito, e ao longo do tempo as nações árabes nos arredores teriam cessado as agressões contra Israel.

3.5 Recapitulação Histórica

A palestina, portanto, passou por diversos momentos históricos em seu desenvolvimento, até o momento onde a divisão da mesma ocorre. Desde os

movimentos sionistas que ocorriam na Europa até os movimentos da palestina, este capítulo buscou então mapear pontos importantes de desenvolvimento dentro da questão palestina.

Neste capítulo é apresentando o desenvolvimento da Palestina nas mãos do império otomano e, posteriormente sob domínio da Inglaterra, além da sua divisão após o período Inglês entre França e Inglaterra até o momento no qual são realizadas as negociações entre Palestinos e Sionistas no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Também apresenta um breve resumo sobre o movimento sionista e os doze congressos entre 1897 e 1921, trazendo a luz além de discussões também pessoas icônicas importantes para o movimento, além de momentos de conflito dentro do próprio movimento. Além do desenvolvimento da palestina no entre guerras.

No fim o capítulo trata sobre a relação dos povos para com Jerusalém, e para com as culturas envolvidas no conflito, além de conflitos que ocorreram e trouxeram consequências para os conflitos colocando povos palestinos sob governo judaico.

4 O CASO JERUSALÉM

Este capítulo visa realizar uma análise com base nos conteúdos apresentados no primeiro e segundo capítulos deste projeto de monografia, com o objetivo de melhor compreender os impactos que as culturas dos povos tiveram durante o estabelecimento do estado de Israel, porém apresentando maior enfoque nas negociações acerca da cidade de Jerusalém.

A cidade de Jerusalém é um marco na história da Palestina, uma vez que é uma cidade disputada por motivos estratégicos, mas também por motivos religiosos. A cidade em si é o palco de diversas histórias de ambas as religiões e possui templos de extrema importância para ambas as partes envolvidas na questão, de fato a competição pela cidade é tão intensa que resultou na criação da primeira cidade

internacional do mundo, a qual deveria ser originalmente governada por um governador indicado por um conselho de confiança, mas que não poderia ser nacional de quaisquer uma das duas nações envolvidas no conflito.

Para a realização deste capítulo é importante notar que não existiam diferenças militares muito díspares entre Israel e a palestina no momento das negociações sobre a cidade de Jerusalém, uma vez que estas negociações ocorreram dentro do âmbito da assembleia geral da Organização das Nações Unidas, e ocorreram principalmente entre os representantes do movimento sionista e os representantes da Palestina, sendo que os representantes do movimento Sionista tinham o apoio de nações como Inglaterra e França para que ocorressem as negociações.

4.1 Uma base analítica

Como visto anteriormente no primeiro capítulo desta existe uma conexão entre as teorias construtivistas de Emmanuel Addler e de Geert Hofstede. Entretanto, isto ainda não caracteriza necessariamente a religião como um aspecto cultural. Para considerar a religião como um aspecto cultural será então necessário trazer as ideias e conceitos de um outro autor, Clifford Geertz, que irá trabalhar em seu livro “a interpretação das culturas” a religião como um aspecto cultural, uma vez que é responsável por definir, formar o comportamento e definir símbolos para os seguidores destas religiões.

Assim como o ser ou não ser a religião um aspecto cultural é necessário também clarear como esta pode, em alguns casos, ser estendida até os integrantes de determinado povo, estes em questão a serem tratados nesta monografia são bons exemplos desta situação. Sendo que os mulçumanos residentes da região da Palestina normalmente estão inseridos na xaria, ou lei muçulmana, e por sua vez se baseia dos ensinamentos e escrituras sagradas do islão, ou seja, os mulçumanos se encontram naturalmente inseridos nesse conjunto de normas e regulamentos que os

direciona a reproduzir e carregar os seus valores e símbolos tradicionais. Os judeus por outro lado não possuem um código legislativo baseado em sua religião, porém o fato de serem uma população judaica já vincula naturalmente estes com os códigos de conduta religiosos do Judaísmo, em outras palavras, dentre o povo hebreu que deu origem a religião judaica, mas com o desenvolvimento do movimento sionista, houve um aumento no sentimento de nacionalismo dentre os integrantes do Judaísmo.

O desenvolvimento desse sentimento nacionalista dentre os Judeus durante este período teve um impacto na forma como o projeto de Israel tinha aos olhos dos apoiadores Judeus, já que estes passaram a ver Israel como um país para os Judeus, e uma terra onde poderiam então viver em paz sem medo de serem perseguidos. O território do estado Judaico foi escolhido pelos membros do Sionismo e estes se embasaram em questões históricas para a escolha da Palestina, mesmo que um território na África também tivesse sido cogitado.

Podemos portanto identificar as características que definem a cultura presentes em ambos os povos e religiões, mas não se limitando somente a isso, esses povos também possuem os seus ritos e suas práticas que possam ser mais facilmente identificadas, como exemplo a circuncisão entre os judeus, e os cinco pilares do islamismo; o ato de professar e aceitar o Credo, orar cinco vezes ao dia, com o fiel voltado em direção à meca, doar dinheiro aos necessitados, observar as obrigações do Ramadã e, pelo menos uma vez em vida, realizar uma peregrinação à meca, caso possua condições financeiras e físicas. Porém os ritos não são o último elemento do modelo da Onion Theory que afetam tais religiões, os heróis também se encontram em posição de destaque entre os membros de cada cultura, e atuam como modelo para os novos integrantes.

Logo é possível interpretar tais religiões como cultura, tornando possível também inseri-las no modelo de Geert Hofstede da Cultural Onion. E, desta forma, identificar como esses elementos poderão afetar as negociações entre as partes em

relação à cidade de Jerusalém. Começando dos elementos mais básicos temos o conflito de interesse, caracterizado por ambas as partes terem interesses religiosos na região da cidade. Os judeus defendem que a cidade de Jerusalém era a capital do império de Davi, enquanto que, para os Mulçumanos, Jerusalém foi a cidade aonde o profeta ascendeu ao paraíso para encontrar os profetas anteriores do Islão e uma das três cidades visitadas por Mohammed durante as suas peregrinações.

Estes elementos caracterizam a existência de um choque tanto de interesses como de visões de mundo distintas, ambas as partes têm o interesse em manter a cidade Sagrada de Jerusalém, de professarem e viverem as suas normas e tradições. Mas, ao fazerem isto, acabam criando um choque cultural que engloba a cidade; agrega-se isto a elementos históricos e o principal ponto de dificuldade de um acordo entre estas partes se encontra na comunicação entre estes povos e assim existe uma maior dificuldade em se negociar.

4.2 A chave da comunicação, a Confiança

Como ilustrado no artigo de Brian Gunia, *in global Negotiations, It's all about trust*[16] a confiança é parte essencial do processo de negociação entre duas partes de culturas distintas, ainda mais do que seria importante para integrantes de uma mesma cultura. Também é importante ressaltar que no mesmo artigo é defendido que é mais fácil de se perder a confiança do que recuperá-la.

O artigo de Brian também define algumas ações recomendadas para negociadores dependendo de qual nível este se encontra em uma escala de confiança, o que ressalta ainda mais a importância de se cuidar da confiança ao lidar com negociações e em especial de negociações em âmbito internacional. Das ações previstas na tabela estão presentes algumas que naturalmente chamam a atenção em casos de choque cultural tais como;

[16] GUNIA, Brian; BRETT, Jeanne; Nandkeolyar, Armit. In Global Negotiations It's All About Trust. Harvard Business Review. Disponível em: <https://hbr.org/2012/12/in-global-negotiations-its-all-about-trust>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

- Tome em consideração a perspectiva da sua contrapartida.
- Tome parte em perguntas e respostas reciprocas.
- Conheça a sua contrapartida a nível pessoal.

Uma vez que durante o período de um choque entre as visões de mundo das partes é normal que o choque entre as culturas envolvidas torne de maior dificuldade o diálogo, em especial quando se trata de um conflito de interesses como é a cidade de Jerusalém, nenhuma das partes deixaria de lado os seus interesses pessoais referentes à cidade e ,como resultado, não tentariam conhecer e compreender os interesses da outra parte em relação à cidade. Desta forma, não haverá esforço para conhecer a outra parte através do diálogo entre estas e não será possível então conhecer a outra parte a um nível mais pessoal.

Segundo o autor Frank Acuff (2008) para se negociar é necessário superar os choques culturais para que seja possível a efetividade da negociação entre partes de duas culturas distintas, e desta forma o autor prevê que o negociador passará por quatro etapas de crescimento enquanto amadurece e se prepara para realizar as negociações.

> Culture shock occurs when we do not have the familiar signposts of how to conduct ourselves. These signposts involve both our professional and personal lives, and often guide us in activities that we normally take for granted. In international business negotiations, these might include how to shake hands; what forms of address to use; to whom your comments should be addressed; how direct to be with TOS (The Other Side); determining if the meaning is really nowhen TOS says yes; and what should be discussed over dinner. (Frank Acuff, 2008. P.62).

Considerando isto, essas ações são exercícios essenciais para a criação e a manutenção da confiança em uma relação entre indivíduos, também podendo ser aplicadas na questão palestina, uma vez que as perguntas e respostas podem ser utilizadas de forma a melhor conhecer e compreender as visões de mundo de sua contrapartida assim como seus valores, símbolos, ritos e heróis dando as partes

maior conhecimento sobre as intenções de sua contrapartida e, dessa forma, capacitar que ambas as partes sejam capazes de levar em consideração a perspectiva da outra parte.

E assim seria possível que ao desenvolver a confiança as partes seriam então capazes de através do dialogo alcançar uma solução que fosse positiva ou ao menos não tão negativa para nenhuma das partes, entretanto, os problemas com a confiança dos palestinos começaram muito tempo antes da própria criação do estado de Israel.

4.3 O histórico do Conflito, uma quebra histórica de confiança

Ao final da primeira guerra mundial, o povo palestino enfrentou a primeira quebra de confiança advinda de um país Europeu. Com o desmantelamento do império Otomano, ao final da primeira guerra mundial, a Inglaterra, que tinha assumido o controle da região da palestina, promete aos palestinos que iria governar o território apenas por tempo suficiente para que eles se preparassem para assumir o controle do mesmo pessoalmente, porém promessas similares também tinham sido feitas para os Franceses e para os Sionistas.

Intensifica-se o processo de assentamentos Judaicos na região e, com uma intensificação de um sentimento nacionalista presente nos povos da palestina, houve um aumento nos conflitos entre Ingleses, Franceses, judeus e Palestinos na região, uma vez que os Judeus e Palestinos buscavam fundar os seus estados no mesmo espaço de terra, enquanto os ingleses e franceses buscavam manter o controle sobre a região. Os conflitos se agravaram até que, em 1945, a Grã-Bretanha e a França, que dividiam palestina durante aquele período, entregam as suas terras para uma organização recém fundada a fim de que se discuta e resolva o problema da palestina por meio desta organização.

Um projeto de divisão da palestina é apresentado ao conselho geral desta organização, aonde o território da Palestina seria então dividido em duas partes, uma sendo um estado Judaico que agradaria os Sionistas, enquanto a outra metade seria o

território da Palestina. Alguns problemas surgiram dentro deste processo, porém principalmente a questão de quem governaria sobre a cidade de Jerusalém.

O projeto previa que a cidade de Jerusalém deveria ser considerada um território internacional governado pela própria organização, buscando, desta forma, evitar o conflito de interesses entre as partes envolvidas. Entretanto, a ação de tornar Jerusalém uma cidade governada por estrangeiros não foi atrativa para os Palestinos, que perceberam a proposta como mais uma forma de os europeus de manterem a sua colonização na palestina.

4.4 História x Cultura a quebra de confiança

Se o grande problema das negociações entre Israel e Palestina se encontra na falta de confiança cultivada por mais de um século, a cultura então atuará como um agravador da situação. Os conhecimentos coletivos como Adler trabalha em seu artigo talvez sejam o maior elemento agravante existente aqui, de forma que a memória do povo palestino dos momentos no qual as civilizações europeias e os Sionistas são o principal impedimento para a realização das negociações.

Uma vez que não é necessariamente um elemento apenas de choque cultural existente dentro de ambos os povos, mas sim um agravante de dentro da cultura Palestina de desconfiança que ao longo do século foi se desenvolvendo e enraizando cada vez mais no subconsciente do povo Palestino. Ou talvez uma desconfiança que fora gerada pela forma como a cultura Judaica e os projetos e objetivos sionistas foram conquistados tenham tido uma influência maior sobre o desenvolvimento da desconfiança entre estes povos.

Porém se por um lado da questão o elemento histórico não necessita de uma explicação que leva em conta os aspectos culturais, ele falha em justificar a motivação de uma organização internacional em tornar Jerusalém uma cidade Sagrada. Se as ações da ONU indicam algo é o fato de que em certa medida as

divergências entre as culturas resultaram em diversos questionamentos e choques entre as partes durante a negociação por essa cidade em específico.

Portanto se por uma visão o conflito parece ser justificado pelos fatos históricos por outro os choques e desentendimentos justificam o conflito de interesses e acabam por atuar como agravantes de um conflito que já anteriormente se apresentava complicado. Logo os elementos culturais podem não ser os principais causadores do conflito em si, ou inibidores de realizar um acordo entre as partes envolvidas, mas atrapalham a comunicação entre os povos necessária para alcançar assim uma maior confiança entre as partes.

5 CONCLUSÃO

O estudo desta monografia pode ser aplicado em diversas vertentes da área das relações internacionais, em específico aquelas responsáveis por lidar com negociações ou relações interculturais uma vez que visa clarear e compreender o impacto da cultura em ambientes de negociação existentes entre duas culturas distintas e compreender o impacto de choques culturais na realização das mesmas. A compreensão de outras culturas e o impacto causado por estas no diálogo entre os integrantes e até mesmo da cultura como um todo sempre foram aspectos curiosos e importantes para mim, visto isto e tendo notado a falta de materiais específicos da área de relações internacionais decidi que uma pesquisa na área seria de grande importância.

Esta pesquisa tinha como objetivo compreender o impacto causado pelas diferenças e consequentemente pelo choque entre culturas no ambiente de negociação, tomando como base e material de pesquisa as negociações referentes á cidade de Jerusalém. O objetivo foi parcialmente atingido, visto que não foi possível confirmar um impacto direto entre cultura e negociação, porém foi possível confirmar um impacto parcial de forma que a cultura impactava na confiança entre as partes.

Inicialmente esperava que a cultura e os choques culturais fossem atuar como inibidores para a relação das negociações, mas com o decorrer da pesquisa pude constatar que elas atuavam mais como elementos de dificuldade no processo de negociação ao invés de inibidores das negociações em si, ou em outras palavras dificultavam a realização das negociações ao invés de impedi-las. Esta hipótese, porém, foi apenas parcialmente confirmada de forma que apesar dos elementos culturais terem certa influência no processo de negociação, eles ainda assim não atuavam de forma direta, mas sim através da confiança entre as partes.

Este trabalho buscou, portanto, responder se diferentes culturas e, no caso as culturas Israelense e Palestina, teriam dificuldade em negociar devido a suas divergências culturais, que pude através de pesquisas bibliográficas localizar materiais que viessem a melhor explorar as questões sobre a cultura e sobre as negociações.

Os materiais bibliográficos foram de grande importância de forma a obter melhor compreensão dos elementos culturais e da área de negociações, tais materiais são originários de diversas áreas tais como: economia, maketing antropologia e relações internacionais. Desta forma os materiais foram de indispensáveis para a melhor compreensão das temáticas apresentadas nesta monografia.

Durante a elaboração e realização desta pesquisa, dificuldades como falta de materiais sobre a temática, de trabalhos e pesquisas foram talvez os principais problemas enfrentados no quesito de elaboração do trabalho. Por consequência uma menor quantidade de pesquisa acabou por ser realizada , deixando em parte a desejar com relação a variedade de fontes.

Devido a limitações recomendo a continuidade desta pesquisa, de forma a realizar uma análise mais aproximada da relação entre choques culturais e confiança, além de uma análise voltada para negociações também dentro do setor privado e como a cultura impacta no desenvolver das negociações entre empresas multinacionais e governos ou cidadãos de outras nações.

REFERÊNCIAS

ACUFF, Frank L. How to Negotiatiate Anything With Anyone, Anywhere around the World. 3.ed. Amacom, 2008.

ADLER, Emanuel. O construtivismo no estudo das relações internacionais. Lua Nova, v. 47, p. 201-246. 1999.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. Resolução 181. AG Index: A/RES/181(II) A-B, doze de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181(II)

BRILHANTE. Ricardo Jorge Nicolau. 1948 ou 1967? Legitimidade e reconhecimento: a rejeição do sionismo e a impossibilidade de uma solução de dois estados até 2001. 2014. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Católica Portuguesa. Porto.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. Resolução 242. Index: S/RES/242, 9 de novembro de 1967. Disponível em: http://undocs.org/S/RES/242(1967)

DEMANT, Peter. O mundo muçulmano. 3.ed. São Paulo: Contexto. 2013.

ESPOSITO, John L. Islam: The straight path. New York: Oxford University Press. 1998.

GEERTZ, Clifford. A Interpretação das Culturas. 1.ed. pgs. Rio de Janeiro. 2008.

GUNIA, Brian; BRETT, Jeanne; Nandkeolyar, Armit. In Global Negotiations It's All About Trust. Harvard Business Review. Disponível em: <https://hbr.org/2012/12/in-global-negotiations-its-all-about-trust>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

HOFSTEDE, Geert; HOFSTEDE, Gert Jan; MINKOV, Michael. Cultures and organizations: Software of the mind. 3. ed. [s.l.]: Mc Graw Hill, 2010.

RAIFFA, Howard. *The Art and Science of negotiation*. Ed. Reimpressa. Harvard University Press. 1982